



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno IV - n. 2-2009**  
**luglio-dicembre**

ISSN 1970-5301

**8**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno IV - n. 2-2009  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttore*  
Mario Tedeschi

*Segretaria di redazione*  
Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

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

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

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

DIRETTORI SCIENTIFICI

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

**Parte II**

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*  
*Giurisprudenza e legislazione canonica*  
*Giurisprudenza e legislazione civile*  
*Giurisprudenza e legislazione costituzionale*  
*Giurisprudenza e legislazione internazionale*  
*Giurisprudenza e legislazione penale*  
*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

RESPONSABILI

G. Bianco  
P. Stefani  
A. Fuccillo  
F. De Gregorio  
S. Testa Bappenheim  
G. Schiano  
A. Guarino

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*  
*segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

*Direzione:*

**Cosenza** 87100 - Luigi Pellegrini Editore  
Via De Rada, 67/c  
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672  
E-mail: info@pellegrinieditore.it

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

*Redazione:*

**Cosenza** 87100 - Via De Rada, 67/c  
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672  
E-mail: info@pellegrinieditore.it

**Napoli** 80134 - Facoltà di Giurisprudenza  
I Cattedra di diritto ecclesiastico  
Via Porta di Massa, 32  
Tel. 081 2534216/18  
E-mail: mariadarienzo@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

- versamento su conto corrente postale n. 11747870
- assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

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

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

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

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

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuiti della rivista.

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

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

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

ISSN 1970-5301

## INDICE

*Presentazione* 9

### PARTE I

#### **Diritto canonico**

CLAUDIA CIOTOLA

*Sulla "presunzione" di consenso matrimoniale  
nell'ordinamento canonico* 13

PIETRO LO IACONO

*La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico  
tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale"  
e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi  
dai chierici* 25

PIERO PELLEGRINO

*Le proprietà essenziali del matrimonio e l'esclusione  
della indissolubilità* 119

MARIO TEDESCHI

*La Chiesa e gli altri culti* 143

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

*Fede e ragione giuridica. Riflessioni sulla laicità  
nel diritto canonico* 149

#### **Diritti Confessionali**

VASCO FRONZONI

*Principi generali del diritto penale islamico* 153

AHMAD GIANPIERO VINCENZO

*Quale modello di integrazione in Italia?* 206

#### **Diritto Ecclesiastico**

MARIA D'ARIENZO

*Chiesa ed economia* 214

FAUSTINO DE GREGORIO

*Problemi di etica tra scienza e coscienza* 225

PIETRO PAROLIN

*L'Accordo di base tra la Santa Sede e la Bosnia ed Erzegovina  
in rapporto alle comunità ortodossa e musulmana* 280

MARCELLO SALEMME	
<i>Proposta per una legge organica sulla libertà religiosa</i>	291
MARIO TEDESCHI	
<i>Le minoranze religiose tra autonomia e immobilismo del legislatore</i>	328
FABIO VECCHI	
<i>Aggiornamenti sull'impiego e sull'inquadramento iuris gentium dello strumento concordatario in inizio millennio</i>	337

### **Storia delle istituzioni religiose**

PATRICK VALDRINI	
<i>La Federazione Internazionale delle Università Cattoliche (FIUC) attraverso i loro statuti</i>	367

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

FABIO FALANGA	
<i>Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose. Analisi critica del Seminario Napoli-Fisciano del 15-16-17 ottobre 2009</i>	380
ANTONINO MANTINEO	
<i>...Ma i laici come stanno attuando il Concilio Vaticano II? Riflessioni a margine di un saggio di Fulvio De Giorgi</i>	389
LUIGI NOTARO	
<i>L'associazione ONLUS "Centro La Famiglia", consultorio familiare napoletano. Note a margine di una struttura caratterizzata ideologicamente</i>	399
FELICE ALBERTO TEDESCHI	
<i>Conflitto tra umanismi. Rapporto fra diritto naturale e diritto positivo</i>	408
FELICE ALBERTO TEDESCHI	
<i>Scienza, filosofia e religione</i>	422
STEFANO TESTA BAPPENHEIM	
<i>Rerum cognoscere causas. La Weltanschauung marxista-leninista e la questione religiosa nella Cina di oggi</i>	431

### **A quarant'anni dal volume di Francesco Zanchini di Castiglionchio "La Chiesa come ordinamento sacramentale"**

RAFFAELE COPPOLA	
<i>La Chiesa come ordinamento sacramentale oggi: considerazioni introduttive</i>	475
MARIO TEDESCHI	
<i>Presentazione al libro di Francesco Zanchini di Castiglionchio "La Chiesa come ordinamento sacramentale"</i>	480

SALVATORE BERLINGÒ	
“Ursakrament” e “magnum sacramentum”. <i>A quarant’anni dal volume di Francesco Zanchini     di Castiglionchio “La Chiesa come ordinamento sacramentale”</i>	485
NICOLA COLAIANNI	
<i>La dimensione giuridica della Chiesa</i>	492
PASQUALE COLELLA	
<i>La collegialità secondo la Lumen Gentium</i>	502
FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO	
<i>Replica</i>	505
<b>Rileggere i Maestri</b>	
GIOVANNI BATTISTA VARNIER	
<i>Profilo bio-bibliografico di Lazzaro Maria de Bernardis (1909-1996)</i>	511

## PARTE II

<b>Giurisprudenza e legislazione amministrativa</b>	
- Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. IV di Napoli, 1 luglio 2009, n. 3623	519
- Consiglio di Stato, Sez. I, parere 23 settembre 2009, n. 6357	521
<b>Giurisprudenza e legislazione canonica</b>	
- Presentazione	528
- Costituzione Apostolica Anglicanorum Coetibus, 9 novembre 2009	529
- Norme complementari alla Costituzione Apostolica Anglicanorum Coetibus, 4 novembre 2009	533
- Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano, 13 marzo 2003	538
- Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano, 25 marzo 2003	556
- Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano, 29 marzo 2004	577
- Tribunale Interdiocesano Interdiocesano e di Appello di Benevento, 23 settembre 2009	584
<b>Giurisprudenza Rotale</b> (a cura di Alessandro Riccio e Luigi Straniero)	
- Tribunale Apostolico della Rota Romana, 14 marzo 2008	599
GIUSEPPE SCIACCA	
- <i>Dipendenze psicologiche e consenso matrimoniale</i>	605
<b>Giurisprudenza e legislazione civile</b>	
- Tribunale di Latina, Sezione Prima, Ordinanza 4 dicembre 2007	617
- Tribunale di Latina, Sezione Prima, Ordinanza 24 giugno 2008	619

ANTONIO FUCCILLO	
- <i>Il livello ecclesiastico: natura giuridica attuale e prova del diritto. Una querelle antica...ma moderna!</i>	621
- <i>Tribunale di Napoli, Sez. I, 17 ottobre 2008, n. 10456</i>	628
PAOLO BUONAIUTO	
- <i>Giudizio canonico di nullità matrimoniale e condanna per responsabilità aggravata</i>	631
<b>Giurisprudenza e legislazione costituzionale</b>	
- <i>Corte Costituzionale, 8 maggio 2009, n. 151, in questa Rivista, 7, 1/2009, pp. 711-718</i>	636
STEFANO TESTA BAPPENHEIM	
- <i>Omne trinum est perfectum? Il limite dei 'tre embrioni' nella legislazione tedesca sulla fecondazione assistita</i>	644
<b>Giurisprudenza e legislazione internazionale</b>	
FRANCIA	
- <i>Consiglio di Stato, n. 286798, II e VII sottosezioni riunite, del 27 giugno 2008 (Immigrazione)</i>	649
- <i>Corte Amministrativa d'Appello di Nancy, n. 08NC00100, 17 novembre 2008 (velo islamico/bandana)</i>	650
- <i>Corte di Cassazione, Chambre criminelle, 3 febbraio 2009, N. 06-83.063, 08-82.402 (libertà d'espressione)</i>	651
- <i>Consiglio di Stato, Ia sottosezione, n. 305953, inedito sul massimario Lebon, 20 marzo 2009 (sostanze stupefacenti)</i>	652
- <i>Tribunal de Grande Instance de Paris, chambre XII<sup>ème</sup>, 27 ottobre 2009, n. 9835623114, inedito (Scientology)</i>	653
GERMANIA	
- <i>Corte costituzionale federale, 2 luglio 2008 (abbandono della propria chiesa)</i>	654
- <i>Corte costituzionale federale, 28 ottobre 2008 (docenza universitaria)</i>	655
- <i>Tribunale amministrativo della Baviera, 30 aprile 2009 (docenza universitaria)</i>	656
SPAGNA	
- <i>Tribunale Supremo, I sezione, 11 febbraio 2009</i>	657
- <i>Voto contrario di minoranza del giudice Gonzalez Rivas</i>	658
- <i>Voto contrario di minoranza del Giudice Campos Sánchez-Bordona</i>	659
- <i>Voto contrario di minoranza del Giudice Peces Morate</i>	660
- <i>Voto contrario di minoranza dei Giudici Frías Ponce e Martínez Micó</i>	661
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	
- <i>II sezione, affaire "Lautsi c. Italia", n. 30814/06, 3 novembre 2009</i>	662

<b>Giurisprudenza e legislazione penale</b>	
- Corte di Cassazione, Sez. penale VI, 21 gennaio 2009, n. 2735	674
- Corte di Cassazione, Sez. penale VI, 28 gennaio - 29 maggio 2009, n. 22700	675
- Tribunale di Cremona, 19 febbraio 2009	676
- Corte di Cassazione, Sez. penale VI, 10 luglio 2009, n. 28482	677

<b>Giurisprudenza e legislazione tributaria</b>	
- Commissione tributaria regionale Sardegna, Sez. I, 12 gennaio 2008, n. 64	678
- Commissione tributaria regionale Lazio, Sez. VI, 11 febbraio 2008, n. 31	678
- Commissione tributaria regionale Emilia Romagna, Sez. I, 15 dicembre 2008, n. 91	678
- Tribunale amministrativo regionale Veneto, 22 gennaio 2009, n. 985	679
- Commissione tributaria regionale Lazio, Sez. I, 19 maggio 2009, n. 339	680
- Risoluzione Agenzia Entrate, Dir. centr. Normativa e contenzioso, 30 ottobre 2008, n. 411	684

### PARTE III

#### Lecture

- Rino Fisichella, <i>Identità dissolta. Il cristianesimo. Lingua madre dell'Europa</i> (MARIO TEDESCHI)	689
- Raffaele Ajello, <i>Eredità medievali. Paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana</i> (MARIO TEDESCHI)	691

#### Recensioni

- Barnabiti Studi. <i>Rivista di ricerche storiche dei Chierici Regolari di San Paolo (Barnabiti)</i> (LUIGI STRANIERO)	695
- Pierluigi Consorti, Andrea Valdambri, <i>Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi. Approcci a confronto</i> (CLAUDIA CIOTOLA)	696
- Alessandra Dino, <i>La mafia devota. Chiesa, religione, Cosa nostra</i> (MARIO TEDESCHI)	699
- Francesco Finocchiaro, <i>Saggi (1973-1978)</i> (MARIO TEDESCHI)	700
- <i>Giornate canonistiche baresi, Atti IV, a cura di Raffaele Coppola</i> (FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER)	701
- <i>Giornate canonistiche baresi, Atti V, a cura di Raffaele Coppola e Carmela Ventrella Mancini</i> (FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER)	702



- Angelo Lazzarotto, *La Cina di Mao. Processo alla Chiesa. I missionari del PIME nel Henan 1938-1959* (FABIO VECCHI) 704
- Fabrizio Mastrofini, *Ratzinger per non credenti* (ANTONIO GUARINO) 707
- Raffaele Pascali, *La "dignità" del lavoro nella sollecitudine attuale della Chiesa. Riflessioni* (MARIO TEDESCHI) 710
- Raffaele Pascali, *«Divorzi» canonici e Stato laico* (MARIA D'ARIENZO) 710
- Francesco Rossi, *La natura dell'impresa familiare* (FABIO BALSAMO) 712
- G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo* (FABIO FALANGA) 717

### **Schede**

- Giovanni Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica* (MAURO IAVARONE) 720

## *Presentazione*

Anche questo numero della Rivista è eccessivamente corposo. Alcuni articoli sono molto lunghi, e pertanto di difficile lettura, e non si è riusciti a limitare la giurisprudenza, soprattutto quella canonica. Non tutte le sezioni sono rappresentate. È mutato qualche responsabile perché poco interessato o per un naturale avvicendamento. La tavola rotonda sul libro di Francesco Zanchini sarà pubblicata anche nella Collana, assecondando così un desiderio di Raffaele Coppola. Molto articolata la sezione “Argomenti, dibattiti e cronache” nella quale ho anche pubblicato due articoli rinvenuti tra le carte di mio padre, scomparso nel gennaio 1971, esattamente trentanove anni fa, perché attinenti agli argomenti della Rivista: diritto e religione. Saranno pubblicati a parte altri due articoli di filosofia della scienza, molto più lunghi, quattro volumi di filosofia greca, su Socrate, Platone, Parmenide e una storia della filosofia di quel periodo, che mio padre non aveva avuto il tempo di pubblicare, essendo morto relativamente giovane, ma anche perché poco se ne importava. Si pubblica anche per questo, per continuare a distanza un colloquio che diversamente sarebbe stato del tutto interrotto, per esorcizzare la morte.

**MARIO TEDESCHI**



# **Diritto e religioni**

## *PARTE I*



# Sulla “presunzione” di consenso matrimoniale nell’ordinamento canonico

CLAUDIA CIOTOLA

## 1. *L’elaborazione della teoria del matrimonio presunto*

Il costrutto canonico in base al quale si introdusse nell’ambito del diritto della Chiesa l’istituto del c.d. “matrimonio presunto” viene generalmente fatto risalire a Uguccone<sup>1</sup>, il quale lo trasse, in via interpretativa, dalla decretale *Veniens* di Alessandro III<sup>2</sup>, ove si prevedeva che la copula intervenuta tra due sposi promessi determinava il sorgere del vincolo matrimoniale<sup>3</sup>.

Con la sua peculiare lettura, Uguccone consentì che tale disposizione si ponesse in consonanza con la teoria consensualista, fatta propria dalla Scuola di Parigi, per la quale il matrimonio poteva nascere solo dal consenso espresso tra le parti e non già, come invece si sosteneva nella Scuola di Bologna, per effetto della copula intervenuta tra le stesse<sup>4</sup>.

In particolare, con la teoria del matrimonio presunto si introdusse la

---

<sup>1</sup> Glossatore canonista e maestro di Innocenzo III. Morto nel 1210.

<sup>2</sup> All’interno della collezione di Gregorio IX: in *Lib. Extra*, lib. IV, tit. I, cap. 15. Cfr. MARIO FERRABOSCHI, voce *Convalidazione del matrimonio (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 507-508: «Per il diritto delle decretali il matrimonio si presumeva automaticamente ratificato, se gli sposi impuberi, raggiunta l’*aetas nubilis*, fossero addivenuti alla congiunzione sessuale. Abrogato oggi l’istituto del matrimonio presunto e tolta ogni efficacia presuntiva alla *copula* nella costituzione del matrimonio, evidentemente anche questa *ratihabitio tacita* non è possibile».

<sup>3</sup> PIO CIPROTTI, *Il matrimonio presunto*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, 1940, II, p. 301: «È noto che Alessandro III, nella Decretale *Veniens*, che fu poi riportata nella collezione di Gregorio IX (X.4,1,15), aveva insegnato che la copula susseguente agli sponsali produceva il matrimonio».

<sup>4</sup> L’idea che per aversi matrimonio fosse necessaria anche la consumazione di un rapporto sessuale tra le parti era tipico della tradizione germanica e fu ripreso dalla Scuola di Bologna, che «seguendo il principio germanico della *traditio rei*, sosteneva che, per porre in essere un vero matrimonio, non bastava il consenso, ma era necessaria la sua consumazione: il consenso era soltanto l’avvio della vita coniugale, l’inizio del matrimonio, che, pertanto, doveva essere perfezionato nella sua realtà giuridica e sacramentale mediante la copula» (LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 32).

presunzione dell'esistenza di un consenso *de praesenti* produttivo del matrimonio tra due fidanzati che avessero avuto un rapporto sessuale<sup>5</sup>. Infatti, se la promessa di matrimonio, gli *sponsalia*<sup>6</sup>, determinava soltanto un impegno per l'avvenire, il perfezionamento del matrimonio richiedeva, per i fautori della teoria consensualista, la manifestazione di una volontà attuale, appunto *de praesenti*<sup>7</sup>, che, grazie alla teoria del matrimonio presunto, si sarebbe potuta desumere dalla copula carnale<sup>8</sup>.

La proposta teorica di Ugucione fu poi sviluppata nella *Is qui fidem*, posta tra le decretali di Gregorio IX, che, peraltro, la rese maggiormente incisiva e cogente, in ragione dell'introduzione di una presunzione di consenso matrimoniale, non solo *iuris tantum* ma *iuris et de iure*: «*licet praesumptum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda*»<sup>9</sup>. Il consenso *de praesenti*, indispensabile per il sorgere del vincolo matrimoniale, laddove ci fosse stata una promessa di matrimonio seguita da un'unione sessuale tra le parti, «non necessitava più di essere espresso, ma si considerava come tale, in quanto si presumeva *iuris et de iure*, come effetti-

---

<sup>5</sup> Cfr. PIO CIPROTTI, *Il matrimonio presunto*, cit., p. 302: «È evidente la differenza tra questa concezione e quella di Alessandro III: nella decretale di questo Pontefice la copula intervenuta fra due fidanzati produceva di per sé sola il matrimonio, senza alcuna considerazione per la volontà di essi al momento della copula; in Ugucione invece non è la copula, ma il consenso *de praesenti* manifestato con la copula o, in altre parole, la copula, in quanto manifestazione del consenso *de praesenti*, che produce il matrimonio». Cfr., però, ALFREDO RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio (can. 1157 §2). Studio storico-giuridico*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2001, p. 40, il quale evidenzia che, in realtà, il pensiero di Alessandro III in materia «non fu sempre lineare in senso "consensuale": in alcune decretali egli sta per il valore assoluto del consenso attuale, mentre in altre adotta una soluzione di compromesso, riconoscendo l'indissolubilità soltanto al matrimonio consumato o al matrimonio solamente contratto, ma con una celebrazione solenne davanti ad un sacerdote o ad un notaio».

<sup>6</sup> Gli *sponsalia* erano un istituto del diritto romano: in epoca classica essi si presentavano come una reciproca promessa, non solenne e non impegnativa, la cui inadempnienza non produceva particolari conseguenze giuridiche.

<sup>7</sup> Cfr. ORIO GIACCHI, voce *Matrimonio canonico (elementi)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 894, il quale asserisce che Pietro Lombardo spiegava con «lapidaria evidenza che vi è una "*desponsatio*", nella quale può essere contenuta una volontà dell'uomo e della donna "*de contraendo matrimonio*", in cui ci si riferisce cioè ad un futuro matrimonio che ci si impegna a celebrare; e vi può essere una "*desponsatio*", nella quale è contenuta una "*patio coniugalis*" in cui si esprime un consenso "*de praesenti*" e che perciò ha per oggetto l'immediata nascita del vincolo matrimoniale tra l'uomo e la donna che manifestano tale volontà».

<sup>8</sup> I principali testi della *Summa* di Ugucione si ritrovano in J. ROMAN, *Summa d'Huguccio sur le Décret de Gratian*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1903, p. 745 ss.; si veda anche LUIGI PROSDOCINI, *La "summa Decretorum" di Ugucione da Pisa. Studi preliminari per una edizione critica*, in *Studia Gratiana*, 1955, 3, pp. 349-374; *Summa decreto rum. Distinctiones I-XX, vol. I, di Ugucione da Pisa*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Roma, 2006.

<sup>9</sup> *Liber Extra*, lib. IV, tit. 1, cap. 30.

vamente dato nel momento e in virtù della copula carnale»<sup>10</sup>.

Il fatto che, nel c.d. matrimonio presunto, il consenso matrimoniale fosse desunto, grazie ad una presunzione che non ammetteva prova contraria, dal rapporto sessuale consumato tra fidanzati, determinò innumerevoli problemi, soprattutto in relazione al foro interno<sup>11</sup>. Infatti, nonostante si assumesse che la copula costituiva la manifestazione di un consenso *de praesenti*, poteva accadere che tale presunzione non corrispondesse affatto alla realtà e che l’unione sessuale fosse stata basata non su una volontà maritale ma sul mero istinto<sup>12</sup> e sulla «frazzola umana»<sup>13</sup>.

L’invincibilità della presunzione di un consenso matrimoniale esponeva di fatto «gli interessati ad insuperabili tensioni conflittuali con il *forum conscientiae* quando alla situazione comportamentale non rispondessero un vero consenso e l’adesione all’apparente vincolo sacramentale di coniugio; nel caso che *in veritate* non ci fosse un tale intento di convalida, il vincolo si costituiva per il solo *foro externo* in forza della presunzione che non ammetteva *probatio in contrarium*»<sup>14</sup>. Sicché, l’unico modo per evitare che la copula trasformasse la promessa di matrimonio in matrimonio era quello di rompere ufficialmente gli *sponsalia* prima della copula stessa.

Oltre a tali drammatici casi, che esponevano le persone a persistere in situazioni di peccato<sup>15</sup>, l’istituto del matrimonio presunto<sup>16</sup> sembrava mettere

---

<sup>10</sup> ALFREDO RAVA, *Il requisito*, cit., p. 41. Sul punto si vedano anche le osservazioni di GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Centro Studi “Attilio Moroni” di Diritto Matrimoniale e della Famiglia, Macerata, 2006, p. 136: «Anche S. Tommaso sembrava ammettere qualche prova contro la presunzione. Probabilmente, però, prima della Decretale “*Is qui fidem*” di Gregorio IX, si era già formata l’opinione che la presunzione fosse *iuris et de iure*. In realtà, il motivo per cui si optò per questo tipo di presunzione, era squisitamente tecnico, e constava nell’estrema difficoltà, se non impossibilità, di procurare prove sull’intima intenzione dei soggetti nell’atto della *commixtio sexuum*. E col passare del tempo, non solo quasi tutti i canonisti parlarono di presunzione *iuris et de iure*, ma alcuni, come Goffredo da Trani, Antonio da Butrio, e l’Abbate Panormitano, parlarono addirittura di *factio iuris*».

<sup>11</sup> Si ricorderà che Antonio da Butrio aveva giudicato “pericolosa” la presunzione su cui si basava la teoria del matrimonio presunto: in *Liber Extra*, lib. IV, tit. 1, n. 8, cap. 30.

<sup>12</sup> Cfr. PIO CIPROTTI, *Il matrimonio*, cit., p. 314.

<sup>13</sup> Così MARIO FERRABOSCHI, *Convalidazione*, cit., p. 507.

<sup>14</sup> Cfr. GINESIO MANTUANO, *Convalida “ipso iure” del matrimonio e “renovatio consensus”*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, II/1, Giuffrè, Milano, 1991, p. 529.

<sup>15</sup> Cfr. GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale*, cit., pp. 138-139: «A sollecitare i germi del declino dell’istituto del matrimonio presunto, fu la critica elaborata della dottrina canonista: Antonio da Butrio accusava la scarsa trasparenza e la facile possibilità, insita nella natura stessa dell’istituto, di ingenerare confusione tra foro esterno e foro interno, procurando innegabili tensioni conflittuali, scaturenti dal rapporto tra l’esternazione di una certa volontà ed il *forum conscientiae*, il tutto a scapito della certezza dell’esistenza del vincolo e della *salus animarum*».

<sup>16</sup> Cfr. LUISA ACCATI, *Madri pervasive e figli dominanti. Dinamiche sociali e violenza nella Controriforma*,



in ombra l'importanza del consenso matrimoniale, riconosciuto come vera *causa efficiens* del matrimonio.

## 2. *La progressiva decadenza dell'istituto*

La fortuna della teoria del matrimonio presunto, così come il suo radicamento nella prassi ecclesiale, furono certamente dovute al fatto che, per circa quindici secoli, la celebrazione del matrimonio canonico non fu soggetta a particolari solennità<sup>17</sup>.

Benché nel tempo vi fossero stati vari tentativi<sup>18</sup> di renderne pubblica la celebrazione, fino al Concilio tridentino<sup>19</sup>, il matrimonio continuò ad essere un contratto “a forma libera”, poiché si riteneva che l'autorità ecclesiastica non avesse il potere di intervenire nella materia dei sacramenti.

L'approvazione, nel 1563, del decreto *Tametsi*, imposta anche dall'esigenza di evitare i rischi connessi alla prassi dei “matrimoni clandestini”<sup>20</sup>, fu segnata

---

European Press Academic Publishing, Firenze, 2003, p. 42, ove si rileva che, tra le altre cose, il matrimonio presunto restava di difficile prova: «la maggior parte delle volte la consumazione rimaneva segreta ed era sufficiente che una delle parti negasse ogni rapporto per sottrarsi agli obblighi matrimoniali».

<sup>17</sup> Cfr. NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione giuridica della “forma canonica” nel decreto Tametsi del Concilio di Trento*, in *Antonianum*, 1997, 4, p. 538; SARA ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el decreto “Ne temere”*, in *Ius Canonicum*, 1973, p. 180 ss.

<sup>18</sup> Il Concilio Lateranense IV del 1215 aveva già previsto l'obbligo della celebrazione dei matrimoni *in facie Ecclesiae*. Tale obbligo però non era *ad validitatem* e pertanto incideva solo sulla liceità della celebrazione delle nozze

<sup>19</sup> Si rinvia a PAOLO SARPI, *Istoria del Concilio Tridentino*, a cura di C. Vivanti, Einaudi, Torino, p. 232 ss. e HUBERT JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, Morcelliana, Brescia, 1973 e anche Id., *Concilio di Trento*, vol. II, *Il primo periodo 1545-1547*, Morcelliana, Brescia, 2009.

<sup>20</sup> Le motivazioni sottese alla riforma tridentina dell'istituto matrimoniale vengono ben evidenziate nel saggio di GABRIELLA ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di PAOLO PRODI e WOLFGANG REINHARD, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 438, ove, tra l'altro, si sottolinea: «Frequenti erano poi i matrimoni clandestini, quelli cioè contratti senza la presenza dei testimoni oppure da minorenni senza il consenso dei genitori. [...] C'è anche difficoltà a distinguere i matrimoni validamente contratti dal concubinato, anche perché la dottrina aveva sanzionato il matrimonio presunto, quello cioè che riconosceva validità di matrimonio allo scambio dei consensi accompagnato dalla coabitazione *more uxorio* e con fama di onestà. Il problema di una regolamentazione della prassi matrimoniale era esigita anche dalla difficoltà di distinguere sul piano formale una promessa di matrimonio (sponsali *de futuro*) da un matrimonio concluso (sponsali *de presente*), atti e momenti diversi della celebrazione che differivano soltanto per una espressione verbale. Le conseguenze sociali di questa confusa situazione sono note: bigamia, illegittimità dei figli, *mesalliances*. Dal secolo XV si fa sempre più impellente da parte degli stati la necessità di sancire leggi in materia matrimoniale e aumenta la conflittualità con la Chiesa che detiene il potere giurisdizionale nelle cause concernenti il sacramento del matrimonio». Cfr. anche GABRIELLA ZARRI, *Recinti: donne, clausura e matrimonio nella prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2000.

da un vivace e acceso dibattito, centrato su questioni teologiche di elevato spessore<sup>21</sup>. Era ormai opinione consolidata che il matrimonio nascesse solo dallo scambio del consenso, sicché l’imposizione di particolari solennità per la celebrazione delle nozze avrebbe potuto travolgere l’essenza stessa del sacramento<sup>22</sup>.

Rimasti infruttuosi i tentativi, nell’ambito del Concilio tridentino, volti ad operare una scansione, quantomeno temporale, tra realtà contrattuale e sacramentale del matrimonio – poiché la potestà ecclesiastica si sarebbe potuta far valere solo sul contratto e non sul sacramento –, si scelse, alla fine, di introdurre la forma canonica come un impedimento dirimente: «Per non intervenire sul contratto e quindi sul sacramento secondo il noto principio: “Ciò che Dio ha unito l’uomo non lo separi”, i Padri scelsero di rendere inabili i coniugi stessi avvicinando la mancata osservanza delle solennità giuridiche ad un delitto che, perché inerente alla persona, comporta l’*impedimentum clandestinitatis*»<sup>23</sup>.

Per tale via, con un quarto dei votanti contrari<sup>24</sup>, il decreto *Tametsi* passò, determinando, nei luoghi in cui fu poi pubblicato, l’introduzione *ad validitatem* del requisito del rispetto di una forma solenne per la celebrazione del ma-

---

<sup>21</sup> Nelle perplessità espresse dal Patriarca di Gerusalemme si trova sintetizzata l’essenza della questione: «...qui seum aestiment, quo iure quove istituto possint proponere adversus dogma verum et catholicum dogma istud invalidans matrimonia contrahenda libero consensu, qui consensus solus efficit matrimonium et sacramentum. Dixi: adversus dogma verum et catholicum. Id scilicet, quod in principio huius decreti ponitur sub anathemate, quod semper verum fuit in ecclesia Dei atque observatum in hunc usque diem», in *Congregatio Generalis*, Patriarcha Hierosolymitanum, Votum in scriptis datum, 26 ottobre 1563, *CT*, IX, p. 902.

<sup>22</sup> Cfr. NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione*, cit., p. 649: «In base al ruolo meramente probatorio delle solennità giuridiche, non desta meraviglia che una parte dei Padri conciliari si opponesse assiduamente sino alla fine alla prescrizione di solennità giuridiche per la validità. Per evitare i mali sorti dalle nozze clandestine raccomandano solo mezzi coercitivi. Essi si trovano perfettamente sulla linea tracciata dal teologo Antonius Delfinus nel 1553 che ribadì che il modo di celebrare i matrimoni pubblicamente o segretamente non fa parte dell’essenza».

<sup>23</sup> NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione*, cit., p. 670. Si veda anche GIUSEPPE DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Vita e pensiero, Milano, ristampa anastatica della prima edizione (1943): ottobre 1998, p. 27: «Particolarmente significativo è il fatto che per introdurre la nullità del matrimonio clandestino, si ricorse all’artificio di prospettarla come *inhabilitatio personarum*, appunto al fine di superare la tradizionale ripugnanza contro la subordinazione di un consenso, per sé naturalmente sufficiente, ad un estrinseco requisito di forma, cioè contro ogni deroga al prevalente principio della saldezza matrimoniale che non fosse fondata sopra a un difetto della struttura intrinseca del negozio».

<sup>24</sup> La votazione finale vide comunque 55 voti contrari al decreto *Tametsi*. Il dato è richiamato in NIKOLAUS SCHÖCH, *La solennizzazione*, cit., p. 668. Sul punto, cfr. anche ALESSANDRO GIRAUDO, *L’impedimento di età nel matrimonio canonico (can. 1083). Evoluzione storica e analisi delle problematiche attuali della dottrina e della prassi*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2007, p. 141.

trimonio<sup>25</sup>, che richiedeva la presenza del parroco e di due o tre testimoni.

Nel corso della discussione tridentina, le attenzioni dei Padri furono prevalentemente puntate sulla questione dei matrimoni clandestini, che tanto scompiglio creavano nella vita sociale ed ecclesiale<sup>26</sup>, nondimeno emerse anche il problema del matrimonio presunto, che da alcuni teologi non era considerato sacramento<sup>27</sup>.

Benché la materia non fosse stata regolata espressamente, e nonostante non si fosse neanche dato seguito alla proposta di alcuni Padri conciliari di introdurre vincoli di forma pure per gli *sponsalia*<sup>28</sup>, dopo il Tridentino, il matrimonio presunto poté restare in uso soltanto nei luoghi in cui il Concilio non era stato pubblicato<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. *Storia della Chiesa. Riforma e Controriforma*, diretta da HUBERT JEDIN, Jaka Book, Milano, 1975, p. 593: «La ventiquattresima sessione dell'11 novembre 1563 riguardò tre decreti dei quali è difficile sopravvalutare l'importanza: un decreto dogmatico convalidava la sacramentalità del matrimonio, la sua indissolubilità e il diritto della chiesa di porre impedimenti al matrimonio. Il decreto di riforma *Tametsi* faceva dipendere per l'avvenire la validità del matrimonio dall'osservanza della *forma tridentina* e cioè dallo scambio del consenso dinanzi al parroco competente e a due o tre testimoni».

<sup>26</sup> Cfr. *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di SILVANA SEIDEL MENCHI e DIEGO GUAGLIONI, Il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>27</sup> Cfr. in proposito l'opinione dell'autorevole teologo MELCHIOR CANO, *Locorum theologicorum libri duodecim*, Libro VIII, Venetiis, Bartolomeo Rubino, p. 479.

<sup>28</sup> Cfr. GABRIELLA ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, cit. p. 478 ss.

<sup>29</sup> L'obbligatorietà della forma canonica del matrimonio, sancita dal Concilio di Trento, venne imposta, in modo generale, solo con il decreto *Ne temere* del 2 agosto 1907, emanato dalla Sacra Congregazione del Concilio: SACRA CONGREGATIO CONCILII, *Decretum Ne temere*, p. 527-530: «III. *Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram parochio vel loci Ordinario vel sacerdote ab alterutro delegato et duobus saltem testibus...*

VII. *Imminente mortis periculo, ubi parochus vel loci Ordinarius vel sacerdos ab alterutro delegatus haberi nequeat, ad consulendum conscientiae et (si casus fuerat) legitimationi prolis matrimonium contrahi valide ac licite potest coram quolibet sacerdote et duobus testibus.*

VIII. *Si contingat, ut in aliqua regione parochus locive Ordinarius aut sacerdos ab eis delegatus, coram quo matrimonium celebrari queat, haberi non possit eaque rerum condicio a mense iam perseveret, matrimonium valide ac licite iniri potest emissio a sponsis formali consensu coram duobus testibus.*

XI. §1. *Statutis superius legibus tenentur omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex haeresi aut schismate conversi (licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint), quoties inter se sponsalia vel matrimonium ineant.*

§2. *Vigent quoque pro iisdem de quibus supra catholicis, si cum acatholicis sive baptizatis sive non baptizatis, etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus, sponsalia vel matrimonium contrahunt; nisi pro aliquo particulari loco aut regione aliter a S. Sede sit statutum.*

§3. *Aatholicis sive baptizatis sive non baptizatis, si inter se contrahunt, nullibi ligantur ad catholicam sposalium vel matrimonii formam servandam». Cfr., sull'argomento, ANNA SAMMASSIMO, *Nullità del matrimonio per vizio di forma (can. 1108)*, commento alla sentenza rotale *coram* Pompedda del 14 febbraio 1997, in OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici, con cinque sentenze rotali commentate a cura di Anna Sammassimo*, Vita e Pensiero, Milano,*

Di fatto, la fine dell’istituto<sup>30</sup> venne sancita, in via generale, da Leone XIII, con il decreto *Consensus mutuus* del 15 febbraio 1892<sup>31</sup>, ove si stabiliva che «*copula carnalis sponsalibus superveniens non amplius ex iuris praesumptione coniugalibus contractus censeatur, nec pro legitimo matrimonio agnoscaturs seu declaretur*».

### 3. La “convalida” canonica del matrimonio: possibilità operative e limiti nei matrimoni civili e nelle c.d. unioni di fatto

Con il provvedimento di Leone XIII, l’istituto del matrimonio presunto smise di avere rilievo giuridico e di esso non si fece menzione nel codice pio-benedettino. Neanche il codice del 1983 prevede tale istituto, sancendo, come la normativa precedente, l’obbligatorietà della forma canonica di celebrazione del matrimonio, con l’importante innovazione, però, di esentare dal rispetto della stessa i cattolici che abbiano abbandonato la fede con atto formale<sup>32</sup>. Tale esenzione, comunque, è venuta meno per effetto del motu proprio “*Omnium in mentem*” del 15 dicembre 2009.

L’imposizione di una forma canonica di celebrazione del matrimonio non lascia posto a istituti come il matrimonio presunto che è completamente scomparso dalla normativa e dalla prassi canonica. Tuttavia, le suggestioni provocate dalla raffinata teoria della presunzione di consenso matrimoniale, tratta da un elemento fattuale, come era quello della copula, non hanno mai smesso di attirare gli studi dottrinali e di provocare le riflessioni dei canonisti.

Oltre alle note diatribe dottrinali, centrate sulla possibilità di riconoscere

---

2008, p. 311: «Mentre il decreto Tametsi attribuiva al parroco proprio dei contraenti la competenza ad assistere al loro matrimonio, il decreto Ne temere ha invece affermato un criterio di competenza più specificamente territoriale, in base al quale sono competenti ad assistere ai matrimoni celebrati entro i confini del proprio territorio il parroco e l’ordinario del luogo».

<sup>30</sup> Cfr. MYRIAM TINTI, *Condizione esplicita e consenso implicitamente condizionato nel matrimonio canonico*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2000, p. 44: «Da rilevare, però, che mentre è assolutamente chiara la soppressione del matrimonio presunto fondata sugli *sponsalia* e sul matrimonio degli impuberi, non risulta così evidente la soppressione del matrimonio presunto basato sul consenso *de presenti* condizionato, seguito da copula. Nel periodo postridentino, infatti, ci furono canonisti di grande autorità sia per la sentenza affermativa di tale soppressione, che per quella negativa».

<sup>31</sup> Cfr. *ivi*, p. 45, ove si rileva che il provvedimento di Leone XIII abolì «ove fosse in vigore, il matrimonio presunto basato sugli *sponsalia* e la copula susseguente, dando come ragione fondamentale che, cambiate le circostanze storiche, allora non si poteva presumere più che gli “*sponsi*” compissero l’atto sessuale “*animo maritali*” e non piuttosto fornicario».

<sup>32</sup> Cfr. JOSEF PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio*, in *Il matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, pp. 283-300.

o meno un valore sanante alla convivenza pacifica instaurata tra le parti<sup>33</sup>, alla presunzione di consenso, volta a consentire il recupero di matrimoni nulli, si faceva riferimento, anche nel corso dei lavori preparatori per il nuovo *Codex*. Ma «fu facile alla Commissione riaffermare con vigore il principio consensuale su cui è fondato l'assetto normativo, di diritto naturale, relativo al negozio e al Sacramento del matrimonio: "*Lex nequit supplire consensum neque in casu convalidationis; difficile esset determinare in quondam momento matrimonium validum fit*". Fu altresì agevole alla Commissione rilevare "*cohabitationem non esse signum certum renovationis consensus, neque tacitae, quia ex solo facto cohabitationis probari nequit partem habuisse intentionem renovandi consensum, quae intentio tamen semper requiritur; non habetur nisi praesumptio renovationis consensus*"»<sup>34</sup>.

Se la normativa canonica appare essere oggi ferma in ordine alla richiesta di un consenso effettivo per la celebrazione del matrimonio<sup>35</sup>, escludendo qualsiasi forma di presunzione rispetto allo stesso, la normativa civile, in diversi casi, attribuisce ad alcuni elementi di fatto un rilievo ai fini del recupero dei matrimoni invalidi. Il codice civile italiano prevede, ad esempio, che il matrimonio viziato non possa essere più impugnato, e sia quindi sanato di diritto, per effetto di alcune circostanze di fatto, tra le quali possono acquistare un precipuo valore la coabitazione o la convivenza<sup>36</sup>.

Appare evidente che, in tali casi, la preoccupazione del legislatore è stata quella di salvaguardare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, dando rilievo a elementi sananti rispetto ai vizi genetici dell'atto di celebrazione del matrimonio<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. FELICE CAPPELLO, *La legislazione ecclesiastica e suoi eventuali perfezionamenti*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1942, pp. 385-389; PIO FEDELE, *In tema di convalida del matrimonio canonico nullo per difetto e vizio di consenso*, in *Scritti di diritto canonico in onore di M. Magliocchetti*, II, Roma, 1975, p. 487 ss.

<sup>34</sup> GINESIO MANTUANO, *Convalida*, cit., p. 568.

<sup>35</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nullità o annullabilità matrimoniali*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 178: «Per quel che riguarda la rilevanza del consenso – molto più ampia nel diritto canonico – la differenza tra i due ordinamenti è netta e non consente di aderire all'opinione dello Jemolo che nell'ambito civile vi sia un maggior rispetto della volontà individuale, mentre è vero, almeno nella fase prodromica, meno in quella del rapporto, che il matrimonio canonico si differenzia da quello civile perché tende ad assicurare la pienezza della libertà e la purezza del consenso, ampliando con ciò notevolmente le ipotesi di nullità». Si rinvia anche a GILDA FERRANDO-AGNESE QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsa, 2007; ANTONIO INGOGLIA, *Le nullità matrimoniali nella prospettiva canonistica*, in <http://www.statoecchiese.it>, (giugno 2007).

<sup>36</sup> Si può tenere presente l'art. 123, comma 2, c.c. che prevede che il matrimonio non può essere impugnato «decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima».

<sup>37</sup> Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UN., sentenza n. 4700 del 20 luglio 1988: «Sulla base degli art.

Ben diversa è la prospettiva adottata dall’ordinamento canonico dinanzi a fattispecie matrimoniali viziate da nullità<sup>38</sup>. Poiché il matrimonio ha natura sacramentale, non sembra ammissibile il riconoscimento di un’efficacia sanante a situazioni di fatto, come la convivenza, che andrebbero a scalfire l’importanza e la centralità dello scambio del consenso per la valida costituzione del vincolo matrimoniale.

Non è un caso che le due forme di convalida previste dal *Codex*<sup>39</sup> fanno sempre riferimento all’esistenza di un valido consenso. La *convalidatio simplex*, cui si può ricorrere nei casi in cui il vincolo risulta essere inficiato dalla presenza di un impedimento dirimente, o da un difetto di forma, o da un difetto del consenso<sup>40</sup>, richiede la rinnovazione del consenso<sup>41</sup> e ha effetto *ex nunc*<sup>42</sup>. La *sanatio in radice*, invece, è la convalidazione di un matrimonio nullo

---

2 e 29 cost. si osserva che i diritti della famiglia sono riconosciuti perché appartengono ad una società naturale fondata sul matrimonio, società rientrante “nelle formazioni sociali” contemplate dall’art. 2 cost., ove si svolge la personalità del singolo, i cui diritti inviolabili sono garantiti dalla Repubblica (Cass. n. 5354-87; Cass. n. 192-88), argomentati da tale formulazione che le anzidette norme considerano il matrimonio come titolo indispensabile ma non sufficiente per l’esistenza della famiglia, abbisognante del supporto “naturale”, del comportamento “societario” dei suoi componenti (Cass. n. 5358-87), con la conseguenza che il matrimonio non è solo riconducibile nella figura dell’atto negoziale in quanto l’attuazione degli impegni assunti assurge a fatto costitutivo della famiglia, quale entità cardinale dell’assetto sociale, fondata su una piena comunanza di vita, spirituale e materiale, dei soggetti che la compongono (Cass. n. 5358-87) e con l’ulteriore conseguenza che le richiamate norme tutelano la stabilità della comunanza di vita, spirituale e materiale, fra i coniugi e salvaguardando, cioè, l’istituto del matrimonio concepito nel suo momento sociale e dinamico, e l’unità della famiglia stessa, come società naturale su di esso fondata (Cass. n. 5354-87). Questa interpretazione delle norme costituzionali viene ad essere giustificata soprattutto sulla base della legislazione ordinaria quale si è venuta evolvendo a seguito dell’introduzione del principio della dissolubilità del matrimonio e della riforma del diritto di famiglia, che ha privilegiato il fatto della convivenza – qualificata – dei coniugi, anche sdin presenza di determinati vizi dell’atto che ne costituisce la fonte, dando così prevalenza al matrimonio-rapporto, rispetto al matrimonio-atto, e alla rinnovazione del consenso dato dai coniugi, nonostante il vizio, con l’instaurazione del consorzio coniugale (Cass. n. 192-88)».

<sup>38</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nullità o annullabilità*, cit., p. 171.

<sup>39</sup> Cfr. MARIO PETRONCELLI, *Diritto canonico*, Jovene Editore, Napoli, 1996, p. 318: «Il diritto canonico, essendo legato al principio del *favor matrimonii*, come ammette che il matrimonio si debba ritenere valido sino a prova contraria, così ammette la convalida del matrimonio originariamente invalido e prescrive che, in caso di giudizio di nullità, il giudice deve indurre le parti *ad consensum renovandum*, o *ad dispensationem petendam* (can. 1676), cioè a convalidare il loro matrimonio». Si veda anche, in generale, PIERO PELLEGRINO, *La convalida del matrimonio Canonico*, in *Diritto e Religioni*, 2008, 1, p. 74 ss.

<sup>40</sup> Cfr. ENRICO VITALI- SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 166.

<sup>41</sup> Il codice, al can. 1159, prevede anche una forma di rinnovazione segreta del consenso, fatta da una sola delle parti perdurando il consenso dell’altra, ma, comunque, in tal caso, resta necessaria una rinnovazione del consenso inizialmente difettoso.

<sup>42</sup> Cfr. MARIO FERRABOSCHI, voce *Convalidazione*, cit., p. 508: «La convalidazione canonica non è

per effetto di dispensa da un impedimento o vizio di forma. Producendo i suoi effetti *ex tunc*, la *sanatio* si presenta come un rimedio straordinario, che si fonda sul presupposto che, tra le parti, vi sia stato un valido consenso, reso però inefficace per l'esistenza di un impedimento o vizio di forma.

La crisi attuale in cui versa l'istituto matrimoniale<sup>43</sup>, per l'ampia percentuale di separazione e divorzi, nonché di processi di nullità fondati su difetto del consenso e per la diffusione del ricorso a matrimoni meramente civili o a forme di convivenza *more uxorio*<sup>44</sup>, ha fatto sì che l'istituto della *sanazione* dovesse misurarsi con le necessità imposte dalla nuova realtà sociale, con esiti, peraltro, profondamente diversi a seconda della fattispecie presa in considerazione. Se si può registrare una certa apertura nei confronti dei matrimoni contratti solo nella forma civile, per i quali, in alcuni casi, si ammette il ricorso alla sanazione in radice, resiste una diffusa ostilità a "convalidare" le c.d. "unioni di fatto"<sup>45</sup>.

Nei matrimoni contratti solo civilmente, che sono chiaramente nulli per i cattolici che sono obbligati al rispetto della forma canonica, si ritiene possibile ravvisare l'esistenza di un consenso *naturaliter sufficiens*<sup>46</sup>, posto a fondamento della convalidazione: «Ora la Chiesa con un provvedimento amministrativo può riconoscere valido, legittimo, indissolubile e sacramento quel consenso espresso davanti all'ufficiale di stato civile, senza richiedere agli sposi di rinnovare il consenso davanti al sacerdote, e concedendo la retroazione al passato (alla radice, al matrimonio civile) degli effetti canonici, cioè della grazia del Signore. È una possibilità che l'Ordinario della Diocesi

---

né rinuncia all'azione di nullità, né – per quanto essa sia possibile con atto meramente interno – la semplice integrazione di una volontà difettosa, ma essa è invece una vera e propria rinnovazione del negozio attraverso un *novus voluntatis actus*».

<sup>43</sup> Cfr. GILDA FERRANDO-AGNESE QUERCI, *L'invalidità del matrimonio*, cit., p. 86; VITTORIO FILIPPI, *Dove va la famiglia italiana? Alla ricerca di un senso di marcia*, in *Aggiornamenti sociali*, 2003, pp. 187-198; GIAN PAOLO SALVINI, *La famiglia in Italia, protagonista dimenticata*, in *La Civiltà Cattolica*, 5 settembre 2009, pp. 400-407.

<sup>44</sup> Si vedano le belle pagine di GAETANO LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel Codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 17-33.

<sup>45</sup> Cfr. *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, a cura di ANTONIO FUCILLO, Giappichelli, Torino, 2007; F. GRILLINI-M.R. MARELLA, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, Napoli, 2001; GIAN PAOLO MONTINI, *Le situazioni matrimoniali irregolari e difficili*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1993, pp. 236-248; JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. *Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, 2, pp. 343-364.

<sup>46</sup> Cfr. GIACOMO BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, Cedam, Padova, 2008.

può concedere alle due parti o a una sola parte, specialmente nel caso in cui una parte si dichiara non credente o contraria a sottostare all’ordinamento canonico della Chiesa. La Chiesa quale madre amorosa viene incontro alla parte credente riconoscendole unilateralmente valido, legittimo e indissolubile il matrimonio civile, dandole la possibilità di riaccostarsi ai sacramenti. La sanazione in radice permette così al battezzato di riottenere quella pace interiore perduta con la celebrazione del matrimonio civile, e reinserirsi a pieno titolo nella comunità cristiana»<sup>47</sup>.

Nelle unioni di fatto, invece, si ritiene che manchi del tutto un consenso di tipo matrimoniale, poiché, nonostante le diverse tipologie delle “convivenze” di fatto e pur considerando le differenti motivazioni su cui le stesse poggiano<sup>48</sup>, sembra comunque che in esse manchi proprio la volontà di stabilire un consorzio di tipo coniugale, civile o religioso, con i diritti e gli obblighi propri del matrimonio: «La realtà delle famiglie di fatto, per quanto presenti attese dei componenti pressoché speculari a quelle della famiglia legittima, a differenza di questa, è posta in essere da persone che non intendono (o non ritengono opportuno) accedere al matrimonio; sorge con un atto di volontà privo di qualsiasi forma che, molto probabilmente, è volere poco incline a sottoscrivere accordi che stabilizzerebbero la strutturazione (o non può manifestarsi in tal senso, per il perdurare di precedenti vincoli matrimoniali e di conseguenti vantaggi)»<sup>49</sup>.

Se si tentasse quindi di assumere il dato della *pacifica cohabitatio* come elemento volto a comprovare la sussistenza di una volontà coniugale nelle unioni di fatto, si potrebbe giungere a risultati pericolosi e fuorvianti.

Peraltro, l’inopportunità di stabilire forme di equiparazione tra matrimonio e unioni di fatto, non sembra possa giungere a un discorso di netta chiusura.

Lo stesso Pontificio Consiglio per la Famiglia, nel documento su *Famiglia, matrimoni e “unioni di fatto”*, del 26 luglio 2000<sup>50</sup> rilevava: «Tuttavia non sempre le unioni di fatto sono il risultato di una chiara scelta positiva: a volte le persone che convivono in queste unioni mostrano di tollerare o subire

---

<sup>47</sup> Vicariato di Roma, Mons. Virgilio La Rosa, Direttore dell’Ufficio Matrimoni, *“I casi difficili del matrimonio. Indicazioni giuridico-pastorali*, in <http://www.vicariatusurbis.org>.

<sup>48</sup> Cf. MARIA RITA MOTTOLA, *Famiglia e unioni di fatto*, in *Famiglia e persone*, coordinato da Rita Rossi, Utet, 2008, p. 351 ss.

<sup>49</sup> FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *Note a margine degli interventi in materia di “convivenze”*, in *Diritto e Religioni*, 2008, 1, p. 423.

<sup>50</sup> Reperibile sul sito <http://www.vatican.va>.



questa situazione. In alcuni paesi, la maggior parte delle unioni di fatto è dovuta ad una disaffezione al matrimonio, non per motivi ideologici, bensì per l'assenza di una formazione adeguata alla responsabilità, prodotta dalla situazione di povertà e di emarginazione dell'ambiente in cui vivono [...]. In questo contesto non è raro trovare unioni di fatto in cui sia espressa, fin dall'inizio, una volontà di convivenza, in principio autentica, in cui i conviventi si considerano uniti come se fossero marito e moglie, e si sforzano di assolvere obblighi simili a quelli del matrimonio»<sup>51</sup>.

Proprio la storia del matrimonio nella Chiesa, ove prima che fosse imposta la forma solenne per la celebrazione delle nozze esistevano matrimoni clandestini e presunti, cui non poteva negarsi il carattere sacramentale, dovrebbe suggerire prudenza nella lettura delle realtà delle c.d. unioni di fatto, nelle quali, comunque, potrebbe essere presente un consenso effettivamente matrimoniale. Se deve scartarsi la possibilità di supplire, attraverso presunzioni, alla manifestazione del consenso matrimoniale, così come avveniva nel c.d. matrimonio presunto, nondimeno appare viziato anche l'orientamento teso ad escludere *a-priori* il valore, magari intrinsecamente matrimoniale, di un consenso manifestato in forme non conformi a quella tridentina, eppure in sé valido sul piano teologico, benché inefficace per il diritto canonico<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Famiglia Matrimoni e "unioni di fatto"*, 26 luglio 2000, cit.

<sup>52</sup> Cfr. PIERO PELLEGRINO, *La convalida*, cit., p. 97; GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale*, cit., p. 223.

# *La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione «integrale» e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi dai chierici*

PIETRO LOJACONO

## 1. *L'educazione quale «missione» peculiare ed insostituibile dei genitori: il bonum physicum et spirituale prolis*

La problematica concernente l'effettivo rilievo che la concezione del matrimonio e della famiglia propria del Cattolicesimo attribuisce alla missione educativa di cui i genitori sono titolari nei confronti dei figli appare indubbiamente assai significativa. Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla reale valenza giuridica della missione *de qua*, cercando di stabilirne l'esatta rilevanza: ciò soprattutto allo scopo di accertare se la volontà (di uno o di entrambi i coniugi) di non adempiere il diritto-dovere di educare la prole, o l'incapacità di porre in essere tale *munus* incidessero sulla validità del legame matrimoniale intercorrente tra i *coniuges-parentes*. Siffatta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è stata alimentata, almeno così riteniamo, da alcuni pronunciamenti del Magistero pontificio – sia antecedenti, che successivi all'ultimo Concilio ecumenico –, dalle deliberazioni del Vaticano II e dalla «traduzione» in termini normativi che di quest'ultime è stata fatta dal *Codex Iuris Canonici* del 1983, nonché dal *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1991.

Il Magistero autentico ha sottolineato in numerosi documenti l'importanza del compito educativo di cui sono titolari i genitori, compito definito obbligo «gravissimo», nonché diritto-dovere «essenziale» e «originario, primario ed inalienabile»<sup>1</sup>. Questa situazione giuridica, in quanto derivante dal legame

---

<sup>1</sup> Cfr. PIO XI, *Casti connubii* (31 dicembre 1930), n. 16, in *Enchiridion delle Encicliche*, vol. 5, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1998, p. 599, ove si afferma che «per ordinazione naturale e divina questo dovere e diritto all'educazione della prole appartiene anzitutto a coloro che con la generazione iniziano l'opera della natura e ai quali è vietato di esporre alla perdita l'opera incominciata lasciandola imperfetta»; *Gravissimum educationis* (28 ottobre 1965), n. 3, in *Tutti i documenti del Concilio*,

biologico instauratosi tra la prole ed i *parentes* in virtù della generazione<sup>2</sup>, appare assolutamente intangibile. Ciò in un duplice senso: i genitori, salvo casi di inderogabile necessità, non possono delegare integralmente ad altri soggetti, pubblici o privati, la realizzazione della missione educativa; nessuna entità, nemmeno la comunità ecclesiale, o lo Stato, può arbitrariamente impedire ai *parentes* di svolgere l'attività educativa, od imporre loro i contenuti e le modalità dell'attività stessa<sup>3</sup>.

---

Editrice Massimo, Milano-Roma, 1988, p. 500, la quale sottolinea che «I genitori, poiché hanno trasmesso la vita ai figli, hanno l'obbligo gravissimo di educare la prole: vanno pertanto considerati come i primi e i principali educatori di essa»; *Gaudium et spes* (7 dicembre 1965), n. 48, *ivi*, p. 190, secondo cui i *coniuges-parentes* «adempiranno diligentemente il dovere dell'educazione, soprattutto religiosa, che spetta, prima di ogni altro, a loro»; GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio* (22 novembre 1981), n. 36, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 7, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1982, pp. 1475-1477; *Carta dei diritti della famiglia* (24 novembre 1983) – in specie l'art. 5 –, *ivi*, vol. 9, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1987, pp. 476 s.

<sup>2</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *Fonti del diritto di famiglia nel nuovo Codice di Diritto Canonico, con particolare riferimento all'educazione dei figli*, in AA.VV., *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico* (a cura di SANDRO GHERRO), Cedam, Padova, 1988, p. 161; ID., *L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1990, pp. 101-105, la quale sottolinea come il dovere di educare, proprio perché derivante dal fatto materiale della procreazione, «non grava solo sui genitori legittimi o sulla famiglia monoparentale, ma anche sui genitori naturali» (p.102); JAVIER HERVADA, *Discorso generale sul matrimonio*, in *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 176 s., ove, dopo aver evidenziato che «La relazione tra i genitori ed i figli, ad esempio, è prima di tutto una relazione ontologica, derivata dalla generazione», si specifica che i doveri di cui i *parentes* sono titolari nei confronti della prole sorgono in virtù del «fatto stesso della generazione»; ALBERTO VANZI, *L'incapacità educativa dei coniugi verso la prole, come incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095 3°)*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2006, pp. 635-637, il quale, pur rilevando come il diritto-dovere di impartire l'educazione sorga in virtù del rapporto biologico determinatosi in conseguenza della generazione, indipendentemente, quindi, dal fatto che i genitori siano, o meno, legati tra loro da un vincolo matrimoniale, precisa che il fatto che «i genitori non uniti in matrimonio siano in grado di educare la prole, non deve essere preso come una norma, caso mai come un'eccezione» (p.636).

<sup>3</sup> Cfr. *Gravissimum educationis*, cit., nn. 3 e 6; GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, cit., p. 1477, secondo cui «Il diritto-dovere educativo dei genitori si qualifica...come insostituibile ed inalienabile [corsivo nel testo: *n.d.a.*], e che pertanto non può essere totalmente delegato ad altri, né da altri usurpato». In dottrina, cfr. LORENZO SPINELLI-GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 259-262; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, Pàtron Editore, Bologna, 1988, pp. 11-26; ID., *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel Codice di Diritto Canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 71-74, il quale rileva come il diritto dei genitori ad educare la prole sia un «diritto assoluto cioè valevole verso tutti: i consociati, la pubblica autorità, la stessa Chiesa. Un diritto in particolare che ha tra i suoi contenuti non solo la pretesa dell'astensione da ogni interferenza della pubblica autorità nell'opera educativa; ma anche positivamente la pretesa di ottenere da essa i sussidi necessari per l'educazione, in particolare per l'educazione cattolica (can.793§2) e quindi anche nella scelta delle scuole (cann. 797-798)»; SANDRO GHERRO, *Chiesa, Stati e persona (Alcuni riferimenti antologici al Magistero di Giovanni Paolo II)*, in AA.VV., *Studi sui rapporti tra la Chiesa e gli Stati*, Cedam, Padova, 1989, pp. 171-177; AGOSTINO MONTAN, *L'educazione cattolica nell'ordinamento della Chiesa (cann.793-821)*, in

Il riconoscimento della titolarità da parte dei genitori di siffatto diritto-dovere non implica, comunque, che essi, nell'impartire ai figli l'*educatio*, possano agire con assoluta discrezionalità. Il diritto-dovere dei *parentes* è soggetto, infatti, ad un duplice ordine di limitazioni.

Innanzitutto, non può mai prescindersi dalla finalità dell'attività educativa e cioè consentire alla prole di raggiungere un pieno ed integrale sviluppo della propria personalità sotto il profilo fisico, psichico e morale: conseguentemente, al diritto-dovere dei genitori corrisponde in capo al figlio una situazione giuridica attiva avente quale contenuto il diritto a che l'*educatio* persegua l'obiettivo di favorire la «crescita» dell'individuo, considerato sia singolarmente, sia in rapporto all'ambiente circostante, e non si traduca mai in atti e comportamenti lesivi del benessere fisio-psichico<sup>4</sup>.

I genitori, inoltre, in quanto membri della comunità ecclesiale, sono tenuti a svolgere la loro attività educativa in ottemperanza alle indicazioni fornite dal Magistero ecclesiastico. Ciascun fedele deve cooperare, secondo il proprio *status*, alla realizzazione della missione salvifica affidata alla Chiesa; siffatta corresponsabilità nell'*aedificatio populi Dei* coinvolge i laici, i quali sono chiamati ad improntare la vita coniugale, ed in genere le relazioni familiari, ai principi del Cattolicesimo.

La nozione di *educatio* accolta dal Magistero appare amplissima, sicché da essa discende la facoltà di formulare indicazioni, vincolanti per i *parentes*, in merito alla realizzazione di tutti i vari profili che connotano la missione educativa. Il termine «educazione» sussume, infatti, due concetti ben distinti, anche se connessi: l'*educatio physica* (il cd.*bonum physicum prolis*); l'*educatio moralis-religiosa* (il cd.*bonum spirituale prolis*).

Dottrina e giurisprudenza non sono riuscite ad elaborare una definizione assolutamente certa ed univoca delle due nozioni in esame<sup>5</sup>. La grande maggioranza degli Autori e delle pronunce giurisprudenziali è tuttavia incline a ritenere: che per *educatio physica* si debba intendere la cd. procreazione continuata, cioè l'adozione da parte dei genitori di tutte quelle misure atte a far sì che la prole, una volta generata, permanga in vita<sup>6</sup> (ad es., la sommi-

---

Apollinaris, 1995, pp. 67-69. Cfr. anche EDOARDO DIENI, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 482-489; GIORGIO FELICIANI, *Il popolo di Dio*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 100.

<sup>4</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *L'educazione...*, cit., pp. 121-131.

<sup>5</sup> Per un'ampia disamina dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale relativa ai concetti in esame, cfr. SEVERINO MASTROTTO, *L'educazione della prole come elemento essenziale dell'oggetto formale del consenso matrimoniale*, Università Gregoriana, Roma, 1984, *passim*.

<sup>6</sup> Cfr., per tutti, FRANCESCO SAVERIO WERNZ-PIETRO VIDAL, *Ius canonicum*, t. v, *Ius matrimoniale*,

nistrazione degli alimenti) – va sottolineato che, secondo un orientamento interpretativo, il *bonum physicum* non consisterebbe solo nel mantenimento in vita, ma anche nel fornire ai figli quella formazione «minima» che consenta loro di relazionarsi con gli altri esseri umani<sup>7</sup>; che con la locuzione *educatio moralis-religiosa* si indichi il diritto-dovere dei genitori di fornire alla prole, ovviamente nei limiti delle proprie possibilità, tutti quegli elementi che consentano alla personalità individuale di raggiungere il pieno sviluppo sotto il profilo intellettuale, morale e più genericamente spirituale<sup>8</sup> – il culmine di tale pieno sviluppo è rappresentato dall'educazione religiosa nella Fede cattolica, educazione che, comunque, pur rappresentandone la dimensione più elevata, non esaurisce il concetto di *bonum spirituale prolis* –.

Nel presente lavoro concentreremo la nostra attenzione pressoché esclusivamente sull'educazione morale e religiosa, giacché un'analisi della nozione di *bonum spirituale* e delle sue implicazioni giuridiche, soprattutto in ordine alle ipotesi di invalidità del negozio matrimoniale, nonché in ordine ai mezzi con cui l'ordinamento canonico sanziona quelle condotte criminose che appaiono particolarmente gravi, in quanto lesive del diritto del minore ad uno sviluppo integrale ed armonioso della dimensione affettiva e spirituale – quest'ultimo argomento sarà affrontato nella seconda parte delle presenti riflessioni –, appare, almeno così riteniamo, assai interessante.

La peculiarità ed insostituibilità della missione educativa affidata ai genitori è stata sottolineata da un orientamento dottrinale secondo cui il diritto-dovere di impartire l'*educatio*, costituendo la dimensione spirituale della fecondità, rappresenta una delle manifestazioni più alte dell'*amor coniugalis*, *amor* essenziale, puntualizza la tesi *de qua*, affinché tra due battezzati sussista realmente un matrimonio dotato di natura sacramentale<sup>9</sup>. La procreazione, intesa come

---

Università Gregoriana, Roma, 1946, pp. 761 s.; ANTONI STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1990, pp. 166 s. In giurisprudenza, cfr., per tutte, *coram* Pinto, *Montisvidei*, diei 12 novembre 1973, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXV, dec.176, n.3, pp. 726 s.

<sup>7</sup> Cfr., per tutti, SEVERINO MASTROTTO, *op. cit.*, p. 46 s.

<sup>8</sup> Cfr., per tutti, CARLOS SECO CARO, *La educación religiosa de los hijos y la exclusión del «bonum prolis»*, in *Ius canonicum*, 1972, pp. 377 ss. In giurisprudenza, cfr., per tutte, *coram* De Lanversin, *Friburgen.-Rottenburgen.*, diei 27 giugno 1990, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXXXII, dec. 84, n. 6, p. 574.

<sup>9</sup> Cfr. PAOLO PICOZZA, *Educazione religiosa della prole nel matrimonio sacramento*, Studium Urbis, Roma, 1981, p. 22, ove, dopo aver rilevato che la fecondità spirituale, consistente in «un preciso rapporto con una terza realtà personale oltre i due coniugi, quale prole reale o in vari modi e livelli adottiva», diviene «parte integrante della perfezione dell'amore coniugale, richiesto perché ci sia sacramento», si precisa che «tale fecondità, che mai è possibile abolire, ha solo una accezione: quella educativa»; ID., *L'esclusione dell'obbligo dell'educazione della prole*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, pp. 277 ss. Cfr. anche CARLOS J.

mera generazione biologica, può anche mancare, essendo possibile ad una coppia sterile contrarre un valido matrimonio ed eventualmente realizzare l'aspirazione alla paternità (e maternità) attraverso l'adozione<sup>10</sup>: è essenziale, invece, che ai figli, nati dall'unione od eventualmente adottati, i *parentes* fornicano una piena educazione morale e religiosa (ovviamente, presupposto di siffatta *educatio* è che i genitori abbiano garantito alla prole il *bonum physicum*). L'autentico amore sponsale include necessariamente al proprio interno la dimensione educativa: la procreazione, biologica o realizzata attraverso l'adozione, ed il conseguente diritto-dovere di educare i figli scaturiscono entrambi dalla relazione di amore intercorrente tra i coniugi-genitori<sup>11</sup>.

Siffatta situazione giuridica trova il proprio fondamento nel diritto divino naturale e concerne, quindi, qualunque legame matrimoniale. Nell'ambito del *matrimonium ratum*, poi, il diritto-dovere di fornire l'*educatio* viene elevato all'ordine soprannaturale, in quanto l'unione tra Cristo e la Chiesa, rappresentata appunto dal matrimonio-sacramento, è connotata da una finalità prettamente spirituale consistente essenzialmente nel rendere il battezzato pienamente consapevole della propria dignità di membro della comunità ecclesiale e del conseguente dovere di impegnarsi nell'*aedificatio populi Dei*: da qui, conclude la tesi in parola, l'obbligo dei genitori di impartire ai figli un'educazione religiosa pienamente conforme al patrimonio dogmatico proprio del Cattolicesimo<sup>12</sup>.

La famiglia, prosegue l'indirizzo in esame, svolge, inoltre, un ruolo insostituibile all'interno del complesso processo di formazione della personalità

---

ERRÁZURIZ M., *La rilevanza canonica della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare*, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 561 ss.

<sup>10</sup> L'ordinamento canonico, è noto, conosce l'istituto dell'adozione, ma rinvia, per la sua concreta disciplina, alla legislazione civile; sul punto, cfr. il can.110 del Codice di Diritto Canonico latino – d'ora in avanti indicato come *C.I.C.* –, secondo cui «I figli, che sono stati adottati a norma della legge civile, sono ritenuti figli di colui o di coloro che li hanno adottati» (nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* – d'ora in avanti indicato come *C.C.E.O.* – manca una norma di analogo contenuto). Precisiamo che allorquando, nel citare i canoni, non specifichiamo la legislazione di appartenenza, è sottinteso che si tratta di norme del Codice latino.

<sup>11</sup> Cfr. PAOLO PICOZZA, *Educazione...*, cit., p. 58, ove si afferma che i coniugi «non si amano per generare ed educare, ma generano ed educano perché si amano».

<sup>12</sup> Cfr. PAOLO PICOZZA, *op.ult. cit.*, pp. 120-126; ID., *L'esclusione...*, cit., p. 283, secondo cui «Il sacramento del matrimonio indica agli sposi, conferendone la grazia, un compito assai alto: generare i figli non solo per la società umana ma anche donare i figli a Dio per l'eternità». Cfr. anche ANNALUISA CASIRAGHI, *Il diritto di famiglia nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, in *Dir. ecl.*, 1985, I, pp. 624 ss.; RYSZARD SZTYCHMILER, *L'obbligo dei genitori di educare i figli alla vita eucaristica*, in *Ius Ecclesiae*, 1990, pp. 127 ss.; JUAN IGNACIO ARRIETA, *La posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico*, *ivi*, 1995, pp. 551 ss.

del minore<sup>13</sup>: l'assimilazione della «tavola di valori» su cui si fonda l'ordinata convivenza civile, l'attitudine al confronto con le altre culture, la capacità di valutare criticamente, alla luce dei propri principi morali, i modelli di comportamento proposti dalla società e, conseguentemente, di compiere scelte autonome rispetto ai condizionamenti provenienti dall'ambiente circostante non costituiscono il semplice prodotto della maturità intellettuale – correlata al fatto oggettivo della crescita – o del completamento e perfezionamento della formazione scolastica, ma si acquisiscono anche, e soprattutto, attraverso concrete esperienze di vita, esperienze che avvengono in primo luogo all'interno del contesto familiare; quest'ultimo, qualora sia caratterizzato da relazioni interne improntate all'amore ed al rispetto reciproco, rappresenta l'*habitat* ideale affinché il minore possa mantenere, durante l'età evolutiva, un rapporto armonioso ed equilibrato innanzitutto con se stesso e con la propria personalità in formazione, e poi con gli altri<sup>14</sup>.

La centralità che il *bonum spirituale prolis* riveste nell'ambito delle relazioni

---

<sup>13</sup> Sull'importanza che l'ordinamento canonico ha sempre attribuito alla famiglia, considerandola il contesto ideale per lo sviluppo della personalità individuale (sia dei coniugi, sia della prole), cfr. RAFFAELE COPPOLA, *La posizione e la tutela del minore nel diritto canonico*, in *Dir.fam.pers.*, 1982, pp. 89 ss.; RINALDO BERTOLINO, *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, Giappichelli, Torino, 1995, *passim*; ANDREA BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1996, *passim*; JOAN CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, in AA.Vv., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia* (a cura di JOAN CARRERAS), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 1 ss.; GAETANO LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in AA.Vv., *Tutela della famiglia...*, cit., pp. 17 ss.; ID., *Matrimonio, diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*; PAOLO MONETA, *Stabilità della famiglia e sua tutela*, in AA.Vv., *Tutela della famiglia...*, cit., pp. 35 ss.; ENRICO VITALI, *Riflessioni sui rapporti familiari nell'esperienza giuridica ecclesiale*, in *Dir. eccl.*, 2005, I, pp. 850 ss.; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia*, Aracne, Roma, 2006, *passim*. Cfr. anche MARIA ELENA CAMPAGNOLA, *La famiglia «Chiesa domestica»: strumento fondamentale della missione dei laici*, in AA.Vv., *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, vol. I, Mucchi Editore, Modena, 1989, pp. 241 ss.; GIOVAMBATTISTA PIOMELLI, *Famiglia, minori e responsabilità educative: normativa canonica e complessità sociale nell'autorevole esegesi di Giovanni Paolo II nei suoi recenti viaggi apostolici*, in *Dir.eccl.*, 1999, I, pp. 1025 ss.; PIERLUIGI CIARAPICA, *L'«obbligo gravissimo» dell'educazione dei figli: dal can.226 a una progettualità educativa genitoriale*, in *Apollinaris*, 2005, pp. 765 ss.; TARCISIO BERTONE, *Famiglia e trasmissione dei valori nella società complessa: la questione educativa* (Prolusione tenuta il 22 febbraio 2006 in occasione dell'inaugurazione dell'Anno giudiziario del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo).

<sup>14</sup> Cfr. PAOLO PICOZZA, *L'obbligo dell'educazione religiosa della prole e la libertà religiosa*, in AA.Vv., *La Chiesa dopo il Concilio* (Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Roma, 14-19 gennaio 1970), t. II, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 1096-1101; ID., *Educazione religiosa...*, cit., *passim*, in specie pp. 53-61; ID., *L'esclusione...*, cit., p. 282; HECTOR FRANCESCHI, *Il "bonum prolis" nello stato di vita matrimoniale e le conseguenze canoniche in caso di separazione o di nullità matrimoniale*, in AA.Vv., *Prole...*, cit., pp. 32-36 e 43 s. Cfr. anche FULVIO UCCELLA, *La prospettiva personalistica ed il problema della famiglia come società educativa*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1974, pp. 961 ss.; VINCENZO PLUMITALLO, *La famiglia nel Concilio Vaticano II e nel Sinodo dei Vescovi del 1980*, in *Dir. eccl.*, 1983, I, pp. 481-483.

endofamiliari induce l'orientamento in parola a sostenere che all'interno della dimensione finalistica del matrimonio l'educazione morale e religiosa abbia la medesima rilevanza primaria della procreazione (la teoria *de qua* è stata elaborata nel periodo immediatamente precedente all'entrata in vigore del codice paolino-giovanneo, quando cioè, è risaputo, esisteva ancora la distinzione, sancita dal Codice del 1917, tra il fine principale del matrimonio, la generazione dei figli, ed i fini secondari, identificati nel *mutuum adiutorium* e nel *remedium concupiscentiae*: riteniamo, però, che siffatta circostanza non sminuisca affatto la rilevanza dell'indirizzo in oggetto). Il Magistero ecclesiastico, fin da molti anni prima del Vaticano II – viene fatto, tra l'altro, esplicito riferimento alla *Casti connubii*<sup>15</sup> –, avrebbe attribuito rilievo centrale alla finalità educativa, considerandola autonoma rispetto al mutuo aiuto e conferendole la stessa dignità della procreazione<sup>16</sup>: la dimensione teleologica del *foedus* nuziale avrebbe avuto al vertice non più semplicemente il mero fatto oggettivo della generazione della prole e del suo mantenimento in vita, ma anche il *bonum spirituale prolis* estrinsecantesi nel diritto-dovere dei coniugigenitori di impartire ai figli un'educazione morale (e, qualora i *parentes* fossero battezzati, anche religiosa) completa e profonda<sup>17</sup>.

Il legislatore, osserva l'*opinio* in esame, nel formalizzare in una specifica disposizione normativa la missione educativa di cui sono titolari i genitori, si è limitato a «tradurre» in un precetto positivo un'insopprimibile esigenza che trova il proprio fondamento nel diritto naturale. Da ciò discende una duplice conseguenza: da un lato, il carattere meramente ricognitivo delle norme aventi per oggetto il diritto-dovere dei genitori di impartire l'*educatio*; dall'altro, l'esigenza che la legge sancisca in modo inequivoco il ruolo infungibile che la famiglia, attraverso l'opera educativa, svolge nell'ambito del delicato processo di formazione della personalità dei minori.

In effetti, il *Codex* del 1983 non solo presenta numerosi canoni relativi,

---

<sup>15</sup> Cfr. PIO XI, *Casti connubii*, cit., *loc.cit.*, secondo cui «Il bene però della prole non si esaurisce nel beneficio della procreazione, ma occorre che se ne aggiunga un secondo, che consiste nella debita educazione di essa».

<sup>16</sup> Cfr. PAOLO PICOZZA, *Educazione religiosa.....*, cit., pp. 109 s., ove si attribuisce primaria evidenza al «rapporto educativo con la prole, che la *Casti Connubii* pone allo stesso livello di fine primario che la procreazione».

<sup>17</sup> Cfr., per tutti, PIERO ANTONIO BONNET, *Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità (cann. 1055-1056)*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico* (a cura di PIERO ANTONIO BONNET e CARLO GULLO), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, pp. 120 s., secondo cui «“Finis operis” dello stato di vita matrimoniale deve considerarsi dunque la procreazione della prole non solo nella sua dimensione generativa, ma anche in quella educativa, cristianamente non meno essenziale della prima».



direttamente od indirettamente, all'*educatio* (la dottrina ha sottolineato come tutti i libri del Codice, ad eccezione di quello dedicato al patrimonio ecclesiastico, contengano norme inerenti all'educazione<sup>18</sup>), ma stabilisce, così come, del resto, faceva anche il Codice pio-benedettino, uno stretto legame tra lo svolgimento dell'attività educativa e le dinamiche endofamiliari, individuando nella famiglia il principale *habitat* al cui interno può, e deve, compiersi il processo di formazione della personalità individuale. Il nuovo Codice, è risaputo, dopo avere stabilito che è obbligo «generale» dei laici impegnarsi affinché la missione salvifica affidata alla Chiesa venga realizzata compiutamente e che tale obbligo trova estrinsecazione specifica nel dovere di improntare la dimensione temporale ai principi del Cattolicesimo<sup>19</sup>, puntualizza che siffatta corresponsabilità nell'*aedificatio populi Dei* deve trovare attuazione all'interno della famiglia<sup>20</sup>, in particolare attraverso l'*educatio* che i genitori hanno il diritto-dovere di impartire alla prole: l'educazione deve comprendere, ovviamente, anche la dimensione religiosa, essendo diretta a far acquisire ai minori la consapevolezza della loro dignità di fedeli<sup>21</sup>.

Questa situazione giuridica deriva dal fatto oggettivo della procreazione, indipendentemente dal fatto che i *parentes* siano, o meno, uniti in matrimonio: essa viene semplicemente ribadita nell'ambito delle disposizioni relative agli effetti del matrimonio, laddove si pone in primaria evidenza come i genitori debbano fornire ai figli un'educazione integrale che ne assicuri la reale crescita

---

<sup>18</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. ult. cit., passim*, in particolare pp. 12 s. e 33 s., secondo cui la presenza «diffusa» all'interno del nuovo *Codex* latino di norme relative all'*educatio* «se certamente rende difficile una sistematica interpretazione, costituisce tuttavia un segno significativo della volontà del legislatore di considerare a tal punto essenziale l'educazione da inserirne la disciplina in ogni libro del Codice» (p.34).

<sup>19</sup> Cfr. il can.225, §§1 e 2 (di tenore analogo i cann. 401 e 406 del *C.C.E.O.*)

<sup>20</sup> Il can.226, §1, stabilisce, è noto, che «I laici che vivono nello stato coniugale, secondo la propria vocazione, sono tenuti al dovere specifico di impegnarsi, mediante il matrimonio e la famiglia, nell'edificazione del popolo di Dio» (pressoché identico il contenuto del can. 407 del *C.C.E.O.*).

<sup>21</sup> Il can. 226, §2, sottolinea che «I genitori, poiché hanno dato ai figli la vita, hanno l'obbligo gravissimo e il diritto di educarli; perciò spetta primariamente ai genitori cristiani curare l'educazione cristiana dei figli secondo la dottrina insegnata dalla Chiesa» (assai simile il can. 627, §1, del *C.C.E.O.*). Significativi appaiono, altresì, i cann. 774 – il quale, dopo avere stabilito, al §1, che «La sollecitudine della catechesi, sotto la guida della legittima autorità ecclesiastica, riguarda tutti i membri della Chiesa, ciascuno per la sua parte», puntualizza, al §2, che siffatto dovere grava innanzitutto sui genitori «tenuti prima di tutti gli altri all'obbligo di formare con la parola e l'esempio i figli nella fede e nella pratica della vita cristiana» – e 793, §1, ove si ribadisce l'obbligo dei genitori di educare la prole e si precisa che i *parentes* cattolici «hanno anche il dovere e il diritto di scegliere quei mezzi e quelle istituzioni attraverso i quali...possano provvedere nel modo più appropriato all'educazione cattolica dei figli» (assai simili appaiono i cann. 618 e 627 del *C.C.E.O.*); su quest'ultimo profilo, cfr. FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *Il diritto dei genitori nell'insegnamento scolastico della religione*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 102 ss.

sotto il profilo non solo fisico, ma anche culturale, morale e religioso<sup>22</sup>.

Il diritto-dovere di educare la prole, sia essa legittima o naturale<sup>23</sup>, sancito dal can. 226, §2 (cfr. *supra*, alla nota n. 21), trova così specificazione, in ordine al proprio oggetto, con riferimento ai figli nati da matrimonio: i *coniuges-parentes* sono tenuti, nei limiti delle proprie capacità e possibilità, a formare al massimo grado la personalità dei *filii*. Essi godono di ampia discrezionalità circa la determinazione dei contenuti e delle modalità dell'opera educativa, pur dovendo rispettare sempre un duplice vincolo normativamente stabilito: l'*educatio* dev'essere finalizzata alla formazione integrale della personalità individuale, giacché i minori hanno diritto a ricevere dall'ambiente circostante, in primo luogo da quello familiare, quegli apporti che consentano loro di valorizzare al massimo le proprie capacità, onde poter svolgere appieno il ruolo di cittadini-fedeli e concorrere attivamente all'ordinato svolgimento della convivenza civile ed alla realizzazione della missione salvifica affidata alla società ecclesiale<sup>24</sup>; il generale dovere di mantenere comunque la *communio cum*

---

<sup>22</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op.ult. cit.*, pp. 93 s., secondo cui il can. 226, §2, costituisce «una esplicitazione del can.1136, al quale va ricollegato da un punto di vista sistematico». Il can.1136, è risaputo, recita: «I genitori hanno il dovere gravissimo e il diritto primario di curare, secondo le proprie forze, l'educazione della prole, sia fisica, sociale e culturale, sia morale e religiosa» (il contenuto della norma è riprodotto all'interno del can.783, §1, n.1, del C.C.E.O.). Significative appaiono, inoltre, le considerazioni svolte, sotto la vigenza del *Codex* del 1917, da PIETRO GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1932, pp. 191 s., il quale pone in risalto che «Parentes gravissima obligatione teneri prolis educationem tum religiosam et moralem, tum physicam et civilem pro viribus curandi et etiam temporalis eorum bono providendi palam est».

Va rilevato come il legislatore canonico abbia tradizionalmente accolto un'ampia nozione di *educatio*, recependo così le indicazioni fornite dagli studi pedagogici, i quali individuano all'interno della nozione stessa tre componenti e cioè l'educazione fisica, l'educazione morale e l'istruzione: sul concetto di educazione, cfr. EMILIO MORSELLI, *Educazione*, in *Dizionario di filosofia e scienze umane*, Signorelli, Milano, 1978, pp. 66 s.; sull'ampiezza della nozione di *educatio* presente nel Codice del 1983, cfr. AGOSTINO MONTAN, *op. cit.*, p. 65, ove si osserva che «Nella prospettiva dell'antropologia cristiana l'educazione considera la totalità della persona, integrando armonicamente tutte le sue dimensioni (biologica, psicologica, affettiva, intellettuale, sociale, morale, religiosa)». Cfr. anche EUGENIO CORECCO, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici: osservazioni critiche*, in AA.VV., *Studi sulle fonti...*, cit., pp. 129 s., il quale rileva come nel can. 1136 l'«educazione religiosa è concepita in modo giusnaturalistico, senza ricomprendere esplicitamente l'educazione alla fede e alla Chiesa. Tutto il canone è redatto secondo un'ottica naturale e non ecclesiale».

<sup>23</sup> Significativa appare la seguente considerazione formulata durante l'*iter* di elaborazione del nuovo Codice latino: «Obligatio enim educationis tenet omnes parentes, etiamsi non fuerint coniugati, quare coniuges eadem tenentur potius ut parentes, non ut coniuges, et obligatio educationis est effectus procreationis potius quam matrimonii» (cfr. ACTA PONTIFICIAE COMMISSIONIS CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, in *Communicationes*, 1973, p.76).

<sup>24</sup> Il C.I.C., dopo avere evidenziato, al can. 795, che, poiché «la vera educazione deve perseguire la formazione integrale della persona umana», è necessario che «i fanciulli e i giovani siano coltivati in modo da poter sviluppare armonicamente le proprie doti fisiche, morali e intellettuali....e siano

*Ecclesia*<sup>25</sup> impone ai genitori di rispettare anche nell'esercizio della funzione educativa il rapporto di subordinazione nei confronti della Gerarchia chiamata a regolamentare, a nome della Chiesa (titolare anch'essa, sia pure a «titolo speciale», della missione di educare<sup>26</sup>), l'oggetto e le modalità dell'*educatio*, soprattutto allorquando questa si concretizza nell'attività catechetica<sup>27</sup>.

## 2. *Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla rilevanza giuridica del bonum spirituale: estraneità dell'educazione morale e religiosa all'oggetto del consenso matrimoniale*

La grande rilevanza che la tematica relativa al *bonum spirituale prolis* riveste nella normativa codiciale – appare evidente, invero, che l'attenzione del legislatore si è concentrata sull'educazione morale e religiosa, come dimostra, a nostro giudizio, l'amplessima nozione di *educatio* accolta dal can.1136 (cfr. *supra*, alla nota n. 22), nonché i riferimenti alla formazione integrale della persona umana, individuata quale obiettivo dell'attività educativa, ed al diritto-dovere della Chiesa di formulare direttive in merito alla catechesi – ha indotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla possibilità che il diritto-dovere dei genitori di impartire l'*educatio moralis-religiosa* venga annoverato fra gli elementi essenziali del matrimonio e, pertanto, costituisca anch'esso parte integrante della *traditio-acceptatio* attraverso cui si costituisce

---

preparati a partecipare attivamente alla vita sociale», puntualizza, al can. 217, che tutti i fedeli, compresi, quindi, anche, e, a nostro giudizio, soprattutto i minori, «hanno diritto all'educazione cristiana con cui possano essere formati a conseguire la maturità della persona umana e contemporaneamente a conoscere e a vivere il mistero della salvezza» (non dissimile appare il can.20 del C.C.E.O.). Appaiono ancora attuali le considerazioni formulate da FRANCESCO SAVERIO WERNZ-PIETRO VIDAL, *op. cit.*, p. 762, i quali osservano che «Parentes tenentur prolem educare educatione civili, morali et religiosa. Educatio civilis est illa parentum cura, qua...debet filios perducere ad perfectum statum civis seu membri societatis....Quae educatio *civilis* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] debet esse coniuncta cum educatione *moralis et religiosa* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]».

<sup>25</sup> Il can. 209, §1, è risaputo, stabilisce che: «I fedeli sono tenuti all'obbligo di conservare sempre, anche nel loro modo di agire, la comunione con la Chiesa» (sostanzialmente identico il can.12,§1, del C.C.E.O.).

<sup>26</sup> Il can.794, §1, stabilisce che «A titolo speciale il dovere e il diritto di educare spetta alla Chiesa, alla quale è stata affidata da Dio la missione di aiutare gli uomini, perché siano in grado di pervenire alla pienezza della vita cristiana» (parzialmente simile il can.628, §1, del C.C.E.O.). In dottrina, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Diritto alla vita...*, cit., p. 73.

<sup>27</sup> Emblematico appare il can. 774, §1, ove si afferma che «La sollecitudine della catechesi, sotto la guida della legittima autorità ecclesiastica, riguarda tutti i membri della Chiesa, ciascuno per la sua parte» (latamente assimilabile alla norma in esame appare il can. 619 del C.C.E.O.).

il vincolo nuziale: ci si è chiesto, cioè, se il *bonum spirituale* costituisca oggetto del consenso matrimoniale<sup>28</sup>.

Esiste una sostanziale uniformità di posizioni circa la rilevanza giuridica del *bonum physicum*, giacché si ritiene che l'*ordinatio ad prolem*, propria dell'istituto matrimoniale, verrebbe senz'altro frustrata se si ritenesse legittima la mancata adozione da parte dei genitori delle misure indispensabili al mantenimento in vita dei figli. L'*educatio physica* viene reputata oggetto di un obbligo non solo morale, ma anche giuridico: da qui la sua inclusione nell'ambito del concetto di *bonum prolis*<sup>29</sup>.

Il legislatore canonico (sia quello pio-benedettino, sia quello paolino-giovanneo), prosegue la tesi in esame, nell'indicare quale fine del matrimonio la generazione ed educazione della prole fa senz'altro riferimento al benessere fisico dei figli<sup>30</sup>: il nesso non solo sintattico, ma anche, e soprattutto, logico tra la nascita e l'*educatio* indica che quest'ultima è stata intesa dal legislatore come «procreazione continuata»<sup>31</sup> e cioè come dovere dei genitori di non interrompere il processo generativo avviatosi con il concepimento, nonché di mantenere in vita la prole successivamente alla nascita (viene esplicitamente affermata l'invalidità del consenso nuziale qualora uno dei nubenti – o en-

---

<sup>28</sup> Una efficace sintesi di tale dibattito può leggersi in ANTONI STANKIEWICZ, *La prole come finalità del matrimonio. Dal can. 1013§1 del C.I.C. 1917 al can. 1055§1 del C.I.C. 1983*, in AA.VV., *Prole...*, cit., pp. 11 ss. Cfr. anche le considerazioni espresse da CELESTINO CARRODEGUAS NIETO, *La exclusión de la educación de la prole*, in *Revista española de derecho canónico*, 1997, pp. 95 ss.; AGOSTINO MONTAN, *Esclusione della prole e della sua educazione nel matrimonio dei cattolici con battezzati al di fuori della Chiesa cattolica o non battezzati*, in AA.VV., *Prole...*, cit., pp. 310-314.

<sup>29</sup> Cfr., per tutti, ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, il Mulino, Bologna, 1993 (ristampa), pp. 284 e 341; ANTONI STANKIEWICZ, *L'esclusione...*, cit., pp. 166-169; Id., *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, *Il consenso* (a cura di PIERO ANTONIO BONNET e CARLO GULLO), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, pp. 317-319, il quale rileva che il *bonum physicum* va identificato con il «quid minimum essenziale» della educazione, in cui si congiungono il diritto-dovere alla trasmissione della vita umana ed il diritto-dovere alla sua conservazione, accoglienza e crescita, come persona umana, nella comunità coniugale» (p. 319). In giurisprudenza, cfr., per tutte, *coram* Defilippi, *Vicentina*, diei 30 marzo 2000, in *S.R.R. Dec.*, vol. XCII, dec. 42, n. 8, p. 281, ove si osserva che nella nozione di *bonum prolis* rientra anche «ius-obligationem ad nativitatem et in vita conservationem prolis forte generatae».

<sup>30</sup> Cfr., per tutti, PIERO PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel Codice di diritto canonico latino*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 236-239 ed ivi ampia bibliografia.

<sup>31</sup> Cfr. *coram* Canestri, diei 8 luglio 1941, in *S.R.R. Dec.*, vol. XXXIII, dec. LVI, n. 6, p. 603, secondo cui «Educatio vero physica prolis nihil est nisi eiusdem procreatio continuata»; concetti analoghi sono espressi nella *coram* Heard, *Taurinen.*, diei 17 gennaio 1953, *ivi*, vol. XLV, dec. VIII, n. 3, p. 49. Queste decisioni, come altre che citeremo *infra*, sono state pronunciate sotto la vigenza del Codice pio-benedettino: ciò, comunque, non le rende irrilevanti, dato che le argomentazioni in esse contenute non paiono inficiate dalla nuova normativa codiciale.

trambi – si proponga di ricorrere all’aborto, di uccidere il figlio dopo il parto, oppure di abbandonarlo, onde farlo morire di stenti<sup>32</sup>).

La considerazione del *bonum physicum* quale oggetto del consenso matrimoniale si fonda, perciò, sul legame indissolubile intercorrente con la *procreatio* della quale costituisce una sorta di prolungamento nel tempo: è l’*educatio physica* che, garantendo la sopravvivenza dei figli, fa sì che l’*ordinatio ad prolem* trovi concreta attuazione e non rimanga un mero elemento formale privo di effettività<sup>33</sup>.

Ne consegue l’efficacia invalidante di una eventuale determinazione volitiva con cui uno degli sposi, od entrambi, intenda respingere il *bonum prolis* non impedendo il concepimento, ma facendo sì che il processo generativo non giunga a compimento, o che la prole eventualmente nata non sopravviva<sup>34</sup>; nonché la necessità che i contraenti non siano affetti, al momento delle

<sup>32</sup> Cfr. *coram* Canestri, *Ianuen.*, diei 20 marzo 1948, in *S.R.R. Dec.*, vol. XL, dec. XVI, n. 5, p. 94, secondo cui «Concordant doctores in admittendo reservationem iuris necandae aut mutilandae prolis inducere nullitatem matrimonii»; *coram* Jullien, *Bergomen.*, diei 16 ottobre 1948, *ivi*, dec. LVI, n. 4, p. 355; *coram* Canestri, *Ianuen.*, diei 26 gennaio 1950, *ivi*, vol. XLII, dec. VIII, n. 3, p. 46, ove si afferma l’invalidità del matrimonio contratto da colui che si riserva, qualora durante la convivenza coniugale si verifichi un concepimento, la facoltà di «sibi procurandi abortum, aut, partu edito, necandi vel quoque modo deserendi prolem».

<sup>33</sup> Cfr. ANTONI STANKIEWICZ, *L’esclusione...*, cit., in AA.VV., *La simulazione...*, cit., p. 167, secondo cui il *bonum physicum* «che esprime tradizionalmente il concetto del servizio alla trasmissione ed alla conservazione della vita umana, nella comune e costante dottrina canonico-teologica, comprende, oltre il concepimento, anche la nascita e la conservazione in vita della prole, e tutto questo giustamente viene chiamato “prima educatio” o “educatio physica, naturalis”, che esprimono il “munus educativum” prettamente umano ossia dell’essere umano»; ID., *L’esclusione...*, cit., in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico...*, cit., p. 318.

<sup>34</sup> Cfr. HECTOR FRANCESCHI, *L’esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente* (nota a T.R.R. *coram* De Lanversin, *Interammen.-Narnien.-Amerina*, diei 5 aprile 1995 e T.R.R. *coram* Huber, *Colonien.*, diei 24 novembre 1995), in *Ius Ecclesiae*, 1999, pp. 149-157. In giurisprudenza, cfr. *coram* Canestri, diei 8 luglio 1941, cit., *loc. cit.*, ove si osserva che «certum est nullum esse matrimonium» qualora i nubendi, pur assumendo quale oggetto della *traditio-acceptatio* la *copula perfecta*, «excludunt ius ad veri seminis retentionem in vasis foemineis, vel ad conceptionem, vel ad evolutionem foetus, per abortum eiiciendi, vel ad vitam necnon integritatem membrorum prolis iam editae». *Contra*, cfr. PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 46, il quale, nonostante in altri luoghi sottolinei il dovere dei genitori di provvedere nel miglior modo possibile all’educazione dei figli (cfr. *supra*, alla nota n. 22), precisa che qualora uno dei nubenti contragga matrimonio con l’intenzione di utilizzare l’aborto quale mezzo contraccettivo, «ipse quidem graviter peccat, sed matrimonium valet»; ad avviso dell’Autore, infatti, in tal caso non si sarebbe in presenza di una *intentio contra bonum prolis*, ma semplicemente della volontà di non adempiere un dovere che si è, però, assunto. Il Gasparri puntualizza ulteriormente il proprio pensiero, osservando che «non foret contra substantiam conditio: Dummodo prolem orphanotrophii exponamus [corsivo nel testo: n.d.a.], vel: Eam proprio lacte non nutriam [corsivo nel testo: n.d.a.]» (*op. cit.*, p. 85). Cfr. anche PIO FEDELE, *L’«ordinatio ad prolem» nel matrimonio in diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 330-347, secondo cui, non essendo configurabile uno *ius ad prolem* distinto dallo *ius in corpus*, deve ritenersi ininfluenza, in ordine alla validità del negozio matrimoniale, la circostanza che in uno dei contraenti (od in entrambi) fosse

nozze, da una anomalia psichica, di qualsiasi natura, che li renda incapaci di provvedere al *bonum physicum* della futura prole.

La circostanza che la rilevanza giuridica della cd. educazione fisica si fondi sullo stretto legame intercorrente con la procreazione, legame che la rende quasi una *condicio sine qua non* affinché l'*ordinatio ad prolem*, elemento essenziale del matrimonio, possa realizzarsi<sup>35</sup>, induce, però, autorevole dottrina e giurisprudenza a concludere per la sostanziale ininfluenza dell'educazione morale e religiosa in ordine alla validità, o meno, del *foedus* nuziale. Il *bonum spirituale* viene distinto nettamente dal benessere fisico, in quanto afferente non alla sopravvivenza della prole, bensì allo sviluppo concreto della sua personalità sotto il profilo intellettuale e morale<sup>36</sup>. L'*educatio moralis-religiosa*, non essendo indispensabile affinché la prole sia mantenuta in vita, viene reputata estranea all'oggetto della volontà manifestata dai nubenti: essa costituirebbe il contenuto di un diritto-dovere, senz'altro di notevole rilevanza, gravante sui genitori, ma tale situazione giuridica sarebbe di per sé estranea al contratto matrimoniale<sup>37</sup>.

---

presente, al momento della manifestazione del consenso, una positiva determinazione volitiva diretta ad escludere il *bonum physicum* e/o *spirituale* della futura prole. In giurisprudenza, cfr. *coram* Bruno, *Ianuen.*, diei 18 febbraio 1977, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXIX, dec. 20, n. 3, p. 59, ove si osserva che «Si quis ergo ad nuptias accedit cum mero proposito praepediendi exercitium traditi iuris, ut puta... futuram prolem necando, ad vitiatum consensum provocare nequit».

<sup>35</sup> Cfr. *coram* Pinto, *Montisvidei*, diei 12 novembre 1973, cit., p. 727, secondo cui «Similiter est de substantia eiusdem contractus, quatenus etiam primario ad prolem educandam ordinatur, officium providendi de physico bono prolis, praesertim curando ne mortis periculo exponatur»; *coram* De Lanversin, *Friburgen.-Rottenburgen.*, diei 27 giugno 1990, cit., nn. 6 e 10, pp. 574 s., la quale osserva che «non solum susceptio, sed etiam susceptae prolis aliquis educatio ad matrimonialem finem essentialiter spectat», sicché «educatio physica prolis... id est eius simpliciter conservatio et educatio... excludi nequeat e matrimoniali consensu, quin ipse consensus destruat».

<sup>36</sup> Cfr. PIERO PELLEGRINO, *op. cit.*, p. 239, il quale afferma che «se da una parte l'esclusione della *prima educatio*, cioè dell'educazione fisica della prole, comporta la nullità del matrimonio, dall'altra, non riteniamo che sia essenziale, ai fini della validità del matrimonio, l'educazione morale e spirituale dei figli da parte dei genitori, perché tale elemento non può che essere integrativo del *bonum prolis*». Cfr. anche ANTONIO MOSTAZA RODRÍGUEZ, *La simulación en el C.I.C. y en el Proyecto de Nuevo Código*, in *AA.VV.*, *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, pp. 467 s. In giurisprudenza, cfr. *coram* Jullien, *Bergomen.*, diei 16 ottobre 1948, cit., n.7, p. 357, ove si rileva che «Nam substantia matrimonii consistit in obligatione mutua, saltem radicali, ad actus per quos generari potest proles, non vero in educatione bona aut sancta prolium»; *coram* Heard, *Taurinen.*, diei 17 gennaio 1953, cit., *loc.cit.*, secondo cui la nozione di *educatio* «extendi nequit ad spirituale educationem». Cfr. anche *coram* Canestri, diei 8 luglio 1941, cit., *loc. cit.*, che, dopo aver evidenziato che l'educazione «distinguitur in physicam, quae a conceptione, et moralem, quae a vitae intellectualis primordiis initium sumit», osserva come «Concordes sunt Doctores in admittenda nullitate matrimonii ob exclusam physicam educationem filiorum in suis principiis seu in iure; discordant vero si moralis reiiciatur, utpote si mater nubendo intendat educare prolem in infidelitate, vel in meretricio»; *coram* Canestri, *Ianuen.*, diei 20 marzo 1948, cit., *loc. cit.*; *coram* Canestri, *Ianuen.*, diei 26 gennaio 1950, cit., *loc.cit.*

<sup>37</sup> Cfr. ERMANNIO GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*,

Conseguentemente, la formulazione di un positivo atto di volontà con cui si escluda dalla *traditio-acceptatio* il *bonum spirituale prolis* sarebbe del tutto irrilevante<sup>38</sup>; così come sarebbe irrilevante l'incapacità di fornire ai figli una formazione morale e religiosa.

L'*opinio* in parola sottolinea come il negozio matrimoniale sia connotato da una struttura sostanzialmente sinallagmatica atta a vincolare esclusivamente i due contraenti: i cd. *iura coniugalia* ricomprenderebbero soltanto quelle situazioni giuridiche che i nubenti si trasferiscono reciprocamente al momento della manifestazione del consenso e non potrebbero essere estesi ai diritti (ed ai correlativi obblighi) concernenti soggetti estranei al rapporto di coniugio, quali i *fili*<sup>39</sup>. Il contenuto giuridico del patto nuziale va determinato, prosegue la tesi *de qua*, assumendo quale elemento subiettivo di riferimento unicamente la coppia di sposi<sup>40</sup>. In un'ottica siffatta qualunque situazione giuridica instauratasi tra uno dei contraenti (od entrambi) ed un soggetto esterno alla coppia non può non essere considerata del tutto estranea al sinallagma matrimoniale e, conseguentemente, inidonea ad incidere sulla validità, o meno, del *foedus*: ciò anche con riferimento al rapporto che, in virtù del fatto materiale della generazione, o del ricorso ad una *factio iuris*, quale l'adozione, unisce i *coniuges-parentes* alla prole<sup>41</sup>.

---

Giuffrè, Milano, 1956, pp. 189 s., il quale rileva come sia impossibile assimilare, quanto alle conseguenze giuridiche, l'esclusione del *bonum spirituale* alla volontà di non avere figli, poiché l'*educatio prolis*, pur essendo fine primario del patto nuziale, «può *legittimamente* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] perseguirsi anche fuori del matrimonio, onde non è neppur configurabile uno stretto rapporto d'interdipendenza tra la causa del matrimonio e l'educazione della prole»; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 74-81; PIERO PELLEGRINO, *op. cit.*, p. 238.

<sup>38</sup> Cfr. *coram* Bejan, *Melbournen.*, diei 29 ottobre 1966, in *S.R.R. Dec.*, vol. LVIII, dec. 151, n. 3, p. 765, secondo cui «scimus voluntatem instituendi prolem in haeresi, quamvis impiam, ideoque irritam in se, non esse tamen contra substantiam matrimonii, quia non excludit simpliciter conservationem et educationem prolis; ideoque non irritat matrimonium neque iure naturali, neque iure positivo»; *coram* Pinto, *Montisvidei*, diei 12 novembre 1973, *cit.*, n. 4, pp. 727 s., ove i giudici osservano, anche se incidentalmente, che a differenza dell'*educatio physica*, afferente all'essenza del contratto matrimoniale, il *bonum spirituale prolis* concerne l'integrità dell'oggetto del *foedus*, sicché la sua esclusione, pur essendo moralmente illecita, non determina l'invalidità del matrimonio.

<sup>39</sup> Cfr. OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 80 s., ove si rileva che «il diritto all'educazione dei figli non entra, a differenza del diritto alla procreazione, nel complesso degli *iura mutuo tradenda et acceptanda*»; CARLO GULLO, *Sulla nullità del matrimonio per incapacità di educare la prole* (nota a S.R.R., *coram* Raad, *Pittsburgen.*, diei 20 marzo 1980), in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 1092, secondo cui «il contratto matrimoniale pone in essere un complesso di diritti ed *obblighi* [corsivo nel testo: *n.d.a.*], che si riferiscono *esclusivamente* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] ai coniugi *contraenti* [corsivo nel testo: *n.d.a.*];» MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. ult. cit.*, pp. 160-164.

<sup>40</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. ult. cit.*, p. 161, ove si osserva che l'oggetto del *foedus* nuziale va individuato «nella dimensione esclusiva dei due coniugi».

<sup>41</sup> Cfr. CARLO GULLO, *op. cit.*, p. 1093.

Il rapporto di filiazione è fonte, secondo l'orientamento in esame, di diritti e doveri diversi da quelli scaturiti dal rapporto di coniugio. La prole nata dall'unione coniugale sarebbe considerata estranea al negozio matrimoniale, come risulterebbe da numerose norme di diritto sostanziale e processuale<sup>42</sup>. Il contenuto del *bonum prolis*, prosegue l'*opinio* in parola, non può essere esteso in modo da ricomprendere anche i diritti ed i doveri di cui i coniugi sono titolari nei confronti dei figli: la *traditio-acceptatio* che si realizza attraverso lo scambio del consenso ha per oggetto unicamente situazioni giuridiche attive e passive che i nubenti si attribuiscono reciprocamente. Da qui l'assoluta irrilevanza della volontà dei coniugi-genitori di non fornire ai figli un'educazione morale e religiosa.

Il *bonum spirituale* non sarebbe indispensabile affinché l'*ordinatio ad prolem*, cui ciascuno degli sposi ha diritto in virtù del *consensus* manifestato, possa trovare concreta attuazione: esso è estraneo al contenuto del patto nuziale e costituisce oggetto di un diritto-dovere senz'altro assai rilevante, ma che trova il proprio fondamento nel rapporto di filiazione e non in quello di coniugio<sup>43</sup>. L'ordinamento canonico, rilevano gli Autori in esame, attribuisce grande rilievo all'obbligo di fornire ai figli un'*educatio* morale e religiosa, e, talvolta, ne punisce l'inadempimento, non prevedendo mai, però, quale sanzione l'invalidità del matrimonio.

L'indirizzo *de quo*<sup>44</sup> menziona a titolo esemplificativo: il can.868,§1, n. 2, secondo cui dev'essere differito il battesimo dell'infante qualora si ritenga

---

<sup>42</sup> La tesi *de qua* richiama, a titolo esemplificativo: il combinato disposto dei cann. 1086, §2, e 1125, che, nel disciplinare la facoltà dell'Ordinario di dispensare dall'impedimento di *disparitas cultus*, richiede, è noto, che solo il contraente battezzato assuma l'impegno di educare l'eventuale prole nella Fede cattolica, confermando così implicitamente (secondo l'*opinio* in parola) che il *bonum spirituale prolis*, componente importante del rapporto genitori-figli, non è oggetto della *traditio-acceptatio* costitutiva del legame nuziale (di analogo tenore i cann. 803 e 814 del C.C. E. O.); il can. 1674, che, è risaputo, nega alla prole la legittimazione a far valere la nullità del matrimonio dei genitori (pressoché identico il can.1360 del C.C. E. O.).

<sup>43</sup> Cfr. CARLO GULLO, *op. cit.*, p. 1093, secondo cui «Certamente i genitori hanno il dovere di alimentare ed educare la prole, ma questo è un obbligo che non ha la sua radice nel contratto matrimoniale, cui i figli sono estranei, bensì nel rapporto di filiazione (e quindi nel principio di solidarietà familiare)»; MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *Fonti...*, cit., pp. 163-165; Id., *L'educazione...*, cit., p. 162 s., la quale, dopo aver rilevato che tutte le relazioni giuridiche intercorrenti tra i genitori ed i figli «fuoriescono dall'ambito degli *iura coniugalìa*, essendo attinenti al rapporto di filiazione e non al rapporto di coniugio», specifica che «Il dovere dei genitori di educare i figli è dunque estraneo al contratto matrimoniale, ma sorge unicamente dal rapporto di filiazione». Cfr. anche MARIANO LÓPEZ ALARCÓN-RAFAEL NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canonico y concordado*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 186.

<sup>44</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *L'educazione...*, cit., pp. 167-175; PIERO PELLEGRINO, *op. cit.*, loc. ult. cit. Cfr. anche CARLO GULLO, *op. cit.*, pp. 1095 s.



pressoché certo che il bambino non sarà educato nella Fede cattolica<sup>45</sup>; il can.1153,§1, che, prevedendo fra le ragioni che giustificano la separazione la circostanza che uno dei coniugi leda gravemente il benessere, fisico o spirituale, della comparte o dei figli<sup>46</sup>, contempla anche l'ipotesi in cui siffatta lesione derivi dalla volontà di non impartire alla prole alcuna educazione morale e religiosa; il can.1366, che irroga una sanzione penale a quei genitori che battezzino od educino i *fili* in una confessione acattolica<sup>47</sup>. In nessuna di queste fattispecie l'inosservanza dell'obbligo educativo determina la nullità del negozio matrimoniale. Ciò confermerebbe l'estraneità del *bonum spirituale prolis* all'oggetto della volontà nuziale.

Del resto, prosegue l'orientamento in esame, se realmente nella nozione di *iura coniugal* andasse ricompreso anche il diritto (ed il correlativo dovere) all'*educatio moralis-religiosa*, si attribuirebbe all'istituto matrimoniale un contenuto spirituale sicuramente assai profondo, ma che, proprio per tale caratteristica, potrebbe restringere l'ambito di operatività dello *ius connubii*, ambito che, invece, dev'essere, salva sempre la necessità della presenza degli elementi costitutivi del *foedus*, il più ampio possibile<sup>48</sup>. Una concezione eccessivamente elevata del legame nuziale consentirebbe di contrarre matrimonio solo a quegli individui che siano in grado di comprendere, volere ed attuare siffatto legame: ciò in violazione della facoltà, garantita ad ogni uomo dal diritto divino naturale, di contrarre nozze<sup>49</sup>.

Non a caso, sottolinea l'*opinio de qua*, l'ordinamento canonico richiede, affinché possa essere formulato un valido consenso, che i nubendi abbiano una conoscenza minimale dell'istituto matrimoniale, conoscenza che, relativamente al *bonum prolis*, si esaurisce semplicemente nella consapevolezza che l'unione coniugale è ordinata alla generazione dei figli e che il processo

---

<sup>45</sup> Il can. 868, §1, n. 2, subordina, è noto, la liceità del battesimo alla «fondata speranza che [il bambino: *n.d.a.*] sarà educato nella religione cattolica» (pressoché identico il can. 681, §1, n. 1, del *C.C.E.O.*).

<sup>46</sup> Il can. 1153, §1, recita: «Se uno dei coniugi compromette gravemente il bene, sia spirituale, sia corporale, dell'altro o della prole...dà all'altro una causa legittima per separarsi» (sostanzialmente non dissimile il can. 864, §1, del *C.C. E. O.*).

<sup>47</sup> Il can.1366 dispone, è risaputo, che «I genitori o coloro che ne fanno le veci, che fanno battezzare od educare i figli in una religione acattolica, siano puniti con una censura o con altra giusta pena» (identico il can. 1439 del *C.C.E.O.*).

<sup>48</sup> Sul contenuto dello *ius connubii*, cfr. HECTOR FRANCESCHI, *Una comprensione realistica dello ius connubii e dei suoi limiti*, in *Ius Ecclesiae*, 2003, pp. 335 ss.; ID., *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

<sup>49</sup> Cfr., per tutti, OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, pp. 78 s.; MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. ult. cit.*, pp. 148-151.

generativo coinvolge la dimensione sessuale di entrambi gli sposi<sup>50</sup>. Siffatta scelta normativa, che si fonda proprio sull'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio dello *ius connubii*, costituirebbe la riprova del fatto che il contenuto essenziale del *foedus* non comprende l'educazione morale e religiosa<sup>51</sup>.

Ritenere, al contrario, che il *bonum spirituale* costituisca oggetto della *traditio-acceptatio* non solo implicherebbe una violazione dello *ius naturale*, ma arrecherebbe anche un grave *vulnus* alla stabilità del legame nuziale: una volta ritenuta rilevante l'*educatio moralis-religiosa*, diverrebbe possibile eccepire l'invalidità del matrimonio sia quando in uno dei contraenti fosse stata presente, al momento delle nozze, una positiva determinazione volitiva diretta ad escludere *in toto* la realizzazione del *bonum spirituale prolis*, sia quando l'esclusione del benessere spirituale avesse avuto solo carattere parziale (si fa l'esempio della fattispecie in cui ci si sia proposto di far raggiungere ai figli un livello di istruzione e cultura inferiore a quello che si sarebbe potuto fornire)<sup>52</sup>. Da qui l'eccessivo moltiplicarsi dei *capita nullitatis* con il conseguente pericolo di ridurre la proprietà dell'indissolubilità a mero elemento formale privo di effettività.

La sussistenza di una *intentio contra bonum spirituale prolis* deve ritenersi, perciò, secondo la tesi in oggetto, di per sé irrilevante: parallelamente, nessuna autonoma rilevanza invalidante può attribuirsi all'incapacità di impartire ai figli un'educazione morale e religiosa; ciò che è inidoneo a viziare la volontà non può determinare un difetto di capacità<sup>53</sup>. Né la previsione normativa concernente la simulazione, né quella relativa all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio possono essere riferite all'*educatio moralis-religiosa*.

---

<sup>50</sup> Il can. 1096, §1, stabilisce che la validità del consenso nuziale è subordinata al fatto che «i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale» (identico il can. 819 del C.C. E. O.).

<sup>51</sup> Cfr. MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op.ult. cit.*, pp. 150 s., la quale, dopo aver precisato che «L'educazione costituisce, invece, un elemento assai elevato quanto al suo contenuto morale e come tale imprimerebbe una configurazione "elitaria" al matrimonio canonico», puntualizza che essa «rimane perciò estranea all'oggetto minimo di conoscenza, considerato dal can.1096 c.i.c.».

<sup>52</sup> Cfr. *ivi*, pp. 160-162.

<sup>53</sup> Cfr. *ivi*, p. 163, ove, dopo aver sostenuto l'ininfluenza, in ordine alla validità del contratto-sacramento, di un *positivus voluntatis actus* contrario al *bonum spirituale*, si osserva che «anche l'incapacità a comprendere che nel matrimonio *in facto esse* rientra l'educazione della prole non è giuridicamente rilevante, dovendoci essere corrispondenza fra gli elementi che sono oggetto della volontà e quelli oggetto della capacità».

L'unica fattispecie, concludono gli Autori in esame, in cui il proposito di non realizzare il benessere spirituale dei figli, o l'incapacità di perseguirlo potrebbero determinare l'invalidità del consenso matrimoniale si verificherebbe allorquando siffatto proposito od incapacità costituisse semplicemente un aspetto particolare di una volontà od idoneità più ampia avente per oggetto il *bonum coniugum* nella sua integralità. Nell'ambito della comunione di vita che si instaura tra i coniugi l'attività educativa della prole riveste un rilievo non indifferente: ciascuno dei genitori gode del diritto-dovere di cooperare con l'altro nel formare la personalità dei figli<sup>54</sup>; il *consortium totius vitae* si realizza anche attraverso siffatta opera di collaborazione reciproca. Il proposito di uno dei nubenti di non impegnarsi nella realizzazione dell'opera educativa, ma di lasciare che questa responsabilità ricada esclusivamente sull'altro, nonché l'incapacità di porre in essere tale *cooperatio* potrebbero assumere rilevanza invalidante qualora fossero riconducibili ad una volontà, od inabilità, concernente il complesso di situazioni giuridiche attive e passive che i contraenti si trasferiscono reciprocamente onde attuare l'*ordinatio ad bonum coniugum*<sup>55</sup>.

La mancata realizzazione del *bonum spirituale prolis* rilevarebbe esclusivamente come «sintomo» di una volontà simulatoria o di una incapacità aventi per oggetto la mutua donazione interpersonale, che, insieme alla procreazione, integra la dimensione teleologica del matrimonio: soltanto sotto tale profilo l'educazione morale e religiosa dei figli potrebbe considerarsi oggetto del sinallagma contrattuale e, quindi, idonea, sia pure in via indiretta, ad incidere sulla validità, o meno, del vincolo nuziale.

---

<sup>54</sup> Cfr. CARLO GULLO, *op. cit.*, pp. 1094 s. Su siffatto diritto-dovere dei *coniuges-parentes* di collaborare tra loro nello svolgimento della missione educativa, cfr. anche PAOLO PICOZZA, *Educazione religiosa...*, cit., *passim*.

<sup>55</sup> Cfr. CARLO GULLO, *op. cit.*, pp. 1094-1098, il quale ribadisce che oggetto della *traditio-acceptatio* è unicamente il diritto-dovere dei *coniuges* di aiutarsi reciprocamente nell'educazione morale e religiosa della prole ed osserva che, conseguentemente, «il diritto-dovere dei coniugi di educare la prole rientra sotto l'aspetto della *communio vitae*, che i contraenti debbono essere capaci di assumere (*capacitas assumendi onera*) e debbono non escludere (cd. simulazione parziale)»; l'Autore, che scrive in un periodo in cui è ancora vigente il Codice pio-benedettino, non utilizza la locuzione *bonum coniugum*, ma fa riferimento, per individuare il contenuto dell'unione coniugale, alla *communio vitae*; crediamo, però, alla luce di quanto disposto dal nuovo Codice, che le due locuzioni possano essere considerate come sinonimi. Cfr. anche PIERO PELLEGRINO, *op. cit.*, pp. 238 s.; ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 86, i quali rilevano che «Quanto invece all'esclusione della pura e semplice educazione (morale e religiosa) della prole, la tesi prevalente è ancora orientata nel senso di non attribuire a tale circostanza un autonomo rilievo irritante, ma di ricondurne l'esame nel quadro di altre e più complesse fattispecie invalidanti, come l'incapacità di adempiere le obbligazioni matrimoniali essenziali o l'esclusione del *bonum coniugum*».

3. (Segue) *L'educazione morale e religiosa quale componente essenziale del bonum prolis*

All'*opinio* testé esaminata fa da contraltare un diverso orientamento, sia dottrinale, che giurisprudenziale, il quale ritiene che il *bonum spirituale prolis* costituisca oggetto della volontà matrimoniale in via diretta ed immediata. Secondo i fautori di siffatta tesi, il rapporto di coniugio, che si instaura tra gli sposi, ed il rapporto di filiazione, intercorrente tra i *parentes* e la prole, non costituiscono due monadi totalmente separate l'una dall'altra, ma rappresentano due dimensioni, inscindibilmente connesse, della medesima realtà e cioè dell'istituto matrimoniale così come disciplinato dal diritto divino naturale<sup>56</sup>.

La generazione, con tutte le sue implicazioni di ordine giuridico, non va distaccata, almeno in linea di principio, dal patto nuziale, che, essendo connotato, sotto il profilo teleologico, dalla *ordinatio ad prolem*, è stato regolamentato dal legislatore divino in modo da essere strutturalmente idoneo al soddisfacimento di siffatta finalità<sup>57</sup>. Nell'ambito del *bonum prolis* vanno incluse, perciò, sia la nascita dei figli, sia la loro educazione, intendendo quest'ultima come comprensiva non solo dell'*educatio physica*, la cd. *prima educatio*, ma anche dell'*educatio moralis-religiosa*<sup>58</sup>.

Un'effettiva educazione, attribuendosi ad essa il significato di formazione integrale della personalità, può attuarsi solo all'interno della società coniu-

---

<sup>56</sup> Cfr. MATTEO CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, vol. III, *De Sacramentis*, Marietti, Torino, 1948, p. 622-625 e 701-706; FELIX M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis. De Sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Marietti, Torino-Roma, 1950, pp. 7, 578-580 e 724-727; JAVIER HERVADA, *Discurso...*, cit., pp. 198 ss., secondo cui non v'è «distinzione tra l'unità di vita (comunità coniugale di vita), come manifestazione dell'unione dei coniugi, e l'*ordinatio* del matrimonio alla prole in quanto comporta l'accogliere e l'educare i figli, poiché questa comunità è naturalmente costituita come l'alveo proprio per tale accoglimento ed educazione» (p.202); ALBERTO VANZI, *L'incapacità educativa...*, cit., pp. 633 ss.

<sup>57</sup> Cfr. JAVIER HERVADA, *op. cit.*, p. 202; ALBERTO VANZI, *op. cit.*, pp. 633-635.

<sup>58</sup> Cfr. MATTEO CONTE A CORONATA, *op. cit.*, p. 705, secondo cui «*Educatio autem prolis comprehendit non solum evolutionem naturalem corporis, sed, et multo magis, evolutionem vite spiritualis seu institutionem et formationem religiosam et moralem*»; FELIX M. CAPPELLO, *op. cit.*, pp. 724-726, il quale, dopo aver premesso che «*Educatio est progressiva et harmonica evolutio facultatum, qua pueruli pedetentim atque ordinatim in viros perfectos transformantur*» e che «*Educatio alia est physica et civilis, alia moralis et religiosa* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]», precisa che l'educazione fisica «*Tria respicit: 1° vitam 2° victum 3° statum prolis* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]», mentre quella spirituale «*Debet esse moralis, religiosa, catholica* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]»; CARLOS SECO CARO, *La educación...*, cit., pp. 388-392; PAOLO PICOZZA, *L'esclusione...*, cit., p. 281, il quale sembra auspicare il superamento della distinzione tra *bonum physicum* e *bonum spirituale*, osservando come il vigente *Codex Iuris Canonici* accolga una nozione unitaria di educazione e ne specifichi «tutti gli elementi e cioè: educazione fisica, sociale, culturale, morale e religiosa, ritenendoli tutti essenziali».

gale contraddistinta dalla complementarietà dei suoi membri: affinché si realizzi l'*educatio* occorre, invero, il concorso dell'impegno e delle capacità dell'uomo e della donna, portatori ognuno della propria identità e specificità, e destinati a completarsi nell'incontro con l'identità e specificità dell'altro<sup>59</sup>. Conseguentemente, poiché presupposto del *bonum spirituale prolis* è l'unione stabile tra soggetti di sesso diverso, unione che si realizza attraverso il negozio matrimoniale, ne discende che attraverso lo scambio del consenso i nubenti si trasferiscono reciprocamente il diritto-dovere di provvedere all'educazione degli eventuali figli.

Siffatta situazione giuridica non consiste semplicemente nell'impegno a collaborare con l'altro coniuge nella realizzazione dell'opera educativa (così come sostiene la tesi contraria all'autonoma rilevanza dell'*educatio moralis-religiosa* – tesi illustrata nel paragrafo precedente), ma ha un contenuto molto più vasto: essa afferisce ad un complesso di diritti e di obblighi aventi per oggetto la valorizzazione ed attuazione di tutte le potenzialità, sia fisiche, che spirituali, dei figli ed ha come obiettivo il pieno sviluppo della personalità di quest'ultimi<sup>60</sup>. I nubenti assumono un impegno il cui destinatario ultimo è la prole, ma alla cui osservanza ciascuno di essi è obbligato non solo (e non tanto) nei confronti dei figli, ma anche, e soprattutto, nei confronti dell'altro: il *bonum spirituale* rientra appieno nell'oggetto del sinallagma contrattuale<sup>61</sup>.

L'orientamento in parola reputa che l'educazione morale e religiosa costituisca parte integrante del *bonum prolis* e che la sua realizzazione sia essenziale affinché il matrimonio raggiunga effettivamente i fini stabiliti dal diritto divino. L'essere umano presenta una duplice dimensione, corporea e spirituale, e, di conseguenza, il rispetto integrale della sua dignità richiede il soddisfacimento di esigenze non solo fisiche, ma anche intellettive, culturali e morali<sup>62</sup>. Viene

<sup>59</sup> Cfr., per tutti, ALBERTO VANZI, *op. cit.*, p. 637, il quale sottolinea che «l'educazione è il frutto della mascolinità e della femminilità costituitesi in patto coniugale». Cfr. anche CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2002, pp. 634-637; PAOLO MONETA, *Il bonum prolis e la sua esclusione*, in *Aa.Vv.*, *Prole...*, cit., pp. 85 ss.

<sup>60</sup> Cfr. SEVERINO MASTROTTO, *L'educazione...*, cit., pp. 93 ss.; JAVIER HERVADA, *Obblighi essenziali del matrimonio*, in *Studi...*, cit., pp. 340 ss. In giurisprudenza, cfr. *coram* Filipiak, *Basileen.*, diei 15 maggio 1965, in *S.R.R. Dec.*, vol. LVII, dec. 76, n. 2, p. 405, ove si afferma che «Sub nomine boni prolis venit in Foro nostro summa illa iurium et officiorum, quibus erga prolem parentes tenentur, quaeque de essentia matrimonii sunt, i.e. ius et officium non impediendi, modo illegitimo, prolis conceptionem; et conceptam edendi, equidem debite; et editam alendi atque educandi»; *coram* Huber, *Friburgen.*, diei 20 dicembre 1995, *ivi*, vol. LXXXVII, dec. 108, n. 7, p. 749.

<sup>61</sup> Ci sembrano significative le osservazioni di ALBERTO VANZI, *op. cit.*, pp. 636 s., il quale rileva che «i coniugi educano i figli in quanto coniugi, vale a dire secondo il titolo della coniugabilità».

<sup>62</sup> Cfr. MATTEO CONTE A CORONATA, *op. cit.*, pp. 705 s.; PAOLO PICOZZA, *op. ult. cit.*, pp. 277 s.; ANTONI STANKIEWICZ, *L'esclusione...*, cit., in *Aa.Vv.*, *Diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 320-324, ove,

richiamata così la dottrina tomista relativa all'*ordinatio ad prolem* del patto nuziale, *ordinatio* che può ritenersi effettivamente realizzata solo quando alla generazione, evento meramente biologico, segue il pieno sviluppo della personalità individuale, in modo da raggiungere la «perfezione»: il minore va posto in condizione di utilizzare al massimo grado le proprie capacità ed attitudini; ciò sia considerato singolarmente, sia considerato in rapporto agli altri individui<sup>63</sup>.

Affinché questo avvenga, è necessario che i *coniuges-parentes* soddisfino tutte le esigenze del minore che siano, in base al diritto divino naturale, connesse alla sua dignità di essere umano e – nel caso del matrimonio-sacramento, che implica, di regola, che l'eventuale prole riceva il battesimo – allo *status*, regolamentato dal diritto divino positivo, di membro del popolo di Dio<sup>64</sup>. È

---

pur escludendosi che l'impartire alla prole l'educazione religiosa nella Fede cattolica rientri nell'oggetto della volontà matrimoniale, si puntualizza che «Invece il contenuto minimo ma essenziale del diritto-dovere di educazione [contenuto che, secondo l'Autore, rientra, lo si è già evidenziato – cfr. *supra*, alla nota n. 29 –, nella nozione di *bonum prolis: n.d.a.*] può comprendere l'apertura generale verso la dimensione morale e religiosa dell'educazione, tenuto conto della naturale tendenza di ogni uomo “ad bonum amandum et faciendum ac malum vitandum” nonché della sua vocazione “ad communionem cum Deo”» (p. 324). In giurisprudenza, cfr. *coram* Stankiewicz, *Caracen.*, di 20 aprile 1989, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXXXI, dec. 41, n. 12, p. 287, la quale specifica che «Attamen, sicut communis iurisprudentia N.F. docet, elementum essenziale ac constitutum non nisi officium educationis physicae seu potius mere humanae constituit...non vero educationis religiosae, potissimum in religione catholica». Cfr. anche Vicariatus Urbis Tribunal Regionale Latii, 14 settembre 1991, in *Dir. eccl.*, 1991, II, pp. 217 s., ove, dopo aver escluso che l'inidoneità ad educare religiosamente la prole possa determinare l'invalidità del vincolo nuziale, si precisa, però, che «elemento essenziale dell'*educatio prolis* è la capacità di dare ai figli un'educazione morale accettabile», sicché contrae invalidamente chi, al momento delle nozze, sia privo della predetta capacità; Vicariatus Urbis Tribunal Appellationis, 18 settembre 2002, *ivi*, 2004, II, pp. 128 s.

<sup>63</sup> Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *La Somma teologica*, vol. XXXI, *Il matrimonio, Suppl.*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1993, q. 41, art. 1, p. 25, il quale, dopo aver osservato che il fine del matrimonio non può essere circoscritto alla semplice procreazione, ma ricomprende anche l'educazione dei figli, puntualizza che l'*educatio* deve tendere «ad perfectum statum hominis in quantum homo est, qui est status virtutis. Unde, secundum Philosophum [è risaputo che nelle opere di S. Tommaso con la locuzione “il Filosofo”, senza altra specificazione, si indica Aristotele: *n.d.a.*]...», tria a parentibus habemus: scilicet “esse, nutrimentum et disciplinam»; *Id.*, *op. cit.*, q. 49, art. 2, p. 135, secondo cui «in “prole” non solum intelligitur procreatio prolis, sed etiam educatio ipsius, ad quam sicut ad finem ordinatur tota communicatio operum quae est inter virum et uxorem in quantum sunt matrimonio coniuncti». Sulla rilevanza che nel pensiero dell'Aquinato riveste l'*educatio*, cfr. PAOLO PICOZZA, *Educazione religiosa...*, cit., pp. 37-42 e MARIA ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. ult. cit.*, pp. 95-101.

<sup>64</sup> Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *op. cit.*, q. 59, art. 2, p. 323, ove si rileva che «matrimonium principaliter est institutum ad bonum prolis non tantum generandae, quia hoc sine matrimonio fieri posset, sed etiam promovendae ad perfectum statum: quia quaelibet res intendit effectum suum naturaliter perducere ad perfectum statum. Est autem in prole duplex perfectio consideranda: scilicet perfectio naturae, non solum quantum ad corpus sed etiam quantum ad animam, per ea quae sunt in lege naturae; et perfectio gratiae. Et prima perfectio est materialis et imperfecta respectu secundae».

cioè attraverso l'educazione morale e religiosa impartita dai genitori che i figli possono raggiungere la *perfectio*: siffatta *educatio* dev'essere progressiva ed armoniosa, onde sviluppare gradualmente sia la dimensione fisico-corporea, sia la dimensione spirituale.

L'educazione, proseguono gli Autori in oggetto, va considerata integrale, e quindi idonea a raggiungere effettivamente il proprio obiettivo, quando non è solo «fisica», ma anche «morale e religiosa»: la prima consiste – lo abbiamo già evidenziato *supra*, al par. 1 – nel soddisfacimento dei bisogni più elementari dell'individuo, quelli, cioè, attinenti alla semplice sopravvivenza, e la si riscontra, pertanto, anche negli animali (è noto che, in linea di principio, i cuccioli sono accuditi dai genitori finché non sono in grado di vivere autonomamente); la seconda si estrinseca nella formazione piena e completa della personalità sotto il profilo intellettuale, culturale e, soprattutto, etico, ed essendo esclusiva della razza umana la distingue rispetto a tutte le altre specie<sup>65</sup>. È quindi quest'ultima a rivestire un rilievo preminente, data la sua stretta connessione con la peculiare dignità propria della persona umana.

Attraverso l'*educatio moralis-religiosa* la prole sviluppa la dimensione spirituale ed acquisisce la capacità di esercitare correttamente la libertà di coscienza attraverso la scelta tra il bene ed il male. La presenza di una profonda coscienza morale, la cui formazione dipende in larga misura dall'attività educativa svolta dai genitori, costituisce il presupposto indispensabile affinché l'individuo possa fornire il proprio contributo al buon andamento della convivenza civile: l'essere o meno un buon cittadino dipende sostanzialmente dai principi etici propri dell'individuo e principalmente da quelli ricevuti nel contesto familiare.

Siffatta formazione etica, che i *coniuges-parentes* devono fornire ai figli sulla base di un obbligo che trova fondamento nel diritto naturale, raggiunge il culmine e la perfezione attraverso l'educazione religiosa, che costituisce dovere specifico degli sposi che siano cattolici<sup>66</sup>. Sul contraente battezzato grava, infatti, l'obbligo di educare la prole nella Fede cattolica, obbligo rispetto al cui adempimento la formazione di una retta coscienza morale costituisce una sorta di antecedente: nel passaggio dalla dimensione etica a quella religiosa

---

<sup>65</sup> Cfr., per tutti, FELIX M. CAPPELLO, *op. cit.*, p. 7, secondo cui «Physica [*educatio: n.d.a.*], prout in brutis, per generationem habetur; moralis, quae consistit in perfectione hominis, in quantum est homo, seu in facultatum spiritualium debita institutione, habetur per educationem».

<sup>66</sup> Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *op. cit.*, q. 49, art. 5, pp. 147 s., ove si puntualizza che «proles prout est bonum sacramenti, addit supra prolem prout est bonum intentum a natura. Natura enim intendit prolem prout in ipsa salvatur bonum speciei: sed in prole secundum quod est bonum sacramenti matrimonii, ultra hoc intelligitur ut proles suscepta ulterius ordinetur in Deum».

i principi propri del diritto naturale, che orientano la volontà nella scelta tra il bene ed il male, vengono elevati ad una dignità soprannaturale della quale l'uomo può divenire partecipe attraverso l'adesione alla Rivelazione; l'educazione religiosa quale sublimazione dell'educazione morale<sup>67</sup>.

La realizzazione del *bonum spirituale* appare indispensabile, secondo l'indirizzo in esame, affinché l'*ordinatio ad prolem* trovi effettiva attuazione: nell'ambito della dimensione teleologica del matrimonio l'*educatio moralis-religiosa* riveste la stessa rilevanza della procreazione<sup>68</sup>. Si specifica, invero, che la locuzione *bonum prolis* dev'essere intesa come comprensiva di un'ampia gamma di situazioni giuridiche attive e passive di cui i *coniuges-parentes* sono titolari nei confronti dei figli, diritti e doveri in base ai quali i contraenti sono tenuti a non impedire l'*iter* naturale del processo generativo ed a fornire alla

---

<sup>67</sup> Cfr. MATTEO CONTE A CORONATA, *op. cit.*, p. 705, secondo cui «Institutio autem et formatio moralis et religiosa importat non formationem qualemcumque in qualibet religione sed proprie in religione vera et in bonis moribus»; FELIX M. CAPPELLO, *op. cit.*, p. 726, il quale osserva che «Moralitas autem adhaeret, tamquam fundamentum, religioni...vinculo religionis remoto, vera moralitas neque dari neque concipi possit»; PAOLO PICOZZA, *L'esclusione...*, cit., pp. 277-280. Cfr. anche JAVIER HERVADA, *Obblighi...*, cit., p. 343, ove si osserva che «La paternità e la maternità umane non si limitano al fatto biologico della generazione, ma per la loro stessa struttura naturale sono dirette ad assicurare figli ben formati all'umanità ed alla Chiesa [il corsivo è nostro: *n.d.a.*]». *Contra*, cfr. ANTONI STANKIEWICZ, *L'esclusione...*, cit., in AA.VV., *La simulazione...*, cit., pp. 172-174; ID., *L'esclusione...*, cit., in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 322-324; nonché, *coram* Stankiewicz, *Caracen.*, diei 20 aprile 1989, cit., n. 12, pp. 287 s., secondo cui «Nam propositum educandi prolem extra religionem catholicam aut prorsus in infidelitate...non est contra substantiam matrimonii, "quia non excludit simpliciter conservationem et educationem prolis"»; il Ponente, pur ritenendo che nell'ambito della nozione di *bonum prolis* rientri anche il dovere dei genitori di impartire ai figli l'*educatio physica seu mere humana* (cfr. *supra*, alla nota n. 62), pone in risalto come l'ordinamento canonico, nonostante preveda l'irrogazione di sanzioni penali nel caso in cui i genitori battezzino od educino i figli in una religione acattolica, non contempra affatto l'invalidità del matrimonio contratto «ob condicionem educandi prolem in haeresi aut schismate, aut etiam in infidelitate» (sul punto, cfr. anche le considerazioni riportate *supra*, al par. 2).

<sup>68</sup> Cfr. FELIX M. CAPPELLO, *op. cit.*, p. 7, secondo cui «Porro cum parentes utramque vitam seu physicam seu moralem liberis suppeditare debeant, sponte sequitur finem primarium matrimonii esse non solum procreationem, verum etiam educationem sobolis». In giurisprudenza, cfr. *coram* Lefebvre, *Ottavien.*, diei 2 marzo 1974, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXVI, dec. 39, n. 3, p. 156, ove i giudici, pur osservando che non sempre l'esclusione di uno dei fini del matrimonio (od anche di tutti) determina il rifiuto dell'oggetto del patto nuziale e, quindi, l'invalidità del consenso manifestato, rilevano che «nullo modo appare ratio cur modo arbitrario restringatur finis iste ad procreationem, dum etiam educatio solum videatur similiter ut matrimonii finis primarius [la sentenza, essendo stata pronunciata sotto la vigenza del Codice pio-benedettino, fa riferimento alla distinzione delle finalità del matrimonio in primarie e secondarie: *n.d.a.*]»; *coram* Huber, *Friburgen.*, diei 20 dicembre 1995, cit., *loc.cit.* Cfr. anche Trib. Eccl. Reg. Pedemontanum, 29 maggio 1986, in *Dir. eccl.*, 1986, II, pp. 541 ss.; Vicariatus Urbis Tribunal Regionale Latii, 25 settembre 1992, *ivi*, 1993, II, pp. 175 ss., ove si osserva che la giurisprudenza canonica «appuntando la sua attenzione al momento unitivo-procreativo dell'*officium coniugum* dimentica quello certamente altrettanto importante, secondo la sensibilità moderna ed il costante insegnamento pontificio, dell'educazione e della crescita equilibrata della prole» (p. 178).



prole non solo la cd. *prima educatio*, ma anche, e soprattutto, tutti i sussidi necessari ad uno sviluppo della personalità pienamente conforme alla dignità propria dell'essere umano<sup>69</sup>.

Il fine ultimo del patto nuziale va identificato, proseguono gli Autori in parola, non nella mera generazione, ma nella *receptio sobolis*<sup>70</sup>, *receptio* finalizzata alla formazione di individui idonei a concorrere all'ordinato svolgimento della convivenza civile e, nel caso in cui almeno uno degli sposi sia battezzato, anche all'*aedificatio populi Dei*. Il pieno accoglimento della prole all'interno dell'unione coniugale postula che i figli godano non solo dell'educazione «fisica», ma anche di quella morale e religiosa: solo in tal modo sarà possibile che il figlio, una volta divenuto adulto, sia in grado di svolgere appieno il ruolo di *civis* ed eventualmente anche quello di *fidelis*<sup>71</sup>.

Il diritto-dovere dei genitori di educare la prole fa parte, rileva la tesi *de qua*, dell'essenza del contratto matrimoniale<sup>72</sup>: conseguentemente, qualora lo si prenda in considerazione esclusivamente nella sua connotazione passiva, cioè come obbligo, lo si può ricondurre alle cd. *obligationes essentialis matrimonii*.

Ciascun coniuge-genitore è gravato dal dovere di fornire il proprio con-

---

<sup>69</sup> Cfr. *coram* Filipiak, *Basileen.*, diei 15 maggio 1965, cit., *loc. cit.*

<sup>70</sup> È evidente il riferimento della tesi *de qua* alla dottrina agostiniana, secondo cui «Hoc autem tripartitum est; fides, proles, sacramentum...in prole, ut amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur» (cfr. S. AURELIUS AUGUSTINUS, *De Genesi ad Litteram libri XII*, in *PL*, t. XXXIV (a cura di JACQUES PAUL MIGNE), Migne, Parigi, 1861, IX, VII, 12, c. 397; *Id.*, *De Nuptiis et Concupiscentia libri II*, *ivi*, t. XLIV, I, IV, 5, c. 416).

<sup>71</sup> Cfr. ALBERTO VANZI, *op. cit.*, p. 635, il quale evidenzia che «l'educazione della prole consiste in una "elargizione di umanità" che i coniugi comunicano ai loro figli». Cfr. anche JAVIER HERVADA, *op. ult. cit.*, *loc. ult. cit.*, secondo cui «Diceva giustamente San Tommaso che il fine del matrimonio è il figlio educato».

<sup>72</sup> Cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *L'«ordinatio ad bonum prolis» quale causa di nullità matrimoniale* (nota a S.R.R. *coram* Pinto, *Romana*, diei 28 ottobre 1983 e S.R.R. *coram* Stankiewicz, *Taurinensis*, diei 26 maggio 1983), in *Dir. eccl.*, 1984, II, pp. 324-327; *Id.*, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 122 s., secondo cui l'«esclusione dell'educazione della prole appare ben difficilmente compatibile con l'essenza del matrimonio cristiano»; PAOLO PICOZZA, *op. ult. cit.*, pp. 279 s. In giurisprudenza, cfr. *coram* Filipiak, *Basileen.*, diei 15 maggio 1965, cit., *loc. cit.*, ove si puntualizza che le situazioni giuridiche attive e passive di cui i genitori sono titolari in virtù della loro missione educativa «de essentiali matrimonii sunt»; *coram* Stankiewicz, *Sancti Iacobi in Chile*, diei 23 marzo 2000, in *S.R.R. Dec.*, vol. XCII, dec. 38, n. 11, p. 254, secondo cui tra gli obblighi essenziali del matrimonio rientra anche «obligatio acceptandi prolis conceptionem et nativitatem ex altero coniuge per actus coniugales aptos ad novae vitae humanae transmissionem, atque curandi prolis procreatae educationem physicam et moralem [il corsivo è nostro: *n.d.a.*]»; *coram* Funghini, *Posnantiensis*, diei 6 dicembre 2000, *ivi*, dec. 119, n. 7, p. 690, la quale afferma che i coniugi «mutuum adiutorium praestandum necnon unanimi consensu ad filiorum educationi providendum». Cfr. anche Trib. Eccl. Reg. Campano, 1 marzo 1999, in *Dir. eccl.*, 1999, II, pp. 296 ss.

tributo, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, affinché i figli ricevano un'«educazione» (la locuzione va intesa nell'accezione più ampia ed integrale del termine): dell'osservanza di siffatto obbligo il contraente risponde giuridicamente nei confronti della comparte – oltre che moralmente nei confronti della prole –<sup>73</sup>, la quale è titolare del diritto a che l'altro coniuge si impegni nella formazione della personalità dei figli.

Ne consegue che l'eventuale inadempimento del dovere in esame dev'essere ritenuto suscettibile di incidere non solo sul rapporto di filiazione, ma anche, ed innanzitutto, sul rapporto di coniugio<sup>74</sup>. Dovrebbe reputarsi perciò invalido quel negozio matrimoniale in cui uno dei nubenti (od entrambi), pur ripromettendosi di avere dei figli, si proponga, con una ferma determinazione intellettuale e volitiva, di respingere quale fine del patto nuziale l'educazione morale e religiosa della prole. In tale ipotesi, infatti, il soggetto, escludendo il *bonum spirituale*, verrebbe ad impedire, di fatto, l'attuazione dell'*ordinatio ad prolem*, la quale richiede non il semplice fatto biologico della generazione, ma la realizzazione integrale, attraverso l'*educatio*, delle capacità ed attitudini del minore: la dimensione finalistica del matrimonio verrebbe vulnerata in uno dei suoi elementi essenziali<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Sottolinea la necessità di tenere distinti i doveri giuridici, oggetto della *traditio-acceptatio*, dagli obblighi morali JAVIER HERVADA, *op. ult. cit.*, pp. 316 s.

<sup>74</sup> Cfr., per tutti, PIERO ANTONIO BONNET, *Introduzione...*, cit., *loc.cit.* Cfr. anche JOSÉ MARIA SERRANO RUIZ, *L'esclusione della prole e la sua assolutezza: il problema della paternità responsabile*, in AA.VV., *Prole...*, cit., pp. 153 ss.

<sup>75</sup> Cfr. MATTEO CONTE A CORONATA, *op. cit.*, pp. 624 e 701-706, secondo cui «Quod dicitur de positivo actu voluntatis contra bonum prolis valet non solum quando excluditur proles procreatio sed etiam quando excluditur proles educatio christiana, si agitur de matrimonio christiano, quia etiam ista intentio seu voluntas est contra bonum prolis.... Conditiones contra bonum prolis referri possunt ad bonum prolis physicum aut ad bonum prolis morale et religiosum... Cum finis primarius matrimonii sit non solum procreatio sed etiam *educatio prolis* [corsivo nel testo: *n.d.a.*], et quaelibet conditio consensui matrimoniali apposita contra finem primarium ipsi matrimonio repugnet, dicendum est quamlibet conditionem educationem prolis excludentem esse conditionem contra matrimonii substantiam, et proinde consensum matrimonialem et ipsum matrimonium dirimere»; FELIX M. CAPPELLO, *op. cit.*, p. 579, il quale precisa, però, che «In praxi simplex intentio et factum de prole non educanda aut educanda extra religionem christianam, rarissime secumfert nullitatem coniugii»; CARLOS SECO CARO, *op. cit.*, p. 390, ove, dopo aver premesso che il fine cui è ordinato l'istituto matrimoniale ricomprende «procreación...educación física o corporal...educación moral o espiritual: iniciación, desarrollo y perfección de la vida moral, racional o propiamente humana; esto es, de las facultades espirituales o anímicas», si precisa che «Cualquier exclusión de estos aspectos del fin primario es contraria al Derecho Natural»; PIERO ANTONIO BONNET, *L'«ordinatio...», cit.*, p. 327, ove si osserva come «l'esclusione dell'educazione anche religiosa della prole perpetrata con atto positivo di volontà sia incompatibile con quell'apertura alla prole che deve necessariamente caratterizzare il matrimonio»; SANDRO GHERRO, *Sulla sacramentalità del matrimonio* (In fieri e in facto), in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 577 s., il quale rileva che «esclude l'essenza del matrimonio, perché ne rifiuta la funzione pubblicistica a questo inscindibilmente insita, e non soltanto lo simula nei

Considerazioni analoghe, prosegue l'*opinio* in parola, possono essere svolte qualora l'inadempimento del dovere di educare la prole non sia dovuto ad una scelta deliberata, ma sia conseguenza dell'incapacità di uno degli sposi (o di entrambi), incapacità già sussistente al momento delle nozze, di attuare il dovere stesso. Il coniuge-genitore che non sia in grado di svolgere la missione educativa deve ritenersi inidoneo ad assumere uno degli obblighi essenziali derivanti dal contratto matrimoniale: anche in tale fattispecie, infatti, diviene impossibile il perseguimento dell'*ordinatio ad prolem*, della quale la promozione dell'armonico sviluppo della personalità del minore costituisce una componente fondamentale<sup>76</sup>.

---

confronti dell'altro coniuge, chi non esclude l'apertura alla prole in ordine all'aspetto biologico, ma limita il proprio impegno di paternità o maternità al dato materiale, rifiutando, in via assoluta, la dedizione all'educazione cristianamente qualificata dei figli e, così, la funzionalità ecclesiale della famiglia e, cioè, la sacertà ad essa connessa»; LUCIANO MUSSELLI, *Manuale di diritto canonico e matrimoniale*, Monduzzi Editore, Bologna, 1995, pp. 193-195, secondo cui «chi rifiuta qualsiasi impegno ad allevare ed educare non solo in senso meramente materiale e scolastico...ma anche in senso morale e religioso contrae, a mio modesto parere, invalidamente»; CELESTINO CARRODEGUAS NIETO, *op. cit.*, pp. 111 s.; LUCIANO MUSSELLI-MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi Editore, Bologna, 2002, pp. 225 s.; PAOLO PICOZZA, *op. ult. cit.*, pp. 279-281, ove si puntualizza che la volontà, presente in uno dei contraenti al momento delle nozze, di non impartire all'eventuale prole l'*educatio moralis-religiosa* «dovrebbe inficiare il consenso matrimoniale, dal momento che escluderebbe uno degli elementi essenziali dell'oggetto del consenso»; GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Centro Studi A.Moroni, Macerata, 2006, pp. 46 s. Cfr. anche ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 285 e 341, il quale attribuisce rilevanza invalidante all'*intentio contra bonum spirituale*, ma solo qualora questa sia espressione di una più generale volontà volta a respingere qualunque diritto e dovere derivante dal negozio matrimoniale.

<sup>76</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii*, Glossa, Milano, 1992, pp. 54 s. e 68 s.; ID., *L'esclusione della prole nella giurisprudenza della Rota Romana dal CIC 1983*, in AA.Vv., *Prole...*, cit., pp. 126 s., il quale rileva, però, come la giurisprudenza canonica continui in larga misura ad aderire alla tesi tradizionale fautrice della estraneità del *bonum spirituale prolis* all'oggetto del patto nuziale; ID., *Disturbi di personalità e capacità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 556 s. e 562; GIANPAOLO MONTINI, *Prole e canone 1095, 3°*. *Rilievi sistematici*, in AA.Vv., *Prole...*, cit., pp.78-82; ALBERTO VANZI, *op. cit.*, pp. 640 ss. In giurisprudenza, cfr. S.R.R. *coram* Raad, *Pittsburghen.*, diei 20 marzo 1980, in *Dir. fam. pers.*, 1980, pp. 1088 ss. (con nota contraria di CARLO GULLO, cit.); *coram* Stankiewicz, *Ottavien.*, diei 23 luglio 1981, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXXIII, dec. 119, nn.4-5 e 10, pp. 384 s.e 389, ove si evidenzia che l'obbligo dei genitori di educare i figli «in bonum prolis formaliter sumptum, seu in suis principiis, tamquam elementum constitutum ipsius matrimonii intrat» (p. 384), sicché va ritenuto inabile a contrarre matrimonio «qui...incapax est assumendi atque ferendi onus genitum educandi seu promotionis, etiamsi quoad minimum, prolis» (p. 385), dato che il contraente «omnia onera ex iure naturali derivantia assumere debuit, haud excepta obligatione saltem minimae promotionis educationisque prolis» (p. 389); *coram* Stankiewicz, *Calaritana*, diei 19 dicembre 1985, *ivi*, vol. LXXVII, dec. 162, n. 21, p. 642, la quale dichiara la nullità del matrimonio a causa dell'incapacità del convenuto di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio «tum quoad bonum coniugum tum quoad bonum prolis sub respectu educatorio»; *coram* Stankiewicz, *Sancti Iacobi in Chile*, diei 23 marzo 2000, cit., *loc. cit.*; *coram* Boccafolo, *Kielcen.*, diei 13 luglio 2000, in *S.R.R. Dec.*, vol. XCII, dec. 81, n. 6, p. 519, ove si rileva che nella nozione di *bonum prolis* rientra l'«obligatio acceptandi procreationem ex altero coniuge, prolemque natam diligendi,

La dottrina in esame ha precisato, però, che, affinché uno dei coniugi possa essere ritenuto inabile ad educare, non è sufficiente che non sia idoneo a far sì che la prole sviluppi al massimo grado le proprie doti e capacità, ma occorre che lo stesso, attraverso la propria condotta, arrechi un grave nocumento alla crescita fisio-psichica dei figli. L'*incapacitas educandi prolem* diverrebbe giuridicamente rilevante allorquando si traducesse nella lesione della personalità del minore, personalità particolarmente sensibile stante la delicatezza dell'età evolutiva. La semplice inabilità del *coniux-parens* a fornire di fatto alla prole una formazione che risponda *in toto* alle potenzialità educative delle quali lo stesso è astrattamente dotato, non determinerebbe l'invalidità del matrimonio<sup>77</sup>; così come sarebbe profondamente erroneo stabilire uno *standard* educativo minimo al disotto del quale le finalità del matrimonio dovrebbero ritenersi automaticamente disattese<sup>78</sup>.

In caso contrario si verrebbe ad accogliere una concezione del *foedus* nuziale estremamente elitaria, che renderebbe l'istituto matrimoniale accessibile solo ad una ristretta categoria di individui, quelli cioè in grado di fornire ai figli un'educazione di elevato livello qualitativo sotto il profilo intellettuale, culturale e morale: ciò in violazione del diritto naturale, che riconosce, in linea di principio, ad ogni individuo la facoltà di contrarre nozze<sup>79</sup> – viene qui riconosciuta la fondatezza di una delle osservazioni formulate dalla tesi contraria ad includere nell'oggetto del consenso matrimoniale anche il *bonum spirituale* (cfr. *supra*, nel paragrafo precedente).

Del resto, prosegue l'orientamento *de quo*, la statuizione, contenuta, è noto, nel can. 1058, relativa alla titolarità da parte di ciascun uomo dello *ius connubii*<sup>80</sup>

---

sospitandi ac educandi», e n. 8, p. 521, secondo cui deve ritenersi inabile ad assumere il *bonum coniugum* chi «incapax invenitur prolem generatam reverendi ac tegendi»; Trib. Eccl. Reg. Siculo, Ponente Ficarrota, 26 gennaio 2007, in *Dir.fam.pers.*, 2008, p. 1258 ed in questa *Rivista*, 2008, p. 680, ove, dopo aver ribadito che l'educazione della prole costituisce una delle finalità fondamentali del matrimonio, si evidenzia che le «anomalie psichiche che rendono uno dei contraenti incapace di assolvere i propri doveri relativi e connessi col raggiungimento di quelle proprietà e finalità costituiscono causa di invalidità del vincolo».

<sup>77</sup> Cfr. GIANPAOLO MONTINI, *op. cit.*, p. 81, il quale così precisa la nozione di *incapacitas educandi prolem*: «In altre parole, si tratterebbe della (in)capacità fondamentale di educare, ossia della (in)capacità del coniuge di provvedere alla educazione fondamentale o di permettere che altri vi provvedano».

<sup>78</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *Incapacitas...*, cit., p. 217; ALBERTO VANZI, *op. cit.*, p. 642, secondo cui l'incapacità di educare la prole non dev'essere identificata con «l'inadeguatezza da parte dei coniugi di essere portatori, nei confronti dei figli, di una particolare qualità o forma educativa, peraltro difficile da definire in termini positivi».

<sup>79</sup> Cfr. ALBERTO VANZI, *op. cit.*, *loc.ult.cit.*

<sup>80</sup> Il can. 1058, è risaputo, recita: «Tutti possono contrarre matrimonio, se non ne hanno la proibizione dal diritto» (pressoché identico il can. 778 del C.C.E.O.).

viene riprodotta nel can. 1095 con riferimento specifico alle ipotesi di inabilità a sposare derivante da motivazioni di ordine psichico, come si evince immediatamente dall'analisi della terminologia adottata dal legislatore<sup>81</sup>: non v'è ragione, pertanto, per adottare un criterio diverso nel caso in cui l'incapacità abbia per oggetto il *bonum spirituale proles*<sup>82</sup>.

Il matrimonio deve ritenersi nullo, ai sensi del can.1095, n.3, e, quindi, per incapacità del contraente di assumere una delle cd. *obligationes essentielles*, quella cioè di fornire alla prole l'educazione morale e religiosa, qualora il coniuge-genitore ponga in essere atti gravemente pregiudizievoli alla personalità del minore, in quanto idonei a compromettere la formazione di una coscienza morale rettamente ordinata ed in genere a ledere l'armonioso sviluppo fisio-psichico del minore stesso<sup>83</sup>. Al fine di evitare possibili sovrapposizioni con le fattispecie di simulazione parziale, nonché di distinguere nettamente l'*incapacitas educandi*, dalla quale discende l'invalidità del matrimonio, dalla mera difficoltà, che non inficia di per sé il consenso nuziale, l'indirizzo in parola precisa che il pregiudizio arrecato alla prole non dev'essere il frutto di una libera scelta, bensì la conseguenza di una sorta di impulso irresistibile che trova la propria origine nella personalità del genitore<sup>84</sup>. Il *coniux-parens* dev'essere incapace, a causa di un disturbo od anomalia di origine psichica, di astenersi dal compiere atti che nuocciano all'integrità fisio-psichica del

---

<sup>81</sup> Com'è noto, il can. 1095 individua i soggetti ritenuti dall'ordinamento inabili al matrimonio e non quelli legittimati a contrarre nozze, riconfermando così che l'inidoneità a sposare costituisce una deroga – dotata, in quanto tale, di carattere eccezionale – al principio che riconosce a ciascun individuo la capacità matrimoniale.

<sup>82</sup> Cfr. ALBERTO VANZI, *op. cit.*, pp. 642 s.

<sup>83</sup> Cfr. *coram* Huber, *Vindobonen.*, diei 26 luglio 1996, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXXXVIII, dec. 84, n. 14, p. 572, ove, nel dichiarare nullo il matrimonio per incapacità del marito/padre di assumere le *obligationes essentielles*, si specifica che lo stesso «Imagines inhonestas etiam propriae filiae et testis filiabus annorum tredecim quattordecimque monstravit», nonché «filiam suam duodecimum aetatis suae annum agentem una cum puero quindecim annorum in eodem lecto dormire sivit eamque induxit, ut vestes indecoras indueret».

<sup>84</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *op. ult.cit.*, pp. 68 s., 217 e 269, secondo cui l'*incapacitas educandi prolem* consiste nell'«impossibilità di omettere atti gravemente anti-educativi o lesivi della libertà di coscienza o della sfera morale della prole» (p. 69); GIANPAOLO MONTINI, *op. cit.*, p. 82, ove si rileva che «Nell'ambito dell'*incapacitas* ha rilevanza per la validità del contratto matrimoniale l'impossibilità del contraente ad astenersi dal guastare l'*operatio naturae*, che *de se* porterebbe la prole, eventualmente nata, a vivere e crescere [l'Autore utilizza il termine «crescere» in senso onnicomprensivo, includendovi non solo il raggiungimento della mera maturità fisica, ma anche lo sviluppo della personalità individuale: *n.d.a.*]; ALBERTO VANZI, *op. cit.*, p. 643, il quale fa riferimento alla «irresistibile incapacità da parte del coniuge dall'astenersi dal compiere atti lesivi nei confronti del figlio e che ne intralciano la crescita umana», incapacità derivante dal fatto che «il coniuge, già prima della manifestazione del consenso, era costituzionalmente destrutturato nella sua personalità per una causa di natura psichica».

minore: lungi dal promuovere il benessere della prole, il genitore ne ostacola la crescita, soprattutto sotto il profilo spirituale ed etico, giacché una inclinazione strutturale della personalità lo «obbliga» ad assumere atteggiamenti fortemente lesivi della dignità dei figli.

Il consenso, conclude la tesi in oggetto, può essere ritenuto invalido solo qualora risulti che al momento delle nozze uno dei contraenti (od entrambi) non era in grado di controllare e reprimere l'impulso a porre in essere comportamenti atti a nuocere in modo assai grave all'equilibrio fisio-psichico della futura prole ed in particolare a compromettere la formazione di una coscienza improntata a saldi principi morali e l'acquisizione della capacità di relazionarsi con gli altri in modo armonico, nonché di raggiungere un rapporto equilibrato con se stessi, con i propri difetti e con le proprie doti: è il carattere «necessario» dell'inadempimento della missione educativa che consente di sussumere la fattispecie *de qua* nella categoria dell'*incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii*<sup>85</sup>.

4. *La sentenza del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo 26 gennaio 2007: la pedofilia incestuosa come causa dell'incapacità ad assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio*

L'aver ricondotto l'incapacità di educare all'impossibilità di reprimere l'impulso a commettere atti lesivi dell'integrità fisio-psichica della prole pone in primaria evidenza la tematica relativa all'origine psichica dell'impulso stesso. Com'è noto, la psichiatria forense canonica ha elaborato, pur con le difficoltà derivanti dalla complessità ed imprevedibilità della mente umana, una classificazione delle anomalie che possono dar vita all'*incapacitas assumendi onera matrimonii*<sup>86</sup>.

Un'analisi dettagliata della predetta classificazione esula dall'oggetto e dai fini del presente lavoro: sembra opportuno, tuttavia, soffermarsi su una pecu-

---

<sup>85</sup> Cfr. ALBERTO VANZI, *op. cit.*, *loc.ult.cit.*, ove si sottolinea che «l'impossibilità di astenersi da tali atti lesivi è la conseguenza dell'incapacità di assumersi, in termine di dovere, tutte quelle condotte coniugali orientate a realizzare il fine del matrimonio».

<sup>86</sup> Sul punto, la bibliografia è, senz'altro, vastissima. Cfr., per tutti, MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1993, *passim*; AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, *passim*; CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *Psicopatologia forense e matrimonio canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, *passim*; GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, *passim*.

liare categoria di disturbi—che, per le loro caratteristiche oggettive, appaiono senz'altro strettamente connessi con la problematica inerente alla rilevanza giuridica dell'incapacità ad educare – e cioè sulle parafilie o perversioni sessuali. Analizzeremo, in particolare, la pedofilia incestuosa, condotta che, raggruppando in un'unica fattispecie due distinte anomalie del comportamento sessuale, appare rivestire particolare gravità.

Il comportamento incestuoso rende l'individuo incapace di contrarre matrimonio, poiché, sottolinea autorevole dottrina, è espressione di una profonda immaturità psico-affettiva congiunta alla presenza di una coscienza morale deviata<sup>87</sup>; allorquando la tendenza incestuosa sfocia nella pedofilia<sup>88</sup>, il quadro clinico appare ancora più grave, in quanto il soggetto pedofilo, che sovente presenta un disturbo della personalità di tipo narcisistico, viene ritenuto dalla psichiatria dominante inidoneo, in linea di principio, ad instaurare con il coniuge un'effettiva comunione di vita, nonché potenzialmente pericoloso per il benessere fisio-psichico dell'eventuale prole<sup>89</sup>.

Il pedofilo incestuoso appare costituire l'antitesi della cd. persona matura, categoria al cui interno le scienze psichiatriche e psicologiche ricomprendono quegli individui nei quali tutti i vari elementi – biologici, psichici, sociali, etc. – che concorrono a comporre la struttura della personalità hanno raggiunto un assetto armonico, dando origine ad un soggetto capace di superare l'egocentrismo, insito nella natura umana, e di relazionarsi con gli altri in un'ottica di reciproco rispetto e comprensione<sup>90</sup>. Va sottolineato che uno dei tratti di personalità che connotano la cd. persona matura è la corretta comprensione ed esplicazione dell'identità sessuale intesa come parte integrante del proprio essere<sup>91</sup>; è eviden-

---

<sup>87</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità...*, cit., p. 154, secondo cui la presenza in uno dei contraenti di tendenze incestuose «potrebbe forse rappresentare una delle poche ipotesi pensabili di incapacità relativa all'ordinazione naturale del matrimonio al bene della prole»; GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op.cit.*, p. 222, ove si rileva che, di regola, «l'incesto denuncia un'insufficienza di senso etico e familiare, un'affettività immatura, una sessualità distorta: condizioni che rendono il soggetto inidoneo al matrimonio».

<sup>88</sup> Cfr. GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op.cit.*, *loc.ult.cit.*, secondo cui la pedofilia, o paidofilia, consiste in una anomalia dell'istinto sessuale, anomalia che induce colui che ne è affetto ad essere attratto da «persone, del proprio o dell'altro sesso, non ancora genitalmente mature». Cfr. anche GIUSEPPE VERSALDI, *Aspetti psicologici degli abusi sessuali perpetrati da chierici*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2002, pp. 49 ss., il quale si sofferma, tra l'altro, sulla distinzione tra la pedofilia e l'efebofilia; quest'ultima ricorre «quando un adulto maggiorenne ha relazione sessuale con un ragazzo postpubere (oltre i 14 anni) di almeno cinque anni inferiore in età» (p. 50).

<sup>89</sup> Cfr., per tutti, GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, p. 223.

<sup>90</sup> Sul concetto di «maturità», cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, pp. 73-102.

<sup>91</sup> Cfr. *ivi*, p. 77, ove si sottolinea che gli elementi costitutivi della personalità matura sono «autono-

te come nel soggetto affetto da pedofilia incestuosa siffatta comprensione ed esplicazione sia totalmente assente. Ciò non può non riverberarsi sulla capacità a contrarre nozze, soprattutto se si considera la rilevanza che nell'ambito dell'antropologia cristiana viene attribuita alla sessualità qualificata come dimensione oblativa destinata a realizzarsi nel «dono» esclusivo ed irrevocabile che gli sposi si scambiano tramite la manifestazione del consenso nuziale<sup>92</sup>.

L'individuo che presenti inclinazioni pedofilo-incestuose non è capace, in linea generale, di porre in essere una relazione interpersonale che sia realmente espressione di amore e che, di conseguenza, sia contraddistinta da un'autentica oblatività fondata sul riconoscimento della complementarità maschio-femmina e sulla ricerca della reciproca integrazione. La pedofilia incestuosa, come tutte le parafilie, non si esaurisce in una mera anomalia dell'istinto sessuale, ma fa sì che le relazioni interpersonali assumano una fisionomia abnorme contraddistinta dalla incapacità del parafilico di considerare «l'altro» quale titolare di diritti degni di rispetto e di esigenze meritevoli di soddisfacimento<sup>93</sup>: «la persona del partner viene *cosificata* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]»<sup>94</sup>. Da qui l'incapacità a sposare del pedofilo incestuoso, che non è in grado di realizzare il *consortium totius vitae* e, quindi, di perseguire le finalità alle quali il matrimonio, in base al diritto divino, è ordinato.

Dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato, in particolare, l'incapacità del parafilico ad attuare il *bonum coniugum*. Minore attenzione da parte dei giudici canonici sembra aver ricevuto, almeno così ci pare, la questione, alla quale, dato l'oggetto del presente lavoro, intendiamo dedicare alcune considerazioni, relativa alla possibilità che il matrimonio celebrato dal pedofilo incestuoso venga ritenuto invalido a causa dell'inidoneità dello stesso ad assumere ed adempiere l'obbligo essenziale di impartire alla prole un'educazione, sia fisica, che morale e religiosa (abbiamo già sottolineato – cfr. *supra*, ai paragrafi 1 e 3 – come, secondo parte della dottrina, l'educazione non sia meno rilevante della procreazione: qui cercheremo di evidenziare le conseguenze

---

mia psicologica, ragionevolezza, socializzazione, equilibrio emotivo e *sessualità integrata* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*].»

<sup>92</sup> Cfr. *Gaudium et spes*, n.49, cit., p. 190-192; GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, cit., *passim*; *Catechismo della Chiesa cattolica*, Piemme, Casale Monferrato (AL), 2004, n.2331-2335 e 2360-2365, pp. 428 s. e 433 s. (nonché PIER GIUSEPPE PESCE, *Commento teologico, ivi*, pp. 1081-1084 e 1088-1091).

<sup>93</sup> Cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, p. 147, secondo cui le parafilie determinano «gravi alterazioni intrinseche alla sfera della corporeità sessuata, intesa questa come dimensione privilegiata sotto il profilo comunicativo, oblativo ed integrativo nella vita della coppia matrimoniale»; GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op.cit.*, p. 199-207.

<sup>94</sup> Cfr. GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, p. 205.



che da siffatta dignità paritaria derivano in ordine all'individuazione delle ipotesi di invalidità del consenso nuziale). L'analisi della casistica giudiziaria non appare, comunque, scevra di interesse.

Assai significativa appare, al riguardo, una recente pronuncia del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo (26/01/2007, Presidente e Relatore Mons. Ficarrota) – confermata in appello dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano (decreto del 11/01/2008) –, la quale ha dichiarato l'invalidità di un matrimonio «per incapacità del convenuto [il marito: *n.d.a.*] ad assumere ed adempiere gli obblighi coniugali con particolare riferimento all'educazione della prole»<sup>95</sup>: i giudici hanno fondato la loro decisione sul convincimento che, così come affermato dalla parte attrice, il marito, D.T., avesse abusato sessualmente della figlia minorenni (all'epoca in cui sarebbero avvenuti gli abusi la bambina aveva poco meno di quattro anni).

Non è inopportuno, a nostro giudizio, soffermarsi sulla sentenza in oggetto, dato che la stessa presenta molteplici profili di interesse. In particolare, ci sembra rimarchevole: l'aver attribuito rilievo centrale, all'interno delle *obligationes essentielles*, all'*educatio prolis*; l'aver dichiarato l'invalidità del matrimonio prescindendo dal fatto che la perizia di ufficio non fosse giunta a conclusioni certe circa la personalità del convenuto; l'aver ritenuto che il convenuto avesse realmente posto in essere una condotta parafilica nonostante in sede penale il giudice statale, sia in primo grado, che in appello, lo avesse assolto dall'accusa di avere abusato sessualmente della figlia.

In ordine al primo profilo, va rilevato come i giudici, sia nello stabilire la cd. formula del dubbio, sia nel pronunciare la nullità del matrimonio, abbiano formalmente riconosciuto che il compito di educare i figli rientra nell'oggetto della *traditio-acceptatio*<sup>96</sup>. La pronuncia *de qua* non si limita a reputare il convenuto incapace di assumere ed adempiere le *obligationes essentielles*, ma puntualizza che siffatta inabilità va rapportata, in primo luogo, alla peculiare missione educativa di cui i coniugi-genitori sono titolari<sup>97</sup>.

Tutto l'impianto della sentenza appare diretto, almeno così riteniamo, a

---

<sup>95</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., pp. 678 ss. (nonché in *Dir.fam.pers.*, 2008, pp. 1252 ss.).

<sup>96</sup> È noto che la procedura canonica prevede che nella fase iniziale del giudizio si svolga la cd. *litis contestatio* avente per oggetto la precisa individuazione della questione controversa che il giudice è chiamato a risolvere (can. 1513 del C.I.C. e can. 1195 del C.C.E.O.); nel caso di specie il dubbio era stato concordato individuando quale *caput nullitatis* l'«incapacità ad assumere ed adempiere gli obblighi coniugali da parte del convenuto, con particolare riferimento all'educazione della prole» (cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 679).

<sup>97</sup> La sentenza riproduce, invero, la specifica menzione dell'inidoneità a svolgere la funzione educativa già contenuta nella formula del dubbio.

porre in evidenza la rilevanza che l'*educatio moralis-religiosa* riveste all'interno del sinallagma contrattuale e, quindi, l'incidenza che la volontà di non adempiere siffatto dovere educativo, o l'incapacità di realizzarlo hanno sulla validità del patto nuziale: non a caso, il Ponente, dopo avere rammentato, all'inizio della parte «In fatto», che «In una famiglia “sana”, dal punto di vista psicologico, i genitori sono per i figli elementi che garantiscono tutti gli aspetti di una sana crescita affettiva e fanno nei loro confronti da guida»<sup>98</sup>, rileva come il convenuto, autore di un comportamento aberrante e *contra naturam*, abbia mancato ai «doveri derivantigli dalla paternità»<sup>99</sup>. L'inadempimento di situazioni giuridiche scaturenti dal rapporto di filiazione viene assunto così quale causa dell'invalidità del negozio matrimoniale; ciò in adesione alla tesi secondo cui nel contenuto del rapporto di coniugio rientrano anche, quantomeno parzialmente, i diritti ed i doveri intercorrenti tra i genitori e la prole.

La pronuncia in oggetto si ricollega all'orientamento giurisprudenziale favorevole a ritenere che il *bonum spirituale prolis* sia oggetto di una specifica *obligatio* che i nubenti assumono reciprocamente attraverso lo scambio del consenso. Particolarmente degna di nota appare, al riguardo, una pronuncia rotale, antecedente all'entrata in vigore del nuovo *Codex*, ma non per questo priva di interesse, secondo cui il contraente affetto da tendenze incestuose, già presenti al momento delle nozze, anche se allo stato latente, non è idoneo a manifestare una valida volontà matrimoniale<sup>100</sup>.

La fattispecie analizzata dai giudici rotali è senz'altro simile a quella oggetto della sentenza siciliana, dato che l'incapacità del *coniux-parens* – anche in questo caso si tratta del marito-padre – viene fatta discendere dalla sussistenza di inclinazioni incestuose manifestatesi attraverso numerose e reiterate molestie sessuali nei confronti delle figlie: l'unica differenza di rilievo concerne l'assenza di connotazioni pedofile, giacché le figlie della coppia erano già adulte allorquando le molestie avevano avuto inizio (la psichiatria, lo ribadiamo, individua il tratto distintivo della pedofilia nell'attrazione fisica verso soggetti che non hanno ancora raggiunto la maturità sessuale – sul punto, cfr. *supra*, alla nota n. 88).

La pronuncia rotale prende le mosse dalla considerazione del parafilico incestuoso quale soggetto inabile a svolgere sia il ruolo di coniuge, sia quello

---

<sup>98</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., pp. 681 s.

<sup>99</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 682. Sui gravissimi pregiudizi, talvolta irreversibili, che gli abusi sessuali arrecano alla personalità dei minori, specialmente quando l'abusante è uno dei genitori della vittima, cfr. AA.VV., *Infanzia e abuso sessuale* (a cura di TULLIO BANDINI e BARBARA GUALCO), Giuffrè, Milano, 2000, *passim*.

<sup>100</sup> Cfr. S.R.R. *coram* Raad, *Pittsburg*, diei 20 marzo 1980, cit., p. 1088 ss.

di genitore<sup>101</sup>, per poi fare applicazione specifica di tale incapacità alle *obligationes essentielles*, individuando analiticamente quelle la cui assunzione è resa impossibile dalla presenza di una così grave anomalia del comportamento sessuale quale l'incesto. Si specifica che il contraente incestuoso non è capace né di rispettare il *bonum fidei*, che richiede, è noto, l'osservanza del dovere della fedeltà, né di perseguire il *bonum prolis* inteso come comprensivo anche dell'obbligo di formare la personalità dei figli attraverso lo svolgimento dell'attività educativa<sup>102</sup>.

Le considerazioni svolte dagli uditori possono, *a fortiori*, essere riferite alla fattispecie oggetto della sentenza siciliana, dato che la vicenda presa in esame da quest'ultima pronuncia cumula in sé ben due gravi perversioni sessuali e cioè la pedofilia e l'incesto: non va dimenticato, infatti, che il Tribunale siciliano ha fondato la declaratoria di nullità sugli abusi sessuali compiuti dal convenuto nei confronti della figlia infante – all'epoca dei fatti la bambina non aveva ancora compiuto quattro anni.

La dottrina, del resto, ha posto in evidenza, sulla base dell'analisi della casistica giudiziaria, come tra le cause di natura psichica, dalle quali, secondo il can. 1095, n. 3, deve derivare l'*incapacitas assumendi onera coniugalia*, rilievo prioritario rivestano le anomalie psicosessuali<sup>103</sup>. La sessualità rappresenta

---

<sup>101</sup> Cfr. S.R.R. *coram* Raad, *Pittsburgen.*, diei 20 marzo 1980, cit., p. 1097, secondo cui «Incestuosus enim est pessimus coniux ac genitor». Cfr. anche *coram* Gianneccchini, *Beneventana*, diei 28 maggio 1985, in S.R.R. *Dec.*, vol. LXXVII, dec. 72, n. 2, p. 261 s., la quale rileva che l'individuo affetto da tendenze incestuose «commutationem iurium et obligationum perficere non posset»; *coram* Gianneccchini, *Bononien.*, diei 17 giugno 1986, *ivi*, vol. LXXVIII, dec. 96, n. 8, pp. 385 s.; *coram* Jarawan, *Iunien. Maronitarum*, diei 24 luglio 1996, *ivi*, LXXXVIII, dec. 83, *passim*, pp. 544 ss.

<sup>102</sup> Cfr. S.R.R. *coram* Raad, *Pittsburgen.*, diei 20 marzo 1980, cit., *loc.ult.cit.*, ove si sottolinea che «*talis perversio sexualis [l'incesto: n.d.a.] adversetur sive bono fidei quatenus est contra consortis ius exclusivum sive bono prolis quatenus est contra educationem [il corsivo è nostro: n.d.a.]*». Le argomentazioni della *coram* Raad sono riprese dalla *coram* Civili, *Friburgen.*, diei 12 aprile 1989, in S.R.R. *Dec.*, vol. LXXXI, dec. 35, n. 8, p. 253.

<sup>103</sup> Cfr. JOSEPHUS MICHAËL PINTO GOMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, in AA.Vv., *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabbatani* (a cura di ZENON GROCHOLEWSKI e VICENTE CARCEL ORTI), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1984, p. 30, il quale puntualizza che le cause dell'*incapacitas assumendi* «Sint inprimis *psychosexuales* [corsivo nel testo: n.d.a.]». Cfr. anche PIERO PELLEGRINO, *L'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio "ob causas naturae psychicae"* (can.1095, n.3), in questa *Rivista*, 2006, pp. 142-144. Del resto, l'analisi dei lavori preparatori del Codice del 1983 evidenzia come inizialmente il *caput nullitatis* relativo all'*incapacitas assumendi onera coniugalia* fosse stato formulato con riferimento esclusivo alle «gravi anomalie psicosessuali» (cfr. ACTA PONTIFICIAE COMMISSIONIS CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENTO, in *Communicationes*, 1974, p. 39; in dottrina, cfr. MARIO TEDESCHI, *Psicopatia e consenso matrimoniale* – nota a S.R.R., *coram* Egan, diei 25 gennaio 1979 –, in *Dir. eccl.*, 1980, II, pp. 40-44). Circa le varie modifiche apportate nel corso dei lavori preparatori al testo del can. 1095, n. 3, cfr. SEBASTIANO VILLEGIANTE, *Il can. 1095 nella giurisprudenza*, in AA.Vv., *L'incapacità...*, cit., pp. 36-40.

una componente fondamentale del *consortium totius vitae*, sicché è essenziale che essa si espliciti in modo retto ed ordinato, e cioè in conformità alla legge naturale. Le perversioni sessuali impediscono, invece, a colui che ne è affetto di porre in essere una donazione di sé integrale, perpetua ed esclusiva<sup>104</sup>. Alcune parafilie, poi, proseguono l'orientamento in parola, rendono invalido il matrimonio poiché incidono sul retto adempimento dei doveri concernenti la prole, doveri inclusi nell'oggetto del sinallagma contrattuale: tra queste rientra senza dubbio l'incesto, che, compromettendo gravemente, talvolta in modo irreparabile, lo sviluppo della personalità dei figli, frustra l'*ordinatio ad prolem* e, conseguentemente, rende senz'altro il parafilico inabile a contrarre nozze<sup>105</sup>.

Ci sembra che la valutazione (giustamente) negativa che dottrina e giurisprudenza formulano in ordine alle inclinazioni incestuose vada estesa alle ipotesi in cui l'anomalia sessuale assume le connotazioni proprie della pedofilia. Il coniuge-genitore affetto da pedofilia incestuosa compromette il benessere fisio-psichico dei figli in misura ancora maggiore di quanto accade nel «semplice» incesto: non può dubitarsi, pertanto, della sua incapacità ad educare la prole e, qualora risulti certo che la parafilia era già presente, anche allo stato latente, al momento delle nozze, della conseguente inabilità a sposare. Pienamente condivisibile appare perciò, almeno questa è la nostra opinione, la pronuncia resa dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo, che, ritenendo la condotta del convenuto, condotta posta in essere successivamente alla separazione della coppia, frutto di un disturbo di personalità preesistente alla celebrazione<sup>106</sup>, ha dichiarato l'invalidità del *foedus* nuziale.

L'amore, inteso quale sentimento atto ad orientare la volontà, dev'essere

---

<sup>104</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *Incapacitas...*, cit., pp. 267-269.

<sup>105</sup> Cfr. JOSEPHUS MICHAËL PINTO GOMEZ, *op. cit.*, p. 28, nota n. 53, ove si rileva che «Attento autem gravissimo damno psychico-morali a prole recepto ex hac perversione pro incapacitate ad matrimonium standum videtur». Cfr. anche PAOLO BIANCHI, *op. ult. cit.*, pp. 217 s.; ID., *L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2002, pp. 655 ss.; ID., *Disturbi...*, cit., pp. 556 s. e 562.

<sup>106</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 681. I giudici così scrivono: «Vero è che il cd. comportamento pedofilo e/o incestuoso, nel caso che stiamo trattando, si è manifestato dopo il matrimonio, ma è anche vero che il comportamento di cui sopra è stato conseguenza di un gravissimo disturbo di personalità di tipo psicotico o di tipo narcisistico. E questo grave disturbo di personalità era preesistente al matrimonio». Sulla irrilevanza del lasso di tempo intercorso tra la celebrazione del matrimonio e la manifestazione della perversione sessuale, essendo sufficiente, per ritenere invalido il consenso, che la parafilia fosse presente, sia pure allo stato latente, al momento della manifestazione della volontà sponsale, cfr. anche S.R.R. *coram* Raad, *Pittsburghen.*, diei 20 marzo 1980, cit., pp. 1097 ss.; gli uditori osservano che «Satis est ut haec perversio graviter et insanabiliter iam insit contrahenti momento matrimonii, etsi tempore consequenti in lucem emerget» (p. 1097).

guidato sempre e comunque dalla legge naturale, la sola che può garantirne un'esplicazione moralmente corretta: soltanto il rispetto del diritto naturale assicura che la volizione amorosa assuma l'«altro» come soggetto da rispettare e non come oggetto da utilizzare per il soddisfacimento delle proprie aspirazioni edonistiche<sup>107</sup>. L'individuo affetto da pedofilia incestuosa, per quanto apparentemente possa sembrare capace di relazionarsi con il *partner* e di svolgere il ruolo genitoriale, in realtà non è in grado di rispettare la *lex naturae*, né nei riguardi del coniuge, né nei riguardi dei figli: di conseguenza, non è idoneo a manifestare una valida volontà matrimoniale.

Né la pronuncia siciliana può ritenersi censurabile per avere dichiarato la nullità del matrimonio nonostante la perizia psicologica di ufficio, eseguita esclusivamente sugli Atti di causa, stante il rifiuto del convenuto di incontrare il *peritus*, non sia giunta a conclusioni certe circa la sussistenza, o meno, di una psicopatologia<sup>108</sup>. La perizia costituisce, è noto, un mezzo di prova sprovvisto di valore legale<sup>109</sup>, la cui rilevanza va stabilita dal giudice di volta in volta sulla base, lo afferma il can.1579, §1, di tutti gli altri elementi acquisiti tramite l'istruttoria<sup>110</sup>: è perciò facoltà dell'autorità giudiziaria non condividere le conclusioni peritali qualora il complesso delle risultanze processuali ne evidenzii l'inadeguatezza<sup>111</sup> (la normativa codiciale prevede esplicitamente, invero, la possibilità che la sentenza non si conformi alle valutazioni del perito)<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Cfr. JAVIER HERVADA, *Discorso...*, cit., pp. 172-181, il quale, dopo aver premesso che «L'ordine dell'amore è, di conseguenza, la legge naturale» (p. 175) e che «L'amore coniugale autentico, quello che è totale e pieno, assume la legge naturale, perché ama l'altro come persona ed è cosciente della sua dignità» (p. 180), sottolinea che «In definitiva, si deve riconoscere che il vero amore cerca le stesse cose ricercate dalla legge naturale» (p. 181).

<sup>108</sup> I giudici evidenziano che il perito di ufficio ha dichiarato di non essere in grado «di esprimere un giudizio su eventuale forma di patologia esistente nel convenuto» e di non poter stabilire «se il T. è uno psicopatico» (cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., pp. 686 s.).

<sup>109</sup> Cfr., per tutti, GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, pp. 326 s., il quale sottolinea come la perizia rientri nel novero delle cd. prove libere, il cui valore, è noto, non essendo stato predeterminato dal legislatore, va individuato dal giudice sulla base della fattispecie concreta presa in esame.

<sup>110</sup> Il can. 1579, §1, recita: «Il giudice valuti attentamente non soltanto le conclusioni dei periti, anche se concordi, ma tutte le altre circostanze della causa» (identico il can.1260, §1, del C.C.E.O.).

<sup>111</sup> Si sofferma sui criteri di valutazione che l'autorità giudiziaria può, e deve, utilizzare per stabilire la correttezza e la congruenza della perizia, PAOLO BIANCHI, *Incapacitas...*, cit., pp. 122-124.

<sup>112</sup> Il can. 1579, §2, è risaputo, stabilisce che il giudice, nel redigere le motivazioni della sentenza, deve «esprimere quali argomenti lo hanno indotto ad ammettere o a respingere [il corsivo è nostro: n.d.a.] le conclusioni dei periti» (identico il can.1260, §2, del C.C.E.O.). In ordine al rapporto dialettico intercorrente tra risultanze peritali e libero convincimento del giudice, la bibliografia risulta vastissima: per un'analisi generale delle principali problematiche connesse al rapporto *de quo*, cfr., per tutti, GABRIELE FATTORI, *Collaborazione e conflitto tra giudice e perito nel diritto matrimoniale canonico*, in *Dir.fam.pers.*, 2009, pp. 371 ss., corredato da ampie note.

Una compiuta analisi del rapporto dialettico intercorrente tra giudice e perito esula dall'oggetto del presente lavoro: ci sembra opportuno, comunque, rilevare che autorevole dottrina – pur sottolineando come sia stata superata la diffidenza che per lungo tempo la giurisprudenza canonica ha nutrito nei confronti dell'attività peritale, soprattutto in ambito psichiatrico e psicologico<sup>113</sup> – segnala l'esigenza che il giudice non si conformi acriticamente alle conclusioni raggiunte dal *peritus*, ma mantenga sempre la propria autonomia di valutazione<sup>114</sup>; il giudizio circa la validità, o meno, del matrimonio è compito esclusivo dell'autorità giudiziaria<sup>115</sup>. Viene precisato, in particolare, come siffatta autonomia decisionale permanga inalterata anche in ordine a quelle fattispecie (impotenza e difetto di consenso determinato da disturbi psichici) per le quali la normativa prevede che il *iudex*, di regola, debba disporre l'esecuzione della perizia<sup>116</sup>: anche in tale ipotesi rimane ferma la distinzione tra la funzione del perito, chiamato a compiere una valutazione tecnico-scientifica, e la funzione del giudice, al quale è affidato, in via esclusiva, il compito di formulare, sulla base della perizia e di tutti gli altri dati probatori, una valutazione di ordine prettamente giuridico circa la sussistenza, o meno, degli elementi richiesti dall'ordinamento canonico per la valida costituzione del negozio matrimoniale<sup>117</sup>.

Il procedimento logico adottato dai giudici siciliani appare, perciò, ineccepibile. Fra l'altro, il perito di ufficio ha dovuto basare le proprie conclusioni esclusivamente sull'esame degli Atti di causa, giacché la parte convenuta – lo abbiamo già evidenziato – si è rifiutata di incontrarlo; si è trattato, pertanto, più di un *voluntum super solis actis*, che di una vera e propria perizia<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr. ANTONI STANKIEWICZ, *Breve nota sulla legittimità dell'applicazione della scienza psichiatrica e psicologica nelle cause di nullità matrimoniale per incapacità psichica nell'accezione giurisprudenziale*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1996, pp. 73 s.

<sup>114</sup> Cfr. JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Giudice e perito a colloquio*, in AA.VV., *L'incapacità...*, cit., pp. 187 ss.; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Dialogo e collaborazione tra giudici e periti nelle cause di nullità di matrimonio*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1999, pp. 141 s., il quale sottolinea la necessità che il giudice utilizzi nei confronti della perizia il «necessario *filtro critico* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]».

<sup>115</sup> Cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, p. 215, secondo cui «Il parere del perito, pertanto, non deve e non può sostituirsi a quello del giudice, dato che la decisione giudiziaria non rientra né nella sua scienza, né nella sua competenza»; GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, pp. 305-306 e 329 ss.

<sup>116</sup> Cfr. GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, p. 306, il quale rileva che «Il difetto di consenso non è una valutazione psicologica o psichiatrica, bensì una categoria giuridica».

<sup>117</sup> Cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, p. 216, ove si rileva che «Solo la corretta distinzione delle funzioni tra i due interlocutori – il giudice e il perito d'ufficio – può, d'altra parte, permettere un'adeguata integrazione delle stesse».

<sup>118</sup> Com'è noto, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica ha rimarcato la distinzione tra la

La redazione di un *votum super solis actis* è senz'altro legittima e può certamente coadiuvare il giudice nel raggiungimento della certezza morale<sup>119</sup>. Tuttavia, non va trascurato che, qualora, come nel caso di specie, il *caput nullitatis* concerna la (pretesa) sussistenza di anomalie psichiche, il *votum* può risultare, talvolta, non pienamente idoneo a fornire al giudice adeguati elementi di valutazione: l'incontro personale, cioè il colloquio clinico, costituisce, infatti, il mezzo principale attraverso cui lo psichiatra, o psicologo, può cercare di individuare le principali connotazioni della personalità del periziando<sup>120</sup>.

La dottrina ha precisato che allorquando il perito è costretto a fondare le proprie conclusioni esclusivamente sull'esame degli atti di causa, può risultare assai impegnativo raggiungere quel livello di oggettività scientifica che le rende moralmente certe<sup>121</sup>. Si è sottolineata, in particolare, l'esigenza che nel caso in cui gli atti contengano anche documentazione relativa ad altri procedimenti giudiziari, civili o penali, che abbiano coinvolto le parti del giudizio canonico, il perito mantenga sempre nei confronti di siffatta documentazione autonomia di giudizio e capacità di discernimento critico: non agirebbe correttamente il *peritus* che in modo automatico e meccanicistico recepisce nella propria relazione valutazioni tecniche e/o giuridiche formulate in altre sedi giudiziarie sulla base di normative, sostanziali e processuali, profondamente diverse, per oggetto e finalità, da quella canonica<sup>122</sup>.

Ciò è quanto sembra essere accaduto, stando alle affermazioni dei giudici, nella fattispecie qui analizzata, giacché la pronuncia siciliana rileva come il perito di ufficio «si sia appiattito sulle posizioni assunte dal Giudice penale [quest'ultimo, lo ricordiamo, ha assolto il convenuto, sia in primo, che in

---

perizia, che presuppone che il periziando si sottoponga a visita, ed il *votum super solis actis*: quest'ultimo costituisce un mezzo di prova sussidiario, al quale si ricorre nel caso in cui non sia possibile eseguire la perizia. Sulle differenze tra le due figure, cfr. GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, p. 322. Cfr. anche GRAZIANO MIOLI, *Prove lecite, prove utili e poteri del giudice istruttore alla luce della Dignitas Connubii*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), 2008.

<sup>119</sup> Circa le caratteristiche del *votum super solis actis*, cfr. GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, p. 322 s.; FRANCESCO MENNILLO, *Problematiche circa la perizia realizzata sugli atti di causa*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 24 ss.

<sup>120</sup> Cfr. GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, pp. 311-315, secondo cui «Lo strumento principale di cui lo psichiatra dispone per la sua indagine è l'intervista o colloquio clinico» (p. 313).

<sup>121</sup> Cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, p. 233, ove si osserva che nel caso del *votum super solis actis* «la certezza delle proprie conclusioni appare molto più difficile da raggiungere». Sulla necessità che anche in ambito psichiatrico e psicologico non si rinunci mai all'oggettività scientifica, cfr. PAOLO BIANCHI, *op. ult.cit.*, pp. 125-129.

<sup>122</sup> Cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, pp. 228-232.

<sup>123</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 686.

secondo grado: *n.d.a.*]»<sup>123</sup>, chiarendo così ulteriormente le motivazioni che hanno indotto il Collegio a non uniformarsi alle osservazioni peritali. Fra l'altro, il ricorso al *votum* sui soli Atti di causa è stato reso necessario dal rifiuto del convenuto di sottoporsi ad esame peritale, rifiuto che dalla lettura della sentenza non appare in alcun modo giustificato (i giudici si limitano ad osservare come il convenuto, D.T., non si sia presentato all'incontro con il *peritus* nonostante avesse ricevuto regolare convocazione)<sup>124</sup>: tale assenza immotivata può indubbiamente – in base alla normativa vigente – essere stata considerata quale elemento a carico del convenuto<sup>125</sup>.

Né va dimenticato che il perito di ufficio, pur dichiarandosi non in grado di stabilire con certezza l'esistenza di eventuali patologie, ha ravvisato nel D.T. una personalità «di tipo narcisistico»<sup>126</sup>, individuando poi all'interno di siffatta personalità connotazioni che, rileva l'estensore della pronuncia, sono comunemente ritenute tipiche della sindrome *borderline*<sup>127</sup>. È noto come sull'esatta fisionomia del disturbo *borderline* e del disturbo narcisistico, nonché sulle interrelazioni esistenti tra le due figure, non vi sia uniformità di opinioni: ci sembra non inopportuno, tuttavia, rilevare come sia largamente diffuso il convincimento che entrambi i disturbi compromettano la capacità di vivere in modo corretto la vita di relazione, determinando grandi difficoltà nell'instaurare rapporti interpersonali improntati a stabilità, oblatività ed intimità<sup>128</sup>, e provocando, talvolta, «vere e proprie deviazioni sessuali, in

---

<sup>124</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., *loc.ult.cit.*

<sup>125</sup> Com'è noto, nella vigente disciplina codiciale manca una disposizione che si riferisca specificatamente all'ingiustificato rifiuto del periziando di sottoporsi a visita; ci sembra, comunque, applicabile, per analogia, il can. 1531, §2, laddove stabilisce che se la parte, legittimamente interrogata, «si rifiuta di rispondere, spetta al giudice valutare che cosa se ne può dedurre per la prova dei fatti» (molto simile il can. 1212, §2, del C.C.E.O.). Sul valore probatorio del rifiuto della parte di sottoporsi a perizia, cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, pp. 240-243; GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, p. 322.

<sup>126</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 687.

<sup>127</sup> Cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., *loc.ult.cit.*, ove l'estensore, dopo aver riportato un brano del *votum* in cui il perito ravvisa nel convenuto «alcuni tratti nevrotici quali una certa debolezza dell'Io, una scarsa tolleranza alle frustrazioni, una difficoltà a gestire le relazioni significative, una dipendenza dalle figure significative», pone in evidenza come tali tratti caratterizzino la «personalità *borderline*».

<sup>128</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *op.ult.cit.*, pp. 259-265; Id., *Disturbi...*, cit., pp. 557-559; CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, pp. 138-140 e 182-184; GIANFRANCESCO ZUANAZZI, *op. cit.*, pp. 165-167. Cfr. anche BRUNO CALLIERI, *Il paziente borderline sulla linea di confine tra mondo isterico e mondo narcisista*, in AA.VV., *Matrimonium et ius. Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante* (a cura di JORGE ERNESTO VILLA AVILA e CELESTINO GNANI), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, pp. 305 ss.



cui possono coesistere diverse tendenze perverse»<sup>129</sup>.

Si tratta, cioè, di disturbi della personalità che incidono in modo specifico sull'idoneità del soggetto a contrarre nozze<sup>130</sup>. Non può non condividersi, pertanto, almeno così riteniamo, la decisione del Collegio giudicante – decisione determinata anche dagli *obiter dicta* formulati dal perito circa la personalità del marito-padre – di dichiarare nullo il matrimonio per incapacità del convenuto di assumere le *obligationes essentielles*: ciò, nonostante il *votum* non avesse consentito di raggiungere conclusioni certe sulla sussistenza di una psicopatologia; e nonostante il giudice statale avesse assolto, sia in primo grado, sia in appello, il D.T. dall'accusa di pedofilia.

Relativamente a quest'ultimo profilo, non deve stupire la circostanza che il Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo si sia discostato da quanto stabilito dal giudice penale: il diritto canonico differisce profondamente, quanto a struttura ed obiettivi, dagli ordinamenti secolari e ciò ha conseguenze anche nell'ambito della normativa processuale. La nozione di *moralis certitudo* (nozione intermedia, è risaputo, tra la certezza assoluta e la quasi certezza o probabilità)<sup>131</sup>, elaborata allo scopo di far sì che la «verità processuale» coincida il più possibile con la «verità storica» senza che ciò implichi un'eccessiva lunghezza del procedimento, o renda eccessivamente gravoso l'adempimento dell'onere probatorio<sup>132</sup>, non trova riscontro nel diritto italiano: quest'ultimo risente, alla stregua della maggior parte degli ordinamenti statali, di un concetto di «certezza» maggiormente formalistico, astrattamente molto rigoroso, ma senz'altro meno attento alle peculiarità

---

<sup>129</sup> Cfr. CRISTIANO BARBIERI-ALESSANDRA LUZZAGO-LUCIANO MUSSELLI, *op. cit.*, p. 182.

<sup>130</sup> Cfr. PAOLO BIANCHI, *Incapacitas...*, cit., p. 265.

<sup>131</sup> Sulle esatte connotazioni della certezza morale, cfr. PIO XII, *Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. Romanae Rotae*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1942, pp. 338-343, ove la *moralis certitudo* è distinta sia dalla «certezza assoluta, nella quale ogni possibile dubbio circa la verità del fatto e la insussistenza del contrario è totalmente escluso», sia dalla «probabilità o quasi-certezza», che «non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare» (p. 339). Il Pontefice precisa, invero, che la certezza morale «nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza» (p. 339 s.). In dottrina, cfr., per tutti, PAOLO MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 118-121.

<sup>132</sup> Cfr. PIO XII, *op. cit.*, p. 340, il quale pone in risalto come la certezza morale sia «necessaria e sufficiente per pronunziare una sentenza, anche se nel caso particolare sarebbe possibile conseguire per via diretta od indiretta una certezza assoluta. Solo così può aversi una regolare e ordinata amministrazione della giustizia, che proceda senza inutili ritardi e senza eccessivo gravame del tribunale non meno che delle parti». Sulla portata di siffatta puntualizzazione, cfr. GIUSEPPE DOSSETTI, *Processo matrimoniale canonico e logica giuridica*, in «Grandezza e miseria» del diritto della Chiesa, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 172-174.

della fattispecie concreta<sup>133</sup>, come risulta evidente dall'analisi delle norme procedurali volte ad individuare le ipotesi in cui il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione oppure di condanna<sup>134</sup>.

Appare non censurabile, perciò, la decisione dei giudici siciliani, i quali, raggiunta sulla base delle prove raccolte tramite l'istruttoria – la pronuncia attribuisce particolare rilevanza alle deposizioni testimoniali di una psicologa-psicoterapeuta e di una neuropsichiatra infantile, le quali hanno avuto in cura la figlia della coppia<sup>135</sup> – la certezza morale<sup>136</sup> circa l'*incapacitas educandi prolem* del convenuto, hanno dichiarato l'invalidità del matrimonio, non attribuendo valore decisivo alle sentenze assolutorie pronunciate dall'autorità

---

<sup>133</sup> Non a caso l'estensore della sentenza siciliana ha rilevato che «al Giudice penale è richiesto, per poter condannare una persona, una certezza oggettiva della colpevolezza dell'imputato», mentre «Al Giudice ecclesiastico...basta raggiungere la certezza morale, in base agli Atti raccolti» (cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 682). Sul dovere del giudice canonico di privilegiare la verità sostanziale rispetto alla certezza formale, cfr. MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, in *Ius Ecclesiae*, 1989, pp. 440-443. Cfr. anche GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del processo e il giudizio*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, pp. 123 ss.

<sup>134</sup> L'art. 530, co. 2, c.p.p. stabilisce, è risaputo, che l'imputato dev'essere assolto «quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile»; l'art. 533, co. 1, c.p.p., a sua volta, dispone che «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio». Sulla nozione di «ragionevole dubbio», cfr. Cass., 29 luglio 2008, n. 31456, secondo cui «il citato dettato normativo [l'art. 533, co. 1, c.p.p.:n.d.a.] impone di pronunciare condanna quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura* ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana» (la pronuncia può leggersi, fra l'altro, sul sito [www.camerapenedimessina.it](http://www.camerapenedimessina.it)). Cfr. anche Cass., 24 marzo 1992, n. 3424, in *Riv.pen.*, 1992, p. 957. Sulla peculiarità della nozione di certezza morale rispetto alle categorie concettuali utilizzate dagli ordinamenti secolari, cfr. ZENON GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, 1997, pp. 421 s.

<sup>135</sup> La teste M.I., psicologa e psicoterapeuta, ha dichiarato: «L'identificazione dell'aggressore nella figura del padre, secondo il mio parere, può ritenersi sicura»; secondo la teste L. M., neuropsichiatra infantile, «È sicuro che la bambina è stata sottoposta ad un grave trauma da abuso sessuale.... ho dovuto constatare, attraverso alcune riattivazioni traumatiche spontanee della bambina, che la figura negativa che è emersa è quella del papà». Entrambi i luoghi testé citati sono contenuti nella sentenza siciliana (cfr. Trib. Eccl. Reg. Siculo, 26 gennaio 2007, cit., p. 685 s.).

<sup>136</sup> La *moralis certitudo*, è noto, non può basarsi sulla mera opinione del giudice, ma deve trovare fondamento oggettivo nei dati probatori; in merito, cfr. PIO XII, *op. cit.*, pp. 340 s., il quale, pur sottolineando l'importanza del principio del libero apprezzamento delle prove da parte dell'organo giudicante, puntualizza che la *moralis certitudo* «va intesa come certezza obiettiva, cioè basata su motivi oggettivi; non come una certezza puramente soggettiva, che si fonda sul sentimento o sulla opinione meramente soggettiva di questo o di quello, forse anche su personale credulità, sconsideratezza, inesperienza». In dottrina, cfr. JOAQUIN LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Dir.eccl.*, 1998, I, pp. 758 ss.

giudiziaria italiana (sentenze note al Collegio giudicante, in quanto acquisite agli Atti di causa su richiesta del convenuto stesso).

Con la sentenza in oggetto i giudici ecclesiastici, nel condividere la tesi che include tra le *obligationes essentielles matrimonii* anche la realizzazione della missione educativa di cui i coniugi-genitori sono titolari, hanno dato attuazione pratica, anche se indirettamente, al principio secondo cui il minore, soggetto particolarmente vulnerabile, data la delicatezza dell'età evolutiva, necessita di una speciale protezione da parte dell'ordinamento. Siffatto principio, tradizionalmente recepito dall'ordinamento canonico<sup>137</sup>, è stato oggetto negli ultimi anni di grande attenzione in seguito alle note vicende giudiziarie che in varie parti del mondo hanno interessato alcuni chierici accusati di aver posto in essere molestie ed abusi sessuali nei confronti di individui minorenni. Da qui l'emanazione di una peculiare normativa, sostanziale e processuale, volta da un lato a prevenire tali condotte, dall'altro a reprimere quelle già verificatesi. All'analisi di questa normativa, assai interessante in quanto diretta a soddisfare varie esigenze, quali la garanzia di un'adeguata formazione del clero, il rigoroso accertamento della verità, il rispetto dei diritti degli imputati, la tutela delle vittime, saranno dedicati i paragrafi che seguono.

5. *La necessità di assicurare ai minori un «ambiente ecclesiale sicuro». Le irregolarità a ricevere ed esercitare l'ordo sacer e la presenza di tendenze pedofile: la normativa codiciale ed i documenti della S. Sede*

A partire dagli ultimi anni del XX secolo la tematica relativa all'effettiva osservanza da parte del clero del dovere di vivere in castità ha assunto notevole rilevanza: ciò soprattutto in seguito alle accuse di abusi sessuali, soprattutto di pedofilia, mosse nei confronti di alcuni chierici. Tali accuse, certamente amplificate ed enfatizzate dai mezzi di comunicazione di massa, ma che – stando almeno a quanto accertato in sede giudiziaria e, talvolta, alle dichiarazioni rese dagli stessi sacerdoti interessati – sovente trovavano fondamento in fatti realmente accaduti, hanno fatto sì che all'interno della

---

<sup>137</sup> Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Diritto alla vita...*, cit., pp. 62-64 e 74 s., ove si rileva come, nonostante l'attenzione che la società ecclesiale ha sempre attribuito alla tematica inerente alla tutela dei soggetti minorenni, non si sia ancora giunti, però, all'elaborazione di una normativa organica ed esaustiva concernente lo status giuridico del minore. Cfr. anche le considerazioni formulate da RAFFAELE COPPOLA, *La tutela dei minori nel diritto canonico processuale e penale*, in AA.VV., *Tutela della famiglia...*, cit., pp. 77 ss.; JOSÉ MARIA SERRANO RUIZ, *Famiglia e pluralismo religioso: note introduttive. Presupposti e prospettive nel sistema canonico*, *ivi*, pp. 92-94.

società ecclesiale ci si interrogasse profondamente sulle modalità attraverso cui reprimere in modo efficace siffatte condotte criminose e, soprattutto, prevenire che si ripetessero in futuro.

Sotto tale profilo è apparso essenziale garantire un'adeguata selezione dei candidati al sacerdozio, onde impedire che ricevano gli ordini sacri soggetti non provvisti delle necessarie qualità fisiche, psichiche e morali. Si è auspicata, al riguardo, un'applicazione più puntuale delle norme codiciali concernenti quelle circostanze di fatto alla cui insussistenza l'ordinamento canonico subordina la legittimità della ricezione e dell'esercizio del sacramento dell'ordine.

Il *Codex* del 1983 contiene, è noto, alcune disposizioni relative agli *impedimenta ab ordinibus recipiendis et exercendis*, *impedimenta* al cui interno il legislatore ha individuato una categoria peculiare, quella delle irregolarità, contraddistinta dalla perpetuità<sup>138</sup> (norme analoghe erano contenute nel Codice pio-benedettino). La dottrina si è soffermata sulla natura giuridica delle irregolarità, ed in genere degli impedimenti, sottolineando come né le prime, né i secondi abbiano di per sé natura dirimente: essi rendono illecita la ricezione o l'esercizio della *potestas ordinis*, ma non inficiano la validità dell'ordinazione<sup>139</sup>. Conseguentemente, alla normativa in esame non può essere applicato, salvo che sia oggetto di esplicito richiamo, il peculiare regime giuridico proprio delle leggi irritanti od inabilitanti<sup>140</sup>. Né, gli impedimenti e le irregolarità possono essere assimilati alle sanzioni penali: ciò almeno se ci si attiene alla nozione di pena *stricto sensu* intesa. Obiettivo degli impedimenti, sia semplici, sia perpetui, *ab ordinibus recipiendis et exercendis* non è, infatti, punire il soggetto responsabile di una condotta criminosa, bensì tutelare la dignità e l'autorevolezza del ministero sacerdotale, impedendo che esso venga affidato a soggetti privi dei requisiti fisici, psichici e morali necessari allo svolgimento delle delicate funzioni connesse alla qualifica di chierico<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Il Codice paolino-giovanneo, è risaputo, dopo aver stabilito, al can. 1040, che non devono essere ammessi a ricevere gli ordini «coloro che vi sono trattenuti da qualche impedimento sia perpetuo, che viene sotto il nome di irregolarità, sia semplice», individua in modo tassativo le irregolarità ed i semplici impedimenti concernenti la ricezione degli ordini sacri (cann. 1041 e 1042), nonché l'esercizio della potestà d'ordine (can. 1044, §§1 e 2); norme simili sono contenute nel C.C.E.O. (cann. 762 e 763), che, però, non conosce la distinzione tra impedimento semplice ed irregolarità.

<sup>139</sup> Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *Irregolarità e sanzioni penali*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1999, pp. 689-691, in particolare la nota n. 8; PIETRO MILITE, *Utrum irregularitates ex delicto indolem poenae habent an non?*, in *Apollinaris*, 2001, pp. 457-459; ID., *Utrum «pedofilia» irregularitas «ex delicto» est? Et, quatenus affirmative, indolem poenae habet an non?*, *ivi*, 2003, pp. 577-580.

<sup>140</sup> Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 691.

<sup>141</sup> Cfr. ARTHUR VERMEERSCH-JOSEPH CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, t. II, H. Dessain, Mechliniae-

Non deve dar luogo a fraintendimenti la tradizionale distinzione delle irregolarità: distinzione non più presente, quantomeno in modo esplicito, nel Codice paolino-giovanneo, ma alla quale la dottrina continua a fare riferimento in *ex defectu* ed *ex delicto*: le prime ricorrono allorché il soggetto, senza alcuna responsabilità propria, sia privo di una qualità che l'ordinamento considera necessaria per il lecito conferimento ed esercizio della potestà d'ordine; le seconde si verificano qualora l'individuo si sia reso indegno di ricevere od esercitare gli ordini sacri a causa di una condotta criminosa a lui gravemente imputabile e cioè di un delitto<sup>142</sup>. Anche in quest'ultima ipotesi, invero, rimane ferma la distinzione tra la punizione irrogata al reo in conseguenza del delitto commesso e l'irregolarità derivante dal delitto stesso: pur discendendo dal medesimo presupposto, la violazione dell'ordine giuridico, pena ed *irregularitas* sono totalmente autonome l'una dall'altra quanto a natura, finalità e, conseguentemente, disciplina applicabile<sup>143</sup> (basti pensare, ad es., che l'irregolarità permane anche dopo l'espiazione della sanzione penale – abbiamo già evidenziato come essa abbia carattere perpetuo – fino a quando non venga ottenuta dalla competente autorità ecclesiastica la dispensa)<sup>144</sup>.

La circostanza che obiettivo delle irregolarità, ed in genere degli impedimenti, sia garantire il prestigio e la credibilità del sacerdozio ministeriale rende di palmare evidenza la connessione esistente con l'oggetto del presente lavoro, in modo particolare con la tematica relativa all'esigenza di prevenire i crimini sessuali a danno dei minori. Non v'è dubbio, infatti, che il *clericus* che si sia macchiato del reato di pedofilia arrechi un gravissimo nocimento alla credibilità ed all'autorevolezza della generalità degli *ordinati in sacris*, come

---

Romae, 1934, p. 171, secondo cui impedimenti ed irregolarità sono state stabilite per tutelare la «decentia sacri ministerii»; ANTONIO VITALE, *Irregolarità canoniche*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 898 s.; VELASIO DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 689 s., il quale sottolinea che l'irregolarità, non essendo una sanzione penale, non è diretta «né all'espiazione del delitto, né al ravvedimento del soggetto...ma è costituita per la protezione e la dignità del ministero sacerdotale»; PIETRO MILITE, *Utrum irregularitates...*, *cit.*, pp. 467-469.

<sup>142</sup> Su siffatta distinzione, cfr. ARTHUR VERMEERSCH-JOSEPH CREUSEN, *op. cit.*, pp. 170 s., ove si rileva che «Irregularitas ex defectu oritur ex privatione, quae non est peccaminosa, qualitatis quae decentia sacri ministerii requiritur. Irregularitas ex delicto oritur ex indignitate quam gravis culpa personalis inducit».

<sup>143</sup> Va sottolineato, comunque, che la dottrina, pur ribadendo che anche le *irregularitates ex delicto* non possono essere qualificate come vere e proprie sanzioni penali, pone in evidenza come le stesse, escludendo colui che ne è colpito dalla possibilità di partecipare della *potestas ordinis*, siano suscettibili di essere assimilate alle pene, intendendosi, però, quest'ultima nozione in senso lato e cioè come comprensiva di tutte quelle misure attraverso cui l'ordinamento giuridico priva un soggetto di un determinato bene, qualunque esso sia. Sul punto, cfr. ARTHUR VERMEERSCH-JOSEPH CREUSEN, *op. cit.*, p. 170; ANTONIO VITALE, *op. cit.*, p. 899; PIETRO MILITE, *op. ult. cit.*, pp. 468-470.

<sup>144</sup> Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 689.

dimostra la «crisi di immagine» subita dalla Chiesa cattolica in seguito alle vicende giudiziarie che in più Paesi hanno coinvolto alcuni ministri di culto accusati di avere abusato sessualmente di individui minorenni.

Appare essenziale impedire che vengano ordinati soggetti portatori di tendenze pedofile, anche qualora queste siano semplicemente latenti e non abbiano ancora dato luogo a manifestazioni concrete. Occorre analizzare, quindi, la normativa codiciale allo scopo di verificare se le disposizioni concernenti le irregolarità *ab ordinibus recipiendis et exercendis* contemplino anche l'ipotesi della presenza di una parafilia, in particolare della pedofilia, o se, invece, per impedire che divengano partecipi della *potestas ordinis* individui affetti da orientamenti sessuali abnormi sarebbe necessario, *de iure condendo*, un intervento legislativo diretto ad ampliare il novero dei casi di illegittimità della sacra ordinazione.

Assai interessante risulta il can. 1041, n.1, che, è noto, vieta di conferire il sacramento dell'ordine a colui che soffre di disturbi psichici atti a renderlo inidoneo allo svolgimento del ministero sacerdotale<sup>145</sup>. Analoga disposizione è contenuta nel can.1044, §2, n.2, con riferimento al divieto di esercitare la potestà d'ordine<sup>146</sup>. Nella nozione di *amentia aliusve psychicae infirmitatis*, utilizzata dalle norme in esame, può essere inclusa anche la pedofilia, che costituisce senz'altro un'anomalia psichica atta ad inibire la ricezione del sacramento dell'ordine<sup>147</sup>. Non è dubbio, infatti, almeno così ci pare, che il soggetto affetto da una simile parafilia non possa svolgere adeguatamente le delicate funzioni connesse al sacerdozio ministeriale. Non a caso, la dottrina

---

<sup>145</sup> Il can.1041, n. 1, vieta che l'ordine sacro venga ricevuto da «chi è affetto da qualche forma di pazzia o da altra infermità psichica, per la quale, consultati i periti, viene giudicato inabile a svolgere nel modo appropriato il ministero» (pressoché identico il can. 762, §1, n. 1, del C.C.E.O.).

<sup>146</sup> Il can. 1044, §2, n.2, stabilisce che non possa esercitare l'ordine sacro «colui che è affetto da pazzia o da altre infermità psichiche di cui al can.1041, n. 1, fino a che l'Ordinario, consultato il perito, non avrà consentito l'esercizio del medesimo ordine» (analogo il can. 763, n. 3, del C.C.E.O.). Va sottolineata un'ambiguità della terminologia utilizzata dal legislatore, il quale, dopo aver annoverato, al can. 1041, n. 1, tra le irregolarità che impediscono di ricevere il sacramento dell'ordine la presenza di disturbi psichici, al can. 1044, §2, n. 2, qualifica la medesima ipotesi come impedimento, facendo così sorgere dubbi sulla reale natura della fattispecie *de qua* ed in particolare sul suo carattere perpetuo (abbiamo già evidenziato, in questo paragrafo, come la differenza tra irregolarità ed impedimento consista proprio nella perpetuità della prima suscettibile di venir meno solo in seguito a dispensa).

<sup>147</sup> Cfr. COLOMBA CALCAGNI-ENRICO MEI, *Medicina legale canonistica*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 117-126, i quali evidenziano come «non possano non assumere importanza dirimente comprovati disturbi di personalità, psicopatie, parafilie, tra cui si segnalano, per la indiscutibile riprovazione sociale, i disturbi del comportamento sessuale» (p. 120); RONNY E. JENKINS, *On the suitability of establishing clerical sexual abuse of minors (c.1395§2) as an irregularity ex delicto to the reception and exercise of orders*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2005, pp. 275 ss.

ha sottolineato come, sia che si assimili il concetto di inidoneità all'esercizio del ministero sacerdotale all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio contemplata dal can. 1095, n. 3, sia che si preferisca adottare un concetto di *incapacitas* del tutto autonomo rispetto a quello riferentesi al *foedus nuziale*, non possa comunque negarsi che la presenza di tendenze pedofile impedisca la ricezione e l'esercizio dell'ordine sacro<sup>148</sup>.

Si tratta di una irregolarità *ex defectu*, in quanto derivante dalla mancanza di una qualità, l'equilibrio psichico considerato con specifico riferimento alla dimensione della sessualità, essenziale al corretto esercizio del sacerdozio ministeriale. La circostanza che il comportamento pedofilo sia qualificato dall'ordinamento canonico come un crimine non muta la natura dell'irregolarità in esame, giacché i cann.1041 e 1044 prendono in considerazione le anomalie psichiche nella loro oggettività, senza attribuire alcuna rilevanza all'eventualità che esse possano integrare una fattispecie delittuosa<sup>149</sup>. L'illiceità della ricezione o dell'esercizio del sacramento dell'ordine deriva esclusivamente dalla sussistenza della perturbazione psichica, indipendentemente dalle qualificazioni giuridiche formulate dalle norme penali.

Ne discende che la presenza, accertata tramite indagine peritale, di tendenze pedofile osta di per sé al legittimo conferimento dell'*ordo sacer* anche qualora manchi l'accertamento giudiziale della responsabilità penale: la mancanza di uno dei requisiti ai quali il legislatore subordina la punibilità dell'autore di un delitto, o la circostanza che l'imputato sia stato assolto dall'accusa di aver posto in essere molestie o abusi sessuali nei confronti di minorenni, non impedirebbe, in linea generale, all'autorità ecclesiastica di escludere dalla ricezione o dall'esercizio della potestà d'ordine il soggetto affetto da perversione pedofila.

È stata sottolineata, al riguardo, l'opportunità che il vescovo diocesano, me-

---

<sup>148</sup> Cfr. PIETRO MILITE, *Utrum «pedofilia»...*, cit., p. 581. Meno rigorosa sembra essere la giurisprudenza (almeno per quanto ci risulta, dato che generalmente le sentenze concernenti la materia *de qua* non vengono pubblicate); sul punto, cfr. Trib. Segnatura Apostolica, *coram* Davino, diei 4 maggio 1996 – sentenza definitiva – (con nota di DAVIDE CRITO), in *Ius Ecclesiae*, 1997, p. 597, ove si precisa che per ritenere sussistente l'impedimento ad esercitare l'ordine sacro «Nec sufficit diagnosis circa aliquam infirmitatem, uti s.d. “ephebophiliam” seu impulsum sexualem erga adolescentes; videndum est de gravitate infirmitatis, de eius effectu in sacerdotem eiusque ministerium, de exitu therapiae peractae, de mediis adhibitis ad effectus infirmitatis limitandos, etc.».

<sup>149</sup> Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 705, secondo cui «può darsi che tale infermità si riveli in certi comportamenti previsti come delittuosi dall'ordinamento giuridico, come per esempio la pedofilia... In ogni caso l'irregolarità non nasce propriamente dal delitto, ma dall'infermità psichica»; PIETRO MILITE, *op. ult. cit.*, p. 582, ove si rileva che «per quanto concerne la malattia della pedofilia, questa si configura come un'irregolarità, non *ex delicto*, ma un impedimento derivante da infermità psichica».

dianche un decreto, dichiararsi impedito a ricevere ed esercitare l'*ordo sacer* colui nei cui confronti sia stata mossa l'accusa di pedofilia, senza attendere l'esito del giudizio penale (canonico e/o statale)<sup>150</sup>: ciò, ovviamente, nel rispetto delle prescrizioni codiciali relative all'adozione dei decreti amministrativi<sup>151</sup> – prima fra tutte quella secondo cui prima di emanare il provvedimento è necessario, nei limiti in cui ciò sia possibile, ascoltare il soggetto i cui diritti potrebbero essere vulnerati dal decreto<sup>152</sup> – e purché il perito nominato dall'Ordinario, al fine di accertare l'effettiva presenza, o meno, di inclinazioni pedofile, suffraghi l'adozione di siffatta misura. In tal modo, prosegue l'orientamento *de quo*<sup>153</sup>, l'autorità ecclesiastica tutelerebbe in via cautelativa la dignità ed il prestigio del ministero sacerdotale, evitando al tempo stesso che il provvedimento in esame venga emanato con leggerezza, il che potrebbe determinare un'ingiusta lesione dei diritti del soggetto colpito dal decreto e compromettere finanche l'obiettività ed imparzialità dell'autorità giudiziaria chiamata ad accertare la fondatezza, o meno, dell'accusa sollevata.

Essenziale, al fine di evitare abusi, è, a nostro giudizio, individuare con oculatezza il perito sul quale grava il compito di formulare un giudizio tecnico-scientifico circa la sussistenza delle tendenze pedofile: dalla correttezza di siffatta valutazione, che, comunque, non annulla, è ovvio, l'autonomia decisionale del vescovo diocesano<sup>154</sup>, dipende in larga misura la legittimità

---

<sup>150</sup> Cfr. DAVIDE CITO, *Nota* a Trib. Segnatura Apostolica, diei 25 marzo 1996 (decreto), in *Ius Ecclesiae*, 1997, pp. 816 s.; PIETRO MILITE, *op.ult.cit.*, pp. 583-585.

<sup>151</sup> Cfr. i cann. 48-58 (disposizioni simili sono contenute nei cann. 1510-1520 del *C.C.E.O.*). In dottrina, cfr. GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 216-220; ID., *Comunicazione e conoscenza degli atti amministrativi in diritto canonico*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 64 ss.; EDUARDO LABANDEIRA, *Gli atti giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, in *Ius Ecclesiae*, 1990, pp. 238-242; ID., *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*; ILARIA ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 1996, p. 37 ss. Sulla necessità che nell'esercizio della funzione amministrativa l'autorità ecclesiastica proceda con grande prudenza, onde evitare di conculcare i diritti dei fedeli, cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Il ministero pastorale di un governo: titolari e contenuto*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 92 ss.

<sup>152</sup> Com'è noto, il can. 50 stabilisce che prima di emanare un decreto singolare vengano ascoltati «coloro i cui diritti possono essere lesi» (conforme il can. 1517, §1, del *C.C.E.O.*). In dottrina, cfr. PIETRO MILITE, *op.ult.cit.*, p. 584, secondo cui «Ora l'autorità suddetta, nella misura in cui dichiara l'impedimento, deve attenersi al prescritto di tutti i requisiti di legge esigiti per l'emanazione di un atto amministrativo (cann. 50-56). A questo punto l'equità vuole che l'autorità interpellati l'interessato, che potrebbe fin da subito esternare tutti gli elementi per discernere se sia affetto o no da infermità psichica, *in casu*, da pedofilia».

<sup>153</sup> Cfr. *ivi*, pp. 584 s.

<sup>154</sup> Cfr. Trib. Segnatura Apostolica, *coram* Davino, diei 4 maggio 1996, *cit.*, p. 596, ove si precisa che il giudizio circa l'idoneità, o meno, del presbitero ad esercitare l'*ordo sacer* «non peritorum est sed unius Episcopi qui, consultis quidem peritis, ceterisque adiunctis serio pensatis (cfr. can. 1579, §1), ad conclusionem legitime pervenire potest».



del provvedimento inibitorio della ricezione o dell'esercizio del sacramento dell'ordine.

Fra l'altro, la dottrina, pur non essendo giunta a conclusioni unanimi circa la reale natura dell'impedimento originato dalla presenza di un'infermità psichica (alla tesi che gli attribuisce la qualifica di vera e propria irregolarità suscettibile di cessare solo grazie ad una apposita dispensa, da concedersi esclusivamente nell'ipotesi in cui si riscontri una guarigione certa e definitiva attestata dalla scienza medica – con la conseguenza che, in assenza del provvedimento autorizzativo, il divieto di conferire l'*ordo sacer* rimarrebbe fermo anche dopo la guarigione –<sup>155</sup>, si contrappone quella che, annoverandolo tra gli impedimenti semplici, reputa che esso possa cessare automaticamente in seguito al venir meno della malattia, ma non ritiene applicabile, giacché l'*impedimentum* si fonda su una situazione oggettiva che rende l'individuo inidoneo a divenire titolare della potestà d'ordine, l'istituto della dispensa<sup>156</sup>), ne ha rilevato, comunque, la gravità, evidenziando come, una volta dichiarata la sua esistenza, il soggetto possa ricevere legittimamente l'ordine sacro solo dopo che sia stata scientificamente accertata la totale scomparsa della malattia. Da qui la necessità che l'Ordinario utilizzi con grande prudenza la facoltà di inibire la ricezione o l'esercizio degli ordini sacri, soprattutto quando l'infermità su cui si fonda la proibizione sia una parafilia così (giustamente) circondata dalla riprovazione sociale quale la pedofilia: occorre impedire, da un lato che il sacerdozio ministeriale venga conferito a soggetti che ne siano indegni, dall'altro che venga lesa il diritto alla cd. buona fama, diritto garantito, è noto, a tutti i fedeli dal can. 220<sup>157</sup>.

La prima delle esigenze testé indicate è senza dubbio fortemente avvertita dalla normativa codiciale, che, oltre alle summenzionate disposizioni concernenti gli impedimenti e le irregolarità, ribadisce in numerosi canoni la necessità che il ministero sacerdotale sia conferito soltanto a soggetti provvisti delle qualità necessarie, prevedendo, in particolare, che preventivamente all'ordinazione sia redatta una relazione sulla salute fisio-psichica del candidato<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. II, Edizioni Dehoniane, Napoli, 1988, p. 153.

<sup>156</sup> Cfr. ESTANISLAO OLIVARES, *Irregolarità e impedimenti per gli ordini sacri*, in *Nuovo dizionario di diritto canonico* (a cura di CARLOS CORRAL SALVADOR-VELASIO DE PAOLIS-GIANFRANCO GHIRLANDA), San Paolo, Cinisello Balsamo (Milano), 1993, p. 593.

<sup>157</sup> Il can. 220, è noto, recita: «Non è lecito ad alcuno ledere illegittimamente la buona fama di cui uno gode, o violare il diritto di ogni persona a difendere la propria intimità» (identico il can. 23 del C.C.E.O.).

<sup>158</sup> Cfr., in merito, i cann. 1025, §1, 1029, 1051 e 1052 (simili i cann. 758 e 769-771 del C.C.E.O.).

Vari documenti della S. Sede hanno cercato di dare attuazione pratica a siffatti precetti, sottolineando, relativamente alla tematica che qui interessa, la necessità che non siano ammessi a frequentare il seminario individui privi della maturità psichica e sessuale indispensabile per il puntuale adempimento dei doveri connessi allo stato clericale.

Peculiare attenzione viene dedicata alla corretta comprensione del significato della virtù della castità e del conseguente obbligo del celibato, comprensione che richiede che al seminarista sia impartita una adeguata formazione avente per oggetto, tra l'altro, le corrette modalità attraverso cui «vivere» la propria identità sessuale e, in particolare, relazionarsi con il sesso femminile<sup>159</sup>. Appare essenziale, al riguardo, l'opera di orientamento svolta dal direttore spirituale – il can. 239, §2, prevede, è noto, che in ogni seminario ve ne sia almeno uno<sup>160</sup> –, chiamato a far sì che l'impegno celibatario sia assunto tramite una decisione matura e libera fondata su «un retto stato personale fisico e psicologico»<sup>161</sup>, e, soprattutto, l'attività di vigilanza posta in essere dal vescovo diocesano.

All'Ordinario è affidato il compito di curare l'attenta selezione dei candidati all'ordine sacro: ciò fin dal momento della loro ammissione in seminario<sup>162</sup>. È previsto, fra l'altro, che in casi particolari, qualora sussistano dubbi circa l'opportunità, o meno, di ammettere in seminario un dato soggetto, sia possibile sottoporre il candidato a *tests* psicologici atti a lumeggiare la sua reale personalità<sup>163</sup>; siffatti *tests* potrebbero essere utilizzati, almeno questa

---

<sup>159</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, Piano fondamentale di formazione sacerdotale, *Tria iam lustra* (19 marzo 1985), in *Enchiridion Vaticanum, Supplementum 1*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1990, pp. 911 ss., ove, dopo aver premesso che è necessario che il candidato agli ordini sacri goda «del necessario grado di maturità affettiva, per poter sperimentare e vivere il celibato come completamento della sua persona» (p. 913), si specifica che «A tale scopo si richiede una conveniente educazione sessuale» e che «Particolare attenzione sia pure data alla preparazione degli alunni circa i retti e sani rapporti con le donne» (p. 969); GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica postsinodale, *Pastores dabo vobis* (25 marzo 1992), *ivi*, vol. 13, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1995, pp. 743-747 (sul contenuto di siffatta Esortazione, cfr. LUIS NAVARRO, *Presupposti dottrinali per l'interpretazione della normativa sullo statuto giuridico dei chierici*, in *Ius Ecclesiae*, 2002, pp. 481-488).

<sup>160</sup> Il can. 239, §2, recita: «In ogni seminario vi sia almeno un direttore spirituale, lasciando agli alunni la libertà di rivolgersi ad altri sacerdoti ai quali il Vescovo abbia affidato tale incarico» (assai simile il can. 339, §1, del C.C.E.O.). Sul punto, cfr. JAN HENDRIKS, *La direction spirituelle dans les séminaires*, in *Ius Ecclesiae*, 2008, pp. 151 ss.

<sup>161</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Pastores...*, cit., pp. 745-747.

<sup>162</sup> Cfr. MARIASSUNTA COZZOLINO, *Profili di responsabilità del Vescovo nei confronti di minori vittime di abusi sessuali imputati a sacerdoti*, in AA.VV., *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato* (a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE-PASQUALE LILLO), Giappichelli, Torino, 2008, pp. 318-322, ed *ivi* ampia bibliografia, ove si pone in risalto come sull'Ordinario gravi il dovere di selezionare accuratamente i seminaristi e di vigilare in modo costante sulla loro formazione.

<sup>163</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi, *Apostolorum*

è la nostra opinione, anche al fine di accertare l'eventuale presenza, sia pure allo stato latente, di inclinazioni pedofile. Si è raccomandato agli Ordinari, inoltre, di adottare particolari cautele nell'ammettere a frequentare il seminario individui provenienti da precedenti esperienze (fallimentari) di formazione svoltesi in altri seminari, o presso case per il noviziato di istituti di vita consacrata o di società di vita apostolica<sup>164</sup> (sul punto, torneremo *infra*, con riferimento specifico alle disposizioni particolari stabilite dalla Conferenza Episcopale Italiana).

Grande rigore deve circondare poi il cd. scrutinio, cioè, è risaputo, la determinazione canonica con la quale il vescovo diocesano ammette il seminarista che abbia concluso l'*iter* formativo alla ricezione dell'*ordo sacer*<sup>165</sup>. La Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti ha sottolineato, in specie, la necessità di accertare la buona salute fisica e l'equilibrio psichico dell'ordinando, nonché la sua ortodossia dottrinale, con particolare attenzione alla piena condivisione del Magistero concernente l'etica sessuale ed il valore dell'impegno celibatario<sup>166</sup>. Viene rilevata, altresì, l'esigenza che il candidato agli ordini sacri abbia una precisa consapevolezza, scevra da qualsiasi forma di ambiguità, della propria appartenenza al sesso maschile e sia idoneo ad instaurare con il sesso femminile rapporti improntati all'equilibrio

---

successores (22 febbraio 2004), in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 22, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2006, p. 1129; CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Orientamenti per l'utilizzo delle competenze psicologiche nell'ammissione e nella formazione dei candidati al sacerdozio* (29 giugno 2008), in *L'Osservatore romano*, 31 ottobre 2008, ove, all'art.5, dopo aver premesso che in alcuni casi particolari, in cui il retto discernimento da parte dell'Ordinario e di quanti sono preposti alla formazione dei candidati al sacerdozio appaia particolarmente difficile, può essere utile «il ricorso a esperti nelle scienze psicologiche, sia prima dell'ammissione al seminario, sia durante il cammino formativo», si precisa che «Per una corretta valutazione della personalità del candidato, l'esperto potrà fare ricorso sia ad interviste, sia a test, da attuare sempre con il previo, esplicito, informato e libero consenso del candidato»; all'art. 8 il documento sottolinea, poi, che «Nella fase del discernimento iniziale, l'aiuto di esperti nelle scienze psicologiche può essere necessario anzitutto a livello propriamente diagnostico, qualora ci fosse il dubbio di presenza di disturbi psichici. Se si constatasse la necessità di una terapia, dovrebbe essere attuata prima dell'ammissione al seminario o alla casa di formazione».

<sup>164</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Apostolorum successores*, cit., *loc.cit.*

<sup>165</sup> Sul punto, cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Doveri e diritti implicati nei casi di abusi sessuali perpetrati da chierici*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2002, pp. 36-41.

<sup>166</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, *Circolare* del 10 novembre 1997, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 16, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1999, pp. 1146 ss., ove si rileva come l'ordinando debba godere di «Salute fisica ed equilibrio mentale» e come nello stesso debbano essere presenti «Convinzioni ferme circa le posizioni contrarie al Magistero, oggi patrocinata da certi gruppi, come ad esempio... certe opinioni circa la morale sessuale o circa il celibato ecclesiastico» (p. 1163). La *Circolare* ribadisce poi in altri luoghi la necessità che nel seminarista non vi sia alcuna forma di «disistima della castità celibataria» (p. 1165).

e moralmente corretti: ciò presuppone, ovviamente, come specifica la stessa Congregazione, l'assoluta mancanza di anomalie psicosessuali compresa – a nostro giudizio – anche, e soprattutto, la pedofilia<sup>167</sup>.

## 6. (Segue) *Le disposizioni della Conferenza Episcopale Italiana*

La normativa particolare emanata dalle varie Conferenze Episcopali ha recepito, in linea di principio, le indicazioni formulate dalla S. Sede. Più specificatamente la CEI (su quanto stabilito da altre Conferenze Episcopali europee, torneremo *infra*, nel par. 9) ha puntualizzato come, di regola, non vadano ammessi in seminario soggetti che presentino una personalità non pienamente sviluppata sotto il profilo affettivo-sessuale<sup>168</sup>: la cd. persona matura, infatti, proseguono i documenti in oggetto, ha fra i propri tratti distintivi la capacità di instaurare relazioni intersubiettive, anche affettive, improntate al pieno rispetto dell'altro e connotate da una sostanziale oblatività<sup>169</sup>. Solo qualora il candidato si renda conto della propria anomalia comportamentale e sia temporaneamente in grado di dominarsi – in attesa che, anche tramite un supporto psicologico o psichiatrico, l'anomalia venga eliminata –, potrebbe essergli consentito di iniziare l'*iter* formativo necessario per la legittima ricezione dell'ordine sacro<sup>170</sup> (non casualmente viene richiamata l'attenzione sulla necessità che nei seminari, inclusi quelli minori, sia impartita un'adeguata educazione sessuale idonea anche a superare eventuali carenze della formazione ricevuta all'interno del contesto familiare<sup>171</sup>).

---

<sup>167</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, *Circolare*, cit., pp. 1165-1167, la quale, dopo aver premesso che nel candidato all'*ordo sacer* si richiede «Sufficiente maturità affettiva e chiara identità sessuale maschile (can. 1024). Atteggiamento equilibrato verso la donna: prudenza, controllo dell'affettività, delicatezza di atteggiamento» (p. 1165), puntualizza come debbano essere assenti «tendenze affettive anormali» (p.1167).

<sup>168</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Decreto, *La formazione dei presbiteri nella Chiesa italiana. Orientamenti e norme per i seminari* (4 novembre 2006), in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 15 novembre 2006, n. 10, pp. 334 s.

<sup>169</sup> Cfr. *ivi*, p. 360, ove si evidenzia che «I tratti [corsivo nel testo: *n.d.a.*] che indicano la maturità umana sono soprattutto i seguenti:...una *capacità di relazioni* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] libere, oblativo e sincere con uomini e donne...un'*affettività* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] che renda la persona capace di amare con cuore indiviso, integrando la sessualità nell'affettività e nell'identità personale, secondo una visione personalistica». Cfr. anche COMMISSIONE EPISCOPALE PER IL CLERO, Nota, *Linee comuni per la vita dei nostri seminari* (25 aprile 1999), in *Enchiridion CEI*, vol. 6, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2002, pp. 1014 ss.

<sup>170</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *La formazione dei presbiteri...*, cit., p. 335.

<sup>171</sup> Cfr. *ivi*, pp. 351 ss. Concetti analoghi erano già stati espressi nella precedente versione della *Ratio*

In ogni caso, precisa la CEI, non vanno per alcun motivo ammessi in seminario soggetti che presentino inclinazioni sessuali di tipo pedofilo<sup>172</sup>. La puntualizzazione appare significativa, poiché ribadisce che nell'ambito delle perversioni sessuali la pedofilia si distingue per la sua peculiare gravità che la rende assolutamente incompatibile con il sacerdozio ministeriale, il quale richiede il pieno equilibrio affettivo e sessuale<sup>173</sup>. Ciò implica non solo che coloro che sono ammessi a frequentare il seminario vengano attentamente selezionati, ma anche che durante il sessennio di formazione gli educatori non trascurino eventuali atteggiamenti, quale, ad es., l'incapacità di controllare le pulsioni affettive, che denotino la presenza di parafilie, o, comunque, una non chiara percezione della propria identità sessuale<sup>174</sup>.

A tal fine può risultare assai opportuno, osserva l'episcopato italiano, ricorrere all'ausilio degli psicologi, in modo da individuare eventuali psicopatologie, ostative a che il soggetto inizi o prosegua l'*iter* formativo, o forme di immaturità, le quali di per sé non precludono a chi ne è affetto di frequentare il seminario, ma che nel corso degli studi vanno eliminate attraverso adeguati sussidi psicopedagogici<sup>175</sup>. L'intervento degli psicologi appare, a nostro giudizio, particolarmente utile al fine di individuare eventuali tendenze pedofile, che, come abbiamo testé evidenziato, rendono l'individuo assolutamente inidoneo ad esercitare il ministero sacerdotale: ciò, ovviamente, nel pieno rispetto della libertà personale propria di ogni seminarista, nonché del diritto alla tutela della propria intimità (la CEI ha ripetutamente sottolineato che l'indagine psicologica può essere svolta solo qualora il candidato all'*ordo sacer* accetti liberamente di sottoporsi ad essa e dia in forma scritta il consenso a

---

*institutionis sacerdotalis*; sul punto, cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Decreto, *La formazione dei presbiteri nella Chiesa italiana. Orientamenti e norme* (15 maggio 1980), in *Enchiridion CEI*, vol. 3, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1986, pp. 164 ss.

<sup>172</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *La formazione dei presbiteri...* (4 novembre 2006), cit., p. 334, nota n. 118, secondo cui «Per nessuna ragione, evidentemente, può essere presa in considerazione la domanda di coloro che manifestassero tendenze pedofile [corsivo nel testo: *n.d.a.*]».

<sup>173</sup> Cfr. *ivi*, *Appendice I*, pp. 425 ss., ove, dopo aver premesso che vanno ammessi in seminario esclusivamente individui che siano connotati da «sostanziale equilibrio affettivo-sessuale» (p. 426), si specifica che al termine del sessennio di formazione gli ordini sacri debbono essere conferiti solo a coloro che presentino un «maturo equilibrio affettivo-sessuale» (p. 427).

<sup>174</sup> Cfr. COMMISSIONE EPISCOPALE PER IL CLERO, *Linee comuni...*, cit., pp. 1020-1022. Va rilevato che indicazioni analoghe sono state formulate anche dalla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti d'America (è noto che negli USA la tematica relativa agli abusi sessuali commessi dai ministri di culto a danno dei minori ha assunto una particolare rilevanza); sul punto, cfr. JAMES J. CONN, *Visite apostoliche nei seminari degli Stati Uniti*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2006, pp. 465 ss.

<sup>175</sup> Cfr. COMMISSIONE EPISCOPALE PER IL CLERO, *Linee comuni...*, cit., pp. 1025-1027; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *La formazione dei presbiteri...* (4 novembre 2006), cit., pp. 351 s.

che i risultati dell'indagine siano comunicati agli educatori)<sup>176</sup>.

I documenti in oggetto precisano che in ogni caso, qualunque sia l'esito della consulenza psicologica, la valutazione definitiva circa l'idoneità del soggetto a ricevere il sacramento dell'ordine non debba essere formulata dallo psicologo, bensì dall'autorità ecclesiastica, la quale conserva integra la propria autonomia decisionale<sup>177</sup>. Siffatto principio, senz'altro pienamente condivisibile in linea generale, va applicato con grande prudenza alle fattispecie in cui l'indagine psicologica evidenzia l'esistenza di inclinazioni pedofile: in tale ipotesi la discrezionalità dell'Ordinario potrebbe esplicarsi in un ambito assai ristretto, soprattutto qualora lo psicologo abbia attribuito alle proprie valutazioni carattere di certezza scientifica e morale, e non di mera possibilità o probabilità; non va dimenticato che, come sottolineato dalla stessa CEI, la presenza di tendenze pedofile impedisce in modo assoluto la ricezione del sacramento dell'ordine, senza che sussista alcuna possibilità di dispensa.

Peculiare attenzione viene dedicata, infine, all'ipotesi in cui a domandare di essere ammessi in seminario siano individui che in precedenza abbiano intrapreso, con esito negativo, l'*iter* formativo propedeutico al conferimento dell'ordine sacro, od abbiano frequentato, infruttuosamente, case per il noviziato appartenenti ad istituti di vita consacrata od a società di vita apostolica. Oltre a ribadire la necessità del puntuale rispetto delle prescrizioni normative, sia universali, che particolari<sup>178</sup>, si evidenzia l'esigenza che l'autorità ecclesiastica agisca con grande cautela, acquisendo, prima di prendere una decisione circa l'ammissibilità, o meno, del candidato, tutti gli elementi utili a comprendere le ragioni del fallimento della precedente esperienza forma-

---

<sup>176</sup> Cfr. COMMISSIONE EPISCOPALE PER IL CLERO, *Linee comuni...*, cit., pp. 1026 s., secondo cui è opportuno che la consulenza psicologica «non venga mai imposta, ma semmai proposta a tutti all'inizio del cammino di formazione»; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *La formazione dei presbiteri...* (4 novembre 2006), cit., p. 361. Ci sembra opportuno evidenziare come da parte della S. Sede il ricorso ai tests psicologici sia stato ipotizzato solo con riferimento alle fattispecie in cui il giudizio sull'idoneità, o meno, dell'aspirante seminarista fosse particolarmente difficile (cfr. *supra*, alla nota n. 163); la CEI sembra ritenere, invece, che la possibilità di sottoporsi a consulenza psicologica vada offerta a tutti i candidati al sacerdozio ministeriale.

<sup>177</sup> Cfr. COMMISSIONE EPISCOPALE PER IL CLERO, *Linee comuni...*, cit., pp. 1025 s., ove si osserva che «il discernimento vocazionale...spetta sempre e unicamente agli educatori, ciascuno per la propria parte»; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *La formazione dei presbiteri...* (4 novembre 2006), cit., p. 351, la quale ribadisce che l'intervento dello psicologo «non è finalizzato direttamente al discernimento della vocazione, compito che spetta agli educatori del seminario». Siffatte puntualizzazioni hanno trovato riscontro a livello universale nelle indicazioni formulate dalla Congregazione per l'Educazione Cattolica (cfr. *Orientamenti...*, cit., in particolare, gli artt.3, 4 e 11).

<sup>178</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *La formazione dei presbiteri...* (4 novembre 2006), cit., p. 336.

<sup>179</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale circa l'ammissione in seminario di can-*

tiva<sup>179</sup>. Particolare prudenza viene raccomandata nell'ipotesi in cui risulti che il soggetto ha interrotto il «percorso di formazione» a causa della presenza di inclinazioni sessuali anomale, rilevandosi l'opportunità di ricorrere alla consulenza peritale, da eseguirsi sulla documentazione disponibile ed eventualmente anche sulla persona dell'interessato<sup>180</sup>.

Ci sembra evidente che nel caso in cui dalla documentazione risulti che l'anomalia in oggetto vada identificata con la pedofilia, non possa dubitarsi della inaccogliabilità della domanda di ammissione al seminario: ciò tanto più qualora l'esistenza di tendenze pedofile sia confermata dal perito. Le disposizioni della CEI relative ai candidati al sacerdozio provenienti da precedenti esperienze formative ribadiscono, infatti, l'impossibilità di includere fra i seminaristi coloro che siano incapaci, per una qualunque ragione, di rispettare l'obbligo della continenza (puntualizzando, tra l'altro, come confessori e direttori spirituali, pur nel rispetto del dovere di riservatezza gravante su di essi in ordine ai fatti conosciuti nell'esercizio del proprio ministero, debbano, comunque, svolgere opera di prevenzione, convincendo ad abbandonare il seminario quei candidati che appaiano privi delle qualità personali indispensabili per la corretta osservanza dell'obbligo di vivere in castità)<sup>181</sup>; *a fortiori*, devono ritenersi esclusi dall'ordine sacro i soggetti affetti da una perversione sessuale così grave ed incisiva quale la pedofilia. L'incompatibilità tra sacerdozio ministeriale ed inclinazioni pedofile è assoluta ed insuscettibile di deroghe o temperamenti.

#### 7. *La repressione dei crimini sessuali commessi dai chierici a danno dei minorenni: il motu proprio Sacramentorum sanctitatis tutela*

La necessità di far sì che i ministri di culto mantengano una condotta conforme alla dignità del ministero loro affidato non si è tradotta solo nell'emanazione di disposizioni, talora precettive, talvolta, invece, semplicemente programmatiche, dirette ad assicurare un'accurata selezione dei candidati all'ordine sacro, ma si è estrinsecata anche nell'adozione di una serie di misure

---

*didati provenienti da altri seminari o famiglie religiose* (27 marzo 1999), in *Enchiridion CEI*, vol. 6, cit., pp. 947-949.

<sup>180</sup> Cfr. *ivi*, pp. 948 s., secondo cui qualora vengano rilevati «problemi concernenti la maturità affettiva, umana, anomalie psichiche e sessuali...è opportuno chiedere la consulenza di un perito per l'esame e la valutazione della documentazione e per un'eventuale ulteriore verifica sul soggetto».

<sup>181</sup> Cfr. *ivi*, p. 950.

volte a sanzionare quei *clerici* che avessero gravemente mancato ai doveri del proprio stato. In ordine a quest'ultimo profilo, particolare rilevanza riveste, dato l'argomento del presente lavoro, il *motu proprio Sacramentorum sanctitatis tutela* (30 aprile 2001) con il quale, è noto, il Pontefice ha promulgato le norme sostanziali e processuali relative ai cd. *delicta graviora*, cioè a quelle fattispecie criminose che, a causa della peculiare importanza del bene giuridico violato, o dello scandalo che possono suscitare nella comunità dei fedeli, appaiono particolarmente riprovevoli e, conseguentemente, necessitano di essere sottoposte ad una normativa speciale<sup>182</sup>.

Le disposizioni in oggetto distinguono i *delicta graviora* in tre grandi categorie: crimini contro il sacramento dell'Eucaristia; crimini contro il sacramento della Penitenza; crimini di ordine sessuale commessi da un chierico ai danni di un soggetto infradiciottenne<sup>183</sup>. La competenza a conoscere le cause relative a siffatti delitti viene attribuita alla Congregazione per la Dottrina della Fede<sup>184</sup>, cui si riconosce una giurisdizione (il termine è utilizzato qui nella sua accezione civilistica) che appare esclusiva nei confronti degli altri organi della Curia romana, ma semplicemente concorrente nei confronti degli Ordinari.

La normativa prevede, invero, che la Congregazione possa avocare a sé la causa solo qualora sussistano particolari circostanze (la disposizione non lo precisa, ma è evidente che deve trattarsi di «peculiarità rerum adiuncta» che rendano inopportuno il rispetto delle regole di diritto comune concernenti la competenza processuale), rimanendo inalterata in tutte le altre ipotesi la competenza dell'Ordinario, il quale deferirà la controversia al proprio tribu-

---

<sup>182</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Normae substantiales et processuales promulgatae col m.p. Sacramentorum sanctitatis tutela* (30 aprile 2001) – d'ora in avanti indicate come *Normae* –, in *Ius Ecclesiae*, 2004, pp. 313-321, ove sono pubblicate anche le modifiche che in più occasioni il Pontefice ha apportato alla disciplina originaria (l'ultima delle modifiche riportate risale al 14 febbraio 2003). Va rilevato che inizialmente la S. Sede aveva preferito rendere pubblici soltanto il *motu proprio* pontificio di promulgazione delle norme e la lettera della Congregazione per la Dottrina della Fede relativa all'esecuzione delle norme stesse, mentre il testo completo delle disposizioni era stato trasmesso solo ai vescovi ed agli altri Ordinari; cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Motu proprio Sacramentorum sanctitatis tutela* (30 aprile 2001), in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 20, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2004, pp. 396-401; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLE FEDE, Lettera *Ad exsequendam* (18 maggio 2001), *ivi*, pp. 490-497.

<sup>183</sup> Per l'individuazione analitica delle varie fattispecie criminose, cfr. gli artt. 2, 3 e 4 delle *Normae* concernenti, rispettivamente: i «*Delicta contra sanctitatem augustissimi Eucharistiae Sacrificii et sacramenti*»; i «*Delicta contra sanctitatem sacramenti Paenitentiae*»; il «*delictum contra sextum Decalogi praeceptum cum minore infra aetatem duodeviginti annorum a clerico commissum*».

<sup>184</sup> L'art. 6, §1, delle *Normae*, cit., p. 316, stabilisce che «*Congregatio pro Doctrina Fidei est Supremum Tribunal Apostolicum pro Ecclesia Latina necnon pro Ecclesiis Orientalibus Catholicis ad cognoscenda delicta articulis praecedentibus definita*».



nale<sup>185</sup>. Al fine di sottolineare il ruolo centrale che la Congregazione riveste nella repressione dei *delicta graviora*, si è stabilito che la stessa sia titolare di competenza esclusiva quale giudice di secondo grado<sup>186</sup>, precisando che nel caso in cui la controversia venga trattata e decisa dal tribunale diocesano, gli atti di causa devono essere inviati alla Congregazione affinché il Promotore di Giustizia possa, eventualmente, impugnare la sentenza: ciò, qualunque sia stato l'esito del processo<sup>187</sup>.

Si è data così specifica attuazione all'art. 52 della Costituzione apostolica *Pastor bonus*, la quale, nel disciplinare struttura e competenze della Curia romana, ha genericamente previsto che la Congregazione per la Dottrina della Fede sia competente a giudicare non solo i delitti *contra fidem*, ma anche i crimini più gravi relativi alla celebrazione dei sacramenti, oppure commessi contro la morale<sup>188</sup>. L'unico *delictum contra mores* che il *motu proprio Sacramentorum sanctitatis* ha preso in considerazione è, come abbiamo già evidenziato, il crimine di ordine sessuale commesso da un chierico nei confronti di un individuo minore di diciotto anni<sup>189</sup>, il che ha indotto la dottrina a sottolineare come le valutazioni operate dal legislatore siano state condizionate, oltre che dalle caratteristiche oggettive delle fattispecie delittuose qualificate *graviora*,

---

<sup>185</sup> L'art. 13 delle *Normae*, cit., p. 317, così recita: «Quoties Ordinarius vel Hierarcha notitiam saltem verisimilem habeat de delicto reservato, investigatione praevia peracta, eam significet Congregationi pro Doctrina Fidei quae, nisi ob peculiarium rerum adiuncta causam sibi advocet, Ordinarium vel Hierarcham ad ulteriora procedere iubet». Sul punto, cfr. DAVIDE CITO, *Nota al m.p. Sacramentorum sanctitatis tutela*, in *Ius Ecclesiae*, 2002, p. 323; VELASIO DE PAOLIS, *Norme de gravioribus delictis reservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2002, pp. 296-300; PAOLO MONETA, *La giustizia...*, cit., p. 188.

<sup>186</sup> L'art. 13 delle *Normae*, cit., *loc.ult.cit.*, dopo avere stabilito che la causa può essere sottratta alla competenza dell'Ordinario solo qualora sussistano particolari circostanze, precisa che «firmiter tamen iure appellandi contra sententiam primi gradus tantummodo ad Supremum Tribunal eiusdem Congregationis»; l'art. 16, poi, ribadisce la competenza esclusiva della Congregazione quale giudice di appello, affermando che «Supremum Tribunal Congregationis pro Doctrina Fidei iudicat in secunda instantia: 1° causas a Tribunalibus inferioribus in prima instantia iudicatas; 2° causas ab eodem Supremo Tribunale Apostolico in prima instantia definitas» (p. 318). Sulla funzione nomofilattica di siffatta competenza in secondo grado, cfr. PAOLO MONETA, *op. ult.cit.*, pp. 188 s.

<sup>187</sup> L'art. 22, §1, delle *Normae*, cit., p. 319, afferma che «Salvo iure ad hoc Supremum Tribunal appellandi, instantia apud alium Tribunal, quovis modo finita [il corsivo è nostro: *n.d.a.*], omnia acta causae ad Congregationem pro Doctrina Fidei ex officio quam primum transmittantur».

<sup>188</sup> L'art. 52 della Cost. ap. *Pastor bonus* stabilisce, è noto, che alla Congregazione per la Dottrina della Fede spetta giudicare «i delitti contro la fede e i delitti più gravi commessi sia contro la morale sia nella celebrazione dei Sacramenti». Sulla difficoltà, antecedentemente all'emanazione del *Sacramentorum sanctitatis*, di individuare in concreto le fattispecie criminose riservate alla Congregazione, cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Sulla promulgazione delle norme processuali proprie della Congregazione per la Dottrina della Fede in materia penale*, in *Ius Ecclesiae*, 1997, p. 289 ss.

<sup>189</sup> Cfr. *supra*, alla nota n. 183.

anche da circostanze contingenti, quale il grande scalpore, frutto anche di una «campagna» mediatica forse non esente da faziosità, suscitato, sia nell'ambito della comunità ecclesiale, sia all'interno della comunità politica, dalle accuse di pedofilia ed efebofilia formulate in varie parti del mondo nei confronti di alcuni *clerici*: altri crimini di pari gravità, ma oggetto di minore attenzione da parte dei *mass media*, non sono stati contemplati dal *motu proprio*<sup>190</sup>.

La peculiare attenzione che il legislatore canonico ha voluto riservare ai crimini sessuali contro i minori perpetrati dai chierici è resa palese dalla peculiare fisionomia che il reato di pedofilia ha assunto in seguito al *motu proprio*: è stata qualificata *delictum gravius* qualunque violazione del sesto Comandamento commessa da un ministro di culto con un infradiciottenne. Si è derogato, quindi, a quanto disposto dalla normativa codiciale, la quale, nel tipizzare i crimini sessuali, prevede che, all'infuori dell'ipotesi di concubinato – è noto che con tale locuzione l'ordinamento canonico intende la stabile relazione sessuale instaurata da un soggetto con una persona di sesso diverso dal proprio –, o di altra violazione esterna, cioè oggettivamente percepibile, del sesto Comandamento che abbia carattere di stabilità nel tempo e che crei scandalo nella comunità dei fedeli<sup>191</sup>, il chierico, in assenza di circostanze aggravanti, quale, ad es., l'aver commesso il delitto ricorrendo alla violenza od alle minacce, debba essere punito solo qualora il delitto sia stato compiuto ai danni di un individuo minore di sedici anni<sup>192</sup>.

L'aver innalzato la soglia di età della vittima al disotto della quale si considera sussistente il reato di pedofilia – anche se la normativa canonica non utilizza tale termine, non v'è dubbio, a nostro giudizio, che sia questa la corretta denominazione del crimine *de quo* –, eliminando, quantomeno in ordine all'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa, la distinzione tra la condotta pedofila e quella efebofila, rende palese

---

<sup>190</sup> Cfr. DAVIDE CITO, *op. ult. cit.*, p. 324.

<sup>191</sup> Cfr. il can. 1395, §1 (analogo il can. 1453, §1, del C.C.E.O.). Sulla nozione di violazione esterna, permanente e scandalosa del sesto precetto del Decalogo, cfr. *coram Pinto, Calaritano*, diei 26 novembre 1999, in *S.R.R. Dec.*, vol. XCI, dec. 138, n. 14, p. 728 s.

<sup>192</sup> Cfr. il can. 1395, §2, norma che non ha riscontro nel C.C.E.O. (sulle differenze esistenti, al riguardo, tra il diritto canonico latino e quello orientale, cfr. RAFFAELE COPPOLA, *La tutela dei minori...*, cit., p. 87). In merito alle fattispecie criminose contemplate dai due paragrafi del can. 1395, cfr. VELASIO DE PAOLIS, *Delitti contro il sesto Comandamento*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1993, pp. 293 ss. In giurisprudenza, cfr. T.A.R.R. *coram* Stankiewicz, *Posnaniense*, diei 11 novembre 1993, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 663 ss. (con nota di HECTOR FRANCESCHI), ove si prende in considerazione la fisionomia delle ipotesi di reato previste dal secondo paragrafo del can.1395 (sia la pronuncia *de qua*, sia quella citata nella nota precedente rivestono un notevole interesse, poiché, è risaputo, assai raramente le sentenze rotali in materia penale vengono pubblicate).

l'intenzione della S. Sede di inasprire il regime sanzionatorio dei crimini sessuali commessi dai *clerici* nei confronti dei minori<sup>193</sup>. Siffatto intento risulta particolarmente evidente se si raffronta quanto stabilito dal *Sacramentorum sanctitatis* con l'unica norma della legislazione universale della Chiesa che, almeno per quanto ci risulta, disciplinava, antecedentemente all'entrata in vigore della normativa in esame, il reato di pedofilia commesso da un chierico e cioè il n. 73 dell'Istruzione *Crimen sollicitationis*<sup>194</sup>.

L'*Instructio*, promulgata, è noto, il 16 marzo del 1962 ed indirizzata sia agli Ordinari della Chiesa latina, sia agli Ordinari delle Chiese orientali, concerneva principalmente – come si evince chiaramente dal titolo – il cd. delitto di sollecitazione, consistente, è risaputo, nell'istigazione a compiere peccati di ordine sessuale posta in essere, in occasione o con il pretesto della confessione sacramentale<sup>195</sup>, dal ministro di culto nei confronti del soggetto penitente, ma prendeva in considerazione, sia pure incidentalmente, anche il cd. *crimen pessimum*, al cui interno veniva ricompreso qualunque peccato grave, ovviamente di ordine sessuale (la norma non lo specificava, ma, stante l'oggetto di tutta l'*Instructio*, ciò appariva sottinteso), commesso da un *clericus* con un'altra persona di sesso maschile, purché siffatto peccato fosse esterno, cioè percepibile attraverso i sensi<sup>196</sup>; al *crimen pessimum* era equiparata, proseguiva l'Istruzione, qualunque condotta oscena, gravemente peccaminosa, realizzata, o quantomeno tentata, da un ordinato *in sacris* ai danni di un individuo, di sesso maschile o femminile, impubere<sup>197</sup>, cioè, secondo la nota

---

<sup>193</sup> Sulla portata di siffatta modifica normativa, cfr. DAVIDE CITO, *op.ult.cit.*, p. 327; ZBIGNIEW SUCHECKI, *La tutela penale dei minori presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai delicta graviora*, in *Apollinaris*, 2006, pp. 723 s. e 729 s.

<sup>194</sup> Per un'analisi comparativa della *Crimen sollicitationis* e del *Sacramentorum sanctitatis*, cfr. GERARDO NÚÑEZ, *La competencia penal de la Congregación para la Doctrina de la Fe*, in *Ius canonicum*, 2003, pp. 351 ss.

<sup>195</sup> L'art. 1 dell'*Instructio* così recita: «Crimen sollicitationis habetur cum sacerdos aliquem poenitentem.....vel in actu sacramentalis confessionis; vel ante aut immediate post confessionem; vel occasione aut praetextu confessionis; vel etiam extra occasionem confessionis in confessionali sive in alio loco ad confessiones audiendas destinato aut electo cum simulatione audiendi ibidem confessionem, ad inhonesta et turpia sollicitare vel provocare». Va rilevato che il delitto di sollecitazione è stato incluso dal *Sacramentorum sanctitatis* fra i *delicta graviora*: ciò qualora la sollecitazione sia rivolta ad indurre il penitente a peccare con lo stesso confessore sollecitante (art. 3, n.2, delle *Normae*); su tale delitto, cfr. anche il can. 1387 (pressoché identico il can. 1458 del C.C.E.O.).

<sup>196</sup> L'art. 71 della *Crimen sollicitationis* così definisce il cd. *crimen pessimum*: «Nomine criminis pessimi heic intelligitur quodcumque obscoenum factum externum, graviter peccaminosum, quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona proprii sexus».

<sup>197</sup> L'art. 73 dell'*Instructio* afferma che «Crimini pessimo, pro effectibus poenalibus, aequiparatur quodvis obscoenum factum externum, graviter peccaminosum, quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum impuberibus cuiusque sexus vel cum brutis animantibus (*bestialitas*)». Sul

definizione degli *impubes* contenuta nel can. 88, §2, del *Codex Iuris Canonici* pio-benedettino allora vigente, minore di quattordici anni se maschio, o di dodici anni se femmina<sup>198</sup>.

Veniva ritenuto, quindi, particolarmente grave, tanto da richiedere una normativa speciale, il crimine sessuale commesso da un chierico nei confronti di un soggetto che fosse in età preadolescenziale; la disciplina introdotta dal *Sacramentorum sanctitatis*, invece, include fra i *delicta graviora*, lo ribadiamo, qualunque abuso sessuale posto in essere da un *clericus* ai danni di un infradiciottenne<sup>199</sup>, ampliando così notevolmente la nozione di pedofilia ed estendendo, di conseguenza, l'ambito di applicabilità del relativo regime sanzionatorio.

Ciò tanto più che la dottrina ha rilevato l'ampiezza della terminologia utilizzata dal *motu proprio*, il quale, menzionando genericamente il «*delictum contra sextum Decalogi praeceptum*» di cui sia stato vittima un infradiciottenne, assoggetta a sanzione una vastissima gamma di comportamenti al cui interno vanno ricomprese non solo le fattispecie in cui l'intento criminoso sia sfociato in un vero e proprio rapporto carnale, o comunque in un contatto fisico tra l'autore del reato e la vittima, ma anche le fattispecie in cui tale contatto fisico non si sia verificato e l'abuso sessuale possa definirsi semplicemente indiretto: si fa l'esempio del *clericus* che soglia esibirsi nudo davanti al minore, o che si ecciti mostrando al minore materiale pornografico<sup>200</sup> (siffatta genericità non è, comunque, caratteristica esclusiva della normativa canonica: è noto che sovente la dottrina penalistica secolare ha lamentato l'indeterminatezza della nozione di «atto sessuale» utilizzata da molte legislazioni statuali, tra cui quella italiana, come elemento costitutivo dei crimini sessuali, nozione comprensiva sia delle fattispecie di violenza carnale, sia delle fattispecie in cui il reato si sia estrinsecato nei cd. atti di libidine<sup>201</sup>).

---

contenuto della *Crimen sollicitationis* ed in particolare sul disposto degli artt. 71 e 73, cfr. DAVIDE CITO, *op. ult. cit.*, p. 326; MASSIMO INTROVIGNE, *Preli pedofili, le falsità del video Bbc*, in *Avenire* del 30 maggio 2007.

<sup>198</sup> Il can. 88, §2, del Codice del 1917 stabiliva che «Minor, si masculus, censetur pubes a decimo-quarto, si femina a duodecimo anno completo».

<sup>199</sup> Cfr. *supra*, alla nota n. 183.

<sup>200</sup> Cfr. CHARLES J. SCICLUNA, *Procedura e prassi presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai delicta graviora*, in AA.VV., *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico* (a cura di DAVIDE CITO), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 282 s.; ZBIGNIEW SUCHECKI, *op. cit.*, p. 723.

<sup>201</sup> Cfr., per tutti, ANGELO MANGIONE, *La tutela penale del minore da violenze, abusi e sfruttamento a sfondo sessuale*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo* (a cura di ANGELO PENNISI), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 168 ss., il quale, dopo aver rilevato che la locuzione «atti sessuali...costituisce nell'intenzione del legislatore della riforma [come è noto, la

Viene puntualizzato come le disposizioni contenute nel *Sacramentorum sanctitatis* possano essere applicate anche all'ipotesi in cui il chierico, senza porre in essere alcun atto sessuale, si sia «limitato» a reperire materiale pedopornografico, o per usufruirne direttamente, o per cederlo a terzi. L'analisi della casistica giurisprudenziale dimostrerebbe, infatti, prosegue l'indirizzo in parola, come la Congregazione per la Dottrina della Fede includa nel *delictum gravius contra mores* anche la detenzione, l'utilizzo e la cessione di materiale pornografico pedofilo (foto, filmati, etc.)<sup>202</sup>.

La decisione di improntare la disciplina del reato di pedofilia al massimo rigore si è tradotta non solo nell'individuazione di una fattispecie criminosa connotata da una fisionomia estremamente ampia, ma anche nella volontà di far sì che qualora sia decorso un notevole lasso di tempo dalla commissione dell'evento delittuoso, sussista, comunque, la possibilità di perseguirne l'autore. Le statuizioni in esame hanno stabilito, per tutti i *delicta graviora*, un termine di prescrizione decennale<sup>203</sup>, che risulta notevolmente più ampio di quello ordinariamente previsto dalla legislazione canonica<sup>204</sup>: la normativa codiciale, è noto, prevede che, in linea generale, l'azione penale si estingua decorsi tre anni dalla commissione del crimine<sup>205</sup>, termine che per alcuni reati considerati dal *Codex* particolarmente gravi viene prolungato a cinque anni<sup>206</sup>.

---

disciplina dei crimini sessuali è stata novellata negli ultimi anni del XX secolo:*n.d.a.*] il tratto unificante ed assorbente delle precedenti fattispecie di violenza carnale ed atti di libidine violenti» (p. 180), sottolinea che «la genericità della formula “atti sessuali” sembra autorizzare un'estensione senza precedenti dell'area applicativa della violenza sessuale» (p. 181). Sulla nozione di pedofilia accolta dalla legislazione statale italiana, cfr. BARTOLOMEO ROMANO, *Pedofilia*, in *Dig. disc. penal.*, *Aggiornamento*, Utet, Torino, 2004, pp. 603 ss.

<sup>202</sup> Cfr. CHARLES J. SCICLUNA, *op. cit.*, *loc. cit.*, il quale rileva che la fattispecie criminosa *de qua* «Include anche il recupero e il salvataggio (*downloading*) di pornografia pedofila, per esempio da internet»; ZBIGNIEW SUCHECKI, *op. cit.*, pp. 723 s., ove si osserva che «Secondo la prassi della CDF questo comportamento [il reperimento di materiale pedopornografico, qualunque ne siano le modalità, ad es., tramite internet: *n.d.a.*] rientra sotto il *delictum gravius* in parola». Per una nozione assai più circoscritta, cfr. *coram* Pinto, *Calaritana*, diei 26 novembre 1999, cit., n. 14, p. 729, secondo cui la violazione del sesto Comandamento richiede, comunque, il compimento della copula *secundum naturam*.

<sup>203</sup> L'art. 5, §1, delle *Normae*, cit., p. 316, stabilisce che «Actio criminalis de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis praescriptione extinguitur decennio».

<sup>204</sup> Sottolinea la peculiarità di tale termine di prescrizione anche la stessa Congregazione per la Dottrina della Fede (cfr. Lettera *Ad exsequendam*, cit., p. 495).

<sup>205</sup> Il can.1362, §1, prevede che, di regola, «L'azione criminale si estingue per prescrizione in tre anni» (sostanzialmente identico il can. 1152, §2, del C.C.E.O.). Va rilevato che la norma prevede l'inapplicabilità di siffatto termine triennale ad alcune peculiari categorie di crimini fra cui quelli attribuiti alla competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede.

<sup>206</sup> Cfr. il combinato disposto dei cann. 1362, §1, n. 2, 1394, 1395, 1397, 1398 (molto simile quanto stabilito dai cann. 1152, §2, n.2, 1450, 1453 del C.C.E.O.).

La circostanza che il termine di prescrizione sia stato raddoppiato rispetto alla durata massima stabilita sia dal Codice latino, sia dal Codice orientale rende palese l'intenzione di estendere l'ambito di punibilità dei crimini sessuali commessi dai chierici a danno dei minori<sup>207</sup>: fra l'altro, prima della promulgazione del *Sacramentorum sanctitatis* il delitto di pedofilia compiuto da un ordinato era assoggettato alla prescrizione quinquennale<sup>208</sup>, il che evidenzia come la S. Sede abbia voluto, attraverso il *motu proprio*, adeguare il regime giuridico alle nuove dimensioni, più ampie rispetto al passato, assunte dal fenomeno criminoso<sup>209</sup>.

Appare coerente con il perseguimento di tale obiettivo anche la statuizione, contenuta nel *motu proprio*, secondo cui nel caso di abusi sessuali commessi da un ministro di culto il termine di prescrizione comincia a decorrere non dal giorno in cui il delitto è stato perpetrato, come previsto ordinariamente dalla disciplina codiciale<sup>210</sup>, bensì dal giorno in cui la vittima ha compiuto il diciottesimo anno di età<sup>211</sup>: in tal modo si vuole evitare che qualora l'abusato abbia tardato a denunciare l'abusante – è noto che, in conseguenza della giovane età, o di un (comprensibile) sentimento di vergogna, sovente la vittima del reato di pedofilia formula le proprie accuse a distanza di anni dal verificarsi dell'evento delittuoso –, il colpevole possa sottrarsi al processo ed alla conseguente sanzione.

Né va trascurato il fatto che il termine di prescrizione quinquennale si riferisce a crimini che l'ordinamento canonico considera con estremo sfavore, quali il sequestro di persona, l'omicidio, il procurato aborto; i *delicta graviora*, incluso il reato di pedofilia commesso da un chierico, appaiono costituire, perciò, una categoria a sé stante, distaccata dalla generalità dei reati in virtù della rilevanza del bene giuridico offeso, ritenuto dal legislatore meritevole di particolare tutela, e destinataria, conseguentemente, di una normativa, sostanziale e processuale, di diritto singolare.

La singolarità della disciplina in esame risulta ulteriormente confermata

---

<sup>207</sup> Sul punto, cfr. DAVIDE CITO, *op.ult.cit.*, p. 327; ZBIGNIEW SUCHECKI, *op. cit.*, p. 730.

<sup>208</sup> Cfr. il combinato disposto dei cann. 1362, §1, n. 2 e 1395, §2 (il C.C.E.O. non contiene una disposizione specifica relativa al crimine di pedofilia commesso da un chierico).

<sup>209</sup> Sull'effettivo numero dei *clerici* accusati di pedofilia, cfr. LORENZO PREZZI-ANTONIO TORRESIN, *Le parole per dirlo*, in *Il regno-attualità*, 10/2002, pp. 307-311.

<sup>210</sup> Il can. 1362, §2, recita: «La prescrizione decorre dal giorno in cui fu commesso il delitto» (identico il can. 1152, §3, del C.C.E.O.).

<sup>211</sup> L'art. 5, §2, delle *Normae*, cit., *loc.ult.cit.*, stabilisce che nell'ipotesi di delitto di pedofilia commesso da un chierico «praescriptio decurrere incipit a die quo minor duodevicesimum aetatis annum explevit». Anche siffatta peculiarità viene posta in rilievo dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (cfr. Lettera *Ad exsequendam*, cit., *loc.ult.cit.*).

dall'analisi delle modifiche che negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del *motu proprio* pontificio sono state apportate alla disciplina dei *delicta graviora*<sup>212</sup>, modifiche concernenti anche il regime della prescrizione. Il Pontefice ha previsto espressamente, infatti, la possibilità che il vescovo diocesano richieda alla Congregazione per la Dottrina della Fede l'autorizzazione a perseguire il *clericus* che si sia reso responsabile di abusi sessuali nei confronti di un minorenne, anche qualora sia decorso il termine di prescrizione decennale<sup>213</sup>: in caso di accoglimento dell'istanza da parte della Congregazione – chiamata, in definitiva, a decidere, sulla base delle caratteristiche oggettive della fattispecie concreta, quale, ad es., l'eventuale reiterazione della violenza sessuale, se il pedissequo rispetto del disposto legislativo produrrebbe conseguenze formalmente giuste, ma sostanzialmente inique – diverrebbe possibile sottoporre l'imputato a processo penale, giudiziario od amministrativo, onde accertare la fondatezza, o meno, delle imputazioni.

Anche le altre modifiche apportate da Giovanni Paolo II alla disciplina dei *delicta graviora* vanno ricondotte all'esigenza di rendere più agevole la punizione di tali crimini attraverso l'individuazione di un regime giuridico di *ius singulare* connotato da numerose deroghe a principi, anche basilari, propri dell'ordinamento canonico. Ciò con particolare riferimento ai profili processualistici della normativa *de qua*.

La preoccupazione suscitata dai delitti *contra mores* commessi dai ministri di culto non si è concretizzata semplicemente nell'esortazione, rivolta ai vescovi, ad intervenire con fermezza, qualora la condotta tenuta dai presbiteri e diaconi della diocesi susciti scandalo all'interno della comunità dei fedeli<sup>214</sup>,

---

<sup>212</sup> Per una sintetica esposizione di tali modifiche, cfr. *Decisioni di Giovanni Paolo II susseguenti la promulgazione del m.p. «Sacramentorum sanctitatis tutela» (7 novembre 2002-14 febbraio 2003)*, in *Ius Ecclesiae*, 2004, pp. 320 s.

<sup>213</sup> Cfr. *ivi, lett a)*, p. 320, ove si rileva che «Il Santo Padre...ha concesso la facoltà alla CDF di derogare ai termini della prescrizione, caso per caso, su motivata domanda dei singoli Vescovi». Critico nei confronti di siffatta previsione appare DAVIDE CITO, *La prescrizione in materia penale*, in AA.VV., *Processo penale...*, cit., pp. 232 s., il quale rileva come la derogabilità della norma relativa alla prescrizione «possa diffondere la sensazione di un uso arbitrario della potestà, nonostante i motivi che hanno spinto ad una tale decisione siano certamente dettati dalla necessità di poter intervenire in modo efficace di fronte a situazioni gravissime e scandalose» e suggerisce, pertanto, di stabilire espressamente l'imprescrittibilità dei *delicta graviora* (quantomeno di alcuni di essi). Cfr. anche CHARLES J. SCICLUNA, *op. cit.*, p. 284.

<sup>214</sup> Non si menziona esplicitamente la pedofilia, ma il contesto letterale in cui è inserita l'esortazione ed anche le circostanze temporali – si tratta di alcuni luoghi contenuti nel nuovo Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi, Direttorio emanato nel febbraio del 2004 e cioè quando l'allarme sociale suscitato dai crimini sessuali commessi dai chierici a danno dei minori era altissimo – inducono a ritenere che lo «scandalo» cui si fa riferimento sia quello derivante dagli abusi sessuali perpetrati dal clero nei confronti dei minorenni.

sia avvalendosi dell'ammonizione e della riprensione, sia ricorrendo al trasferimento ad altro incarico, alla rimozione dall'ufficio e, nei casi più gravi, alla sospensione ed alla dimissione dallo stato clericale<sup>215</sup> – desta qualche perplessità, almeno a nostro giudizio, la circostanza che si suggerisca ai vescovi di utilizzare l'istituto giuridico della *translatio*: l'esperienza degli Stati Uniti d'America ha evidenziato, infatti, come il trasferimento da un ufficio ad un altro non sia assolutamente idoneo ad impedire al *clericus* di continuare a delinquere –; ma si è tradotta anche nell'emanazione di precise statuizioni normative dirette a reprimere il delitto di pedofilia, statuizioni che, per il loro rigore, suscitano, talvolta, qualche perplessità, potendo dar luogo a violazioni del diritto di difesa garantito dal Codice ad ogni fedele<sup>216</sup>.

L'art.17 del *Sacramentorum sanctitatis*, che in origine stabiliva che nel punire i *delicta graviora* ci si dovesse necessariamente avvalere della procedura giudiziale<sup>217</sup> – è noto che i Codici vigenti prevedono che la sanzione penale possa essere irrogata o tramite un procedimento di carattere amministrativo, o attraverso un procedimento di natura prettamente giudiziaria<sup>218</sup> –, è stato modificato dal Pontefice (7 febbraio 2003): si è previsto che nel caso in cui il reato sia connotato da una peculiare gravità e, di fatto, non sussistano ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'accusato, la Congregazione per la Dottrina della Fede possa concedere la dispensa dall'obbligo di ricorrere al *processus iudicialis*, legittimando l'inflizione della pena per via amministrativa<sup>219</sup>.

Siffatta *facultas dispensandi* può essere esercitata in una duplice ipotesi:

---

<sup>215</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Apostolorum successores*, cit., pp. 1093 ss., ove, dopo aver rilevato che «qualora si verificano situazioni di scandalo, specie da parte dei ministri della Chiesa,...il vescovo è tenuto ad intervenire prontamente, secondo le norme canoniche stabilite, sia per il bene spirituale delle persone coinvolte, sia per la riparazione dello scandalo, sia per la protezione e l'aiuto alle vittime» (p. 1094), si puntualizza che nel caso in cui l'*amotio* o la *translatio* non siano sufficienti ad indurre il chierico a desistere dalla propria condotta, il vescovo debba comminare «la pena della sospensione secondo il diritto o, nei casi estremi previsti dalla norma canonica, dia inizio al processo penale per la dimissione dallo stato clericale» (p. 1124).

<sup>216</sup> Com'è noto, il can. 221, §§2 e 3, stabilisce che «I fedeli hanno anche il diritto, se sono chiamati in giudizio dall'autorità competente, di essere giudicati secondo le disposizioni di legge, da applicare con equità. I fedeli hanno il diritto di non essere colpiti da pene canoniche se non a norma di legge» (la norma è riprodotta quasi pedissequamente nel can. 24 del C.C.E.O.).

<sup>217</sup> In origine l'art. 17 delle *Normae*, cit., p. 318, disponeva che «Delicta graviora Congregationi pro Doctrina Fidei reservata, non nisi in processu iudiciali perseguenda sunt».

<sup>218</sup> Sulle due diverse modalità, giudiziaria ed amministrativa, attraverso cui può essere inflitta la pena e, soprattutto, sulla loro diversa natura, cfr. GIUSEPPE DI MATTIA, *La procedura penale giudiziaria e amministrativa nel CCEO e nel CJC. Riflessioni comparative*, in *Apollinaris*, 1996, pp. 79 ss.; PAOLO MONETA, *op.ult. cit.*, pp. 175-186; PIERLUIGI RONZANI, *La pena ecclesiale*, Cedam, Padova, 2004, pp. 141-180.

<sup>219</sup> Cfr. *Decisioni di Giovanni Paolo II...*, cit., lett. d), p. 321, secondo cui «Viene concessa la facoltà alla CDF di dispensare dall'art. 17 nei casi gravi e chiari».



qualora, ad avviso della Congregazione, la fattispecie sia talmente scevra da dubbi ed incertezze da poter essere sottoposta direttamente al Pontefice affinché questi emani, *ex officio*, il provvedimento di dimissione dallo stato clericale; nel caso in cui la Congregazione ritenga che la fattispecie, pur essendo meno lampante di quella suscettibile di cognizione diretta da parte del Papa, non presenti, comunque, profili di particolare complessità e possa, quindi, essere deferita all'Ordinario affinché questi agisca tramite il procedimento penale amministrativo<sup>220</sup>; viene specificato che in quest'ultima ipotesi qualora l'Ordinario ritenga che il reato commesso dal chierico sia talmente grave da richiedere l'irrogazione della pena della dimissione, sarà necessario chiedere alla Congregazione la comminazione di tale pena, che, in caso di accoglimento della richiesta, verrà disposta con decreto<sup>221</sup>.

Queste disposizioni non possono non destare qualche preoccupazione, poiché sembrano configurare un orientamento legislativo favorevole alla «amministrativizzazione» del giudizio penale, orientamento che, secondo autorevole dottrina, rischia di compromettere il diritto dell'accusato ad essere sottoposto ad un «giusto processo» contraddistinto dalla imparzialità e terzietà dell'organo giudicante, dalla possibilità di esercitare il diritto di difesa, dalla facoltà di esperire i mezzi di impugnazione<sup>222</sup>. È opinione unanime che la procedura giudiziale assicuri all'imputato il massimo grado di tutela, tutela che, invece, risulta notevolmente affievolita nel procedimento amministrativo: quest'ultimo dovrebbe essere utilizzato solo in via residuale, giacché non fornisce, rispetto al vero e proprio giudizio penale, alcuna maggiore garanzia di giungere ad una conclusione moralmente certa e può, per converso, dar luogo a violazioni del diritto di difesa<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> Cfr. *ibidem*, ove si precisa che la facoltà di dispensare dall'obbligo di osservare la procedura giudiziaria può trovare applicazione solo con riferimento a quei «casi gravi e chiari» che, secondo la Congregazione, «a) possono essere portati direttamente al Santo Padre per la dimissione *ex officio*; ovvero, b) possono essere trattati con il rito abbreviato di cui al can. 1720 [il can. 1720 regolamento, è risaputo, l'irrogazione della sanzione penale in via amministrativa: *n.d.a.*] dall'Ordinario».

<sup>221</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>222</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in *Ius Ecclesiae*, 2004, pp. 374 e 381; *Id.*, *Il diritto e il dovere al processo giudiziale nella Chiesa. Note sul Magistero di Benedetto XVI circa la necessità di «agire secondo ragione» nella riflessione ecclesiale*, *ivi*, 2007, pp. 55 ss., ove si pone in risalto la rilevanza, giuridica e pastorale, del diritto-dovere al giusto processo e la sua piena vigenza all'interno dell'ordinamento canonico. Sulla possibilità che il religioso accusato di pedofilia venga dimesso dall'istituto di appartenenza tramite una procedura meramente amministrativa, cfr. VELASIO DE PAOLIS, *Irregolarità e sanzioni penali*, *cit.*, pp. 721-724; CHARLES J. SCICLUNA, *op. cit.*, pp. 286-288.

<sup>223</sup> Cfr., per tutti, JOAQUÍN LLOBELL, *Contemperamento...*, *cit.*, p. 372; FRANS DANEELS, *L'imposizione amministrativa delle pene e il controllo giudiziario sulla loro legittimità*, in *AA.VV.*, *Processo penale*

La circostanza che l'Ordinario diocesano possa, previa autorizzazione della Congregazione per la Dottrina della Fede, utilizzare la procedura amministrativa per giudicare il chierico accusato di un *delictum gravius* – inclusa, quindi, la pedofilia – e, qualora lo ritenga colpevole, sia legittimato a domandare alla Congregazione stessa la comminazione, sempre in via amministrativa, della dimissione non può, pertanto, che essere valutata sfavorevolmente. L'odiosità dei crimini sessuali commessi a danno dei minori, odiosità che risulta senz'altro accentuata dal fatto che loro autore sia un ministro di culto, la conseguente riprovazione che all'interno ed all'esterno della società ecclesiale circonda tali reati, nonché l'atteggiamento non sollecito, e finanche passivo, tenuto talvolta dai vescovi diocesani nel perseguirli hanno indotto, osserva un orientamento dottrinale, la S. Sede ad assumere una posizione di estremo rigore, che, però, rischia di compromettere la parità di posizione tra accusa e difesa, violando le regole, pienamente vigenti anche all'interno dell'ordinamento canonico, del cd. giusto processo<sup>224</sup>.

La disciplina contenuta nel *Sacramentorum sanctitatis* deroga, innanzitutto, al principio, sancito in una esplicita norma codiciale, secondo cui le sanzioni perpetue, tra le quali rientra indubbiamente la dimissione dallo stato clericale, non possono essere inflitte tramite il procedimento amministrativo, ma

---

..., cit., pp. 289 ss.; ZBIGNIEW SUCHECKI, *Considerazioni sull'inflizione della pena in alcune fattispecie concrete*, *ivi*, pp. 384-388. Cfr. anche ANTONIO CALABRESE, *La procedura stragiudiziale penale*, in AA.Vv., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1992, pp. 280 s., il quale osserva che «La via giudiziaria è avvantaggiata dal fatto che permette la difesa tecnica, e quindi il dibattito, con la prospettiva di un giudizio più equilibrato su tutto il processo».

<sup>224</sup> Cfr. PIETRO MILITE, *Utrum «pedofilia»...*, cit., p. 576, il quale sottolinea come il principio della cd. tolleranza zero nei confronti dei sacerdoti accusati di abusi sessuali sui minori possa indurre a ritenere che la dimissione dallo stato clericale sia una conseguenza pressoché automatica dell'accusa di pedofilia; JOAQUÍN LLOBELL, *op.ult.cit.*, p. 371; ID., *Il diritto...*, cit., p. 73, ove si rileva come non sia «giusto tentare di porre rimedio a questa negligenza e passività [secondo l'Autore, sovente i vescovi non avrebbero represso con il dovuto rigore i crimini sessuali posti in essere dai chierici a danno dei minori: *n.d.a.*] con una successiva ingiustizia di segno opposto: una sorta di aspra e frettolosa reazione (la cosiddetta "tolleranza zero" a scapito delle esigenze del diritto al giusto processo) che, talvolta, porta ad identificare, almeno di fatto, l'atto di accusa...con la condanna»; ANGELO URRU, *Considerazioni per una equa applicazione della pena canonica*, in AA.Vv., *Matrimonium et ius...*, cit., pp. 195 ss., il quale pone in rilievo come anche ai chierici accusati di *delicta graviora* debba essere assicurato il pieno esercizio del diritto di difesa. Cfr. anche DAVIDE CITO, *La tutela dei diritti fondamentali del fedele nell'ordinamento canonico*, in AA.Vv., *I diritti fondamentali del fedele. A venti anni dalla promulgazione del Codice*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, pp. 188-190. Sulla rilevanza che all'interno dell'ordinamento canonico assume l'esigenza di assicurare alle parti del giudizio l'effettività del diritto di difesa ed il rispetto del principio del contraddittorio, cfr. GRZEGORZ ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale "ob ius defensionis denegatum" nella giurisprudenza rotale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1991, *passim*.

richiedono sempre il ricorso al processo penale giudiziale<sup>225</sup>, principio che trae origine dalla consapevolezza della oggettiva inidoneità della procedura amministrativa a consentire il pieno esercizio del diritto di difesa. La portata di tale deroga è amplificata da un'altra statuizione normativa, anch'essa emanata ad integrazione della legislazione relativa ai *delicta graviora*, che prevede che avverso qualunque provvedimento sanzionatorio adottato tramite decreto, e cioè in via amministrativa, dalla Congregazione per la Dottrina della Fede possa essere esperito quale mezzo di impugnazione unicamente il ricorso gerarchico alla Congregazione stessa, con esclusione di qualsiasi altro gravame<sup>226</sup>: viene sottolineata, in particolare, l'impossibilità di avvalersi del ricorso giudiziario al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica<sup>227</sup>.

La disposizione *de qua* – ricondotta da un indirizzo dottrinale ad una tendenza più vasta volta a limitare ed addirittura ad annullare il diritto di impugnare, sia in via amministrativa, sia in via giudiziale, i decreti promananti dai dicasteri della Curia romana, in quanto emanati in nome della suprema autorità della Chiesa<sup>228</sup> – appare indubbiamente assai rilevante, poiché esclude che il chierico ritenuto in via amministrativa colpevole di un qualunque *delictum gravius*, quindi anche di pedofilia, e, conseguentemente, colpito da sanzione, non esclusa la *dimissio*, possa usufruire di una facoltà – quella di ottenere che un organo giudiziario verifichi la legittimità, *in decernendo* ed *in procedendo*, dell'atto impugnato – garantita, è noto, dalla Cost. ap. sulla Curia romana *Pastor bonus* a tutti i fedeli<sup>229</sup>. Viene così ad essere vulnerato il diritto al giusto processo, dato che la funzione di accertare la verità dei fatti è demandata ad una procedura che, sia in primo grado, sia in sede di riesame, si configura come meramente amministrativa<sup>230</sup>.

---

<sup>225</sup> Cfr. il can. 1342, §2, ove si legge: «Per decreto non si possono infliggere o dichiarare pene perpetue» (relativamente al diritto orientale, cfr. il can. 1402, §2, del C.C.E.O. nel quale sono indicate le pene che non possono essere inflitte tramite decreto).

<sup>226</sup> Cfr. *Decisioni di Giovanni Paolo II...*, cit., lett. f), p. 321.

<sup>227</sup> Cfr. *ibidem*, ove si afferma la possibilità di esperire il ricorso gerarchico, specificandosi, però, che «remoto quovis ulteriore recursu de quo in art. 123 Constit. Apost. "Pastor bonus" [recursus ad Signaturam Apostolicam]».

<sup>228</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Contemperamento...*, cit., p. 383, secondo cui, escludendosi l'impugnabilità dei provvedimenti emanati dalla Curia romana, si corre il rischio di «ostruire l'intero sistema canonico di tutela contenzioso- amministrativa».

<sup>229</sup> L'art. 123, §1, della Cost.ap. *Pastor bonus* stabilisce, è risaputo, che il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica «giudica dei ricorsi, presentati entro il termine perentorio di trenta giorni utili, contro singoli atti amministrativi sia posti da Dicasteri della Curia Romana che da essi approvati, tutte le volte che si discuta se l'atto impugnato abbia violato una qualche legge, nel deliberare o nel procedere».

<sup>230</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *op. ult.cit.*, pp. 383 s., ove si rileva che «Questo endogeno e limitato

Fra l'altro, si contraddice sostanzialmente, almeno questa è la nostra opinione, un'altra disposizione contenuta nel *motu proprio* e cioè quella secondo cui le sentenze pronunciate dalla Congregazione non necessitano di approvazione pontificia<sup>231</sup>: *ratio* di siffatta statuizione è consentire che le pronunce emanate dalla Congregazione possano essere sottoposte al giudizio di appello davanti alla Congregazione stessa<sup>232</sup>, possibilità che verrebbe a mancare se le sentenze in oggetto venissero confermate dall'autorità papale, stante che «prima Sedes a nemine iudicatur»<sup>233</sup>. Risulta illogico, infatti, a nostro parere, aver previsto un doppio grado di giurisdizione, attribuendo al chierico la possibilità di appellare l'eventuale sentenza di condanna, e non consentire il riesame in sede giurisdizionale di un provvedimento sanzionatorio adottato tramite procedura amministrativa e cioè attraverso modalità che, essendo oggettivamente meno rispettose del principio del contraddittorio rispetto alla procedura giudiziaria, rendono non solo assai opportuna, ma addirittura necessaria la presenza di un organo, contraddistinto dalla terzietà ed imparzialità proprie del giudice, chiamato ad accertare la regolarità del procedimento attraverso cui la pena è stata inflitta, nonché la legittimità sostanziale della sanzione stessa.

La dottrina, nel criticare l'amministrativizzazione della procedura volta a punire i *delicta graviora*, ha sottolineato come la facoltà di esperire avverso i provvedimenti amministrativi il ricorso giudiziario sia essenziale per tutelare in modo efficace i diritti di cui il fedele è titolare<sup>234</sup>: non può dubitarsi, perciò, del fatto che le modifiche apportate alla disciplina originariamente contenuta nel *Sacramentorum sanctitatis* non siano idonee ad attuare in concreto i principi

---

sistema d'impugnazione amministrativa del provvedimento della Congregazione implica un significativo affievolimento del diritto al doppio grado di giurisdizione riguardo alla più radicale pena nei confronti di un chierico, quella della dimissione dallo stato clericale. Detta situazione di lesione del diritto all'equo processo desta non poche perplessità».

<sup>231</sup> L'art. 6, §3, delle *Normae*, cit., p. 317, recita: «Sententiae huius Supremi Tribunalis, latae intra limites propriae competentiae, Summi Pontificis approbationi non subiciuntur».

<sup>232</sup> Cfr. gli artt. 13 e 16 delle *Normae*, dai quali emerge inequivocabilmente che sia per le cause decise in primo grado dal Tribunale diocesano, sia per le cause avvocate dalla Congregazione l'unico giudice di appello è la Congregazione stessa.

<sup>233</sup> Cfr. il can. 1404, (il can.333, §3, specifica che «Contro la sentenza o il decreto del Romano Pontefice non si dà appello, né ricorso»); disposizioni identiche sono contenute nei cann. 45, §3, e 1058 del C.C.E.O.

<sup>234</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *op. ult.cit.*, p. 374, il quale rileva la necessità «che la via amministrativa sia sottoposta al controllo giudiziario, almeno della legittimità del provvedimento, da parte di un tribunale indipendente, essendo il contenzioso amministrativo “chiave di volta” del sistema della tutela dei diritti». Sul rapporto dialettico intercorrente tra l'esercizio della funzione amministrativa da parte della Gerarchia e l'esigenza di assicurare l'effettività delle situazioni giuridiche attive garantite al *christifidelis* dalla normativa codiciale, cfr. le considerazioni formulate da GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto...*, cit., *passim*.

del giusto processo; l'esigenza di punire celermente crimini senz'altro odiosi, quali gli abusi sessuali a danno dei minori, non può tradursi nell'impossibilità per l'imputato di esercitare appieno il diritto di difesa.

Anche la possibilità che la pena della dimissione venga irrogata dal Pontefice *ex officio* ha suscitato negli Autori alcune perplessità. Si è rilevato come, in linea di principio, il disposto codiciale, vietando la comminazione delle sanzioni perpetue tramite decreto<sup>235</sup>, subordini la legittimità dell'inflizione della *dimissio*, connotata appunto dalla perpetuità, alla circostanza che sia stato rispettato il diritto di difesa del chierico, diritto che trova adeguata tutela esclusivamente all'interno del processo penale giudiziario<sup>236</sup>: ciò in conformità ad uno dei principi fondamentali che hanno ispirato la redazione del *Codex* del 1983 e cioè quello secondo cui nessun fedele può subire un deterioramento del proprio *status* giuridico, attraverso la perdita di un diritto o di una facoltà, oppure tramite l'inflizione di una pena, in seguito ad un provvedimento emanato *ex officio* ed in via amministrativa dalla Gerarchia. Viene specificato come l'istituto della dimissione *ex officio*, previsto dalle disposizioni sulla riduzione allo stato laicale approvate nel 1980 dalla Congregazione per la Dottrina della Fede<sup>237</sup>, non sia stato recepito né dal Codice latino del 1983, né da quello orientale del 1991, il che, prosegue l'orientamento in parola, potrebbe, *prima facie*, indurre a ritenere illegittima l'inflizione della *dimissio* tramite procedimento amministrativo<sup>238</sup>.

La circostanza, però, che, di fatto, anche dopo l'entrata in vigore dei due codici paolini-giovannei la Congregazione per la Dottrina della Fede abbia continuato ad irrogare *ex officio* la pena della dimissione – prassi che ha trovato poi un riconoscimento normativo, sia pure limitatamente all'ipotesi in cui un chierico sia accusato di un *delictum gravius*, nelle modifiche apportate al *Sacramento-*

---

<sup>235</sup> Cfr. il can. 1342, §2, riportato *supra*, alla nota n. 225.

<sup>236</sup> Cfr. PIERO AMENTA, *La dispensa dagli obblighi della sacra ordinazione e la perdita dello stato clericale*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1999, p. 336, secondo cui il divieto di infliggere sanzioni perpetue tramite procedimento amministrativo «corrisponde ad una esigenza di certezza del diritto e di rispetto della dignità delle persone cui sempre occorre garantire il diritto a difendersi in un procedimento a loro carico».

<sup>237</sup> Cfr. *Acta Apostolicae Sedis*, 1980, pp. 1132-1137. Su siffatte norme, cfr. VINCENZO FERRARA, *Normae substantivae ac procedurales nunc vigentes in pertractandis causis de dispensatione a coelibatu sacerdotali*, in *Apollinaris*, 1989, pp. 513 ss.; ID., *L'istituto canonico della dispensa pontificia dal celibato e dagli altri obblighi dell'ordinazione*, *ivi*, 1994, pp. 519-523.

<sup>238</sup> Cfr. PIERO AMENTA, *Il rescritto di dispensa dagli obblighi dello stato clericale nell'ambito dell'attività amministrativa della Chiesa*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1999, pp. 497 s., il quale rileva che la dimissione *ex officio* potrebbe, *prima facie*, ritenersi *contra legem*. Cfr. anche RAFFAELE COPPOLA, *La non esigibilità nel diritto penale canonico*, Cacucci Editore, Bari, 1992, *passim*.

*rum sanctitatis* – ha indotto la canonistica ad escludere l'illegittimità di siffatta prassi ed a qualificare la *dimissio ex officio* come un istituto *praeter codicem*, cui ricorrere, comunque, soltanto in casi eccezionali<sup>239</sup> (il fatto che le considerazioni dottrinali in oggetto siano state formulate antecedentemente all'emanazione della disciplina concernente i *delicta graviora*, e, quindi, sulla base di una mera prassi fattuale adottata dalla Curia romana, non ne sminuisce, almeno così ci pare, la rilevanza). L'atto amministrativo singolare, rileva la tesi in esame, può, per sua natura, derogare alla normativa generale, come è espressamente previsto dalla disciplina codiciale<sup>240</sup>: *a fortiori* siffatta deroga deve ritenersi ammissibile nell'ipotesi di un decreto proveniente dall'autorità pontificia, la cui potestà legislativa trova un limite esclusivamente nel diritto divino<sup>241</sup>.

Ne consegue l'impossibilità di qualificare illecita l'infrazione della *dimissio* tramite provvedimento amministrativo, pur rimarcandosi il carattere extracodiciale di siffatta procedura e la conseguente necessità di ricorrere ad essa solo come *extrema ratio*. Non va dimenticato, infatti, che si tratta di una modalità irrituale (non pienamente rispettosa dello *ius defensionis*) attraverso cui viene irrogata una pena perpetua. Il carattere eccezionale della dimissione *ex officio* richiede che questa procedura sia utilizzata solo con riferimento a fattispecie connotate congiuntamente dalla peculiare gravità della condotta pedofila posta in essere dal ministro di culto e dalla presenza di circostanze che rendano impossibile, o quantomeno inopportuno, lo svolgimento del processo penale giudiziario<sup>242</sup> (ad es., nell'ipotesi di abusi sessuali a danno di minori commessi in zone di recente evangelizzazione dove le strutture ecclesiastiche siano ancora estremamente embrionali ed il clero numericamente inconsistente, sicché «il tribunale diocesano è un lusso che non ci si può permettere»<sup>243</sup>; o qualora circostanze come la particolare risonanza mediatica della condotta criminosa, la sottoposizione dell'accusato alla carcerazione preventiva da parte dell'autorità statale, l'intenzione del soggetto offeso dal reato di chiedere all'autorità ecclesiastica il risarcimento del danno subito, consiglino di ridurre celermente l'imputato allo stato laicale, senza rispettare forme e tempi della procedura giudiziaria<sup>244</sup>).

---

<sup>239</sup> Cfr. PIERO AMENTA, *op. ult. cit.*, pp. 496-498; ID., *La dispensa...*, cit., p. 337, nota n. 14, secondo cui «Il provvedimento “*ex officio*” rimane tuttavia nella prassi della Curia Romana, per la soluzione di casi di eccezionale gravità».

<sup>240</sup> Cfr. i cann. 36, §1, e 38 (pressoché identici i cann. 1512, §2, e 1515 del C.C.E.O.).

<sup>241</sup> Cfr. PIERO AMENTA, *Il rescritto...*, cit., p. 498.

<sup>242</sup> Cfr. *ivi*, pp. 496 s.

<sup>243</sup> Cfr. *ivi*, p. 496, nota n. 55.

<sup>244</sup> Cfr. PIERO AMENTA, *La dispensa...*, cit., *loc.ult.cit.*; ID., *Il rescritto...*, cit., p. 496 s., ove si rileva

Si è rilevato, in proposito, come il ricorso alla dimissione *ex officio* sia stato determinato, talvolta: dal comportamento tenuto dagli accusati, che, anche in presenza di prove evidenti ed inconfutabili della loro colpevolezza, non solo si sono rifiutati di riconoscere le proprie responsabilità, ma hanno fatto un uso ostruzionistico e distorto delle garanzie processuali, cercando di paralizzare l'azione della giustizia canonica e costringendo il Pontefice ad intervenire in via amministrativa<sup>245</sup>; nonché dall'atteggiamento negligente assunto in taluni casi dai vescovi diocesani, i quali, pur essendo venuti a conoscenza della *notitia criminis*, non hanno perseguito i chierici pedofili, consentendo loro di reiterare la condotta delittuosa e provocando, infine, l'intervento della S. Sede<sup>246</sup>. In tal modo, però, prosegue l'indirizzo in esame, la tutela dell'*utilitas publica* è stata realizzata pretermettendo le garanzie individuali: è opportuno, invece, che l'irrogazione delle sanzioni penali, specie di quelle particolarmente gravi, quale la *dimissio*, avvenga tramite l'equo processo<sup>247</sup> nel cui ambito trovano

---

che esistono «situazioni dolorosissime per le quali il senso pastorale suggerisce che per il bene della persona implicata e per il bene della Chiesa e dei fedeli tutti si debba adottare una procedura del tutto straordinaria»; DAVIDE CITO, *Nota* a Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 28 aprile 2007 (Sentenza definitiva), in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 621 ss. Cfr. anche PIETRO MILITE, *Utrum «pedofilia»...*, cit., p. 576, il quale pone in risalto come «Riducendo allo stato laicale il sacerdote, tra l'altro, a rispondere per quanto riguarda il risarcimento delle vittime resterebbe lui e soltanto lui».

<sup>245</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Il diritto...*, cit., p. 72.

<sup>246</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Contemperamento...*, cit., pp. 370 s., il quale evidenzia come «la negligenza sanzionatoria del vescovo diocesano possa finire per dover richiedere l'intervento perentorio della Santa Sede, in conseguenza del quale la necessaria tutela del bene comune ecclesiale può oscurare il diritto all'equo processo, doveroso e possibile, del condannato». Appare emblematico, al riguardo, il fatto che alcuni vescovi diocesani statunitensi (tra cui l'Arcivescovo di Boston, Card. B.F. Law) abbiano dovuto rassegnare le dimissioni dall'ufficio proprio per non aver affrontato con la dovuta diligenza ed energia il problema delle violenze sessuali sui minori perpetrate dai *clerici*.

Sul dovere dell'Ordinario diocesano di reprimere con sollecitudine le violenze sessuali poste in essere dai chierici a danno dei minori e sulla possibilità che, qualora ciò non avvenga, a carico dello stesso possa essere configurata la cd. *culpa in vigilando*, cfr. FRANCESCO SALERNO, *La responsabilità per l'atto giuridico illegittimo (can. 128 c.j.c.)*, in AA.VV., *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, pp. 352-360; JAN HENDRIKS, *Canone 128: riparazione del danno. Obblighi e responsabilità del Vescovo diocesano*, in *Ius Ecclesiae*, 2003, pp. 456; MARIASUNTA COZZOLINO, *Profili di responsabilità...*, cit., pp. 328 ss. Cfr. anche PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Nota Elementi per configurare l'ambito di responsabilità canonica del Vescovo diocesano nei riguardi dei presbiteri incardinati nella propria diocesi e che esercitano nella medesima il loro ministero* (12 febbraio 2004), in *Ius Ecclesiae*, 2004, pp. 825 ss., ove, pur affermandosi che in linea di principio in capo all'Ordinario non può essere ravvisata alcuna responsabilità, né civile, né penale, derivante dalla condotta criminosa posta in essere dal presbitero, si eccettua, però, l'ipotesi in cui «il Vescovo, a conoscenza di atti.... delittuosi commessi dal presbitero, non avesse adottato i rimedi pastorali adeguati (cf. can.1341)» (p. 829).

<sup>247</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *op.ult.cit.*, pp. 363 ss.; ID., *Il diritto...*, cit., pp. 72 s., secondo cui «molto si è riflettuto sulla necessità di trovare il giusto equilibrio fra la tutela dei diritti del singolo e quelli della comunità da parte dei sacri pastori, cioè sul diritto-dovere al giusto processo»; ANTONIO S.

contestuale realizzazione, attraverso un'equilibrata opera di contemperamento di situazioni giuridiche antinomiche, sia l'interesse della comunità ecclesiale, nonché della vittima del reato, a che venga ripristinato il giusto ordine sociale, violato dalla condotta criminosa, sia il diritto di difesa dell'accusato.

8. (Segue) *I provvedimenti emanati dalla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti d'America*

È indubbio che il Paese dove lo scandalo suscitato dalle accuse di pedofilia mosse a carico di membri del clero ha assunto le maggiori dimensioni sia gli Stati Uniti d'America. Le dimensioni quantitative del fenomeno e, soprattutto, la sua risonanza mediatica<sup>248</sup>, talvolta non scevra da connotazioni anticattoliche, hanno indotto le gerarchie ecclesiastiche statunitensi ad intervenire in modo deciso, sia attraverso alcune dichiarazioni pubbliche, sovente improntate ad una severa autocritica, sia tramite alcune iniziative concrete volte, da un lato ad assicurare una migliore selezione dei candidati al sacerdozio, dall'altro a consentire una più incisiva ed efficace opera di repressione dei crimini sessuali commessi dai chierici.

Degni di rilievo appaiono i comunicati emanati dagli Ordinari di alcune importanti diocesi, quali Boston, Filadelfia, Chicago, Los Angeles, nonché dal Presidente della Conferenza Episcopale Statunitense, comunicati nei quali si è sottolineata la necessità di prevenire e reprimere la pedofilia e l'efebolia. È stato posto l'accento, in particolare, sull'esigenza di rendere maggiormente rigorosi i criteri di valutazione utilizzati per accertare l'idoneità dei semina-

---

SÁNCHEZ GIL, *Il principio in dubio pro reo nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica*, in AA.VV., *Processo penale...*, cit., p. 650, ove, dopo aver puntualizzato che «la prudenza pastorale non può essere separata dalla prudenza *iuris*, la quale consiglia di seguire la via giudiziale nelle cause di natura penale», si sottolinea la necessità che l'ordinamento canonico rispetti appieno il principio della presunzione di innocenza, in base al quale «ogni uomo accusato di un delitto non può essere dichiarato colpevole, né punito, sino alla condanna definitiva, dopo che la sua colpevolezza sia stata accertata al di là di ogni ragionevole dubbio *in un giusto processo* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*] in cui abbia avuto la reale possibilità di difendersi». Sulla funzione della pena nell'ordinamento canonico, cfr. GAETANO LO CASTRO, *Responsabilità e pena. Premesse antropologiche per un discorso penalistico nel diritto della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 2004, pp. 387 ss.

<sup>248</sup> Per una efficace sintesi dell'atteggiamento assunto dai *mass media* statunitensi in ordine alle accuse di pedofilia ed efebologia sollevate nei confronti dei chierici, cfr. THOMAS J. SCORZA, *The Church and the explosion of clerical sexual abuse litigation in America*, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 741 ss.; GUIDO MOCCELLIN, *Crisi di credibilità*, in *Il regno-attualità*, 8/2002, pp. 227-230; FRANCIS J. MANISCALCO, *Dopo la crisi, dentro la crisi: il caso americano*, *ivi*, 12/2006, p. 421 s.



risti all'esercizio del ministero sacerdotale<sup>249</sup>, rilevandosi come già in alcune Chiese particolari l'*iter* formativo dei candidati al sacerdozio includesse lo svolgimento di *tests* psicologici e la sottoposizione alla psicoanalisi<sup>250</sup>; si è ribadito, inoltre, come sulla Gerarchia gravasse il dovere di collaborare, in primo luogo comunicando la *notitia criminis*, con l'autorità secolare, onde consentire a quest'ultima di perseguire i chierici che si fossero resi colpevoli di abusi sessuali a danno di minori<sup>251</sup>.

Affermazioni analoghe sono state ripetute al termine del cd. incontro interdicasteriale svoltosi nella primavera del 2002 a Roma, incontro al quale hanno partecipato i cardinali statunitensi, il Presidente, il Vicepresidente ed il Segretario esecutivo della Conferenza Episcopale degli Usa, e i Prefetti dei dicasteri della Curia romana interessati, *ratione materiae*, alla prevenzione e repressione delle fattispecie criminose in oggetto. Il *Comunicato finale* rilasciato al termine dell'incontro ha puntualizzato, altresì, come da parte delle gerarchie ecclesiastiche statunitensi fosse stata proposta l'effettuazione di una visita apostolica in tutti i seminari ed in tutte le case di formazione degli istituti di vita consacrata presenti negli USA<sup>252</sup> – visita svoltasi effettivamente tra il settembre del 2005 ed il maggio del 2006, e finalizzata principalmente ad accertare la piena rispondenza della formazione impartita nei seminari e nelle case per il noviziato al Magistero ecclesiastico, specialmente in ordine ai principi di teologia morale concernenti la sfera di esplicazione della sessualità<sup>253</sup> –, nonché l'elaborazione da parte della Conferenza episcopale di

---

<sup>249</sup> Cfr. la *Lettera* del Card. Bernard Law (Arcivescovo di Boston), in *Il regno-documenti*, 7/2002, pp. 204 s. – il Card. Law è stato poi costretto a dimettersi dall'ufficio, poiché ritenuto responsabile di non aver represso con il dovuto rigore le violenze sessuali sui minori commesse da alcuni ministri di culto sottoposti alla sua potestà di governo (cfr. *supra*, alla nota n. 246): è doveroso, comunque, sottolineare come l'autorità giudiziaria statale, al termine di un'inchiesta lunga ed approfondita, abbia escluso che nel comportamento del Card. Law fossero ravvisabili estremi di reato –; la *Dichiarazione* di Mons. Wilton D. Gregory (Presidente della Conferenza Episcopale degli USA), *ivi*, p. 206; l'*Editoriale* del Card. Francis George (Arcivescovo di Chicago), *ivi*, p. 211.

<sup>250</sup> Cfr. la *Dichiarazione pastorale* del Card. Roger Mahony (Arcivescovo di Los Angeles), in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 209; la *Dichiarazione* del Card. Anthony Bevilacqua (Arcivescovo di Filadelfia), *ivi*, p. 210.

<sup>251</sup> Cfr. la *Lettera* del Card. Bernard Law, cit., pp. 204 s.; la *Dichiarazione* del Card. Anthony Bevilacqua, cit., pp. 209 s., ove si afferma che «In realtà, abbiamo sempre preferito che fossero le autorità civili ad investigare su questi casi»; l'*Editoriale* del Card. Francis George, cit., *loc. cit.*

<sup>252</sup> Cfr. *Comunicato finale*, in *Il regno-documenti*, 9/2002, p. 268.

<sup>253</sup> Sulle modalità di svolgimento di siffatta visita apostolica e sulle regole cui gli esaminatori hanno dovuto attenersi, cfr. JAMES J. CONN, *Visite....*, cit., pp. 465 ss. Sugli esiti della visita (effettuata da *ordinati in sacris* coadiuvati da alcuni laici in veste di consulenti), cfr. *Il regno-documenti*, 5/2009, pp. 137-145, ove è riportato il *Rapporto* redatto dalla Congregazione per l'Educazione Cattolica al termine della visita stessa.

una normativa di diritto particolare contenente alcune regole-base (cui ogni diocesi avrebbe dovuto conformarsi) dirette ad assicurare una più rigorosa repressione degli abusi sessuali commessi dai ministri di culto nei confronti dei minori<sup>254</sup>, anche attraverso la previsione di procedure speciali da utilizzarsi o per irrogare la pena della dimissione a quei sacerdoti i cui crimini sessuali, reiterati nel tempo, fossero divenuti di pubblico dominio, o per sanzionare quei *clerici* la cui condotta illecita non fosse nota alla generalità dei fedeli, ma che, a giudizio dell'Ordinario competente, potessero, comunque, compromettere il benessere fisico, psichico o spirituale di soggetti minorenni<sup>255</sup>.

In effetti, nel giugno del 2002 l'Assemblea plenaria della Conferenza Episcopale Statunitense ha approvato, a larghissima maggioranza, due documenti: la *Carta per la protezione dei bambini e dei giovani* (d'ora in avanti indicata come la *Carta*); le *Norme essenziali per l'elaborazione di linee-guida diocesane/eparchiali riguardo alle denunce di violenze sessuali sui minori da parte di sacerdoti, diaconi o altri collaboratori ecclesiastici* (d'ora in avanti indicate come *Norme essenziali*).

La *Carta* contiene fundamentalmente direttive di natura pastorale in ordine non solo alla prevenzione e repressione della pedofilia ed efebofilia, ma anche al dovere di assistere moralmente e spiritualmente le vittime di tali reati<sup>256</sup>. Si stabilisce che ogni Chiesa particolare (ci sembra opportuno evidenziare come sia previsto che le disposizioni della *Carta* vadano applicate, con gli opportuni adattamenti, anche agli istituti religiosi maschili presenti negli USA<sup>257</sup>) debba assicurare ai fedeli minorenni un «ambiente sicuro»<sup>258</sup>, anche attraverso una rigida selezione dei candidati al sacerdozio – si precisa, fra l'altro, che analoghe cautele saranno adottate in occasione dell'eventuale trasferimento di un ministro di culto da una diocesi ad un'altra – ed un costante monitoraggio del comportamento di quanti, ordinati e laici, all'interno delle strutture ecclesiastiche abbiano abitualmente contatti con minori<sup>259</sup>.

---

<sup>254</sup> Cfr. *Comunicato finale*, cit., *loc.cit.*

<sup>255</sup> Siffatti procedimenti speciali vengono ipotizzati con riferimento alla «dimissione dallo stato clericale di un sacerdote che è divenuto notorio ed è colpevole di violenza sessuale ripetuta ed aggressiva nei confronti di minori», nonché in ordine a quei «casi che non sono notori, ma nei quali il vescovo diocesano considera il sacerdote un pericolo per la protezione di bambini e giovani, al fine di evitare gravi scandali in futuro e di salvaguardare il bene comune della Chiesa» (cfr. *ibidem.*).

<sup>256</sup> Il testo integrale della *Carta* può leggersi in *Il regno-documenti*, 13/2002, pp. 437-440.

<sup>257</sup> Cfr. l'art. 15 della *Carta*, cit., p. 440.

<sup>258</sup> L'art. 12 della *Carta*, cit., p. 439, afferma che «Le diocesi/eparchie stabiliranno programmi per un "ambiente sicuro"».

<sup>259</sup> Cfr. gli artt. 13 e 14 della *Carta*, cit., pp. 439 s. Va rilevato che uno studio commissionato nel 2003 dalla Conferenza Episcopale degli USA all'Istituto di diritto penale John Jay dell'Università di

Viene precisato, poi, il dovere della Gerarchia di cooperare con l'autorità civile nella repressione del crimine di pedofilia commesso da chierici: ciò sia trasmettendo agli organi giudiziari statali le *notitiae criminis* di cui sia venuta a conoscenza, sia collaborando attivamente con essi nello svolgimento dell'attività istruttoria<sup>260</sup>. Siffatto dovere non esime, comunque, l'autorità ecclesiastica dallo svolgere una rigorosa opera di repressione degli abusi sessuali perpetrati dal clero a danno dei minori.

Si prevede che qualora un chierico venga accusato del reato di pedofilia o efebofilia e la denuncia, in base alla cd. indagine previa, non risulti manifestamente infondata<sup>261</sup>, si debba immediatamente procedere alla sospensione dell'imputato dall'esercizio del sacerdozio ministeriale: nel caso in cui, tramite procedura giudiziale od extragiudiziale, venga poi accertata la colpevolezza del *clericus*, anche limitatamente ad un singolo episodio criminoso, sarà irrogata la pena della dimissione e, qualora, per ragioni inerenti all'età avanzata od alla precaria salute del colpevole, non sia possibile comminare la *dimissio*, il chierico dovrà essere comunque «indotto a una vita di preghiera e di penitenza [l'utilizzo del verbo “indurre” in luogo di altre locuzioni maggiormente cogenti è dovuto, a nostro giudizio, alla connotazione eminentemente pastorale della *Carta: n.d.a.*]» comprensiva necessariamente dell'obbligo di astenersi da qualsiasi atto idoneo a qualificarlo nei confronti dei terzi come ordinato *in sacris* (ad es., indossare l'abito talare, o celebrare pubblicamente l'Eucarestia)<sup>262</sup>.

---

New York, studio i cui risultati sono stati resi pubblici nel febbraio del 2004 con il titolo *La natura e l'ampiezza del problema della violenza sessuale sui minori compiuta da preti cattolici e diaconi negli Stati Uniti*, ha ribadito la necessità che i vescovi selezionino accuratamente i candidati al sacerdozio, ricorrendo anche a *screenings* psicologici (cfr. *Il regno-documenti*, 6/2004, pp. 168 s.).

<sup>260</sup> L'art. 4 della *Carta*, cit., p. 438, recita: «Le diocesi/eparchie riferiranno alle autorità pubbliche una denuncia di violenze sessuali su una persona minorenni. Esse coopereranno alle loro indagini in conformità con le leggi che regolano l'attività giudiziaria».

<sup>261</sup> È noto che in presenza di una *notitia criminis* l'Ordinario deve, prima di procedere *ad ulteriora*, verificare se essa sia, o meno, fondata (cfr. i cann. 1717-1719 del *C.I.C.*, nonché i cann. 1468-1470 del *C.C.E.O.*). Sulle modalità di svolgimento dell'indagine previa, cfr. JOSEMARÍA SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, in *Ius Ecclesiae*, 1992, pp. 511 ss.; CARMELA VENTRELLA MANCINI, *L'indagine previa nel processo penale del codice di diritto canonico della Chiesa latina e delle Chiese orientali*, in AA.Vv., *Incontro fra canonici d'Oriente e d'Occidente* (Atti del Congresso Internazionale “Incontro fra canonici d'Oriente e d'Occidente”, Bari, 23-29 settembre 1991 – a cura di RAFFAELE COPPOLA), vol. 2, Cacucci Editore, Bari, 1994, pp. 543 ss.; PÉTER ERDŐ, *Il processo canonico penale amministrativo. Mezzi possibili dell'efficacia del sistema penale canonico (questioni fondamentali e preliminari)*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, pp. 787 ss. Circa le caratteristiche peculiari dell'indagine previa nel caso in cui la *notitia criminis* concerna un crimine sessuale commesso da un chierico, cfr. CRISTIANA ARRŪ, *Le procedure canoniche da seguire in caso di accuse odiose nei confronti di ministri sacri*, in *Apollinaris*, 2002, pp. 813-818.

<sup>262</sup> Sul regime sanzionatorio della pedofilia ed efebofilia, cfr. l'art. 5 della *Carta*, cit., p. 439.

Relativamente alle misure da adottare nei confronti delle vittime della pedofilia, la *Carta* stabilisce che ogni diocesi è obbligata a contattare quanti hanno subito abusi sessuali da parte dei *clerici*, offrendo loro assistenza spirituale, sostegno psicologico ed eventualmente anche altre forme di supporto: si precisa che l'Ordinario od un suo delegato dovranno offrirsi di incontrare i soggetti abusati, onde far sì che gli stessi avvertano concretamente la solidarietà della comunità ecclesiale<sup>263</sup>. Affinché siffatta cura pastorale venga svolta con la massima efficacia ed attenzione viene disposta la creazione in ogni diocesi di un apposito organo, il Coordinatore dell'assistenza<sup>264</sup>.

Altri organi di nuova istituzione sono previsti a livello nazionale, quali: la Commissione sulle violenze sessuali (in verità, tale organo esisteva già, ma la *Carta* ne ha radicalmente modificato la composizione), costituita da rappresentanti di tutte le regioni episcopali degli USA; l'Ufficio per la protezione del bambino e del giovane, incaricato di vigilare sulla corretta applicazione della *Carta* da parte delle varie Chiese particolari; il Consiglio nazionale del riesame – nominato dal Presidente della Conferenza Episcopale Statunitense, il quale ha l'obbligo di chiamare a farne parte anche alcuni genitori –, le cui funzioni principali consistono nel cooperare con l'Ufficio per la protezione del bambino e del giovane ed anche nel controllarne l'operato<sup>265</sup>. È evidente la preoccupazione dei vescovi nordamericani di far sì che le disposizioni contenute nella *Carta*, disposizioni, lo ribadiamo, prevalentemente di carattere pastorale, trovino effettiva applicazione e fungano da parametri di riferimento per le varie Chiese locali<sup>266</sup>.

Una preoccupazione analoga ha accompagnato anche l'elaborazione delle *Norme essenziali* volte a fornire alle diocesi statunitensi delle linee-guida utilizzabili concretamente per la repressione della pedofilia (va rilevato, co-

---

<sup>263</sup> Cfr. l'art. 1 della *Carta*, cit., p. 438.

<sup>264</sup> Cfr. l'art. 2 della *Carta*, cit., *loc.ult.cit.*

<sup>265</sup> Su siffatti organi e sulle loro competenze, cfr. gli artt. 8, 9 e 10 della *Carta*, cit., p. 439. Cfr. anche G. Mc., *Riprendere credibilità*, in *Il regno-attualità*, 14/2002, p. 484, ove si osserva che «Questi organismi rendono assai improbabile che la *Carta* approvata oggi rimanga in qualche diocesi lettera morta».

<sup>266</sup> Il *Primo Rapporto annuale sull'applicazione della Carta per la protezione dei bambini e dei giovani* – redatto nel 2003, su incarico della Conferenza Episcopale Statunitense, da un gruppo di ricerca indipendente, il Gavin Group Inc. – ha evidenziato come circa il 90% delle diocesi nordamericane avesse attuato integralmente la *Carta*; il restante 10% lo aveva fatto parzialmente. Sul punto, cfr. *Primo Rapporto annuale sull'applicazione della Carta per la protezione dei bambini e dei giovani*, in *Il regno-documenti*, 3/2004, pp. 112 e 117; il documento sottolinea, altresì, l'importanza di un maggiore coinvolgimento delle parrocchie nell'opera di prevenzione e repressione degli abusi sessuali sui minori commessi da membri del clero (*ivi*, pp. 113, 116 e 124). Sulla necessità che la Chiesa statunitense perseveri nella costante e continua applicazione della *Carta*, cfr. le considerazioni formulate da FRANCIS J. MANISCALCO, *op. cit.*, pp. 424-426.

munque, che già nella prima metà degli anni '90 la Conferenza Episcopale Statunitense aveva elaborato proprie disposizioni, approvate dalla S. Sede, concernenti le violenze sessuali perpetrate da presbiteri e diaconi a danno di individui minorenni<sup>267</sup>). L'obiettivo delle *Norme essenziali*, dotate, a differenza della *Carta*, di connotazioni preminentemente giuridiche, in quanto disposizioni complementari al Codice di Diritto Canonico, appare triplice: rimediare allo scandalo suscitato all'interno della comunità ecclesiale dalle accuse di abusi sessuali mosse a carico di alcuni *clerici* e dall'atteggiamento, talvolta non adeguatamente sollecito nel punire siffatti crimini, assunto dalla Gerarchia; adeguare le disposizioni canoniche alla legislazione statale; far sì che la cd. opinione pubblica torni a nutrire fiducia nella Chiesa cattolica, in particolare in quella statunitense<sup>268</sup>.

La volontà dei vescovi americani di perseguire queste finalità si è inizialmente tradotta, però, in prescrizioni non rispondenti pienamente ai principi generali dell'ordinamento canonico. Lo dimostra la circostanza che la S. Sede – chiamata, ai sensi della vigente normativa codiciale<sup>269</sup>, ad approvare le disposizioni elaborate dalla Conferenza Episcopale Statunitense – abbia, in un primo momento, rifiutato la *recognitio*, *recognitio* concessa successivamente, ma solo dopo che le *Norme essenziali* erano state ampiamente modificate.

La decisione iniziale della S. Sede di non concedere la *recognitio* è stata determinata: dalla imprecisione terminologica del lessico legislativo (si rilevava soprattutto la mancanza di una nozione certa ed univoca di «violenza sessuale»); dal timore che alcuni organi di nuova istituzione, in primo luogo i cd. Consigli di riesame diocesani (su tali organi torneremo *infra*), potessero sminuire l'autorità dell'Ordinario; dalla preoccupazione che ai chierici accusati di pedofilia ed efebofilia non venisse consentito un adeguato esercizio del diritto di difesa<sup>270</sup>. Per superare siffatte obiezioni le *Norme essenziali*

---

<sup>267</sup> Il testo di siffatte disposizioni può leggersi in *Ius Ecclesiae*, 1996, pp. 390 ss. In dottrina, cfr. JOHN A. ALESSANDRO, *Canonical delicts involving sexual misconduct and dismissal from the clerical state. A background paper*, in *Ius Ecclesiae*, 1996, pp. 173 ss.; JOSÉ BERNAL, *Las Essential Norms de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos sobre abusos sexuales cometidos por clérigos. Intento de solución de una crisis*, in *Ius canonicum*, 2007, pp. 690-697.

<sup>268</sup> Sul disorientamento suscitato all'interno della comunità ecclesiale statunitense dai crimini di pedofilia ed efebofilia commessi dai chierici, cfr. il *Rapporto sulla crisi della Chiesa cattolica negli Stati Uniti*, documento redatto nel 2003 dal Consiglio nazionale del riesame (il *Rapporto* può leggersi in *Il regno-documenti*, 7/2004, pp. 224 ss.).

<sup>269</sup> Il can. 455, §2, stabilisce, è risaputo, che i decreti emanati dalla Conferenza Episcopale «non ottengono forza obbligatoria se non vengono legittimamente promulgati, dopo essere stati autorizzati dalla Sede Apostolica» (la norma non ha specifica rispondenza nel C.C.E.O.).

<sup>270</sup> Su siffatte motivazioni, cfr. *Presentazione*, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 21, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2005, pp. XI s.; CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, Lettera *With your letter* (14 ottobre 2002),

sono state sottoposte a revisione da parte di un'apposita Commissione<sup>271</sup> e nuovamente approvate, con le modifiche apportate dalla Commissione stessa, dall'Assemblea plenaria della Conferenza Episcopale (13 novembre 2002)<sup>272</sup>; nel concedere la *recognitio* la S. Sede ha sottolineato come le disposizioni in oggetto tutelino i diritti fondamentali della persona umana, in specie il diritto del minore al benessere fisio-psichico ed il diritto dell'accusato ad essere considerato innocente finché non venga provato il contrario attraverso un equo processo rispettoso del principio del contraddittorio<sup>273</sup>.

L'analisi comparativa delle due versioni delle *Norme essenziali*<sup>274</sup>, composte nella stesura definitiva da un *Preambolo* e da tredici articoli, rende evidente come si sia posta grande attenzione nel cercare di eliminare gli inconvenienti individuati dalla S. Sede<sup>275</sup>. Larga parte del *Preambolo* è dedicata, invero, al concetto di violenza sessuale, in ordine al quale viene puntualizzato che, stante la diversità di definizioni esistenti nell'ambito del diritto secolare, si è preferito prescindere completamente da esso ed individuare le fattispecie da sanzionare attraverso il riferimento al diritto divino, in particolare al sesto Comandamento del Decalogo<sup>276</sup>. Deve ritenersi illecita, perciò, continua il

---

*ivi*, pp. 840-845. Cfr. anche G. Mc., *La revisione e il riconoscimento*, in *Il regno-attualità*, 20/2002, p. 662.

<sup>271</sup> La Commissione era composta da otto membri e cioè da quattro vescovi, designati dalla Conferenza Episcopale degli USA, e da quattro esponenti della Curia romana, uno per ciascuno dei dicasteri vaticani competenti *ratione materiae* (la Congregazione per la Dottrina della Fede, la Congregazione per i Vescovi, la Congregazione per il Clero ed il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi).

<sup>272</sup> Nel 2006 la Conferenza Episcopale degli Stati Uniti ha elaborato una nuova versione delle *Norme essenziali*, che ha ricevuto anch'essa la *recognitio* (il nuovo testo delle *Norme essenziali* può leggersi in *Ius canonicum*, 2007, pp. 677 ss.); poiché le differenze rispetto alla stesura precedente appaiono, almeno a nostro giudizio, marginali, nel presente lavoro faremo riferimento al testo del 2002.

<sup>273</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, Lettera *With your letter* (8 dicembre 2002), in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 21, cit., pp. 1077-1083, ove, nell'approvare le *Norme essenziali*, si precisa che le stesse «aiuteranno a restaurare, dove necessario, la fiducia dei fedeli nei propri pastori, assicurando nello stesso tempo la difesa dell'innocente e la giusta punizione per il colpevole».

<sup>274</sup> Le due stesure delle *Norme essenziali* vengono poste a raffronto in *Il regno-documenti*, 21/2002, pp. 702-706. In queste note indicheremo la stesura definitiva con la locuzione *Norme essenziali riviste*.

<sup>275</sup> Sul punto, cfr. ANTONIO S. SÁNCHEZ GIL, *op. cit.*, pp. 645-650.

<sup>276</sup> Cfr. il *Preambolo* delle *Norme essenziali riviste*, in *Il regno-documenti*, 21/2002, pp. 702 s., ove si afferma che «le trasgressioni in questione stanno in relazione con gli obblighi derivanti dalle leggi divine riguardo la reciproca azione sessuale umana, così come ci sono state trasmesse dal sesto comandamento del Decalogo». Critico nei confronti di siffatta formulazione appare KENNETH E. BOCCAFOLA, *Le norme penali degli USA e la loro applicazione*, in AA.VV., *Processo penale...*, cit., pp. 314-317, il quale rileva che la fattispecie criminosa individuata dalle *Norme essenziali riviste* appare imprecisa ed indeterminata, giacché «non esiste una univoca determinazione del significato di peccato contro il sesto comandamento. Così l'esistenza del delitto può dipendere da una circonlocuzione piuttosto vaga e da una storia non sempre univoca» (p. 317).

*Preambolo*, qualunque violazione esterna e grave di tale precetto posta in essere da un soggetto adulto nei confronti di un minorenne al fine di raggiungere il piacere sessuale: viene specificato, fra l'altro, che, affinché si possa considerare verificata una violenza sessuale, non solo non è necessario che sia intercorso un rapporto completo, ma non si richiede nemmeno che tra abusante ed abusato vi sia stato un contatto fisico (le *Norme essenziali* hanno accolto, quindi, l'amplissima nozione di violenza sessuale delineata dal *Sacramentorum sanctitatis* – cfr. *supra*, al par. 7); né è essenziale che l'abusante abbia fatto ricorso alla forza<sup>277</sup>.

Dopo aver preliminarmente fornito siffatte indicazioni circa il concetto di violenza sessuale, le *Norme essenziali* dettano una serie di prescrizioni cui le singole Chiese particolari sono tenute a conformarsi. Viene stabilito, innanzitutto, che ogni diocesi dovrà dotarsi, nel rispetto della normativa canonica generale e del diritto particolare, di linee-guida, redatte in forma scritta, relative ai crimini di pedofilia ed efebofilia commessi dai *clerici* o da altri soggetti che, pur non essendo ordinati, siano comunque titolari di un qualunque incarico all'interno delle strutture ecclesiali (i cd. collaboratori ecclesiastici): tali linee-guida, così come le loro eventuali modifiche, dovranno essere approvate dalla Conferenza Episcopale<sup>278</sup>.

In ogni caso, proseguono le *Norme essenziali*, qualunque sia il disposto delle linee-guida, in ciascuna diocesi verrà costituito il Consiglio di riesame, con il compito di coadiuvare il vescovo nella prevenzione e repressione degli abusi sessuali sui minori. Si precisa, e ciò costituisce una notevole difformità rispetto alla stesura originaria delle *Norme essenziali*, che il Consiglio – composto da almeno cinque membri, in maggioranza laici, di specchiata moralità ed in piena comunione con la Chiesa cattolica<sup>279</sup> – sarà titolare di mere funzioni consultive<sup>280</sup>: viene così ribadito, in conformità ai *desiderata*

---

<sup>277</sup> Cfr. il *Preambolo*..., cit., p. 703, secondo cui «Una colpa canonica contro il sesto comandamento del Decalogo non dev'essere necessariamente un rapporto sessuale completo.....Né....deve necessariamente aver comportato forza, contatto fisico o una conseguenza dannosa riconoscibile». Sul punto, cfr. JOSÉ BERNAL, *op. cit.*, pp. 708-712, il quale, pur rilevando come il testo del 2006 abbia cercato di individuare in maniera più precisa la fattispecie criminosa oggetto di sanzione, puntualizza che il concetto di abuso sessuale resta, comunque, alquanto indeterminato.

<sup>278</sup> Cfr. l'art. 2 delle *Norme essenziali riviste*, cit., p. 703.

<sup>279</sup> L'art. 5 delle *Norme essenziali riviste*, cit., p. 704, prevede, inoltre, che almeno uno dei membri debba essere un ordinato ed auspica che alle riunioni del Consiglio partecipi il Promotore di Giustizia.

<sup>280</sup> L'art. 4 delle *Norme essenziali riviste*, cit., *loc. ult. cit.*, stabilisce che il Consiglio «funzionerà come un soggetto consultivo confidenziale per il vescovo/eparca nel compimento delle sue responsabilità». Sulla divergenza esistente, al riguardo, tra le due stesure delle *Norme essenziali*, cfr. G.Mc., *op. ult. cit.*, *loc. cit.*; JOSÉ BERNAL, *op. cit.*, pp. 713-715.

della S. Sede, il ruolo centrale del vescovo diocesano detentore della potestà ordinaria propria ed immediata necessaria all'esercizio dell'ufficio di *pastor proprius* della comunità dei fedeli.

Gran parte delle disposizioni in esame è dedicata alla repressione dei crimini sessuali commessi dai *clerici* a danno dei minori, repressione che richiede un'autentica collaborazione tra autorità ecclesiastica ed autorità secolare. Si prevede, al riguardo, il dovere della Gerarchia di comunicare agli organi statuali qualunque *notitia criminis* concernente abusi sessuali su minori: ciò ogniqualvolta siffatta comunicazione costituisca adempimento di un obbligo imposto dalla legislazione civile<sup>281</sup>.

Anche sotto tale aspetto si constata una rilevante diversità rispetto alla prima stesura delle *Norme essenziali*. In origine si era stabilito, infatti, che qualunque denuncia dovesse essere trasmessa all'autorità statale, indipendentemente dal fatto che ciò fosse imposto dalla normativa secolare<sup>282</sup>. Evidentemente, tra le perplessità che hanno indotto la S. Sede a rifiutare la *recognitio* v'era anche il timore che un obbligo configurato in termini così generali potesse compromettere le esigenze di segretezza e/o riservatezza che contraddistinguono in alcuni settori l'ordinamento canonico<sup>283</sup>, sicché si è preferito, in sede di revisione delle *Norme essenziali*, restringere il dovere di cooperazione alle sole fattispecie in cui la mancata comunicazione della *notitia criminis* comporterebbe la violazione di una norma statale – in tal modo si è comunque raggiunto uno degli obiettivi principali delle *Norme* e cioè l'adeguamento della legislazione canonica a quella civile (cfr. *supra*) –, rimettendo in tutte le altre ipotesi all'autonomia discrezionale dell'Ordinario la decisione se contattare, o meno, le autorità secolari<sup>284</sup>.

Relativamente, poi, all'esigenza di assicurare all'accusato l'esercizio del diritto di difesa, le *Norme essenziali* ribadiscono l'obbligo del vescovo di condurre, in presenza di una denuncia, la cd. indagine previa, precisando che qualora dalla predetta indagine emerga il *fumus boni iuris*<sup>285</sup>, dovrà

---

<sup>281</sup> L'art. 11 delle *Norme essenziali riviste*, cit., p. 705, afferma che «La diocesi/eparchia aderirà a tutte le leggi civili in vigore, rispetto al riferire le denunce di violenza sessuale su minori alle autorità civili».

<sup>282</sup> Antecedentemente alla revisione le *Norme essenziali* stabilivano, all'art.10, che «La diocesi/eparchia riferirà alle autorità pubbliche ogni denuncia (a meno che non sia tutelata dal segreto canonico) di violenza sessuale su una persona che è attualmente minorenn» (cfr. *Il regno-documenti*, 21/2002, p. 705).

<sup>283</sup> Probabilmente il riferimento alla tutela del segreto canonico contenuto nell'art.10 (cfr. *supra*, alla nota precedente) non è stato ritenuto idoneo ad evitare, nel futuro, possibili inconvenienti.

<sup>284</sup> Sul punto, cfr. le osservazioni di G.Mc., *op.ult.cit.*, *loc.cit.*

<sup>285</sup> Va rilevato che il testo del 2006 rimarca, all'art. 6, come nello svolgimento dell'indagine previa debba essere pienamente applicato il principio della presunzione di innocenza dell'accusato.



procedersi ad un duplice adempimento: informare la Congregazione per la Dottrina della Fede; adottare a carico dell'accusato le misure cautelative previste dalla legislazione codiciale (ad es., l'allontanamento dal ministero sacerdotale o dall'ufficio ricoperto, oppure l'imposizione di dimorare in un determinato luogo, etc.)<sup>286</sup>.

Non è stato mantenuto, quindi, il principio, contenuto nella prima redazione delle *Norme essenziali*, secondo cui la semplice presentazione di una denuncia – l'unico requisito richiesto era che fosse «attendibile» – avrebbe comportato l'immediata sospensione dell'accusato da qualsiasi ministero od incarico, senza che fosse necessario alcun accertamento preliminare<sup>287</sup>. Siffatta statuizione configurava una procedura straordinaria non rispettosa della presunzione di innocenza (presunzione non a caso richiamata dalla Congregazione per i Vescovi nella lettera con cui è stata concessa la *recognitio*)<sup>288</sup>, sicché appare condivisibile, almeno a nostro giudizio, la decisione di eliminarla e di prevedere l'applicazione della normativa generale concernente l'indagine previa e l'eventuale adozione di misure cautelari.

L'eliminazione della disposizione inerente alla sospensione automatica del presbitero o diacono accusato di pedofilia non ha sminuito, comunque, il rigore complessivo del sistema sanzionatorio previsto dalla disciplina *de qua*. Le *Norme essenziali*, dopo aver richiamato il *motu proprio Sacramentorum sanctitatis* relativamente al concorso di competenza tra la Congregazione per la Dottrina della Fede e l'Ordinario locale, nonché alla possibilità che quest'ultimo chieda alla Congregazione l'autorizzazione a perseguire il *clericus* nonostante la decorrenza del termine di prescrizione<sup>289</sup> (cfr. *supra*, al par. 7), stabiliscono che qualora venga accertato che un ordinato *in sacris* si è reso colpevole anche di un singolo abuso sessuale a danno di un minore, la sanzione irrogata dovrà obbligatoriamente implicare la rimozione permanente dal ministero sacerdotale e potrà consistere finanche nella dimissione dallo stato clericale<sup>290</sup>. Nel caso in cui l'età avanzata del *clericus* o la sua salute

---

<sup>286</sup> Cfr. l'art. 6 delle *Norme essenziali riviste*, cit., p. 704.

<sup>287</sup> Cfr. l'art. 7 della redazione originaria delle *Norme essenziali* (*Il regno-documenti*, 21/2002, p. 704).

<sup>288</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, Lettera *With your letter* (8 dicembre 2002), cit., p. 1081.

<sup>289</sup> Cfr. l'art. 8, A, delle *Norme essenziali riviste*, cit., p. 705. Appare critico nei confronti di siffatta disposizione DAMIÁN G. ASTIGUETA, *La persona e i suoi diritti nelle norme sugli abusi sessuali*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 2004, pp. 677-682. Va rilevato che dalla lettura del testo del 2002 non risulta ben chiaro se l'Ordinario abbia l'obbligo di chiedere alla Congregazione l'emanazione del provvedimento autorizzatorio, o se si tratti di una semplice facoltà; la versione del 2006 ha specificato, almeno così ci pare, che si tratta di una possibilità e non di un dovere.

<sup>290</sup> Cfr. l'art. 8 delle *Norme essenziali riviste*, cit., *loc.ult.cit.* Lo studio su *La natura e l'ampiezza del*

precaria non consentano di comminare la *dimissio*, gli sarà comunque fatto obbligo di condurre «una vita di preghiera e di penitenza»<sup>291</sup> [ci sembra significativo evidenziare come, a differenza della *Carta*, che, dato il suo carattere pastorale, utilizza il verbo “indurre” – cfr. *supra* –, qui la sottoposizione del reo alla sanzione sia configurata come un vero e proprio obbligo dotato di cogenza: *n.d.a.*<sup>292</sup>].».

La disciplina elaborata dalla Conferenza Episcopale Statunitense contempla, infine, la possibilità che il vescovo diocesano agisca in via amministrativa nei confronti del chierico responsabile di crimini sessuali a danno di minori (anche qui è evidente che come modello normativo di riferimento è stato assunto il *Sacramentorum sanctitatis*). Attraverso un provvedimento amministrativo l'Ordinario può rimuovere il colpevole da un ufficio ecclesiastico, oppure limitare l'esercizio delle facoltà di cui il chierico è titolare in virtù dell'*ordo sacer*<sup>293</sup>; si prevede, inoltre, che in ipotesi eccezionalmente gravi possa essere chiesto al Pontefice di irrogare *ex officio* la pena della dimissione<sup>294</sup>.

---

*problema della violenza sessuale sui minori compiuta da preti cattolici e diaconi negli Stati Uniti* (cfr. *supra*, alla nota n. 259) auspica che qualora un vescovo diocesano non ponga la dovuta energia nell'irrogare le sanzioni previste dalle *Norme essenziali riviste*, gli altri vescovi intervengano attraverso la «correzione fraterna» (cfr. *Il regno-documenti*, 6/2004, p. 170); considerazioni analoghe sono contenute nel citato *Rapporto sulla crisi della Chiesa cattolica negli Stati Uniti* (cfr. *supra*, alla nota n. 268), ove si lamenta che «di fronte al problema della violenza sessuale su minori da parte di membri del clero, la correzione fraterna – un processo privato nel quale i vescovi possono criticarsi a vicenda – è sempre stata l'eccezione, non la regola» (cfr. *Il regno-documenti*, 7/2004, p. 255). In dottrina, cfr. KENNETH E. BOCCAFOLA, *op. cit.*, pp. 313 s., il quale dissente dal contenuto della norma, osservando come l'aver previsto un'unica tipologia di sanzione, che, conseguentemente, verrà comminata indipendentemente dalla gravità della condotta criminosa posta in essere dal chierico, «sembra contrastare il principio della proporzionalità tra pena e delitto»; l'Autore sottolinea, inoltre, come non sia ben chiara la differenza tra la rimozione permanente dal ministero sacerdotale e la dimissione dallo stato clericale (*op. cit.*, pp. 320-322).

<sup>291</sup> Cfr. l'art. 8, B, delle *Norme essenziali riviste*, cit., *loc.ult.cit.*

<sup>292</sup> L'art. 8, B, delle *Norme essenziali riviste*, cit., *loc.ult.cit.*, stabilisce che «il colpevole dovrà [il corsivo è nostro: *n.d.a.*] condurre una vita di preghiera e di penitenza».

<sup>293</sup> Cfr. l'art. 9 delle *Norme essenziali riviste*, cit., *loc.ult.cit.* Il testo del 2006 precisa che siffatti provvedimenti amministrativi devono essere conformi, comunque, alle prescrizioni del diritto universale. Nonostante questa precisazione, appare critico nei confronti della disposizione *de qua* JOSÉ BERNAL, *op. cit.*, p. 718, il quale ritiene che «la potestad de gobierno descrita en el n. 9 es excesiva. Puede dar lugar a medidas muy duras sin que llegue a probarse el delito y con un grado de discrecionalidad mucho más amplio que el propio del ámbito penal».

<sup>294</sup> Così stabilisce l'art. 10 delle *Norme essenziali riviste*, cit., *loc.ult.cit.* Il Consiglio nazionale del riesame – su siffatto organo, cfr. *supra* – ha sottolineato come il principio della cd. «tolleranza zero» sia «essenziale per il ristabilimento della fiducia dei laici nella gerarchia della Chiesa» (cfr. il *Rapporto sulla crisi della Chiesa cattolica negli Stati Uniti*, cit., p. 237). Cfr. anche JOSÉ BERNAL, *op. cit.*, pp. 720 e 722 s., il quale sottolinea che «Sólo en los casos gravísimos y muy claros estará justificado recurrir a esta medida» (p.720).

Ci siamo già soffermati (cfr. *supra*, al par. 7) sulle perplessità suscitate in alcuni Autori dalla cd. amministrativizzazione del procedimento di comminazione della *dimissio*. Qui ci limiteremo, perciò, a rilevare come, nonostante i temperamenti introdotti in sede di revisione, le *Norme essenziali* restino improntate ad estremo rigore, tanto da indurre parte della dottrina a ritenere che, sotto il profilo procedurale, esse non rispettino appieno il principio del contraddittorio. Secondo l'orientamento in esame, il cd. giusto processo è contrassegnato dall'equilibrato contemperamento tra la tutela dell'*utilitas publica* ed il rispetto dei diritti dell'imputato: le disposizioni approvate dalla Conferenza Episcopale degli USA privilegierebbero, invece, in qualche misura, l'accusa rispetto alla difesa<sup>295</sup>, configurando un procedimento non pienamente rispondente ai principi del diritto naturale relativi alla tutela dell'imputato, principi il cui rispetto costituisce *condicio sine qua non* perché la sanzione penale possa ritenersi sostanzialmente, oltre che formalmente, giusta.

#### 9. (Segue) *Analisi di alcune significative misure adottate da altre Conferenze Episcopali*

Anche in altri Paesi, pur essi interessati (fortunatamente in misura minore rispetto agli USA) dal fenomeno degli abusi sessuali posti in essere dai ministri di culto, le rispettive Conferenze Episcopali sono intervenute, formulando alcune direttive generali volte a prevenire ed a sanzionare i crimini di ordine sessuale commessi dagli *ordinati in sacris*<sup>296</sup>. Un'analisi comparativa di siffatte direttive consente di individuare, al di là delle peculiarità derivanti dalle esigenze particolari proprie di ciascuna Nazione, alcuni criteri comuni. Qui prenderemo in considerazione quanto stabilito da alcune Conferenze Episcopali europee (non ci soffermeremo, comunque, sull'Italia, poiché il numero estremamente esiguo di chierici accusati di pedofilia od efebofilia<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Contemperamento...*, cit., p. 374, secondo cui «Invece, il principio opposto, il *favor accusatoris* (non del tutto assente dalle *Essential Norms*, 8 dicembre 2002, della Conferenza Episcopale degli Stati Uniti: cfr. nn. 8-10, 11), è sostanzialmente ingiusto». Sul processo storico attraverso cui si è affermata all'interno dell'ordinamento canonico la presunzione di innocenza dell'imputato, cfr. KENNETH PENNINGTON, *Innocente fino a prova contraria: le origini di una massima giuridica*, in AA.VV., *Processo penale...*, cit., pp. 33 ss.

<sup>296</sup> Cfr. gli orientamenti espressi dalle Conferenze Episcopali Inglese (*Il regno-documenti*, 7/2002, pp. 212-231), Francese (*ivi*, 13/2002, pp. 443-456), Tedesca (*ivi*, 21/2002, pp. 699-701) e Svizzera (*ivi*, 22/2002, p. 746). Su siffatti orientamenti e sulle disposizioni adottate da altre Conferenze Episcopali, cfr. DAMIAN G. ASTIGUETA, *op.cit.*, pp. 623 ss.

<sup>297</sup> Notevole risonanza, anche mediatica, ha avuto la vicenda concernente un presbitero toscano,

ha fatto sì che, almeno per quanto ci risulta, la CEI non abbia emanato alcuna normativa specifica sulla repressione degli abusi sessuali commessi dal clero – sulle disposizioni volte a prevenire le violenze sessuali attraverso una più rigorosa selezione dei seminaristi ci siamo già soffermati *supra*, al par. 6), onde evidenziare similitudini e difformità.

Largamente condivisa appare, innanzitutto, l'idea che occorra rendere più rigidi i criteri di selezione dei candidati all'*ordo sacer*, anche attraverso il ricorso a *tests* psicologici – previsti, comunque, come facoltativi, in quanto la loro effettuazione è subordinata al fatto che il seminarista abbia liberamente accettato di sottoporsi ad essi – ed alla frequenza, obbligatoria, di corsi di psicologia. L'*iter* formativo deve approfondire, in particolare, le tematiche connesse alla dimensione sessuale dell'esistenza, fornendo, tra l'altro, al seminarista gli elementi necessari all'individuazione, nell'ambito della propria struttura di personalità, di eventuali parafilie<sup>298</sup>. A ciò fa da contraltare il dovere di quanti sono preposti alla formazione dei futuri *clerici* di vigilare sul retto equilibrio psicologico dei seminaristi: ciò con particolare riferimento alla presenza di inclinazioni pedofile.

In Gran Bretagna si è auspicata, invero, l'istituzione in ogni seminario di un Coordinatore per la protezione dei minori, le cui valutazioni dovrebbero essere tenute in grande considerazione dal vescovo diocesano qualora sussistano perplessità sull'opportunità di conferire ad un dato individuo l'ordine sacro e tali obiezioni si fondino sull'eventualità che l'individuo *de quo* in futuro possa compiere atti nocivi al benessere fisio-psichico dei minorenni<sup>299</sup>

---

Sac. Lelio C., dimesso dallo stato clericale in quanto ritenuto dall'autorità ecclesiastica colpevole di abusi sessuali su alcune ragazze minorenni, nonché di altri gravi crimini canonici, quali il «falso misticismo» ed il «controllo e dominio delle coscienze»; su questa vicenda, cfr. *Il regno-documenti*, 11/2007, pp. 364 s., 17/2007, pp. 536 s. e 21/2008, p. 666.

<sup>298</sup> Cfr. soprattutto le *Linee-guida sulla procedura a proposito delle violenze sessuali sui minori da parte di sacerdoti* approvate dalla Conferenza Episcopale Tedesca – d'ora in avanti indicate come *Linee-guida* –, in particolare l'art. 14 (*Il regno-documenti*, 21/2002, pp. 699 ss.); indicazioni analoghe sono state formulate dalla Conferenza Episcopale Svizzera (*Il regno-documenti*, 3/2003, pp. 102 s.).

<sup>299</sup> Cfr., in merito, le *Raccomandazioni* 9 e 35 allegate al *Rapporto finale sulla revisione delle Linee-guida pastorali e procedurali della Chiesa in Inghilterra e Galles in caso di violenza contro minori* – d'ora in avanti indicato come *Rapporto Nolan* –, *Rapporto* redatto da una Commissione indipendente (composta da laici e da ecclesiastici), presieduta da Lord Nolan, su incarico del Presidente della Conferenza Episcopale d'Inghilterra e Galles (il testo completo del *Rapporto Nolan* e delle *Raccomandazioni* può leggersi in *Il regno-documenti*, 7/2002, pp. 212-231). La Commissione aveva esclusivamente funzioni consultive e propositive, essendo priva di poteri deliberativi; cionondimeno i vescovi britannici hanno attribuito al *Rapporto Nolan* grande rilevanza. Va rilevato, altresì, che la Commissione ha preso in considerazione tutte le violenze contro i minori e non solo quelle di ordine sessuale, anche se risulta evidente che la decisione del Presidente della Conferenza Episcopale di far redigere il *Rapporto* è stata dettata dalla preoccupazione suscitata da alcuni casi di pedofilia ed efebofilia verificatisi nel Regno Unito.

(fra l'altro, al fine di evitare che circostanze quali il trasferimento da una diocesi ad un'altra, e quindi il passaggio da un seminario ad un altro, possano vanificare il sistema di controlli concernente la selezione dei candidati agli ordini sacri, si è sottolineata l'opportunità della realizzazione di una banca-dati di dimensione nazionale nella quale dovrebbero essere raccolti tutti gli elementi di valutazione relativi a quanti aspirano a ricevere il sacramento dell'ordine in un qualunque grado, incluso il diaconato permanente<sup>300</sup>); in Germania si è stabilito che nel caso in cui vi sia fondato motivo di ritenere che un seminarista presenti tendenze pedofile, sia necessario procedere ad un accertamento diagnostico, onde chiarire se siffatte tendenze siano realmente sussistenti<sup>301</sup>.

Grande rilevanza viene attribuita, poi, alla creazione di organi preposti istituzionalmente alla prevenzione e repressione delle violenze sessuali sui minori. La Conferenza Episcopale Tedesca ha previsto che ciascun vescovo diocesano debba designare un fedele – dato il silenzio della disposizione, potrebbe trattarsi indifferentemente, a nostro giudizio, di un laico o di un chierico – competente a ricevere le *notitiae criminis* concernenti abusi sessuali commessi da ministri di culto a danno di minorenni (si precisa che chiunque sia venuto a conoscenza di una violenza sessuale perpetrata su un minore ha il dovere di denunciarla, informandone il fedele *de quo*<sup>302</sup>), nonché a svolgere i primi accertamenti sulla fondatezza, o meno, delle *notitiae* stesse<sup>303</sup>: siffatti accertamenti preliminari devono necessariamente includere anche un colloquio con l'accusato, alla presenza dell'avvocato di quest'ultimo, colloquio del quale va redatto verbale scritto; in ogni caso, il vescovo dev'essere immediatamente informato della presentazione della denuncia e degli sviluppi successivi dell'inchiesta<sup>304</sup>. Qualora l'accusa dovesse risultare non manifestamente infondata, l'Ordinario disporrà la cd. indagine previa affidata, ai sensi della normativa codiciale, ad un *fidelis* incaricato di ciò dall'Ordinario stesso<sup>305</sup>.

Molto analitici e dettagliati appaiono i suggerimenti contenuti nel cd. *Rapporto Nolan*, redatto, lo si è già evidenziato, su richiesta della Conferenza

---

<sup>300</sup> Cfr. il *Rapporto Nolan*, cit., p. 216, nonché la *Raccomandazione* n. 36, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 226.

<sup>301</sup> Cfr. l'art. 14 delle *Linee-guida*, cit., p. 701.

<sup>302</sup> Cfr. l'art. 1 delle *Linee-guida*, cit., p. 699, secondo cui «Chi viene a conoscenza di una violenza sessuale deve rivolgersi alla persona designata dal vescovo».

<sup>303</sup> Cfr. l'art. 1 delle *Linee-guida*, cit., pp. 699 s.

<sup>304</sup> Secondo l'art. 4 delle *Linee-guida*, cit., p. 700, «Il vescovo sarà informato di qualunque sospetto o fatto».

<sup>305</sup> Cfr. gli artt. 3 e 5 delle *Linee-guida*, cit., *loc.ult.cit.*

Episcopale d'Inghilterra e Galles<sup>306</sup>, suggerimenti – utilizziamo questo termine perché il *Rapporto* non ha valore precettivo, ma semplicemente propositivo – che configurano un sistema di protezione dei minori articolato su un triplice livello di competenze (parrocchiale, diocesano e nazionale).

Traendo spunto da una prassi sorta spontaneamente nell'ambito della comunità dei fedeli, si sottolinea la necessità che in ogni parrocchia sia istituito un Rappresentante parrocchiale per la protezione dei minori con il compito di far sì che i minorenni possano frequentare le strutture ecclesiali senza correre alcun pericolo<sup>307</sup>. I Rappresentanti parrocchiali, prosegue il *Rapporto*, dovrebbero preferibilmente essere scelti tra i laici e la loro nomina andrebbe affidata al Coordinatore diocesano per la protezione dei minori, tenuto, prima di effettuare la designazione, a consultare il *coetus fidelium* appartenente alla parrocchia interessata<sup>308</sup>.

Nell'ambito di ciascuna curia diocesana dovrebbe essere presente, invero, il Coordinatore diocesano per la protezione dei minori, il quale potrebbe essere indifferentemente un laico, anche di sesso femminile, od un chierico, verrebbe nominato dal vescovo diocesano e risponderebbe del proprio operato direttamente a quest'ultimo<sup>309</sup>. I suoi compiti istituzionali, sottolinea il *Rapporto*, dovrebbero consistere essenzialmente nel controllare che le strutture ecclesiastiche presenti all'interno della Chiesa particolare, in primo luogo le parrocchie, attuino concrete misure di protezione dei minorenni, nel favorire l'adozione di siffatte misure e nell'inviare annualmente all'Ordinario una relazione sugli interventi posti in essere al fine di tutelare i minori<sup>310</sup>.

Nel caso in cui, nonostante manchi una vera e propria «rivelazione», cioè una specifica accusa di violenza sessuale avanzata contro un dato ministro di culto, sussista comunque a carico di un *clericus* il cd. sospetto, cioè il timore che si sia reso autore di una violenza sessuale<sup>311</sup>, il Coordinatore sarebbe chiamato a verificare la fondatezza, o meno, di siffatto timore e la conseguente necessità di un intervento tempestivo da parte della Gerarchia: qualora questa indagine preliminare confermi la non manifesta infondatezza del «sospetto», sarebbe necessario avvertire immediatamente il vescovo diocesano – il *Rap-*

---

<sup>306</sup> Cfr. *supra*, alla nota n. 299.

<sup>307</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n. 5, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 222.

<sup>308</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n. 6, in *Il regno-documenti*, 7/2002, *loc. ult. cit.*

<sup>309</sup> Cfr. il *Rapporto Nolan*, cit., p. 214, nonché le *Raccomandazioni* nn. 8 e 10, in *Il regno-documenti*, 7/2002, pp. 222 s.

<sup>310</sup> Cfr. le *Raccomandazioni* nn. 10, 13 e 15, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 223.

<sup>311</sup> Sulla differenza tra «rivelazione» e «sospetto», cfr. il *Rapporto Nolan*, cit., p. 216.

*porto* menziona genericamente le «autorità istituzionali», ma riteniamo che siffatta locuzione debba intendersi come sinonimo dell'autorità episcopale – affinché adottati i provvedimenti ritenuti più opportuni<sup>312</sup> (va precisato che nel caso in cui si sia in presenza di una «rivelazione», l'Ordinario dovrebbe essere informato subitaneamente, senza che sia necessario alcun accertamento preventivo<sup>313</sup>).

Nello svolgimento di siffatte funzioni il Coordinatore diocesano dovrebbe essere coadiuvato da una *Équipe* di gestione della protezione dei minori presieduta da lui stesso e composta da alcuni fedeli della diocesi, laici ed ordinati, da soggetti dotati di competenze specifiche in ordine alle violenze contro l'infanzia, da esperti nelle tecniche di comunicazione, da giurisperiti, nonché dai rappresentanti delle forze di pubblica sicurezza e dei servizi sociali preposti alla tutela dei minorenni; si sottolinea, in particolare, che compito dell'*Équipe* sarebbe, tra l'altro, curare il rapporto con l'opinione pubblica, facendo sì che qualsiasi notizia relativa ad episodi di pedofilia od efebofilia venga diffusa dai mezzi di comunicazione correttamente, senza faziosità o distorsioni<sup>314</sup>.

Viene auspicata, infine, la creazione di un organismo nazionale centralizzato volto a coadiuvare e coordinare le iniziative poste in essere dalle varie diocesi al fine di prevenire e reprimere le violenze sessuali sui minorenni da parte dei *clerici*, organismo per il quale si propone la denominazione di Unità nazionale per la protezione dei minori. L'Unità dovrebbe, tra l'altro, svolgere attività di consulenza «qualificata» su richiesta delle singole Chiese particolari, nonché della Conferenza Episcopale d'Inghilterra e del Galles, alla quale annualmente andrebbe presentata, in ogni caso, una relazione concernente la valutazione complessiva delle iniziative adottate al fine di impedire che vengano commessi crimini sessuali a danno dei minori e di punirne i responsabili<sup>315</sup>; ad essa sarebbe altresì riservato il compito di curare la tenuta e l'aggiornamento della banca-dati nazionale relativa ai candidati all'*ordo sacer* (cfr. *supra*).

Anche in merito al regime sanzionatorio degli abusi sessuali sui minori, sia

---

<sup>312</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n. 62, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 223.

<sup>313</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n. 62, cit., *loc.cit.*

<sup>314</sup> Sulla composizione dell'*Équipe* e sulle sue funzioni, cfr. le *Raccomandazioni* nn. 14, 49 e 50, in *Il regno-documenti*, 7/2002, pp. 223 e 227.

<sup>315</sup> Cfr. il *Rapporto Nolan*, cit., p. 215, nonché le *Raccomandazioni* nn. 16 e 19, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 223. Misure analoghe sono state adottate dalla Conferenza Episcopale Svizzera, che ha previsto l'istituzione di una «Commissione di esperti per le violazioni sessuali» con il compito di svolgere attività consultiva «per quanto riguarda gli aspetti psicologici, giuridici, sociali, morali, teologici e politico-ecclesiali della questione delle violazioni sessuali, e in merito al necessario lavoro di comunicazione pubblica» (cfr. *Il regno-documenti*, 3/2003, p. 103).

in Germania, che nel Regno Unito sono state elaborate disposizioni alquanto articolate.

La Conferenza Episcopale Tedesca ha stabilito che durante lo svolgimento della cd. indagine previa è possibile sospendere l'accusato dall'esercizio del ministero sacerdotale ed eventualmente disporne anche l'allontanamento dal luogo in cui fino a quel momento ha prestato il ministero stesso<sup>316</sup>: ciò a titolo cautelativo, in attesa che venga accertata la colpevolezza, o meno, del chierico.

Una raccomandazione di contenuto analogo è contenuta nel *Rapporto Nolan*, ove si evidenzia l'opportunità che il presbitero o diacono venga posto dal vescovo, su proposta del Coordinatore diocesano e della *Équipe*, in «congedo amministrativo», con l'obbligo di dimorare in una data località scelta dal vescovo stesso<sup>317</sup>. Il *Rapporto*, dopo aver ribadito che, in linea generale, il congedo va disposto solo qualora a carico di un ministro di culto sia stato iniziato un procedimento giudiziario, auspica che esso venga adottato anche in via meramente amministrativa: ciò nei casi in cui sia impossibile, o quantomeno inopportuno, sottoporre il chierico a processo penale giudiziario<sup>318</sup>. La circostanza che obiettivo della misura cautelare *de qua* sia evitare che l'accusato abbia ulteriori contatti con le sue (supposte) vittime rende necessario che ad essa si ricorra ogniqualvolta ciò sia richiesto dall'esigenza di tutelare il benessere fisiopsichico dei minori.

Nell'ipotesi in cui la responsabilità penale del chierico risulti accertata, va irrogata, osserva la Conferenza Episcopale Tedesca, una pena adeguata, perpetua o temporanea, a seconda della gravità della fattispecie criminosa<sup>319</sup> (è stata adottata, quindi, una soluzione diversa da quella fatta propria dalla Conferenza Episcopale degli USA, che ha stabilito che la pena debba implicare necessariamente la rimozione permanente dal ministero sacerdotale – cfr. *supra*, al par. 8): in ogni caso, al colpevole non dev'essere più affidato alcun incarico che, implicando la frequentazione di minorenni, possa determinare il pericolo di una reiterazione degli abusi sessuali<sup>320</sup>. Quest'ultima statuizione trova giustificazione nelle acquisizioni delle scienze psichiatriche

---

<sup>316</sup> Cfr. l'art. 5 delle *Linee-guida*, cit., p. 700.

<sup>317</sup> Cfr. il *Rapporto Nolan*, cit., p. 219, nonché la *Raccomandazione* n. 66, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 229.

<sup>318</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n.66, cit., *loc.cit.*

<sup>319</sup> Cfr. l'art. 11 delle *Linee-guida*, cit., p. 701.

<sup>320</sup> Cfr. l'art. 12 delle *Linee-guida*, cit., *loc.ult.cit.*, secondo cui «Chierici che si siano resi colpevoli di violenze sessuali su minori, una volta scontata la pena, non saranno più inseriti in ambienti di lavoro nei quali possano entrare in contatto con bambini e giovani».



e psicologiche, espressamente richiamate dai vescovi tedeschi, acquisizioni che sottolineano come l'insorgere di tendenze pedofile od efebofile connoti in modo permanente la personalità individuale<sup>321</sup>.

Il *Rapporto Nolan* condivide il principio secondo cui il ministro di culto che si sia reso autore di crimini contro i minori dev'essere allontanato da qualsiasi incarico che possa mettere nuovamente in pericolo il benessere fisico e psichico dei minorenni<sup>322</sup>, ma al tempo stesso pone in risalto l'esigenza che la sanzione venga commisurata in modo equilibrato all'effettiva gravità della violenza commessa, rifuggendo da eccessi rigoristici che potrebbero ledere il principio di equità. Particolare attenzione viene dedicata alla *dimissio*, contestandosi il convincimento – diffusosi in ampi settori della comunità ecclesiale a causa, soprattutto, della risonanza data dai *mass-media* alle accuse di abusi sessuali formulate in vari Paesi nei confronti di alcuni membri del clero – che qualunque crimine posto in essere da un chierico nei confronti di un minore vada punito con la riduzione allo stato laicale<sup>323</sup>. Limitare il ricorso alla dimissione è opportuno, osserva il *Rapporto*, non solo perché richiesto da esigenze equitative, ma anche perché consente alla Gerarchia di controllare l'effettiva condotta tenuta dal *clericus* successivamente all'espiazione della pena: la riduzione allo stato laicale attenua fortemente, infatti, il vincolo di subordinazione gerarchica nei confronti dell'autorità<sup>324</sup> (basti pensare, ad es., all'obbligo «speciale» di prestare obbedienza all'Ordinario ed al Pontefice, obbligo che, ai sensi del can.273 del Codice latino e del can.370 del Codice orientale, concerne esclusivamente gli *ordinati in sacris*).

Si osserva che, in linea di principio, la dimissione dev'essere utilizzata con riferimento alle fattispecie criminose più gravi, essendo bastevole nelle altre ipotesi la sospensione od interdizione dall'esercizio del sacerdozio ministeriale<sup>325</sup>. Viene proposto di prendere in considerazione, quale possibile parametro di giudizio alla cui stregua valutare l'effettiva gravità e pericolosità

---

<sup>321</sup> Cfr. l'art. 9 delle *Linee-guida*, cit., *loc.ult.cit.*, ove si afferma che «Stando alle attuali conoscenze scientifiche, la pedofilia si caratterizza come una tendenza strutturale non alterabile, e l'efebofilia come un disturbo sessuale solo in parte modificabile»; anche i vescovi elvetici hanno posto l'accento sul fatto che i disturbi del comportamento sessuale sono «trattabili, ma non guaribili» (cfr. *Il regno-documenti*, 3/2003, p. 106).

<sup>322</sup> Cfr. il *Rapporto Nolan*, cit., p. 220, nonché la *Raccomandazione* n. 77, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 230.

<sup>323</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n.78, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 231, ove si legge: «È nostra opinione che la riduzione allo stato laicale sia un passo estremo, non sempre appropriato».

<sup>324</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n. 78, cit., pp. 230 s.

<sup>325</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n. 79, in *Il regno-documenti*, 7/2002, p. 231.

del reato commesso, l'ammontare della pena inflitta dal giudice civile (utilizziamo qui l'aggettivo «civile» come sinonimo di «statuale»): secondo tale criterio, andrebbe sanzionato con la *dimissio* l'ordinato *in sacris* condannato dall'autorità giudiziaria secolare ad una pena non inferiore a dodici mesi di reclusione<sup>326</sup>.

Si tratta, però, a nostro giudizio, di un parametro assai censurabile, in quanto inapplicabile a quelle fattispecie in cui l'autore del reato sia sfuggito, per una qualunque ragione, alla giustizia statale; in tal modo, inoltre, verrebbe lesa l'autonomia decisionale dell'autorità ecclesiastica – condizionata nelle proprie decisioni da quanto statuito da un giudice appartenente ad un ordinamento, quello statale, profondamente diverso, per natura e finalità, da quello canonico –, con conseguente lesione del principio del libero convincimento.

È evidente come gli estensori del *Rapporto Nolan* abbiano avvertito fortemente la preoccupazione di evitare che la medesima fattispecie criminosa venga valutata in modo radicalmente diverso dal diritto canonico e dall'ordinamento secolare: si è perseguito l'obiettivo di far sì che tra le due sanzioni, quella canonica e quella statale, pur assai dissimili per contenuto e finalità<sup>327</sup>, vi fosse, comunque, una sorta di corrispondenza sostanziale.

Anche altre Conferenze Episcopali hanno affrontato la questione relativa al rapporto con le autorità civili (ad es., la Conferenza Episcopale Statunitense sulle cui determinazioni ci siamo soffermati nel paragrafo precedente), elaborando alcune direttive non prive di interesse. Si sottolinea con insistenza il dovere di comunicare qualsiasi *notitia criminis*, purché, è ovvio, non manifestamente priva di qualsiasi fondamento, al giudice statale, specificandosi come la circostanza che il (presunto) autore della violenza sessuale sia un ordinato *in sacris* non debba in alcun caso costituire una remora<sup>328</sup>. Viene puntualizzato, inoltre, che il ministro di culto accusato di pedofilia od efebofilia dev'essere

---

<sup>326</sup> Cfr. la *Raccomandazione* n.78, cit., p. 231, secondo cui «Se un vescovo, un sacerdote o un diacono è condannato per un reato contro l'infanzia e la sentenza prevede un periodo di 12 mesi o più di carcere, allora è generalmente corretto avviare il processo di riduzione allo stato laicale. L'omissione in questo senso deve essere giustificata».

<sup>327</sup> Sulla natura e finalità della sanzione penale canonica e sulle sue difformità rispetto alla nozione di pena accolta dalla generalità degli ordinamenti statali, cfr. GAETANO LO CASTRO, *Responsabilità e pena...*, cit., pp. 387 ss.

<sup>328</sup> Cfr. l'art. 7 delle *Linee-guida*, cit., p. 701, ove si afferma che «sulla base dei fatti s'informa il pubblico ministero». La Conferenza Episcopale Francese, dopo aver sottolineato come ogni fedele, che sia a conoscenza di violenze sessuali perpetrate a danno di minori, abbia il dovere di informare l'autorità secolare, ha puntualizzato che «non si può e non si deve tener conto della natura del presunto aggressore. Sia un *sacerdote* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*], un educatore laico o un familiare la denuncia è obbligatoria» (cfr. *Il regno-documenti*, 13/2002, p.451); in dottrina, cfr. ROBERTO MICOCCHI, «Lutter contre la pédophilie»: *alcune riflessioni sull'azione della Chiesa di Francia negli*

indotto ad autodenunciarsi all'autorità civile: ciò soprattutto qualora la notizia di reato sia stata appresa attraverso modalità – ad es., nell'ambito della confessione sacramentale – che ne impediscono la divulgazione, sicché l'autoaccusa costituisce l'unica via, oltre, ovviamente, alla denuncia presentata dalla vittima, per informare i giudici secolari della commissione dell'abuso<sup>329</sup>.

In effetti, la questione relativa al dovere della Gerarchia di comunicare le informazioni in proprio possesso alla magistratura statale, nonché alla facoltà di quest'ultima di accedere alla documentazione contenuta negli archivi ecclesiastici – soprattutto in quello segreto<sup>330</sup> –, appare assai delicata, particolarmente in ordine alla possibilità che i giudici statuali consultino gli atti concernenti i processi e le inchieste canonici<sup>331</sup>. L'orientamento prevalente, sia all'interno della *societas Ecclesiae*, sia all'interno della comunità politica, sembra attribuire rilevanza prioritaria al rispetto delle esigenze di riservatezza e/o di segretezza che connotano, talvolta, l'ordinamento canonico.

Lo dimostra, ad es., la mancata condivisione da parte della S. Sede dell'orientamento, espresso dalla Conferenza Episcopale Irlandese, favorevole a consegnare all'autorità giudiziaria civile gli atti relativi ai processi ecclesiastici concernenti ministri di culto accusati di violenza sessuale sui minori – la S. Sede ha motivato la propria contrarietà sottolineando che i procedimenti giudiziari celebrati davanti ai tribunali canonici, avendo un oggetto esclusivamente spirituale, sono estranei, *ratione materiae*, agli ambiti sottoposti alla

---

*ultimi anni*, in AA.VV., *Processo penale...*, cit., pp. 582 s. La Conferenza Episcopale Svizzera, pur rilevando che in linea generale non sussiste l'obbligo di trasmettere la *notitia criminis* all'autorità secolare, ha specificato come l'autore della violenza debba essere denunciato al giudice statale tutte le volte in cui ciò costituisca l'unico mezzo per impedire la reiterazione del crimine (cfr. *Il regno-documenti*, 3/2003, p. 104).

<sup>329</sup> Cfr. l'art. 7 delle *Linee-guida*, cit., pp. 700 s., secondo cui «Nei casi accertati di violenza sessuale su minori si consiglia al sospetto di autodenunciarsi sempre che non esista già una denuncia o che il reato non sia caduto in prescrizione»; indicazioni analoghe sono state espresse dai vescovi francesi (cfr. *Il regno-documenti*, 13/2002, *loc.ult.cit.*).

<sup>330</sup> Sugli archivi ecclesiastici e sulle loro modalità di tenuta e consultazione, cfr. i cann. 486-491: norme assai simili sono contenute nei cann. 256-261 del C.C.E.O. (in dottrina, cfr. ADOLFO LONGHITANO, *Gli archivi ecclesiastici*, in *Ius Ecclesiae*, 1992, pp. 649 ss.). Va rilevato che sia il Codice latino, sia quello orientale, rispettivamente ai cann. 489, §2, e 259, §2, prevedono che annualmente vadano distrutti gli atti dei giudizi relativi ai *delicta contra mores*, quindi anche alla pedofilia, qualora i rei siano deceduti o il processo si sia concluso da almeno un decennio (va conservato, comunque, un riassunto dei fatti, riassunto che deve obbligatoriamente contenere il testo della sentenza definitiva). In dottrina, cfr. MAURIZIO MARTINELLI, *Giurisdizione dello Stato e sovranità della Chiesa cattolica. L'inviolabilità dei documenti conservati nell'archivio segreto della curia diocesana*, in AA.VV., *Sovranità della Chiesa...*, cit., pp. 415 ss.; cfr. anche BRUNA MARRO, *Tutela della privacy e registri ecclesiastici*, *ivi*, pp. 381 ss.

<sup>331</sup> Sul punto, cfr. le osservazioni formulate da ERNEST CAPARROS, *La tutela penale dei diritti del soggetto nella società civile e in quella religiosa*, in AA.VV., *Processo penale...*, cit., pp. 268-275.

giurisdizione secolare –; nonché l'analisi di alcune pronunce della magistratura francese, che, sulla base delle difformità esistenti tra il processo penale statale e quello canonico, e facendo riferimento soprattutto al carattere segreto di quest'ultimo, ha escluso che il giudice civile possa sottoporre a sequestro la documentazione inerente ai giudizi svoltisi davanti all'autorità ecclesiastica<sup>332</sup>. Evidentemente, il rispetto delle specificità proprie dell'ordinamento canonico è stato considerato essenziale affinché tra lo Stato e la Chiesa possa instaurarsi quella sincera ed autentica collaborazione che sola può garantire la promozione della persona umana ed il progresso, materiale e spirituale, della collettività nazionale.

#### 10. *Considerazioni riassuntive*

L'analisi della tematica concernente la rilevanza che la *societas Ecclesiae* attribuisce al *bonum spirituale prolis*, analisi certo assai complessa, si è rivelata, a nostro giudizio, di notevole interesse, giacché ha consentito di evidenziare la peculiare sensibilità dell'ordinamento canonico nei confronti della tutela dei minori. Siffatta sensibilità, che, almeno così riteniamo, connota il diritto della Chiesa nella sua totalità, è stata presa in considerazione relativamente a due specifici profili riguardanti: la possibilità che l'incapacità del *coniux-parens* di porre in essere un'attività educativa funzionale al benessere fisio-psichico della prole determini l'invalidità del negozio matrimoniale; l'individuazione dei mezzi attraverso cui l'ordinamento canonico sanziona le condotte criminose lesive del diritto del minore ad uno sviluppo integrale ed armonico della dimensione spirituale ed affettiva.

In ordine al primo profilo, va rilevato come parte della dottrina e della giurisprudenza canonica ritenga che il diritto-dovere di educare i figli rientri nell'oggetto della *tradio-acceptatio* che i nubenti pongono in essere attraverso la manifestazione del consenso matrimoniale: la realizzazione dell'*ordinatio ad prolem*, che in base al diritto divino, naturale e positivo, contraddistingue la dimensione teleologica del patto nuziale, richiede non solo la generazione dei figli ed il loro mantenimento in vita, ma anche il pieno sviluppo della loro personalità attraverso l'opera educativa svolta dai coniugi-genitori. Viene così superata la tesi tradizionale secondo cui nell'ambito del *bonum prolis* rientrebbe esclusivamente la mera *educatio physica* concretizzantesi nell'adozione

---

<sup>332</sup> Sulle divergenze intercorse tra i vescovi irlandesi e la S. Sede, e sull'atteggiamento assunto dai giudici francesi, cfr. *Il regno-attualità*, 8/2002, p. 231.

da parte dei genitori delle misure (ad es., alimentazione ed idratazione) atte a far sì che i figli, una volta generati, sopravvivano.

Il rapporto di coniugio ed il rapporto di filiazione rappresentano due aspetti, distinti, ma connessi, di un'unica realtà, cioè del contenuto giuridico dell'istituto matrimoniale. I coniugi sono titolari, in base alla *lex naturae*, del diritto-dovere di fornire ai figli una formazione etica e spirituale che ne sviluppi le capacità ed attitudini, e dia loro la possibilità, una volta divenuti adulti, di fornire il proprio contributo al buon andamento della convivenza civile: qualora almeno uno dei contraenti sia battezzato, prosegue l'orientamento in esame, il contenuto di siffatta situazione giuridica si amplia – in base al diritto divino positivo –, ricomprendendo anche l'educazione religiosa; è obbligo specifico dei *coniuges-parentes* cattolici educare i figli in conformità alla propria Fede.

Ritenere che il diritto-dovere dei genitori di impartire alla prole un'*educatio moralis-religiosa* rientri nell'essenza del contratto matrimoniale implica necessariamente che la missione educativa vada inclusa tra le cd. *obligationes essentielles*: ciò con ovvie conseguenze in ordine all'individuazione delle ipotesi di nullità del patto nuziale. Dalle considerazioni fin qui svolte discende, infatti, l'invalidità di quel *foedus* in cui uno dei contraenti (od entrambi) si proponga, con una positiva determinazione volitiva, di respingere quale fine del matrimonio la realizzazione del *bonum spirituale prolis*, oppure al momento della celebrazione sia incapace, per ragioni di ordine psichico, di perseguire tale *bonum*. Al fine di evitare che l'istituto matrimoniale assuma una fisionomia eccessivamente elitaria, il che restringerebbe l'ambito di operatività dello *ius connubii*, riconosciuto, in linea generale, dal diritto divino naturale ad ogni individuo, l'indirizzo in parola precisa che l'*incapacitas educandi prolem* non va intesa come mera inabilità del coniuge-genitore ad impartire un'educazione di elevato livello qualitativo sotto il profilo culturale e morale, ma va identificata nella presenza di un disturbo od anomalia psichica che renda impossibile astenersi dal compiere atti lesivi dell'integrità fisio-psichica dei figli.

Rilevanza centrale rivestono, al riguardo, le cd. parafilie, cioè le perversioni sessuali, ed in particolare la pedofilia incestuosa, che, raggruppando in un'unica fattispecie due distinte anomalie comportamentali, appare connotata da una peculiare gravità: nell'ambito della scienza psichiatrica è largamente diffuso, invero, il convincimento che il pedofilo incestuoso sia potenzialmente pericoloso per la salute fisio-psichica della prole, oltre che inabile ad instaurare con la comparte un reale *consortium totius vitae*.

Assai significativa appare una recente pronuncia del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo (Presidente e Relatore Mons. Ficarrota), la quale, aderendo a quanto statuito dalla giurisprudenza rotale, ha ritenuto invalido un matri-

monio a causa dell'incapacità di uno dei coniugi-genitori – nel caso di specie il marito-padre – ad assumere le *obligationes essentielles*, prima fra tutte quella di perseguire il *bonum spirituale prolis*: siffatta incapacità, già sussistente, pur se allo stato latente, al momento della costituzione del legame nuziale, era emersa solo dopo la fine della convivenza coniugale, concretizzandosi in una forma di pedofilia incestuosa ai danni della figlia infante (una bambina di circa quattro anni). Va rilevato, fra l'altro, che il Collegio giudicante è giunto a siffatta conclusione nonostante il perito di ufficio non fosse pervenuto a risultati certi circa la presenza, o meno, di una precisa psicopatologia e nonostante il giudice secolare, chiamato ad accertare eventuali responsabilità penali a carico del marito-padre, avesse pronunciato, sia in primo, che in secondo grado, sentenza assolutoria.

La peculiare attenzione mostrata dai giudici siciliani nei confronti dell'esigenza di tutelare il *bonum spirituale prolis* ci ha indotto, per ragioni di esaustività e di coerenza logica, ad estendere l'indagine ad un altro settore dell'ordinamento canonico, quello concernente le cautele adottate per impedire che il benessere fisio-psichico dei minori venga posto in pericolo a causa di condotte pedofile poste in essere da *clerici*: è noto, infatti, che negli ultimi anni del XX secolo in varie parti del mondo sono state sollevate accuse di pedofilia nei confronti di alcuni membri del clero (in precedenza il fenomeno, pur esistente, appariva assai più circoscritto) e che siffatte accuse hanno suscitato all'interno della società ecclesiale un vivo dibattito inerente alle misure più idonee a prevenire e reprimere gli abusi sessuali a danno dei minori.

L'analisi ha preso in considerazione sia la normativa universale, sia quella particolare, evidenziando, innanzitutto, come sia fortemente avvertita l'esigenza di assicurare una adeguata selezione dei candidati al sacerdozio. La disciplina codiciale, diversi documenti emanati dalla S. Sede, nonché alcune statuizioni di diritto particolare sottolineano la necessità che l'ordine sacro sia conferito esclusivamente a soggetti idonei, sotto il profilo fisico, psichico e morale, allo svolgimento delle delicate funzioni proprie del ministero sacerdotale: viene reputata opportuna, al riguardo, una rigida applicazione delle disposizioni concernenti gli impedimenti e le irregolarità *ab ordinibus recipiendis et exercendis*; si auspica, inoltre, che i seminaristi siano sottoposti a colloqui psicoanalitici ed a *tests* psicologici (ovviamente, previo consenso degli stessi). Grande importanza è attribuita, altresì, all'istituzione in ogni diocesi, nonché a livello nazionale, di appositi organi preposti a far sì che le strutture ecclesiali costituiscano per i minorenni un «ambiente sicuro».

Relativamente, poi, alla repressione delle violenze sessuali perpetrate dai chierici a danno dei minori, il regime sanzionatorio previsto dall'ordinamento canonico appare estremamente rigoroso: ciò in ordine sia ai profili di diritto

sostanziale, sia ai profili di diritto processuale.

Il *motu proprio* pontificio *Sacramentorum sanctitatis tutela* – emanato il 30 aprile del 2001 e successivamente più volte modificato ed integrato –, oltre ad estendere la fisionomia del crimine di pedofilia, qualificando tale qualunque violazione del sesto precetto del Decalogo commessa da un *clericus* con un individuo infradiciottenne ed annullando così la distinzione tra la condotta pedofila e quella efebofila, ha stabilito un termine di prescrizione particolarmente lungo con il chiaro intento di far sì che l'autore del reato possa essere perseguito anche qualora sia decorso un notevole lasso di tempo dalla commissione dell'evento delittuoso: si è previsto, infatti, che il crimine di pedofilia si prescriva nel termine di dieci anni, termine che decorre, però, non dal momento della commissione del delitto, come disposto ordinariamente dalla normativa codiciale, bensì dal giorno in cui la vittima ha compiuto il diciottesimo anno di età; eccezionalmente l'autore del reato potrebbe essere punito anche nel caso in cui il termine di prescrizione sia decorso. Si è ammessa, altresì, la possibilità che il ministro di culto reo di abusi sessuali nei confronti di un soggetto minorenne venga sottoposto a sanzione penale sia tramite la procedura giudiziale, sia tramite il procedimento amministrativo: ciò anche quando la pena da infliggere sia la dimissione dallo stato clericale (si tratta di una deroga assai rilevante alla disciplina codiciale, che vieta di irrogare la *dimissio* in via amministrativa, e ciò spiega le perplessità manifestate, al riguardo, da una parte della dottrina).

Analogo rigore contraddistingue il diritto particolare – in specie la disciplina stabilita dalla Conferenza Episcopale degli USA –, che, nel dare attuazione e specificazione alle disposizioni universali, puntualizza sovente come, indipendentemente dalla sanzione, temporanea, o perpetua, inflitta, sia indispensabile che il *clericus* che si sia macchiato anche di una sola violenza sessuale nei confronti di un soggetto minorenne non ricopra più, all'interno dell'organizzazione ecclesiastica, alcun incarico od ufficio che lo ponga in contatto con minori. Viene posta in evidenza, inoltre, l'importanza della collaborazione con le autorità civili, collaborazione che, se non può pregiudicare il rispetto delle esigenze di riservatezza e/o segretezza proprie, talvolta, dell'ordinamento canonico, deve, comunque, essere sincera e costruttiva, onde far sì che, di regola, le *notitiae criminis* di cui la Gerarchia è venuta a conoscenza siano trasmesse alla magistratura statale e che, conseguentemente, si realizzi una *sana cooperatio* tra società ecclesiale e comunità politica.

# *Le proprietà essenziali del matrimonio e l'esclusione della indissolubilità*

PIERO PELLEGRINO

1. Secondo il can. 1056 le proprietà essenziali del matrimonio sono l'unità e l'indissolubilità e conseguono nel matrimonio canonico una peculiare stabilità in ragione del sacramento.

L'unità è nient'altro che la monogamia cui si oppone la poligamia, cioè la congiunzione sia dell'uomo con più donne (poligamia) sia della donna con più uomini (poliandria) e, comportando che per una stessa persona non possono esistere in atto più vincoli matrimoniali contemporanei, la presenza di questa proprietà essenziale consente di differenziare e anzi contrapporre il matrimonio canonico a quei modelli, tuttora praticati da altri popoli, che consentono la presenza di più mogli o di più mariti, con la conseguenza che, non consentendo a nessun'altra persona di partecipare a quel particolare rapporto che unisce quel solo uomo e quella sola donna, l'unità diventa sinonimo di fedeltà<sup>1</sup>. La ragione dell'unità del matrimonio (monogamia) è l'uguaglianza della dignità che esiste tra l'uomo e la donna, nel senso che la poligamia comporta una situazione di disuguaglianza, in quanto l'uomo riceve totalmente da ciascuna delle sue donne, mentre le donne non ricevono totalmente l'uomo, e viceversa nel caso della poliandria<sup>2</sup>.

Secondo gli scolastici, la poliandria sarebbe contraria ai fini del matrimonio, ma la poligamia non contrasta al fine della procreazione, bensì al fine del *mutuum auditorium*, con la conseguenza che essa contrasta ai precetti *secundae tabulae*, diretti a fissare le relazioni degli uomini tra loro<sup>3</sup>. Si spiega così la

---

<sup>1</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, p. 211.

<sup>2</sup> JAVIER HERVADA, *Reflexiones en torno a la unidad e indisolubilidad del matrimonio*, in *Studi in onore di Pietro A. D'avack*, Milano, 1976 p. 746.

<sup>3</sup> ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, ristampa Bologna, 1993, p. 120.



dispensa di cui fruiro i patriarchi nel vecchio testamento in via eccezionale, per cui, pur essendo l'unità di diritto divino naturale, in quanto conforme all'ordine stabilito da Dio, nell'istituire il matrimonio, sarebbe stato derogato da Dio stesso a tale principio per gli Ebrei e per gli altri popoli dell'antichità, consentendo loro la poligamia nella forma poliginica<sup>4</sup>. Si specifica però che tale concessione sarebbe cessata con la pubblicazione del Vangelo, in quanto, avendo il Cristo richiamato il matrimonio alla sua primitiva purezza ed avendone fatto l'immagine della sua unione mistica con la Chiesa, il matrimonio da allora sarebbe per tutti essenzialmente monogamico<sup>5</sup>. Insomma, per il matrimonio-sacramento, la monogamia è essenziale perché essa è simbolo dell'unione di Cristo con la Chiesa, e c'è una sola Chiesa cui Cristo aderisce come a sposa<sup>6</sup>.

È stato affermato che, se da una parte è vero che le proprietà essenziali del matrimonio appartengono al diritto naturale, è anche vero che esse appartengono al diritto naturale secondario, con la conseguenza che in alcuni casi eccezionali, in base all'intervento di Dio autore della natura, o del suo vicario, la legge dell'unità può venire meno e tale intervento costituisce una vera dispensa, nel senso che la legge dell'unità (o dell'indissolubilità) rimane come esigenza generale, ma viene *relaxata* in un caso concreto<sup>7</sup>.

L'unità invero qualifica il rapporto coniugale come strettamente monogamico, che unisce un solo uomo e una sola donna, con esclusione di qualsiasi altra persona, con la conseguenza che l'unità viene ad abbracciare non solo il divieto assoluto di contrarre nuove nozze durante il primo matrimonio, ma anche di violare la fedeltà coniugale, commettendo adulterio<sup>8</sup>. L'unità diventa così sinonimo di fedeltà coniugale e si contrappone all'adulterio, a qualunque relazione extraconiugale che porti l'uomo o la donna ad avere con un'altra persona quel rapporto fisico che deve essere riservato al solo coniuge<sup>9</sup>. Si afferma in conseguenza che il legame che esiste tra i coniugi attribuisce agli sposi il diritto esclusivo a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altra, per cui il ricorso ad una terza persona al fine di avere a disposizione lo sperma o l'ovulo, costituisce una violazione dell'impegno reciproco degli sposi

---

<sup>4</sup>PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze, 1952, p. 48.

<sup>5</sup>PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 48.

<sup>6</sup>ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 120.

<sup>7</sup>JOSE F. CASTANO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, p. 90.

<sup>8</sup>PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>9</sup>PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1998, pp. 35-36.

e una grave mancanza nei riguardi della proprietà essenziale dell'unità<sup>10</sup>.

Invero, la dottrina tradizionale cattolica suole affermare che la poliandria si oppone al diritto naturale primario, perché si oppone direttamente al fine della generazione e procreazione, mentre la poligamia si contrappone al diritto naturale secondario, giacché non appare direttamente contrastante con il fine della procreazione<sup>11</sup>. Si ribadisce in conseguenza che qualsiasi forma di poligamia implica dominio e appropriazione di un sesso sull'altro, consacrazione di una disuguaglianza e discriminazione in dignità e valore tra il sesso che domina e appropria e quelli che sono dominati e soggiogati, nel senso che i molti uomini e le molte donne sono utilizzati dal sesso dominante per servire a diverse funzioni, utili nel modello socio-economico e culturale, ma inevitabilmente spersonalizzanti<sup>12</sup>. È pur vero, infatti, che la fedeltà è l'espressione in termini di diritto e dovere coniugale, della piena e mutua appartenenza in esclusiva fra gli sposi, in virtù della quale questi si impoveriscono del proprio essere se condividono con un terzo la mascolinità personale o la femminilità personale che si donarono ed accettarono per intero fra di loro a titolo di giustizia<sup>13</sup>. D'altra parte si suole ricorrere frequentemente, per fondare questa proprietà dell'unità, anzi alla stessa volontà divina rivelata<sup>14</sup> o al costante insegnamento della tradizionale dottrina della Chiesa, che insiste sul carattere monogamico del matrimonio (un solo uomo, una sola donna)<sup>15</sup>. Del resto il Concilio di Trento<sup>16</sup> riaffermò questa dottrina della Chiesa punendo con censure quanti sostenevano che la poligamia non era proibita da nessuna legge<sup>17</sup>.

È vero, quindi, che la proprietà dell'unità fu definita vero dogma di fede dal Concilio di Trento, il quale espressamente dichiarava: "*Si quis dixerit licere christianis plures simul habere uxores et hoc nulla lege divina esse prohibitum, anathema sit*" (can. 2). Trattandosi anzi di una proprietà fissata dal diritto divino naturale, essa non sussiste per il solo matrimonio dei battezzati, ma si estende anche a quello degli infedeli, in guisa che neppure essi possono condurre validamente in sposa più donne, ragion per cui quando la Chiesa tutte le volte che un infedele poligamo si converte alla fede cristiana, gli ordina di

---

<sup>10</sup> PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 36.

<sup>11</sup> FEDERICO R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, Vol. I, Salamanca, 2001, p. 62.

<sup>12</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano, 2001, p. 390.

<sup>13</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 391.

<sup>14</sup> Gen. 1, 27; 2, 24; 1 Cor. 7, 2-4; Ef. 5,32.

<sup>15</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 211.

<sup>16</sup> Conc. Di Trento, Sess. XXIV, 11 nov. 1563, can. 2.

<sup>17</sup> FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 64.

abbandonare tutte le sue varie mogli ad eccezione della prima<sup>18</sup>.

2. L'indissolubilità qualifica il rapporto matrimoniale come perpetuo e si contrappone pertanto al divorzio, rendendo il reciproco impegno, assunto con lo scambio dei consensi, irrevocabile fino alla morte di uno dei coniugi, qualunque sia la vicenda della vita del matrimonio<sup>19</sup>. In altri termini, la indissolubilità consiste nella perpetuità del rapporto matrimoniale, nel divieto cioè che esso, una volta validamente contratto, si possa sciogliere sia per la sua stessa natura, sia per la volontà dei contraenti, sia per un atto di qualunque autorità umana<sup>20</sup>. Stando alla dottrina cristiana, Dio stesso ha istituito il matrimonio come vincolo indissolubile e fu solo *ob duritiam cordis* che fu permesso agli Ebrei di dare alle loro mogli il *libellum ripudii* in casi determinati, ma Cristo, nella sua qualità di legislatore supremo, revocò tale permesso, riportando in vigore la legge primitiva con le sue famose parole “*Quod Deus coniunxit homo non separet*” (Matteo 19,6)<sup>21</sup>. Questo principio, affermato dalla Chiesa fin dai primi secoli, fu formalmente sancito come dogma di fede dal Concilio di Trento, il quale stabilisce: “*Si quis dixerit propter haeresim aut molestam cohabitacionem aut affectatam absentiam a coniuge dissolvi posse matrimonii vinculum, anathema sit*”<sup>22</sup> e inoltre: “*Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum docuit et docet, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero coniuge vivente, aliud matrimonium contrahere, anathema sit*”<sup>23</sup>.

Conseguentemente, sia per diritto naturale sia per diritto divino positivo qualunque matrimonio, e quindi anche quello tra gli infedeli, è di per sé indissolubile e non può essere sciolto con il divorzio, come regola generale<sup>24</sup>. Infatti, va rilevato che, in quanto derivante dal diritto naturale, l'indissolubilità è caratteristica di ogni matrimonio valido, anche non sacramentale, per cui sorge in riferimento anche a matrimoni misti<sup>25</sup>.

---

<sup>18</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 48.

<sup>19</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 211.

<sup>20</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 49.

<sup>21</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 49.

<sup>22</sup> Conc. Di Trento, Sess. XXIV, can. 5.

<sup>23</sup> Conc. Di Trento, Sess. XXIV, can. 7.

<sup>24</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 50.

<sup>25</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008, p. 147.

In conseguenza, la Chiesa considera indissolubile in modo assoluto il matrimonio dei battezzati nel senso che il matrimonio dei battezzati inconsumato e quello degli infedeli, anche se consumato, può essere sciolto, quando ricorrano determinate condizioni, dall'autorità ecclesiastica<sup>26</sup>. Pertanto la Chiesa considera suscettibili di essere sciolti i matrimoni degli infedeli nel caso del privilegio paolino e non ha mai sciolto matrimoni contratti tra un infedele e un battezzato con la dispensa dall'impedimento della *disparitas cultus*<sup>27</sup>.

Vero è che l'indissolubilità non appartiene ai principi inderogabili del diritto naturale primario, ma ai principi secondari che sono sempre modificabili per ragioni esterne al nubente<sup>28</sup>. Ma è pur certo che l'indissolubilità sia stata pensata e voluta da Dio per ogni tempo e per ogni uomo, cosicché, in linea di principio, soltanto la morte può vanificare il rapporto coniugale rendendo valide e lecite le seconde nozze senza distinzione, in proposito tra il matrimonium sacramentum dei Christifideles e il matrimonium legitimum delle altre creature di Dio<sup>29</sup>.

Certo è che in casi determinati il papa scioglie il matrimonio, per cui la dottrina distingue tra la indissolubilità intrinseca e la indissolubilità estrinseca. Si attesta che la indissolubilità intrinseca non altro vuoi significare se non che il matrimonio non può essere sciolto per se stesso, cioè perché venga a mancare il vincolo, oppure per iniziativa degli sposi o di qualsiasi altra autorità privata, con la conseguenza che tale indissolubilità intrinseca è assoluta; che la indissolubilità estrinseca significa che il matrimonio non può essere sciolto da una autorità inferiore al papa, ma può essere sciolto in seguito ad un intervento di Dio, autore del diritto naturale e del diritto divino positivo, intervento che può essere attuato anche per mezzo del Vicario di Dio, il quale in tal caso conceda una vera dispensa, una grazia<sup>30</sup>.

Su questa distinzione la dottrina è d'accordo, ma vi è discordanza sui termini del problema se è vero che da un autore si afferma che l'indissolubilità intrinseca, detta anche relativa, rende impossibile lo scioglimento del matrimonio da parte dei coniugi che lo hanno contratto, ma non esclude per sé che ciò possa avvenire per l'intervento dell'autorità pubblica, laddove la indissolubilità estrinseca, detta anche assoluta, esclude invece la possibilità

---

<sup>26</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 50.

<sup>27</sup> ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 121.

<sup>28</sup> M. ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova, 1984, p. 96.

<sup>29</sup> SANDRO GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1985, p. 98.

<sup>30</sup> JOSE F. CASTANO, *op. cit.*, pp. 112-113.

dello scioglimento del vincolo matrimoniale anche da parte della pubblica autorità<sup>31</sup>. Da un altro autore si conferma che l'indissolubilità intrinseca consiste nell'impossibilità dello scioglimento del vincolo coniugale per volontà dei coniugi, che furono la causa costituente il matrimonio, e si definisce relativa, poiché non esclude che il vincolo coniugale possa essere sciolto da una causa esterna ai nubenti, per esempio dalla autorità pubblica ecclesiastica o secolare, laddove, al contrario, la indissolubilità estrinseca, che viene denominata assoluta, comporta l'impossibilità dello scioglimento del vincolo coniugale da parte di qualsiasi autorità pubblica umana<sup>32</sup>.

Vero è che la dottrina più accorta sostiene la distinzione tra indissolubilità intrinseca e indissolubilità estrinseca, indissolubilità assoluta e indissolubilità relativa, nel senso che la indissolubilità intrinseca esclude la possibilità di scioglimento del matrimonio natura sua o per mutuo consenso delle parti, laddove la indissolubilità estrinseca implica che il matrimonio possa essere sciolto per l'intervento di una autorità superiore<sup>33</sup>, con la conseguenza che solo il matrimonio dei battezzati rato e consumato è intrinsecamente ed estrinsecamente indissolubile, mentre il matrimonio rato e quello contratto dagli infedeli è dotato di indissolubilità estrinseca relativa, potendo essere sciolto grazie alla potestà vicaria del papa<sup>34</sup>.

Si afferma in dottrina che il fondamento della proprietà essenziale della indissolubilità è duplice, in quanto, da un lato, tale proprietà viene esigita dal diritto naturale secondario, nel senso che la stessa istituzione matrimoniale ritiene che il vincolo coniugale sia perpetuo e stabile per l'educazione dei figli e la realizzazione personale dei coniugi, i quali più difficilmente possono essere conseguiti in una unione meramente temporale, dall'altro lato, la proprietà della indissolubilità trova il suo fondamento nella legge divina positivamente rivelata sul progetto instaurato dal Creatore, e confermata da Cristo e approfondita dall'apostolo Paolo in relazione con il mistero della Chiesa e la sua unione con Cristo<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 25, il quale peraltro rileva che, secondo la dottrina cattolica, il matrimonio è intrinsecamente indissolubile, in quanto il consenso prestato dai nubenti è irrevocabile da parte degli stessi sposi, ed è anche estrinsecamente indissolubile, potendosi ammettere lo scioglimento solo in casi eccezionali.

<sup>32</sup> FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, pp. 65-66.

<sup>33</sup> A. VERMEERSCH I. GREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Mechliniae-Romae I, p. 169.

<sup>34</sup> M. ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. cit.*, p. 98.

<sup>35</sup> FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 56, il quale rileva che il codice del 1917 ricordava l'insegnamento dei papi degli ultimi secoli, per i quali l'indissolubilità del matrimonio è esigita non solo per la sua sacramentalità, ma anche per la sua necessaria relazione con i fini propri dell'istituzione matrimoniale.

Prendendo lo spunto da quanto affermato da illustri autori (Lombardia - Hervada), un autore ritiene che l'indissolubilità appare come la pienezza vitale della forza con cui il vincolo unisce gli sposi, accumulando tre livelli di energia vincolante, cioè la stabilità, la perpetuità e l'indissolubilità in senso stretto<sup>36</sup>. Si osserva che la stabilità si fonda sui fini propri del matrimonio, specialmente la procreazione e l'educazione dei figli, la cui realizzazione congiunta necessita non solo di un lungo spazio di tempo nella vita degli sposi, ma anche nella creazione e conservazione fra di loro di un ambito di convivenza e di educazione non episodico, ma permanente, come risulta dal can. 1096, che con l'espressione "consorzio permanente" si riferisce a questo livello di stabilità del vincolo<sup>37</sup>. Si rileva che la perpetuità, da parte sua, trova il suo fondamento nella complementarità tra femminilità e mascolinità, in quanto natura umana sessuata, con la conseguenza che il vincolo coniugale è perpetuo, perché si alimenta su una complementarità naturale tra uomo e donna la cui capacità di unirsi si va attualizzando, senza soluzione di continuità, lungo tutta la vita e non solo per un dato periodo o in una specifica età, o in modo statico ed intermittente<sup>38</sup>. Si conclude, ritenendo che l'indissolubilità in senso stretto, come culmine della stabilità e della perpetuità del vincolo, è alla base della natura del matrimonio come unione tra le persone ed evidenzia il reale e irreversibile potere generatore della mutua identità e reciproca autodeterminazione personale dato alla libertà quando assume, mediante il dono e l'accettazione di sé, la *una caro* o capacità di unità contenuta nella complementare dualità sessuale umana<sup>39</sup>.

Secondo una tesi avanzata da una voce della dottrina canonistica francese, l'indissolubilità del matrimonio si verificherebbe solo dopo la consumazione esistenziale e nella fede del matrimonio, dato che il simbolo dell'alleanza nuziale tra Cristo e la Chiesa si identifica nella piena intesa anche spirituale, con la conseguenza che fino a quando questa intesa spirituale non sia di fatto

---

<sup>36</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, pp. 407-408, il quale ritiene che, quantunque questi livelli esistano inseparabilmente nella forza unitiva del vincolo valido, è utile distinguerli concettualmente per due motivi: primo, perché a volte gli argomenti che sono alla base di questa proprietà in realtà chiariscono la sua stabilità e la sua perpetuità più che la indissolubilità in senso stretto, e secondo, perché, agli effetti dell'intenzione simulatoria, ha radici diverse a seconda che si attenti alla stabilità, alla perpetuità o all'indissolubilità.

<sup>37</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 408.

<sup>38</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 409.

<sup>39</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 410, il quale osserva anche che, in realtà, si denomina indissolubilità del matrimonio in senso stretto la qualità del potere di co-generare indelebile e irreversibile fra gli sposi e fra questi e i loro figli, potere contenuto dal vincolo coniugale, una volta consumato il libero dono ed accettazione reciproca della condizione di uomo e donna.

realizzata, il matrimonio dovrebbe poter essere sciolto come avviene nella dispensa *super rato et non consummato*<sup>40</sup>. Secondo questa dottrina, una prima tappa del matrimonio sarebbe costituita dal matrimonio semplicemente “instaurato” dalle parole di impegno, intrinsecamente indissolubile, ma suscettibile di essere sciolto dalla misericordia della Chiesa, anche se sia seguito dal fatto materiale della copula, e una seconda e decisiva tappa del matrimonio “consacrato” dalla vita comune, assolutamente indissolubile, perché sino a quando gli sposi non hanno fatto giungere il loro matrimonio alla pienezza umana e cristiana, costituendo una profonda comunità di vita e di amore, il matrimonio è suscettibile di soluzione<sup>41</sup>. Che anzi, da tale dottrina si fissano degli indici presuntivi della non consumazione esistenziale, cioè infedeltà messe in atto sin dall’inizio e durante tutta la comunione di vita, assenza di ogni testimonianza di impegno coniugale o familiare, difficoltà a stabilire col coniuge una relazione autentica da persona a persona, intolleranza alla vita comune<sup>42</sup>.

Si obietta da una accorta dottrina che la tesi della inconsumazione esistenziale, che scuota la indissolubilità, comporta un duplice rischio, perché, in primo luogo, richiedendo che ogni matrimonio, perché sia da considerarsi indissolubile, realizzi la pienezza del significato, anche teologico, delinea un tipo di matrimonio percepibile e vivibile da una cerchia assai ristretta di cristiani e introduce una profonda discriminazione tra coloro che possono giungere a una comprensione e vivificazione prima del vincolo matrimoniale, e coloro che per indifferenza morale o per aridità di cuore mai potranno giungere a

---

<sup>40</sup> JEAN BERNHARD, *A proos de l'indissolubilità du manage chretien* in *Revue des sciences religieuses*, 1970, pp. 49 ss.; IDEM, *Reinterpretation existentielle et dans la foi de la législation canonique concernant l'indissolubilità du manage chretien* in *Revue De Droit Canonique* 1971, pp. 243 Ss.; IDEM, *Reflexion critique sur l'incapacità morale incapacità de non-consumation existentielle du manage?*, in *Revue de droit canonique*, 1976, p. 97; IDEM, *L'exclusion de l'indissolubilità du mariage dans la tradition canonique de l'Eglise*, in *Revue de droit canonique*, 1997, pp. 159 ss.

<sup>41</sup> Per questa inaccettabile e assurda teoria si vedano le chiare pagine di OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dono il Concilio Capacità e consenso*, Milano, 1978, pp. 13 ss., la quale rileva che la tesi della inconsumazione esistenziale e nella fede, “ravvisando l'esplicito simbolo dell'Alleanza nuziale tra Cristo e la Chiesa soltanto nella piena intesa anche spirituale, porta a concludere che, fino a che questa non sia di fatto realizzata, il matrimonio dovrebbe poter essere sciolto – in analogia a quanto avviene nelle dispense, *super rato et non consummato* – così che completa indissolubilità si avrebbe soltanto quando gli sposi abbiano raggiunto una completa integrazione esistenziale ed inoltre abbiano acquisito coscienza piena che l'indissolubilità del loro matrimonio si radica nella loro fede e nella fedeltà al Cristo” (p. 15). Vedi della stessa autrice *Il governo universale della Chiesa, cit.*, pp. 216ss. cfr. anche GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*. T. II, *Il matrimonio e le sessualità diverse tra istituzione e trasgressione*, Padova, 1984, pp. 284 ss.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. GIUSEPPE CAPUTO, *op. cit.*, p. 285.

simili altezze<sup>43</sup>. Si ribadisce che, oltre al rischio di fare del matrimonio un istituto di élite, vi è l'altro rischio di costituire una apertura al "matrimonio di prova" ed in definitiva un così radicale rovesciamento dei principi in materia di divorzio, da indurre a dubitare della fedeltà di questa tendenza alla valutazione conciliare del matrimonio<sup>44</sup>.

3. L'esclusione della indissolubilità (*bonum sacramenti*) è la riserva di rompere il vincolo, riacquistando la piena libertà di passare a nuove nozze. Si afferma che di solito la parte saprà benissimo che per la Chiesa non c'è possibilità di divorzio, che la sua esclusione dell'obbligo dell'indissolubilità presupporrà quindi l'assumere una posizione di ribellione verso la Chiesa, voler sovrapporre all'insegnamento divino una pretesa voce della propria coscienza, con la conseguenza che, se la volontà della parte ha escluso il bene dell'indissolubilità, la sua posizione psicologica sarà stata quella di voler divenire coniuge, ma con un regime di matrimonio che non è quello della Chiesa, perché respinge la qualità essenziale dell'indissolubilità<sup>45</sup>. Si sostiene opportunamente che questo requisito dell'indissolubilità, oltre a costituire un effetto del negozio giuridico matrimoniale, figura anche ed innanzi tutto quale una sua proprietà essenziale, per cui quante volte uno dei contraenti contragga matrimonio con l'intenzione positiva di escludere tale requisito e di riservarsi la possibilità di scioglimento del vincolo, egli pone necessariamente in essere un matrimonio nullo, non potendosi concepire l'esistenza di un negozio privo di una sua proprietà essenziale<sup>46</sup>.

Si è affermato più di recente che, soprattutto nelle regioni in cui la prassi o la piaga del divorzio è assai diffusa, accade con frequenza che le parti, anche se cattoliche, pensano che il matrimonio sia solubile e che, qualora la situazione

---

<sup>43</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit. pp. 16-17; IDEM, *Il governo universale della Chiesa*, cit., p. 217, dove si afferma che questa tesi, oltre a violare il diritto naturale alle nozze qual è stato sempre riconosciuto anche ai tiepidi nella fede o agli aridi nel rapporto interpersonale, configura un diritto del singolo a rompere unilateralmente un vincolo ogni qualvolta si profili la possibilità di una migliore intesa con altre persone più comprensive o più profondamente religiose.

<sup>44</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 20; IDEM, *Il governo universale della Chiesa*, cit., p. 218. Giuseppe Caputo, critica le obiezioni mosse dalla Fumagalli Carulli alla tesi dell'inconsumazione esistenziale, affermando che esse peccano di astrazione concettuale (*op. cit.*, p. 285). Sul punto vedi anche PAOLO MONETA, *Riflessioni critiche e spunti innovatori in tema di matrimonio non consumato*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973.

<sup>45</sup> ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 289, il quale continua, affermando che l'esclusione sarà quasi sempre condizionata all'esito non felice delle nozze, nel senso che la parte si riserva la facoltà di divorziare se le nozze non abbiano esito lieto (p. 291).

<sup>46</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 51.



coniugale lo richieda, possono recuperare la libertà dal vincolo precedente, con la facoltà di passare ad altre nozze<sup>47</sup>.

Si rileva che, poiché la indissolubilità del vincolo va considerata proprietà fondamentale del matrimonio cristiano, risulta evidente che ogni volontà contraria ad essa non possa far sorgere un rapporto coniugale; che, se bisogna circoscrivere l'esclusione dell'indissolubilità nella determinazione che il nubente elabora di liberare se medesimo dal rapporto, cioè dalle conseguenze giuridiche che ne derivano, bisogna riconoscere che il ricorso al divorzio concretizza un modo per annichilire il fondamento di quei diritti-doveri senza i quali il *consortium vitae* non ha significato; che, secondo la giurisprudenza, si ha esclusione dell'indissolubilità se la definitività della scelta venga pensata tramite la programmazione di un possibile ritorno alla libertà personale, ad una vita cioè individuale rispetto al coniuge e perciò incompatibile con quella consortile del matrimonio<sup>48</sup>.

Non si esita ad ammettere che, essendo la indissolubilità una proprietà essenziale del matrimonio, questo è invalido se nel momento di contrarlo viene esclusa tale proprietà e che l'esclusione della indissolubilità deve essere fatta con atto positivo di volontà, anche se non è necessario che l'esclusione sia formulata esplicitamente, con la conseguenza che si considera vera esclusione dell'indissolubilità se il matrimonio viene contratto "fino a che mi conviene", oppure temporalmente, sia che il tempo venga determinato sia che non venga determinato<sup>49</sup>. Ne consegue che non si ritiene vera esclusione dell'indissolubilità l'atteggiamento di colui che accetti l'opportunità della legge del divorzio, non perché sia convinto che la realtà sia così, e meno per il proprio matrimonio, ma come strumento giuridico e sociale per sanare la situazione di fatto di coloro che sono divisi e che vivono un matrimonio parallelo<sup>50</sup>.

Si è ancora ribadito che, essendo la indissolubilità una proprietà essenziale del matrimonio, a norma del can. 1056, proclamata dalla Chiesa sin dagli inizi del suo magistero, è naturale che chi escluda una tale proprietà contrae invalidamente, con la conseguenza che chi si riserva la facoltà di rescindere il matrimonio in determinate circostanze per recuperare la sua piena libertà, contrae un matrimonio invalido<sup>51</sup>.

Si è poi acutamente fatto presente che nel caso i due matrimoni, quello

---

<sup>47</sup> ANTONINO ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia, 1985, p. 65.

<sup>48</sup> SANDRO GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1985, pp. 207-210.

<sup>49</sup> JOSE F. CASTANO, *op. cit.*, pp. 111-112.

<sup>50</sup> JOSE F. CASTANO, *op. cit.*, pp. 112.

<sup>51</sup> LUIGI DE LUCA, voce *Matrimonio canonico* in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 25.

religioso e quello civile, siano celebrati pressoché contemporaneamente – ed è il caso di gran lunga più frequente – se il soggetto esclude con un atto positivo di volontà la indissolubilità del vincolo civile, è pressoché impossibile pensare che egli non abbia investito, con questa sua esclusione, anche la perpetuità del vincolo canonico<sup>52</sup>.

L'intenzione di compiere il matrimonio come dissolubile può realizzarsi mediante la riserva di rescindere il vincolo coniugale in determinate circostanze per riacquistare la piena libertà dal legame coniugale, cioè di ottenere il divorzio civile al fine di sciogliere il vincolo matrimoniale sia civile che canonico; e, quantunque una parte della vecchia giurisprudenza fosse dell'opinione che la volontà di ottenere il divorzio non implica la nullità del matrimonio, perché il divorzio civile non intacca il vincolo matrimoniale che si fonde sul diritto divino<sup>53</sup>, la successiva giurisprudenza rotale non esita ad osservare che la riserva del ricorso al divorzio civile implica gioco forza l'esclusione della proprietà essenziale dell'indissolubilità<sup>54</sup>.

Certo è che questo capo di nullità, particolarmente frequente, quello che viene invocato più spesso dinanzi ai tribunali ecclesiastici, ricorre quando uno o ambedue i contraenti si accostano al matrimonio rifiutando la proprietà essenziale dell'indissolubilità, non accettando di porre in essere un vincolo perpetuo che deve tenerli uniti tutta la vita<sup>55</sup>. L'esclusione dell'indissolubilità ricorre quando nei nubenti c'è la volontà di accedere ad un normale matrimonio ed impegnarsi a pieno nella vita matrimoniale, ma quest'impegno, anziché essere preso in perpetuo, senza alcuna limitazione temporale, viene inteso come destinato a cadere al verificarsi di certi eventi o al venir meno di certe aspettative<sup>56</sup>. È evidente che anche qui non basta la previsione o una certa propensione verso il divorzio, né la ritrosia o il timore che uno possa provare nell'assumere un impegno davvero irrevocabile, ma occorre una volontà positiva diretta ad un matrimonio dissolubile, un effettivo proposito di riprendersi la libertà, sia

---

<sup>52</sup> ORIO GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1968, p. 137.

<sup>53</sup> Cfr. dec. *coram* Solieri del 16 luglio 1927, in *S.R.R. Decis.*, vol. XIX, n. 3, p. 306; *coram* Pecorari del 21 dicembre 1937, in *S.R.R. Decis.*, vol. XXIX, n. 3, p. 774.

<sup>54</sup> Dec. *coram* Di Felice del 13 novembre 1982, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXIV, n. 2, p. 530; *coram* Jarawan dell'11 maggio 1985, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXVII, n. 2, p. 238; *coram* Palestro del 25 gennaio 1989, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXI, n. 7, p. 44; *coram* civili del 23 ottobre 1991, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXIII, n. 9, p. 586; *coram* Stankiewicz, del 25 giugno 1993, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXV, n. 9, p. 50.

<sup>55</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1998, p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo. Diritto civile canonico e concordatario*, Piacenza, 2005, p. 172.

<sup>56</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 173.

pure al verificarsi di certe circostanze<sup>57</sup>. A tal proposito si ricorda che l'atteggiamento di esclusione di indissolubilità può sorgere in conseguenza di un radicato convincimento contrario a tale proprietà, purché tale convincimento non sia rimasto a livello meramente intellettuale e teorico, ma sia stato tradotto in pratica ed applicato concretamente al matrimonio celebrato dal soggetto; che tale atteggiamento emerge frequentemente anche in chi si avvia al matrimonio in uno stato di perplessità, di incertezza verso il futuro, di timore per un esito infelice dell'unione coniugale, con la conseguenza che si crea in tal modo un conflitto interiore, perché il nubente, per un insieme di circostanze interne ed esterne, non può o non vuole sottrarsi ad un matrimonio, di cui peraltro avverte la difficoltà e l'elevato rischio di fallimento, per cui, per placare questo senso di incertezza, finisce per accettare una specie di matrimonio di prova e di proporsi di ricorrere al divorzio se i timori e le perplessità per un esito infausto dovessero effettivamente realizzarsi<sup>58</sup>.

La dottrina che individua tre tipi di indissolubilità, vale a dire la stabilità o permanenza, la perpetuità del matrimonio e l'indissolubilità in senso stretto del vincolo matrimoniale, ritiene, in primo luogo, che quando uno o entrambi i contraenti vogliono una relazione in se stessa transitoria ed episodica, senza la volontà di fondare un consorzio che duri tra loro, il matrimonio è nullo per l'esclusione di quella componente dell'indissolubilità che è la stabilità del vincolo matrimoniale, nel senso che il "matrimonio a prova" attenta direttamente a questa stabilità, in quanto tale matrimonio è caratterizzato dal fatto che esso si basa su una volontà il cui oggetto è iniziare un esperimento su certi aspetti della vita matrimoniale con riserva del diritto di approvare o rifiutare il risultato, supponendo nel presente una futura volontà di riconvertire tale convivenza sperimentale in matrimonio, nel caso di valutazione positiva, o terminandola nel caso di valutazione negativa<sup>59</sup>. Si afferma, in secondo luogo, che, ad un secondo livello, sebbene esista nel nubente la volontà di fondare un consorzio stabile, egli può far valere positivamente un consorzio coniugale non perpetuo, ma temporale (*ad tempus*), ad es. finché dura l'amore o l'attrazione sessuale, finché i figli sono maggiorenni, finché si è felici, ecc., nel qual caso si vuole un matrimonio temporale, la cui durata dipende dal conseguimento di certi fini soggettivi, ma al cui venir meno subito scompare

---

<sup>57</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 173.

<sup>58</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 137; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 174.

<sup>59</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 415.

il vincolo, ed allora la perpetuità del rapporto matrimoniale è sostituita dalla temporalità indefinita di un consenso continuato, ma reversibile<sup>60</sup>. Si ritiene, in terzo e ultimo luogo, che l'indissolubilità può essere esclusa direttamente o in senso stretto, e in questo caso il contraente non ha una volontà contraria alla stabilità e non pretende neanche una temporalità dell'unione matrimoniale, poiché vuole e spera una unione per tutta la vita, anche se si riserva un potere giuridico radicale, che eserciterà da sé o ricorrendo al potere di una autorità competente, cioè il potere di sciogliere il vincolo giuridico valido<sup>61</sup>.

#### 4. La esclusione dell'indissolubilità può essere esplicita o implicita.

La esclusione esplicita della indissolubilità si ha nel caso di simulazione del matrimonio, prevista nel can.1101 c.i.c. Nella simulazione, infatti, si verifica una divergenza tra la manifestazione esterna del consenso matrimoniale e la volontà interna del soggetto, che rifiuta una qualche componente essenziale del matrimonio. È stato affermato che, poiché il diritto canonico dà rilievo assolutamente prevalente alla effettiva volontà delle parti e considera questa sola volontà essenziale e necessaria per il sorgere di un valido vincolo coniugale, il matrimonio così celebrato non potrà che essere nullo per mancanza di un vero consenso, non potendosi considerare idonea a costituirlo la volontà del soggetto diretta ad un istituto che differisce sostanzialmente da ciò che la Chiesa considera vero matrimonio<sup>62</sup>.

In realtà, la esclusione esplicita dell'indissolubilità si ha in forza di un atto positivo di volontà, che può essere attuale, se presente nell'animo del soggetto nel momento stesso della celebrazione, quando cioè viene espresso il consenso, oppure virtuale, quando la volontà si sia formata in epoca anteriore a quella della celebrazione e non sia venuta meno, né sia stata ritrattata, pur non essendo presente nell'animo del nubente all'atto dello scambio del

---

<sup>60</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, pp. 415-417.

<sup>61</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 417, il quale osserva che la differenza tra la componente della perpetuità del vincolo e la indissolubilità in senso stretto di esso sta nel fatto che, mentre la volontà che esclude la perpetuità vuole fin dall'inizio un matrimonio temporale, al contrario, la volontà che esclude l'indissolubilità è la riserva di un diritto a sciogliere un vincolo che è valido o esistente, la cui cancellazione richiede, proprio per questo l'intervento di un potere giuridico la cui forza di sciogliere prevale giuridicamente e socialmente sulla forza di unione del vincolo matrimoniale valido (p. 418).

<sup>62</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 163, il quale continua dicendo che certamente la volontà interna del soggetto non può che presumersi conforme a quella che è stata espressa al momento della celebrazione nuziale, così come di norma avviene nella generalità dei casi, ma che il rilievo assolutamente preminente che il diritto canonico riconosce all'interno volere delle parti rende sempre possibile senza alcuna preclusione, limitazione o decadenza, l'accertamento di questo effettivo volere, che è l'unico a contare veramente ai fini della costituzione di un valido vincolo coniugale.

consenso matrimoniale<sup>63</sup>. Se invece l'intenzione è *habitualis*, ossia costituisce solo un *habitus mentale*, un modo di pensare che riguarda genericamente l'istituto matrimoniale e la sfera intellettuale, senza investire propriamente il momento della determinazione di volontà in ordine al matrimonio del nubente, allora, non essendosi concretata nel positivo atto di volontà, non ha efficacia invalidante<sup>64</sup>.

Si rileva che, come per ogni fenomeno simulatorio, anche per l'esclusione dell'indissolubilità occorre nel nubente un atto positivo di volontà; cioè una vera e propria decisione anche solo implicita di escludere dal proprio matrimonio la perpetuità, con la conseguenza che non basta provare che il soggetto riteneva in caso di fallimento del matrimonio sia giusto ricorrere al divorzio, ma occorre che alla mentalità divorzistica abbia fatto seguito la volontà di escludere dal proprio matrimonio la indissolubilità<sup>65</sup>. L'atto positivo di volontà deve essere tale da superare la presunzione di cui al can. 1101 par. 1, secondo cui il consenso interno della volontà si ritiene conforme alle parole o ai segni usati nella celebrazione del matrimonio. Tale presunzione, peraltro, nella dottrina e nella giurisprudenza ha finito per rivelare la sua fragilità, specie se si considera che essa a sua volta si basa sulla presunzione della *generalis intentio*, con la conseguenza che, a poco a poco, ci si è resi conto che un'applicazione incondizionata della presunzione dell'*intentio generalis faciendi id quod facit Ecclesia* a tutti coloro che celebrano il matrimonio canonico, non era sostenibile in un diverso ambiente culturale e spirituale o per coloro che appartengono a certi contesti sociali<sup>66</sup>. Ed in effetti, la diffusione della mentalità divorzistica in gran parte della nostra società occidentale ha fatto sorgere in dottrina la proposta di interpretare questo caso di nullità, capovolgendo la presunzione di validità fissata come regola generale nel can. 1060, nel senso che, in caso di esclusione dell'indissolubilità, anziché presumersi la validità del matrimonio, e la corrispondenza tra dichiarazione e volontà (can. 1101 par. 1), si dovrebbe presumere l'invalidità per cui tutti i contraenti oggi dovrebbero considerarsi presumibili autori dell'atto di esclusione dell'indissolubilità e non invece della *intentio generalis faciendi id quod facit Ecclesia*<sup>67</sup>. Indirizzò, questo, la cui applicazione da parte di alcuni tribunali ecclesiastici è stata riprovata da Giovanni Paolo II nell'allocuzione

---

<sup>63</sup> ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano, 2007, p. 85.

<sup>64</sup> ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>65</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, *cit.*, p. 147.

<sup>66</sup> LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 26.

alla Rota romana del 21 gennaio 2000, anche se in dottrina si è rilevato che sempre più frequente è stata la presa di coscienza dello scarso valore che in certi casi può avere una tale presunzione<sup>68</sup>. Conseguentemente si è di recente concluso che comunemente l'agire matrimoniale abbia contenuti cristianamente alienanti così che ordinariamente dalla dichiarazione nuziale non può farsi deduttivamente derivare un significato rispondente al senso cattolico usualmente proprio alle parole, per lo più ritualmente predeterminate, con le quali viene esteriorizzata dai nubenti la loro intenzionalità matrimoniale, con la conseguenza che in questo contesto il ragionamento congetturale legislativamente stabilito nel can. 1101 par. 1 c.i.c., nell'odierno orizzonte culturale occidentale e con le idee matrimoniali ordinariamente derivate dallo stesso, in parecchie fattispecie non può più ritenersi credibile<sup>69</sup>.

È da osservare, peraltro, che il criterio del *positivus voluntatis actus* che comporta la esclusione esplicita della indissolubilità e che attiene alla così detta simulazione del matrimonio, si riferisce ad un fenomeno, qual è quello simulatorio, che è indicato con un termine, quello di simulazione, che non è usato dalla legge e che, a parere di un autore, dovrebbe essere abbandonato, in primo luogo, perché non c'è necessariamente il dolo in chi esclude l'indissolubilità, se si intenda il dolo nel senso di deliberata e consapevole tenuta di una condotta antiggiuridica, in secondo luogo, perché non c'è nel cosiddetto simulatore una volontà totalmente e consapevolmente contraria alla posizione di un atto giuridico e, infine, in terzo luogo, perché non ci sono nell'intenzione del cosiddetto simulatore un negozio simulato, del quale si vuole la mera apparenza, e uno dissimulato, del quale invece si vuole la sostanza<sup>70</sup>. Conseguentemente, tali ragioni inducono a ritenere come sia più opportuno ricorrere al termine legale di esclusione, che rende meglio la natura del fenomeno, senza complicarne la comprensione con una implicita analogia con istituti di diversi ordinamenti giuridici<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 146. Si era già affermato dalla stessa autrice che vi è nella realtà odierna un dato sociologico che impone di considerare l'*intentio generalis* come più ferma forse di un tempo, dal momento che, proprio perché è penetrato nel costume sociale l'uso di contrarre matrimonio civile, è da presumersi che coloro i quali si rivolgono all'ordinamento della Chiesa facciano ciò proprio in adesione alla sua dottrina, presumendosi dunque che essi vogliono fare ciò che la Chiesa fa (*Il matrimonio canonico dopo il Concilio cit.*, pp. 122-123).

<sup>68</sup> LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, loc. cit., p. 26.

<sup>69</sup> PIERO ANTONIO BONNET, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un occidentale cristianizzato*, Milano, 2006, p. 83.

<sup>70</sup> PAOLO BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità quale caso di nullità del matrimonio*, in *Jus Ecclesiae XIII* (2001), pp. 632-633.

<sup>71</sup> PAOLO BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità*, cit., loc. cit., p. 633.

La così detta esclusione della indissolubilità deve avvenire, come già scritto, con un atto positivo di volontà, attuale o virtuale, tale da superare la presunzione di cui al can. 1101 par. 1, la cui sensatezza deve essere confermata<sup>72</sup>.

Senonchè a partire dall'anno 1954 la giurisdizione rotale viene a configurare un tipo di errore che si contrappone al semplice errore e che finisce per incidere sulla volontà. Si afferma, infatti, da una sentenza che, se l'errore " *eius naturam sit ita in animo contrahentis radicans ut novam veluti constituat, difficilis admittitur dissentio*"<sup>73</sup> e per la prima volta si riconosce che le idee della persona incidono sulla condotta della stessa, quando si tratta di idee profondamente radicate, con la conseguenza che in contrapposto all'atto positivo di volontà, formale ed esplicito di esclusione dell'indissolubilità, si profila nettamente un tipo di esclusione implicita della perpetuità del matrimonio<sup>74</sup>. Conseguentemente, quanto più tenace è l'errore, tanto più debole è la presunzione che esista una volontà di fare ciò che fa la Chiesa, e quanto più tenace è l'errore tanto più facilmente si deve ritenere l'esistenza dell'atto di volontà<sup>75</sup>.

Una autorevole dottrina, contemporanea al profilarsi di un simile intendimento giurisprudenziale, confermato da un'altra sentenza della Rota Romana<sup>76</sup>, aveva finito per affermare che tale indirizzo innovatore, che prescindeva completamente dal testo legislativo, di cui al can. 1086 del vecchio codice, nel quale erano fissati i termini di rilevanza giuridica dell'*intentio contra matrimonii substantiam*, finiva per aprire la via ad una illimitata investigazione psicologica che procurava ben note incertezze e un gravissimo rischio di conclusioni avventate e arbitrarie<sup>77</sup>. Invero, tale atteggiamento giurisprudenziale, insieme alla mentalità divorzistica, sempre più dilagante, ha abbandonato il criterio del *positivus voluntatis actus*, rendendo meno ardua la prova della positiva esclusione dell'indissolubilità<sup>78</sup>. Si ribadiva da tale dottrina che, prima

---

<sup>72</sup> PAOLO BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità*, cit., loc. cit., p. 637.

<sup>73</sup> Dec. coram Felici del 13 luglio 1954, in *S.R.R. Decis.*, 1954, pp. 614-622.

<sup>74</sup> SANTIAGO PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio* in *Jus canonicum XXIII* (1993), p. 279, il quale rileva anche che, a partire da questa sentenza *coram Felici*, si insinua la presunzione dell'esclusione positiva allorché nel nubente si abbiano idee contrarie all'indissolubilità del matrimonio e si provi l'esistenza di un errore pervicace e radicato fermamente nella mente del contraente (p. 282).

<sup>75</sup> SANTIAGO PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad*, cit., loc. cit., p. 282.

<sup>76</sup> Dec. *coram Felici* del 17 dicembre 1957, in *S.R.R. Decis.*, vol. XLIX, p. 844.

<sup>77</sup> ERMANNO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del matrimonio*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D'avack*, vol. II, Milano 1976, p. 698.

<sup>78</sup> ERMANNO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica*, cit., loc. cit., p. 682.

del formarsi della volizione, *dispositio voluntatis*, in ordine ad un determinato oggetto, l'elemento teoretico resta semplicemente una *dispositio animi*, trattandosi di velleità, opinioni, convinzioni, che, se pure radicate nell'animo del nubente, non sono abiti volitivi, bensì abiti mentali (*voluntas habitualis*)<sup>79</sup>. Si osservava che la *generalis intentio* non è volontà effettiva e reale, ma è atto meramente teoretico, e che le opinioni, le convinzioni, gli atteggiamenti e gli orientamenti teoretici, cioè le mentalità del nubente, hanno non scarso rilievo sul piano della prova, ma non costituiscono quell'atto positivo di volontà richiesto dalla legge al fine di escludere l'indissolubilità del vincolo<sup>80</sup>.

Tali acute osservazioni e conclusioni effettuate sotto la vigenza del Codice piano-benedettino del 1917, non hanno impedito al nuovo legislatore del 1983 di stabilire la disposizione di cui al can.1099 che prevede l'*error determinans voluntatem*. E a tal proposito si precisa che il principio affermato nel detto canone sancisce l'irrelevanza dell'errore sulle proprietà essenziali ogniqualvolta questo non coinvolge la volontà<sup>81</sup>. In effetti, l'errore può essere concomitante, quando il nubente contrae il matrimonio con un'idea erronea relativa alle proprietà essenziali, che però non è così decisiva per lo stesso nubente, che avrebbe contratto anche se avesse saputo del suo errore; può essere antecedente, quando la conoscenza erronea circa la proprietà sia talmente importante che il contraente non avrebbe posto in essere l'atto se fosse stato al corrente del proprio sbaglio; può essere *error dans causam contractui*, quando l'errore induce all'atto il nubente, che contrae perché ritiene il matrimonio dissolubile o poligamico, ma tuttavia non verte sull'essenza e non entra nell'atto in quanto tale, limitandosi a costituirne una motivazione anche di grandissima importanza<sup>82</sup>. Peraltro, non può non considerarsi rilevante canonicamente l'errore sulle proprietà essenziali o sulla dignità sacramentale del matrimonio quando sia tale da determinare la volontà, investendo non solo l'elemento intellettuale, ma anche quello volitivo dell'atto, con la conseguenza che ne consegue una modificazione essenziale di quest'ultimo<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> ERMANNIO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica*, cit., loc. cit., p. 687.

<sup>80</sup> ERMANNIO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica*, cit., loc. cit., p. 688.

<sup>81</sup> PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto sulle proprietà essenziali e sulla sacramentalità* (can. 1099 c.i.c.), in *Error determinano voluntatem*, Città del Vaticano, 1995, p. 46. Cfr. anche MONTSERRAT GAS I AIXENDRI, *El error determinante sobre la dignidad sacramental del matrimonio y su relevancia jurídica*. In *Jus canonicum* 43 (2003), p. 201.

<sup>82</sup> PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto sulle proprietà essenziali*, cit., loc. cit., pp. 44-45.

<sup>83</sup> PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto*, cit., loc. cit., pp. 52-53. Sul punto cfr. ELOY TEJERO, *La ignorancia y el error sobre la identidad del matrimonio*, in *Error, icinorancia y dolo en el consentimiento matrimonial* (a cura di JUAN IGNACIO BANARES), Pamplona, 1996, pp. 115 ss.



Dalla dottrina si è ricondotta la fattispecie di cui al can. 1099 c.i.c. ad altre ipotesi normative previste dal Codice e, in particolare, si è ricondotta la fattispecie esaminata all'errore che *recidit in condicionem sine qua non*, di cui al can. 126 c.i.c.<sup>84</sup>. Si è, tuttavia, osservato che applicare un tale disposto normativo alla fattispecie del can. 1099 c.i.c. non sembra del tutto perspicuo se non altro per il fatto che una volontà la quale si plasmi per effetto di un errore su uno dei principi dai quali scaturiscono le proprietà essenziali del matrimonio, e di quello sulla natura sacramentale del matrimonio, si caratterizza necessariamente come non matrimoniale; il che però non a motivo di una componente soltanto soggettivamente divenuta essenziale, ma a causa di un elemento voluto che è oggettivamente incompatibile con la stessa essenza dell'atto, in ragione della capacità identificativa determinata dal legame insuperabile con l'essenza<sup>85</sup>. Conseguentemente, si precisa che la fattispecie esaminata rientra non nella seconda ipotesi sancita dal can. 126 c.i.c., ma invece proprio nella prima ipotesi relativa all'*error qui versetur circa id quod substantiam actus constituit*, per cui l'errore sulle proprietà essenziali del matrimonio, quando investe la volontà, impedendo un valido conformarsi dell'atto, costituisce un fenomeno a sé stante e quindi una fattispecie autonoma<sup>86</sup>. E allora si pone la questione relativa alla necessità di distinguere la figura dell'errore che determina la volontà dalla fattispecie della simulazione. All'uopo si afferma che la distinzione consiste nel fatto che la simulazione richiede un atto specifico di volontà che ricada sulle proprietà, laddove l'errore non richiede un tale atto di volontà, anche se in entrambi i casi si verifica una esclusione, dal momento che si desidera un matrimonio privato di una proprietà essenziale<sup>87</sup>. Pertanto può dirsi che ciò che può essere oggetto di simulazione può essere anche oggetto di errore ostativo, con la conseguenza che, se si ammette che può aversi simulazione implicita, sempre si richiede un atto specifico, quantunque implicito, di escludere e, mentre nella simulazione parziale vi è un desiderio di

---

<sup>84</sup> URBANO NAVARRETE, *De sensu clausulae "dummodo non determinet voluntatem" can. 1099*, in *Periodica de re canonica*, 81 (1992), pp. 486-491.

<sup>85</sup> PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto*, cit., *loc. cit.*, p. 62.

<sup>86</sup> PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto*, cit., *loc. cit.*, pp. 62-63. Sul punto vedi anche ANTONI STANKIEWICZ, *L'errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia giuridica*, in *Error determinans voluntatem*, cit., pp. 79 Ss., il quale osserva che indipendentemente dallo schema concettuale, cui viene inquadrato l'errore determinante la volontà, è da ritenere che tale errore di diritto debba essere considerato come capo autonomo di nullità matrimoniale, formalmente distinto dalla simulazione (pp. 84-85). Solo un accenno da parte di ZENON GROCHOLEWSKI, *L'errore come l'unità l'indissolubilità e la sacramentalità del matrimonio*, in *Error determinans voluntatem*, cit., p. 11.

<sup>87</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, in AA. VV., *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*, cit., p. 204.

sposarsi e un desiderio di escludere la proprietà essenziale, nell'errore ostativo, al contrario, vi è un solo desiderio, quello di sposarsi secondo il modello falso che il nubente si rappresenta del matrimonio<sup>88</sup>. La natura ostativa dell'errore determinante la volontà avvicina questa figura al fenomeno simulatorio, tanto che si ritiene che tale errore viene a confluire e a costituire una particolare ipotesi della più generale figura dell'esclusione volontaria del contenuto sostanziale del matrimonio, cioè di *intentio contra matrimonii substantiam*<sup>89</sup>. Non si esita ad affermare, peraltro, che sotto il profilo della interazione tra elementi, intellettivi ed elementi volitivi del consenso, esiste una differenza tra *error determinans voluntatem* e simulazione, perché nel caso di *error* il nubente ritiene erroneamente che il modello voluto dalla Chiesa sia quello di un matrimonio dissolubile, laddove nel caso di simulazione, il nubente sa che la Chiesa pretende l'indissolubilità e proprio sulla base di quell'elemento intellettivo lo esclude dal proprio matrimonio<sup>90</sup>. La verità è che, come si affermava da una vecchia e autorevole dottrina, la esclusione esplicita, cioè la simulazione, presuppone la conoscenza della proprietà essenziale, laddove la esclusione implicita non richiede ciò e produce gli stessi effetti che produce la esclusione implicita<sup>91</sup>.

5. La esclusione dell'indissolubilità può essere poi assoluta o ipotetica (condizionata).

La dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nell'affermare che l'esclusione dell'indissolubilità può aversi non soltanto in forma assoluta, ma anche in forma ipotetica, verificandosi, cioè, determinate condizioni. Nella simulazione o esclusione parziale il soggetto non soltanto non esclude il contenuto e gli effetti della manifestazione, ma vuole fare un matrimonio riducendolo ad uno schema diverso da quello proposto dalla Chiesa, nel senso che nella simulazione parziale si ha sempre mancanza di corrispondenza tra la volontà matrimoniale del soggetto e quella dell'ordinamento giuridico canonico<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> JOSÉ I. MARTIN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, cit., loc. cit., pp. 204-205. Cfr. anche PIOTR MAJER, *El error ciue determina la voluntad can. 1099 nel cic de 1983*, Pamplona, 1997, pp. 160 ss.

<sup>89</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 123.

<sup>90</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, cit., p. 139.

<sup>91</sup> FELICE MARIA CAPPELLO, *Tractatus canonicomoralis de sacramentis*, V, *De matrimonio*, Taurini, 1950, p. 576.

<sup>92</sup> MARIO F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1993, p. 241, il quale rileva che la simulazione invero può riguardare non solo la totalità del negozio, ma anche unicamente

E ciò, nel caso dell'esclusione dell'indissolubilità, a prescindere se l'esclusione risulti essere assoluta o ipotetica. Si dice in dottrina: "Se suele distinguir entre una exclusiòn absoluta, quando el simulante excluye en todos los supuestos la indisolubilidad y una exclusion hipòtetica, la cual se da en el caso de que quien simula quiera contraer un matrimoniù que pueda disolver cuando suceda una determinada circunstancia"<sup>93</sup>.

Si afferma che si ha una riserva contro la indissolubilità del matrimonio quando chi si sposa ha la volontà di stipulare un matrimonio solubile, oppure, cosa che porta agli stessi risultati, se vuole scindere il proprio vincolo coniugale, alla quale fattispecie è indifferente se egli intenda il divorzio in sé e per sé oppure nel caso che si realizzi una determinata condizione, per es. nel caso che il ménage coniugale non funzioni<sup>94</sup>. Vi è insomma nelle parti l'intento di ricorrere al divorzio o di riacquistare la propria libertà nei confronti del coniuge in modo ipotetico, cioè nel caso che l'unione coniugale si riveli infelice o non sortisca l'esito sperato<sup>95</sup>. Dalla giurisprudenza più recente si afferma, infatti, che "*matrimonium nullum evadit sive pars contrahens velit indissolubilitatem absolute excludere vel hypothetice tantum, ex gr. si res male in futuro coniugio cesserint*"<sup>96</sup>; che "*iuxta constantem et unanimem iurisprudentiam nostri fori habetur indissolubilitatis exclusio sive quis decernit se vinculum dissolvere absolute, sive sibi proponit id facere hypothetice tantum*"<sup>97</sup>; che "*Intentio contra bonum sacramenti seu indissolubilis, non parum saepe proditur sub forma propositi descendendi a comparte, sed absolute concepit sive conditionate, id est si quaedam contingant, ut puta si vita coniugalis impossibilis evadat*"<sup>98</sup>.

---

un suo elemento e che chi simula totalmente, è ben consapevole del suo atto generatore di nullità, mentre chi compie una simulazione parziale, può pensare di contrarre un matrimonio in quanto la sua volontà è in qualche modo indirizzata ad essa (pp. 239-240).

<sup>93</sup> IGNAZIO MARTIN SANCHEZ, *Causa error y simulaciòn en el matrimonio canonico*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D'avack*, vol. III, Milano, 1976, p. 117.

<sup>94</sup> REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli, 1985, p. 147.

<sup>95</sup> PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., pp. 172-173; il quale rileva che c'è nel nubente la volontà di accedere ad un normale matrimonio e di impegnarsi a pieno nella vita matrimoniale, ma tale impegno, anziché essere preso in perpetuo, senza alcuna limitazione temporale, viene inteso come destinato a cadere, per lo meno al verificarsi di certi eventi o al venir meno di certe aspettative (p. 173).

<sup>96</sup> Dec. *coram Laurentio civili*, del 22 marzo 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 212.

<sup>97</sup> Dec. *coram Huber*, del 28 settembre 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 527.

<sup>98</sup> *Coram Shankievicz* del 27 ottobre 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 599; *coram Shankievicz* del 22 febbraio 1996, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVIII, p. 119. Vedi inoltre dec. *coram Huber* del 1 dicembre 1999, in *Ius ecclesiae*, 2001, p. 722; *coram Bottone* dell'8 giugno 2000, in *Ius Ecclesiae*, cit., p. 739.

Si afferma, peraltro, da un autorevole scrittore, che vi sono sentenze le quali prendono in considerazione come *intentio contra bonum sacramenti* invalidante il matrimonio l'intenzione di procedere al divorzio civile *si casus eveniat*, cioè quando si abbia il caso di incompatibilità di carattere, di malattia sopravvenuta, di mancanza di prole, di particolari difficoltà economiche, ecc., e che questa opinione appare tale da non offrire neppure un minimo di plausibilità, perché, accogliendola, si giunge a dare rilievo ad un istituto, quale il divorzio civile, che per l'ordinamento della Chiesa, è assolutamente inesistente e non può costituire neppure un fatto giuridico, ma è semplicemente un fatto materiale, tale perciò da non poter essere preso, in alcun modo, in considerazione<sup>99</sup>.

Si osserva, in senso contrario, che è giurisprudenza consolidata che anche la riserva di far ricorso al divorzio civile "*si casus ferat*" implica l'esclusione del "*bonum sacramenti*" e quindi nullità del matrimonio; che, con adesione alla psicologia dell'uomo medio, coloro che si propongono il divorzio civile evidentemente si propongono di ricavare *ex hoc facto* la maggiore utilità ed evitare l'onere dell'indissolubilità<sup>100</sup>. È evidente che l'esclusione dell'indissolubilità, anche in questa ipotesi, debba avvenire con atto positivo di volontà, con la conseguenza che sarebbe inesatto, ogni volta che ci si trovasse di fronte ad un convinto e pervicace divorzista trarre la conseguenza che il suo atto di volontà sia viziato dall'errore e perciò il matrimonio sia nullo, perché può accadere che anche un convinto divorzista voglia per il proprio matrimonio legarsi per sempre all'altra persona per grande amore<sup>101</sup>.

A proposito della esclusione ipotetica o condizionata della indissolubilità è stato rilevato che la esclusione della indissolubilità è *negatio indissolubilitatis in consensu*, la quale negazione, se è compiuta con atto positivo di volontà, è assoluta, sia che il nubente si riservi il diritto di rompere il vincolo assolutamente, sia che lo stesso nubente si riservi tale diritto al verificarsi di una circostanza, nel senso che nell'uno e nell'altro caso manca l'accettazione dell'indissolubilità, secondo la genuina nozione del consenso, e nell'uno e nell'altro caso il nubente vuole un matrimonio dissolubile<sup>102</sup>. Si afferma, in sostanza, che in tutti i casi in cui l'atto positivo di volontà viene formulato in

---

<sup>99</sup> ORIO GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 141. In senso contrario, cfr. PASQUALE SILVESTRI, *Esclusione del bonum sacramenti*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, *Il consenso*, Città del Vaticano, 2003, pp. 359 ss.

<sup>100</sup> LUIGI DE LUCA, voce *Matrimonio canonico*, cit., loc. cit., p. 25.

<sup>101</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi concreti*, cit., p. 139.

<sup>102</sup> ZENON GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Napoli, 1973, p. 116.

modo ipotetico, *si casus ferat*, non si tratta in realtà di una esclusione condizionata dell'indissolubilità, cioè di una esclusione dipendente da una circostanza esterna, bensì di una esclusione che, se vera, è assoluta nel momento stesso in cui viene concepito l'atto positivo di volontà, proprio perché l'indissolubilità appartiene all'oggetto del consenso, nel senso che è la rottura dell'unione coniugale cioè del matrimonio *in facto esse* che si fa dipendere da una certa circostanza, non l'esclusione dell'indissolubilità in quanto tale, poiché è ipotetica la rottura, non la esclusione<sup>103</sup>. In effetti, ciò che dà corpo all'atto positivo di volontà è soltanto la *reservatio iuris sen facultatis solvendi vinculum si casus ferat*, non la volontà di celebrare il matrimonio e poi di scioglierlo con il divorzio, la quale ultima ipotesi si può senza dubbio verificare, soprattutto nei casi di matrimonio a termine, ma anche in siffatta ipotesi si tratta pur sempre della riserva del diritto o facoltà di chiedere il divorzio e basta questa riserva ad escludere la indissolubilità come oggetto del consenso ed, anche se il divorzio non verrà mai chiesto, il consenso, invalido fin dall'inizio, resta tale per sempre<sup>104</sup>.

Nell'ipotesi dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico, condizionato o relativo, l'esclusione dell'indissolubilità da parte del nubente viene collegata al verificarsi di un evento futuro, ad esempio al fallimento della vita coniugale, sebbene a titolo quasi cautelativo nei confronti di tale eventualità per non privarsi del beneficio del divorzio e l'opinione prevalente ritiene che nell'ipotesi menzionata si verifichi soltanto la rottura ipotetica o condizionata del matrimonio, non l'esclusione della indissolubilità<sup>105</sup>. Che l'esclusione della indissolubilità possa essere anche ipotetica o condizionata, è stato di recente ribadito da chi sostiene che è rilevante anche un'esclusione dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico, *si casus ferat*<sup>106</sup> e da tutta la giurisprudenza rotale, la quale non esita ad affermare che "*ne quo necesse est ut adsit intentio absoluta quomodocumque vinculum solvendi, cum exclusio boni sacramenti, quae matrimonium irritat, habeatur etiam per conditionatam voluntatem rescindendi vinculum si quaedam contingant, uti, v. gr., si amor vel concordia deficiat, si coniugalis convictus infelix evadatet ita porro*"<sup>107</sup>; che "*matrimonium*

---

<sup>103</sup> SEBASTIANO VILLEGGIANTE, *L'Esclusione del "bonum sacramenti"*, in AA.VV. *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1990, p. 213.

<sup>104</sup> SEBASTIANO VILLEGGIANTE, *L'Esclusione del "bonum sacramenti"* cit., loc. cit., pp. 214-215.

<sup>105</sup> ANTONI STANKIEWICZ, *La simulazione del consenso per l'esclusione dell'indissolubilità in Jus Ecclesiae XIII* (2001), pp. 670671.

<sup>106</sup> ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 92.

<sup>107</sup> Dec. *coram* Palestro dei 24 marzo 1993, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXV, p. 214; *coram* Sable dei 24 febbraio 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 167.

*igitur consensus evacuatur et matrimonium nullum evadit sive pars contrahens velit indissolubilitatem absolute excludere vel hypothetice tantum, ex gr., si res male in futuro coniugio cesserint*<sup>108</sup>; che “*intentio contra bonum sacramenti, seu exclusio indissolubilitatis, non parum saepe proditur sub forma propositi discedendi a comparte, sive absolute concepti, sive condionate, id est si quaedam contingant, ut puta si vita coniugalis impossibilis evadat*”<sup>109</sup>.

In dottrina poi si parla indifferentemente di matrimonio a termine, *ad tempus*, e di matrimonio a prova, *ad experimentum*, senza peraltro ben mettere a fuoco la distinzione in parola, se è vero che la dottrina ora afferma che l'esclusione dell'indissolubilità esiste quando almeno uno dei contraenti manifesta la positiva intenzione di contrarre un matrimonio temporale, un matrimonio a prova o di esigere il divorzio, dovendosi, peraltro, ricordare che l'esclusione dell'indissolubilità può aversi in forma assoluta o in forma ipotetica<sup>110</sup>, ora ribadisce che escludono la proprietà essenziale dell'indissolubilità coloro che pretendono di contrarre un matrimonio dissolubile, un matrimonio a prova o un matrimonio temporale e che la indissolubilità si esclude quando un contraente si riserva il diritto di esigere il divorzio civile, senza che sia necessaria la decisione assoluta di esigerlo, essendo sufficiente la intenzione ipotetica, come per es. se cesserà l'amore, se sarà infelice la vita coniugale<sup>111</sup>.

La verità è che l'esclusione assoluta dell'indissolubilità si ha nel matrimonio a termine, *ad tempus*, ad esempio, “chiederò il divorzio dopo cinque anni, oppure dopo la morte del suocero, ecc.”, laddove l'esclusione ipotetica o condizionata dell'indissolubilità si ha nel matrimonio a prova, *ad experimentum*, nel senso che, chi esclude l'indissolubilità del matrimonio *si casus ferat* è colui che contrae il matrimonio sotto condizione risolutiva<sup>112</sup>. E invero l'esclusione dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico viene collegata ad un evento futuro e non si è mai dubitato che sia nullo il matrimonio nel caso in cui l'esclusione sia formulata in modo ipotetico, dal momento che *quoad bonum sacramenti* non si può distinguere tra l'esclusione del diritto e l'esclusione dell'esercizio del diritto, per cui in tal caso vengono a configurarsi due

---

<sup>108</sup> Dec. *coram* Civili del 22 marzo 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 212.

<sup>109</sup> Dec. *coram* Stankiewicz, del 27 ottobre 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 599.

<sup>110</sup> FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 226.

<sup>111</sup> MARIANO LO'PEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canonico y concordado*, Madrid, 2001, p. 242.

<sup>112</sup> ERMANNO GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956, p. 199.

fattispecie distinte, l'esclusione dell'obbligazione, cioè l'esclusione assoluta dell'indissolubilità e l'esclusione dell'adempimento dell'obbligazione equivalente all'esclusione ipotetica dell'indissolubilità: fattispecie che convergono entrambe nell'unico effetto, cioè l'invalidità nel consenso<sup>113</sup>. Distinzione, questa, che è stata, più di recente confermata da chi afferma che l'esclusione dell'indissolubilità può aversi in forma assoluta, quando il contraente, al momento di manifestare il consenso, opta per un matrimonio temporale, o in forma ipotetica, nel caso cioè in cui il matrimonio sarà invalido, se cesserà l'amore fra i coniugi o se uno dei due incontrerà un compagno più adatto (matrimonio a prova)<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> ERMANN0 GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva*, cit., p. 198.

<sup>114</sup> ANTONIO MOLINA MELIA-M. ELENA OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, pp. 237-238.

## *La Chiesa e gli altri culti*

MARIO TEDESCHI

Inutilmente un cultore di diritto canonico cercherebbe nel *Codex* una qualche disposizione che affronti l'argomento, e ciò nonostante la sua attualità ed importanza e il fatto che sia stato promulgato dopo il Concilio Vaticano II, dal momento che tale corpo di norme riguarda la vita interna della Chiesa, la sua costituzione ed organizzazione, i mezzi di cui si avvale.

Qualcosa di più si rinviene nei Documenti del Concilio Vaticano II, in particolare nella "*Lumen Gentium*" ove – dopo avere accennato al patto istituito da Cristo con Israele e Giuda, dal momento che tutti i credenti in Cristo costituiscono il nuovo Popolo di Dio, una stirpe eletta, che "ha per condizione la dignità e libertà dei figli di Dio... per legge il nuovo precetto di amare come lo stesso Cristo ci ha amati... e per fine il Regno di Dio" (L.G. n. 9) – parla dei rapporti con i cristiani non cattolici, ai quali la Chiesa si sente congiunta sotto un solo Pastore (L.G. n. 15), e di quelli con i non cristiani che, pur non avendo ancora ricevuto il Vangelo, fanno parte del Popolo di Dio, in particolare i musulmani che professano la fede in Abramo, adorano un solo Dio e che "senza colpa ignorano il Vangelo di Cristo" (L.G. n. 16).

Qualcosa c'è anche nel Proemio della "*Unitatis redintegratio*" che iniza sulla necessità di ristabilire l'unità tra tutti i cristiani, dal momento che l'ecumenismo era uno dei fini principali del Concilio, e nella "*Dignitatis Humanae*", che concerne, come è noto, la libertà religiosa che il Concilio connette alla dignità della persona umana, e cioè alla natura stessa di tutti gli esseri umani (D.H. n. 2), ma anche delle comunità religiose (D. H. n. 4).

Molto poco rispetto alla vastità dei problemi riguardanti i rapporti tra Chiesa e comunità politica e tra Chiesa e mondo. A prescindere dalla difficoltà di pensare che i musulmani siano tutti in attesa del Vangelo (L. G. n. 16), è proprio l'idea di evangelizzazione che segna i suoi limiti e che spiega, anche sul piano storico, le ragioni di scismi, divisioni, guerre di religione che hanno caratterizzato la fine del mondo antico e i primi secoli del moderno. Il



dogmatismo religioso non può far agio sulla storia vissuta, sulle vicende, per restar fuori dall'Europa, che hanno caratterizzato la colonizzazione americana, sia del Nord che del Sud, ove gli indigeni erano tutti trattati alla stregua di animali per il semplice fatto di non essere battezzati. Si è tardato molto a capire che siamo tutti figli di Dio. Parlare di ecumenismo e nel contempo riaffermare il primato pontificio, significa incorrere nuovamente negli errori di un tempo, quelli che per l'appunto hanno dato luogo alle divisioni e agli scismi. Solo chi ha poco affidamento nella storia può crederci ed io non sono fra questi.

Il mese scorso mi hanno chiesto di parlare a Bari delle minoranze religiose, termine che io ho criticato perché presuppone una maggioranza, quella cattolica, preferendo parlare di pluralismo religioso. Qui è più legittimo riferirsi agli altri culti, visti in rapporto con la Chiesa, e partire dal suo punto di vista. L'analisi però non può essere la stessa per le confessioni che vivono nell'alveo del cristianesimo, per quelle che ne sono fuori, anche se in alcuni casi hanno in comune – come gli israeliti e i musulmani – il Vecchio Testamento, e per le cc. dd. nuove religioni, che pure saranno sorte per un qualche motivo.

Io so bene che la Chiesa partecipa al Consiglio Ecumenico delle Chiese, che ha sede a Ginevra, che si è iniziato da tempo un dialogo inter-religioso che ha sede proprio in Vaticano, che il Papa si è recato in Israele, ha avuto contatti con i greci ortodossi, non si è sottratto ad alcun confronto. Il Magistero ecclesiastico è importante, ma a che cosa conduce? A riaffermare la Chiesa come istituzione centrale e solo punto di riferimento.

Pertanto, nemmeno questa impostazione appare accettabile. Senza bisogno di richiamarsi all'attuale multiculturalismo, i rapporti tra le grandi religioni sono secolari, in taluni casi millenari. Il mondo si è strutturato diversamente sulla base di tali credenze, tutte portatrici di messaggi mirabili, di filosofie superiori, durature, adatte ad epoche e sistemi politici diversi. I rapporti inter-religiosi sono pertanto antichi come il mondo e ne hanno condizionato la storia. È possibile riguardarli da particolari angoli visuali, metterli a confronto, valutarli. Di fronte alla bellezza dei templi indiani e al messaggio che se ne trae, o all'elevatezza del pensiero buddhista o confuciano, per non parlare delle altre filosofie orientali, non si può non rimanere ammirati. Potranno adattarsi poco alla tradizione occidentale, non avere un valore assoluto, ma non si potrà negare che sono fattori positivi di civiltà. Sarebbe lecito chiedersi cosa loro pensano del cristianesimo, perché taluni Paesi appaiono tolleranti mentre in altri i cristiani vengono perseguitati. Tra le confessioni non valgono le condizioni di reciprocità che caratterizzano i rapporti interstatuali e, nonostante la comparazione abbia costituito un metodo, non è più possibile procedere su questa strada. I loro contenuti non si conoscono mai abbastanza,

vi sono punti di contatto, ma in genere le differenze sono abissali. Tutto ciò vale per le grandi religioni.

Se si passa a quelle cristiane, le differenze sono molto minori, ma ci sono, come appaiono evidenti all'interno delle Chiese protestanti e nei loro rapporti con la Chiesa cattolica romana, dalla quale hanno preso le distanze sia pure per motivi e in periodi diversi. Non condivido l'opinione diffusa che le differenze siano minime e superabili perché, pure avendo uno stesso credo, esse sono apparse in passato motivo di allontanamento dalla Chiesa cattolica, di revisione critica, di inaccettabili contenuti che invece rimangono immutati e confermati da parte cattolica. Rispetto a questi movimenti la Chiesa dovrebbe avere maggior cautela, non minimizzare le differenze, nel momento in cui conferma la propria dottrina, perché sono stati loro ad essersi allontanati.

Diverso ancora il discorso con le cc. dd. nuove religioni, che nascono e si moltiplicano non tanto per una diversa interpretazione dei dogmi, quanto per una insoddisfatta richiesta di spiritualità da parte delle grandi religioni e per l'influenza delle filosofie orientali, fuori quindi dall'alveo del cristianesimo. Anche rispetto al fenomeno delle sette la Chiesa ha tardato a prendere le misure.

In risposta ad un rapporto presentato dall'on. Richard Cottrell viene emanata una risoluzione da parte del Parlamento europeo, il 22 maggio 1984, per far fronte a diverse infrazioni di legge compiute dalle sette. Solo in seguito a ciò l'*Osservatore Romano* pubblicava un rapporto provvisorio dal titolo "Il fenomeno delle sette o nuovi movimenti religiosi: sfida pastorale", nel quale si esprimeva preoccupazione per il fenomeno, si ammetteva l'imprecisione terminologica tra sette e culti – di cui parleremo in seguito – e si invitavano gli Stati ad occuparsene. Meno preoccupata la dichiarazione della Consulta internazionale sui nuovi movimenti religiosi emanata ad Amsterdam del settembre 1986 sotto gli auspici del Consiglio Ecumenico delle Chiese e della Federazione luterana mondiale, ove si sottolineava che la tensione creatrice che sorge dalla reciproca critica fa parte del dialogo<sup>1</sup>.

Se questa è la posizione dottrinale della Chiesa al riguardo, cosa deve intendersi per Chiesa? Per un teologo la Chiesa è il corpo mistico del Cristo. È così che la configura Joseph Ratzinger<sup>2</sup>, ponendo subito dopo in evidenza

---

<sup>1</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *I nuovi movimenti religiosi in Italia. Problemi giuridici*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 97-98.

<sup>2</sup> Cfr. JOSEPH RATZINGER, *Chiesa, ecumenismo e politica. Nuovi saggi di ecclesiologia*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo, 1987, p. 9 ss.

la superiorità del primato pontificio<sup>3</sup>, in rapporto all'attività collegiale e sinodale<sup>4</sup>. Ratzinger sembra aprirsi al dialogo con gli anglicani e con i luterani in favore dell'unità delle Chiese<sup>5</sup>, affrontando anche il problema della libertà e dei vincoli nella Chiesa<sup>6</sup>. Più recentemente Giuseppe Ruggieri ha ripreso il tema dell'unità delle Chiese, riproponendo, per abbattere gli idoli e rapportarsi alla "religione civile", l'essenzialità del Vangelo<sup>7</sup>. Un po' meno di quanto Jean-Marie Tillard aveva auspicato molti anni prima configurando la Chiesa in comunione con il popolo di Dio<sup>8</sup>.

Io, che teologo non sono, considero da giurista la Chiesa come un'istituzione. Queste nascono da una volontà superiore ed estranea, e poi vivono autonomamente seguendo le proprie regole e conformandosi ad esse. È comune accezione, da me non totalmente condivisa perché l'istituzione è anche una categoria romanistica, che l'istituzione risalirebbe a Sinibaldo dei Fieschi e alla canonistica classica, distinta dalle corporazioni e dalle fondazioni, in ragione della presenza di "un elemento autoritativo imposto dal di fuori che sottrae l'ente alla libera disposizione delle parti", come ricordava Ruffini. C'è una volontà superiore, un elemento autoritario che procede dall'alto e dall'esterno, come per l'appunto la Chiesa cattolica<sup>9</sup>. E da giurista debbo considerare i rapporti tra la Chiesa e tutti gli altri culti, che dovrebbero basarsi, con tutta evidenza, sul principio di libertà, dal momento che essa può disconoscere alcuni, porsi in relazione -magari soltanto diplomatiche- con altre, rinvenire in altre ancora maggiori affinità derivanti da storie e percorsi comuni che consentono una maggiore comprensione. Rispetto a tali rapporti la Chiesa non si pone in discussione, resta identica a se stessa, non è incline a compromessi, questi spettano agli altri culti. È del tutto evidente, a tal punto, che il problema non è più giuridico ma politico, per cui, ancora una volta, ci

---

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 33 ss.

<sup>4</sup> *Ivi*, pp. 45 ss. e 62 ss.

<sup>5</sup> *Ivi*, pp. 67 ss. e 95 ss.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 174 ss.

<sup>7</sup> Cfr. GIUSEPPE RUGGIERI, *Cristianesimo, Chiesa e vangelo*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 97 ss., 297 ss., 335 ss.

<sup>8</sup> JEAN-MARIE TILLARD, *Chiesa di Chiese. L'ecclesiologia della comunione*, Queriniana, Brescia, 1989, p. 101 ss.

<sup>9</sup> Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, raccolti e ordinati da Mario Falco, Arturo Carlo Jemolo, Edoardo Ruffini, vol. II, Giuffrè, Milano, 1936, p. 3 ss.; FRANCO MODUGNO, *Istituzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Ist.-Legge, Giuffrè, Milano, 1973, p. 69 ss.; VITTORIO FROSINI, *Istituzione*, in *Novss. Dig. It.*, vol. IX, Inve-L, Utet, Torino, 1965, p. 206 ss.

si sottrae a un'analisi sistematica e, per l'appunto, giuridica. I richiami alla sociologia delle religioni sono altrettanto evidenti. Perché e in qual senso si parla di culti?

Ricordavo altrove “che la tradizionale dicotomia individuata, con riferimento alla realtà europea da Weber e da Troeltsch di chiesa e di setta, si era dimostrata insufficiente, al punto da indurre von Wiese e Becker, a introdurre le categorie di denominazione e di culto. Per chiesa si intendeva un gruppo religioso al quale si apparteneva fin dalla nascita, altamente istituzionalizzato, con una precisa struttura gerarchica e con una definita dottrina. La setta era invece un gruppo spontaneo, non conformista nei confronti dell'assetto sociale, al quale si aderiva personalmente. La denominazione configurava una via di mezzo tra chiesa e setta, un gruppo non spontaneo, meno istituzionalizzato, e tuttavia riconosciuto dall'autorità. Per culti si intendevano, infine, tutti i gruppi allo stato nascente, carismatici, non istituzionalizzati, spesso in antagonismo con le strutture sociali”<sup>10</sup>.

A prescindere dall'ovvia constatazione che i sociologi da oltre un secolo avevano individuato categorie molto più avanzate e precise dei giuristi, io credo che nel nostro caso sarebbe meglio parlare di chiese piuttosto che di culti, poiché questi individuerebbero unicamente le nuove religioni. Ancora una volta al giurista sembrano sfuggire i contenuti e i contorni del reale, imbrigliato, come appare, nelle sue vecchie ed asfittiche categorie che non gli hanno consentito nemmeno di stabilire cosa sia una confessione religiosa e il contenuto giuridico dell'aggettivo religioso.

Tra queste nebbie evanescenti si muove l'operatore giuridico. Le colpe sono storiche: l'essersi rapportato il legislatore civile in passato solo ad alcune confessioni religiose (greci-ortodossi, israeliti e valdesi), l'aver considerato come confessione principalmente quella cattolica, l'aver attuato con molto ritardo, quasi quarant'anni, l'istituto delle intese previste dall'art. 8 Cost. Ma questo riguarda l'ordinamento dello Stato. L'ordinamento canonico ha proceduto con limiti ancora maggiori, trascurando di definire quali culti, denominazioni o sette si sostanziassero in chiese, limitando i rapporti solo con queste ultime, non emanando alcuna disposizione nei confronti degli altri gruppi religiosi e contribuendo così all'attuale degiuridicizzazione del problema, trattato con maggiore partecipazione ed attenzione da teologi, sociologi delle religioni e storici delle religioni piuttosto che su un piano,

---

<sup>10</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giapichelli, Torino, 1987, p. 281 ss.; ID., *Stato e Chiese negli Stati Uniti d'America*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 108-109, da cui è tratta la citazione.

come sarebbe stato preferibile, prettamente giuridico.

Bisognerebbe partire dalle disposizioni del Vaticano II, magari ampliandole ed adattandole alla nuova e più variegata realtà che in questi anni si è notevolmente sviluppata, ponendo nuovi problemi anche perché i precedenti non erano stati risolti. Non spetta comunque a me dare consigli, soprattutto a chi non appare averne bisogno detenendo il monopolio della verità. A me spetta solo evidenziare tale situazione e magari rammaricarmene.

# *Fede e ragione giuridica. Riflessioni sulla laicità nel diritto canonico*

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

Da troppo tempo abbiamo cominciato a frequentare il rapporto tra diritto e valori, per dubitare di poter utilizzare la nozione di laicità anche nel diritto canonico.

È infatti addirittura ovvio, nella nostra esperienza, che uno scarto tra ideale e reale si verifichi quotidianamente negli assetti concreti che l'ordinamento ecclesiale assume a mezzo dei suoi responsabili (in buona, o in mala fede), rispetto ad altre massime di decisione, che in ipotesi sarebbero, o sarebbero state, più conformi a modelli di effettiva giustizia.

Mi sembra che giochi, in questo caso, qualcosa che somiglia come una goccia d'acqua a quanto accade negli ordinamenti statali, nel loro rapporto tra diritto e valori; un rapporto che, necessariamente respinto oltre la soglia del giuridico, permane nella sfera del politico come una sollecitazione perenne verso un oltre, al cui approdo una urgenza di ordine etico (più o meno culturalmente incisiva) incessantemente sospinge.

Le clausole aperte, di cui è particolare dovizia nel contesto ecclesiale a motivo di un continuo richiamo a esigenze soteriologiche (il sabato è per l'uomo, e non viceversa), non riescono a soddisfare totalmente l'esigenza di adeguamento dell'ordinamento positivo alla giustizia, non foss'altro perché le clausole stesse sono affidate all'applicazione di individui non sempre onesti, o saggi, o illuminati. Onde lo scarto di cui parlavamo all'inizio si riproduce per la stessa natura secolare della storia e della vita empirica, segnata da una incompiutezza che solo la vita assoluta è in grado di colmare.

Si scontra, anche in questo, l'arroganza delle chiese stabilite con il *Deus semper maior*: il cui Regno possono annunciare, ma non realizzare altrimenti che *in voto*, o nel mistero del culto che hanno ricevuto la missione profetica di celebrare, in una con la proclamazione della gloria del Verbo.

Nella loro dimensione secolare, è dunque inevitabile – nonostante i progressi, veri o apparenti, del movimento ecumenico – che le chiese non

siano unite, o sante, o cattoliche. E, quanto all'apostolicità, chi altro può garantirvi la discendenza autentica al di là della salvaguardia suprema dell'*error communis*? Vi è qui ancora qualcosa, cioè, che collega intimamente la preminenza gerarchica con quella accettazione del popolo cristiano, che un concilio cattolico, tutt'altro che remoto, non senza superficialità (o forse per ridondanza di adulazione verso un mito allora politicamente necessario, come quello papista) ha creduto di poter trattare come irrilevante.

Ma è davvero possibile che il diritto ecclesiale possa rimanere imparziale tra le opzioni religiose cristiane, al modo di quella imparzialità che è propria dello Stato laico? No di certo, in quanto a un'opzione di fondo esso è comunque sollecitato da un principio di appartenenza e di lealtà confessionale, dei cui confini è arbitra la funzione magisteriale della chiesa storica cui quel diritto afferisca.

Tuttavia, oltre i confini normati dal magistero, la competenza dell'ordinamento non ha altri limiti che quello della *rationabilitas*, intrinseco – a monte del “diritto divino” – alla natura sua stessa di ordinamento della storia.

Per di più, la stessa funzione magisteriale non sfugge al limite della ragionevolezza, come del resto suggeriscono non soltanto quei vincoli procedurali che ne assecondano l'esercizio (cfr. cann. 749 ss.), ma anche l'idea sottostante al dovere di *intima perscrutatio* della verità rivelata (can. 747), dovere sicuramente sovraordinato a quello del *religiosum obsequium* dovuto al magistero ordinario, nel sistema cattolico-romano (can. 752).

Oltre tutto, i vincoli del magistero ordinario sono opponibili al farsi dell'ordinamento *secundum quid* e con efficacia del tutto relativa, valendo le regole del probabilismo anche nell'esercizio del potere legislativo e giudiziario. Per non parlare, infine, di quegli apprezzamenti intimamente di fatto, sui quali il convincimento dell'agente non può che risultare assolutamente libero, una volta rispettate le regole d'esperienza che governano la *hermeneutica facti* dello specifico fenomeno coinvolto.

In tutte queste ipotesi, in cui libertà di apprezzamento sia data, credo che possa farsi ampio spazio al principio di laicità anche nell'ordinamento canonico, come coerenza con la realtà di un corpo adeguato di massime di decisione, in cui si trovi realizzata quella *hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit*; ché, ove poi tale *proportio* cessasse di abitarlo, si porrebbe con urgenza inevitabile il tema della *reformatio* di quella chiesa storica, che dalla retta via per avventura avesse deviato.

La de-teologizzazione del diritto canonico è, del resto, consapevole frutto maturo della *interpretatio* bolognese, contaminazione ingegnosa tra l'apparente monolite del *corpus iuris* giustiniano e le membra sparse della disciplina delle chiese d'oriente e d'occidente dopo lo Scisma del 1054 e i

*Dictatus papae*. Eventi tutti emersi dalla storia e dalle sue contraddizioni, sulla cui documentazione ricostruire – non criticamente, ma creativamente – un mondo nuovo.

Di qui la secolarizzazione accelerata, che il diritto canonico occidentale visse da quel periodo in poi, decisamente assai più incline all'ideologizzazione politica che all'obbedienza di fede. Una rifondazione vera e propria, sulla cui soglia vegliava lo straordinario monumento della *Concordia discordantium canonum* del monaco Giovanni Graziano: una scommessa, alla Abelardo, sulla forza della dialettica e sulla sua pedagogia persuasiva. Una compilazione privata, divenuta il bacino di raccolta e la sorgente perenne del diritto ecclesiale europeo fino alla Riforma.

Nel contesto di questa storia militante, sollecita ahimé più spesso della guerra santa che della *pax Dei*, l'esercizio della potestà di magistero veniva indotto sovente a piegarsi alle esigenze della politica. Fenomeno, al quale il sistema dello *ius commune* reagiva apprestando misure inedite e raffinate di contenimento delle pretese ecclesiastiche: che si riflettono nelle polemiche tra curialisti e regalisti, tutti egualmente competenti in diritto pubblico della cristianità occidentale, in un elegante succedersi di *quaestiones* che avrà il suo culmine, in età umanista, nel grande dibattito che precedette l'opzione per la *via pacis* come soluzione dello Scisma d'occidente. Una soluzione costituzionalmente innovativa ma assolutamente razionale, quella della *concordia Costantiensis*, seppure soffusa di un clima di ritrovata, ma difficile, ma sofferta comunione cattolica.

Quasi come un relitto morenico del *constitutum Costantini* e delle falsificazioni isidoriane, la prassi dell'abuso rimase, da allora, una permanente insidia nell'esercizio della potestà di magistero. Una prassi interdotta, come ogni abuso, dal limite della *rationalitas*, e dunque da una sanzione tipica, con cui il diritto ecclesiale colpisce (fino al limite dell'*impeachment* del papa *a fide devius*) gli atti inficiati da sviamento di potere, emessi cioè non *in aedificationem ecclesiae Dei*, ma nel perseguimento di obiettivi e interessi profani o, comunque, eccedenti la *intima perscrutatio* della verità rivelata.

È da una sottovalutazione di questa storia – e della sua intima dimensione secolare e dialettica – che ha avuto inizio sconcertante la presuntuosa critica, romantica ed irrazionale, al diritto cattolico occidentale, organicamente elaborata nell'ambito del movimento della *Rechtstheologie* e al suo interno, con obiettivi non del tutto inconsci di rafforzamento acritico dell'istanza gerarchica, sostenuta soprattutto da Eugenio Corecco.

Trattasi, per altro, di una evoluzione senza sbocco persuasivo, come in tutti i casi in cui alla ragione del diritto si neghi l'irrinunciabile facoltà di resistere al rischio di abuso di un ministero sacro, quando questo sia posto



al servizio delle ragioni della forza, ovvero utilizzato per giustificarne le prevaricazioni. Non ne mancano purtroppo esempi nel nostro tempo, anche al più alto livello.

E tuttavia, oggi come ai tempi del padre Dante, suona ancora valida la risposta che la *Commedia* opponeva ai consiglieri di frode (ma pure, è il caso di aggiungere, agli *adulatores et regum et tyrannorum*): “ch’assolver non si può chi non si pente, né pentere e volere insieme puossi, per la contraddizion che nol consente” (*Inferno*, Canto XXVII, 118 ss.).

# *Principi generali del sistema penale islamico*

VASCO FRONZONI

## 1. *Cenni sul diritto islamico*

Il diritto islamico, essendo un diritto rivelato direttamente da Dio, non può prescindere dalla sfera religiosa, ed anzi è connotato da regole e principi di tipo etico e non da prescrizioni mutevoli che subiscono l'influsso delle ragioni storiche e delle volontà collettive di un aggregato sociale. Il sistema giuridico islamico, infatti, in quanto diritto sacro, alla stregua del diritto ebraico e di quello canonico, deve essere inquadrato come un insieme di regole divine piuttosto che come frutto della speculazione positiva umana.

Accade così sovente che si designi – impropriamente – il modello di Stato islamico con il termine “teocrazia”, intendendo così una forma di governo in cui il potere politico, ritenuto direttamente emanato da Dio, viene accentrato nelle mani di uomini investiti dell'autorità religiosa, con la conseguente identificazione tra potere politico e religioso. Viceversa, più precisa e compatibile con il sistema islamico appare la definizione di “nomocrazia”, essendo la figura della legge assolutamente centrale nell'inquadramento istituzionale. A tal proposito è bene ricordare come, all'interno della società civile musulmana, la figura dell' *'ālim*, l'intellettuale, il dotto, è assolutamente preminente rispetto a quella del teologo o del religioso, e ciò per un preciso motivo: Dio si colloca necessariamente a distanza dagli uomini e, pertanto, non è percepibile dalle persone, se non attraverso la sua emanazione principale, la sua rivelazione, cioè a dire la legge.

Tra le fonti del diritto islamico vanno collocati:<sup>1</sup> il Corano, *rivelato* da Dio

---

<sup>1</sup> Le fonti del diritto vengono scandite dalla tradizione attraverso un racconto riconosciuto da tutti, secondo il quale il Profeta avrebbe domandato a Mu'ād bin Ġabāl, uno dei suoi compagni, da lui delegato a rappresentarlo in Yemen, “*come giudicherai le controversie che ti saranno sottoposte?*”

al Profeta Muḥammad; la *sunna* (il *mos* dei Latini), da una parte composta dalla tradizione orale derivata dall'interpretazione autentica del Corano effettuata tramite l'osservazione della vita e della parola di Muḥammad e che costituisce la regola fondata sull'esempio del Profeta; dall'altra, dagli *ḥadīth* (racconti, tradizioni o relazioni su detti e modi comportamentali del Profeta in una determinata occasione ed in riferimento ad un particolare fatto) che rappresentano la narrazione o il resoconto mediante cui la regola è pervenuta.

Queste due fonti principali costituiscono la *ṣarī'a*,<sup>2</sup> ovvero il complesso dei doveri e dei comandamenti che il musulmano deve seguire per orientare la sua vita all'insegna della legge e quindi verso Dio; il credente deve così improntare la propria esistenza ad una ideale scala di valori che va dalla sottomissione agli obblighi giuridico-religiosi, al divieto di compiere determinate azioni. La *ṣarī'a* è composta da quattro sezioni: la legge religiosa *'ibādāt*, la legge civile o *mu'ā malāt*, lo statuto personale o legge personale *munakāt*, la legge penale *'ukubāt*.

Unitamente alle fonti primarie, ve ne sono altre, concorrenti, tra le quali: il *qiyās* ovvero il ragionamento analogico, l'*iḡmā'* il *consensus populi* del diritto romano, la consuetudine (*'urf*), ovvero le regole di condotta riconosciute espressamente o tacitamente dalla volontà dello Stato formatesi in seno alla *umma* e di origine pre-islamica, la necessità o utilità generale (*maṣlaḥa*), l'equità (*īstiḥsān*), i principi generali, l'*analogia iuris* latina.

La dottrina musulmana si è poi frammentata in scuole giuridiche,<sup>3</sup> che rappresentano un libero aggregarsi attorno ad una particolare ermeneutica delle fonti proposta e codificata da un giurista ed alla conseguente particolare interpretazione di alcuni istituti. La maggior parte dei musulmani, circa l'85-90 %, segue la tradizione, la *sunna*, e viene quindi definita sunnita; la restante parte ha intrapreso la via della *ṣī'a*, della fazione ovvero della divisione e, pertanto, viene definita *ṣī'ita*, (oltre alle motivazioni politiche della *ṣī'a*, in gran parte legate alla successione del Califfo 'Alī e quindi alle rivendicazioni degli 'Alīdī, vi sono motivazioni teologiche legate ad una eterodossia di tipo gnostico).

Accanto alla *ṣarī'a* ed alla attività interpretativa dei giuristi musulmani vi è poi la legge laica (*qanūn*), che indica tutti quegli atti normativi promulgati dal potere

---

e Mu'ād avrebbe risposto “secondo il libro di Dio” “e se non vi troverai nulla?” “allora giudicherò secondo quanto usa fare il suo Profeta”, “e se non troverai nulla neppure lì?”, “allora mi sforzerò con il mio criterio” e Muḥammad fu soddisfatto. Si veda più diffusamente DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1926, pp. 25 e ss.

<sup>2</sup> Per approfondimenti, si rinvia a AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, pp. 33 e ss.

<sup>3</sup> JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, pp. 33 e ss.

legislativo di uno Stato-apparato, che vanno a regolamentare situazioni non previste dalla legge religiosa. Va opportunamente chiarito come il sistema giuridico islamico sia un diritto di tipo dottrinario; non viene infatti operata quella netta divisione tra dottrina e giurisprudenza che, sul piano dell'effettività e della autorevolezza, assume rilevanza preminente nei sistemi giuridici occidentali, siano essi di *common* o *civil law*. Nella sociologia giuridica del mondo musulmano gli esponenti della dottrina confluivano anche nelle fila della giurisprudenza. Difatti, spesso i giuristi venivano chiamati a ricoprire la carica di giudici, senza che la funzione esercitata modificasse in senso maggiorativo o diminutivo la portata del loro pensiero ed il seguito che poteva avere tra la comunità dei credenti.<sup>4</sup>

## *2. Il sistema penale ed i suoi principi*

I principi generali o *qawā'id kullīyya* del sistema penale islamico risultano scarni ed i testi di diritto classico non contengono parti o capitoli riportanti nozioni o regole generali, non essendo tali tematiche trattate organicamente. Ciò non deve apparire singolare, se si tiene conto che le codificazioni di tipo occidentale hanno elaborato le categorie dei principi generali e dei diritti fondamentali soltanto nel corso del XIX secolo d. C., laddove l'ordinamento islamico si è strutturato nel VII secolo d. C. Pur in assenza di una collocazione sistematica, i principi generali possono tuttavia essere ricavati attraverso una lettura trasversale delle fonti o tramite il ragionamento deduttivo.

Nell'analisi della collocazione sistematica, alcuni autori rimarcano come i principi generali sono apparsi nei testi di diritto soltanto in epoca successiva rispetto a quella in cui l'ordinamento si è strutturato e probabilmente evidenziano questo fatto per sminuirne incidenza ed operatività.<sup>5</sup> A tal proposito, ed è un profilo critico a siffatta opinione, occorre notare come, fin tanto che il sistema non è stato definitivamente articolato, non si è potuta manifestare né la necessità né, tantomeno, la possibilità di fare ricorso ai principi generali. È soltanto allorquando il quadro ordinamentale si è definitivamente assestato che si è potuto pensare di ricavare da esso regole di portata generale.

In riferimento alla loro effettiva rilevanza, è opportuno sottolineare come i principi generali non siano stati elaborati dalla giurisprudenza dei giudici

---

<sup>4</sup> Emblematico in tal senso è l'esempio di Abu Yusuf, insigne ed esperto giureconsulto hanafita, divenuto il primo giudice tra i giudici, carica suprema della magistratura. Si consulti AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., p. 46.

<sup>5</sup> MUHAMMAD AL ZARKA, *Al-fiqh al-islāmī*, Dār al-fikr, Beirut, 1981, pp. 635 e ss.

bensì dalla dottrina dei giurisperiti musulmani<sup>6</sup> e, pur occupando un posto rilevante nel diritto islamico tanto da poterne influenzare l'elaborazione, risultino essere norme di tipo secondario seppure a carattere direttivo e costituiscono strumenti tecnici per l'interpretazione giuridica, pur non avendo un carattere vincolante. Essi rappresentano pertanto delle direttive per gli interpreti del diritto ma non hanno una portata coercitiva.<sup>7</sup>

Nel sistema islamico, differentemente da quanto avviene in un sistema di tipo occidentale in cui la classificazione delle fattispecie viene determinata in base alla generica ripartizione tra delitti e contravvenzioni relazionata alla tipologia della pena da applicare, la suddivisione delle pene viene operata in composizione mista, ovverosia attraverso la qualità e la natura del bene giuridico tutelato (religione/persona), la possibile mediazione ed infine la discrezionalità del giudice.

Nei manuali classici di diritto islamico tra i reati *ḥudūd*, ovverosia i comportamenti puniti con pene prescritte in maniera fissa nel Corano e nella *sunna* vengono evidenziati: *zinā* o rapporto sessuale illecito, *qadf* o calunnia di rapporto sessuale illecito, *sariqa* o furto, *šurb al-ḥamr* o assunzione di sostanze alcoliche o inebrianti, *qaṭ' al-ṭarīq* o brigantaggio, *bağy* o ribellione, *ğaşb* o rapina, *ḥirāba* o terrorismo, *ridda* o apostasia.<sup>8</sup>

Le scuole giuridiche non hanno una visione univoca dei reati in questione e spesso, tanto all'interno del mondo *sunnita* quanto di quello *šī'ita*, vi è divergenza sulle definizioni, sugli elementi costitutivi delle fattispecie di reato, sui requisiti probatori richiesti per la loro integrazione e sulle pene da applicare in concreto. Tali differenze possono essere o non essere sostanziali, in riferimento a quanto siano specifici Corano e *sunna* sui singoli istituti.<sup>9</sup>

La *šari'a*, attraverso una visione unanime di tutte le scuole, salvaguarda beni generali quali la vita, l'onore e la libertà di tutti cittadini attraverso la vi-

---

<sup>6</sup> Per una descrizione cronologica sia pure sommaria e parziale degli autori classici che per primi si sono soffermati su tali tematiche, si veda SOBHI MAḤMASSANĪ, *Falsafat al-tašrī' fi 'l-islām*, Dār al-'ilm li'l-Malayīn, Beirut, 1961, p. 292.

<sup>7</sup> Un tentativo di attribuire cogenza ai principi generali è stato operato in epoca moderna con la *mağalla* ottomana, che ad essi ha dedicato i 94 articoli del titolo preliminare ed in epoca contemporanea con il progetto di codice arabo unificato. Vedasi a tal proposito SELIM JAHEL, "Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine", in *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, Paris, 2003, 55, n°1, p. 111.

<sup>8</sup> Spesso nei manuali di diritto atti integranti *qaṭ' al-ṭarīq*, *bağy*, *ğaşb* e *ḥirāba* vengono semplicisticamente ricondotti ad un'unica fattispecie, mentre non sempre la condotta di *ridda* viene inserita tra le pene fisse ed anzi, talvolta, non viene neppure collocata nel sistema penale, venendo inserita in quello internazionale, poiché l'apostata si è posto al di fuori dell'islām.

<sup>9</sup> MUḤAMMAD ŠARĪF BASSIOUNI, "Crimes and the criminal process", in *Arab Law Quarterly*, vol. 12,3, 1997, p. 270.

genza di una serie di principi che regolano l'amministrazione della giustizia e l'attività processuale.

Utile appare, anche ai fini di una comparazione con il diritto penale internazionale, la disamina dei principi generali nel diritto islamico classico, analizzandoli singolarmente così come evidenziati nella letteratura religiosa del diritto islamico classico ed attraverso l'elaborazione di giuristi medioevali.

Innanzitutto, vi è la giurisdizione. Il principio di separazione dei poteri non è stato elaborato nel diritto islamico, per una precisa motivazione storico-giuridica che attiene alla figura ed alle funzioni del Profeta. Muḥammad, infatti, già prima di diventare il capo della nuova comunità era accreditato quale capace arbitro nella risoluzione di liti e controversie giudiziarie. Da capo della comunità dei credenti, poi, egli esercitò contestualmente il potere esecutivo ed il potere giudiziario, anche alla luce dell'esperienza maturata. Per quanto attiene al potere legislativo, va ricordato come nell'islām il concetto di sovranità popolare sia assente e vanga respinta l'idea che il potere legislativo possa appartenere alla nazione. Il compito dello Stato è solo quello di applicare il diritto che Dio ha rivelato e ordinato di seguire, che astrattamente non può essere abrogato se non da un'altra rivelazione (ipotesi praticamente impossibile, poiché com'è noto con Muḥammad è avvenuto il sigillo della Profezia).<sup>10</sup> Il diritto musulmano non ha quindi una concezione antropocentrica e muove da basi e fonti esterne all'uomo, indipendenti dalla sua volontà: esse sono il Corano e la *sunna*, che formano la *šarī'a*, cioè a dire il cammino che conduce alla fonte (della conoscenza), nozione che va tenuta ben distinta da quella di *fiqh*, ovverosia il quadro normativo e le questioni pratiche che i giuristi classici hanno sviluppato a partire dalle due fonti principali.

La giurisdizione appartiene a Dio, a lui spetta il potere di giudizio, che esercita tramite il suo Profeta: *Io ho una prova evidente da parte del mio Signore, ma voi la tacciate di menzogna. Non è in mio potere quel che voi sollecitate, perché il giudizio non appartiene che a Dio: egli dice il vero, egli è il migliore dei giudici* (Cor VI:57); *Essi non crederanno, finché non ti avranno costituito giudice delle loro discordie e allora non troveranno alcun imbarazzo ad accettare la tua decisione e a sottomettervisi di sottomissione piena* (Cor IV:65).<sup>11</sup> Nell'islām, vengono così ben individuate anche le nozioni di naturalità e di precostituzione del giudice.

---

<sup>10</sup> Sul punto, si veda più diffusamente SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, p. 37 e ss.

<sup>11</sup> Per il Corano, si fa riferimento a ALESSANDRO BAUSANI, *Il Corano*, (Introduzione, traduzione e commento a cura di), BUR-Radici, Milano, 2007.

Dunque, secondo la teoria islamica classica dello Stato, nella figura del capo dello Stato vengono a concentrarsi il potere esecutivo e giudiziario. Soltanto dopo la morte del Profeta ed in seguito alla espansione territoriale della *umma*,<sup>12</sup> sotto il Califfato di 'Umar si iniziò a delegare l'amministrazione della giustizia a particolari soggetti. Vennero così creati organi giudiziari istituzionalizzati, sebbene non specializzati, che amministravano la loro giurisdizione sulla base di una delega concessa dal capo dello Stato. In ogni caso quest'ultimo conservava in pieno il potere giudiziario, potendosi occupare egli stesso di alcuni casi o attivare altre istituzioni statali.

Gli organi statali dotati di potere giurisdizionale creati a tal fine furono tre. Il *qāḍī*; i pubblici ufficiali incaricati della sicurezza pubblica, quali i governatori, i comandanti militari e gli ufficiali di polizia, che si occupavano soprattutto di fattispecie penali, la cui attività giurisdizionale veniva definita *siyāsa* e variava rispetto a quella esercitata dai *quḍāt* in relazione all'epoca ed ai luoghi; infine vi era il *muḥtasib* o ispettore dei mercati, un pubblico ufficiale addetto alla vigilanza sulle operazioni commerciali, sulla pubblica morale e sulla osservanza dei doveri religiosi.

Il *qāḍī* tuttavia, a differenza degli altri organi statali,<sup>13</sup> è nel diritto islamico un qualcosa in più rispetto ad un semplice giudice; egli è anche una sorta di *leader* religioso; l'esercizio delle funzioni giudiziarie, quindi viene concepito soprattutto come un dovere di tipo religioso rispetto a quello della semplice attività giurisdizionale.<sup>14</sup> La procedura penale nell'islām, più che sui singoli istituti, si fonda soprattutto sulla qualità del giudice; oltre ai requisiti richiesti per occupare una funzione pubblica (essere maggiorenne, maschio, buon credente, integro di vista ed udito, avere competenza ed intelligenza), il giudice deve essere onorevole e cioè non soltanto deve risultare esente da qualsivoglia pregiudizio o precedente, ma deve anche possedere alte qualità morali tali da renderlo imparziale, sia che condanni, sia che assolva. Egli deve giudicare equamente e deve essere imparziale rispetto ad una controversia intercorrente tra il querelante/denunziante e l'accusato e terzo nei loro confronti. Difatti, nella

---

<sup>12</sup> L'intera comunità dei credenti, organizzata su base confessionale-sociale, che non ha limitazioni di nazionalità o territorialità, essendovi ricompresi tutti gli individui di fede musulmana, senza distinzione di razza, nazionalità, sesso, età.

<sup>13</sup> Un autore, riprendendo probabilmente in maniera poco calzante altra autorevole dottrina, arriva ad immaginare un dualismo nell'amministrazione della giustizia, di tipo religioso quella del *qāḍī* e di matrice laica quella dell'autorità politica. Così, ROMANO BETTINI, *Sociologia del mondo musulmano*, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 15.

<sup>14</sup> LOUIS MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1953, p. 527.

sociologia giuridica del mondo islamico viene bandita ogni parzialità e disuguaglianza.<sup>15</sup> La sottoposizione del giudice alla legge è massima, nel senso che il suo convincimento non può risolversi in un arbitrio, quale espressione di autonomia e indipendenza, ma deve sempre essere inquadrato nel consenso della comunità e nella condivisione del suo pensiero giuridico-politico. Questo assioma è basato, oltre che sulla fonte secondaria dell'*ig̃mā'* – il consenso dei giuristi e della comunità – anche su un celebre *hadīṭ* attribuito al Profeta, unanimemente condiviso, il quale affermò che la sua *umma* non si sarebbe trovata mai d'accordo su un errore, su una scelta sbagliata; il concetto viene ribadito dal Corano stesso: *Voi siete la migliore nazione mai suscitata fra gli uomini: promuovete la giustizia e impedito l'ingiustizia e credete in Dio* (Cor III:110). Va evidenziato come, accanto alla figura del giudice quale fonte di produzione del diritto, il sistema musulmano ha conosciuto anche altri individui, come il *faqīh*, (il giurisperito) il cui ambito riguardava aspetti teorici ed il *muftī* (il giureconsulto), la cui autorevolezza nel fornire le *fatāwā* (pareri, responsi ed opinioni legali)<sup>16</sup> veniva ampiamente riconosciuta ed accettata. La differenza di ruoli e di produzione giuridica, tra queste tre figure si basava sul fatto che, contrariamente al *qāḍī*, il quale aveva funzioni giurisdizionali ed applicava il diritto, e al *faqīh* la cui attività di produzione giuridica riguardava solo ambiti teorici, il *muftī* si collocava in un livello intermedio ed aveva la funzione di pronunciarsi su casi concreti, ancorché a livello astratto.<sup>17</sup>

L'attività giurisdizionale esercitata dagli ufficiali di polizia e dai comandanti militari è menzionata soltanto occasionalmente nei testi giuridici. La principale differenza tra l'attività di accertamento di questi soggetti della giurisdizione penale ed i giudici è relativa alle prove. I comandanti militari e gli

---

<sup>15</sup> Il referente coranico è il seguente: *In verità Dio ordina la giustizia, la beneficenza, l'amore per i parenti e vieta la dissolutezza e il male e la prepotenza: Egli vi ammonisce, che abbiate a meditare*" (Cor XVI:90); *O voi che credete, siate retti innanzi a Dio come testimoni d'equità e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, che questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché sa quello che fate* (Cor V:8).

<sup>16</sup> Sono produzioni provenienti da autorità giudiziario-religiose, cui viene attribuito seguito in ragione del peso e del prestigio di cui gode l'esperto di diritto che le ha emanate, nonché dal numero di persone che le accolgono. Non hanno forza vincolante, al punto che molti studiosi le accomunano ai *responsa* del diritto romano, possono essere emesse da un qualunque musulmano che soddisfi criteri di autorevolezza e di profonda conoscenza della legge islamica e non necessariamente da un organo religioso o della giurisdizione. Tutti possono sottoporre a questi eruditi i quesiti più diversi (nel mondo moderno anche attraverso giornali, televisione ed internet) ma sono effettivamente poche le persone qualificate a fornire le risposte; addirittura, presso gli *ṣī'iti* sono soltanto gli *āyat' allāh*. Per un approfondimento, si rinvia a MUḤAMMAD MASUD-BRINKLEY MESSIK-DAVID POWERS, *Islamic Legal Interpretation: Muftis and Their Fatwas*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 187-188.

<sup>17</sup> ORSETTA GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 95.



ufficiali di polizia possono decidere se l'accusa sia o meno sostenibile sulla base di prove cosiddette circostanziali o indiziarie, nonché sulla scorta delle dichiarazioni dell'accusato e sulla sua reputazione e possono comminare così la punizione se ritengono che vi siano anche solo indizi di colpevolezza.<sup>18</sup> Possono altresì servirsi delle dichiarazioni testimoniali di non musulmani così come di quelle di altre persone che non siano qualificate a testimoniare in giudizio (tribunale o corte). Inoltre, come forma di pressione psicologica, può essere imposto un giuramento disculpatorio in capo all'accusato. Sono consentite anche altre forme di pressione psicologica: durante gli interrogatori l'accusato può essere percosso, ma ciò solo per provocare in lui dichiarazioni veritiere e non al fine di ottenere confessioni forzate. Se egli confessa durante le percosse, queste ultime devono essere interrotte e la confessione ritenuta valida unicamente se ripetuta una seconda volta. Una ulteriore differenziazione tra le giurisdizioni si può ritrovare nel fatto che gli ufficiali possono detenere in regime di custodia cautelare l'accusato durante le investigazioni e possono inoltre custodirlo in maniera permanente se c'è il rischio che terzi possano venire animati dal suo crimine, a tutela della sicurezza pubblica. Alcuni autori hanno rimarcato in senso critico come l'attività esercitata da questi soggetti ha subito evoluzioni e significativi cambiamenti, soprattutto a partire dal tredicesimo secolo, fino al punto da non ricadere più pienamente nel dominio della *šarī'a*.<sup>19</sup> Tra questi ufficiali di polizia, un ruolo così eminente da divenire in seguito una vera e propria giurisdizione a sé, fu rivestito dall'ispettore dei mercati o *muḥtasib*, detto anche *sahib al-suq* nonché capo della polizia *šāhib al-šurṭa* o anche *šāhib al-madīna*. La giurisdizione di questi funzionari variò nel tempo e nello spazio ma conservò caratteristiche comuni. La *šurṭa* (dal nastro che in passato veniva apposto sul braccio delle persone preposte al controllo degli ubriachi a Baghdād) divenne una *élite* militare impiegata per la protezione dei governanti e degli alti ufficiali dello Stato, per il mantenimento della legalità e dell'ordine nonché per la repressione delle ribellioni e sommosse popolari. In stretta connessione con questi ultimi compiti quest'organo si occupò poi dello svolgimento delle indagini nell'ambito della repressione dei reati e della concreta punizione dei criminali. In particolare, le fonti indicano come la loro giurisdizione fosse indirizzata verso le pene *ḥudūd*, gli

<sup>18</sup> ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, Cairo, 1966, traduzione francese di EDMOND FAGNAN, *Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*, Editions du patrimoine arabe et islamique, Beyrut, 1982, pp. 469 e ss.

<sup>19</sup> ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, cit., pp. 59 e ss.; BABER JOHANSEN, "Signs as Evidence: the Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyīm al-Jawzīyya on Proof" in *Islamic Law and Society*, vol. 9, no. 2, pp. 168-193.

omicidi e le aggressioni alla sicurezza pubblica. La loro attività punitiva era giustificata dalla tutela dell'interesse pubblico, tanto che il semplice sospetto era sufficiente per stabilire la colpevolezza. Inoltre, questi soggetti si occupavano anche della esecuzione delle decisioni del giudice.

Come anticipato, tra gli ufficiali superiori degno di menzione particolare era l'ispettore dei mercati, paragonabile all'*agoranomos* greco.<sup>20</sup> Egli si occupava di vigilare i pesi, le misure, le monete, la qualità dei prodotti messi in vendita ed accertarsi che non venissero poste in commercio merci illegali. Successivamente l'ispettore del mercato venne impiegato nel controllo dello spazio pubblico, monitorando lo stato delle pubbliche strade, il traffico e gli edifici. Egli aveva anche compito di vigilare sul funzionamento del personale giudiziario ovvero di cancellieri, notai, avvocati e magistrati. Quale vero e proprio *ensor morum*, era chiamato a proteggere la pubblica morale dai comportamenti tenuti in pubblico e sulle relazioni interpersonali tra i due sessi, vigilava sul modo di vestire, sulle attività delle prostitute e delle case di piacere. Infine, egli si occupava della pubblica osservanza dei doveri religiosi, come ad esempio il digiuno rituale, ed attendeva alla preghiera del venerdì. Egli poteva imporre punizioni discrezionali quali le percosse, l'esposizione al pubblico, la confisca delle proprietà dei beni. In ogni caso non aveva l'autorità di intentare giudizi o inchieste formali, potendo egli agire unicamente qualora non vi fossero dispute o vertenze da dirimere, come nel caso di flagranza di delitto.

Va ricordato come in epoca omayyade si sviluppò anche un'altra forma di giurisdizione, quella del *dīwān al-mazālim*, detto anche tribunale di equità; esso costituiva una sorta di *cognitio extra ordinem* dalle vaste competenze, ma che si occupava prevalentemente, facendo ricorso anche a criteri equitativi, di attuare un controllo sull'attività dell'amministrazione e degli amministratori, anche nel comparto giustizia, registrando e raccogliendo le lamentele e le delazioni sull'operato della macchina pubblica.<sup>21</sup> Alcuni autori considerano questa istituzione come una specie di secondo grado di giurisdizione.<sup>22</sup>

La dottrina evidenzia come il processo penale attuato attraverso il *qāḍī* fosse la regola, anche se non tutti gli autori sono concordi, dal momento che in un

---

<sup>20</sup> Il parallelismo tra il *muhtasib* e l'*agoranomos* viene avanzato in MATTHEW LIPPMANN-SEAN MCCONVILLE-MORDECHAI YERUSHALMI, *Islamic criminal law and procedure*, Praeger, New York, 1988, p. 23 e ripreso da FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, (a cura di GIAN MARIA PICCINELLI), Giappichelli, Torino, 2007, p. 78.

<sup>21</sup> EMILE TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938, p. 435.

<sup>22</sup> Così JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 198.

autorevole testo del quattordicesimo secolo non viene indicata l'attività penale tra le mansioni del giudice.<sup>23</sup> Quando se ne occupava ciò era limitato alle offese *hudūd*. In generale la giurisdizione in materia penale sottoposta al *qāḍī* risultava problematica in quanto quest'ultimo non era equipaggiato per attivarsi lui stesso nelle indagini né era coadiuvato da un idoneo *staff*. La sua decisione dipendeva interamente dal fatto storico e soprattutto da come esso veniva ricostruito dall'iniziativa delle parti. Sommariamente detto, nel sistema islamico l'azione penale per i reati di minor entità aveva un connotato privatistico e si risolveva in una citazione. La vittima o i suoi eredi dovevano quindi provare in giudizio le ragioni poste a fondamento della richiesta; il giudice, dopo aver chiesto al denunciato di produrre prove a discarico assume così un ruolo passivo, osservando il corretto svolgimento del processo e garantendo l'osservanza delle regole processuali. Il giudice deve poi decidere se la sentenza dovrà essere portata ad esecuzione ovvero potrà essere sospesa.

Poiché la figura di un pubblico ministero che svolga le indagini, raccogla gli elementi di prova e formuli una imputazione richiedendo al giudice di pronunciarsi non esiste nel sistema islamico, si può così immaginare come la vittima di un crimine avesse maggior interesse a rivolgersi alla polizia o alle autorità similari, anziché al giudice, poiché quegli organi soltanto avevano il potere di investigare e arrestare i sospetti.

Per quanto riguarda il principio di legalità, esso trova il suo fondamento nel Corano e nella *sunna* profetica ed ha tre corollari:

- nessuno può essere imputato o punito in assenza di una previa legge che preveda espressamente quella fattispecie e quella pena;
- nessun giudice può punire qualcuno in maniera discrezionale senza il supporto di indizi e prove legali;
- il testo normativo in base al quale si applica la legge penale deve trovarsi in esistenza e vigenza al momento in cui il reato è stato commesso.

La sostanza del principio di legalità è anche desumibile da una massima giuridica in base alla quale viene statuito che tutto è permesso se non è espressamente vietato, il consentito è la regola generale.<sup>24</sup> Di conseguenza, nessuno può essere punito in assenza di una espressa previsione normativa.

Il principio di legalità viene inteso dal diritto musulmano come una espres-

---

<sup>23</sup> RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 11.

<sup>24</sup> Il principio si trova, tra gli altri autori, chiaramente illustrato in ABU ḤAMĪD MUḤAMMAD AL-ĠAZĀLĪ, *Al-Mustaḥḍā min 'ilm al-uṣūl*, al-Maṭbā'a al-Amiriyya, vol. I, Dār Ihyā' al-Turāṭ al-'Arabi, Beirut Beyrut, 1997, I, p. 63-64; SAĪF AL-DĪN AL-'AMĪDĪ, *al-iḥkām fi uṣūl al-aḥkām*, Muḥammad 'Alī Subayḥ, Cairo, 1969, I, p. 112.

sa limitazione al potere dello Stato. Nell'assetto dello Stato islamico così come nel sistema giuridico non vi è spazio per l'arbitrio o per le prerogative ed i privilegi di singoli o gruppi. Anche il capo dello Stato o gli ufficiali governativi sono ugualmente responsabili, come tutti gli altri credenti, di fronte alla legge. Il giudice, nell'applicazione di quest'ultima, non dipende dal potere esecutivo né viene limitato dall'*imām*, essendo la sua attività giurisdicente indipendente, terza ed imparziale e quindi una garanzia per la collettività, anche perché l'unico limite imposto al giudice e ad ogni organo dell'amministrazione della Comunità musulmana deve conformarsi a ciò che Dio ha prescritto, cioè a dire alla legge divina che è stata trasfusa nel Corano. Ciò perché solo a Dio spetta il potere: *Io ho una prova evidente da parte del mio Signore, ma voi la tacciate di menzogna. Non è in mio potere quel che voi sollecitate, perché il giudizio non appartiene che a Dio: egli è il vero, egli è il miglior giudice* (Cor VI:57).

L'alto livello di tutela che l'*islām* riconosce al principio di legalità, determina la possibilità-dovere per il cittadino di non obbedire alle autorità se queste ultime violano la legge. Questo esplicito messaggio viene riportato nel seguente *ḥadīṭ*: *non c'è ubbidienza nella trasgressione, l'obbedienza è soltanto nella legge*<sup>25</sup> così come *non vi è obbedienza agli uomini che disobbediscono a Dio*.<sup>26</sup> In riferimento a queste fonti autorevole dottrina afferma che l'*islām* conferisce ad ogni credente il diritto di rifiutarsi di commettere un crimine qualora qualcuno appartenente all'amministrazione dello Stato, ad ogni titolo, gli ordini di farlo.<sup>27</sup> In sintonia con questa visione, altri autori sono concordi nell'affermare come la sovranità di uno Stato islamico sia ad un tempo garantita e limitata dalla applicazione della *ṣarī'a*.<sup>28</sup>

Ma prima ancora che nelle tradizioni, il principio di legalità trova un preciso riconoscimento all'interno del Libro sacro.

Vi si legge, infatti: *... Essi non ti crederanno finché non ti avranno costituito giudice delle loro discordie e allora non troveranno alcun imbarazzo ad accettare la tua decisione e a sottomettervisi, di sottomissione piena* (Cor

---

<sup>25</sup> IBN AL-ḤAĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZIM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 39.

<sup>26</sup> ABŪ DĀWŪD SULĀĪMAN AL-SISSISTĀNĪ, *Kitāb al-Sunan*, traduzione inglese di AHMAD HASAN, Muḥammad Aṣrāf Publishers, Booksellers Exporters, Lahore, 1984, tradizione n. 2285.

<sup>27</sup> ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, cit., p. 33.

<sup>28</sup> SOBHI MAḤMĀSSĀNĪ, *Arkān huqūq al-insān fi 'l-islām*, Dār al-'ilm li-l-Malayin, Beirut, 1979, p. 94, il quale oltre alla propria riporta la posizione di ABD AL-RAḤMĀN IBN ḤĀLDUN; ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, cit., p. 58; MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, I.B. Tauris, London-New York, 2003, p. 65.

IV:65); *In verità noi ti abbiamo rivelato il libro apportatore di verità, perché tu giudichi fra gli uomini secondo quanto Dio t'ha mostrato; non disputare a favore dei traditori (Cor IV:105); e messaggeri mandammo annunciatori e ammonitori, perché gli uomini non avessero più alcun argomento da portare contro Dio, dopo l'invio dei messaggeri divini (Cor IV:165); ... se questi vengono a te, fa da arbitro fra di loro o storna ad essi il volto... e se fai da arbitro fra di loro giudica secondo giustizia, perché Dio ama i giusti (Cor V:42); E a te abbiamo rivelato il libro secondo verità, a conferma delle scritture rivelate prima, e a loro protezione. Giudica dunque fra loro secondo quel che Dio ha rivelato e non seguire i loro desideri a preferenza di quella verità che ti è giunta. A ognuno di voi abbiamo assegnato una regola e una via, ... giudica dunque tra il popolo secondo quanto Dio ha rivelato e non seguire i loro desideri, e bada che essi non ti seducano e ti stornino da parte di ciò che Dio ti ha rivelato... (Cor V:48-49); Segui quel che ti è stato rivelato dal tuo Signore e non c'è altro Dio che lui (Cor VI:106); E questo ti dica che il tuo Signore non distrugge le città per l'iniquità ivi commessa, se la gente loro ne è inconsapevole (Cor VI:131); E non si addice a Dio di traviare un popolo dopo che lo ha guidato al bene prima di mostrargli chiaro che cosa debba temere... (Cor IX:115); Che noi non distruggeremo città alcuna senza averle prima dato una scrittura ben conosciuta (Cor XV:4); E poi per certo il tuo Signore, con quelli che operarono il male per ignoranza e poi si convertirono e si corressero, per certo il tuo Signore sarà indulgente (Cor XVI:119); E noi non castigammo mai senza avere prima inviato un messaggero divino (Cor XVII:15); E quando sono chiamati davanti a Dio e al suo Messaggero perché giudichi fra loro ... hanno forse un morbo nel cuore o dubitano, o hanno paura che Dio e il suo Messaggero li trattino ingiustamente?... invece, il parlare dei credenti quando sono chiamati avanti a Dio e al suo Messaggero perché giudichi fra loro è: abbiamo udito e obbediamo (Cor XXIV:48, 50-51); Ma noi non sterminammo nessuna città senza mandarle, prima, ammonitori (XXVI:208); ma il tuo signore non prese a sterminare quelle città senza avere prima inviato alla loro comunità un messaggero a recitare loro i nostri segni e solo alla città sterminata o la cui gente era ingiusta (Cor XXVIII:59).*

Diverse considerazioni discendono dall'analisi dei passi coranici appena richiamati; in primo luogo, si rileva come l'attribuzione delle funzioni giudiziarie del Profeta derivi direttamente dal Libro sacro.<sup>29</sup>

Inoltre, anche l'amministrazione politico-giudiziaria della comunità viene condotta alla luce del Libro sacro, ed i credenti sono tenuti ad obbedire a Dio,

---

<sup>29</sup> Cor IV:65 e 105; V:42 e 48-49; XXIV 48 e 50-51.

al suo Profeta ed ai detentori dell'autorità,<sup>30</sup> e devono conformarsi al testo sacro e, se non agiscono in tal senso, ogni loro atto prima ancora di integrare un possibile reato, è nullo.<sup>31</sup>

In quanto disciplinato alla luce della *šarī'a*, il sistema islamico trova vigenza in base alla legge religiosa, che è sempre in vigore e non viene ad essere modificata o abrogata da disposizioni successive, in base al principio di stretta legalità.

Vi è tuttavia un contemperamento a tale regola, determinato dallo stato di necessità o *darūra*. Tale condizione è una costruzione dottrinale elaborata dai giuristi, in base alla quale gli atti che sarebbero in tempi normali solitamente illegittimi, possono acquistare legittimità in determinate circostanze, allorché appaiano necessari per assicurare il normale funzionamento delle istituzioni.<sup>32</sup> La deroga al principio di legalità trova fondamento innanzitutto nel Corano, ove viene infatti riportato come: *Vi siano dunque proibiti gli animali morti, il sangue, la carne di maiale (...) quanto poi a colui che vi è costretto per fame e senza volontaria inclinazione al peccato, ebbene Dio è misericorde e pietoso* (Cor II:3). Lo stato di necessità viene anche legittimato dalla *sunna*, poiché tanto le tradizioni del Profeta che quelle dei Califfi riportano diffusamente precisi casi di circostanze eccezionali in cui è stata applicata la nozione di *darūra*. Così, durante le prime campagne di conquista, Muḥammad sospese l'amputazione di arti quale pena da applicare in caso di furto, avendo bisogno di braccia e gambe integre per le campagne militari; analogamente, il Califfo 'Umar sospese la medesima pena durante periodi di carestia. Tuttavia, la deroga così assurta a principio generale, riassumibile nella massima "la necessità rende lecite le condotte proibite", deve tuttavia proporzionarsi alla situazione contingente; così, deve essere limitata nel tempo e deve decadere al venire meno delle circostanze che hanno giustificato la sua attivazione nel sistema.

La *šarī'a* impiega differenti metodi per dare attuazione al principio di legalità nella legge penale.

In riferimento ai reati più gravi, che destano un maggiore allarme sociale, la *šarī'a* codifica sia le condotte punibili, sia le pene da applicare; le pene così specificate possono ricadere tanto nell'ambito più grave delle pene *ḥudūd* quanto in quello meno grave delle pene cd. di vendetta privata o *ḡināyāt*,

---

<sup>30</sup> "O voi che credete, obbedite ad Allāh e al Messaggero e a coloro di voi che hanno l'autorità" (Cor IV:59).

<sup>31</sup> "O credenti, ubbidite a Dio, al suo Profeta e non rendete nulle le vostre opere" (Cor XLVII:33).

<sup>32</sup> ABDALLAH HARSI, "Introduction au droit public musulman", in *R.E.M.A.L.D.*, Editions Maghrébines, Casablanca, 2006, p. 101.

quest'ultimo suddiviso, a seconda del differente grado di colpevolezza e del comportamento dei soggetti, in taglione o *qiṣās*, pagamento del prezzo del sangue ovvero *diyya*, diversificata in maggiore e minore e che costituisce un indennizzo risarcitorio che fa venire meno l'antigiuridicità, ed espiazione o *kaffāra*.

Viceversa, per le condotte portatrici di un allarme sociale più attenuato, lì dove quindi l'ordine e la sicurezza pubblica vengono messi in pericolo in maniera più lieve, la legge penale islamica si limita a definire soltanto le condotte punibili o *ma'ṣiya* ed a fornire unicamente delle indicazioni generali per quanto riguarda le pene. Si ricadrà in questo caso nell'ambito dei reati puniti con pene discrezionali o *ta'zīr*, che consistono unicamente nella previsione della trasgressione, precisata dalla legge e non quindi lasciata alla valutazione arbitraria del giudice, venendo consentito a quest'ultimo un criterio discrezionale nella individuazione della singola pena da attribuire al caso concreto. Queste pene possono essere sia limitative della libertà personale (reclusione in casa o in carcere, espulsione dal quartiere o dal villaggio, bando o esilio), sia della disponibilità patrimoniale (sequestro di beni finalizzato alla confisca, da distribuire a poveri e bisognosi), ovvero consistere in punizioni corporali (fustigazione, esposizione in pubblico, annerimento del volto) e di carattere morale (strappo del turbante, sguardo di disapprovazione o rimprovero del giudice). È un errore tuttavia ritenere che le pene discrezionali non siano contenute e regolate in un testo giuridico o che il giudice sia totalmente libero nella determinazione sia della condotta punibile sia della relativa pena da applicare.<sup>33</sup> In un siffatto contesto, è agevole verificare come la *ṣarī'a* imponesse alcune restrizioni al potere giurisdizionale. In primo luogo il giudice dovrà verificare se il fatto posto alla sua attenzione integri una particolare *ma'ṣiya*; quindi, una volta individuata la fattispecie punibile, essa dovrà essere correttamente provata e soltanto dopo tali passaggi egli potrà comminare una pena adeguata. Le condotte punite con pena *ta'zīr* sono ben individuate nei testi giuridici e se ne possono ritrovare dettagliati elenchi. Tra le altre, possono essere ricordate: consumo di alimenti o sostanze proibite, mancata celebrazione della preghiera, abuso della fiducia altrui, falsificazione e truffa in pesi e misure, spergiuo, usura, atti osceni, ingiurie, corruzione, violazione di domicilio, spionaggio.<sup>34</sup> In tutti questi casi il Corano e la *sunna* determinano la fattispecie che ver-

<sup>33</sup> Una isolata posizione dottrinale, di ristrette conoscenze arabo-islamiche ma di somme conoscenze giuridiche, ha ritenuto le pene *ta'zīr* contrastanti con il principio di legalità in materia penale. Così GIULIANO VASSALLI, "In margine al diritto penale islamico", in *La giustizia penale*, 1980, II, 5, p. 140.

<sup>34</sup> MUHAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 71.

rà quindi a costituire una particolare trasgressione, in riferimento alla quale il giudice dovrà applicare una pena adeguata e proporzionale, che andrà dal semplice richiamo, alla multa e in casi estremi alla detenzione, in base al suo potere di scelta, che non va confuso con il potere discrezionale. Nell'ambito della teoria gius-pubblicistica islamica, né il giudice né altri organi dell'esecutivo o dell'amministrazione pubblica godono di funzioni e di poteri illimitati di questo tipo.

Vi sono poi alcuni reati puniti con pene discrezionali, che violano *al-maṣlah al-'amma*, l'interesse pubblico, per i quali non è prevista concretamente la condotta penalmente rilevante ma soltanto i principi generali; ciò in quanto queste condotte sono di tipo imprevedibile, e non possono quindi essere specificate in anticipo. In tali casi, pur non trovandosi in presenza di una *ma'siya*, il *qāḍī* potrà eccezionalmente applicare una pena *ta'zīr*; poiché la condotta è pregiudizievole per il pubblico interesse e causa un danno alla società. Esempi di questo tipo di pene discrezionali applicabili dal giudice e non prefissate nelle corrispondenti fattispecie sono: le misure di sicurezza nei confronti dell'alienato mentale e la custodia cautelare per facilitare le investigazioni o motivata dal pericolo di fuga.<sup>35</sup>

Nel diritto islamico, la carcerazione o *ḥabs* non è concepita come pena, se non nell'ambito dei reati puniti con pena discrezionale, ma è una misura coercitiva dalla duplice valenza: per quanto riguarda la comunità, mira ad assicurare l'osservanza delle norme e ad evitare una possibile reiterazione del reato; in relazione al reo, tende a suscitare il pentimento o *tawba*<sup>36</sup> e a consentire una anticipazione di espiazione in terra rispetto alla pena nell'al di là (per il peccato commesso).

Le pene discrezionali, in genere, devono operare ad un livello di severità inferiore rispetto a quello prescritto per le pene coraniche. Esse possono anche essere irrogate in tutti quei casi in cui una pena *ḥadd* non può essere in concreto applicata, ad esempio perché le prove sono risultate inidonee o insufficienti, o perché nel reato concorre una persona non punibile o non imputabile. In tali casi quindi il giudice potrà comminare discrezionalmente una pena inferiore rispetto a quella espressamente prevista dalla legge per la fattispecie in esame ma non applicabile, ripristinando così l'equilibrio alterato dalla condotta criminosa.

Vi è discordanza tra le diverse scuole giuridiche sui limiti quantitativi delle pene *ta'zīr*. Alcuni giuristi, appartenenti soprattutto alla scuola mālikita, repu-

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p 71.

<sup>36</sup> JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 183.



tano che le pene discrezionali non siano coperte da alcun limite; šāfi'iti e ḥanbaliti ritengono che le pene *ta'zīr* devono essere inferiori alla corrispondente pena *ḥadd*; alcuni tra gli ḥanafiti affermano che le pene *ta'zīr* non devono eccedere la più bassa delle pene *ḥudūd*, non potendo di conseguenza superare le 40 frustate. Per alcuni autori ḥanbaliti, il limite è costituito da 10 colpi di frusta.

Risulta così chiaro che per le pene discrezionali, pur avendo portata residuale rispetto alle pene di vendetta privata ed a quelle coraniche, in realtà rappresentano la regola generale di applicazione della giurisdizione e per alcuni autori esse costituiscono espressione della flessibilità del sistema penale islamico, senza le quali esso si sarebbe dimostrato inadeguato già subito dopo il primo periodo dell'islām.<sup>37</sup>

Per quanto riguarda la presunzione di non colpevolezza, il Corano afferma: *Chiunque commetta un errore o un peccato e poi lo rigetta su un innocente, si carica di una calunnia e di un peccato evidente* (Cor IV:112). Inoltre, vi sono *ḥadīṭ* del Profeta che recitano: *allontana le pene hudud dai sospetti e dai dubbi e se l'accusato ha una via di salvezza, rilascialo; è meglio per l'imām perdonare erroneamente piuttosto che punire erroneamente ed ancora evita di ammazzare i musulmani se lo puoi.*<sup>38</sup>

La responsabilità, dunque, va provata e se vi sono sospetti o dubbi circa l'effettiva colpevolezza di un soggetto, va applicato il principio del *favor rei* o, per meglio dire, *in dubio pro reo*.

La presunzione di non colpevolezza, che abbraccia una nozione più ampia rispetto a quella di innocenza, fonda il concetto in base al quale nessuno può essere ritenuto colpevole di un crimine prima che questo sia stato pienamente provato.<sup>39</sup>

Così, una pena non potrà essere irrogata e quindi portata ad esecuzione se il giudice, in base al materiale probatorio valutato, non si convincerà della ef-

---

<sup>37</sup> Così MOHAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, American Trust Publications, Plainfield, 2000, p. 115.

<sup>38</sup> In dottrina, diverse sono le pubblicazioni sul tema della presunzione di non colpevolezza. Si rinvia a quelle citate in MUHAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 52, nota 26.

<sup>39</sup> Il diritto islamico, ponendo quale principio basilare del suo sistema la presunzione di non colpevolezza e non quella di innocenza, si è dimostrato precursore ed antesignano della riflessione maturata secoli dopo, sul punto, dalla società delle Nazioni e sfociata nell'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10/12/1948, nonché nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, siglato sotto l'egida dell'ONU a New York il 16/12/1966, ed entrato in vigore il 23/03/1976.

fettiva responsabilità dell'accusato oltre ogni ragionevole dubbio.<sup>40</sup>

Sospetti e dubbi possono essere classificati in quattro categorie:

- concernenti fattispecie, imputazione e prove collegate;
- concernenti volontà criminale e *mens rea*;
- concernenti prove sulla commissione del reato o sull'elemento materiale del reato;
- concernenti la applicazione della legge penale in riferimento a dettagli o elementi concreti del fatto storico posto in esame.

Tutte le scuole giuridiche concordano sul fatto che tale regola è applicabile a ogni crimine, soprattutto se punito con pena fissa.<sup>41</sup>

Il principio di legalità e la presunzione di non colpevolezza sono strettamente connessi ed inscindibili, ad un tempo l'uno base e risultato dell'altro. Corollari del principio di presunzione di non colpevolezza risultano essere le seguenti affermazioni:

- l'accusato è presunto innocente, e la sua dignità, libertà personale e sicurezza fisica devono essere rispettate, preservate e protette fino alla sentenza definitiva;
- il pieno rispetto delle regole processuali, segnatamente quelle relative al procedimento probatorio, deve essere osservato in tutti i gradi e stati del processo;
- l'accusato può difendersi e utilizzare ogni mezzo riconosciuto dalla legge, ovverosia non espressamente vietato, per superare e scardinare le accuse mossegli;
- ogni dubbio o sospetto deve essere interpretato in favore dell'accusato ed ogni indizio, ancorché grave, non può essere da solo sufficiente a motivare un giudizio di colpevolezza, giustificato unicamente dalla pluralità, rilevanza, precisione e concordanza indiziaria.

La nozione di libertà personale ha nel diritto islamico un'accezione molto vasta. Per *ḥaqq al-amn*,<sup>42</sup> infatti, si intende il diritto alla sicurezza personale; il diritto alla vita in forma libera e pacifica, senza il timore di aggressioni ingiustificate, stati di detenzione arbitrari e comminazione di pene illegittimi; il diritto di libera disponibilità delle proprietà e dei beni personali; il diritto alla salvaguardia dell'onore e del decoro personali da ingiustificate aggres-

---

<sup>40</sup> YAQŪB IBN IBRAHĪM ABU YUSUF, *Kitāb al-ḥarāğ*, traduzione francese di EDMOND FAGNAN, *Livre de l'impôt foncier*, Paul Geuthner, Paris, 1921, p. 22.

<sup>41</sup> MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 46.

<sup>42</sup> Su questo particolare valore si veda MOḤAMMAD HAŠĪM KAMALI, *The Right to Life, Security, Privacy and Ownership in Islam*, Islamic Texts Society, Cambridge, 2008, *passim*.

sioni, perpetrate da privati o anche dallo Stato o da altri Stati. Nel novero dei valori tutelati, va anche ricompresa la nozione di libera circolazione e libertà di movimento, orientata all'utilizzo delle risorse della terra ed allo sviluppo degli scambi commerciali. Molti sono i versetti da cui vengono ricavati i concetti di tutela della vita, dell'onore e dei beni dell'uomo, primo tra tutti: *E noi già molto onorammo i figli d'Adamo e li portammo per la terra e sul mare e demmo loro provvidenza buona, e su molti degli esseri da noi creati preferenza grande* (Cor XVII:70).

Le regole della *šarī'a*, finalizzate alla salvezza, integrità e libera disponibilità della persona e dei suoi beni, trovano così il loro fondamento nel testo coranico, ove la dignità dell'uomo viene descritta come dono di Dio. Essa, conseguentemente, costituisce un valore assoluto, in base al quale l'essere umano deve essere trattato in maniera decorosa e giusta: le libertà e i diritti collegati alla sicurezza personale e dei beni, nell'islām, vengono quindi visti come una manifestazione della dignità dell'uomo, a sua volta espressione della grazia di Dio diffusa sul genere umano.<sup>43</sup>

Nel libro sacro vengono poi riportate altre manifestazioni del concetto di dignità dell'uomo, fra le quali spicca la nozione di libertà dalle aggressioni: *Combatteteli dunque, fino a che non ci sia più scandalo e la religione sia quella di Dio; ma se cessano la lotta, non ci sia più inimicizia che per gli iniqui* (Cor II:193). È evidente come il Corano proibisca ogni forma di ostilità nei confronti di tutti coloro che non abbiano commesso atti di aggressione, e consenta manifestazioni di ostilità unicamente nei confronti degli aggressori.

La dignità dell'uomo, inoltre, viene anche salvaguardata nelle regole orientate alla celebrazione di un giusto processo, che vedono sacramentata la tutela dei diritti dell'imputato.

Per quanto riguarda il principio di responsabilità, va detto che il sistema penale islamico è basato sul principio della responsabilità individuale e personale; i soggetti vengono puniti in base ai loro propri atti.

Nel Corano viene espressamente stabilito che nessuno può essere accusato o punito per un crimine commesso da altre persone: *... ogni anima, se commette il male non lo fa che contro sé stessa e nessun'anima carica sarà caricata dal carico altrui* (Cor VI:164); *Chi segue la retta via lo fa a suo favore e chi si travia, si travia contro se stesso, e nessun'anima sarà caricata del peso di un'altra...* (Cor XVII:15).<sup>44</sup> Questo principio è ripetuto in un *ḥadīṭ* che recita

---

<sup>43</sup> Diversi sono i versetti che descrivono il rapporto creatore/creatura, padre/figlio, tra i quali vanno ricordati Cor XCV:4; XXXVIII:72; II:34.

<sup>44</sup> Per completezza, va evidenziato che il Corano cita anche altri passi in cui il principio viene

nessuna persona può essere incriminata per un crimine commesso da un'altra persona.<sup>45</sup>

Sempre nel testo sacro del Corano viene detto: *In verità noi ti abbiamo rivelato il libro portatore di verità, perché tu giudichi fra gli uomini secondo quanto Dio ha mostrato; non disputare a favore dei traditori* (Cor IV:105). Questa rivelazione viene riferita ad un episodio storico concernente una disputa tra un musulmano, Ibn Ubayrāq, ed un ebreo. Il musulmano aveva dapprima rubato una cotta di maglia e la aveva poi occultata nella casa dell'ebreo, accusando quest'ultimo del furto. Fu supportato in questa falsa accusa dalla sua tribù. Il Profeta, al quale fu portato il caso, scagionò l'ebreo dall'accusa e Ibn Ubayrāq fuggì via, abiurando l'islām.<sup>46</sup>

Altri due versetti consacrano tale principio: *Chiunque commette un peccato, rende se stesso responsabile e Chiunque commette una mancanza o un peccato e poi lo rigetta su un innocente, si carica di una calunnia e di un peccato evidente* (Cor IV:11-12).

Non vi sono ipotesi di *culpa in vigilando* rilevanti penalmente, anche perché il concetto di negligenza è sconosciuto nel diritto islamico,<sup>47</sup> né sussistono ipotesi di responsabilità penale per quelle che nel diritto islamico sono assimilabili alle persone giuridiche, come il *waqf*.<sup>48</sup>

Pene ascrivibili a responsabilità collettive non sono permesse, anche se possono essere riconosciute delle deroghe a tale principio generale.

Una prima deroga viene fornita da un particolare istituto, detto *qasāma*, di contaminazione pre-islamica e che ha trovato applicazione soprattutto nella dottrina ḥanafita, in base al quale gli abitanti di una casa, di un quartiere o di un villaggio, ovvero equipaggio e passeggeri di una imbarcazione, possono essere ritenuti finanziariamente responsabili in conseguenza di un omicidio che sia stato commesso nella casa, nel quartiere, nel villaggio o sull'imbarcazione,

---

espresso, seppure in maniera secondaria o indiretta. Se ne riporta, di seguito, soltanto l'elencazione: Cor II:134; III:30; VI:52; X:41; XXIX:12-13; XXXI:33; XXXV:18; XXXVI:54; XXXIX:7; XL:17; LI:21; LIII:38-40; LXXXII:19.

<sup>45</sup> MUḤAMMAD AL-ŠAWKANI, *Nayl al-awfār šarh muntaqa al-akhbār*, Dār al-Wafa, Cairo, II, 1998, n. 334.

<sup>46</sup> SYED UTHMAN AL-HABSHI, *Islamic conception of justice*, Institute of islamic understanding, Kuala Lumpur, 1994, p. 3.

<sup>47</sup> Così JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 190.

<sup>48</sup> I *waqf* sono fondazioni pie che si occupano di garantire il *welfare*, ovverosia tutta una serie di servizi pubblici, dalla costruzione di moschee, ospedali, mense pubbliche, bagni pubblici, strade, scavi di pozzi ecc. e costituivano, allo stesso tempo, una realtà legale, religiosa e sociale. Per un approfondimento si può consultare GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, p. 318 e ss.

ad opera di un residente ovvero quando l'autore del fatto è rimasto ignoto; a riprova della loro mancanza di responsabilità, vengono chiamati a fare uno specifico giuramento. Si tratta di situazioni che richiedono un pesante quadro indiziario che, pur non consentendo un giudizio di colpevolezza dell'imputato, ovvero pur impedendo l'identificazione del diretto responsabile, risulti tale da giustificare il dirottamento delle censure nei confronti di parenti ed affini, o anche di astanti o residenti nel *locus commissi delicti*.

Una ulteriore deroga si ha quando, al reo di un crimine punibile con la regola del taglione (riassunta in Cor II:178-9 e IV:92-3) viene consentito di espiare attraverso il pagamento del prezzo del sangue, la *diyya*: *e nella Torah prescrivemmo a voi anima per anima, occhio per occhio, naso per naso, orecchio per orecchio, dente per dente e, per le ferite la legge del taglione. Ma chi dà in elemosina il prezzo del sangue, ciò sarà per lui di purificazione* (Cor V:45), allorquando viene riconosciuta ai prossimi del reo (il clan sociale, la tribù, la *gens*, la *‘āqila*) la facoltà di concorrere nel pagamento. Tale possibilità ha una duplice valenza. Quella di fornire maggiori possibilità di soddisfazione e risarcimento alle persone offese, ma soprattutto quella di pacificazione sociale, determinata dalla responsabilizzazione nella compensazione. Di fatto, ciò costituisce una risposta positiva alla piaga pre-islamica delle faide, che nel passato avevano comportato notevoli attriti sociali e sperequazioni in termini di composizione e che, se perduranti, avrebbero potuto disgregare l'ordine sociale e la coesione della neonata comunità islamica, caratteristiche viceversa fondamentali per la giovane *umma*, che si sarebbero poi rilevate vitali ed addirittura determinanti per la sopravvivenza e per l'espansione della comunità dei credenti.

Per riferirsi poi al principio di irretroattività, nel Corano, si legge: *E non sposate le mogli già sposate ai vostri padri, salvo quanto già è avvenuto: e questo è una turpitudine, un abominio, un abietto costume* (Cor IV:22); *..vi è proibito... salvo quanto già è avvenuto...* (Cor IV:23); l'inciso "salvo quanto già è avvenuto" esprime il principio di irretroattività. Nel Testo sacro si legge ancora: *Di a coloro che rifiutano la fede che, se desistono, quello che è ormai passato sarà loro perdonato, ma se riattaccano, sappiano che già gli antichi ebbero punizioni esemplari* (Cor VIII:38); *... Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura. E colui cui arrivi questo avvertimento divino e desista da questo peccato, gli sarà condonato quel che è passato...* (Cor II:275); *Dio perdona il peccato passato, ma Dio prenderà vendetta del recidivo* (Cor V:95); *Chi segue la retta guida, lo fa a suo favore, e chi si travia, si travia contro se stesso, nessun'anima sarà caricata del peso di un'altra; e noi non castigammo mai senza avere prima inviato un messaggero divino* (Cor XVII:15. Quest'ultimo è anche portatore del criterio personale nella responsabilità penale).

Il principio, sancito dal Corano, si è consolidato in tutto il diritto islamico; anche se ciò può riguardare unicamente il periodo pre-islamico, è importante notare come la non retroattività della legge, soprattutto in campo penale, sia una garanzia di portata universale.

Da queste letture, alcuni autori desumono che il Corano proibisce l'applicazione della legge penale dell'islām per reati che sono stati commessi prima dell'avvento dell'islām stesso e questo, in linea di principio, stabilisce la non retroattività delle pene secondo la *šarī'a*.<sup>49</sup> La sostanza di questi versetti è confermata da un celebre *ḥadīṭ* secondo cui 'Amr ibn al-'Āṣ, quando abbracciò l'islām, promise fedeltà al Profeta e chiese se sarebbe stato considerato responsabile per le sue condotte passate. Il Profeta rispose: "tu sai, o 'Amr, che l'islām dimentica ciò che precedeva e di cui è stato preso il posto?".<sup>50</sup> Come in molti sistemi giuridici, anche in quello islamico si riscontra una significativa eccezione al principio di non retroattività della legge penale, in base alla quale la nuova legge avrà valenza anche per le condotte passate; ciò accade quando l'effetto retroattivo viene applicato in favore della persona accusata, a meno che non si sia già formato un giudicato. Una seconda eccezione la si ritrova nell'ipotesi in cui le condotte poi incriminate siano state così gravi da poter comunque turbare l'ordine e la sicurezza pubblica; molti autori si riferiscono alle ipotesi di strage, calunnia e incesto.<sup>51</sup>

Per le nozioni di *mens rea* e imputabilità, i giuristi musulmani evidenziano come sia necessaria la sussistenza di tre requisiti per l'applicazione di una determinata pena:

- ❖ l'autore deve avere avuto la possibilità di scelta, tra l'assumere o meno la condotta o *qudra*;
- ❖ deve aver avuto la conoscenza della antigiuridicità dell'atto (*'ilm*);
- ❖ deve avere avuto intenzionalità nell'agire (*qaṣd*).

Perché sia consacrata una responsabilità penale, quindi, l'autore deve avere scelto di avere una determinata condotta, con coscienza e volontà, senza versare in ipotesi scriminanti.

Non si può avere imputabilità se l'autore di un'offesa non ha la capacità intellettuale di comprendere pienamente le implicazioni della sua condotta, poiché imputabilità implica capacità di discernimento e responsabilità, ovverosia

---

<sup>49</sup> MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 70.

<sup>50</sup> IBN AL-ḤAĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZĪM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 192.

<sup>51</sup> Per approfondimenti sulle varie interpretazioni di questa seconda eccezione, si veda ABDUL KĀDIR OUDAḤ SĀHĪD, *Criminal law of Islam*, Adam Publishers & Distributors, New Delhi, 2005, I, pp. 309 e ss.

richiede la qualità di *mukallaf*. In specifiche circostanze, infatti, un individuo che ha integrato una fattispecie criminosa non verrà giudicato responsabile del fatto compiuto o non verrà punito per il reato commesso. Ciò è determinato dalla assenza dei caratteri attributivi della responsabilità penale e, più in generale, del requisito della *mens rea*. È questo il caso degli illeciti commessi dai minori, dagli alienati mentali o da soggetti versanti in particolari situazioni di temporanea assenza della capacità di intendere o volere. In tali circostanze, l'autore del reato non risulterà imputabile.

La minore età e la alienazione mentale determinano, dunque, la non imputabilità.<sup>52</sup>

La minore età non è pre-individuata dalla legge ed essa termina con la pubertà che, in genere, si desume dall'insorgere dei tratti fisici connotanti la maturità sessuale; così, può essere provato che una persona ha raggiunto la maggiore età e quindi che è penalmente responsabile mediante l'osservazione soggettiva.

Vi sono tuttavia delle presunzioni, variamente definite dalle diverse scuole, in base alle quali i minori non possono avere raggiunto la pubertà prima di una certa età ovvero devono averla raggiunta dopo un'altra determinata età. Solamente gli *šī'iti* non fissano una età minima. Al minore non imputabile, tuttavia, può essere impartita una punizione *docendi causa*.

### Tabella <sup>53</sup>

Età prima della quale la pubertà non può essere ritenuta sussistente

	ḥanafiti	mālikiti	šāfi'īti	ḥanbaliti	šī'iti
Bambini	12	9	9	10	--
Bambine	9	9	9	9	--

Età oltre la quale la pubertà deve essere ritenuta sussistente

	ḥanafiti	mālikiti	šāfi'īti	ḥanbaliti	šī'iti
Ragazzi	15	18	15	15	15
Ragazze	15	18	15	15	9

Altre circostanze invece escludono la colpevolezza. In particolare, la legit-

<sup>52</sup> Sulle nozione giuridiche di alienazione mentale e minor età, si veda diffusamente *ibidem*, II, pp. 313 e ss.

<sup>53</sup> Tabella ripresa da RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 21.

tima difesa,<sup>54</sup> lo stato di necessità,<sup>55</sup> la forza maggiore,<sup>56</sup> lo stato di incoscienza (provocato ad esempio da ubriachezza colposa), la paura,<sup>57</sup> la malattia,<sup>58</sup> la debolezza,<sup>59</sup> il viaggio,<sup>60</sup> la cecità<sup>61</sup> ed infine l'essere zoppi.<sup>62</sup> In ogni caso, tanto le cause escludenti l'imputabilità, quanto quelle esimenti possono non precludere una responsabilità finanziaria, in quanto per essa non viene richiesto né il dolo né la colpa, essendo sufficiente la determinazione dell'evento.

Un importante effetto sulla imputabilità viene provocato dall'istituto della incertezza (*šubha*, somiglianza di), in base al quale il requisito di conoscenza di anti giuridicità dell'atto l'*ilm* non viene integrato. Essa è basata su un detto attribuito al Profeta: *evita il più possibile l'applicazione delle pene fisse per i musulmani in presenza di dubbio*.<sup>63</sup> L'incertezza è richiamabile unicamente per i crimini *hudūd* e l'omicidio.

L'incertezza può essere di due tipi, sul fatto e sulla legge. La prima si avrà quando un soggetto ritiene che la sua condotta sia conforme alla legge, essendo incorso in errore scusabile sulla identità delle persone o degli oggetti. Vi è incertezza sul fatto quando:

- una persona colpisce quello che crede sia un corpo morto, ed in realtà si tratta di una persona addormentata;
- un cieco trova una donna nel suo letto ed ha un rapporto con essa, ritenendola erroneamente sua moglie ovvero la sua schiava;
- un uomo si sposa e consuma il matrimonio, scoprendo successivamente che la donna sposata è sua sorella di latte o sorella adottiva; il matrimonio sarà nullo ed i soggetti non potranno essere responsabili di rapporto sessuale illecito a causa dell'errore scusabile.

L'incertezza sulla legge si evidenzia allorquando un soggetto ritiene la liceità del suo atto, derivante da una erronea comprensione della norma. Essa da una parte si scompone nell'ignoranza degli elementi essenziali della legge, come nel caso di ignoranza della proibizione di rubare, di bere vino, di fornicare

---

<sup>54</sup> Per tutti, Cor II:190.

<sup>55</sup> Cor II:173; V:3; VI:119; VI:145; XVI:115.

<sup>56</sup> Cor XVI:106.

<sup>57</sup> Cor IV:101.

<sup>58</sup> Cor II:183-185; IV:43; V:6; IX:91; XXIV:61; XLVIII:17.

<sup>59</sup> Cor II:282; IV:98-100; IX:91.

<sup>60</sup> Cor II:183-185; IV:43; V:6.

<sup>61</sup> Cor XXIV:61; XLVIII:17.

<sup>62</sup> Cor XXIV:61; XLVIII:17.

<sup>63</sup> RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 22.



ecc. In tal caso l'ignoranza della legge basata su chiari testi e su fonti quali il Corano, *ḥadīṭ* ed il consenso *iḡmā'*, sarà scusabile unicamente se l'autore è un soggetto convertito da poco all'islām, oppure se proviene da regioni selvagge, lontane dalla civiltà; d'altra parte, essa è costituita dall'ignoranza degli elementi accessori della norma che determina in genere la scusabilità della condotta. Classici esempi sono l'uccisione di una persona su sua richiesta, il bere vino per motivi medici e il prelevare con sé un bambino ritenendo che sia di propria proprietà. In questi casi, l'accusato non verrà punito con una pena *ḥadd*.

In riferimento a queste condotte scusabili, l'incertezza viene presunta sussistere e deve essere provato unicamente il fatto su cui essa è basata. Questo è anche il caso di una errata conoscenza basata sul Corano o su *ḥadīṭ* che sono stati abrogati da altri testi o che vengono differentemente interpretati dalla maggioranza dei giuristi, o di una conoscenza basata su un'opinione di minoranza. È il caso di chi, ad esempio, uccide suo figlio o ruba beni di propria proprietà, sulla scorta del *ḥadīṭ* che recita “*tu e la tua proprietà appartenete a tuo padre*”.<sup>64</sup>

Per quanto riguarda le condotte di omicidio e lesioni, che come visto non danno luogo alle pene fisse previste nel Corano, gli effetti giuridici dipendono dall'intenzione del soggetto al momento della commissione del fatto. Vi sarà l'applicazione del taglione, in presenza di intenzione e volontarietà dell'atto, laddove si darà luogo al pagamento del prezzo del sangue, in caso di colpa. Alcune scuole giuridiche, eccezion fatta per i mālikiti, riconoscono una categoria intermedia tra dolo e colpa, che dà luogo al pagamento del prezzo del sangue più elevato. Nella difficoltà di stabilire lo stato mentale di una persona al momento dell'atto, per determinare la presenza e il grado di responsabilità, i giuristi classici hanno elaborato una serie di criteri, principalmente orientati alla verifica della idoneità del mezzo utilizzato. In effetti, sul punto sembra maggiormente calzante il criterio delle scuole šāfi'ita e ḥanbalita, in base al quale vi sarà dolo, se l'autore ha ricercato sia l'atto che il suo effetto; la condotta sarà quindi semi-intenzionale (una sorta di preterintenzionalità) qualora ha voluto solo l'atto, ma non l'effetto; si avrà infine colpa, allorquando l'autore non ha voluto compiere l'atto né ha auspicato il realizzarsi dell'evento.<sup>65</sup>

Anche nell'ambito dell'omicidio e delle lesioni vi sono gli errori scusabili, riguardanti l'intenzione (*aberratio delicti*) e l'azione (*aberratio ictus*). L'errore o *ḥaṭa'* riguardante l'intenzione (*fī al-qaṣd*) si avrà se qualcuno spara

<sup>64</sup> IBN MAGA, *Sunan*, Dār al-Ḥadīṭ, Cairo, 1998, p. 64.

<sup>65</sup> Per approfondimenti sui criteri selettivi, si rimanda a RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 43.

ad esempio a un uomo perché lo ha scambiato per un animale, lì dove si avrà l'errore relativo all'azione (*fi al-fi'l*) se si spara al bersaglio e accidentalmente si colpisce un uomo.

In riferimento al principio cd. di *ignorantia legis*, va osservato che, contrariamente alla generale previsione esistente nel diritto romano e mutuata poi nel sistema italiano, per il diritto islamico nessuno può essere punito se non vi è prova che abbia conosciuto e compreso il precetto normativo: *nessuno può essere vincolato da una obbligazione se non è capace di comprendere la legge che la impone; un determinato comportamento può essere imposto soltanto se il destinatario del precetto comprende la natura dell'atto e la obligatorietà giuridica*.<sup>66</sup> Perché vi sia la conoscenza delle leggi da parte di tutti i cittadini, e quindi della comunità dei credenti, il testo legale deve essere reso pubblico ed accessibile a tutti. Conseguentemente, non si può essere puniti per un crimine prima che il testo che lo ha previsto sia stato pubblicato, annunciato o comunque portato a conoscenza dei credenti.<sup>67</sup> L'onere di far conoscere le norme per poterne pretendere il rispetto è supportato da diversi passi all'interno del Corano: *Chi segue la retta guida, lo fa a suo favore, chi si travia lo fa contro sé stesso, nessuna anima sarà caricata del peso di un'altra. E noi non castigammo mai senza avere prima inviato un messaggero divino* (Cor XVII:15); *E poi per certo il tuo Signore, con quelli che operarono il male per ignoranza e poi si convertirono e si corressero, per certo il tuo Signore sarà indulgente* (Cor XVI:119); *Ma il tuo signore non prese a sterminare quelle città senza avere prima inviato alla loro comunità un messaggero a recitare loro i nostri segni e solo alla città sterminata o la cui gente era ingiusta* (Cor XXVIII:59); *E questo ti dica che il tuo Signore non distrugge le città per l'iniquità ivi commessa, se la gente loro ne è inconsapevole* (Cor VI:131).

Ne consegue, anche in base alla interpretazione di alcuni giuristi,<sup>68</sup> che in assenza di un testo, chiaro, che richieda determinati comportamenti o l'abbandono di determinate condotte, non potrà esservi responsabilità né potrà essere imposta una specifica pena. Così, un testo normativo può essere indirizzato unicamente ad una persona competente, che possa essere in grado di comprenderlo e per la quale non v'è altra possibilità che seguire il precetto, una volta conosciuto. Viceversa, si ricade nell'ambito dell'errore, per il quale si rimanda al paragrafo su *mens rea* ed imputabilità.

---

<sup>66</sup> ABDUL WAHHĀB KHALLAF, *ʿIlm Uṣūl al-fiqh*, Dār al-qalām, Kuwayt, 1978, p. 173.

<sup>67</sup> AL-ʿAWDA, *al-Taṣrīʿ al-ġināʿi al-islāmī*, Vol. I, *Muʿasasat al-Risala*, Cairo, 1982, p. 117; ABDUL WAHHĀB KHALLAF, *ʿIlm Uṣūl al-fiqh*, cit., p. 117.

<sup>68</sup> ABDUL WAHHĀB KHALLAF, *ʿIlm Uṣūl al-fiqh*, cit., p. 98.

Ancora più espliciti risultano i seguenti passi del Corano: *Il perdono si ad-dice a Dio solo verso coloro che fanno il male per ignoranza e poi presto si convertono* (Cor IV:17); ... *cosicché chi di voi ha fatto il male per ignoranza ma poi si è pentito e si è migliorato, ebbene Dio è misericordioso e clemente* (Cor VI:54), che in ogni caso richiedono un sincero pentimento per avviare al reato commesso per ignoranza della legge.

In riferimento alla obbligatorietà dell'azione penale, per perseguire le condotte antigiuridiche più gravi e quindi ai reati punibili con pene *ḥudūd*, il sistema penale islamico ha inderogabilmente inquadrato l'azione penale su un piano pubblicistico di indisponibilità, indefettibilità e non negoziabilità, sancendone così il carattere obbligatorio. Risulta pertanto inammissibile qualunque apertura a persecuzione discrezionale di reati ovvero lasciata alla sola iniziativa delle parti poiché, ricadendo nella sfera del diritto di Dio, non vi è spazio né per querele né per remissioni delle stesse. L'immodificabilità e la inderogabilità delle pene *ḥudūd* è sancita nel seguente passo coranico: ... *questi sono i limiti di Dio: non oltrepassateli, che quelli che oltrepassano i termini di Dio sono gli empi* (Cor II:229).

Ricevuta la *notitia criminis*, è la gravità stessa delle violazioni commesse a richiedere che ci sia un accertamento del fatto, una pronuncia di responsabilità ed una inevitabile esecuzione della condanna. La punizione viene prescritta nell'interesse pubblico, la sua entità è prefissata dalla legge religiosa, non può essere modulata tra minimi e massimi edittali,<sup>69</sup> ed una volta iniziata l'azione, essa non può essere ostacolata o fermata da interventi clemenziali.

Tuttavia, come si vedrà meglio in seguito analizzando la particolare concezione della pena elaborata dal diritto islamico, il sistema ha individuato diversi spazi attraverso i quali le condanne possono, in concreto, non essere eseguite.

Difatti, oltre al rigorismo del procedimento probatorio ed agli espedienti giuridici o scappatoie gli *ḥiyal*, individuati per derogare all'applicazione della pena, una particolare attenzione va rivolta agli istituti della imputabilità (di cui si è parlato diffusamente *supra*) e, soprattutto, delle condizioni obiettive di punibilità e quelle di procedibilità.

Il riferimento è rivolto all'analisi di talune singole fattispecie. In determinate ipotesi, difatti, il legislatore musulmano ha subordinato la punibilità del fatto alla presenza di particolari condizioni, che si aggiungono ai tipici elementi costitutivi del reato; è il caso dell'assunzione di sostanze alcoliche o inebrianti,

---

<sup>69</sup> IBN TAYMIYYA, *Al siyāsa al-šar'īyya fi iṣlah al-rā'ī wa al-ra'īyya*, traduzione italiana di GIAN MARIA PICCINELLI, *Il buon governo secondo l'islam*, Fondazione Ferni Noja Nosedà, Novara, 2001, p. 69.

per la punizione delle quali è richiesta alternativamente la flagranza, la flagrante ubriachezza ovvero la presenza di alito vinoso.<sup>70</sup> Inoltre, le ipotesi di resipiscenza e di recesso attivo hanno una forte valenza in alcune situazioni, tanto da determinare l'improcedibilità dell'azione penale. Ad esempio, nel caso di furto la restituzione della cosa sottratta (prima che la pena sia applicata),<sup>71</sup> nelle ipotesi di brigantaggio o ribellione il recesso attivo (prima dell'arresto)<sup>72</sup> e nella fattispecie di apostasia il ripensamento (nei tre giorni successivi all'arresto per l'uomo, in ogni momento per la donna),<sup>73</sup> determinano il venire meno di una condizione di procedibilità o perseguibilità dell'azione.

Per quanto riguarda le altre condotte, connotate da minor allarme sociale e punite con pene correzionali o con il taglione, l'azione penale non è strutturata nella logica di sistema come obbligatoria, ma è legata ad una citazione di tipo privatistico. Così, essa risulta strettamente connessa alla volontà delle persone offese, al comportamento del reo ed alla discrezionalità del giudice; inoltre, l'ordinamento islamico riconosce un ruolo eminente alla mediazione penale, che in tale senso e limitatamente al diritto degli uomini costituisce una deroga alla giurisdizione e quindi all'azione.

Per la concezione e la funzione della pena, va osservato come, nell'islām, diritto, morale e dogma non si discostano molto l'uno dagli altri. La nozione di reato si confonde sovente con quella di peccato. In realtà, l'attenzione del sistema penale non è tanto rivolta solo alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblici o alla tutela di valori quali la morale, il pudore o il diritto all'intimità e libertà sessuale, ma principalmente a condannare un atto che ha infranto un divieto, imposto dalla volontà di Dio.

Nel diritto islamico, infatti, il concetto di antigiuridicità non viene costruito e sviluppato quale valore giustificativo delle scriminanti, né va ad innestarsi quale rapporto tra condotta e norma violata; l'antigiuridicità affonda le sue radici nel disvalore determinato dal fatto che l'azione umana entra in conflitto con l'ordine stabilito e perseguito da Dio, ponendo quindi in pericolo la realizzazione del suo progetto.

---

<sup>70</sup> Per approfondimenti si consulti FELICITAS OPWIS, *Changing the Terms of Authority in Islamic Law: The Punishment for Drinking Wine*, Department of arabic and Islamic studies of Georgetown University, Georgetown, 2001.

<sup>71</sup> LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, Société Anonyme de l'Imprimerie Rapide, Tunis, 1926, pp. 132 e ss.

<sup>72</sup> Sulle nozioni di ribellione e di brigantaggio, si veda diffusamente KHALED ABOU EL FADL, *Rebellion and violence in islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

<sup>73</sup> Per maggiori ragguagli, SENU ABDUL RAHMAN, *Punishment of apostasy in Islam*, Kitab Bhavan, New Delhi, 2006.

Ne discende che, nel sistema islamico, la pena viene concepita in chiave mista, prevalentemente con funzione deterrente, di prevenzione talvolta generale e talaltra speciale, corroborata anche, in maniera concorrente, da quella retributiva e di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; essa varia in relazione alle singole categorie di condotte illecite cui fa riferimento. Per l'elaborazione dogmatica islamica, infatti, la minaccia della comminazione di pene nell'al di là non è sufficiente ad evitare che vengano posti in essere atti proibiti, ma occorre che vengano fissate in questo mondo delle pene, tanto più severe ed incidenti sulla sfera dei singoli, secondo una scala di intensità correlata alla violazione o al peccato posti in essere.

Invero, le pene coraniche, previste per le condotte più gravi, sono fisse, inderogabili e devono essere eseguite in maniera esemplare nonché, dato saliente, pubblicamente. Il principio di pubblicità nella celebrazione del processo e nell'esecuzione della pena, è modernamente inteso come funzionale ad un controllo da parte della collettività sull'operato del giudice. Tuttavia, risalendo nei tempi dei primi aggregati sociali e nel medioevo islamico, esso va collocato nella partecipazione emotiva della comunità non tanto al processo, inteso come dibattito, quanto soprattutto al suo epilogo, ovvero l'esecuzione della pena correlata alla sentenza. L'esemplarità ed anche la teatralità del supplizio comminato era servente alla giustizia sociale, per ricomporre gli animi e per ricostruire quella pace sociale che era stata aggredita dall'atto criminale. Si riequilibravano e si ripristinavano, così, i sensi di identità comunitaria e di sicurezza pubblica, attraverso lo svolgimento della sanzione con modalità esemplari, volte anche a costituire un monito verso eventuali futuri comportamenti anti giuridici.

La funzione di prevenzione generale delle pene *ḥudūd* viene rimarcata dalla evidenza per la quale i giuristi musulmani, da un lato, si sono sempre mostrati fautori della minaccia della sanzione, dall'altro, si sono sforzati di ritrovare molteplici *ḥiyal* o scappatoie giuridiche alla effettiva esecuzione delle sentenze ed alla concreta applicazione delle pene coraniche. La deterrenza, quindi, è il tratto caratteristico delle pene coraniche.

Significativo, a tal proposito, è il reato di rapporto sessuale illecito (*zinā*). L'islām legittima e favorisce i rapporti sessuali legittimi, cioè a dire quelli praticati tra individui non uniti da rapporti familiari o parentali, e consumati in costanza di matrimonio tra i soggetti vicendevolmente coniugati, ovvero tra il padrone e la sua schiava. Ogni altro tipo di rapporto (prematrimoniale, fra persone sposate ma non tra di loro, con una schiava non propria, incestuoso, di tipo omosessuale, ecc.), è proibito dal Corano e punito con pena *ḥadd*. Il processo può cominciare su denuncia, per uno stato di gravidanza illegittima (solo i *mālikiti*, tuttavia, ritengono che ciò possa costituire prova di *zinā*, laddove

per le altre scuole giuridiche lo stato interessante della donna non sposata costituisce solo un indizio di colpevolezza), per confessione, ovvero a seguito di denuncia di violenza sessuale della vittima non sufficientemente provata.

In caso di denuncia, la prova del fatto illecito è di tipo dichiarativo; occorrono le attestazioni concordanti di quattro testimoni maschi, adulti, musulmani, degni di fede, che devono affermare di aver visto le due persone commettere *zinā* (dovendo quindi già conoscere la natura illegittima del rapporto al momento della sua osservazione), e di aver visto l'organo maschile all'interno di quello della donna (alcune scuole richiedono addirittura la penetrazione del membro per una certa profondità e non il semplice contatto superficiale tra organi, altre ancora richiedono la congiunzione tra gli organi, non perfezionata in caso di frapposizione di una stoffa o altro materiale simile). I testimoni devono risultare poi precisi nella indicazione del luogo e dell'orario in cui si è consumato l'atto sessuale illecito. Se emergono delle discrasie, delle difformità con quanto riportato, la prova non potrà essere ritenuta validamente raggiunta. Ma se i testi affermano di aver visto l'unione dei due organi sessuali senza descrivere ciò come *zinā*, la prova non risulterà valida né, tantomeno, conclusiva, poiché vi sarà un dubbio, ancorché remoto, che in effetti possa essere stato commesso un rapporto sessuale lecito. Ciò in quanto possono esserci altre forme di relazioni legali o semi-legali tra uomini e donne, tali da sollevare il sospetto che non sia stata posta in essere un'attività contraria alla legge e conosciuta come tale, perché ad esempio ci sono state forme di relazione legittima. Del resto, se risultano tre i testimoni dell'atto illecito e dei dettagli del fatto, ed il quarto testimone non utilizza parole chiare, univoche o conclusive, la responsabilità penale non potrà essere attribuita. Similmente, se il quarto testimone afferma di avere sentito ma di non avere visto le due persone commettere il crimine, omettendo così di descrivere quel particolare dettaglio visivo, ciò ugualmente risulterà insufficiente a stabilire la penale responsabilità. Ancora, fino alla fase esecutiva della sentenza, la testimonianza può essere ritrattata o modificata ed in tal caso l'accusato verrà liberato e la sentenza di responsabilità revocata ed annullata. In siffatte ipotesi tuttavia, i testimoni verranno accusati di calunnia di rapporto sessuale illecito (*qadf*), altro reato grave, anch'esso punito con pena coranica. Inoltre, nell'ipotesi in cui quattro testimoni maschi, dotati delle caratteristiche richieste dalla legge, abbiano effettivamente testimoniato sull'accusa di *zinā*, ma alcune donne ritenute altrettanto credibili attestino che la presunta rea sia ancora vergine, in tal caso le due persone accusate dovranno essere dichiarate non colpevoli. Ciò in quanto la prova contraria deve essere valutata *pro reo*, lì dove il giudizio di responsabilità potrà fondarsi unicamente qualora risulterà l'univocità delle dichiarazioni testimoniali. Ancora, dovrà essere dichiarata la non colpevolezza degli accusati qualora esami tecnici, medici

o scientifici dimostrino che una delle due persone accusate sia incapace di avere rapporti sessuali. Infine, ad ulteriore riprova che questo genere di pene deve essere applicato soltanto in quei casi evidenti per i quali non possono trovarsi alternative, al di là di ogni ragionevole dubbio, viene richiesto che siano proprio i testimoni a dover dare inizio all'esecuzione della sentenza (ad esempio, in caso di lapidazione dovranno lanciare per primi le pietre). Ciò, per fugare ogni ulteriore ipotesi di dubbio (provocato dai testi, sia per colpa che per dolo) sulla responsabilità in ordine al fatto.

Un'altra possibilità di provare il rapporto sessuale illecito è la confessione degli autori, che dovranno presentarsi in giudizio liberamente e volontariamente, confessione che dovrà restare ferma e valida fino alla esecuzione della sentenza, poiché, in caso di revoca o modifica della stessa, la sentenza non potrà più essere eseguita. Il macchinoso procedimento per raggiungere una testimonianza valida, pienamente utilizzabile ai fini della condanna e della conseguente esecuzione della sentenza di *zinā*, dimostra come il sistema penale islamico, in ipotesi di reati coranici, punti sulla prevenzione e non sulla retribuzione che, anzi, cerca in tutti i modi di evitare.

La dottrina non ha mai scandagliato i motivi e le ragioni degli ordini e dei divieti imposti da Dio, dal momento che fare ciò significherebbe voler assumere un comportamento empio; il suo operato è stato prevalentemente quello di raggruppare ed elencare i casi che possono integrare fattispecie di reato e di peccato.<sup>74</sup> La pena *ḥadd* è il "limite" (come indicato appunto dalla sua traduzione letterale)<sup>75</sup> specifico oltrepassato il quale si viola un diritto divino; innalzare questo limite o questa barriera significa quindi constatare l'infrazione e applicare la sanzione prevista. Ciò viene meglio spiegato dall'analisi della *ratio* di alcune proibizioni coraniche, quali i divieti in materia di comportamenti sessuali, il cui fondamento non va ricercato nel rispetto unito al terrore che da sempre hanno ispirato ai popoli gli atti principali della vita, quali i misteri della nascita, della morte e della riproduzione e che infondono sentimenti morali e di pudore, ma nel suo significato ontologico; il limite innalzato per tali reati, di fondo giustificabile dalla necessità di conservare l'integrità della filiazione ed evitare la *confusio sanguinis*, non viene così motivato da un punto di vista teoretico, ma se ne impone il rispetto unicamente perché presente.

Può risultare utile, poi, evidenziare come per la maggior parte delle scuole

---

<sup>74</sup> LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., p. 90.

<sup>75</sup> Sul senso concettuale e semantico di limite, nel Corano e nel diritto islamico in generale, si rimanda a MOHAMMAD HAŠĪM KAMALI, *Punishment in islamic law*, Ilmiah Publishers, Kuala Lumpur, 1995, p. 46 e ss.

giuridiche, la severità delle pene coraniche viene giustificata dal punto di vista religioso con la circostanza che l'esecuzione della pena comporta l'espiazione dal peccato e, quindi, la mancata punizione per esso nell'al di là.<sup>76</sup> Gli ḥanafiti non concordano con tale concezione, ritenendo che l'espiazione del peccato, in terra, può essere determinata non dalla soggezione ad una pena *ḥadd*, ma unicamente da un sincero e reale pentimento.

Per le condotte antigiuridiche di medio allarme sociale, poi, ovverosia i casi di omicidio e di lesioni, la pena viene prevista con funzione retributiva,<sup>77</sup> attraverso l'applicazione della disciplina di origine amorrea e quindi pre-islamica del taglione<sup>78</sup> – effettuata con le medesime modalità esecutive della condotta illecita – ovvero mediante la mediazione penale, quindi attraverso istituti quali la composizione, il pagamento del prezzo del sangue o *diyya*, il perdono, l'espiazione ecc. Nel diritto islamico, l'applicazione retributiva del taglione viene essenzialmente inquadrata come prestazione dell'obbligazione nascente da fatto illecito intenzionale;<sup>79</sup> il taglione tuttavia assolve anche una concorrente funzione deterrente, per evitare che vengano commessi reati contro la persona: *La legge del taglione è garanzia di vita, o voi dagli intelletti sani, a che forse acquistiate timor di Dio* (Cor II:179). Ad una analisi più approfondita, ciò che maggiormente interessa è proprio la deterrenza, venendo a collocarsi unicamente su un piano sussidiario ed adesivo lo scopo di eventuale riequilibrio sociale operato in via retributiva, perseguito attraverso una concreta applicazione della pena. In tale ottica, si spiega perché viene consentita

---

<sup>76</sup> FRANK VOGEL, *Islamic law and legal system: studies of Saudi Arabia*, Brill, Leiden, 2000, p. 241.

<sup>77</sup> La funzione retributiva della pena emerge dai seguenti versetti coranici: *In verità la ricompensa di coloro che combattono Iddio e il suo Messaggero e si danno a corrompere la terra è che essi saranno massacrati, o crocifissi, o amputati delle mani e dei piedi dai lati opposti, o banditi dalla terra: questo sarà per loro ignominia in questo mondo e nel mondo a venire avranno immenso tormento* (Cor V:33); *Quanto al ladro e alla ladra, tagliate loro le mani in premio di quel che hanno guadagnato, come castigo esemplare da parte di Dio, che Dio è potente e saggio* (Cor V:38); *E quei che avran compiuto male azioni, ebbene il male sarà pagato col male. Li offuscherà l'ignominia, nessuno li proteggerà contro Dio, e sarà come se pezzi di notte coprano loro il volto di tenebra. Avranno il fuoco, dove resteranno in eterno* (Cor X:27); *Ma in modo che la pena del male sia un male ad esso equivalente. Chi poi perdona, e fa pace fra sé e l'avversario, gliene darà mercede Iddio, perché Dio non ama gli iniqui* (Cor XLII:40). È indicativo sottolineare come il termine arabo utilizzato per retribuzione (*ḡazā*) viene anche impiegato col significato di ricompensa: così MOHAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, cit., p. 25.

<sup>78</sup> La regola del taglione venne codificata per la prima volta nella VI sezione del codice di Hammurabi, dedicata alle ferite corporali ed alle lesioni alla persona, e fu introdotta dal sovrano al fine di regolamentare il ricorso alla vendetta privata con modalità arbitrarie, nel tentativo di scardinare la piaga delle faide.

<sup>79</sup> Per approfondimenti, vedasi LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévues par le Coran*, cit., pp. 4 e ss.



la compensazione e la mediazione, anche per condotte che, secondo la cultura giuridica occidentale, sono concepite come più gravi, come quelle omicidiarie.<sup>80</sup> In tale senso va letta la regola in base alla quale, ai fini della responsabilità civile (risarcimento economico) derivante da reato, non assume rilevanza la nozione di imputabilità, ma unicamente la commissione del fatto, con la conseguenza che sarà tenuto al risarcimento anche il minore o l'alienato mentale o colui il quale abbia ommesso di vigilare sulle loro condotte (tutore, rappresentante legale). Così, anche agli occhi del giurista occidentale, può essere spiegato come, nel peggiore dei casi, un adultero viene lapidato, mentre un omicida<sup>81</sup> può cavarsela con digiuni e con il pagamento del prezzo del sangue.<sup>82</sup>

Inoltre, la funzione riabilitativa e di recupero del condannato e di suo reinserimento sociale, viene enfatizzata nella comminazione delle pene discrezionali, previste per le condotte meno gravi. Il trattamento discrezionale serve per trattenere il reo da una possibile reiterazione della condotta incriminata ma senza affliggerlo troppo, facilitando così il suo reinserimento nel circuito produttivo. Quest'ultima finalità è di estrema importanza nella sociologia del mondo musulmano, poiché ogni persona deve essere messa in condizione di godere pienamente e liberamente dei beni messi a disposizione da Dio e, qualora si ritrovi in una condizione particolare come quella di indigenza, povertà o anche di momentanea marginalizzazione sociale (come avviene al termine di uno stato detentivo), la comunità islamica, attraverso istituti quali la *zakāt* o i *waqf*, deve intervenire in soccorso del soggetto, ma non in chiave assistenzialista, bensì finalizzata al reinserimento nel circuito produttivo, per essere messo così in grado di operare e produrre poi autonomamente.<sup>83</sup>

Infine, la pena svolge una funzione di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, rendendo inoffensivo il reo attraverso l'esecuzione della sanzione, specialmente se deve essere bandito o applicatogli lo stato di detenzione. In particolare, l'imprigionamento viene concepito come forma di bando dalla vita civile e viene eseguito in luoghi quali dimore o moschee, demandando

---

<sup>80</sup> Sul punto, ampiamente *ibidem*, pp. 41 e ss.

<sup>81</sup> Sulla concezione dell'omicidio nella legge islamica si veda l'articolo, significativamente sottotitolato "*offesa o crimine*" di JAMES NORMAN DALRYMPLE ANDERSON, "Homicide in Islamic law", in *Bulletin of the School of Oriental and African studies, University of London, The School of Oriental and African studies*, London, XIII, Part. 4, 1951, pp. 811 e ss.

<sup>82</sup> Così WERNER ENDE-UDO STEINBACH, *L'islam oggi* (a cura di AGOSTINO CILARDO), Edizioni Dehoniane Bologna, 1993, p. 289.

<sup>83</sup> Sul ruolo dello Stato islamico nel *welfare*, anche attraverso istituti quali *waqf* e *zakat*, vedasi ampiamente ERSILIA FRANCESCA, *The zakat in contemporary muslim countries: interpretation and assessment*, in IRENE SCHNEIDER-THORALF HANSTEIN, *Beiträge zum Islamischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt, 2006, pp. 142 e ss.

a particolari soggetti la vigilanza sul detenuto.<sup>84</sup> La protezione della società è anche la principale motivazione della reazione dell'ordinamento nei confronti dei fenomeni di recidiva. Lì dove la funzione deterrente è evidentemente fallita, a tutela della comunità, in alcuni casi consentita è la detenzione fino a quando l'allarme sociale non sia cessato in ragione di evidenti segnali di recidiva o anche a vita (si pensi ai casi della donna apostata,<sup>85</sup> ai ribelli, al ladro recidivo per la seconda volta).<sup>86</sup>

I giuristi islamici hanno elaborato, così, una concezione particolare della pena, in funzione mista, anche se tendenzialmente orientata sulla prevenzione generale. Essa è un necessario requisito della legge religiosa e costituisce ad un tempo una garanzia ed una salvezza per coloro i quali osservano le leggi e per coloro che le violano. Costituisce infatti una garanzia per gli obbedienti, poiché vengono protetti dall'attrazione negativa del male e della trasgressione, rendendoli saldi nella osservazione dei precetti e salvandoli dal peccato determinato dal crimine; ma anche per i trasgressori, poiché vengono tratti nella reiterazione del reato, e viene rimosso il disvalore delle loro condotte, riequilibrando la bilancia della pacificazione sociale.<sup>87</sup> In tal senso, la pena viene vista come *carità attiva*,<sup>88</sup> richiesta per la protezione della comunità e per impedire al reo di allontanarsi ancor più da Dio.

Per passare al principio di proporzionalità, il testo coranico, come visto nell'analisi del principio di libertà e dignità personale e dei beni, legittima l'utilizzo della coazione e della forza unicamente per propositi difensivi (come anche nelle situazioni belliche o di aggressione di e da altri Stati),<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Si veda MUHAMMAD ANWARULLAH, *The criminal law of Islam*, A. S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2002, pp. 247 e ss.

<sup>85</sup> Sul fondamentale concetto giuridico di apostasia nel mondo islamico, si rinvia a SENU ABDUL RAHMAN, *Punishment of apostasy in Islam*, cit.

<sup>86</sup> In tale ultima ipotesi, tutte le spese determinate dallo stato di detenzione (vitto, alloggio, abbigliamento, sussistenza, spese mediche) cadono a carico del *bayt al-mal*, ovvero delle casse dello Stato. Per approfondimenti, si veda ABU AL-HASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-ahkām al-sultāniyya*, cit., p. 483.

<sup>87</sup> Per le numerose posizioni dottrinarie sul punto, si consulti TAHIR MAHMOOD, *Criminal Law in Islam and the Muslim World; A Comparative Perspective*, Institute of Objective Studies, Delhi, 1996. Per una teoria generale della pena nel diritto islamico, si veda HERVE BLEUCHOT, "Les conceptions de la peine en droit musulman: Faute et responsabilité", in *Droit et cultures*, L'Harmattan, Nanterre, 1997, pp. 43-71. *Contra*, LESLIE PEIRCE, *Morality Tales Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, University of California Press, Los Angeles, 2003.

<sup>88</sup> MARCEL BOISARD, *L'humanisme de l'islam*, Albin Michel, Paris, 1979, p. 121.

<sup>89</sup> Sul concetto di proporzionalità nella reazione alle aggressioni, secondo il diritto penale internazionale islamico, si consulti FARHAD MALEKIAN, *The concept of islamic international criminal law, a comparative study*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff – Members of the Kluwer Academic Publishers Group, London-Dordrecht-Boston, 1994, pp. 45 e ss.

e la tutela dei valori richiamati (integrità e salvezza morale e fisica, libera disponibilità della persona e dei suoi beni) è talmente radicata che, anche in caso di risposta istituzionale avverso le aggressioni ingiuste, come avviene nella repressione delle condotte antiggiuridiche, la reazione deve essere improntata a criteri di adeguatezza e proporzionalità tali da garantire sempre e comunque il rispetto della dignità umana: *Combattete sulla via di Dio coloro che vi combattono ma non oltrepassate i limiti, che Dio non ama coloro che eccedono* (Cor II:190); *Il mese sacro per il mese sacro e tutti i luoghi sacri seguono la legge del taglione; chi in quei luoghi vi aggredisce aggredite come ha aggredito voi, temete Dio e sappiate che Dio è con chi lo teme* (Cor II:194); *Chi fa il bene ne avrà il decuplo e chi fa il male sarà compensato solo con un castigo equivalente; non sarà fatto loro torto* (Cor VI:160); *E quei che avranno compiuto male azioni, ebbene il male sarà pagato col male...* (Cor X:27); *E se punite, punite in misura del torto ricevuto, ma se pazientate meglio sarà per i pazienti* (Cor XVI:126); *Così sarà. E chiunque punirà nella stessa misura con cui fu punito e poi sia di nuovo trattato ingiustamente, certo Dio lo soccorrerà* (Cor XX:60); *Chi fa una cattiva azione non ne è compensato che del pari...* (Cor XL:40); *Cloro che, quando li colga ingiustizia si difendono, ma in modo che la pena del male sia un male ad esso equivalente* (Cor XLII:39-40).

Il principio di proporzionalità, *strictu sensu*, viene così disciplinato senza mezze misure in altri versi coranici: *O voi che credete! In materia di omicidio v'è prescritta la legge del taglione: libero per libero, schiavo per schiavo, donna per donna...* (Cor II:178); *E ella Torah prescrivemmo a voi anima per anima, occhio per occhio, naso per naso, orecchio per orecchio, dente per dente e, per le ferite la legge del taglione. Ma chi dà in elemosina il prezzo del sangue, ciò sarà per lui fonte di purificazione* (Cor V:45).

Gli organi della giurisdizione (giudici, pubblici ufficiali e incaricati della sicurezza pubblica) devono quindi attenersi al principio di proporzionalità nella applicazione delle pene. Questo valore è imposto dal Corano ed è desumibile dai noti versetti che riguardano il *ḡihād*,<sup>90</sup> sopra citati (Cor II:

---

<sup>90</sup> Sul *ḡihād* molti sono i saggi di riferimento, a seconda delle molteplici sue accezioni. Per quanto riguarda quella di guerra difensiva, tra gli altri autori, si segnalano: AL AWSI AL ANSARI, *Tafrīḡ al-kurūb fi tadbīr al-ḡurūb*, traduzione inglese di GEORGE SCANLON, *A muslim manual of war*, The American University at Cairo Press, Cairo, 1961; ANDREW BOSTOM (a cura di), *The legacy of Jihad. Islamic Holy war and the Fate of non-muslims*, Prometheus Book, Amherst, 2008; AGOSTINO CLARDO, *La comunità islamica*, in WERNER ENDE-UDO STEINBACH, *L'islam oggi*, cit.; DAVID COOK, *Storia del Jihad*, Einaudi, Torino, 2007; DAVID COOK, *Martyrdom in Islam*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; JOHN ESPOSITO, *Unholy war: Terror in the name of islam*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; KHALED ABOU EL FADL, *Rebellion and violence in islamic law*, cit.; JEAN

190-194). Va a tal proposito ricordato anche il seguente versetto: *E chiunque punirà nella stessa misura con cui fu punito e poi sia di nuovo trattato ingiustamente, certo Dio lo soccorrerà, perché Dio è indulgente perdonatore* (Cor XXII:60).

Il principio di proporzionalità viene anche sancito nella *sunna*, ove si ritrova descritto l'episodio in cui il Califfo 'Alī venne accoltellato alla schiena da un nemico mentre si trovava in preghiera; sopravvissuto all'attentato, egli illustrò ai suoi seguaci il corretto modo di reagire alle aggressioni: si sarebbe dovuto, ove possibile, dimenticare e perdonare l'attacco subito; se tuttavia ciò non risultava praticabile o conveniente, nell'interesse generale, si sarebbe dovuto rispondere in maniera proporzionata, utilizzando la medesima arma impiegata dall'aggressore e non si sarebbe dovuta protrarre la reazione per un tempo superiore a quello impiegato durante l'aggressione.<sup>91</sup>

Anche il principio di equità trova riscontro nel diritto islamico. Nell'applicazione della legge divina, bisogna dapprima riferirsi alle fonti principali della *šarī'a* (Corano e *sunna*) e poi, se del caso, a quelle sussidiarie dell'*iğmā'* (consenso), del *qiyās* (analogia) e della *mašlahā* (utilità). La dottrina ḥanafita e mālikita ed alcuni giuristi di altre scuole, sulla scia del criterio di utilità generale, compie un passo ulteriore, autorizzando l'interprete a seguire un criterio più soggettivo, denominato *istiḥsān* (dalla X forma verbale *istaḥsana*, preferire, trovare buono, approvare, ricercare l'equo), in quei casi in cui il ricorso all'analogia risulti impossibile, ovvero il risultato che ne discende sia troppo rigoroso o addirittura dannoso.

L'*istiḥsān* è sostanzialmente l'atto con il quale il giurista preferisce una soluzione ritenuta migliore rispetto a quella che sarebbe stata fornita dal ragionamento analogico, facendo prevalere sulla logica rigorosa considerazioni di

---

PIERRE FILIU, *Les frontières du Jihad*, Fayard, Paris, 2006; IBN TAYMIYYA traduzione francese di JEAN MICHOT, *Lettre à un roi croisé*, Academia Tawhid, Lyon, 1995; MAĞİD KHADDURI, *The Islamic law of Nations: Shaybānī's Siyar*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1966; MAĞİD KHADDURI, *War and peace in the Law of Islam*, cit; GILLES KEPPEL, *Jihad, ascesa e declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2004; BERNARD LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, Bari, 2005; FARHAD MALEKIAN, *The concept of Islamic international criminal law. A comparative study*, cit.; LOUIS MASSIGNON, *La suprema Guerra Santa dell'Islam*, Città Aperta, Troina, 2003; ABDULAZIZ SACHEDINA, *The Development of Jihad in Islamic Revelation and History* in JAMES TURNER JHONSON-JOHN KELSAY (a cura di) *Cross, Crescent and Sword. The Justification and Limitation of War in Western and Islamic Tradition*, Greenwood Press, Westport, 1990; MAḤMŪD ṬALEQĀNI-MURTADHĀ MUTAHHARI-ALĪ ŠARĪ'ATI, *Jihād and Shahādat. Struggle and Martyrdrom in Islam*, Islamic Publications International, North Haledon, 1986; GIORGIO VERCELLIN, *Jihad. L'Islam e la guerra*, Giunti, Firenze, 1997; ZEMMALI, *Combattants et Prisonniers de Guerre en Droit Islamique et en Droit International Humanitaire*, Pedone, Paris, 1997.

<sup>91</sup> Per un commento in chiave contemporanea a questa tradizione, si veda FARHAD MALEKIAN, *International Criminal law: the legal and critical analysis of international crimes*, cit., I, pp. 151-2.

utilità pratica e di equità.<sup>92</sup>

L'equità costituisce così il principio ispiratore di alcune norme, che soddisfano il senso comune di giustizia e pacificazione, a differenza di altre, che urtando con tali sensi, appaiono inique. In tal caso equità corrisponde a giustizia, quale aspirazione ideale, termine di paragone delle norme e criterio distintivo tra il giusto e l'ingiusto, coincidente con l'idea del bene e del male nei rapporti tra gli uomini e che, in chiave meta-giuridica, costituisce il punto di intersezione tra morale e diritto. Il diritto che si adegua alla realtà dinamica della vita e dello sviluppo della società, che si adatta alle peculiarità dei fatti e dei rapporti viene definito appunto equo.

Tale principio trova massima applicazione nella determinazione della sanzione, soprattutto nell'ambito delle pene discrezionali, in cui il precetto normativo cede il passo all'intuizione del giudice. Il giudice così, potrà ben riferirsi al criterio equitativo nella risoluzione delle controversie, ricordando tuttavia che tale valore deve ricollegarsi all'imparzialità, poiché la "via reale dell'equità" risiede dapprima e sempre nella qualità degli uomini che creano il diritto, lo dichiarano e lo applicano.<sup>93</sup> Ulteriore espressione dell'utilizzo del ragionamento equitativo viene ritrovata nel *dīwān al-mazālim* o tribunale di equità, descritto nell'ambito della giurisdizione.

Il principio di uguaglianza è fortemente sentito nell'islām. La legislazione islamica è interamente fondata sul principio della promozione della giustizia e repressione dell'ingiustizia,<sup>94</sup> che si ritrova trasversalmente in tutta la *šarī'a*; questo principio è posto come fondamento di ogni azione umana e viene concepito come un dovere collettivo di ogni credente. Il termine utilizzato dalla lingua araba per designare il concetto di giustizia, *'adl*, ha parimenti il significato di uguaglianza ed equanimità,<sup>95</sup> e ciò è indicativo del valore sociale della giustizia nel mondo islamico. La legge islamica è una legge unica, che ha valenza per tutti gli esseri umani senza distinzioni per censo o per ruolo, per sesso o per razza; essa è integralmente giusta, caritatevole e saggia.<sup>96</sup> Quella che

---

<sup>92</sup> Così DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita con riguardo anche al sistema shafi'ita*, Istituto Per l'Oriente, Roma, 1938-1943, I, p. 56.

<sup>93</sup> HERVE BLEUCHOT, "Les voies de l'équité et le droit musulman", in *Droit et culture*, L'Harmattan, Nanterre, 1999, 38, pp. 131.

<sup>94</sup> Tra altri versetti coranici, si veda "E si formi da voi una nazione di uomini che invitano al bene, che promuovono l'ingiustizia impediscono l'ingiustizia" (Cor III:104); "Voi siete la migliore nazione mai suscitata fra gli uomini: promuovete la giustizia, impedito l'ingiustizia e credete in Dio" (Cor III:110).

<sup>95</sup> RENATO TRAINI, *Vocabolario arabo-italiano*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2004, p. 898.

<sup>96</sup> SALĀH AL-DĪN AL-MUNADJID, *Le Concept de justice sociale en Islam ou la société islamique à l'ombre de la justice*, Publisud, Paris, 1982, p. 37.

è stata rivelata è una legge religiosa unica, che si applica a tutti, senza alcuna discriminazione per sesso, razza e condizione:

*“this law admits of no difference between man and man except in faith and religion. Those religious and social system and political and cultural ideologies which differentiate between men on grounds of race, country, or color, can never become universal creeds or world ideologies for the simple reason that one belonging to a certain race cannot get transformed into another race, one born in a certain country cannot tear asunder his entity from that place, nor can the whole world condense into one country, and the color of a negro, a Chinese and a white man cannot be changed. Such ideologies and social systems must remain confined to one race, country or community. They are bound to be narrow, limited, and nationalistic, and cannot become universal. Islam, on the other hand, is a universal ideology. Any person who declares belief in La ilaha illallah Muhammad-ur-Rasulullah enter the pale of Islam and entitles himself to the same rights as those of other Muslims. Islam makes no discrimination on the basis of race, country, color, language or the like. Its appeal is to the entire humanity and it admits of no narrow-minded discriminations”*.<sup>97</sup>

Il principio della giustizia viene quindi codificato come ordine regolatore dell’assetto e della coesione sociale, in assenza del quale si determinerebbe la disgregazione della comunità, a causa delle ingiuste disparità di trattamento che verrebbero a crearsi.

La nozione di uguaglianza della giustizia tende ad assumere due diverse specificazioni.

La prima viene evidenziata nel Corano: *Perché i credenti son tutti fratelli: mettete dunque pace tra i vostri fratelli, e temete Dio, che per avventura Dio abbia pietà di voi* (Cor XLIX:10), che definisce in tal modo il senso di parificazione e pacificazione tra due o più entità, e quindi l’uguaglianza di tutti i credenti davanti alla legge.

La seconda corrisponde al concetto occidentale di giustizia distributiva, che a sua volta riprende quello aristotelico di giustizia correttiva o commutativa, che divide equamente vantaggi e svantaggi, in base al quale si ricorre al giudice quando si è in disaccordo, e *“recarsi dal giudice è come andare dalla giustizia, poiché egli è una specie di giustizia vivente”*.<sup>98</sup> Questa accezione consiste nella emanazione di regole che assegnano benefici e oneri agli individui, tanto nell’ap-

---

<sup>97</sup> Così ABDUL Ā-LA MAWDŪDĪ, *Towards understanding Islam*, Al Faisal Press, Kuwait City, 1989, pp. 133-134.

<sup>98</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Laterza, Bari, 2003, V, p. 465.

plicazione di tali norme a casi particolari quanto nella loro osservanza. La teoria distributiva della giustizia ha il compito di individuare i criteri in base ai quali benefici e oneri possono essere correttamente assegnati a individui o a gruppi e regola così i rapporti in senso gius-pubblicistico tra la *umma* e i suoi membri.

La centralità della giustizia nella struttura islamica dei valori è chiaramente sancita nel Corano: *Io ho una prova evidente da parte del mio Signore, ma voi la tacciate di menzogna. Non è in mio potere quel che voi sollecitate, perché il giudizio non appartiene che a Dio: egli dice il vero, egli è il migliore dei giudici* (Cor VI:57); *Essi non crederanno, finché non ti avranno costituito giudice delle loro discordie e allora non troveranno alcun imbarazzo ad accettare la tua decisione e a sottomettervisi di sottomissione piena* (Cor IV:65). La giustizia, quindi, è l'obbiettivo principale dell'intera rivelazione e la sua amministrazione deve avvenire secondo quanto previsto dalla legge rivelata.<sup>99</sup>

Ma nella sociologia giuridica del mondo musulmano è presente anche un altro carattere della giustizia, quello pietoso e caritatevole, evidenziato da: *O voi che credete! Operate con ferma giustizia quando testimonierete davanti a Dio, anche se contro voi stessi, o contro i vostri genitori e contro i vostri parenti, siano essi poveri o ricchi, che Dio è all'uno e all'altro più vicino di voi* (Cor IV:135); e soprattutto da *O voi che credete! State ritti innanzi a Dio come testimoni d'equità, e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, che questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché Dio sa quel che voi fate* (Cor V:8). Il senso eminente dell'uguaglianza degli uomini e delle loro responsabilità individuali, derivanti da una coscienza e da una credenza radicate nella trascendenza della regola divina, assumono nell'islām la valenza di atto caritatevole prossimo ed equiparabile alla pietà.<sup>100</sup>

Il trattamento caritatevole, viene riportato anche in una tradizione attribuita ad 'Ā'īša (la seconda moglie del Profeta), narrante l'episodio di un uomo che aveva chiesto udienza a Muḥammad; quest'ultimo, pur descrivendo la persona come abominevole, la accolse, le parlò gentilmente e la congedò; 'Ā'īša, stupita, ne chiese al marito le motivazioni; il Profeta rispose: *'Ā'īša, l'uomo che nel giorno della resurrezione occuperà la posizione peggiore agli occhi di Dio, è colui dal quale gli uomini si allontanano nel timore della sua malvagità.*<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> MOḤAMMAD HAŠĪM KAMALI, *Freedom equality and justice in islam*, Islamic Texts Society, Cambridge, 2002, p. 109.

<sup>100</sup> Per un interessante parallelismo tra giustizia e carità, si rinvia a MARCEL BOISARD, *L'humanisme de l'islam*, cit., pp. 117 e ss.

<sup>101</sup> IBN AL-ḤAĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZĪM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 4693.

Così, la carità e la pietà, connotanti la giustizia, nel senso di uguaglianza con cui essa attua la legge, costituiscono nel mondo musulmano un valore umano fondamentale, su di un piano concreto ed effettivo, collettivo ed universale e non in senso astratto ed idealizzato.

Il concetto di uguaglianza davanti alla legge si concretizza in un paritetico trattamento per tutti gli appartenenti alla comunità islamica e si estende fino al punto da valere anche per i non musulmani residenti temporaneamente, come i *musta'min*, o stabilmente, come i *dimmi*,<sup>102</sup> nel territorio ove vige la legge islamica, ai quali vengono riconosciuti, similmente agli appartenenti alla *umma*, benefici ed oneri. Inoltre, come già visto in tema di principio di legalità, anche il capo dello Stato o gli ufficiali governativi sono ugualmente responsabili, come tutti gli altri credenti, di fronte alla legge e non vi è spazio per l'arbitrio o per le prerogative ed i privilegi di singoli o gruppi. L'indipendenza del *qāḍī* rispetto all'*imām* anche in questo caso è sintomo di garanzia per la collettività, poiché impone l'osservanza della legge anche per il capo dello Stato islamico, potendo egli essere perseguito come tutti i credenti in caso di sua inosservanza dei precetti giuridici.<sup>103</sup>

Anche nel diritto islamico trovano collocazione i principi del giusto processo, della sua ragionevole durata e dei diritti della difesa. Le regole della *šari'a* prevedono che lo svolgimento del processo abbia durata ragionevole, che garantisca i diritti fondamentali dell'imputato, che sia celebrato da un organo giudicante retto, terzo ed imparziale: *In verità Dio ordina la giustizia...* (Cor XVI:90); *Pertanto, invita alla fede e cammina retto, come t'è stato ordinato e non cedere ai loro desideri ma di: io credo in quei libri che Dio ha rivelato, e a me fu ordinato di fare giustizia tra di voi...* (Cor XLII:15); *O voi che credete, siate retti innanzi a Dio come testimoni d'equità e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, che questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché sa quello che fate* (Cor V:8); *Iddio vi comanda di restituire i depositi fiduciari agli aventi diritto e, quando giudicate fra gli uomini, di giudicare secondo giustizia* (Cor IV:58). La necessità di giudicare senza rimanere inerte, e di farlo in maniera equa e retta, in ossequio ad un ordine divino, viene quindi espressa esplicitamente nel Libro sacro.

Anche all'interno della *sunna* ritroviamo questi principi. In un celebre *ḥadīṭ*

---

<sup>102</sup> Per una differenziazione tra l'*amān* e la *dimma*, si veda AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, pp. 72 e ss.

<sup>103</sup> ERSILIA FRANCESCA, *Il Principe e I Saggi. Potere e giustizia nel medioevo islamico*, Polimetrica, Monza, 2005, p. 137.



viene riportato che il Profeta disse ad ‘Alī, da poco designato Governatore in Yemen: *‘Alī, la gente ti chiederà di giudicare. Non decidere in favore di nessuna delle parti contendenti, senza prima aver sentito tutto ciò che entrambe le parti avranno da dire. Solo così perverrai ad una decisione equa, e solo in tale direzione raggiungerai la verità.* In un altro *ḥadīṭ*, viene raccontato come il Califfo ‘Umar si rivolse ad un giudice istruendolo così: *Se qualcuno viene da te con un occhio cavato, non essere affrettato nel giudicare in suo favore, è possibile che la controparte verrà da te con entrambi gli occhi cavati.*<sup>104</sup>

Da questi precetti si ricavano i concetti di equità, terzietà ed imparzialità del giudice che consentono all’ accusato di poter ribattere le accuse mossegli, attivando il diritto alla prova contraria e chiedendo di essere sentito, ovvero anche esercitando il diritto al silenzio.<sup>105</sup> È discussa in dottrina la possibilità di fornirsi dell’ assistenza tecnica di un difensore nel processo.<sup>106</sup>

Il processo inoltre è improntato al principio di pubblicità, in base al quale deve essere celebrato preferibilmente nella moschea principale o sullo spazio antistante, ovvero in una sala ampia, tale da consentire la presenza di pubblico.

Per quanto riguarda le regole probatorie, va osservato che su chiunque accusi una persona di un crimine, sia esso individuo o istituzione, incombe l’ onere di provare la responsabilità dell’ accusato oltre ogni ragionevole dubbio.<sup>107</sup> Questo principio si basa su *ḥadīṭ* che recitano: *l’ onere della prova è posto su chi attiva il processo, dove il giuramento è su chi nega; e Essere garantite in ciò che richiedono giudizialmente, qualcuno dovrà garantire le vite e le proprietà di altri. L’ onere della prova è sul richiedente, e un giuramento incombe su chi nega.*<sup>108</sup> Il giudice esperisce un tentativo di conciliazione e, se fallisce, passa alla assunzione delle prove. Così, se il richiedente supporta la sua doglianza con delle prove, il giudice dovrà decidere in suo favore; d’ altra parte l’ accusato va sentito e, in assenza di prove a carico e qualora l’ imputato

---

<sup>104</sup> *Ḥadīṭ* riportati in MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 73.

<sup>105</sup> Sui diritti dell’ imputato nel processo, si consulti TAHA AL ALWANI, “The right of the accused in Islam”, in *Arab Law Quarterly*, Brill, Leiden, Vol. 10, No. 1 (1995), pp. 3-16; BANDĀR IBN FAHD AL SUWAYLIM, *Al-muttaham*, Dār al-Naṣr bi-al-Markaz al-‘Arabi lil-Dirāsāt al-Amniyah wa-al-Ṭadrīb bi-al-Riyāḍ, Riyāḍ, 1987; FUĀD MURSI, *Huqūq al-muttaham fi al-ṣarī‘a al-islāmīyah*, Dar al-Ma‘rifah al-Ġami‘iyah, Iskandariyah, 1990; AA.VV., *Al-muttaham wa-ḥuqūquhu fi al-ṣarī‘a al-islāmīyah*, Markaz al-‘Arabi lil-Dirāsāt al-Amniyah wa-al-Ṭadrīb bi-al-Riyāḍ, 1986.

<sup>106</sup> Sul punto, JAUQUES EL HAKIM, “Les droits fondamentaux en droit pénal islamique”, in *Les droits fondamentaux: inventaire et théorie générale*, Université Saint-Joseph, Beyrut, 2003, p. 399.

<sup>107</sup> SOBHI MAḤMĀSSĀNĪ, *Arkān Huqūq al-insān fi ‘l-Islām*, cit., p. 106.

<sup>108</sup> IBN AL-ḤAĠĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZĪM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 1053.

abbia prestato giuramento solenne di dire il vero, il giudice dovrà attribuire credibilità a quanto da questi dichiarato.<sup>109</sup> Il denunziante, può anche richiedere al giudice di sottoporre a giuramento la controparte che non voglia affrontare il processo e che si sottragga al contraddittorio. Il giuramento, che viene fatto in nome di Dio e che assume una valenza pluri-direzionata, processuale e religiosa (con doppie ricadute negative, nel foro esterno ed in quello interno, in caso di spergiuro), deve essere attivato ogni qual volta nessuna prova può essere utilizzata o prodotta.<sup>110</sup>

Nel sistema penale islamico il procedimento probatorio deve essere seguito in maniera pedissequa e puntuale, anche perché la *šarī'a* ha per ciascun crimine specifiche e dettagliate regole riguardanti le prove. Queste ultime, devono perdurare precise e concordanti in tutti gli stati e gradi del processo, fino alla fase esecutiva. Se nel frattempo, sia pure durante quest'ultima fase, emerge anche un solo dubbio circa la credibilità, validità, precisione, univocità e concordanza delle prove, l'accusato deve essere dichiarato innocente.

Così, la pena non verrà eseguita se non allorquando sarà stata raggiunta la prova della colpevolezza e, di contro, una prova non verrà ammessa in fase di esecuzione. Una tradizione descrive come il Profeta, rivolgendosi ad una donna dalla reputazione dubbia, disse: *se avessi dovuto lapidare qualcuno senza prove, avrei lapidato questa donna*;<sup>111</sup> se ne desume che un indizio, sia pure grave, non è di per sé sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità. La dottrina ritiene che le prove devono essere piene, prive di dubbi o scappatoie, e convergenti verso un risultato univoco e definitivo.<sup>112</sup>

Per la tipologia delle prove e del loro valore processuale, va evidenziato come in epoca classica i giuristi musulmani hanno sovente manifestato diffidenza nei confronti della prova documentale, ritenuta suscettibile di alterazione o falsificazione, preferendole la prova dichiarativa. Tale posizione, tuttavia, risultava contrastante con il Corano, che diffusamente dimostrava di attribuire valore giuridico ai documenti, ad esempio enfatizzando la forma scritta nella stipula delle principali forme contrattuali: *O voi che credete, quando contraete un debito a scadenza fissa, scrivetelo, e lo scriva fra voi uno scrivano, con giustizia, e non rifiuti lo scrivano di scrivere come Dio gli ha insegnato; che scriva dun-*

<sup>109</sup> IBN QAYYIM, *Al-ṭuruq al-ḥukmiyya*, Dār al-Ḥadīṭ, Cairo, 2002, p. 28.

<sup>110</sup> Sul valore probatorio del giuramento, si rimanda a MUḤAMMAD ANWARULLAH, *Principles of evidence in Islam*, A. S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2004, pp. 130 e ss.

<sup>111</sup> IBN TAYMIYYA, *Al siyāsa al-šar'īyya fī iṣṣlah al-rā'ī wa al-ra'īyya*, traduzione italiana di GIAN MARIA PICCINELLI, *Il buon governo secondo l'islam*, cit., p. 153.

<sup>112</sup> IBN QAYYIM, *Al-ṭuruq al-ḥukmiyya*, cit., p. 28.

*que sotto dettatura del debitore e tema Dio, il suo Signore, e non ne diminuisca nulla; se poi il debitore è deficiente, o debole di mente o non possa dettare egli stesso, detti allora il suo tutore con giustizia; convocate due testimoni, uomini della vostra gente, e se non ci sono due uomini, un uomo e due donne, scelti tra coloro che accettaste come testimoni, cosicché se una delle donne sbagliasse, l'altra le possa ricordare il fatto... e non si faccia violenza né ai testimoni né agli scrivani, che se lo farete sarà una turpitudine...* (Cor II:282). La diffidenza avverso gli atti scritti collideva anche con la prassi dominante, che vedeva largheggiare l'utilizzo di documenti nelle transazioni commerciali.<sup>113</sup>

Per contemperare queste opposte realtà, nel sistema processuale islamico si è così sviluppata nel corso del tempo una particolare regola probatoria improntata al valore dell'oralità, in base alla quale un documento può entrare nel processo attraverso la dichiarazione di due testimoni.

Accanto alla prova documentale, rilevanti risultano gli istituti della confessione, del giuramento e della testimonianza.

La testimonianza è la prova principale anche nel sistema penale islamico e si sostanzia nella *deposizione su di un fatto attorno al quale v'è processo nel fine di farlo risolvere mediante un giudizio*,<sup>114</sup> basti per ciò pensare al reato di rapporto sessuale illecito e a quanto siano incidenti sul giudizio di responsabilità e sulla eventuale esecuzione della sentenza la qualità e la quantità delle dichiarazioni rese. Il passo coranico appena richiamato (Cor II:282) è utile per comprendere anche un ulteriore passaggio vigente nel sistema penale islamico, relativo alla differente valutazione della dichiarazione testimoniale in base al sesso; per bilanciare la testimonianza di un uomo occorre quella di due donne.<sup>115</sup> Va poi illustrato come, parimenti ad altri sistemi giuridici, quello islamico si è interrogato sulla possibile divergenza tra verità fattuale e verità processuale, soprattutto se cagionata da una distorta capacità della ragione umana di concettualizzare la realtà. Tale eventuale difformità assume così importanza causale nell'ambito della testimonianza, ovverosia nella possibile divergenza tra apparenza esteriore e realtà interiore e nella differente percezione e interpretazione che dovrà fare il giudice nel valutare la prova dichiarativa.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> ABDUL KĀDIR OUDAH ŠĀHID, *Criminal law of Islam*, cit., I, pp. 60-61.

<sup>114</sup> Citazione riportata in LUIGI SANSONE, *Diritto penale e processuale musulmano da Sidi Khalil*, Tipografia Angelo Trani, Napoli, 1913, p. 108.

<sup>115</sup> Sul punto, si veda in dottrina ABDUL RAHMAN, *Witnesses in islamic law of evidence*, Pelanduk, Selangor, 1999, pp. 82 e ss.

<sup>116</sup> Su questo aspetto si conculti BABER JOHANSEN, "Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit hanefite", in *Studia islamica*, Maisonneuve & Larose, Paris, 1990, 72, pp. 5-17.

Tra alcune scuole giuridiche, in particolare quella ḥanafita e šāfi'īta, viene discusso se l'istituto della confessione ovvero la auto-accusa possa o meno intaccare ed indebolire la presunzione di non colpevolezza. Per i primi ciò avviene, lì dove gli altri ritengono che una semplice dichiarazione di responsabilità non è sufficiente a ribaltare il principio suddetto; per questi ultimi, la presunzione di non colpevolezza regge in ogni caso, poiché incomberà sempre in capo all'auto-accusatore l'onere di provare la sua responsabilità.

Per quanto riguarda il solo ambito penale e non quello civile, la confessione può essere ritirata anche dopo la sentenza ed anche dopo che questa sia passata in giudicato o durante la sua esecuzione. Una volta ritrattata, la pena non può essere più applicata, poiché in tale circostanza la revoca della confessione determina un dubbio o *šubha*, che impedisce l'applicazione della pena.<sup>117</sup>

Perché la confessione sia giudicata valida, deve essere ripetuta in quattro distinte occasioni ed occorre che il reo confessò in tali circostanze manifesti il pieno possesso delle sue facoltà mentali.<sup>118</sup> Una confessione validamente espressa deve essere categorica e circostanziata e laddove risulti ambigua o necessitante di interpretazione, non dovrà essere ammessa. Non è sufficiente affermare: *ho commesso adulterio*, ma bisognerà illustrare dettagli rilevanti.<sup>119</sup> Il reo confessò, inoltre, non deve celare la verità al fine di proteggere un'altra persona o gruppi di persone e quando il giudice si trova a scoprire una confessione mendace non potrà ritenerla valida.<sup>120</sup>

Un noto giurista ha affermato che: *Dio ci ha ordinato di dirimere le dispute tra le persone sulla base di prove visibili, il resto bisogna lasciarlo al giorno del Giudizio.*<sup>121</sup> Questa affermazione è supportata anche da un *ḥadīth* attribuito al Profeta: *Io sono un essere umano. Quando portate innanzi a me una disputa, alcuni di voi saranno più eloquenti degli altri nel sopportare le loro argomentazioni. Di conseguenza, io potrò aggiudicare la ragione sulla base di ciò che ho sentito. Se io giudico in favore di qualcuno una cosa che appartiene a suo fratello, non lasciategliela prendere. Perché sarà come prendere un pezzo di fuoco.*<sup>122</sup> Con questa tradizione, il Profeta ha confermato che bisogna giudicare le controversie unicamente sulla base delle prove che vengono presen-

<sup>117</sup> MOHAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, cit., p. 128.

<sup>118</sup> In senso adesivo, si veda VINCENZO ABBAGNARA, *Il diritto e la procedura penale nell'Islam*, Edisud, Salerno, 1997, p. 96.

<sup>119</sup> BANDĀR IBN FAḤD AL SUWAYLIM, *Al-muttaham*, cit., p. 187 e ss.

<sup>120</sup> IBN QAYYIM, *Al-ṭuruq al-ḥukmiyya*, cit., p. 5.

<sup>121</sup> AL-ŠA'RANI, *Kitāb al-mizān*, Dār al-Kutūb, Beirut, II, 1994, p. 137.

<sup>122</sup> ABŪ DĀWŪD SULĀĪMAN AL-SISSISTĀNĪ, *Kitāb al-Sunan*, traduzione inglese di AḤMAD HASAN, Muḥammad Ašrāf Publishers, Booksellers Exporters, Lahore, 1984, tradizione n. 3576.

tate. Esse devono essere fornite e valutate in un'atmosfera di imparzialità. Il giudice deve evitare di influenzare i testimoni e deve in ogni caso ascoltare quanto essi hanno da riferire. Il Corano richiede imparzialità nell'amministrazione della giustizia e questo valore deve essere impiegato da tutti i soggetti implicati nel processo, testimoni, giudici e pubblici funzionari. Il processo, dall'inizio alla fine, deve essere improntato al principio della imparzialità nell'amministrazione della giustizia, a partire dalla fase delle indagini fino a quella della sentenza: *O voi che credete, operate con ferma giustizia quando testimonierete davanti a Dio, anche se contro voi stessi, o contro i vostri genitori, o contro i vostri parenti, siano essi poveri o ricchi, perché Dio è all'uno e all'altro più vicino di voi. Non seguite quindi le passioni che vi fanno deviare dal giusto, e se voi storpiate la testimonianza o vi rifiuterete di darla, sappiate che Dio ben conosce quel che fate* (Cor IV:135).

All'interno del sistema delle prove legali trova collocazione anche la figura del perito; così, il parere di un esperto può essere utilizzato nella ricerca delle responsabilità penali. Il valore giuridico della perizia trova il suo fondamento già a partire dal Corano: *E da prima non inviamo che uomini al mondo, cui ispirammo la nostra rivelazione; e domandatene, se non lo sapete, a quelli che prima ricevettero la conoscenza* (Cor XVI:43). Una prova, così, può essere anche raccolta attraverso particolari soggetti i quali, in base a determinate conoscenze, capacità o familiarità con l'oggetto del processo risultino esperti su questioni scientifiche, tecniche o professionali.<sup>123</sup>

Anche la conoscenza del giudice, nel sistema penale islamico, può servire a provare un fatto penalmente rilevante. I giuristi tuttavia, non sono concordi su se e come egli possa decidere un caso sulla scorta della personale conoscenza che ha dello stesso. Al riguardo si registrano posizioni differenti. La prima, che fa capo alla scuola *mālikita*, *šāfi'īta* e parte di quella *ḥanafita*, oltre che all'opinione dei primi Califfi, ritiene che il *qāḍī* non possa giudicare se ha una conoscenza del caso in esame, in qualunque ambito, sia civile che penale (per alcuni vengono fatte salve le fattispecie punite con pena discrezionale).<sup>124</sup> Tale opinione si fonda su alcune tradizioni, in base alle quali il secondo Califfo 'Umar rispose ad un quesito rivoltogli durante una disputa della quale egli era giudice ma anche testimone: *Se volete, posso testimoniare ma non giudicare, oppure giudicare ma non testimoniare*; in un'altra tradizione, viene raccontato come 'Umar comunicasse ad al-Ašā'ri, fondatore dell'omonima scuola

<sup>123</sup> Per il ruolo di periti e consulenti tecnici nel processo islamico, si veda MUḤAMMAD ANWARULLAH, *The criminal law of Islam*, cit., pp. 125 e ss.

<sup>124</sup> Sul punto, MOḤAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, cit., p. 130.

giuridica, che *Il giudice non deve decidere sulla base della sua personale conoscenza, di una presunzione debole o di un dubbio*; ancora, viene riportato che Šurayḥ Ibn al-Ḥarīt, giudice molto apprezzato per la sua conoscenza della legge islamica e per la sua capacità di giudizio, a chi gli chiese di testimoniare ciò che aveva visto nel processo che presiedeva rispose: *Chiedete di far nominare un altro giudice per questo processo e testimonierò in vostro favore*.<sup>125</sup> Una seconda posizione, proposta dalla scuola zāhiritā, ritiene che un giudice ben possa giudicare una situazione sulla scorta della personale conoscenza che ha di essa ed anche in assenza di altri testi, ed anzi debba farlo, tanto nelle questioni penali che civili e fonda tale assunto sul Corano: *In verità noi ti abbiamo rivelato il Libro apportatore di verità, perché tu giudichi tra gli uomini secondo quanto Dio ti ha mostrato; non disputare a favore dei traditori* (Cor IV:105); e *O voi che credete! Operate con ferma giustizia quando testimonierete avanti a Dio, anche se contro voi stessi, o contro i vostri genitori e contro i vostri parenti, siano essi poveri o ricchi, che Dio è all'uno e all'altro più vicino di voi. Non seguite quindi le passioni che vi fanno deviare dal giusto, e se voi storpiate la testimonianza o vi rifiuterete di darla, sappiate che Dio ben conosce quel che fate* (Cor IV:135). Gli zāhiriti basano la loro visuale anche su una tradizione in base alla quale il Profeta disse ad Abū Sa'īd, uno dei suoi Compagni: *Il ruolo delle persone non deve impedire ad alcuno di riferire ciò che ha visto, conosciuto o sentito*.<sup>126</sup> Un autore appartenente a questa scuola definisce addirittura atto obbligatorio per il giudice quello di giudicare anche solo in base alla sua personale osservazione e conoscenza del caso.<sup>127</sup> Per la terza posizione, elaborata principalmente da al-Šāfi'ī e Abū Ḥanīfa, al giudice non può essere consentito di giudicare le questioni penali punite con pena *ḥadd* sulla scorta della sua conoscenza diretta, soprattutto se si tratta di *zinā*, ed i testimoni devono quindi essere tutti necessariamente sentiti, egli compreso; tale opinione si fonda sul Corano: *Se alcune delle vostre donne avranno commesso atti indecenti portate quattro testimoni contro di loro, e se questi porteranno testimonianza del fatto, chiudetele in casa finché le coglierà la morte o fin quando Dio apra loro una via* (Cor IV:15); e *Perché gli accusatori non hanno portato quattro testimoni? Se dunque non hanno potuto portare i testimoni, sono loro presso Dio i mentitori* (Cor XXIV:13). L'ultima posizione

---

<sup>125</sup> Tradizioni tutte riportate in MUḤAMMAD ANWARULLAH, *Principles of evidence in Islam*, cit., p. 144 e ss.

<sup>126</sup> AL-BAYHAQĪ, *Al-Sunān al-Kūbrā*, Dār al-Kutūb al-'Ilmiyah, Beirut, 1987, V, p. 90.

<sup>127</sup> IBN ḤAZM, *Kitāb al-Muḥllā*, vol. IX, Aḥmad Muḥammad Šakir, Dār al Ğil, Beirut, 1983, p. 426 e ss.

è quella seguita dalla scuola zaydita, assolutamente minoritaria, in base alla quale si distingue tra i casi di calunnia di rapporto sessuale illecito e quelli puniti col taglione, nei quali il giudice può giudicare sulla scorta della sua personale conoscenza e tutti gli altri casi riguardanti le altre fattispecie, in cui ciò non è consentito. Nel sistema islamico, le motivazioni che spingono il giudice ad astenersi dal giudicare nel caso di una sua conoscenza diretta del fatto, e quindi quelle in grado di determinare, specularmente, la dispersione probatoria del suo patrimonio cognitivo, non sono dettate da motivazioni interne, quali la salvaguardia dei valori della terzietà ed imparzialità, quanto piuttosto da ragioni esterne, miranti a tutelare l'allontanamento da ogni dubbio nell'ambito delle pene *hudūd* e soprattutto la fede pubblica nell'organo giudicante, minata da una eventuale commistione dei ruoli di dichiarante e giudicante.<sup>128</sup>

Uno schema del processo islamico e del procedimento probatorio può essere ricavato dall'analisi di una tradizione del Profeta, in tema di rapporto sessuale illecito: *Quando Ma'iz si recò da lui per confessare di avere commesso zina e ripeté la sua confessione, il Profeta gli domandò dettagliatamente alcune precisazioni che potessero rivelarsi per lui favorevoli. Chiese se fosse nel pieno delle facoltà mentali o se avesse bevuto vino, e ordinò a qualcuno di odorare il suo alito. Poi gli domandò della zina chiedendo se per caso si fosse coricato con lei, Ma'iz rispose di sì. Gli chiese se il suo corpo la avesse toccata e lui rispose di sì. Poi il Profeta chiese se avesse avuto un rapporto con lei e lui rispose affermativamente (alcune versioni sono più esplicite). Il Profeta quindi domandò se conosceva il significato della zina ed egli rispose di sì, di avere fatto in maniera illecita ciò che un uomo fa con la propria moglie in maniera lecita. Il Profeta allora chiese cosa intendesse con queste parole e Ma'iz disse che voleva essere purificato. Al che il Profeta ordinò di lapidarlo.*<sup>129</sup> In questa tradizione, si trovano condensate le principali fasi ed istituti giuridici del processo penale nell'islām: la confessione, la ripetizione della confessione, le indagini, la cristallizzazione di atti irripetibili, l'interrogatorio, l'esclusione di cause di giustificazione, l'esclusione della *ignorantia legis* e la conferma della piena conoscenza dell'antigiuridicità dell'atto, l'esclusione di ogni ragionevole dubbio, la condanna.

Per quel che concerne gli istituti della partecipazione e della rappresentazione processuale, e quelli correlati di assenza e contumacia, è stato sottoli-

---

<sup>128</sup> Numerosi giuristi forniscono tale motivazione. Tra gli altri, oltre ai primi Califfi, possono essere ricordati Mālik, Šafi'i, Buḥārī e Ibn Qayyīm, *passim* nelle loro opere.

<sup>129</sup> *Ḥadīṭ* riportato nelle sue varie versioni in RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 55.

neato come il sistema penale islamico richieda che chiunque voglia accusare qualcuno di un reato, ha un onere di impulso, dovendo necessariamente citare questi davanti a un giudice.

Di norma, quindi, nel corso del processo l'accusato deve presentarsi in giudizio e difendersi personalmente, ovvero essere rappresentato da una persona autorizzata. Ciò viene confermato da un *ḥadīṭ* nel quale viene descritto come il Profeta avesse avvisato 'Alī b. Abī Ṭalīb all'atto della sua partenza come giudice verso lo Yemen che: *quando qualcuno si presenta a te, non emettere alcuna sentenza prima di avere sentito anche l'altra parte, così come hai sentito la prima.*<sup>130</sup> L'elaborazione dottrinale si è allineata a questa tradizione ritenendo quindi che un processo in assenza o in contumacia, non è consentito, se non dalla scuola *mālikita*.<sup>131</sup>

Fondamentale, nel diritto islamico risulta il principio in base al quale *pacta sunt servanda*. Difatti, sono fortemente radicati i concetti di diplomazia, di rispetto delle sovranità delle Nazioni, di intervento umanitario e di sottoscrizione degli strumenti convenzionali e pattizi, in riferimento a Stati e Nazioni anche non di fede islamica, tanto maggiormente se ci si muove nell'ambito penale.

Nel Testo sacro si legge infatti che: *annunziate punizioni dolorose a coloro che non credono ... Esclusi quei pagani con i quali avete stretto un patto e che in nulla hanno poi mancato contro di voi, né prestato soccorso contro di lui ad alcuno. Osservate fino all'ultimo, allora, il patto con loro, fino al termine prestabilito, poiché Dio ama quelli che lo temono* (Cor IX:3-4); *Come potrebbero avere gli idolatri un patto con Dio e col suo messaggero, eccettuati quelli con i quali concludeste un patto presso il tempio sacro? Ma finché sono giusti con voi, siate giusti con loro, che certo Dio ama quanti lo temono* (Cor IX:7); *Siate fedeli al patto di Dio che avete concluso, e non rompete i giuramenti che avete giurato, poiché è Dio che avete costituito sopra di voi a garante, e Dio sa ciò che fate* (Cor XVI:91). Viene così codificato un importante principio del diritto penale internazionale islamico, che dimostra la rilevanza attribuita alle obbligazioni sottoscritte dalla *umma* con le altre comunità. Il venire meno a tali impegni costituisce una grave violazione della legge divina. Il principio trova risalto anche nella *sunna* profetica, riportante come Muḥammad più volte raccomandò di non violare i trattati e le obbligazioni sottoscritte.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> ABŪ DĀWŪD SULĀIMAN AL-SISSISTĀNĪ, *Kitāb al-Sunan*, traduzione inglese di AḤMAD HASAN, Muḥammad Aṣrāf Publishers, Booksellers Exporters, Lahore, 1984, tradizione n. 3582.

<sup>131</sup> FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 83.

<sup>132</sup> Per questo ultimo aspetto si veda MAĞĪD KHADDURI, *War and peace in the Law of islam*, cit., *passim*.



Va sottolineato come l'elaborazione dottrinale ha stabilito che un trattato deve essere codificato in maniera equilibrata tra le parti contraenti, calibrando i relativi diritti e doveri alla luce della nozione di reciprocità.<sup>133</sup>

Un autore rimarca come il diritto penale internazionale islamico ha per i musulmani un carattere doppiamente vincolante rispetto a quanto avviene in riferimento al diritto penale internazionale per i non musulmani, in quanto per il sistema islamico le previsioni ivi codificate risultano vincolanti per la *umma* non solo in base alla sua appartenenza alla comunità internazionale, ma anche per la sua sottoposizione alla *šarī'a*.<sup>134</sup>

Nel sistema islamico riveste grande importanza il concetto di mediazione, che trova applicazione in varie branche, quali il diritto internazionale, il diritto internazionale pubblico, il diritto militare, ed anche nel sistema penale.<sup>135</sup> Nella logica sistemica dell'ambito penale, così, ci si imbatte diffusamente nella conciliazione dei cuori, nella diplomazia, nell'arbitrato, nella composizione dei dissidi, nel componimento delle liti, nel negoziato, nella riparazione; tutte accezioni comuni, sussumibili nella vasta concettualizzazione di mediazione penale.

Si è visto come l'intero sistema penale ruoti attorno alla volontà, sommessamente celata, di non applicare le pene minacciate e di ricercare sempre possibili scappatoie o alternative alla punizione. Così, anche nell'ambito dei reati più gravi puniti con pena coranica, vi sono ipotesi in cui non si dà luogo alla responsabilità penale; ad esempio nel furto in caso di restituzione dell'oggetto sottratto, nel brigantaggio se interviene una desistenza o un recesso attivo. Per le fattispecie ove è previsto il taglione, poi, viene pedissequamente ricercata la possibile mediazione, attraverso il risarcimento effettuato con il pagamento del prezzo del sangue, la *diyya*.<sup>136</sup> In tale ambito, oltre al perdono, trovano collocazione anche gli istituti della *tawba*, il pentimento<sup>137</sup> e della *kaffāra*, l'espiazione (che può consistere in elargizioni di beni e cibarie ai poveri, in manomissione

---

<sup>133</sup> Su tale caratteristica, MAĞID KHADDURI, *The Islamic law of Nations*, cit., pp. 152 e ss.

<sup>134</sup> FARHAD MALEKIAN, *The concept of islamic international criminal law. A comparative study*, cit., p. 13.

<sup>135</sup> La diplomazia è il mezzo con il quale si instaurano relazioni ufficiali tra le autorità islamiche e quelle non musulmane. La *šarī'a*, poi, prevede il ricorso alla mediazione per risolvere le controversie innanzitutto tra membri della comunità islamica, ma anche quelle verificatesi tra questa e i non musulmani (AGOSTINO CILARDO, *Il Diritto islamico e il Sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, p. 69).

<sup>136</sup> Su tale istituto, si veda IBN BAHANSY, *Al-diya fi 'l-šarī'a al-islāmiyya*, Dār al-šurūq, Cairo, 1984.

<sup>137</sup> Sul valore giuridico-religioso del pentimento e sulla visione dottrinale dell'istituto, si rimanda a MOĤAMMAD HAŠİM KAMALI, *Punishment in islamic law*, cit., pp. 52 e ss.

di schiavi, ma anche soltanto in preghiere e digiuni.<sup>138</sup> Anche sul giudice incombe un obbligo di mediazione, dovendo egli sempre esperire un tentativo di conciliare le parti prima di procedere ed anche prima di pronunciare la sua decisione. La porta della mediazione in ambito islamico risulta quindi sempre aperta ed una visione più profonda di quest'istituto, invece che ad iscriverlo in concezioni ipocrite dell'antigiuridicità o in esigenze deflattive, lo colloca come spunto per riavvicinare a Dio il reo che, delinquendo, ha peccato.

Anche il principio di giurisdizione universale, tracciato in tutto il corso della ricerca, trova collocazione all'interno del sistema classico. Nel diritto internazionale, in presenza dei crimini più gravi, qualsiasi Stato, derogando ai normali criteri di personalità attiva o passiva e di territorialità del *locus commissi delicti*, può esercitare la propria giurisdizione, in ragione della natura transnazionale dell'offesa,<sup>139</sup> intesa sia come condotta che come bene protetto, in base al principio di giurisdizione universale sui crimini *jura gentium*, costituenti gravi violazioni delle norme imperative del diritto internazionale generale.

Tale principio trova applicazione anche nel diritto islamico classico, attraverso l'elaborazione dottrinarie di un insigne giurista, che per primo ha sviluppato il concetto di portata generale della repressione dei crimini particolarmente efferati, il cui autore deve essere perseguito secondo il diritto di Dio (e non secondo il diritto degli uomini), e il cui contrasto deve essere attuato necessariamente e direttamente dall'autorità (d'ufficio quindi), indipendentemente dall'appartenenza confessionale dell'autore o della vittima e cooperando con tutte le genti, anche con la comunità non musulmana (*in nuce*, si ricava così un altro principio, quello di cooperazione giudiziaria, strettamente connesso a quello in esame), poiché quelli commessi sono crimini universali.<sup>140</sup>

Il principio del *ne bis in idem* definito dalla cultura giuridica occidentale anche come *autrefois acquit/convict* o come divieto di *double jeopardy*, è un valore fondamentale vigente in molti sistemi penali e si propone di tutelare molteplici beni giuridici: tra gli altri, possono essere evidenziati l'esercizio

---

<sup>138</sup> Per approfondimenti, si consulti BARMAN-BIANQUIS-BOSWORTH-VAN DONZEL-HEINRICHS, s.v. *Kaffāra*, in *Encyclopédie de l'Islam*, 2<sup>ème</sup> éd. Brill, Leida, 1995.

<sup>139</sup> Per una definizione di reato transnazionale, anche detto transfrontaliero, sovranazionale o internazionale, si rimanda all'art. 3.2 della Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale, adottata il 15 novembre 2000 dalla 55<sup>°</sup> sessione delle Nazioni Unite: "For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if: (a) It is committed in more than one State; (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State; (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or (d) It is committed in one State but has substantial effects in another State."

<sup>140</sup> Vedasi IBN TAYMIYYA, *Mağmū' fātāwa Ibn Taymīyya*, Riyad Press, Riyad, 1976, XXVIII, p. 311.

del diritto di difesa, le esigenze di certezza del diritto e della pena, l'economia processuale e la razionalizzazione delle risorse dell'amministrazione giudiziaria, la prevenzione di conflitti di giurisdizione positivi e negativi, l'attuazione di un idoneo coordinamento investigativo e giudiziario.

Esso risulta strettamente connesso al principio di autorevolezza della *res judicata*,<sup>141</sup> che ne costituisce il presupposto eziologico e che soddisfa ed estingue la citazione del denunziante o la riconvenzione dell'accusato. Il *qāḍī* ha il dovere di emettere una sentenza giusta e, per l'ortodossia islamica, una volta raggiunto il giudicato, il fatto reato sottoposto all'attenzione del diritto divino, così come rivelato al Profeta, non può più essere messo in discussione. Ciò, anche perché, nell'accezione dogmatica del diritto musulmano, non vi sono altri gradi di giudizio.<sup>142</sup> Tuttavia, un altro *qāḍī* può procedere ad un nuovo giudizio e persino giungere ad emettere un provvedimento di segno opposto al primo, ma ciò unicamente in caso di "grave errore di diritto",<sup>143</sup> ovvero sia solo nel caso in cui la precedente decisione sia contraria alle prescrizioni coraniche, a un *ḥadīṭ* riconosciuto o al consenso dei giuristi.

### *Spunti di riflessione*

I primi interpreti della legge divina hanno ritenuto che essa è perfettibile e può essere modificata con il mutare dei tempi, secondo l'*istiṣlāḥ*, l'utilità generale, ed infatti hanno introdotto poco dopo la morte del Profeta alcune disposizioni, come ad esempio quella di trasporre in forma scritta il Corano, senza che alcuna prescrizione precedente li autorizzasse a ciò.<sup>144</sup> Da un lato, quindi, l'obiettivo primario e finale della *ṣarī'a* è quello di proteggere alcuni specifici beni giuridici quali religione, vita, discendenza, mente e proprietà, tutti valori basilari della vita umana, cosicché ogni aggressione di tali beni può essere considerata contraria alla legge divina e, se necessario, punita; dall'altro, solo alcune di queste possibili trasgressioni sono state indicate quali fat-

---

<sup>141</sup> Su tali principi si consulti EMILE TYAN, *L'autorité de la chose jugée en droit musulman*, in *Studia islamica*, Maisonneuve & Larose, Paris, XVI, 1962, p. 6-90.

<sup>142</sup> Sono tuttavia previsti dei casi di revisione, dei controlli sullo *status libertatis* nonché delle procedure concorrenti del *ḍiwān al-mazālim*, così come il ricorso alla giustizia equitativa dell'*imām* o dello *ṣayḥ al-islām*, sulla falsariga della *cognitio extra ordinem* del diritto romano. Si veda JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 198.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>144</sup> Per una visione ortodossa dell'operato dei primi interpreti della legge divina si veda DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita*, cit., pp. 55 e 56.

tispecie di reato dalla *šarī'a*, essendovene altre che non sono state espressamente menzionate. È quindi compito dei governanti dello Stato islamico salvaguardare detti beni sancendo nuove possibili forme di aggressione e la loro conseguente punizione, determinate dai mutamenti della società. Questo compito deve essere esercitato proprio sulla scorta dei principi generali del sistema penale islamico e sull'*iğtihād*, lo sforzo indipendente di indagine sugli stessi.

Tali principi, espressione delle fattispecie di reato, delle pene applicabili e delle regole processuali della *šarī'a*, così come degli istituti della mediazione e degli stratagemmi giuridici elaborati per mitigarne la rigidità e contestualizzarla all'epoca contemporanea, nel periodo della formazione e sistemizzazione della legge religiosa erano validi per l'intera *umma* e non venivano limitati dai confini geo-politici.

Dall'analisi sin qui svolta, emerge come nell'ordinamento islamico detti principi risultano ben articolati e sviluppati, tanto nella *šarī'a* quanto nella speculazione elaborata dalle scuole giuridiche. Essi, inoltre, corrispondono a molti omologhi valori propri del diritto internazionale, riportati nelle dichiarazioni dei diritti dell'uomo codificate dalla cultura giuridica occidentale,<sup>145</sup> ed in alcuni casi è ben visibile come l'*islām* ne ha anticipato la codificazione di diversi secoli.

Questa argomentazione, d'altra parte, si colloca a sostegno della tesi che vuole attribuire piena autonomia al diritto islamico dalle interferenze degli altri sistemi giuridici codificati, in particolar modo da quello romano e da quello bizantino.<sup>146</sup> Le similitudini tra i principi generali che si ritrovano nei sistemi giuridici dei diversi popoli non comportano necessariamente la sussistenza di rapporti ed influenze, ma vanno spiegati con l'idea che esprimono una verità unica che si impone alla ragione.<sup>147</sup> Valori assoluti, generalmente condivisi, la cui tutela ed attuazione viene universalmente sentita. Del resto, da un punto di vista giuridico e teoretico, il diritto islamico, nella sua sfera internazional-penalistica protegge tutte le Nazioni poiché è l'intero genere umano che si intende in assoluto tutelare, e ciò indipendentemente da ogni appartenenza confes-

---

<sup>145</sup> Per una analisi comparativa delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo elaborate dagli Stati arabo-islamici si rimanda a AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., pp. 119 e ss.

<sup>146</sup> Sulla peculiarità della legge religiosa islamica, non assimilabile al diritto romano ed ai sistemi giuridici da questo derivati si veda AGOSTINO CILARDO, *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1990.

<sup>147</sup> Così SOBHI MAḤMASSĀNĪ, *Falsafāt al-tašrī' fil'islām*, cit., p. 292. Contra, SELIM JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, cit., p. 119.

sionale, di genere e di etnia. Secondo l'islām, infatti, ogni individuo o gruppo di individui, così come ogni Nazione può beneficiare della tutela riservatagli dalla legge islamica, senza che per ciò debba essere necessariamente soggetto di uno Stato islamico. Ciò in quanto tutti sono soggetti alla legge divina e, almeno in linea di principio, ogni individuo deve godere del rispetto degli altri individui, in ragione del valore assoluto della dignità spirituale e fisica degli uomini.<sup>148</sup> Questo principio è pienamente recepito dalla legge islamica, all'interno del suo sistema penale internazionale: “*the function of wick is to prevent international crimes and to prosecute and punish perpetrators under an appropriate criminal jurisdiction regardless of the nationality of the victim or the accused*”.<sup>149</sup>

Tuttavia, la disapplicazione tacita della *ṣarī'a* in molti ambiti dell'ordinamento giuridico della quasi totalità dei Paesi arabo-islamici, a vantaggio della legge positiva, ha determinato la caduta in desuetudine dei principi generali di derivazione sharaitica.

La vigenza del doppio binario ed il dibattito sulla effettiva applicazione della *ṣarī'a* sono una componente fondamentale delle dinamiche contemporanee che attraversano il mondo islamico: una società dà vita ad un proprio modello di Stato fondandolo su di un insieme di valori la cui espressione più eminente è costituita dalla scelta del tipo di ordinamento giuridico. Nel corso della propria evoluzione poi, ogni società deve verificare il modello consolidatosi, alla luce degli apporti di nuovi valori che provengono sia dallo sviluppo interno – politico, culturale, sociale – sia dalle diverse relazioni con altre società dotate di modelli culturali differenti. La rilettura del proprio modello di Stato viene così richiesta a tutte le società in transizione verso la modernizzazione, passaggio caratterizzato da consistenti cambiamenti sociali, dall'evoluzione tecnologica e dalla diffusione di un più ampio valore attribuito ai diritti umani. L'incontro con la cultura occidentale e con le forme di modernizzazione che da essa derivano, ha significato per gli Stati islamici l'innescarsi di mutamenti profondi, dagli esiti ancora *in itinere*. I movimenti riformisti e modernisti<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> Il principio, peraltro, è diffusamente proclamato nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nell'islām del 1981, emanata dal Consiglio Islamico d'Europa. Per approfondimenti, si rinvia a AGOSTINO CILARDO, *Il Diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., p. 124; ANDREA PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998.

<sup>149</sup> Così FARHAD MALEKIAN, *The concept of islamic international criminal law, A comparative study*, cit., p. 7.

<sup>150</sup> Su riformismo e modernismo islamico nonché sui vari movimenti che animano il mondo musulmano si veda AGOSTINO CILARDO, *Su alcune recenti formazioni islamiche*, in IGNAZ GOLDZIHNER, *Lezioni sull'Islam*, E.S.I., Napoli, 2000.

formatisi all'interno della società musulmana proprio in ordine alla modalità ed intensità di applicazione della *šarī'a* risultano l'espressione delle varie posizioni inerenti le sfide culturali poste dalla modernità alla tradizione islamica, concretizzatesi nella ridefinizione del modello di società e di cittadinanza, del ruolo della religione rispetto allo Stato, dei fondamenti dell'ordinamento giuridico e dell'interpretazione delle sue fonti e dei suoi principi generali.<sup>151</sup>

Tali principi, come detto attualmente caduti in desuetudine, andrebbero recuperati. Le fattispecie di reato, le pene applicabili e le regole processuali della *šarī'a*, così come gli istituti della mediazione e gli stratagemmi giuridici elaborati per mitigarne la rigidità e contestualizzarla all'epoca contemporanea, nel periodo della formazione e sistemizzazione della legge religiosa erano validi per l'intera *umma* e non limitati dai confini geo-politici. Oggi, per meglio enfatizzare i valori di cui sono espressione, i principi generali del sistema penale islamico potrebbero essere incorporati all'interno dei singoli codici dei moderni Stati arabo-islamici. Questo inserimento risulterebbe di contributo determinante al superamento della patologia che affligge le codificazioni moderne e dell'utilizzo o inutilizzo politicizzato e parziale della *šarī'a* stessa. I principi generali, infatti, da un lato costituiscono strumenti di produzione del diritto, consentono di alimentare con regole ed interpretazioni aggiornate la rinnovazione giuridica, nonostante la chiusura dottrinale sul ricorso allo sforzo indipendente di indagine (*iğtihād*) ed adattare così la legge religiosa alle esigenze della vita moderna. Dall'altro, fungono da dispositivi per la moralizzazione del diritto, procurando un apporto etico al tecnicismo giuridico, di per se sprovvisto di connotazioni morali, in un sistema legale ove diritto, morale e religione sono intimamente connessi.

---

<sup>151</sup> Sulla *šarī'a* e sulle sfide della modernità si veda *Dibattito sull'applicazione della shari'a*, a cura di ANDREA PACINI, in *Dossier Mondo islamico 1*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995.

## *Quale modello di integrazione in Italia?*

AHMAD GIANPIERO VINCENZO

I primi dati statistici relativi agli stranieri soggiornanti in Italia sono disponibili a partire dal 1970. Alla fine di quell'anno risultavano presenti nel territorio della Repubblica 143.838 cittadini stranieri. Per tutto il decennio successivo l'immigrazione restava un elemento assolutamente irrilevante nella società italiana, tanto che ancora nel 1979 la presenza di stranieri non superava le 200.000 unità. Ancora negli anni Ottanta i flussi immigratori erano estremamente contenuti, con una percentuale di crescita che non superava mai il 10% annuo. Alla fine del decennio però si superavano le 500.000 presenze di stranieri fino a superare, nel 1997, il milione di presenze. È a partire da questo momento che si può veramente parlare di inizio sostanziale dell'immigrazione in Italia, al ritmo di circa 100.000 nuovi ingressi annui, fino a raggiungere, nel 2009 i 4 milioni di cittadini stranieri sul territorio nazionale, pari al 6,5% della popolazione. L'Italia ha così raggiunto in poco tempo la media europea, che si attesta intorno al 5/6%, pur rimanendo ben lontana da quella dei paesi a maggiore immigrazione, come l'Austria, la Germania e la Francia, dove gli stranieri arrivano a superare il 10% della popolazione complessiva. Tuttavia, fermo restando i ritmi attuali, nei prossimi anni l'Italia avrà un'incidenza di immigrati sulla popolazione che si attesterà tra il 10% degli Stati Uniti e il 16% del Canada.

L'immigrazione in Italia si caratterizza anche per la presenza di tre comunità più consistenti delle altre, la rumena, l'albanese e la marocchina, e una concentrazione al Nord, dove gli immigrati costituiscono ormai circa il 10% della forza lavoro. Si tratta di una realtà sempre più significativa all'interno della società italiana, cui però non ha fatto immediatamente seguito una chiara strategia riservata all'integrazione e al superamento delle naturali difficoltà conseguenti a un così ampio movimento di migranti verso il nostro Paese. Il primo intervento legislativo, infatti, che interveniva in merito al fenomeno migratorio era la Legge 28 febbraio 1990 n. 39 (che convertiva in legge

il decreto legge 30 dicembre 1989 n. 416), meglio conosciuta come Legge Martelli. Era un provvedimento che aveva il carattere della “norma urgente” e interveniva in materia di diritto d’asilo, di richiesta di permesso di soggiorno, di respingimento, di espulsione. Si trattava di fatto di una serie di norme orientate principalmente alla sicurezza e al funzionamento della pubblica amministrazione, che in merito all’integrazione prevedeva solo l’assunzione di 200 assistenti sociali da destinare presso gli uffici del lavoro per migliorare “la funzionalità ed efficienza dei servizi per i lavoratori immigrati, extracomunitari ed apolidi e per le loro famiglie” (art. 12).

All’inizio degli anni Novanta risale anche la Legge sulla cittadinanza (5 febbraio 1992, n. 92), tuttora vigente, ancora ispirata prevalentemente a criteri di polizia, che considerava l’acquisizione della cittadinanza essenzialmente un procedimento burocratico decennale, penalizzando fortemente anche i figli di cittadini stranieri che nascevano in Italia, i quali potevano fare richiesta di cittadinanza solo al compimento del diciottesimo anno d’età o all’atto dell’acquisizione dei loro genitori, dovendo però dimostrare d’essere conviventi (art. 14). Si trattava di una normativa ancora più riduttiva di quella precedente, che risale al 1912. In quest’ultima, infatti, erano sufficienti 5 anni per la naturalizzazione, in linea con l’attuale media dei Paesi europei, mentre a partire dalla nuova legge il tempo medio si attestava intorno ai 14 anni. Paradossalmente, le più recenti norme italiane sulla cittadinanza risultavano più restrittive anche in relazione alle seconde generazioni, vale a dire ai figli dei cittadini che nascono o risiedono in Italia.

Per avere il primo intervento legislativo organico occorrerà aspettare la Legge Turco Napolitano del 1998 (D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286), che affrontava in maniera sistematica il problema dell’immigrazione. Alcune indicazioni erano decisamente innovative, come le norme riguardanti una programmazione più efficace dei flussi di ingresso degli stranieri e la loro ricerca del lavoro. Da sottolineare la creazione dell’istituto dello “sponsor”, in virtù del quale il cittadino italiano o straniero regolarmente soggiornante in Italia, poteva farsi garante dell’ingresso di uno straniero per consentirgli l’inserimento nel mercato del lavoro ed in luogo di esso introduceva dei titoli di prelazione nel collocamento dei lavoratori, derivanti dall’aver frequentato, nei Paesi d’origine, corsi di istruzione e formazione professionale organizzati da enti abilitati (articolo 20).

Altri aspetti che avevano un carattere di estremo rilievo erano le norme miranti al recupero delle vittime della prostituzione, che già in quegli anni si delineava come uno degli aspetti principali della tratta internazionale degli esseri umani. In tal senso, la legge istituiva anche il Comitato Minori Stranieri, per vigilare sulla permanenza dei minori ammessi sul territorio dello Stato e



eventualmente disporre il rimpatrio assistito presso le loro famiglie nei paesi d'origine. Di particolare rilievo il capitolo relativo all'integrazione degli immigrati, che stimolava la partecipazione anche degli enti locali ad agire per una migliore integrazione. Addirittura profetico il richiamo ad una politica tesa a evitare episodi di discriminazione, razzismo e xenofobia, introducendo anche una descrizione di tali atteggiamenti negativi e indicando le modalità di una azione civile contro la discriminazione. Si dava rilievo alla diffusione di una cultura dell'integrazione attraverso il potenziamento delle biblioteche scolastiche e universitarie e, infine, si dava l'avvio alla costituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di una Consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie.

L'idea di varare un modello consultivo e partecipativo dell'immigrazione italiana si era fatta strada già in ambito locale. È su questa strada, come si vedrà anche in relazione ai rapporti con le confessioni religiose che l'Italia ha costruito un vero e proprio modello italiano di sviluppo sociale. Un decennio prima della legge Turco Napolitano, la Regione Lombardia aveva istituito, infatti, la "consulta regionale per i problemi degli immigrati extracomunitari in Lombardia", con funzioni consultive e partecipative (art. 3, Legge regionale 4 luglio 1988, n. 38). In tale direzione si era cominciato a procedere anche a livello comunale, come testimonia il notevole sviluppo dell'istituto della "consulta" e dei "consiglieri aggiunti" in rappresentanza degli immigrati nelle amministrazioni locali. La stessa prospettiva di concedere anche agli stranieri il voto nelle elezioni amministrative si faceva strada molto presto nella politica italiana. Si tratta di un modello regionale ancora sostanzialmente valido, tanto che è stato in pratica replicato recentemente dalla Toscana, con la Legge 8 giugno 2009, n. 29.

La prospettiva di una vasta azione tesa all'integrazione degli stranieri in Italia, attraverso un percorso normativo e culturale di dialogo tra parti sociali e istituzioni riceveva però una brusca frenata a causa degli eventi politici italiani che contraddistinguono la fine del XX secolo. Fino a metà degli anni Novanta, infatti, l'immigrazione non era considerata come uno degli elementi più significativi del dibattito politico, anche se la popolazione straniera si aggirava già, lo abbiamo visto, intorno al milione di presenze. In tal senso, la strategia propagandistica della Lega Nord diventava la principale protagonista della crisi del modello di integrazione nazionale.

La prima parte degli anni Novanta era caratterizzata soprattutto dalla crisi politico istituzionale innescata dalle inchieste giudiziarie denominate "Mani Pulite", che avrebbero portato alla disgregazione del sistema partitico legato alla prima fase della Repubblica. Parallelamente, anche il Partito Comunista, uscito indenne dall'inchiesta, sarebbe entrato in crisi dopo il 1991, con la

caduta del muro di Berlino, iniziando un percorso che lo avrebbe portato ad abbracciare i valori della socialdemocrazia. La Lega Nord, che pure era stata toccata dalle inchieste giudiziarie con le condanne di Umberto Bossi e di Alessandro Patelli per tangenti pagate dalla Montedison, guadagnava un forte consenso popolare con una politica che mirava alla scissione del Nord e alla condanna delle mancanze di “Roma ladrona”. Alle elezioni del 1992 otteneva un consenso superiore all’8%, radicato soprattutto in Lombardia e nel Veneto (con percentuali superiori al 25%), tale da consentire di andare al governo due anni dopo, insieme a Forza Italia di Silvio Berlusconi. Tuttavia, la difficoltà di portare avanti un politica scissionista porterà alla fine dell’esperienza governativa dopo soli pochi mesi. La Lega però perseguiva questa prospettiva, mantenendola al centro del dibattito politico. Il 15 settembre 1996 si dichiara la simbolica indipendenza della Padania, mentre tre giorni dopo, presso la sede federale della Lega Nord in via Bellerio a Milano, avvenivano scontri tra militanti leghisti, Polizia di Stato e Carabinieri. Questi episodi però convincevano la leadership leghista della necessità di trovare un nuovo tema da lanciare nella lotta politica: la Lega si riavvicina al centrodestra e il nuovo focus diventerà la guerra all’immigrazione. Proprio in coincidenza del momento critico dell’immigrazione italiana, quando dal momento dell’emergenza si doveva cominciare a passare a quello dell’integrazione e di una nuova cittadinanza, si assiste quindi a una brusca inversione di rotta: l’immigrazione pur rimanendo uno dei principali aspetti del motore economico, diventa un “problema” nazionale.

Ancora alla vigilia dell’11 settembre 2001, l’immigrazione era percepita come fenomeno generale e indistinto. L’attentato alle Twin Towers di New York portava all’attenzione del mondo la realtà del fondamentalismo islamico. Non che fosse qualcosa di sconosciuto prima di allora. Dopo l’attentato a Sadat nel 1981, una lunga scia di sangue aveva colpito l’Egitto anche ai danni di turisti stranieri: nove nel 1993, cinque l’anno successivo, diciotto nel 1996, 67 nel 1997. Si trattava di episodi ben noti agli organismi di sicurezza, così come, almeno in parte, alla stessa opinione pubblica. Tuttavia, non sembrava fino a quel momento che vi fosse una effettiva presa di coscienza del pericolo del fondamentalismo, non solo di quello islamico, ma di quello del fondamentalismo in genere (l’assassinio del premier israeliano Yitzhak Rabin è del 1995).

La Lega cavalcava l’onda dell’emozione popolare e focalizzava la sua azione politica contro l’immigrazione in genere e l’Islam in particolare. Prima il partito della Padania si definiva di ispirazione celtico-pagana, in seguito scoprirà di avere radici cristiane. Attorno al nuovo nemico dell’Islam si incentrano le campagne elettorali del 2001 (politiche), del 2004 (europee), del 2005

(regionali), del 2006 e del 2008 (entrambi politiche). Si trattava di una fase in cui sentimenti xenofobi e islamofobici venivano profondamente radicanti nell'opinione pubblica italiana e nella politica nazionale. Ci si dimenticava del tutto di parlare di integrazione. Nel 2002 la nuova legge sull'immigrazione, la cosiddetta Bossi Fini, rendeva così complesso il rilascio dei permessi di soggiorno che la clandestinità diventava una condizione quasi "normale" per molti immigrati in Italia, pur se essi soggiornavano e lavoravano da tempo nel nostro Paese. La Legge non apportava alcun elemento per l'integrazione e annullava l'istituto dello "sponsor".

Nel frattempo, a livello europeo ci si rendeva conto della necessità di intervenire sul problema e nel settembre 2005 la Commissione adottava una Agenda comune per l'integrazione: la comunicazione quadro per l'integrazione dei cittadini dei paesi terzi nell'Unione europea (Com 2005/389). Venivano tracciate le linee generali riguardo all'interpretazione sovranazionale del processo di integrazione. In tale prospettiva gli Stati membri erano tenuti a rafforzare l'applicazione dei principi fondamentali comuni, quali i diritti umani, la non discriminazione, le pari opportunità, la partecipazione democratica. I punti fondamentali della comunicazione erano i seguenti:

- L'integrazione è un processo dinamico bilaterale di adeguamento reciproco da parte di tutti gli immigrati e di tutti i residenti degli Stati membri.
- L'integrazione implica il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione Europea.
- L'occupazione è una componente fondamentale del processo di integrazione ed è essenziale per la partecipazione degli immigrati, per il loro contributo alla società ospite e per la visibilità di tale contributo.
- Ai fini dell'integrazione sono indispensabili conoscenza di base della lingua, della storia e delle istituzioni della società ospite; mettere gli immigrati in condizione di acquisirle è essenziale per una effettiva integrazione.
- Gli sforzi nel settore dell'istruzione sono cruciali per preparare gli immigrati e soprattutto i loro discendenti ad una partecipazione più effettiva e più attiva alla società.
- L'accesso degli immigrati alle istituzioni, nonché a beni e servizi pubblici e privati su di un piede di parità con i cittadini nazionali in modo non discriminatorio costituisce la base essenziale di una migliore integrazione.
- L'interazione frequente di immigrati e cittadini degli Stati membri è un meccanismo fondamentale per l'integrazione: Forum comuni, il dialogo interculturale, l'educazione sugli immigrati e la loro cultura, nonché condizioni di vita stimolanti in ambiente urbano, potenziano l'interazione tra immigrati e cittadini degli Stati membri.

- La pratica di culture e religioni diverse è garantita dalla Carta dei diritti fondamentali e deve essere salvaguardata a meno che non sia in conflitto con altri diritti europei inviolabili e con le legislazioni nazionali.
- La partecipazione degli immigrati al processo democratico e alla formulazione delle politiche e delle misure di integrazione, specialmente a livello locale, favorisce l'integrazione dei medesimi.

Le indicazioni europee non avevano effetti immediati nel nostro Paese, dove maturava un ulteriore peggioramento della situazione relativamente all'integrazione dei cittadini stranieri. La ripartizione delle competenze istituzionali ritardava ulteriormente la maturazione di una politica nazionale sull'integrazione. Competono a livello nazionale, infatti, la definizione delle norme relative ai diritti di cittadinanza, all'istruzione obbligatoria, alle intese con le confessioni religiose, al trattamento non discriminatorio e alle pari opportunità. Ricade sulle Regioni, invece, l'attuazione delle politiche nel campo della formazione e del lavoro, delle politiche sociali e abitative - anche con il concorso dei Fondi strutturali europei - nonché degli interventi straordinari sui luoghi di culto. La mancanza di un chiaro orientamento a livello nazionale non poteva che ripercuotersi anche a livello regionale e locale.

Sotto il profilo dei rapporti di carattere religioso le conseguenze di questa incertezza erano immediatamente evidenti. Anche in questo caso il modello italiano è di carattere apertamente pattizio, basato su accordi bilaterali tra Stato e confessioni religiose. Si tratta di un modello definito costituzionalmente dagli articoli 7 e 8 della Costituzione e che come tale non può essere sovvertito facilmente. Attraverso le intese si possono definire tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica delle confessioni religiose, dall'apertura di luoghi di culto, alla formazione dei ministri religiosi, alla gestione dei cimiteri, all'assistenza nelle carceri e negli ospedali e, persino, all'insegnamento della religione nella scuola pubblica. Infine, le Intese regolano anche il finanziamento pubblico alle confessioni, sotto forma di una quota proporzionale dell'8 per 1000 del gettito IRPEF. Le Intese sono in pratica l'unico modo per godere pienamente della libertà di culto in Italia, anche perché la legge quadro sulla libertà religiosa, presentata per la prima volta dal primo Governo Prodi nel 1997 nella XIII legislatura, e poi ripresentata nelle legislature seguenti, non è riuscita ancora ad avere l'approvazione nemmeno di un solo ramo del Parlamento.

La stagione delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica si apriva nel 1984, dopo la revisione del concordato con il Vaticano con la quale la religione cattolica cessava di essere il culto ufficiale dello Stato. A partire da quella data sono state sottoscritte intese con la Tavola Valdese (1984), con l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno (1988), con

le Assemblee di Dio in Italia (1988), con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (1989), con l'Unione cristiana evangelica battista d'Italia (1995) e con la Chiesa evangelica luterana in Italia (1995). Con la fine degli anni Novanta però, il processo delle intese subiva un rallentamento anche se restavano da affrontare quelle con alcune delle maggiori confessioni presenti sul territorio italiano, anche se proprio quelle collegate più direttamente con l'immigrazione, vale a dire soprattutto la confessione islamica e quella buddista. Solo dopo la lunga istruttoria prevista presso la Commissione istituita ad hoc della Presidenza del Consiglio, venivano approvate dal Governo D'Alema, il 20 marzo 2000, le Intese con la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova e l'Unione Buddhista Italiana e furono successivamente presentate al Parlamento, ma non completarono l'iter per la ratifica prima della fine della legislatura.

Nel 2001 il nuovo Governo Berlusconi riprese in esame tali Intese anche alla luce di alcuni mutamenti intercorsi nel tempo, come l'introduzione dell'Euro, e portò a compimento la fase istruttoria di altre cinque Intese con Mormoni, Induisti, Metropolia Ortodossa d'Italia (collegata con il Patriarcato di Costantinopoli), Chiesa Apostolica d'Italia oltre a due piccole modifiche alle Intese con Valdesi e Avventisti. Tutti gli otto accordi furono siglati dal sottosegretario Gianni Letta, ma in seguito non vennero nemmeno esaminati dal Consiglio dei Ministri, segno del sempre minore interesse che i rapporti con le confessioni religiose avevano in ambito pubblico.

A partire dal 2006, il Governo Prodi le prese nuovamente in esame: furono ancora una volta siglate, questa volta dal sottosegretario Enrico Letta ed infine firmate dal Presidente Prodi il 5 aprile 2007. Non vennero mai, però, presentate al Parlamento per la ratifica perché la Ragioneria dello Stato lamentava la non copertura delle spese, quantificate complessivamente, in un miliardo di euro. Tale somma veniva preventivata nell'ultima finanziaria del Governo Prodi. La politica xenofoba della Lega Nord rendeva di fatto impossibile la necessaria ratifica delle Camere per l'entrata in vigore degli accordi. Di fronte al nuovo cambio di legislatura nel 2008 le confessioni religiose interessate hanno creato una coalizione (a cui non partecipa la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova) per ottenere che il Parlamento discuta al più presto la ratifica dei disegni di legge relativi a tali Intese. Non sembra che questo capitolo dell'integrazione in Italia si possa riaprire in tempi rapidi, anche se si prospetta una vera e propria violazione dei diritti fondamentali, nonché una mancata applicazione dell'articolo 8 della Costituzione.

Paradossalmente, infatti, l'intesa con la comunità islamica non è stata nemmeno discussa in fase di specifica commissione della Presidenza del Consiglio e questo a dispetto del fatto che l'Islam sia la seconda maggiore religione

praticata nel paese, con più di un milione e mezzo di fedeli. Questa è una delle principali cause anche di molte tensioni sociali che si sono verificate intorno ai luoghi di culto islamici in Italia, la maggior parte dei quali costretti a esistere nel limbo dei centri culturali, senza poter diventare effettivamente moschee a tutti gli effetti. L'unica moschea ufficiale del Paese, infatti, è la Grande Moschea di Roma, aperta nel 1995. Attorno ad essa si è costituita un'ampia federazione di piccoli luoghi di culto distribuiti ormai su tutto il territorio nazionale, embrione di quel futuro "Islam italiano" che potrebbe realizzarsi attraverso un'intesa con lo Stato, se solo il modello italiano di integrazione, delineato ormai da tempo nelle sue linee essenziali, venisse messo finalmente in pratica nella sua integralità.

## 1. *Premessa*

Individuare e tracciare le linee portanti della complessa relazione sottesa al tema Chiesa ed economia<sup>1</sup> non è indubbiamente facile, giacché sono molteplici gli approcci, le metodologie e di conseguenza diversi sono gli esiti cui può pervenirsi a seconda della prospettiva selezionata.

La fluidità della materia economica, che di per sé abbraccia anche il campo sociale e del lavoro, non si lascia facilmente ridurre a schema. Nel contempo, labili e interscambiabili risultano i prestiti e i debiti che intercorrono tra la funzione magisteriale della Chiesa e il suo collocarsi nella storia specifica di un Paese, all'interno del quale vi è un'indiscussa, capillare, variegata presenza sul territorio. Né questa presenza si limita soltanto alle dimensioni istituzionali della struttura ecclesiastica, poiché alla Chiesa, direttamente e indirettamente, fanno riferimento anche enti economici, associazionismo e volontariato, organizzazioni internazionali, sindacati, realtà varie presenti nel mondo del lavoro.

L'economia, d'altro canto, come mostra in particolare l'evoluzione del magistero sociale della Chiesa,<sup>2</sup> non consente neanche di fermarsi su una

---

\* Relazione tenuta al Convegno dal tema: "La Chiesa in Italia: oggi" organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Scienze giuridiche, dell'Università degli Studi di Ferrara, il 16-17 ottobre 2009.

<sup>1</sup> Il tema è stato trattato da GINO BARBIERI, *La dottrina economico-sociale della Chiesa*, ERI, Torino, 1964; GIOVANNI BATTISTA GUZZETTI, *Chiesa ed economia*, 3 voll., Marietti, Torino, 1972-1974. Più recentemente cfr. VINCENZO SALVATI, *Mercanti nel tempio: la Chiesa e l'economia globale*, La Meridiana, Molfetta, 2000.

<sup>2</sup> La bibliografia è sterminata. Si rimanda per singole problematiche a *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa: scienze sociali e magistero*, a cura del Centro di ricerche per lo studio della dottrina

prospettiva esclusivamente nazionale, ma implica valutazioni di carattere mondiale, in connessione con la globalizzazione,<sup>3</sup> con l'emergere dei nuovi fenomeni migratori, con il rafforzamento della coscienza dei diritti dei lavoratori e, nello stesso tempo, con il sorgere di nuove e più sottili forme di sfruttamento soprattutto nei Paesi emergenti o in via di sviluppo.

D'altra parte, anche rispetto al termine economia occorre preliminarmente individuare il significato e gli aspetti ai quali ci si vuole riferire per una disamina dell'incidenza del ruolo della Chiesa: se relativa alle attività economiche svolte dai soggetti, oppure alle regole che caratterizzano le strutture e i sistemi economici o, più in generale, all'economia intesa come strumento di valutazione del rapporto tra politica e religione. In altre parole, economia come politica sociale o più semplicemente economia come potere?

Pertanto, tenuta ferma la complessità del tema e fatta presente la difficoltà di esaurirne la problematica, si può provare a individuare alcune tracce che consentano un approccio critico all'argomento.

## 2. Il Magistero sociale della Chiesa e il movimento cattolico

La prima traccia riguarda il magistero della Chiesa. La dottrina sociale, che alcuni chiamano anche "discorso" sociale, com'è noto, comincia a svilupparsi organicamente a partire dalla *Rerum Novarum* e giunge sino alla *Caritas in veritate* di Benedetto XVI. Tale magistero non è soltanto "sociale", giacché le riflessioni sul mondo del lavoro sono direttamente influenzate dalle trasformazioni che intervengono nell'economia: d'altro canto, le *res novae*, da cui prende nome l'enciclica leonina, sono proprio le notevoli trasformazioni intervenute nel campo economico, nei processi produttivi, nelle modificazioni dei rapporti tra lavoratore e prodotto, nelle dinamiche del salario e del profitto, nelle modificazioni avvenute nell'ambito dell'associazionismo e delle forme di conflitto per la rivendicazione dei propri diritti.<sup>4</sup>

Soprattutto per un Paese come l'Italia, il magistero della Chiesa ha avuto un influsso diretto, a partire dagli anni '30 attraverso il cosiddetto "movimento cattolico" anche se, ovviamente, questo non significa che non vi siano state

---

sociale della Chiesa, Vita e Pensiero, Milano, 2004; e a GIAMPAOLO CREPALDI -ENRIQUE COLOM, *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, LAS, Roma, 2005.

<sup>3</sup> Cfr. M.P. SICILIANI, *Globalizzazione e nuove povertà nella dottrina sociale della Chiesa. Excerptum theos ad doctoratum in iure canonico*, Pontificia Universitas Lateranensis, Roma, 2006.

<sup>4</sup> Su questo documento cfr. *L'enciclica Rerum novarum e il suo tempo*, a cura di GIOVANNI ANTONAZZI e GABRIELE DE ROSA, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1991.



interpretazioni, cambiamenti, spesso distorsioni dell'insegnamento pontificio, a livelli diversi. Un primo, e forse più importante, campo di valutazione del rapporto tra Chiesa ed economia in Italia è quello relativo all'impegno dei cattolici in campo politico, amministrativo e sociale, che ha poi avuto ricadute fondamentali anche nella direzione della vita nazionale, dal momento che un partito di ispirazione cristiana ha tenuto le redini del governo ininterrottamente dal 1945 al 1992.<sup>5</sup> Com'è noto, la riflessione economica degli anni '30 trova una sorta di *Magna charta* nel Codice di Camaldoli,<sup>6</sup> alla cui stesura (tra il settembre '43 e il maggio '44) concorrono in modo decisivo Paronetto, Saraceno, Vanoni e Capograssi. Edito nell'aprile del 1945, il Codice ribadisce aspetti per così dire "antichi" della dottrina sociale della Chiesa (dal giusto salario alla cooperazione, dall'azionariato operaio alla funzione sociale della proprietà), ma insieme enuclea nuovi contenuti in materia di giustizia "distributiva", di giustizia "legale", di integrazione tra Stato e mercato. Quanto al principio di sussidiarietà, lo si intende in maniera forte perché lo Stato, oltre a non appropriarsi di spazi impropri, deve impegnarsi ad aprire nuove forme di partecipazione sociale.

L'apporto culturale degli estensori del Codice di Camaldoli è ben avvertibile anche nelle *Idee ricostruttive della Democrazia Cristiana* e nel *Programma di Milano*, come pure ne *Il programma della Democrazia Cristiana* pubblicato a firma di Demofilo (Alcide De Gasperi) nel febbraio 1944.<sup>7</sup> In questi testi il sistema economico delle medie e piccole imprese viene privilegiato rispetto a quello della grande industria, sia per ragioni di continuità con la tradizione sociale cristiana (non a caso è richiamato il nome di Giuseppe Toniolo<sup>8</sup>), sia per ragioni di "gradualismo riformistico".

Altrettanto importante è il contributo dei cattolici alla redazione della Carta costituzionale. Si pensi per un verso agli interventi di Paolo Emilio Taviani<sup>9</sup> e Amintore Fanfani<sup>10</sup>, specialmente quelli intesi a salvaguardare la concezione

---

<sup>5</sup> Si rimanda, per una disamina completa, alla voce di PAOLO PECORARI, *La cultura economico-sociale del movimento cattolico (1861-1995)*, in *Dizionario storico del movimento cattolico. Aggiornamento 1980-1995*, a cura di FRANCESCO TRANIELLO-GIORGIO CAMPANINI, Marietti, Torino, 1997, pp. 25-34.

<sup>6</sup> Cfr. il vol. *Stato ed economia nel Codice di Camaldoli*, Civitas, Roma, 1991.

<sup>7</sup> Cfr. PIETRO SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, Bologna, Il Mulino, 1988<sup>3</sup>; PIERO CRAVERI, *De Gasperi*, Il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>8</sup> Cfr. PAOLO PECORARI, *Economia e riformismo nell'Italia liberale. Studi su Giuseppe Toniolo e Luigi Luzzatti*, Jaca Book, Milano, 1986; DOMENICO SORRENTINO, *L'economista di Dio: Giuseppe Toniolo*, AVE, Roma, 2001.

<sup>9</sup> Cfr. SIMONETTA BARTOLOZZI BATIGNANI, *Dai progetti cristiano-sociali alla Costituente. Il pensiero economico di Paolo Emilio Taviani, 1932-1946*, Le Monnier, Firenze, 1985.

<sup>10</sup> Cfr. MARIA RAFFAELLA CAROSELLI, *Scritti di Amintore Fanfani sulla storia dei fatti e delle dottrine economiche dal 1929 al 1962*, Giuffrè, Milano, 1962.

personalistica della proprietà. E per altro verso alle esigenze di realizzazione di una struttura effettiva e non astratta della persona umana, interpretate da Giuseppe Dossetti e Giorgio La Pira<sup>11</sup> – in particolare per la polemica con il presidente della Confindustria Costa sul Pignone – in connessione con un disegno di controllo sociale della vita economica, che risente dell’influsso di Jacques Maritain, comune al gruppo di intellettuali facenti capo, dal maggio 1947, alla rivista *Cronache sociali*.<sup>12</sup>

Verso la metà degli anni '50 la cultura del movimento cattolico elabora nuovi modelli, ora complementari a quello degasperiano, ora integrativi o aggiuntivi, ovvero anche alternativi. Dalle tesi monetariste di Pella alle idee solidaristico-partecipative di Fanfani (piano case, ma anche valorizzazione dei fattori residuali, dal capitale umano alla ricerca scientifica), a quelle di Vanoni per lo sviluppo del reddito e dell’occupazione in Italia o ancora a quello di Mario Romani in direzione di un sindacalismo associativo, autonomo e contrattualista, in grado di modificare i meccanismi di accumulazione capitalistica; o, infine, alle posizioni marginali, ma molto interessanti di Tommaso Zerbi, di Carlo Masini e di Giordano Dell’Amore.<sup>13</sup>

Il periodo del “miracolo economico” (1958-1963) vede progressivamente imporsi una cultura della programmazione, al sostanzinarsi della quale concorrono Giulio Pastore, Pasquale Saraceno, Mariano Rumor, Mario Ferrari Aggradi, Guido Carli. Si tratta di posizioni che vanno collocate sullo sfondo di un magistero pontificio che con la *Mater et Magistra* legittima una più vasta, profonda ed organica azione dei poteri pubblici nell’ordine economico.

Nel clima delle aperture conciliari e con gli interventi di Paolo VI, la cultura economica del movimento cattolico in Italia va incontro più ad analisi di settore (per esempio le tesi di Romano Prodi sui meccanismi della scala mobile, o di Beniamino Andreatta sulla politica dei cambi e sulle variazioni del costo unitario del lavoro) che a tentativi di ricostruzioni sistematiche.

Con il pontificato di Giovanni Paolo II e con alcune prese di posizione della Conferenza Episcopale Italiana (*La Chiesa italiana e le prospettive del paese*, 1981; *Chiesa e lavoratori nel cambiamento*, 1987; *Democrazia economica, sviluppo e bene comune*, 1994) si apre una nuova stagione culturale, nella quale non è tanto la proposta di un modello cristiano ad emergere,

<sup>11</sup> Cfr., per un profilo penetrante, VITTORIO PERI, *La Pira Lazzati Dossetti: nel silenzio la speranza*, Studium, Roma, 1988.

<sup>12</sup> Cfr. ALBERTO MELLONI, *L’inventario di un’utopia: strumenti ed ipotesi per lo studio del fondo Cronache sociali*, Bologna, Il Mulino, 2001.

<sup>13</sup> Per questi autori cfr. PAOLO PECORARI, *La cultura economico-sociale...*, cit.

quanto piuttosto l'analisi dei meccanismi, dei limiti e delle contraddizioni dei modelli economici dominanti, la cui efficacia viene misurata sulla capacità di rispondere ai bisogni concreti, esistenziali e globali dell'uomo. Di qui la riscoperta del rapporto tra etica ed economia; dalle priorità dei bisogni degli emarginati alle funzioni del privato sociale, dai meccanismi dell'integrazione nel *welfare State* all'individuazione di più umane regole del gioco, implicanti una revisione dei concetti stessi di profitto e di interesse.<sup>14</sup>

### 3. Dimensione orizzontale e verticale della carità

Per giungere all'analisi della realtà attuale, appare evidente come la disamina dell'incidenza della Chiesa nella realtà economica dell'Italia sia caratterizzata da un doppio registro di analisi che investe ancora una volta da un lato la dimensione istituzionale-politica della Chiesa cattolica e dall'altro, viceversa, l'apporto che la Chiesa nella sua dimensione sociale offre alla valorizzazione, o per meglio dire, all'attuazione di quei vincoli solidaristici sui quali si fonda il nostro dettato costituzionale.

A ben vedere, la prospettiva dicotomica che inevitabilmente caratterizza il rapporto Chiesa ed economia riflette le problematiche teologiche connesse al rapporto tra i beni temporali della Chiesa e la *paupertas*, nella sua duplice accezione di virtù spirituale da coltivare ad imitazione di Cristo, e dall'altro quale oggetto dell'azione caritativa nella missione evangelica affidata da Cristo stesso ai cristiani. Problematiche che hanno contrassegnato l'intera vita della Chiesa cattolica, dando origine a correnti ereticali, scismatiche o comunque a movimenti di riforma delle istituzioni ecclesiali.

L'ambivalenza, dal punto di vista teologico, del rapporto tra la povertà e i poveri *nella* Chiesa e la povertà *della* Chiesa<sup>15</sup> riflette, come avverte il prof. Bellini ne *La coscienza del Principe*,<sup>16</sup> la duplice nozione di "caritas", quale *charitas christiana*, con l'acca, dall'etimo greco "charis", e la *caritas in egentem*, per usare il linguaggio di Leone XIII, questa volta senza l'acca, dall'etimo latino "carus", quale "umanizzazione" o "secolarizzazione", o come incisivamente

---

<sup>14</sup> Cfr., in proposito, anche le riflessioni di STEFANO ZAMAGNI, *Economia e etica. Saggi sul fondamento etico del discorso economico*, AVE, Roma, 1994; PAOLO PECORARI, *Il solidarismo possibile*, SEI, Torino, 1995.

<sup>15</sup> GERALDINA BONI, *Chiesa e povertà. Una prospettiva giuridica*, San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 2006.

<sup>16</sup> PIERO BELLINI, *La coscienza del Principe. Prospettazione ideologica e politica delle interposizioni prelatizie nel governo della cosa pubblica*, II, Giappichelli, Torino, 2000, p. 1112.

precisa Antimo Negri quale “temporalizzazione”<sup>17</sup>, della *caritas in hominem propter Deum*, “comunione gratificante con il Sacro”.<sup>18</sup>

La “deteologizzazione” della virtù teologale di *charitas*, attraverso l’irruzione in *temporalia* della Chiesa, sono sempre parole del prof. Bellini,<sup>19</sup> si risolve nella virtù laicale della fraternità, in senso orizzontale, *propter hominem* e non più verticale *propter Deum* che indica carità e grazia ad un tempo.<sup>20</sup>

È pur vero, tuttavia, che la regola aurea della carità costituisce, come afferma il prof. Berlingò nel suo scritto *Giustizia e carità nell’economia della Chiesa*, il criterio di legittimazione della ‘tipicità’ dell’ordinamento canonico, nel quale i due precetti di carità verso Dio e di carità verso il prossimo, pur restando distinti, si compenetrano, attraverso la loro riconduzione alla stessa e identica fonte dell’*amor Dei*.<sup>21</sup>

La duplice dimensione, orizzontale e verticale, della carità quale virtù evangelica è ben evidenziata fin dal titolo nell’ultima enciclica di Benedetto XVI: *Caritas in veritate*.<sup>22</sup> Senza la verità, afferma il Pontefice, la carità “scivola nel sentimentalismo”, ovvero in forme di beneficenza, liberalità e solidarietà, in una parola in un’esibizione di buoni sentimenti; senza la “economia della carità”, d’altro canto, la verità perderebbe “il suo potere di autenticazione e di persuasione nel concreto vivere sociale” (*Caritas in Veritate* § 2). La dinamica di carità ricevuta e donata, che è “grazia”, dall’etimo *charis*, afferma ancora papa Ratzinger, è il principio intorno al quale ruota la dottrina sociale della Chiesa che è a servizio della carità, ma quale annuncio dell’amore di Cristo nella società (cfr. *Caritas in veritate* § 5).

L’enciclica di Benedetto XVI analizza i fenomeni economici emergenti individuando le cause della crisi globale economico-finanziaria nei principi del mercato di stampo capitalistico che, improntati sulla logica di equivalenza tra valori e beni scambiati, quella contrattualistica, hanno finito per eclissare dalla sfera dell’economia quella della socialità e solidarietà fraterna, fondate sulla reciprocità e gratuità del dono. Rispetto alla logica mercantile, orientata al profitto da un lato e all’assistenzialismo dello Stato dall’altro, Benedetto

<sup>17</sup> ANTIMO NEGRI, *Crisi della carismaticità della Chiesa e della laicità della Repubblica*, nel vol. ANDREA BIXIO (a cura di), *Genealogie ed etiche degli ordini sociali*, Franco Angeli, Milano, 2004, pp. 45-57, in particolare p. 46.

<sup>18</sup> PIERO BELLINI, *op. cit.*, p. 1112.

<sup>19</sup> PIERO BELLINI, *op. cit.*, p. 772 ss.

<sup>20</sup> PIERO BELLINI, *op. cit.*, 1118-1119.

<sup>21</sup> SALVATORE BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell’economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 86-89; 152 ss.

<sup>22</sup> BENEDETTO XVI, Lett. enc. *Caritas in Veritate*, LEV, Città del Vaticano, 2009.

XVI indica una terza via, alternativa, di “mercato sociale”, ovvero di iniziative economiche fondate sull’etica del bene comune che, senza negare il profitto, creino socialità, comunione e crescita integrale della persona umana. Interessanti appaiono senza dubbio i riferimenti espliciti all’*Economia di comunione* (§ 34 e 46), alla *Responsabilità sociale di impresa*, alla *Finanza etica e al microcredito* (§ 45), al *Turismo responsabile* (§ 61), al *Commercio equo e solidale* (§ 66), quali realtà che vanno incoraggiate e sviluppate come antidoto, soprattutto di tipo culturale, alle distorsioni verificatesi nel sistema economico attuale in termini di giustizia sociale. V’è, pertanto, l’invito allo sviluppo di un mercato pluralistico in cui possano operare in condizioni di parità soggetti economici che ispirino la propria prassi a finalità etiche e di responsabilità sociale e non meramente di efficienza e di profitto utilitaristico. Dunque, riconoscimento aperto, dopo secoli di riflessione cristiana sul denaro, sull’usura, sull’economia in generale, dell’economia di mercato, tuttavia di un mercato ispirato ad un modello non di pura competitività tra i soggetti economici alla ricerca avida del solo profitto, ma di cooperazione sociale e di complementarietà attraverso anche il riconoscimento del ruolo economico non marginale del settore *no profit*.

Per inciso, com’è stato pur osservato,<sup>23</sup> non sarebbe mal figurata nel contesto dell’enciclica una condanna esplicita anche della criminalità fiscale e finanziaria o un biasimo per i cosiddetti paradisi fiscali rispetto ai quali la finanza vaticana, in tempi neanche troppo remoti, non è sempre stata un limpido esempio di carità nella verità.

#### 4. Chiesa e politica economico-sociale in Italia

Finora è stato trattato l’atteggiamento generale della Chiesa cattolica rispetto alle problematiche economiche. Più specificamente, in relazione all’Italia, tuttavia, un’altra e forse più concreta chiave di lettura è quella di valutare gli aspetti attraverso i quali il fattore religioso incide sulla realtà economica nazionale, come ad esempio il sistema di finanziamento o le agevolazioni fiscali e tributarie.

Per inciso, sembra opportuno segnalare che il rapporto tra religioni ed economia è oggetto di un più vasto movimento teorico che da qualche anno cerca di indagare l’influenza che la matrice religiosa prevalente in un deter-

---

<sup>23</sup> Cfr. la lettura dell’enciclica *Caritas in Veritate* da parte dell’economista GIORGIO RUFFOLO pubblicata in *L’Espresso*, 7 luglio 2009, pp. 54-56.

minato territorio o area geografica può avere sulla formazione di categorie giuridico-economiche, programmi di *welfare*, sviluppo di impresa. Difatti attualmente è stato finanziato un PRIN, a cui partecipo, dal titolo *Multireligiosità e partecipazione democratica: strumenti di finanziamento*, che vede impegnati nella ricerca ecclesiastici, economisti e aziendalisti di diverse Università.<sup>24</sup>

Senza voler entrare nel merito dei meccanismi del finanziamento dell'otto per mille, riguardo alla destinazione delle quote non espresse o dell'utilizzo della quota di competenza statale, o degli interventi per la conservazione dei beni culturali come nuova forma di finanziamento diretto alla Chiesa cattolica, non v'è dubbio che il nuovo sistema di finanziamento delle confessioni inaugurato con la legge n. 222 del 1985 con riferimento alla Chiesa cattolica abbia notevolmente arricchito le casse della Conferenza Episcopale Italiana. Tant'è che lo stesso prof. Cardia, componente della Commissione paritetica che triennialmente verifica l'andamento del sistema, ha evidenziato "l'ipertrofia del flusso finanziario dell'otto per mille"<sup>25</sup> e proposto, in un'intervista, la riduzione al sette per mille.<sup>26</sup> Per non parlare del finanziamento delle scuole private cattoliche, ammontante a circa 700 milioni di euro, degli insegnanti di religione, il cui costo è di circa 950 milioni di euro, dei cappellani nelle strutture obbligatorie, dei contributi per i grandi eventi, del mancato incasso dell'ICI, dell'elusione fiscale riguardante il turismo cattolico, delle agevolazioni fiscali previste per gli enti cattolici. Il tutto, tra finanziamenti diretti e mancato gettito fiscale, fino ad un ammontare di circa 4 miliardi e mezzo di euro, rappresenta il costo della Chiesa cattolica incidente sul bilancio dello Stato italiano.<sup>27</sup> Una cifra inequivocabilmente rilevante, equiparabile in pratica ad una piccola manovra finanziaria.

Stando al rendiconto pubblicato dalla CEI relativo all'anno 2007, le som-

<sup>24</sup> Il Progetto di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (2007), dal titolo: *Religioni, democrazia economica e cooperazione nello spazio euromediterraneo. Partenariato e "buone prassi"*, coordinato dal prof. Damasco dell'Università di Bari, è composto dalle altre seguenti unità: *Integrazione reale e finanziaria dei Paesi del Mediterraneo*, Università di Palermo, responsabile prof. Fazio; *La cooperazione tra imprese nell'Euromediterraneo e l'etica d'impresa*, Università degli Studi Roma tre, responsabile prof. Aguiari; *Multireligiosità e partecipazione democratica: gli strumenti di finanziamento*, Seconda Università di Napoli, responsabile prof. Fucillo.

<sup>25</sup> CARLO CARDIA, *Otto per mille e offerte deducibili*, nel vol. ISABELLA BOLGIANI (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L'esperienza di un ventennio*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 251.

<sup>26</sup> «*Sembrano metodi da piccoli Torquemada*», intervista a Carlo Cardia a cura di Paolo Viana in *Avvenire*, 4 ottobre 2007.

<sup>27</sup> I dati riportati sono ripresi da CURZIO MALTESE, *La questua. Quanto costa la Chiesa agli italiani*, con la collaborazione di CARLO PONTESILLI e MAURIZIO TURCO, Feltrinelli, Milano, 2008.

me derivanti dall'8 per mille utilizzate per il sostentamento del clero, che costituisce la finalità primaria della riforma del sistema dell' '84-85, è di poco superiore ad un terzo, ammontando a circa 354 milioni di euro; quasi la metà (circa 433 milioni di euro) è destinata ad esigenze pastorali e di culto, mentre il 20 per cento del flusso finanziario complessivo di circa 992 milioni di euro è destinato a finalità sociali, caritative o umanitarie, a favore della collettività nazionale e dei Paesi del terzo mondo.<sup>28</sup>

Pertanto, un ambito particolarmente significativo delle attività economiche della Chiesa è proprio quello relativo alle opere caritative, vale a dire quello dell'assistenza diretta ai bisognosi, alle categorie dei "nuovi poveri", sempre più in aumento nel nostro Paese, e degli immigrati. Alla quota spesa dalla CEI in opere di assistenza si aggiungono quelle derivanti dal fondo della *Cor Unum*, dalle associazioni di volontariato, dallo Ior, e soprattutto dalla *Caritas* internazionale.

Ed è qui che si arriva all'aspetto forse più delicato.

Lo Stato italiano riserva circa un quarto del PIL, approssimativamente 45 miliardi di euro, alla spesa sociale. Tuttavia, pur essendo ingente, tale somma è quasi interamente destinata alle pensioni e alla sanità, mentre sono in continua decrescita, specie negli ultimi anni, le spese per l'assistenza sociale e le assicurazioni del mercato del lavoro, i cosiddetti ammortizzatori sociali, con un aumento impressionante delle categorie a rischio povertà. Non appare sorprendente, pertanto, che alcune prestazioni fondamentali come l'assistenza sociale agli strati più poveri della popolazione, che nella maggior parte degli altri Paesi europei – come la Francia, la Germania, la Svezia – è prevalentemente a carico dello Stato, sia invece in Italia svolta prevalentemente da organizzazioni confessionali e in particolare cattoliche. Si pensi al ruolo svolto dai centri della *Caritas* o alle parrocchie rispetto ai senzatetto, agli immigrati, agli alcolisti, ai drogati. Se da un lato l'attività assistenziale caratterizza le finalità di tutte le confessioni che beneficiano del sistema di finanziamento dell'8 per mille, dall'altro l'ampiezza delle attività assistenziali svolte da organizzazioni ecclesiastiche, o collegate comunque alla Chiesa cattolica, delinea un sistema che potrebbe definirsi quasi di integrazione o di complementarità tra queste

---

<sup>28</sup> Le quote di ripartizione del versamento complessivo di 991.278.769,09 euro effettuato dallo Stato, riportate dal rendiconto relativo all'anno 2007 pubblicato nel sito ufficiale della CEI [www.8xmille.it](http://www.8xmille.it), sono: 353.708.000 euro per il sostentamento del clero, 432.570.769,09 euro per esigenze di culto e di pastorale, 205.000.000 euro per interventi caritativi. Un elenco dettagliato degli interventi caritativi finanziati con l'8 per mille dal 1990 al 2004 dalla CEI attraverso il "Comitato per gli interventi caritativi a favore del Terzo Mondo" è contenuto nel vol. dal titolo: *Dalla parola alle opere. 15 anni di testimonianze del Vangelo della carità nel Terzo Mondo*, Rilegatoria Varzi, Città di Castello, 2005.

ultime e le istituzioni statali, come a conferma del principio di collaborazione stabilito fin dall'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama del 1984<sup>29</sup>. Non a caso, pertanto, probabilmente di fronte alla rilevante crisi economica degli ultimi anni, è stato richiesto alla CEI in commissione paritetica un incremento della quota percentuale destinata alle finalità caritative rispetto alla proporzione indicata nei rendiconti di ripartizione del flusso derivante dall'8 per mille.<sup>30</sup> Si potrebbe a questo punto profilare quasi un paradigma, soprattutto in seguito alla riforma del sistema di finanziamento dell'84-85, all'interno del quale ad una minore responsabilità diretta dello Stato corrisponde una maggiore iniziativa delle organizzazioni ecclesiastiche che svolgono quasi un ruolo di supplenza, o quanto meno di "delega tacita", ad agire in determinati ambiti come quello dell'assistenza.<sup>31</sup>

##### 5. In conclusione: una riproposizione del sistema costantiniano?

Vorrei concludere con un'ultima riflessione. Già nella legislazione tardoantica la politica costantiniana di favore per il clero cattolico,<sup>32</sup> che porta al rafforzamento delle risorse economiche e del patrimonio ecclesiastico –

<sup>29</sup> Cfr. GAETANO LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'accordo di Villa Madama*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1984, pp. 507-567; JLIA PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 146 ss., con ampi riferimenti bibliografici; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole*. Quaderno 1, *I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 111 e soprattutto 113.

<sup>30</sup> CARLO CARDIA, *Otto per mille e offerte deducibili*, cit., p. 249.

<sup>31</sup> Il rapporto tra pubblico e privato in relazione al principio di Stato sociale è ben messo in evidenza da CARLO CARDIA, *Otto per mille e offerte deducibili*, cit., p. 241 ss; ID., *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2005<sup>2</sup>, pp. 118-119. Per i problemi relativi al c.d. "privato sociale", cfr. inoltre, tra gli altri, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Enti religiosi e non profit tra Welfare State e Welfare Community. La transizione*, Giappichelli, Torino, 2002; MARCO PARISI, *Gli enti religiosi nella trasformazione dello Stato sociale*, ESI, Napoli, 2004; ANTONIO GUARINO, *Enti ecclesiastici e «sussidiarietà orientata» nel sistema integrato dei servizi sociali*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 2004, pp. 579-635; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2007<sup>3</sup>, p. 311 ss.

<sup>32</sup> Cfr. JEAN GAUDEMET, *La législation religieuse de Constantin*, in *Revue d'Histoire de l'Église de France*, 33, 1947, p. 26 ss; SALVATORE CALDERONE, *Costantino e il cattolicesimo*, rist. Il Mulino, Bologna, 2001 (I ed. Firenze, 1962) pp. 144 ss; LUCIO BOVE, *Immunità fondiaria di chiese e chierici nel Basso Impero*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, Jovene, Napoli, 1964, p. 889 ss.; LUCIO DE GIOVANNI, *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*, D'Auria, Napoli, 2003<sup>3</sup>, pp. 29-30; ID. *Dai Severi a Giustiniano. Linee di storia giuridica tardoantica*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 61-62; CHIARA CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Satura, Napoli, 2006, pp. 82 ss e 157 ss.



attraverso la restituzione dei beni confiscati, il riconoscimento alla Chiesa della capacità di acquisire lasciti *mortis causa*, l'esenzione dalle imposte, la *collatio lustralis* a favore delle attività commerciali svolte dai chierici<sup>33</sup> – è strettamente connessa al ruolo attribuito dalla politica imperiale alla missione caritativa della Chiesa. A partire da Costantino, pertanto, si inaugura una politica imperiale di assistenza ai bisognosi in “cooperazione” con la Chiesa cattolica, che verrà seguita dagli imperatori successivi: le *ecclesiarum divitiae* sono finalizzate all'obbligo di *pauperes sustentare* (CTh. 16.2.6).<sup>34</sup>

*Nil novi sub sole*, verrebbe da dire.

Certamente il richiamo storico non vuole significare semplicisticamente che si ripropone in chiave attuale il modello costantiniano di rapporti Stato e Chiesa, non fosse altro per il fatto che le attività assistenziali della Chiesa si inserivano all'interno di una pianificazione dell'assistenza “pubblica”.<sup>35</sup> Ma intende solo evidenziare, di fronte allo smantellamento del *welfare* da parte dello Stato italiano, come le scelte di politica socio-economica costituiscano una sensibile chiave di lettura del sistema dei rapporti tra politica e religione, e tra Stato e Chiesa cattolica in particolare. Sistemi di rapporti che non sono meri paradigmi astratti, ma concrete e visibili realtà.

---

<sup>33</sup> CTh. 16.2.2; CTh. 16.2.4; CTh. 16. 2. 10; CTh. 16.2.14; CTh. 16.2.8; CTh. 16.2.11; CTh. 16.2.15. Sulle problematiche relative a tale fonte, cfr. LUCIO DE GIOVANNI, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, Napoli, 1991<sup>3</sup>.

<sup>34</sup> CHIARA CORBO, *op. cit.*, p. 106 ss.

<sup>35</sup> Cfr. LUCIO DE GIOVANNI, *Dai Severi a Giustiniano*, cit., p. 62; CHIARA CORBO, *op. cit.*, p. 158.

## *Problemi di etica tra scienza e coscienza\**

FAUSTINO DE GREGORIO

Il Convegno organizzato dal professore Giuseppe Leziroli, sensibile ed attento osservatore delle questioni che riguardano la Chiesa nei rapporti con lo Stato così come sono andati evolvendosi nel corso dei tempi, e non solo perché insegna ed ha insegnato per oltre 40 anni materie legate a questi temi in generale, si articola in tre sessioni che occupano distintamente situazioni che riguardano: la Chiesa e la politica; la Chiesa e l'economia; la Chiesa e il diritto; la Chiesa e il sociale; la Chiesa e la laicità; la Chiesa e gli altri culti.

Se avessi potuto, avrei senz'altro suggerito al professore Leziroli, una ulteriore sessione che sarebbe stata oltremodo d'attualità sul tema la Chiesa e la scienza.

Alcune vicende personali non mi hanno consentito di farlo quando era il momento, rimedio in parte oggi, offrendo all'Amico Leziroli e a quanti avranno un qualche interesse, queste brevi pagine di invito in ordine alle problematiche suscitate da motivi etici quando c'è di mezzo la scienza e i timori di coscienza<sup>1</sup>.

La domanda che ricorre frequente, di questi tempi, è quella della crescente preoccupazione dei limiti che dovrebbero essere imposti a quelle che comunemente definiamo genetechnologie; limiti dicevamo, che l'etica e la

---

\* Questo articololetto è la brevissima sintesi di un paragraffetto di un più ampio ed articolato lavoro monografico che sto approntando e che volentieri anticipo per onorare Giuseppe Leziroli nell'anno in cui lascia l'insegnamento. Ringrazio di cuore Demetrio Neri, ordinario di Bioetica, per avermi suggerito alcune riflessioni e per la pazienza di averlo letto.

<sup>1</sup> "Faremo la più importante scoperta scientifica dell'età contemporanea quando qualcuno – o qualche gruppo – riuscirà a rispondere al seguente quesito: in che modo esattamente i processi neurobiologici causano la coscienza? Si tratta dell'interrogativo più importante che le scienze biologiche devono affrontare, eppure viene spesso evitato, e quando non è evitato, è spesso frainteso" (p. 7), così JOHN R. SEARLE, tra i padri fondatori della pragmatica moderna, in un articolo apparso su *MicroMega*, aprile/maggio, Editoriale L'Espresso, Roma, 1998, dal titolo 'Per una storia empirica della Coscienza'.

morale comune, oltre che la scienza giuridica dovrebbero porsi sempre più frequentemente<sup>2</sup>.

Dal caso della pecora Dolly<sup>3</sup> che molto ha imperversato sui mezzi di informazione aprendo un serrato dibattito non solo tra gli addetti ai lavori, è stato un continuo di esperimenti offerti dalle scienze non solo biologiche che sono intervenute sulla natura stessa degli esseri animati<sup>4</sup>.

Le sperimentazioni sui vegetali e sugli animali ormai da tempo rappresentano una prassi consolidata, che mira ad esaltare la convenienza che deriverebbe da un miglioramento della qualità delle razze con conseguente abbattimento di costi.

---

<sup>2</sup> Interrogativi sul quale ha riflettuto da par suo lo storico-giurista PIERO BELLINI, *Qualche osservazione in tema di bioetica*, in *Studi in onore di Anna Ravà*, a cura di CARLO CARDIA, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 51-68 ed in particolare alle pp. 54 e 55 leggiamo "... Il tradizionale schema deontologico (la decantata equivalenza del «vivere secondo ragione» al «vivere secondo natura») lascia così il campo alla esigenza umana d'un «vivere secondo cultura»: al metro di modelli operativi (razionali e emozionali), capaci in sé di esprimere la 'creatività dell'uomo': la sua attitudine a trascendere la dimensione puramente naturalistica della sua propria esperienza. E' essa (è la cultura) a fare dell'«homo sapiens» della storia naturale l'«homo fabersuae fortunae» della storia civile: a farne un 'soggetto': una 'persona'. Niente conta in natura l'individuo: laddove è proprio la cultura a affrancare l'uomo singolo (preso nella irripetibilità del proprio essere) da un vincolo di totale sottordinazione alle esigenze vitali (di sopravvivenza) della specie. Fatto di natura il «bellum omnium contra omnes»: fatto di cultura la «pax civilis»: fatto di cultura la «pax christiana». Proprio perché «capace di cultura» l'uomo è «capace di virtù»: e proprio per ciò è «capace d'un amore umano». Fatto essenzialmente culturale la «dilectio hominis propter Deum». Fatto essenzialmente culturale la «delectio hominis propter hominem». Fatto culturale – d'altro canto – è la stessa ribellione adamica. Prodotto di cultura – in questa mutata prospettiva – diventa il principio stesso di «rispetto della natura»: della «positività di quanto ci offre»".

<sup>3</sup> La possibilità di riprodurre organismi identici, figli di un solo genitore, è già stata dimostrata da diverse sperimentazioni sugli animali. Si iniziò con le rane, le cui uova fecondate private del loro nucleo e rifornite poi dei nuclei di altre cellule somatiche, diedero luogo alla nascita dei girini. Poi si passò ai topi ed ai conigli e, quindi agli animali da allevamento del quale la pecora Dolly ne è l'emblematico esempio. Ian Wilmut, in un laboratorio di Edinburgo, era già riuscito ad ottenere una clonazione di ovino utilizzando proprio le cellule embrionali. Nel luglio del 1996 con la pecora Dolly ha dimostrato come fosse possibile la clonazione da un soggetto adulto. Cfr. GINA KOLATA, *Cloni. Da Dolly all'uomo?* (trad. it. Alessandro Serra), Raffaello Cortina Editore, Milano, 1998, pp. VII-301, ed ivi spec. p. 210 "... A questo punto Willadsen fu portato a chiedersi cosa avrebbe comportato per un animale di una specie portare un feto di un'altra specie sino alla nascita. Se si fosse riusciti a creare un embrione con cellule della placenta identiche a quelle della madre surrogata ma con cellule fetali appartenenti a una specie completamente diversa, la gravidanza avrebbe potuto esser portata a termine? Per esempio, se la madre surrogata fosse stata una pecora e la placenta fosse stata formata di cellule di pecora, contrariamente al feto, formato di cellule di capra, l'individuo risultante sarebbe sopravvissuto? Willadsen scoprì che così sarebbe stato, realizzando la sua idea di usare embrioni chimerici per salvare specie in pericolo".

<sup>4</sup> GINA KOLATA, *Cloni. Da Dolly all'uomo?* cit., ed ivi in apertura di capitolo, p. 263 "Ian Wilmut non vede certo con favore la clonazione di esseri umani e si è espresso più volte in questo senso. Durante un incontro pubblico sul tema della clonazione, dal palcoscenico prese la parola per dire che quando si parla di clonare un uomo 'Non trovo la cosa spaventosa. La trovo triste'. Wilmut dichiarò di essere preoccupato delle pressioni che i genitori eserciterebbero su un bambino clonato, e di sentirsi offeso all'idea di tentare di creare una copia di qualcuno già nato".

Tuttavia, ci vuole un serio impegno e soprattutto una ponderata riflessione quando tali esperimenti riguardano l'uomo. Seppur in poche pagine, proverò a ragionare a mente alta su alcune di queste sperimentazioni correlate ai problemi di ordine etico e morale, non trascurando il 'fatto religioso'.

Il problema di fondo, dunque, è quello di una corretta disciplina giuridica, accomunata ad un'altrettanto rigorosa qualità etica e morale che non lasci scampo ad un incontrollato sistema sperimentale con la conseguenza di rendere l'uomo svincolato da tutto, sciolto da ogni serio controllo<sup>5</sup>.

Sarà quindi il caso di vedere cosa è bene e ciò che è male nel campo della ricerca scientifica in ordine alle genetecologie, valutando obiettivamente pro e contro, pericoli e benefici<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ha scritto recentissimamente DEMETRIO NERI, *Sul "Testamento biologico": esigenze normative e ritardi legislativi*, in *Cass. Pen.*, XLIX, maggio 2009, 5, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 2205-2214, ed ivi p. 2213 "Si dovrebbe dunque concludere dando ormai per acquisito, nella nostra società e nella nostra cultura bioetica e giuridica, il pieno riconoscimento dell'autodeterminazione della persona nei confronti dei trattamenti sanitari, ben attestato, come s'è visto, dall'evoluzione del Codice deontologico dei medici italiani a partire dal 1989 e confermato da numerose leggi ordinarie e da note sentenze della Corte costituzionale. Tuttavia, a fronte di ciò, non si può sottovalutare il fatto che il modello di relazione medico-paziente fondato sul consenso informato e improntato all'autonomia decisionale del paziente non è ancora riuscito ad esprimere tutte le sue potenzialità nella pratica medica al capezzale del paziente. Le cronache, anche recenti, ci permettono di cogliere l'esistenza di una certa resistenza, quasi che il rispetto della volontà del paziente venga percepito dalla professione medica come un'intrusione esterna, foriera di conflitti e di tensioni nella relazione medico-paziente, tanto che quando un paziente dichiara di voler esercitare questo suo diritto il caso finisce sui giornali, scoppiano le polemiche e si manifestano le resistenze"; mi vengono alla mente le parole di Giovanni Paolo II "Ogni uomo non può sfuggire alle domande fondamentali: che cosa devo fare? Come discernere il bene dal male? La risposta è possibile solo grazie allo splendore della verità che rifugge nell'intimo dello Spirito Santo ...", GIOVANNI PAOLO II, *Lo splendore della vita. Lettera enciclica 'Veritatis Splendor'*, Editrice Elledici, Cascine Vica – Rivoli (TO), 1993, la citazione è a pagina 4.

<sup>6</sup> GIOVANNI FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, spec. p. 49 ss; ID., *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, Bruno Mondadori, Milano, 2008, spec. p. 64 ss.; e sulle tematiche del libro citato di Fornero interessanti le osservazioni di PATRIZIA BORSSELLINO, *Esiste davvero la bioetica laica, ed esiste ancora la bioetica cattolica? A proposito di G. Fornero, Bioetica cattolica e bioetica laica*, in "Bioetica. Rivista interdisciplinare", 1, Zadig, Milano-Roma, 2007, pp. 32-42; ma anche LAURA PALAZZANI, *Bioetica laica*, in GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Studium, Roma 2007, pp. 73-79. Così come forte è il messaggio contenuto nell'opera di ELIO SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, dove a p. 137 leggiamo: « Il fenomeno «vita», nel suo dispiegarsi in varietà di forme nel mondo, ha il suo vertice nella vita dell'uomo: l'uomo rappresenta, anche agli occhi del biologo e del naturalista, la forma più ricca, più autonoma, più attiva di vita, al di sopra del regno dei viventi e al culmine della storia naturale dell'universo. La biologia si occupa della vita dell'uomo, così come delle altre forme di vita infraumana, ma non può non tener conto, specialmente nella sua fase applicativa, diagnostica o terapeutica, delle peculiarità della vita umana: l'uomo differisce dagli animali e dai primati non soltanto per il numero dei cromosomi o per la morfologia. La medicina da parte sua ha come compito centrale il servizio all'uomo, alla sua salute e, anche se l'immediato contatto del medico è con la corporeità umana, non è possibile, per nessun medico, fare astrazione dalla libertà-responsabilità del singolo, dalla totalità della persona del paziente, così come anche dall'insieme della comunità degli uomini e dell'ambiente sociale».

Al mondo d'oggi nessuno pensa seriamente che le sperimentazioni in campo genetico debbano essere fermate o avere dei limiti, quanto piuttosto sottoposte, questo sì, ad un controllo attento e rigoroso per meglio monitorare modi e mezzi di applicazione e scongiurare così eventuali usi non codificati ed abusi sconsiderati. Ecco perché è d'uso parlare di un diritto all'integrità patrimoniale genetica e di un diritto alla diversità; questo perché è tempo di riconoscere oggettivamente la necessità di una tutela del genoma umano inteso come patrimonio di tutta l'umanità e non del singolo. Penso infatti, che nessuno si sognerebbe di negare che la differenza biologica primaria tra gli uomini è costituita proprio dal patrimonio genetico<sup>7</sup>.

Bisogna dunque guardare alla corretta applicazione oltre che alla sua liceità dei comportamenti dell'uomo il quale, con lo strumento della ricerca scientifica non può comunque prescindere da taluni valori, quelli, ai quali si accennava, della morale e del diritto<sup>8</sup>.

Certo, richiamare tout court, una tutela del genoma umano non vuol dire prospettare una visione catastrofica o addirittura allarmistica dell'incessante

---

<sup>7</sup> STEFANO RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, con la collaborazione di Margherita Pelaja e Gabriella Bonacchi, Laterza, Roma-Bari, 1993, spec. p. 18 ss.; e dello stesso autore cfr. STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006; nonché il saggio di GIUSEPPE ZEPPEGNO, *Clonazione, 2 aspetti Etici*, in AA.VV., *Dalla parte della vita. Itinerari di bioetica*, vol. I, Effatà Editrice, Cantalupa (To), 2007, p. 377 ss.

<sup>8</sup> GIULIO GIORELLO-UMBERTO VERONESI, *La libertà della vita*, a cura di Chiara Tonelli, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2006, pp. 11-115, ed ivi spec. pp. 33 e 34, (Veronesi): "... Non è che morire sia etico e vivere non lo sia! Non ho nulla da obiettare a chi ritiene che sia "etico" lo sforzo mirato a vivere di più. Un conto è il dovere di morire sotto il profilo evolutivo, un altro conto è la tendenza individuale a vivere il più a lungo possibile. In questa tensione naturale, non capisco perché dovremmo considerare più etica una polarità piuttosto che l'altra. Abbiamo cominciato con il conatus di Spinoza. Varrebbe la pena di ricordare i primi versetti del Genesi in cui la vita è presentata come un dono di Dio. Se pensiamo che vi sia in noi una spinta a vivere il più a lungo possibile, non vedo perché dovremmo porci un problema morale di fronte all'opportunità di allungare la nostra esistenza di centovent'anni! Forse, certe obiezioni concernono piuttosto la qualità della vita: si ritiene che quarant'anni in più siano quarant'anni di vecchieia; in realtà, sono quarant'anni che vanno ridistribuiti sui centoventi in questione. Credo, però, che alla base di molte delle resistenze etiche vi sia la paura per una medicina che non è più di tipo palliativo o di stampo curatico-eziologico, ma che punta direttamente alla ridefinizione dell'uomo"; ma anche MARK LILLA, *Il Dio nato morto. Religione, politica e Occidente moderno*, (trad. it. di Riccardo Fedriga e Sara Puggioni), Baldini Castoldi Dalai Editore, Milano, 2009, pp. 11-351 ed ivi in particolare il riferimento a p. 140 "...Uno dei modi con cui i teologi affrontano l'esistenza del dolore è quello di garantire ai credenti che la giustizia divina verrà esercitata nell'aldilà"; ed altresì MICHEL ONFRAY, *Trattato di ateologia. Fisica della metafisica*, (trad. it. Gregorio De Paola), Ila ed., Fazi Editore, Roma, 2009, pp. 13-219, spec. pp. 87-89 e a p. 87 leggiamo che "In fatto di scienza, la Chiesa sbaglia da sempre su tutto: in presenza di una verità epistemologica, essa perseguita lo scopritore. La storia del rapporto tra scienza e cristianesimo partorisce una notevole somma di sciocchezze e di stupidità. Dal rifiuto dell'ipotesi eliocentrica dell'antichità alle condanne contemporanee della sperimentazione genetica per l'umanità si accumulano venticinque secoli di pasticci. Il passo che avrebbe tenuto l'Occidente senza tante vessazioni della scienza, si può solo immaginarlo".

progresso alla stregua di un pericolo per l'umanità. È innegabile che grandi vantaggi si sono avuti dagli sviluppi delle diagnosi genetiche, ma è altrettanto innegabile che un uso improprio dei dati personali quali sono appunto quelli genetici, potrebbero causare gravi fenomeni di discriminazione fondati su dati biologici acquisiti. Così come questo non vuol dire accettare quello che comunemente si definisce riduzionismo biologico, perché se non si discute che l'uomo non dipende solo dai suoi geni è altresì vero che la differenza biologica tra gli uomini è data proprio dal patrimonio genetico, lo abbiamo appena ricordato<sup>9</sup>.

Con le applicazioni delle tecniche di riprogrammazione genetica è nata la possibilità di curare le malattie ereditarie; una manipolazione di cellule somatiche, infatti, può causare l'eliminazione anomala nel corpo dell'individuo senza che la modificazione genetica venga trasmessa ai suoi discendenti. Le sempre maggiori conoscenze che si raggruppano nelle tecniche del DNA ricombinate hanno aperto nuovi orizzonti e percorso nuove strade per le cure delle malattie ereditarie con benefici di indubbia validità che sono sotto gli occhi di tutti. Il limite dovrebbe essere quello, come ricordavo all'inizio, di non indirizzare questa ricerca per ottenere, ad esempio, la costruzione mirata del patrimonio genetico umano attraverso una selezione delle caratteristiche genetiche da trasmettere alla discendenza: così operando ci troveremmo di fronte ad un chiaro esempio di ricerca negativa che deve essere considerata un limite<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> LUCA CAVALLI-SFORZA/FRANCESCO CAVALLI-SFORZA, *La selezione naturale e il caso. (La democrazia della natura)*, in *MicroMega*, 1 / 2009, Editoriale L'Espresso, Roma, 2009, pp. 87-94 ed ivi alle pp. 90 e 91 si legge " ... La ricerca del XX secolo ha portato alla comprensione del materiale ereditario: si è visto che i tratti caratteristici che passano da una generazione all'altra, quelli che Mendel chiamava «elementi» e oggi chiamiamo «geni», sono prodotti a partire da un'unica lunghissima molecola di acido desossiribonucleico (dna) presente nel nucleo di ogni cellula di ogni organismo vivente. L'analisi del genoma (cioè del patrimonio ereditario, del dna) di una grande varietà di esseri viventi ha fornito la prova più inconfutabile della teoria di Darwin: tutti derivano da antenati comuni, attraverso un lungo percorso di differenziazione, di cui stiamo diventando in grado non solo di ripercorrere, ma di datare le tappe. (...) Tuttavia la vita è un fenomeno solo, che ha assunto decine e centinaia di milioni di forme diverse, di cui ben oltre il 99 per cento è scomparsa col tempo. Non incontreremo mai Luca (Last Universal Common Ancestor, o ultimo antenato comune a tutti: in pratica, il primo essere vivente), sia perché è scomparsa senza lasciare altra traccia che il dna dei suoi discendenti, sia perché era certamente ultramicroscopico. Ma questo non ci impedisce di avanzare nella ricostruzione del passato e del presente della vita".

<sup>10</sup> ATTILIO PISANÒ (a cura di), *Se la specie umana sia titolare di diritti*, ESI, Napoli 2007; ma anche DEMETRIO NERI, *La Bioetica in laboratorio*, Laterza, Roma-Bari, 2005, spec. pp. 119-120 "Il problema della bioetica comincia quando i disaccordi morali che persone ragionevoli possono manifestare su varie tematiche diventano una questione pubblica che esige una soluzione. E poiché molto spesso questi disaccordi nascono dalle credenze morali e religiose più profonde, il compito di trovare una soluzione non è certo facile. La questione della ricerca sulle cellule staminali ne è un esempio, ma non certo

Ora, le manipolazioni genetiche, così come le altre questioni, dalla bioetica, all'aborto, all'eutanasia, e al trapianto degli organi e così via, implicano considerazioni che riguardano sì l'etica ma anche la religione ed il diritto<sup>11</sup>.

Quindi, di ogni argomento della bioetica, così come delle manipolazioni genetiche vanno tenuti in conto soprattutto oltre agli aspetti squisitamente religiosi, anche quelli di ordine morale e sociali dai quali, quindi, far discendere gli opportuni corollari giuridici<sup>12</sup>. Con l'incalzare delle tecnologie e dei progressi dell'ingegneria genetica si fa sempre più pressante, infatti, l'esigenza

---

*il solo. Da quanto abbiamo detto in precedenza è già chiaramente emerso che le questioni bioetiche fondamentali sono quelle che riguardano il problema delle fonti dalle quali prelevare le cellule e, in particolare, la liceità della sperimentazione sugli embrioni umani. Sarebbe però riduttivo pensare che questi siano i soli problemi da affrontare. Nel dibattito sono stati sollevati anche problemi di carattere più generale, che riguardano l'intero campo della ricerca biomedica avanzata e sono di grande interesse e complessità, soprattutto per i loro riflessi di ordine sociale, economico e politico. Ci si è chiesti, ad esempio, se è giusto investire ingenti risorse finanziarie in ricerche biomediche ad alta tecnologia mentre vi sono intere popolazioni che mancano delle cure mediche essenziali; oppure se è giusto che le aziende farmaceutiche che finanziano queste ricerche ottengano brevetti sullo sfruttamento commerciale dei nuovi trattamenti; e, infine, come sarà possibile assicurare l'accesso a questi trattamenti a tutti coloro che ne avranno bisogno"; ed altresì GIUSEPPE ZEPPEGNO, *Clonazione, 2 aspetti Etici* cit., p. 384*

<sup>11</sup> Per capire come ci si deve porre davanti agli irrisolti problemi del mondo e non soltanto circoscritti a quelli aventi a motivo le questioni in campo medico/biologico, suggeriamo l'eccellente volume di JOHN GRIBBIN, *L'Universo. Una biografia*, (ed. it. a cura di Stefano Sandrelli), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008, pp. VII-304 ed ivi spec. pp. I-27 e 221-252; e con un taglio storico-culturale decisamente convincente, anche quello di JOHN D. BARROW, *Perché il mondo è matematico?*, traduzione di Bruna Tortorella, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. VII-108 ed ivi spec. pp. 32 e 33 "... Questo tipo di formazione è presente nell'inglese antico; ad esempio, nella versione di Re Giacomo della Bibbia per parlare della durata media della vita dell'uomo si usa l'espressione «tre volte venti anni più dieci». Per «venti» viene usata la parola inglese score che ha un'interessante gamma di significati. Vuol dire venti, come nel testo biblico, ma anche tenere il conto e significa anche tracciare un segno su qualcosa ...".

<sup>12</sup> MICHELE ARAMINI, *Manuale di Bioetica per tutti*, Edizioni Paoline, Milano, 2006, pp. 17-294 ed ivi alle pp. 117 e 118 a proposito dei problemi legati all'etica leggiamo "L'etica nei confronti della ricerca biomedica ha un'attitudine positiva, di incoraggiamento; si tratta di un cammino intellettuale proprio dell'uomo, che si trasforma in beneficio per la migliore cura delle malattie e il prolungamento della vita. (...) Dal punto di vista etico si può comparare il rischio che si affronta con la sperimentazione a quello che si affronta nella donazione di un proprio rene a favore di un parante o un amico che ne abbia assoluta necessità. Non vi sono obiezioni purchè si assicuri la vita e la funzionalità renale del donatore. (...) Più precisamente si deve dire che il rischio non può essere tale in quantità e qualità da violare i valori essenziali dell'uomo: la vita, la funzionalità degli organi vitali, le capacità superiori dell'intelligenza e della volontà, le convinzioni personali, morali, religiose, politiche ecc. (...) Il diritto alla vita è inalienabile e pertanto neppure il paziente, e ancor meno il volontario sano, che si sottopone a una sperimentazione, può oltrepassare i limiti di disponibilità stabiliti dalla legge (art. 5 del Codice Civile) e può conferire ai ricercatori l'autorizzazione a mettere gravemente a rischio la sua vita o una funzione vitale: un tale consenso sarebbe privo di valore giuridico ed etico. Il diritto alla integrità biologica, proprio di ogni individuo, sovrasta qualsiasi altro interesse privato e collettivo e si inquadra nel principio generale, e costituzionale, del rispetto della persona umana".

di una regolamentazione legislativa che contemperi limiti etici e giuridici alla eventuale applicazione in campo medico-scientifico<sup>13</sup>.

Non può seriamente essere discusso che la medicina curativa è indirizzata ad intervenire sul patrimonio genetico dell'uomo allo scopo e per finalità prettamente terapeutiche, anche se la possibilità della cura di malattie con la terapia genetica è purtroppo ancora limitata ad un circoscritto numero di malattie ereditarie. Questo perché la medicina curativa è essenzialmente rivolta alla modificazione dei geni che compongono il patrimonio genetico dell'uomo. Lo scopo, dunque, è senz'altro quello di 'aggiustare', porre rimedio al malfunzionamento e di sostituirli con geni normali, 'sani' eliminando quelli 'difettosi' quando la diagnosi ha appurato che si è verificata una malformazione, cioè una anomalia nella duplicazione<sup>14</sup>.

Jacques Testart, in un saggio del 1996 affermava che *'l'uomo è trasparente'*<sup>15</sup>, intendendo che le informazioni genetiche rivelano i segreti più nascosti

---

<sup>13</sup> "Con la Costituzione repubblicana all'eguaglianza in senso formale si aggiunge l'eguaglianza in senso sostanziale e l'individuo è inteso finalmente come persona reale, come soggetto fatto di «carne», di idee, di diritti e di doveri. Da quel momento inizia il processo di «costituzionalizzazione» della persona. Un processo non indifferente perché elevare la persona al rango costituzionale vuol dire proteggerla con un'armatura forte e solida, e porla al riparo da abusi e svilimenti", così Guido Alpa nella recensione a proposito del libro di STEFANO RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 7-83, apparsa nella *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, fasc. 2, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 651, 652 e 653.

<sup>14</sup> È interessante capire la posizione assunta dalla Chiesa su questi specifici temi analizzati anche in un recente saggio da ALESSANDRO SPECIALE, *Il relativismo della Chiesa gerarchica*, in *MicroMega*, 2 / 2009, Editoriale L'Espresso, Roma, 2009, pp. 144-154 ed ivi spec. pp. 153 e 154 ove leggiamo "...In conclusione, vale la pena notare che scrittori influenti del mondo cattolico spingono oggi in direzione di un'estensione anche alla fine della vita del «principio di precauzione» adottato oggi per l'inizio della vita. La Chiesa, infatti, non può dire con precisione quando l'anima venga infusa nel corpo, se al momento del concepimento oppure successivamente, durante la gestazione, ma per precauzione è rigorosamente contraria all'aborto anche nelle primissime ore dopo il concepimento perché non è possibile escludere con certezza che la distruzione di un embrione non comporti la distruzione di una vita umana, di una persona. La recente istruzione *Dignitas personae* della Congregazione per la dottrina della fede arriva anzi ad affermare esplicitamente che «l'embrione umano ha fin dall'inizio la dignità propria della persona» (§ 5). L'adozione di un simile principio, riassunto nel motto latino in *dubio pro vita*, se esteso alla fine della vita, comporterebbe – come richiesto da alcuni membri della Pontificia accademia per la vita – il rifiuto del criterio delle morte cerebrale. In base alla quale una persona viene dichiarata morta quando il suo encefalogramma è piatto. Questo significherebbe ritornare al più antico criterio di morte cardiaca, con il quale però diventerebbe impossibile, in moltissimi casi, l'espianto di organi per il trapianto. È evidente che, nel caso la Chiesa decidesse di adottare il «principio di precauzione» anche per la fine della vita, ogni accanimento terapeutico diverrebbe lecito e anzi obbligatorio. Allo stesso modo, nella formulazione attuale del magistero della Chiesa rimangono dei semi di contraddizione, che lasciano però aperto uno spiraglio – per quanto sottile – di una comprensione più sfumata, più dialogica, più umana della morte, e quindi della stessa vita".

<sup>15</sup> JACQUES TESTART, *La procreazione assistita: un manuale per capire, un saggio per riflettere*, Il Saggiatore, Milano 1996, pp. 118; ELIO SGRECCIA (a cura di), *Il dono della vita: Istruzione della Congregazione per la dottrina della fede su il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*



dell'essere umano fino a prevederne il futuro biologico. Ciò implica una vulnerabilità e maggiori rischi in quanto l'uomo non ha più un diritto alla privacy, in relazione ovviamente alle informazioni genetiche e, il principio stesso di uguaglianza potrebbe essere seriamente minato da una possibile discriminazione che si basi su dati biologici acquisiti. Ecco perché le nuove potenzialità di conoscere come il corpo funziona e come funzionerà durante l'arco temporale della vita dell'individuo suscitano tutta l'attenzione possibile da parte di tutti e non solo delle istituzioni anche se queste ultime, per il ruolo ricoperto, dovranno operare maggiori controlli. Non è peregrina l'idea che la conoscenza genetica può diventare un mezzo di controllo sociale, cioè un modo per verificare gli standard di normalità degli uomini, con inevitabili potenziali discriminazioni per le loro diversità che dovessero appalesarsi. Infatti, un uso non corretto, se non addirittura improprio dei test genetici incamerati, potrebbe portare ad acconsentire arbitrarie e affatto legittime pratiche di esclusione, o a rafforzare il potere delle istituzioni che ne monitorerebbero l'evoluzione usandoli secondo convenienza. Valori importanti come la privacy, l'autonomia individuale, l'autodeterminazione, tutti diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti ad ogni essere umano, potrebbero essere seriamente compromessi se si procedesse, come abbiamo avvertito, con una utilizzazione impropria delle nuove capacità tecnico-scientifiche di diagnosi<sup>16</sup>. Insomma, si avverte che l'informazione genetica, così come l'abbiamo delineata, potrebbe evidenziare discriminazioni nei riguardi delle persone o di determinate e qualificate categorie; coloro che hanno i tratti genetici di alcuni disordini possono, per esempio, essere ridefiniti come soggetti predisposti a rischio esponendoli, quindi, potenzialmente ad una emarginazione. Se, con-

---

*umana*, Vita e Pensiero, Milano 1987; GIOVANNI RUSSO, *La bioetica e le tecnologie della vita umana nascente*, Elledici, Cascine Vica – Rivoli (TO), 1994; GIOVANNI MARIA PACE (a cura di), *L'embrione: una questione aperta: interviste sulla nuova biologia a Renato Dulbecco, Carlo Flamigni, Luigi Lombardi Vallauri, Giovanna Melandri, Stefano Rodotà, Card. Ersilio Tonini*, Sperling & Kupfer, Milano, 1998.

<sup>16</sup> Ha scritto di recente LUIGI LACROCE, *Cronaca legislativa*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2, 2009, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 263-285 ed ivi a p. 271 che "... Il corpo umano, la vita umana, diventa, altrimenti, cosa che appartiene alla persona e non il modo concreto con cui la persona esiste», la sua soggettività unica ed irripetibile. Paradossalmente, proprio la formula retorica, maggiormente utilizzata da chi rivendica, in tale materia, un diritto assoluto di autodeterminazione della persona: « a chi appartiene la vita?», «di chi è la mia vita?», porta inesorabilmente a ridurre il corpo e la vita a rango di cosa, e inevitabilmente rimanda ad un soggetto proprietario, ledendo la dignità delle persone più deboli e alimentando pericolose forme di discriminazione. Se vi è un bene su cui il diritto può decidere, significa che vi è anche un titolare (perlomeno potenziale) di tale bene. Siamo alla deriva della vita e della riconduzione del corpo umano a cosa, a oggetto su cui il potere decide. Il corpo umano ridotto a cosa segna, così, il trionfo della bio-politica: l'uomo ridotto a prodotto delle biotecnologie".

tinuando nell'esempio, ad un datore di lavoro, ad un operatore economico o ad un professore è permesso di ottenere dati genetici rilevanti per il potenziale stato futuro dei loro clienti o dei loro discendenti, allora la discriminazione di cui dicevamo un momento fa, negata dall'assistenza sanitaria, o dal lavoro o dall'istruzione, può materializzarsi ad ogni piè sospinto, senza alcun reale controllo: impunemente<sup>17</sup>. Ecco perché avvertivo che la diagnosi di una predisposizione ad una malattia o ad una tara comportamentale potrebbe essere discriminante per la persona umana.

Ed allora, come fare per eliminare alla radice questi rischi?

In verità esistono oggi istituzioni legittimate al trattamento di tutti questi dati, nel senso che hanno la possibilità di immagazzinarli e raccogliarli in dote senza alcuna possibilità di divulgazione anche in ragione di un preciso scopo istituzionale: penso alla Croce Rossa Internazionale, a al Medical Information Bureau ed alle tante banche dati governative e non che hanno lo scopo di migliorare la qualità della salute degli individui senza alcuna discriminazione con il divieto espresso, appunto, di qualsivoglia forma divulgativa. È anche vero che qualsiasi deposito di campioni biologici può trasformarsi potenzialmente in una banca di dati genetici di fronte ai quali è bene garantire sicurezza e privacy; trascurare questo aspetto, in relazione all'enorme bagaglio di informazioni genetiche incamerate, significherebbe esporre milioni di individui a potenziali casi di discriminazione i quali potrebbero, per esempio, essere limitati nelle loro possibilità in ordine proprio ad una individuata anomalia genetica pur non palesemente manifestata, oppure l'utilizzo di queste banche dati per fini strumentali; in una parola, un modo indiretto di controllo sociale che attenta così, in radice, i principi ed i valori propri di ogni paese, di ogni democrazia. Ecco perché, a mio modo di vedere, consentire l'accesso indiscriminato presso le banche dati che hanno immagazzinato le informazioni genetiche, costituisce oggettivamente una violazione della privacy oltre che un pregiudizio dell'autonomia dei soggetti ai quali i dati violati possono essere facilmente ricondotti<sup>18</sup>. Per questi motivi, la facoltà di assumere informazioni

---

<sup>17</sup> Lo abbiamo già specificato in apertura del saggio, in particolare alla nota 1, quando ricordavamo della possibilità di riprodurre organismi identici, figli di un solo genitore, già dimostrata peraltro da diverse sperimentazioni sugli animali.

<sup>18</sup> Ecco cosa scriveva dalle pagine di Repubblica del 30 dicembre del 2002, STEFANO RODOTÀ in un articolo dal titolo "Dall'uomo-fotocopia alla pulizia genetica", che rappresenta da par suo in modo chiarissimo il problema che ci occupa e, quindi, lo riporto solo in parte sintetizzato: *'Con l'annuncio, accompagnato da legittimi dubbi, della prima clonazione umana si chiude un anno "bioetico" intenso e inquietante. E allora discutiamo pure di clonazione, ma che questo non diventi l'argomento per distogliere lo sguardo da altri temi, eticamente altrettanto importanti e socialmente assai più urgenti, quali sono quelli della ricerca sulle cellule staminali e dell'emergenza aids, che rischia di aggravarsi*

genetiche deve corrispondere ed essere circoscritta ad una reale finalità sociale in relazione allo stato di salute del soggetto, limitando espressamente la

---

*drammaticamente dopo la dura presa di posizione dell'amministrazione americana contro la possibilità di un prezzo politico per i farmaci necessari a curare gli ammalati soprattutto nei paesi africani. Com'era prevedibile, la presunta clonazione di una bambina ha mosso ondate d'indignazione, con rischi di semplificazioni che non giovano né ad intendere la portata vera della questione, né ad avviare le giuste strategie di contrasto. L'argomento critico più forte rimane quello che si preoccupa dei diritti della persona nata grazie alla clonazione. Hans Jonas ha insistito sul «diritto trascendente di ciascun individuo a un genotipo soltanto suo, non condiviso con altri, irripetibile», traendone la conseguenza che un individuo clonato è «leso a priori proprio, in questo diritto» (anche se questo argomento dovrebbe fare i conti con i caratteri dei gemelli monocoriali). Siamo sul terreno dell'unicità, indissolubilmente legata a «un evidentissimo diritto di non sapere, insito nell'esistenza, negato a chi fosse costretto a sapersi copia di un altro». Altrettanto eloquente è la posizione recente di Jurgen Habermas, che nella programmazione genetica vede comunque una dipendenza che precede l'ingresso nella comunità morale», «una svalutazione di sé indotta riflessivamente prima della nascita»: chi si scopre programmato sa di non essere più l'autore "indiviso" della sua storia di vita. Una questione di consapevolezza, dunque, non solo di biologia. Non è tanto l'"essere" fotocopia, quanto il "sapersi" fotocopia che incide sul diritto alla libera costruzione della personalità. È bene non perdere di vista questo aspetto del problema per non cadere in un pericoloso riduzionismo biologico. La nostra identità non dipende esclusivamente dal Dna, è frutto di una interazione complessa con l'ambiente, dalla quale nasce l'identità personale e sociale, restituendo alla persona quella unicità che la fa diversa da ogni altra. L'essere clonato non è predestinato a replicare nel mondo i comportamenti del suo modello, la biologia non può cancellare la biografia. Non bisogna trascurare, peraltro, l'insieme di fattori che sta dietro questa vicenda, dove s'intrecciano irresponsabilità scientifica, credenze pseudoreligiose, interessi di mercato, astuzie mediatiche. Si temono effetti imitativi, derive pericolose, sperimentazioni distruttive (quanti tentativi sono stati fatti prima di far nascere la bimba clonata? quanto è alto il rischio di sue malformazioni), e perciò s'invocano divieti planetari. Alcuni esistono già, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che si avvia a diventare testo vincolante per tutti gli Stati membri) e in un protocollo aggiuntivo alla convenzione europea di biomedicina, approvato all'indomani della clonazione della pecora Dolly e che l'Italia, insieme ad altri paesi, ha firmato e ratificato. Ma il timore che possano nascere "paradisi genetici", accanto a quelli fiscali e a quelli informatici, è giustificato, poiché la dimensione globale del problema rende concreta l'ipotesi di paesi che non vorranno accettare divieti a qualsiasi possibilità di ricerca. Che fare, allora, contro questo nuovo genere di "Stati canaglia" che dovessero accogliere nel loro seno la stirpe dei clonatori? Azioni militari preventive per impedire che si consumi questo nuovo crimine contro l'umanità? O una resa di fronte all'inarrestabile marcia della tecnica? (...) Durante la preparazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la questione venne affrontata e si volle che l'art.3 vietasse solo la clonazione riproduttiva umana, legittimando quindi l'impiego di tale tecnica nei casi indicati come clonazione terapeutica, che riguarda cellule, tessuti, parti organi. <O:P/> O:P. Proprio lo scandalo della clonazione riproduttiva umana, anzi, dovrebbe mettere sotto gli occhi di tutti la differenza profonda che esiste tra questo caso e l'impiego della pura tecnica di clonazione nel caso delle cellule staminali, favorendo il superamento di resistenze che mettono in pericolo una ricerca dalla quale l'umanità può ricevere grandissimi benefici. È di pochi giorni fa la sfida a Bush, proprio su questo terreno, degli scienziati dell'università di Stanford; in Gran Bretagna già si lavora in questa direzione; e altri paesi (come la Germania) stanno adottando soluzioni che, magari con qualche ipocrisia, consentono di cogliere le benefiche opportunità offerte da questo tipo di ricerche. Non è accettabile che preclusioni ideologiche o religiose impediscano attività volte a tutelare meglio il diritto alla salute, definito "fondamentale" già dall'art. 32 della nostra lungimirante Costituzione. (...) Di nuovo, la biologia vuole cancellare la biografia, con una pericolosa regressione culturale e sociale. Oggi si assiste a una rivincita della fisicità che in nome della certezza biologica, può travolgere rapporti costruiti negli anni, sostituendo ad essi la nuda trama dei geni. Una «pulizia genetica», argomentata con l'assolutezza del diritto di conoscere la propria origine, può cancellare legami nei quali s'incarnano la comunanza di vita e*

divulgazione di detti dati che potrebbero, altrimenti, essere utilizzati per usi diversi con quelle eccezioni che possono riguardare, per esempio, gli scopi di giustizia, come la possibilità di raccogliere ed analizzare campioni genetici per scopi investigativi e altre situazioni di questo tipo. Certo, gli sviluppi della diagnosi genetica hanno portato e continuano a fruttare grandi benefici sia alla salute individuale che collettiva, così come le nuove possibilità di intervento sul genoma umano mostrano obiettivamente dei grandi vantaggi. Così come, di contro, problematiche morali e giuridiche affiorano giorno dopo giorno, in ordine alle capacità di estrapolare informazioni da campioni di DNA; comunque si tratta pur sempre di valori e di diritti direttamente riferibili alla persona umana<sup>19</sup>.

---

*l'incessante rinnovarsi delle ragioni dello stare insieme. Può determinare un drammatico impoverimento: il ritrovarsi non in relazione con gli altri, ma soli con la propria storia genetica. La verità biologica ad ogni costo è una conquista o una prigione? Se il mio vicino ostenta orgogliosamente la certezza della sua discendenza biologica, certificata dal test, potrò io sottrarmi a questo esame senza che cali su di me l'ombra inquietante di un dubbio? E quali possono essere gli effetti complessivi di una diffusione del test, dal momento che ormai sappiamo che il 10-15 per cento dei figli ha in realtà un padre diverso da quello legale? Non si avrebbero effetti distruttivi in famiglie dove un benefico «velo d'ignoranza» ha consentito la creazione di affetti saldi e condivisi? A quale prezzo la natura deve poter sconfiggere la cultura? Ecco perché questo tipo di test dev'essere sottratto alla pura logica di mercato. Se dalle relazioni individuali passiamo a quelle collettive, la contrapposizione tra mercato e diritti si fa ancor più drammatica, come dimostra l'atteggiamento assunto dagli Stati Uniti in seno all'Organizzazione mondiale del commercio, contrario alla fornitura a basso costo dei farmaci necessari per curare malattie come l'Aids, la malaria, la tubercolosi. Si difendono i brevetti delle case farmaceutiche in modo cieco, senza tener conto che oggi nel mondo i malati di Aids sono 42 milioni (30 milioni nella sola Africa) ed ogni anno i morti sono milioni. Si può politicamente ed eticamente accettare che il diritto di proprietà cancelli in modo così brutale il diritto alla salute ed alla vita? Si può ignorare il rischio di sconvolgimenti sociali ed economici legati al diffondersi dell'Aids? Li ha ben descritti il Washington Post, parlando di "collasso sociale" di molti paesi, dell'Aids che "distruggerà non solo vite, ma intere società". Questi sono soltanto i più recenti tra i dilemmi che progresso scientifico e dinamiche di mercato sottopongono alla coscienza individuale e collettiva. Dobbiamo affidarli, in Italia, a una speciale Autorità per la bioetica, di cui si annuncia l'istituzione? Autorità del genere esistono, come in Gran Bretagna, con il compito di adattare a situazioni concrete i criteri molto larghi e molto liberali enunciati da leggi di principi. Se, invece, il compito dovesse esser quello di decidere le grandi questioni in un quadro legislativo fortemente proibizionista, com'è quello che anni si annuncia in Italia, saremmo di fronte a un'impennata autoritaria, pericolosa per la libertà di coscienza e di ricerca. Sarebbe preferibile riformare profondamente l'attuale comitato di bioetica, facendone il motore di una discussione pubblica e informata, che rimane la via migliore e più democratica per creare una consapevolezza comune sulle grandi questioni della vita nell'età della tecnica'.*

<sup>19</sup> PATRIZIA BORSELLINO, *Bioetica tra 'moralì' e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009, pp. IX-370 ed ivi spec. pp. 113-135 e alle pp. 131 e 132 leggiamo che '... vanno sottolineate le innovazioni introdotte dal codice attualmente vigente rispetto al Codice di deontologia medica del 1998. In relazione all'ipotesi in cui l'interessato non è in grado, a causa delle condizioni fisiche e psichiche, di prestare il consenso, il codice attuale ha previsto come necessaria «l'autorizzazione dell'eventuale legale rappresentante laddove precedentemente nominato». Si tratta di una previsione coerente con l'orientamento, che si va affermando sul piano normativo e dottrinale, a salvaguardare la duplicità dei soggetti coinvolti sulle situazioni di cura, anche nel caso in cui queste riguardino un soggetto natural-

Le risposte in ordine alla liceità delle manipolazioni sul genoma umano saranno differenziate a seconda dei loro fini ed effetti con riguardo precipuo alla dignità, alla salute, ai diritti assoluti, alla vita stessa tutti riconducibili alla persona umana: l'unico modo per proteggere l'umanità e i singoli esseri umani da una distorta utilizzazione delle conoscenze genetiche sarà, appunto, la tutela dei diritti insostituibili dell'uomo in relazione ai progressi della scienza messi al suo servizio<sup>20</sup>.

In un qualsiasi manuale di medicina possiamo leggere che le informazioni genetiche sono contenute all'interno delle cellule che compongono un organismo e sono allineate sui cromosomi. Ogni organismo, animale o vegetale, ha un numero costante di cromosomi proprio della sua specie (per l'uomo sono 46) in ognuna delle sue cellule non sessuali, o somatiche e in queste denominate *diploidi*, per ogni cromosoma ve ne è un altro equivalente: questi cromosomi riuniti in coppia sono detti *omologhi*. Le ventitrè coppie di bastoncini che costituiscono il corredo cromosomico umano sono assortite in modo tale che ognuna risulti costituita da un esemplare paterno, proveniente dallo spermatozoo e da un esemplare materno derivante dall'ovocita ed avviene come conseguenza dei due fenomeni che caratterizzano la riproduzione sessuata, la *meiosi* e la *fecondazione*. Attraverso la meiosi si formano le cellule germinali o gameti che hanno un numero di cromosomi (apolide) pari esattamente alla metà di quello che è caratteristico delle cellule somatiche. Al termine delle diverse fasi della meiosi si formano, da una sola cellula diploide, quattro nuovi nuclei cellulari che contengono ognuna la metà del numero dei cromosomi presenti nel nucleo originario in una combinazione unica derivante dalla ripartizione causale degli omologhi della cellula originaria. Attraverso il fenomeno della fecondazione nel quale si fondano i diversi contributi genetici dei genitori e con il quale si forma l'identità genetica della progenie, viene ripristinato il numero diploide<sup>21</sup>.

---

*mente incapace, mediante il coinvolgimento, nel ruolo di interlocutore dei medici, di un altro soggetto che, dell'incapace, rappresenti la volontà presumibile, se non se ne conosce la volontà effettivamente manifestata prima del subentrare dello stato di incapacità, e che ne realizzi il miglior interesse'.*

<sup>20</sup> Ecco un esempio pratico dei benefici che l'uomo può trarre dalle ricerche in materia, anche se il caso che si riporta è in ordine alla procreazione: '*Genitori talassemici, selezionati gli ovuli e il bimbo nasce sano*', così *Il Messaggero* a pagina 13 dell'edizione del 24 settembre 2009 titolava l'articolo che dava notizia dell'evento; e continua: "*È perfettamente sano, pesa più di 3 chili ed è maschietto il primo bambino al mondo nato senza talassemia da una coppia di genitori portatori della malattia. È stato possibile grazie alla tecnica della selezione degli ovociti, che permette di analizzare il DNA prima del concepimento e si propone così come un'alternativa alla diagnosi pre-impianto che viene condotta sull'embrione. È la prima volta che si previene in questo modo una malattia genetica diffusa come la talassemia, o anemia mediterranea, e altre nove gravidanze sono già in corso*".

<sup>21</sup> Interessante e ricco di riflessioni il corposo saggio di CLAUDIA CIOTOLA, *Preliminari a uno studio*

È dimostrato che ai cromosomi spetta la regolazione e la trasmissione dei caratteri di ogni cellula e dell'intero organismo: infatti ogni cromosoma è costituito da proteine e da una molecola avvolta su se stessa di acido desossiribonucleico (D N A) su cui sono allineati gli ottantamila-centomila geni che compongono il patrimonio genetico di ogni individuo<sup>22</sup>. I geni costituiscono l'unità di materiale ereditario quello che si definisce *codice genetico* e che viene conservato e trasmesso alle generazioni successive grazie, come abbiamo visto e con i limiti di chi ha rappresentato questo processo in modo tanto superficiale ed approssimativo da far rizzare i capelli a tutti gli studiosi e non del settore, al D N A. Ometto di addentrarmi nelle funzioni proprie del D N A<sup>23</sup> ritenendo sufficiente ribadire che è proprio la particolare struttura a *doppia elica* che permette alla molecola di D N A di garantire la fedeltà al proprio archetipo genetico attraverso il *processo di replicazione*<sup>24</sup> che permette

---

*del rapporto tra diritto alla salute e fattore religioso, in Diritto e Religioni (Rivista diretta da Mario Tedeschi) 6, 2 – 2008, Pellegrini, Cosenza, 2008, pp. 178-244 ed ivi a p. 192: ... La dignità umana, intesa in termini assoluti, viene configurata come un valore oggettivo e indisponibile e si presenta come una sorta di a-priori categoriale su cui si innestano e con cui si misurano i diritti fondamentali dell'uomo;* ma anche PIERO BELLINI, *Qualche osservazione in tema di bioetica* cit. p. 20 «... Contestabile – del resto – è la stessa «produttività in coscienza» d'una «sanzione coercitiva abbinata alla regola morale». «Eticamente sterile» una qualunque operazione intesa a «convertire la precettività morale in una precettività giuridica cogente». Sono carenze operative (quelle in cui può incorrere la precettività morale) a cui – con tutto il suo vigore – non è punto in grado di supplire la precettività giuridica. Questa non può ottenere – rispetto ai singoli individui – il risultato umano al quale tende la regola morale. Dico della «promozione spirituale del soggetto»: la quale non altrimenti può prodursi intus in pectore che grazie a un «atto spontaneo dello stesso agente»: di colui che adempie perché vuol adempiere»: perché «sente di dover adempiere», partecipa in coscienza dei valori che pervadono l'imperativo etico. Privo di significazione spirituale («coacta servitù Deo non placent!») resta il gesto a cui il soggetto si determini nolente: perché «forzato a farlo». Anzi quel gesto potrà sin rilevare in termini eticamente negativi, là dove abbia a informarsi ai modi d'un perbenismo ipocrita»; ma anche JONATHAN BARON, *Contro la bioetica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008.

<sup>22</sup> ELIO SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Aspetti medico-sociali*, IIIa ed., vol. II, Vita e Pensiero, Milano, 2002, spec. pp. 257-273.

<sup>23</sup> SALVATORE AMATO, *Il DNA è una molecola dotata di morale?*, in MARIANNA GENSABELLA FURNARI (a cura di), *Le sfide della genetica. Conoscere, prevenire, curare, modificare*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, pp. 149-172; ma anche CARLA FARALLI, *Dati genetici e tutela dei diritti*, in CARLA FARALLI-GIUSELLA FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, Gedit Edizioni, Bologna, 2007, pp. 247-253.

<sup>24</sup> Se tra la fine degli anni '30 e l'inizio degli anni '40 l'esistenza dei geni e il fatto che fossero contenuti nei cromosomi non era di fatto messo in dubbio, era tuttavia necessario comprendere come i 'bastoncelli' tanto piccoli, potessero di fatto essere i portatori di quel bagaglio immenso di informazioni che è il *codice genetico*. Molto prima di James Watson e Francis Crick già si sapeva quale fosse la composizione della molecola del D N A che è costituita dai nucleotidi, composti da un gruppo fosforico, da uno zucchero deossiribosio e da una base azotata. Queste ultime possono essere di due tipi: purine e pirimidine (nel D N A si trovano due tipi diversi di purine: l'adenina e la guanina e due tipi diversi di pirimidine: la cisonina e la timida. Esso, dunque, è costituito da quattro tipi di nucleotidi, che differiscono tra loro soltanto per la base azotata in esso contenuto. Gli

il funzionamento biologico per il tramite della *sintesi delle proteine*<sup>25</sup>.

Anche nel campo della procreazione medicalmente assistita, oggi le moderne tecniche di laboratorio hanno fatto sì che uomo e donna, in assenza di rapporti sessuali, utilizzando gameti che non gli appartengono, possono sperare nella nascita di un figlio che altrimenti non avrebbero potuto avere (ci riferiamo ovviamente a quelle coppie che hanno problemi comunemente conosciuti come di infertilità)<sup>26</sup>.

Ora, è indubbio che la legittima aspirazione di ogni coppia, o della maggior

---

esperimenti successivi, soprattutto con i batteri, a metà degli anni '40, hanno dimostrato che il materiale genetico è contenuto proprio nel D N A; restava, invero, da dimostrare come queste molecole potessero essere portatrici di un così enorme bagaglio in informazioni: la risposta si ebbe quando, nel 1953 Watson e Crick proposero un modello relativo alla struttura della molecola di D N A denominata a *doppia elica*. L'ordine delle basi lungo un filamento di D N A determina l'ordine delle stesse lungo l'altro filamento. Dal momento che i nucleotidi lungo un singolo filamento della doppia elica possono essere disposti secondo un qualunque ordine e che la molecola di D N A può essere lunga migliaia di nucleotidi, si realizza la possibilità di una enorme varietà. La sequenza, quindi, dei nucleotidi costituisce un vero e proprio *codice genetico universale* essendo ben quattro le basi azotate presenti nel D N A di ogni organismo vivente. L'infinita varietà di specie esistenti sulla terra dipende a seconda della quantità di D N A in conseguenza della maggiore o minore complessità dell'organismo; per queste notizie cfr. ALLAN J. TOBIN-JENNIE DUSHECK, *Nuovo Bios. Domande sulla vita*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Torino, 2007, pp. III-144 (escluse le pp. I-XXIV che si riferiscono ad un utile glossario posto alla fine del volume), ed ivi spec. pp. 50-63.

<sup>25</sup> La replicazione è la proprietà fondamentale del materiale genetico, che permette alla molecola di D N A la possibilità di produrre copie di se stessa. Nel momento della duplicazione dei cromosomi, la molecola di D N A si apre, come una sorta di cerniera lampo, e le basi appaiate si separano nei punti dei legami idrogeno. Man mano che i due filamenti della doppia elica si allontanano, nuovi filamenti si formano lungo quelli vecchi, che servono da stampo necessario per i nuovi; se su un vecchio filamento è presente la timida, nel nuovo potrà corrispondere ad essa soltanto l'adenina. Dal momento che ogni filamento forma una copia del suo partner originario si avranno due repliche esatte della molecola. Tale processo, che si svolge con precisione molto elevata, permette al D N A di rimanere inalterato nel corso delle varie generazioni cellulari; cfr. ALLAN J. TOBIN-JENNIE DUSHECK, *Nuovo Bios. Domande sulla vita*, cit., spec. pp. 54 e 55.

<sup>26</sup> La sintesi delle proteine è la sequenza dei nucleotidi nella molecola di D N A che determina a sua volta la sequenza di quei venti amminoacidi che costituiscono le proteine, sostanze fondamentali per la struttura e la funzione delle cellule e degli organismi in generale. Attraverso il fenomeno della trascrizione si ottiene il passaggio dell'informazione genetica dall'acido desossiribonucleico alla proteina grazie all'intervento di un'altra molecola, l'R N A la cui struttura è molto simile a quella del D N A. Questa si lega a un filamento di D N A tramite un vincolo tra i nucleotidi conforme alla legge di complementarità, procedendo alla lettura delle *istituzioni* contenute nel D N A e alla loro traduzione in proteine. Nella trasmissione dell'informazione genetica ogni segmento di D N A corrispondente a un gene si traduce in una proteina specifica. Attraverso la sintesi della proteina il gene si esprime. Se ogni cellula di un organismo contiene tutti i geni trasmessi ereditariamente, solo alcuni di essi esprimono la loro funzione in una particolare cellula in un dato istante. Nel corso dello sviluppo di un organismo migliaia di geni vengono attivati e disattivati al momento opportuno e in ogni tipo di cellula viene espressa solo una certa combinazione di geni, a seconda della specifica funzione di quel tipo di cellula; cfr. ALLAN J. TOBIN-JENNIE DUSHECK, *Nuovo Bios. Domande sulla vita*, cit., spec. pp. 64-77.

parte delle coppie, a desiderare di avere un figlio, potrebbe nella sostanza e in determinati specifici casi, evidenziare frizioni se non veri e propri contrasti conflittuali con i diritti propri del nascituro anche in relazione a quei valori irrinunciabili costituzionalmente riconosciuti e garantiti che si riconoscono nella dignità per la persona, per l'ordine sociale e la sacrosanta tutela dei rapporti familiari, perché gli aspiranti genitori, decisi ad avere un figlio ad ogni costo, non abbiano a dimenticare quali diritti avrà il nascituro a prescindere appunto, da ogni desiderio che non potrà mai oltrepassare la soglia del lecito, rifiutando con decisione la convinzione che tutto è permesso pur di raggiungere lo scopo. È l'intervento della Congregazione per la Dottrina della Fede che ammonisce tra ciò che è tecnicamente possibile e ciò che è moralmente lecito, sottolineando però *'ciò che è tecnicamente possibile non è perciò stesso moralmente lecito'*<sup>27</sup>. Dunque, se è innegabile che debba esserci una tutela giuridica del nascituro, a maggior ragione è necessario attuare tutte le garanzie che il diritto prevede proprio per l'embrione, affinché durante il trattamento della fecondazione assistita, non si possa giungere ad uno scriteriato motivo di soppressione per i motivi più vari<sup>28</sup>: infatti è dal suo concepimento che l'embrione è a tutti gli effetti un essere umano, un nuovo soggetto al quale ricondurre tutte le garanzie giuridiche che l'ordinamento riconosce ad ogni essere in quanto tale<sup>29</sup>. Il fatto che le moderne tecnologie si siano di fatto sostituite a tutti quei fattori propri della vita di ogni coppia, formata da un uomo e una donna, e cioè a dire ai valori affettivi, sociali, psicologici e così via, penso portino ad incidere seriamente al tradizionale rapporto di coppia così come lo si intendeva sino a qualche tempo fa e non solo da chi avesse opinioni coincidenti con il credo cattolico<sup>30</sup>.

Insistendo ancora sul piano giuridico, bisogna aggiungere che non ci si può appellare a un «diritto a generare», che sarebbe proprio della coppia. In realtà, tra i coniugi esiste soltanto un diritto ad avere rapporti coniugali aperti alla

<sup>27</sup> EUGENIO LECALDANO, *Dizionario di Bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, spec. p. 159 ss.

<sup>28</sup> CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione *Donum Vitae* sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, Introduzione, par. § 4, (70-102), Roma, 1987. Si parla espressamente delle tecniche di riproduzione artificiale a motivo dei rischi che essa comporta per la vita stessa dell'embrione, formulando giudizi normativi e regole comportamentali molto precise, riformulando quanto già dichiarato a proposito dell'aborto e cioè *'l'essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento, esigendo il rispetto incondizionato che gli è moralmente dovuto nella sua totalità corporale e spirituale'* (cfr. § 1 *Donum Vitae*).

<sup>29</sup> FRANCESCO ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno della obiezione di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Dir. Eccl.*, XCII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 129 ss.

<sup>30</sup> MAURIZIO MORI, *La fecondazione artificiale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, spec. p. 15 ss.



generazione<sup>31</sup>; se così non fosse sarebbe illegale o invalido ogni matrimonio infertile (...) Voci allarmate si sono da tempo cominciate a muovere anche in campo laico verso questa tecnicizzazione della generazione umana. Ha scritto, ad esempio, il filosofo Nicola Abbagnano: «*In questo campo, come in tanti altri, scienza e tecnica possono e debbono correggere ed aiutare i processi naturali ma non sostituirsi ad essi con artifici che annullino gli effetti che solo la naturalità può garantire. L'intero mondo della natura oggi ha bisogno di difese contro gli inquinamenti e le deformazioni massicce che l'abuso della tecnica va provocando. Di questo mondo l'uomo è parte integrante e la sua vita, a cominciare dalla nascita, è la cosa più preziosa da difendere contro ogni manipolazione che ne diminuisce la dignità*»<sup>32</sup>.

Ecco, allora, che l'obiettivo diventa squisitamente etico nel momento in cui decidiamo di spostare la nostra attenzione dai problemi che riguardano la coppia a quelli, invece, che si occupano del nascituro, della sua identità come prevedono molti Paesi non solo d'Europa, che hanno già da tempo una legislazione dedicata alle tecnologie riproduttive, con regole ben precise<sup>33</sup>.

Senz'altro, le biotecnologie e le tecniche di ingegneria genetica, ma anche l'innovazione tecnologica della nuova era, hanno aperto nuovi scenari in questo campo specifico, ma non solo, con l'avvertenza, ci permettiamo di ribadire, che le nuove conquiste della scienza non dovrebbero (il condizionale è d'obbligo) oltrepassare mai i confini etici che accomunano tanto i cattolici che tutti gli altri che non si riconoscono in alcun credo<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Sul punto si rimanda alle letture di EDOARDO BONCINELLI, *L'etica della vita*, Rizzoli, Milano 2008, pp. 185; e MAURIZIO CHIODI, *Etica della vita: le sfide della pratica e le questioni teoriche*, Glossa, Milano, 2006, pp. 430

<sup>32</sup> Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Morale coniugale e sacramento della penitenza*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, spec. pp. 81-150, nel quale si riflette sulla circostanza, per i coniugi, di potersi unire nell'atto dell'amore, prescindendo anche dal fine procreativo in quanto tale. (Il testo può essere consultato alla fine di questo saggio)

<sup>33</sup> NICOLA ABBAGNANO, *La saggezza della vita*, Rusconi, Milano, 1998, p. 74; ed altresì ELIO SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica* cit. p. 635; PAOLO VINEIS, *Equivoci bioetici*, Codice Edizioni, Torino, 2006, pp. 125

<sup>34</sup> «*Le ragioni della bioetica e quei conflitti civili*», così la *Repubblica* del 15 settembre 2009 a pagina 50 titolava l'articolo a firma di Miriam Mafai nel quale, la scrittrice dava conto di un recente volume di CLAUDIA MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 156 evidenziando come l'autrice del volume si soffermasse sulla distinzione tra un atteggiamento laico militante ben distinto da uno esclusivo il quale dovrebbe poggiare sull'assoluta neutralità dello Stato rispetto alle fedi. Scrive Mafai «... Il principio di laicità, pure iscritto fin dal secolo scorso negli ordinamenti di tutti i paesi europei, e generalmente accettato nella sua forma teorica, sta entrando in crisi, sostiene la Mancina, a causa di tre fenomeni nuovi e convergenti, che si manifestano ormai in tutta Europa: la legittima richiesta di un riconoscimento identitario da parte di nuovi gruppi, culture e religioni che da tempo si sono insediati nei nostri paesi; una crisi che, dovuta alla globalizzazione, indebolisce le

Infatti è il senso alto dell'etica, dei principi ad essa riferiti ai quali si devono modellare i comportamenti dell'uomo nel campo scientifico perché non si oltrepassi la barriera che delimita la liceità, che sottragga, in una parola, la conoscenza scientifica e la incalzante innovazione tecnologica ad un uso sconsiderato o, peggio, arbitrario<sup>35</sup>.

In questo delineato scenario, sarà allora più che mai opportuno e necessario individuare scrupolosamente quale dovrà essere l'intervento della legge, fissando regole e principi oltre i quali la mente umana non potrà spingersi perché eticamente inaccettabile. È senz'altro auspicabile, ci mancherebbe altro, che le regole del diritto disciplinino la materia della procreazione assistita<sup>36</sup>, nella direzione che abbraccia le nuove tecnologie, ma con il limite,

---

*tradizionali identità nazionali e ne chiede quindi un irrobustimento; l'emergere infine della bioetica con il suo carico di questioni che pur proponendo temi apparentemente privati, come la vita, la morte e la riproduzione, non possono tuttavia considerarsi problemi solo personali ma chiedono necessariamente una discussione e una decisione pubblica'*; ed altresì interessante la lettura di PIER ANGELO IACOBELLI, *Bioetica della nascita e della morte. Storia incompiuta dell'esistere umano*, Città Nuova, Roma 2008, pp. 287; ed anche di MASSIMO LA TORRE-MARINA LALATTA COSTERBOSA-ALBERTO SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2007; CHIARA LALLI, *Dilemmi della bioetica*, Liguori, Napoli, 2007; GIANNINO PIANA, *Bioetica tra scienza e morale*, Utet, Torino, 2008; FRANCESCO D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>35</sup> NORBERTO BOBBIO, 'Mi stupisco che i laici lascino ai cattolici il privilegio e l'onore di affermare che non si deve uccidere' da pagina 22 di 'Avvenire' dell'11 gennaio 2004

<sup>36</sup> SALVATORE AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 186. Si ritiene utile indicare alcuni indirizzi sitografici italiani ed esteri consultati: Associazione Scienza & Vita: [www.scienzaevita.org](http://www.scienzaevita.org); Bibliografia Bioetica: [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it); Bioetica della ricerca e della cultura scientifica (Ceris): [www.ceris.cnr.it/Bioetica.html](http://www.ceris.cnr.it/Bioetica.html); Bioetica cattolica: [www.bio-etica.org](http://www.bio-etica.org); Comitato Nazionale di Bioetica: [www.governo.it/bioetica/index.html](http://www.governo.it/bioetica/index.html); Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie: [www.governo.it/biotecnologie/index.html](http://www.governo.it/biotecnologie/index.html); Commissione interministeriale Per le Biotecnologie: [www.sanita.it/biotec](http://www.sanita.it/biotec); Consulta di Bioetica: [www.consultadibioetica.org](http://www.consultadibioetica.org); Fondazione Basso di Roma: [www.biogea.org](http://www.biogea.org); Istituto di Bioetica UCSC: [www.istitutobioetica.org](http://www.istitutobioetica.org); Istituto Superiore di Sanità: [www.iss.it](http://www.iss.it); Pontificia Accademia Pro Vita: [www.academiaevita.org](http://www.academiaevita.org); Sistema informativo per la Bioetica: [www.bioethics.iastate.edu/](http://www.bioethics.iastate.edu/); [www.bioethics.ie/](http://www.bioethics.ie/); [www.bioethics.od.nih.gov/](http://www.bioethics.od.nih.gov/); [www.bioethics-international.org/iab-2.0/index.php?show=index](http://www.bioethics-international.org/iab-2.0/index.php?show=index); [www.biospace.com](http://www.biospace.com); [www.ec.europa.eu/european\\_group\\_ethicsindex\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/european_group_ethicsindex_en.htm) (European Group on Ethics in Science and New Technologies); [www.ec.europa.eu/research/science-society/](http://www.ec.europa.eu/research/science-society/) (European Commission, Life Sciences and Biotechnology); [www.georgetown.edu/research/nrcbl/nrc/index.htm](http://www.georgetown.edu/research/nrcbl/nrc/index.htm) (National Reference Center for Bioethics Literature); [www.gwdg.de/~uelsner/euroeth.html](http://www.gwdg.de/~uelsner/euroeth.html) (European data base network); [www.ncbcenter.org/](http://www.ncbcenter.org/); [www.nlm.nih.gov/bsd/bioethics.html](http://www.nlm.nih.gov/bsd/bioethics.html) (Bioethics Information Resources); [www.nuffieldbioethics.org/](http://www.nuffieldbioethics.org/); [www.portal.unesco.org](http://www.portal.unesco.org) (Unesco); [www.unesco.org/shs/bioethics](http://www.unesco.org/shs/bioethics); [www.web.iner.com/bioethics.htm](http://www.web.iner.com/bioethics.htm); [www.who.int/ethics/en/](http://www.who.int/ethics/en/) (OMS, Ethics and Health); [www.wma.net/e/](http://www.wma.net/e/) (World Medical association); [www.bioderecho.org/](http://www.bioderecho.org/); [www.bioetica-debat.org/](http://www.bioetica-debat.org/); [www.redlacbioetica.org/](http://www.redlacbioetica.org/); [www.bioderecho.cl/](http://www.bioderecho.cl/); [www.assembleenationale.fr/11/dossiers/bioethique.asp](http://www.assembleenationale.fr/11/dossiers/bioethique.asp); [www.bioethique.et/](http://www.bioethique.et/); [www.coe.int/T/E/Legal\\_affairs/Legal\\_cooperation/Bioethics/](http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_cooperation/Bioethics/) (European Council); [www.ethique.inserm.fr/](http://www.ethique.inserm.fr/); [www.genethique.org/carrefour\\_infos/carrefour\\_infos.asp](http://www.genethique.org/carrefour_infos/carrefour_infos.asp); [www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/bioethique/index.html](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/bioethique/index.html).

avvertiamo, del riferimento etico, perché il progresso tecnologico in materia non sia circoscritto a se stesso, bensì strumento per il genere umano e per la salvaguardia della sua dignità<sup>37</sup>.

Ma da quando ci si pone il problema della procreazione medicalmente assistita o, più semplicemente della inseminazione artificiale?<sup>38</sup>

Abbiamo accennato alla nota 4 di queste pagine che tra gli anni 30 e 40 gli studi sul DNA iniziavano a dare i primi frutti e che nel 1953 James Watson e Francis Crick proposero un modello relativo alla struttura della molecola di DNA denominata a *doppia elica*<sup>39</sup>.

Ma con riferimento specifico all'inseminazione artificiale, nel 1782 si ha notizia di un monaco, Spallanzani che, dopo vari esperimenti, ebbe successo di una inseminazione artificiale operata su una femmina di cane e che Walter Heape trasferì con esito positivo embrioni di coniglio su altre specie di animali; ma sarà solo negli anni 40 l'applicazione positiva di inseminazione artificiale

---

<sup>37</sup> FRANCESCO D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Rivista di diritto civile*, I, 5, Giuffrè, Milano, 1996, p. 590 ss.; MARIO CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>38</sup> Si segnalano alcuni recentissimi volumi che riguardano in particolare problemi e prospettive in ordine alle ricerche in tema di cellule staminali: LUCA BONFANTI, *Le cellule invisibili. Il mistero delle staminali del cervello*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, pp. 278; GIANVITO MARINO, *La medicina che rigenera. Non siamo nati per invecchiare*, San Raffaele, Milano, 2009, pp. 240; CARLO ALBERTO DEFANTI, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, pp. 270; ed altresì il saggio di ERMANNO GENRE, *L'inizio e la fine della vita*, in DORA BOGNANDI-MARTIN IBARRA (a cura di), *L'inizio e la fine della vita. Le sfide della bioetica*, Claudiana Editrice, Torino, 2005, pp. 128 ed in particolare il testo richiamato di GENRE è alle pp. 39-49.

<sup>39</sup> FRANCESCO D'AGOSTINO, *La fecondazione eterologa*, in "Nuovi Studi Politici", IIIa serie, 35, Fondazione Internazionale Nova Spes, Roma, 2005, pp. 155 -157; ed altresì LAURA PALAZZANI, *La dignità dell'embrione umano come problema*, in RICCARDO ROSSANO-SALVATORE SIBILLA (a cura di), *La tutela giuridica della vita prenatale*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 127-138; VALERIO GIGANTE, *La Chiesa al mercato dei valori*, in *MicroMega*, 4 / 2009, Editoriale L'Espresso, Roma, 2009, pp. 99-107 ed ivi spec. p. 103 ove leggiamo "... Ma se è chiarissimo cosa non si può fare, cioè praticamente nulla, cos'è che allora può fare una coppia che ha problemi ad avere figli? Lo ha spiegato la professoressa Maria Luisa Di Pietro, presidente dell'Associazione Scienza & Vita, nel presentare il documento vaticano, il 12 dicembre 2008: la Chiesa consente di «prelevare il seme ottenuto durante l'atto coniugale con un Scd (Semen Collection Device) perforato, una sorta di preservativo bucato che fa salva la naturalità dell'atto sessuale irrinunciabile per la Chiesa per veicolare, previa preparazione, nelle vie genitali femminili». Questa procedura, ha precisato la Di Pietro, «comporta un ricorso alla tecnica, ma l'intervento del medico è successivo – di aiuto – a un atto coniugale già verificatosi» e quindi è in linea con quanto affermato nel punto 12 della *Dignitas personae*: «L'intervento medico è rispettoso della dignità della persona, quando mira ad aiutare l'atto coniugale sia per facilitare il compimento, sia per consentirgli di raggiungere il suo fine, una volta che sia stato normalmente compiuto». Con l'Scd, in pratica, uomo e donna hanno un rapporto sessuale come se volessero davvero avere un bambino, con lui che indossa una sorta di preservativo bucato che gli permette di raccogliere lo sperma senza precludersi la possibilità che questo vada a fecondare l'ovulo di lei. In questo modo, l'atto sessuale finalizzato alla procreazione è salvo".

sulla specie dell'uomo seppur limitata alla sola inseminazione omologa che utilizzava solo i gameti della coppia (della quale ci siamo occupati in apertura del saggio). E negli anni 60 inizierà a circolare la pratica della inseminazione eterologa avente cioè soggetto donante diverso di gameti da quello di coppia; e nel 1969 l'inglese Robert Edwards, praticando le fecondazioni in vitro, ottenne embrioni umani direttamente definiti e non occasionalmente come sino a quel momento avveniva, riuscendo finanche a ottenere la prima gravidanza su una donna.

Ma è nel 1978 che la storia segna un evento epocale in materia, quando nasce Louise Brown, la prima bambina nata 'in provetta'; da allora il processo di fecondazione 'in vitro' non ha conosciuto sosta ed è utilizzato, oggi, in ogni parte del mondo<sup>40</sup>.

Sorvolo, ovviamente, sulle molte e differenti tecniche oggi perfezionate in ordine alla fecondazione assistita<sup>41</sup>, come quelle inerenti le cosiddette tec-

---

<sup>40</sup> Su *la Repubblica* del 5 maggio 2009 si può leggere a pagina 34 l'intervista rilasciata dal nobel JAMES DEWEY WATSON il quale, abbiamo visto, essere stato lo scopritore della 'doppia elica' del DNA, nel quale annuncia che in un prossimo futuro tutti gli uomini avranno la possibilità di avere un profilo completo del genoma al prezzo ridicolo di 1.000 dollari a fronte dei milioni di dollari ancora oggi necessari per questa ricerca. Ricordiamo che le tappe fondamentali per una corretta ricostruzione storica del DNA possono così essere sintetizzate: **1866** il monaco Gregory Mendel scopre come possono essere trasmessi i tratti ereditari; **1868** il DNA viene isolato dal nucleo di una cellula chiamata di nucleina; **1940** circa si scoprono quali sono gli elementi che compongono il DNA ma non la sua forma; **1953** James Watson e Francis Crick scoprono che il DNA ha una struttura a doppia elica; **1966** inizia la lettura di piccoli frammenti di DNA; **1990** Genoma umano è il progetto per codificare il DNA umano che si concluderà negli anni 2000 / 2001; **2007** il DNA di un individuo viene letto dalla prima all'ultima lettera. Nella stessa edizione del 5 maggio 2009 di *la Repubblica* a pagina 33 UMBERTO VERONESI scrive *'La scoperta del co Codice della Vita nel DNA, annunciata da Craig Venter nel giugno del 2000, rappresenta la più importante rivoluzione non violenta della storia recente. Oggi, all'affacciarsi dei dieci anni da quel giorno, la strada del DNA appare segnata nel pensiero senza via di ritorno e le prime applicazioni ci confermano che le potenzialità per il bene dell'uomo sono davvero straordinarie. Per esempio il trasferimento genetico ha dato un gran contributo alla medicina. (...) Avremo vegetali che sintetizzano l'azoto atmosferico e che non avranno più bisogno di ricevere dall'uomo per crescere'*; ma per una ricostruzione puntuale e ben documentata storicamente nella quale si mettono a confronto realtà di diversi Stati, si rimanda alla lettura del bel lavoro di STEVE OLSON, *Mappe della storia dell'uomo. Il passato che è nei nostri geni*, Einaudi, Torino, 2003, pp. 294 ed ivi così a p. XIII *"La storia contenuta nel nostro DNA è ricca, complessa e variamente stratificata. In questo libro mi occuperò di cinque ampie aree del mondo (l'Africa, il Vicino e Medio Oriente, l'Asia e l'Australia, l'Europa e le Americhe), dedicando una capitolo finale alle Hawaii. Ho intenzione di delineare, in ognuna delle sezioni, la storia degli uomini anatomicamente moderni che si è svolta in quella specifica parte del pianeta Terra, dal momento della loro comparsa fino a oggi. Talvolta la storia seguirà direzioni inaspettate: ci occuperemo ad esempio delle origini e della diversificazione delle lingue o delle esperienze di particolari gruppi umani, come gli ebrei o i cinesi han. Il mio centro d'interesse rimarrà sempre lo stesso: indagare su quanto la nostra storia genetica ci dica di noi stessi, del nostro passato e del futuro che ci aspetta come specie"*.

<sup>41</sup> LORENZO D'AVACK, *Procreazione medicalmente assistita*, in *"Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore"*, vol. XII, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2007, pp. 212-222 ed ivi in particolare a p. 222

niche *omologhe* da quelle *eterologhe* che, abbiamo appena visto, impiegano gameti di soggetti terzi rispetto alla coppia, i cosiddetti donatori; oppure, per continuare, la distinzione che occorre operare tra inseminazione artificiale e fecondazione in vitro che possono benissimo essere, entrambe queste tecniche, sia omologhe che eterologhe: e si potrebbe continuare<sup>42</sup>.

In Europa la disciplina giuridica in materia è molto dissimile da paese a paese, risultando a seconda dei casi molto rigida (è il caso della Germania e dell’Austria per esempio) o tollerante e permissiva come in Olanda e Spagna, ma anche in Inghilterra ed altre nazioni<sup>43</sup>.

E’ stato certamente il peso della Chiesa cattolica ad aver allungato i tempi perché anche in Italia, sino alla famosa legge 40 del 2004 vi fosse un persistente vuoto legislativo, pur non mancando, in verità, interventi di tipo amministrativo come, ad esempio, tutta una serie di circolari ministeriali ed ordinanze<sup>44</sup>.

Una importante novità in materia si è avuta senz’altro con i pareri emessi dal Comitato Nazionale di Bioetica<sup>45</sup>, una istituzione del 28 marzo 1990, quando si

---

ampi riferimenti specifici bibliografici; e dello stesso LORENZO D’AVACK, *Verso un antidestituto. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. V-233 e in particolare le pp. 107-176 e con specifico riferimento ai temi legati all’etica le pp. 51-54 ove a p. 52 leggiamo “... *Così la possibilità di disporre del corpo umano nell’ambito della ricerca, oltre a quello dell’integrità fisica, trova un ulteriore limite nel rispetto di quel bene connaturale alla qualità di persona propria di ogni individuo rappresentato dalla dignità umana alla quale dovrà costantemente informarsi la sua esistenza. (...) Da queste considerazioni di carattere generale conseguono diritti specifici quali il diritto al consenso informato, alla protezione della riservatezza dei dati personali, oltre al rispetto per la nostra identità biologica, sia nel senso individuale che come specie*”. Sarà utile consultare altresì il saggio di PAOLA B. HELZEL, *Accanimento o dovere terapeutico? L’etica di fronte alle frontiere della vita. Alcune riflessioni*, in *Diritto e Religioni* (Rivista diretta da Mario Tedeschi), 6, 2-2008, Pellegrini, Cosenza, 2008, pp. 58-79.

<sup>42</sup> Cfr. BRUNO DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2002, spec. p. 1060 ss.; ELIO SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, vol. I, Vita e Pensiero, Milano, 1998, spec. p. 427 ss.; ATTILIO GORASSINI, *Lezioni di biodiritto. Appunti del corso di lezioni a cura della dott.sa F. Tescione*, Giappichelli, Torino 2007, spec. p. 115 ss.

<sup>43</sup> Cfr. MICHELE ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2003, spec. p. 239 ss.; FORTUNATO FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 48 ss.; LEONARDO LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova, 1993, p. 23 ss.; GERARDO VILLANACCI, *Il concepito nell’ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, ESI, Napoli, 2006, p. 36 ss.; RICCARDO VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8 ss.; GIANDOMENICO MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997, spec. p. 29 ss.

<sup>44</sup> ANDREA GENTILOMO-ANTONELLA PIGA-STEFANO NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell’Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>45</sup> Si pensi, ad esempio, (l’elenco è lunghissimo) alla circolare del Ministero della Sanità n. 100 del 1 marzo 1985 circa i limiti e le condizioni di legittimità dei servizi per l’inseminazione artificiale in ambito al Servizio Sanitario Nazionale, che vieta alle sole strutture a gestione diretta dello Stato

è pronunciato in particolare il 17 giugno 1994 proprio in ordine alle tecniche della procreazione assistita; o il 17 febbraio 1995 sulla fecondazione assistita. Ed ancora, i documenti del predetto Comitato Nazionale per la Bioetica circa l'identità e lo statuto dell'embrione umano, datato, quest'ultimo documento 22 giugno 1996; o quello del 31 marzo 2000 sul Protocollo europeo in ordine all'embrione e al feto umani; ed ancora, sulle considerazioni etico-giuridiche dell'impiego delle biotecnologie in data 30 novembre 2001; nonché quello dell'11 aprile 2003 sulle Ricerche che impiegano embrioni umani e cellule staminali<sup>46</sup>.

Dicevamo della Legge 40<sup>47</sup>. Essa si compone di sette Capi e 18 articoli; già il tenore dell'articolo 1 è inequivocabilmente chiaro poichè *'assicura i diritti*

---

o convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale, l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita eterologhe, con l'esclusione delle sole coppie di coniugi non separati alle quali possono, invece, essere applicate. Oppure la circolare n. 19 del 27 aprile 1987 sulle difese del virus AIDS in ordine alla donazione dello sperma per impedire la trasmissione di malattie; o ancora la circolare n. 17 del 10 aprile 1992 che istituisce il Registro Italiano per la Procreazione Medico assistita presso l'Istituto Superiore della Sanità. Ed inoltre, l'ordinanza datata 5 marzo 1997 con la quale si tende a monitorare i centri presso i quali viene praticata la procreazione assistita, obbligando detti centri alla trasmissione dei dati entro un perentorio termine, nonché accreditarsi presso apposito elenco istituito al Ministero della Sanità, prevedendo, di contro, con dedicata ordinanza del 4 giugno 1997, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 132 del 9 giugno 1997, il divieto per quei centri che avessero omesso di farsi accreditare, dal continuare a praticare le tecniche della procreazione medicalmente assistita. Ed infine, l'ordinanza datata 25 luglio 2001 con la quale si fa espresso divieto di importazione o esportazione di gameti ed embrioni umani. Cfr. VINCENZO DAVID, *La tutela giuridica dell'embrione umano*, in *Bioetica e cultura*, ISB, Acireale, 1999, p. 85 ss.; ed altresì CARLA FARALLI-SANDRA TUGNOLI, *Bioetica scienza diritto: la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (19 febbraio 2004, n.40)*, in *"Revista de bioética y derecho"*, 3, Universidad de Barcelona, Barcellona, 2005, pp. 15-20

<sup>46</sup> Ecco cosa scrive nel suo recentissimo volume LUCA MARINI, *Codice del diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. V-351 ed ivi alla nota 3 delle pp. X e XI *'Per il momento può essere utile per capire chi sono i 'bioeticisti', almeno in Italia. (...) Le due differenti espressioni (biodiritto e biogiuridica) si giustificano perché, almeno in origine, la prima e più antica (biodiritto) aveva ad oggetto principalmente lo studio dei problemi giuridici suscitati dallo sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, mentre la seconda e più recente (biogiuridica) è stata espressamente concepita, oltre che per ragioni puramente accademiche, per ricomprendere l'esame dei profili giuridici di tutte le problematiche bioetiche, senza eccezioni. Oggi, le due espressioni (...) possono considerarsi equivalenti. (...) Ciò premesso, e tenuto conto che, almeno per il momento, la professione di bioeticista non è riconosciuta né disciplinata, è forse corretto affermare che gli unici professionisti che possono qualificarsi esperti di bioetica, e che possono aspirare al titolo di bioeticisti, sono i componenti o ex componenti del Consiglio Nazionale di Bioetica. Ciò non è privo di conseguenze sul piano pratico, ove si consideri la crescente richiesta di consulenza bioetica e biogiuridica da parte di imprese che operano nel campo delle scienze della vita, delle biotecnologie, delle nanotecnologie, della robotica e della convergenza tecno-industriale nei settori poc'anzi menzionati; si pensi, ad esempio, alla proliferazione di comitati etici, codici etici, standar etici e marchi di qualità etica, nonché ai nuovi profili professionali necessari per assicurare tali nuove forme di consulenza'*.

<sup>47</sup> ALICE BENEDETTA FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002

*di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito* così indirizzando una totale garanzia a favore di quanti fossero coinvolti nei processi che riguardano la procreazione tutelando, conseguentemente, i sacrosanti diritti degli embrioni stessi considerandoli assolutamente alla stregua di ogni essere umano, con un autonomo patrimonio genetico. Inoltre la fecondazione assistita potrà riguardare solo quei soggetti affetti da sterilità o infertilità debitamente certificati. È espressamente vietato il congelamento degli embrioni e il processo di clonazione, così come la pratica della fecondazione eterologa e quella *post mortem*. Non v'è chi non veda in questi limiti delineati già nell'articolo 1 della legge 40 un riferimento forte a quei principi propri della Chiesa cattolica che non ha esitato a qualificare tali tecniche, pratiche *'molto disoneste'* in quanto determinano gravi dissociazioni tra i genitori biologici che subiscono *'l'ingerenza'* di un soggetto terzo al rapporto di coppia; ma anche che dette questioni sono altamente lesive della dignità degli sposi, che hanno consacrato l'unione con il vincolo del coniugio perché concepissero un figlio in costanza di matrimonio. E poi, come si concilia la tutela che questa legge riconosce all'embrione, con la possibilità per la madre di interrompere la gravidanza nei primi mesi di gestazione, a mente della legge numero 194 del 1978, se all'articolo 1 afferma che *"Lo Stato tutela la vita umana fin dal suo inizio"*?

Questi e molti altri interrogativi sono alla base del dibattito che ancor oggi imperversa non solo tra i media e gli addetti ai lavori, ma anche tra la gente comune. Basti pensare, e concludo, che l'Associazione del Comitato Promotore per il Referendum ha raccolto le firme anche per l'abrogazione della legge 40, sull'ammissibilità della quale si è pronunciata la Corte Costituzionale con sentenza n. 45 del gennaio 2005 che ha bocciato il quesito rigettando la richiesta di abrogazione<sup>48</sup>.

Ricordo, in proposito, la recente pronuncia del Tribunale di Bologna, una sentenza depositata il 29 giugno 2009, che ha ordinato ad un centro di procreazione assistita di Bologna di procedere con la diagnosi genetica sugli embrioni.

Ciò in violazione delle disposizioni della Legge 40. Secondo il Giudicante, la diagnosi genetica di preimpianto su di un embrione è legittima ed è altresì legittimo accedere alla fecondazione assistita anche per le coppie non sterili: «il divieto di diagnosi preimpianto pare irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la diffusa pratica della diagnosi

---

<sup>48</sup> La riporto per essere agevolmente consultata per intero alla fine del saggio, insieme, come ricordavo nella nota 31, al documento della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, estratto da [www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents).

prenatale, altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza, ma perfettamente legittima».

La procedura di diagnosi genetica preimpianto deve dunque essere ritenuta «ammissibile come il diritto di abbandonare l'embrione malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano».

La sentenza dispone inoltre che si proceda «previa diagnosi al preimpianto di un numero minimo di 6 embrioni». Il medico deve eseguire i trattamenti «in considerazione dell'età e del rischio di gravidanze plurigemellari pericolose» e deve provvedere al congelamento «per un futuro impianto degli embrioni risultati idonei che non sia possibile trasferire immediatamente e comunque di quelli con patologia».

Mi sembra che il provvedimento appena citato privi di fondamento e di ragione alcuna tutte le riflessioni dedicate alle problematiche etiche della generazione umana<sup>49</sup>.

Forse è il caso di ricordare che «*La bioetica, il cui ambito peculiare è proprio l'insieme delle problematiche sorte in seguito alle possibilità aperte dalle biotecnologie (a livello umano e ambientale) e all'applicazione della tecnologia alla medicina, deve contribuire al dibattito pubblico nel modo intellettualmente più probato*<sup>50</sup>. *Se vuole essere bioetica, cioè mantenersi fedele alla sua originaria natura epistemica, non deve avere paura di essere coscienza critica, capacità di discernimento (sapienza) e coscienza ermeneutica della realtà biologica e umana insieme (ponte), realtà concretamente rappresentata dagli embrioni oggetto di selezione genetica, dai feti abortiti in nome del principio di qualità della vita, dai prematuri come dai neonati oggetto di eutanasia, per riconoscerli come gli esseri umani e le persone più fragili e indifesi. Dell'atteggiamento verso costoro l'uomo contemporaneo è e sarà chiamato ancora una volta dalla storia a rendere ragione in quanto soggetto etico*»<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> PASQUALE STANZIONE-GIOVANNI SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giuffrè, Milano, 2004

<sup>50</sup> Ecco cosa ha scritto in un lavoro monografico di ampio respiro lo storico della filosofia ENRICO BERTI, *In principio era la meraviglia. Le grandi questioni della filosofia antica*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. V-350 ed ivi a p. 157 "...L'unico tipo di immortalità a cui l'uomo, come peraltro tutti gli altri viventi, può aspirare è la perpetuazione della propria specie attraverso la riproduzione. La più naturale operazione dei viventi, quando hanno raggiunto il pieno sviluppo e non sono difettosi (...), è di produrre un altro simile a sé, l'animale un animale, la pianta una pianta, onde partecipino, per quanto possono, dell'eterno e del divino; chè questo è, in realtà, l'oggetto della brama di tutti e il fine per il quale compiono quel che compiono naturalmente (...). Siccome il vivente non è in grado di partecipare dell'eterno e del divino in modo continuo, perché nessun essere corruttibile può permanere lo stesso e unico numericamente, perciò ciascuno ne partecipa nel modo che può, uno più, l'altro meno, e permane non lui, ma un altro come lui, uno con lui non per il numero, ma per la specie".

<sup>51</sup> Cfr DANIELE TORTORETO, *Biotecnologie animali e vegetali tra storia, bioetica e diritto*, Aracne Edi-



Ecco allora prospettarsi assolutamente necessario ed opportuno un radicale intervento legislativo in tema di procreazione assistita perché tenga in debito conto i concorrenti interessi dei soggetti principali della vicenda, a partire dalla donna e dal nascituro<sup>52</sup>, considerando quindi il nucleo familiare legittimo, che poi è quello che rappresenta in assoluto la base sulla quale è fondata la nostra società<sup>53</sup>; e tutto questo perché la ricerca scientifica si fa sempre più aggressiva e gli standard tecnologici sempre più avveniristici sicché, difficilmente, si porranno limiti oltre i quali non è dato sconfinare<sup>54</sup>.

Penso, viceversa, che questi limiti debbano essere quelli della dignità umana come richiamati opportunamente anche nell'articolo 1 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 (quella che si occupa e disciplina i diritti fondamentali dell'Unione Europea) "*La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*" (art. 1)<sup>55</sup>.

Al di là delle prospettazioni giuridiche che ogni singolo paese adotta o

---

trice, Roma, 2008, pp. 7-124; ma anche PAOLO VINEIS-ROBERTO SATOLLI, *I due dogmi. Oggettività della scienza e integralismo etico*, Prefazione di Ignazio Marino, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2009, pp. VII-180 ed ivi spec. pp. 155-173 ove gli autori riflettono sulle determinazioni politiche in ordine alle tematiche che hanno a motivo non solo le questioni riferibili alla bioetica; e così a p. 161 scrivono "... Il modello dominante di ricerca (anche se ancora piuttosto fumoso) è quello della *systems biology*, in cui non si cerca più la semplicità dei confini netti, ma piuttosto la complessità dei modelli matematici "multilivello", delle simulazioni dinamiche multivariate, e in ogni elemento viene reso disponibile e libero di combinarsi con tutti gli altri (Rose, 2007). Ma al di là delle potenzialità infinite di combinazioni ideale (nei modelli) sono anche cresciute le concrete, materiali possibilità di combinazione e ricombinazione: dai trapianti al trasferimento di geni, dalle chimere alla ricostruzione di organi e tessuti. La biologia crea dunque un "biovalore" e un "biocapitale" (Rose, 2007), come dimostrato da associazioni come BioCapital Europe, che mira a promuovere commercialmente lo sviluppo dell'industria delle biotecnologie. Nel 2002 l'industria biotecnologica inglese aveva un capitale complessivo di 6,3 miliardi di sterline".

<sup>52</sup> MARIELLA LOMBARDI RICCI, *L'eutanasia neonatale, 4. Etica dell'utile ed etica del bene*, in AA.VV., *Dalla parte della vita. Itinerari di bioetica*, vol. I, Effatà Editrice, Cantalupa (To), 2007, p. 358.

<sup>53</sup> GUIDO ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in «*Sociologia del diritto*», 31, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 41.

<sup>54</sup> MARIA RITA SAULLE, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo e la tutela del nascituro*, in ANTONIO TARANTINO (a cura di), *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 161 ss.

<sup>55</sup> Scrive STEFANO RODOTÀ su *La Repubblica* del 6 agosto 2009 'La volontà di limitare la libertà di scelta e di espropriare la persona del diritto di governare la propria vita, era già comparsa nelle discussioni che accompagnano il dibattito parlamentare sul testamento biologico. (...) Viene ribadito il ruolo centrale dell'autodeterminazione per la prima volta riconosciuto esplicitamente come 'diritto fondamentale' della persona. Il legislatore deve tener conto delle «acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione» (...) Questo il quadro costituzionale che la politica deve rispettare se vuole che le sue decisioni siano legittime (...) Credo proprio che non debba essere seguito l'esempio dell'"amico Putin", che tre settimane fa ha consentito alla Chiesa ortodossa un diritto di esame preventivo di tutte le leggi che riguardano temi eticamente sensibili.

riterrà di adottare, ma anche in ordine ad una ideale scala gerarchica di valori propria di ognuno di noi, sarà irrinunciabile serrare il dibattito sui temi della bioetica affinché il bene 'vita', quello più prezioso, non venga calpestato ma continui a cibarsi della sapiente ricerca degli scienziati avendo a cuore di non ledere la dignità del prossimo<sup>56</sup>.

## APPENDICE

Legge 19 febbraio 2004, n. 40

“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”  
pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004

### CAPO I PRINCIPI GENERALI

ART.1. (*Finalità*). 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità. ART. 2. (*Interventi contro la sterilità e la infertilità*). 1. Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurre l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione

---

<sup>56</sup> Le direttive internazionali in materia possono essere lette in DANIELE TORTORETO, *Biotechnologie animali e vegetali tra storia, bioetica e diritto* cit., spec. pp. 63-103: ma anche più in generale sulle molteplici implicazioni in ordine al trattamento dei dati personali ed alla necessità della tutela giuridica della privacy anche in campo biomedico, cfr. GUIDO ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Edizioni SEAM, Milano, 1998, pp. 7-286, il quale nella presentazione del volume avverte che “oggi la persona, nella società dell'informazione, è data dalle informazioni che la dipingono, dai dati che le si riferiscono. Ciò è senz'altro positivo se si tien conto del salto di qualità determinatosi nella possibilità di connessione delle informazioni garantita dalla raccolta, elaborazione e comunicazione di dati effettuate tramite computer: Tuttavia, in tale condizione, possono registrarsi anche effetti preoccupanti e pericolosi. Già George Orwell molti anni fa aveva previsto il profilarsi di un mondo intrusivo, di una «casa di vetro» in cui ciascuno poteva essere spiato, perseguitato, discriminato. I dati raccolti sulla persona, infatti, non sempre sono corretti, completi, pertinenti, né sono raccolti o comunicati lecitamente. Questi inquietanti fenomeni non potevano non investire il mondo del diritto e porre problemi di temperamento degli interessi in gioco” (cfr. retro copertina).

dei fenomeni della sterilità e della infertilità. 2. Per le finalità di cui al comma 1 è autorizzata la spesa massima di 2 milioni di euro a decorrere dal 2004. 3. All'onere derivante dall'attuazione del comma 2 si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio. ART. 3. (*Modifica alla legge 29 luglio 1975, n. 405*).

1. Al primo comma dell'articolo 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, sono aggiunte, in fine, le seguenti lettere: "*d-bis*) l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; *d-ter*) l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare". 2. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

## CAPO II ACCESSO ALLE TECNICHE

ART. 4. (*Accesso alle tecniche*). 1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. 2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: *a*) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività; *b*) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6. 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

ART. 5. (*Requisiti soggettivi*). 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. ART. 6. (*Consenso informato*).

1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per

la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa. 2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate. 3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo. 4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione. 5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge. ART. 7. (*Linee guida*). 1. Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. 2. Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate. 3. Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1.

### CAPO III DISPOSIZIONI CONCERNENTI LA TUTELA DEL NASCITURO

ART. 8. (*Stato giuridico del nato*). 1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6. ART. 9. (*Divieto del*

*disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*). 1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

#### CAPO IV REGOLAMENTAZIONE DELLE STRUTTURE AUTORIZZATE ALL'APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

ART. 10. (*Strutture autorizzate*). 1. Gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro di cui all'articolo 11. 2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano definiscono con proprio atto, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge: *a*) i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture; *b*) le caratteristiche del personale delle strutture; *c*) i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse; *d*) i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture. ART. 11. (*Registro*). 1. È istituito, con decreto del Ministro della salute, presso l'Istituto superiore di sanità, il registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime. 2. L'iscrizione al registro di cui al comma 1 è obbligatoria. 3. L'Istituto superiore di sanità raccoglie e diffonde, in collaborazione con gli osservatori epidemiologici regionali, le informazioni necessarie al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti. 4. L'Istituto superiore di sanità raccoglie le istanze, le informazioni, i suggerimenti, le proposte delle società scientifiche e degli utenti riguardanti la procreazione medicalmente assistita. 5. Le strutture di cui al presente articolo sono tenute a fornire agli osservatori epidemiologici

regionali e all'Istituto superiore di sanità i dati necessari per le finalità indicate dall'articolo 15 nonché ogni altra informazione necessaria allo svolgimento delle funzioni di controllo e di ispezione da parte delle autorità competenti. 6. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, determinato nella misura massima di 154.937 euro a decorrere dall'anno 2004, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

## CAPO V DIVIETI E SANZIONI

ART. 12. (*Divieti generali e sanzioni*). 1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro. 2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. 3. Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. 4. Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro. 5. Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro. 6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. 7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa

da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione. 8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5. 9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7. 10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.

## CAPO VI MISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE

ART. 13. (*Sperimentazione sugli embrioni umani*). 1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. 3. Sono, comunque, vietati: *a*) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; *b*) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; *c*) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; *d*) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere. 4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste. 5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo. ART. 14. (*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*). 1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo

7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile. 4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero. 6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. 7. È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo. 8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto. 9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

#### CAPO VII DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

ART. 15. (*Relazione al Parlamento*). 1. L'Istituto superiore di sanità pre-dispone, entro il 28 febbraio di ciascun anno, una relazione annuale per il Ministro della salute in base ai dati raccolti ai sensi dell'articolo 11, comma 5, sull'attività delle strutture autorizzate, con particolare riferimento alla valutazione epidemiologica delle tecniche e degli interventi effettuati. 2. Il Ministro della salute, sulla base dei dati indicati al comma 1, presenta entro il 30 giugno di ogni anno una relazione al Parlamento sull'attuazione della presente legge. ART. 16. (*Obiezione di coscienza*). 1. Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate. 2. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1. 3. L'obiezione di coscienza



esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.

ART. 17. (*Disposizioni transitorie*). 1. Le strutture e i centri iscritti nell'elenco predisposto presso l'Istituto superiore di sanità ai sensi dell'ordinanza del Ministro della sanità del 5 marzo 1997, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 55 del 7 marzo 1997, sono autorizzati ad applicare le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nel rispetto delle disposizioni della presente legge, fino al nono mese successivo alla data di entrata in vigore della presente legge. 2. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le strutture e i centri di cui al comma 1 trasmettono al Ministero della salute un elenco contenente l'indicazione numerica degli embrioni prodotti a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita nel periodo precedente la data di entrata in vigore della presente legge, nonché, nel rispetto delle vigenti disposizioni sulla tutela della riservatezza dei dati personali, l'indicazione nominativa di coloro che hanno fatto ricorso alle tecniche medesime a seguito delle quali sono stati formati gli embrioni. La violazione della disposizione del presente comma è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 25.000 a 50.000 euro. 3. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, le modalità e i termini di conservazione degli embrioni di cui al comma 2.

ART. 18. (*Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita*). 1. Al fine di favorire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte dei soggetti di cui all'articolo 5, presso il Ministero della salute è istituito il Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il Fondo è ripartito tra le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulla base di criteri determinati con decreto del Ministro della salute, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. 2. Per la dotazione del Fondo di cui al comma 1 è autorizzata la spesa di 6,8 milioni di euro a decorrere dall'anno 2004. 3. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero medesimo. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

## CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE IL RISPETTO DELLA VITA UMANA NASCENTE E LA DIGNITÀ DELLA PROCREAZIONE

### **PREMESSA**

La Congregazione per la Dottrina della Fede è stata interpellata da diverse Conferenze Episcopali o da singoli vescovi da teologi medici e uomini di scienza, in merito alla conformità con i principi della morale cattolica delle tecniche biomediche che consentono di intervenire nella fase iniziale della vita dell'essere umano e nei processi stessi della procreazione. La presente Istruzione, che è frutto di vasta consultazione e in particolare di una attenta valutazione delle dichiarazioni di episcopati non intende riproporre tutto l'insegnamento della Chiesa sulla dignità della vita umana nascente e della procreazione, ma offrire, alla luce della precedente dottrina del Magistero, delle risposte specifiche ai principali interrogativi sollevati in proposito. L'esposizione viene ordinata nella maniera seguente: un'introduzione richiamerà i principi fondamentali di carattere antropologico e morale, necessari per un'adeguata valutazione dei problemi e per l'elaborazione delle risposte a tali interrogativi; la prima parte avrà per argomento il rispetto dell'essere umano a partire dal primo momento della sua esistenza; la seconda parte affronterà gli interrogativi morali posti dagli interventi della tecnica sulla procreazione umana; nella terza parte verranno offerti alcuni orientamenti sui rapporti che intercorrono tra legge morale e legge civile a proposito del rispetto dovuto agli embrioni e ai feti umani\* in relazione alla legittimità delle tecniche di procreazione artificiale. I termini di "zigote", "pre-embrione", "embrione" e "feto" possono indicare nel vocabolario della biologia stadi successivi dello sviluppo di un essere umano. La presente Istruzione usa liberamente di questi termini, attribuendo ad essi un'identica rilevanza etica, per designare il frutto, visibile o non, della generazione umana, dal primo momento della sua esistenza fino alla nascita. La ragione di questo uso viene chiarita dal testo (cf. 1, 1).

### **INTRODUZIONE**

#### *1. La ricerca biomedica e l'insegnamento della Chiesa*

Il dono della vita, che Dio Creatore e Padre ha affidato all'uomo, impone a questi di prendere coscienza del suo inestimabile valore e di assumerne la responsabilità: questo principio fondamentale dev'essere posto al centro della riflessione, per chiarire e risolvere i problemi morali sollevati dagli interventi artificiali sulla vita nascente e sui processi della procreazione. Grazie al progresso delle scienze biologiche e mediche, l'uomo può disporre di sempre

più efficaci risorse terapeutiche, ma può anche acquisire poteri nuovi dalle conseguenze imprevedibili sulla vita umana nello stesso suo inizio e nei suoi primi stadi. Diversi procedimenti consentono oggi d'intervenire non soltanto per assistere ma anche per dominare i processi della procreazione. Tali tecniche possono consentire all'uomo di "prendere in mano il proprio destino", ma lo espongono anche "alla tentazione di andare oltre i limiti di un ragionevole dominio sulla natura". Per quanto possano costituire un progresso al servizio dell'uomo, esse comportano anche dei rischi gravi. Da parte di molti, viene espresso così un urgente appello, affinché siano salvaguardati, negli interventi sulla procreazione, i valori e i diritti della persona umana. Le richieste di chiarificazione e orientamento non provengono soltanto dai fedeli, ma anche da parte di quanti riconoscono comunque alla Chiesa, "esperta in umanità", una missione al servizio della "civiltà dell'amore" e della vita. Il Magistero della Chiesa non interviene in nome di una competenza particolare nell'ambito delle scienze sperimentali; ma, dopo aver preso conoscenza dei dati della ricerca e della tecnica, intende proporre in virtù della propria missione evangelica e del suo dovere apostolico, la dottrina morale rispondente alla dignità della persona e alla sua vocazione integrale, esponendo i criteri di giudizio morale sulle applicazioni della ricerca scientifica e della tecnica, in particolare per ciò che riguarda la vita umana e i suoi inizi. Tali criteri sono il rispetto, la difesa e la promozione dell'uomo, il suo "diritto primario e fondamentale" alla vita, la sua dignità di persona, dotata di un'anima spirituale, di responsabilità morale è chiamata alla comunione beatifica con Dio. L'intervento della Chiesa anche in quest'ambito è ispirato all'amore che essa deve all'uomo aiutandolo a riconoscere e rispettare i suoi diritti e i suoi doveri. Tale amore si alimenta alle sorgenti della carità di Cristo: contemplando il mistero del Verbo Incarnato, la Chiesa conosce anche il "mistero dell'uomo", annunciando il Vangelo della salvezza, rivela all'uomo la sua dignità e lo invita a scoprire pienamente la sua verità. La Chiesa ripropone così la legge divina per fare opera di verità e di liberazione. È infatti per bontà – per indicare il cammino della vita – che Dio da agli uomini i suoi comandamenti e la grazia per osservarli; ed è pure per bontà – per aiutarli a perseverare nello stesso cammino – che Dio offre sempre a tutti il suo perdono. Cristo ha compassione delle nostre fragilità: Egli è nostro Creatore e nostro Redentore. Che il suo Spirito apra gli animi al dono della pace di Dio e all'intelligenza dei suoi precetti.

## *2. La scienza e la tecnica al servizio della persona umana*

Dio ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza: "maschio e femmina li creò" (*Gen. 1, 27*), affidando loro il compito di "dominare la terra" (*Gen. 1, 28*). La ricerca scientifica di base e quella applicata costituiscono

un'espressione significativa di questa signoria dell'uomo sul creato. La scienza e la tecnica, preziose risorse dell'uomo quando si pongono al suo servizio e ne promuovono lo sviluppo integrale a beneficio di tutti, non possono da sole indicare il senso dell'esistenza e del progresso umano. Essendo ordinate all'uomo da cui traggono origine e incremento, attingono dalla persona e dai suoi valori morali l'indicazione della loro finalità e la consapevolezza dei loro limiti. Sarebbe, perciò, illusorio rivendicare la neutralità morale della ricerca scientifica e delle sue applicazioni; d'altro canto non si possono desumere i criteri di orientamento dalla semplice efficienza tecnica, dall'utilità che possono arrecare ad alcuni a danno di altri o, peggio ancora, dalle ideologie dominanti. Pertanto la scienza e la tecnica richiedono, per il loro stesso intrinseco significato, il rispetto incondizionato dei criteri fondamentali della moralità: debbono essere cioè, al servizio della persona umana, dei suoi diritti inalienabili e del suo bene vero e integrale secondo il progetto e la volontà di Dio. Il rapido sviluppo delle scoperte tecnologiche rende più urgente questa esigenza di rispetto dei criteri ricordati: la scienza senza la coscienza ad altro non può portare che alla rovina dell'uomo. "L'epoca nostra, più ancora che i secoli passati, ha bisogno di questa sapienza, perché diventino più umane tutte le sue nuove scoperte. È in pericolo, di fatto, il futuro del mondo, a meno che non vengano suscitati uomini più saggi".

### *3. Antropologia e interventi in campo biomedico*

Quali criteri morali si devono applicare per chiarire i problemi posti oggi nell'ambito della biomedicina? La risposta a questo interrogativo suppone un'adeguata concezione della natura della persona umana nella sua dimensione corporea. Infatti, è soltanto nella linea della sua vera natura che la persona umana può realizzarsi come "totalità unificata": ora questa natura e nello stesso tempo corporale e spirituale. In forza della sua unione sostanziale con un'anima spirituale, il corpo umano non può essere considerato solo come un complesso di tessuti, organi e funzioni, ne può essere valutato alla stessa stregua del corpo degli animali, ma è parte costitutiva della persona che attraverso di esso si manifesta e si esprime. La legge morale naturale esprime e prescrive le finalità, i diritti e i doveri che si fondano sulla natura corporea e spirituale della persona umana. Pertanto essa non può essere concepita come normatività semplicemente biologica, ma deve essere definita come l'ordine razionale secondo il quale l'uomo è chiamato dal Creatore a dirigere e regolare la sua vita e i suoi atti e, in particolare, a usare e disporre del proprio corpo. Una prima conseguenza può essere dedotta da tali principi: un intervento sul corpo umano non raggiunge soltanto i tessuti, gli organi e le loro funzioni, ma coinvolge anche a livelli diversi la stessa persona; com-

porta quindi un significato e una responsabilità morali, in modo implicito forse, ma reale. Giovanni Paolo II ribadiva con forza all'Associazione medica mondiale: "Ogni persona umana, nella sua singolarità irripetibile, non è costituita soltanto dallo spirito ma anche dal corpo, così nel corpo e attraverso il corpo viene raggiunta la persona stessa nella sua realtà concreta. Rispettare la dignità dell'uomo comporta di conseguenza salvaguardare questa identità dell'uomo *corpore et anima unus*, come affermava il Concilio Vaticano II (Cost. *Gaudium et Spes*, n. 14, 1). È sulla base di questa visione antropologica che si devono trovare i criteri fondamentali per le decisioni da prendere, quando si tratta d'interventi non strettamente terapeutici, per esempio gli interventi miranti al miglioramento della condizione biologica umana". La biologia e la medicina nelle loro applicazioni concorrono al bene integrale della vita umana quando vengono in aiuto della persona colpita da malattia e infermità nel rispetto della sua dignità di creatura di Dio. Nessun biologo o medico può ragionevolmente pretendere, in forza della sua competenza scientifica, di decidere dell'origine e del destino degli uomini. Questa norma non ma si deve applicare in maniera particolare nell'ambito della sessualità e della procreazione, dove l'uomo e la donna pongono in atto i valori fondamentali dell'amore e della vita. Dio, che è amore e vita, ha inscritto nell'uomo e nella donna la vocazione a una partecipazione speciale al suo mistero di comunione personale e alla sua opera di Creatore e di Padre. Per questo il matrimonio possiede specifici beni e valori di unione e di procreazione senza possibilità di confronto con quelli che esistono nelle forme inferiori della vita. Tali valori e significati di ordine personale determinano dal punto di vista morale il senso e i limiti degli interventi artificiali sulla procreazione e sull'origine della vita umana. Questi interventi non sono da rifiutare in quanto artificiali. Come tali essi testimoniano le possibilità dell'arte medica, ma si devono valutare sotto il profilo morale in riferimento alla dignità della persona umana, chiamata a realizzare la vocazione divina al dono dell'amore e al dono della vita.

#### 4. *Criteri fondamentali per un giudizio morale*

I valori fondamentali connessi con le tecniche di procreazione artificiale umana sono due: la vita dell'essere umano chiamato all'esistenza e l'originalità della sua trasmissione nel matrimonio. Il giudizio morale su tali metodiche di procreazione artificiale dovrà quindi essere formulato in riferimento a questi valori. La vita fisica, per cui ha inizio la vicenda umana nel mondo, non esaurisce certamente in se tutto il valore della persona né rappresenta il bene supremo dell'uomo che è chiamato all'eternità. Tuttavia ne costituisce in un certo qual modo il valore "fondamentale", proprio perché sulla vita fisica si fondano e si sviluppano tutti gli altri valori della persona. L'inviolabilità del

diritto alla vita dell'essere umano innocente "dal momento del concepimento alla morte" è un segno e un'esigenza dell'invulnerabilità stessa della persona, alla quale il Creatore ha fatto il dono della vita. Rispetto alla trasmissione delle altre forme di vita nell'universo, la trasmissione della vita umana ha una sua originalità, che deriva dalla originalità stessa della persona umana. "La trasmissione della vita umana è affidata dalla natura a un atto personale e cosciente e, come tale, soggetto alle santissime leggi di Dio: leggi immutabili e inviolabili che vanno riconosciute e osservate. È per questo che non si possono usare mezzi e seguire metodi che possono essere leciti nella trasmissione della vita delle piante e degli animali". I progressi della tecnica hanno oggi reso possibile una procreazione senza rapporto sessuale mediante l'incontro in vitro delle cellule germinali precedentemente prelevate dall'uomo e dalla donna. Ma ciò che è tecnicamente possibile non è per ciò stesso moralmente ammissibile. La riflessione razionale sui valori fondamentali della vita e della procreazione umana è perciò indispensabile per formulare la valutazione morale a riguardo di tali interventi della tecnica sull'essere umano fin dai primi stadi del suo sviluppo.

#### *5. Insegnamenti del magistero*

Da parte sua il Magistero della Chiesa, anche in questo ambito, offre alla ragione umana la luce della Rivelazione: la dottrina sull'uomo insegnata dal Magistero contiene molti elementi che illuminano i problemi che qui vengono affrontati. Dal momento del concepimento, la vita di ogni essere umano va rispettata in modo assoluto, perché l'uomo è sulla terra l'unica creatura che Dio ha "voluto per se stesso", e l'anima spirituale di ciascun uomo è "immediatamente creata" da Dio; tutto il suo essere porta l'immagine del Creatore. La vita umana è sacra perché fin dal suo inizio comporta "l'azione creatrice di Dio" e rimane per sempre in una relazione speciale con il Creatore, suo unico fine. Solo Dio è il Signore della vita dal suo inizio alla sua fine: nessuno, in nessuna circostanza, può rivendicare a sé il diritto di distruggere direttamente un essere umano innocente. La procreazione umana richiede una collaborazione responsabile degli sposi con l'amore fecondo di Dio; il dono della vita umana deve realizzarsi nel matrimonio mediante gli atti specifici ed esclusivi degli sposi, secondo le leggi inscritte nelle loro persone e nella loro unione.

## **PARTE I IL RISPETTO DEGLI EMBRIONI UMANI**

Un'attenta riflessione su questo insegnamento del Magistero e sui dati di ragione sopra richiamati permette di rispondere ai molteplici problemi morali

posti dagli interventi tecnici sull'essere umano nelle fasi iniziali della sua vita e sui processi del suo concepimento.

1. *Quale rispetto è dovuto all'embrione umano, tenuto conto della sua natura e della sua identità?*

L'essere umano è da rispettare - come una persona - fin dal primo istante della sua esistenza. La messa in atto dei procedimenti di fecondazione artificiale ha reso possibili diversi interventi sugli embrioni e sui feti umani. Gli scopi perseguiti sono di diverso genere: diagnostici e terapeutici, scientifici e commerciali. Da tutto ciò scaturiscono gravi problemi. Si può parlare di un diritto alla sperimentazione sugli embrioni umani in vista della ricerca scientifica? Quali normative o quale legislazione elaborare in questa materia? La risposta a tali problemi suppone una riflessione approfondita sulla natura e sull'identità propria - si parla di "statuto" - dell'embrione umano. Da parte sua la Chiesa nel Concilio Vaticano II ha proposto nuovamente all'uomo contemporaneo la sua dottrina costante e certa secondo cui: "la vita, una volta concepita, dev'essere protetta con la massima cura, e l'aborto come l'infanticidio, sono abominevoli delitti". Più recentemente la Carta dei diritti della famiglia, pubblicata dalla Santa Sede, ribadiva: "La vita umana dev'essere rispettata e protetta in modo assoluto dal momento del concepimento". Questa Congregazione conosce le discussioni attuali sull'inizio della vita umana, sull'individualità dell'essere umano e sull'identità della persona umana. Essa richiama gli insegnamenti contenuti nella Dichiarazione sull'aborto procurato: "Dal momento in cui l'ovulo è fecondato, si inaugura una nuova vita che non è quella del padre o della madre, ma di un nuovo essere umano che si sviluppa per proprio conto. Non sarà mai reso umano se non lo è stato fin da allora. A questa evidenza di sempre... la scienza genetica moderna fornisce preziose conferme. Essa ha mostrato come dal primo istante si trova fissato il programma di ciò che sarà questo vivente: un uomo, quest'uomo-individuo con le sue note caratteristiche già ben determinate. Fin dalla fecondazione è iniziata l'avventura di una vita umana, di cui ciascuna delle grandi capacità richiede tempo per impostarsi e per trovarsi pronta ad agire". Questa dottrina rimane valida e viene peraltro confermata, se ve ne fosse bisogno, dalle recenti acquisizioni della biologia umana la quale riconosce che nello zigote\* derivante dalla fecondazione si è già costituita l'identità biologica di un nuovo individuo umano. Certamente nessun dato sperimentale può essere per sé sufficiente a far riconoscere un'anima spirituale; tuttavia le conclusioni della scienza sull'embrione umano forniscono un'indicazione preziosa per discernere razionalmente una presenza personale fin da questo primo comparire di una vita umana: come un individuo umano non

sarebbe una persona umana? Il Magistero non si è espressamente impegnato su un'affermazione d'indole filosofica, ma ribadisce in maniera costante la condanna morale di qualsiasi aborto procurato. Questo insegnamento non è mutato ed è immutabile. Pertanto il frutto della generazione umana dal primo momento della sua esistenza, e cioè a partire dal costituirsi dello zigote, esige il rispetto incondizionato che è moralmente dovuto all'essere umano nella sua totalità corporale e spirituale. L'essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento e, pertanto, da quello stesso momento gli si devono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita. Questo richiamo dottrinale offre il criterio fondamentale per la soluzione dei diversi problemi posti dallo sviluppo delle scienze biomediche in questo campo: poiché deve essere trattato come persona, l'embrione dovrà anche essere difeso nella sua integrità, curato e guarito nella misura del possibile, come ogni altro essere umano nell'ambito dell'assistenza medica. \*Lo zigote è la cellula derivante dalla fusione dei nuclei dei due gameti.

## *2. La diagnosi prenatale è moralmente lecita?*

Se la diagnosi prenatale rispetta la vita e l'integrità dell'embrione e del feto umano ed è orientata alla sua salvaguardia o alla sua guarigione individuale, la risposta è affermativa. La diagnosi prenatale può infatti far conoscere le condizioni dell'embrione e del feto quando è ancora nel seno della madre; permette, o consente di prevedere, alcuni interventi terapeutici, medici o chirurgici, più precocemente e più efficacemente. Tale diagnosi è lecita se i metodi impiegati, con il consenso dei genitori adeguatamente informati, salvaguardano la vita e l'integrità dell'embrione e di sua madre, non facendo loro correre rischi sproporzionati; Ma essa è gravemente in contrasto con la legge morale quando contempla l'eventualità, in dipendenza dai risultati, di provocare un aborto: una diagnosi attestante l'esistenza di una malformazione o di una malattia ereditaria non deve equivalere a una sentenza di morte. Pertanto la donna che richiedesse la diagnosi con l'intenzione determinata di procedere all'aborto nel caso che l'esito confermi l'esistenza di una malformazione o anomalia, commetterebbe un'azione gravemente illecita. Parimenti agirebbero in modo contrario alla morale il coniuge o i parenti o chiunque altro, qualora consigliassero o imponessero la diagnosi alla gestante con lo stesso intendimento di arrivare eventualmente all'aborto. Così pure sarebbe responsabile di illecita collaborazione lo specialista che nel condurre la diagnosi e nel comunicarne l'esito contribuisse volutamente a stabilire o favorire il collegamento tra diagnosi prenatale e aborto. Si deve infine condannare, come violazione del diritto alla vita nei confronti del nascituro e come prevaricazione sui diritti e



doveri prioritari dei coniugi, una direttiva o un programma delle autorità civili e sanitarie o di organizzazioni scientifiche che, in qualsiasi modo, favorisse la connessione tra diagnosi prenatale e aborto oppure addirittura inducesse le donne gestanti a sottoporsi alla diagnosi prenatale pianificata allo scopo di eliminare i feti affetti o portatori di malformazioni o malattie ereditarie.

### *3. Gli interventi terapeutici sull'embrione umano sono leciti?*

Come per ogni intervento medico sui pazienti, si devono ritenere leciti gli interventi sull'embrione umano a patto che rispettino la vita e l'integrità dell'embrione, non comportino per lui rischi sproporzionati, ma siano finalizzati alla sua guarigione, al miglioramento delle sue condizioni di salute o alla sua sopravvivenza individuale. Qualunque sia il genere di terapia medica, chirurgica o di altro tipo, è richiesto il consenso libero e informato dei genitori, secondo le regole deontologiche previste nel caso di bambini. L'applicazione di questo principio morale può richiedere delicate e particolari cautele trattandosi di vita embrionale o di feti. La legittimità e i criteri di tali interventi sono stati chiaramente espressi da Giovanni Paolo II: "Un intervento strettamente terapeutico che si prefigga come obiettivo la guarigione di diverse malattie, come quelle dovute a difetti cromosomici, sarà, in linea di principio, considerato come auspicabile, supposto che tenda a realizzare la vera promozione del benessere personale dell'individuo, senza arrecare danno alla sua integrità o deteriorarne le condizioni di vita. Un tale intervento si colloca di fatto nella logica della tradizione morale cristiana".

### *4. Come valutare moralmente la ricerca e la sperimentazione\* sugli embrioni e sui feti umani?*

La ricerca medica deve astenersi da interventi sugli embrioni vivi, a meno che non ci sia la certezza morale di non arrecare danno né alla vita né all'integrità del nascituro e della madre, e a condizione che i genitori abbiano accordato il loro consenso, libero e informato, per l'intervento sull'embrione. Ne consegue che ogni ricerca, anche se limitata alla semplice osservazione dell'embrione, diventerebbe illecita qualora, per i metodi impiegati o per gli effetti indotti, implicasse un rischio per l'integrità fisica o la vita dell'embrione. Per quanto riguarda la sperimentazione presupposta la distinzione generale tra quella con finalità non direttamente terapeutica e quella chiaramente terapeutica per il soggetto stesso, nella fattispecie occorre distinguere anche tra la sperimentazione attuata sugli embrioni ancora vivi e la sperimentazione attuata su embrioni morti. Se essi sono vivi, viabili o non, devono essere rispettati come tutte le persone umane; la sperimentazione non direttamente terapeutica sugli embrioni è illecita. Nessuna finalità, anche in se stessa nobile, come la previsione

di una utilità per la scienza, per altri esseri umani o per la società, può in alcun modo giustificare la sperimentazione sugli embrioni o feti umani vivi, viabili e non, nel seno materno o fuori di esso. Il consenso informato, normalmente richiesto per la sperimentazione clinica sull'adulto, non può essere concesso dai genitori i quali non possono disporre né dell'integrità fisica né della vita del nascituro. D'altra parte la sperimentazione sugli embrioni o feti comporta sempre il rischio, anzi, il più delle volte la previsione certa di un danno per la loro integrità fisica o addirittura della loro morte. Usare l'embrione umano, o il feto, come oggetto o strumento di sperimentazione rappresenta un delitto nei confronti della loro dignità di esseri umani che hanno diritto allo stesso rispetto dovuto al bambino già nato e ad ogni persona umana. La Carta dei diritti della famiglia, pubblicata dalla Santa Sede, afferma: "Il rispetto per la dignità dell'essere umano esclude ogni sorta di manipolazione sperimentale o sfruttamento dell'embrione umano". La prassi di mantenere in vita degli embrioni umani, in vivo o in vitro, per scopi sperimentali o commerciali, è del tutto contraria alla dignità umana. Nel caso della sperimentazione chiaramente terapeutica, qualora si trattasse cioè di terapie sperimentali impiegate a beneficio dell'embrione stesso allo scopo di salvare in un tentativo estremo la sua vita, e in mancanza di altre terapie valide, può essere lecito il ricorso a farmaci o a procedure non ancora del tutto convalidate. I cadaveri di embrioni o feti umani, volontariamente abortiti o non, devono essere rispettati come le spoglie degli altri esseri umani. In particolare non possono essere oggetto di mutilazioni o autopsie se la loro morte non è stata accertata e senza il consenso dei genitori o della madre. Inoltre va sempre fatta salva l'esigenza morale che non vi sia stata complicità alcuna con l'aborto volontario e che sia evitato il pericolo di scandalo. Anche nel caso di feti morti, come per i cadaveri di persone adulte, ogni pratica commerciale deve essere ritenuta illecita e deve essere proibita. \*Poiché i termini "ricerca" e "sperimentazione" sono frequentemente usati in modo equivalente e ambiguo, si ritiene di dover precisare il significato loro attribuito nel presente documento. 1) Per ricerca s'intende qualsiasi procedimento induttivo-deduttivo, inteso a promuovere l'osservazione sistematica di un dato fenomeno in campo umano o a verificare un'ipotesi emersa da precedenti osservazioni. 2) Per sperimentazione s'intende qualsiasi ricerca, in cui l'essere umano (nei diversi stadi della sua esistenza: embrione, feto, bambino o adulto) rappresenta l'oggetto mediante il quale o sul quale s'intende verificare l'effetto, al momento sconosciuto o ancora non ben conosciuto, di un dato trattamento (ad es. farmacologico, teratogeno, chirurgico ecc.).

*5. Come valutare moralmente l'uso a scopo di ricerca degli embrioni ottenuti mediante la fecondazione in vitro?*

Gli embrioni umani ottenuti in vitro sono esseri umani e soggetti di diritto: la loro dignità e il loro diritto alla vita devono essere rispettati fin dal primo momento della loro esistenza. È immorale produrre embrioni umani destinati a essere sfruttati come “materiale biologico” disponibile. Nella pratica abituale della fecondazione in vitro non tutti gli embrioni vengono trasferiti nel corpo della donna; alcuni vengono distrutti. Così come condanna l’aborto procurato, la Chiesa proibisce anche di attentare alla vita di questi esseri umani. È doveroso denunciare la particolare gravità della distruzione volontaria degli embrioni umani ottenuti in vitro al solo scopo di ricerca sia mediante fecondazione artificiale sia mediante “fissione gemellare”. Agendo in tal modo il ricercatore si sostituisce a Dio e, anche se non ne ha la coscienza, si fa padrone del destino altrui, in quanto sceglie arbitrariamente chi far vivere e chi mandare a morte e sopprime esseri umani senza difesa. Le metodiche di osservazione o di sperimentazione, che causano danno o impongono dei rischi gravi e sproporzionati agli embrioni ottenuti in vitro, sono moralmente illecite per le stesse ragioni. Ogni essere umano va rispettato per se stesso, e non può essere ridotto a puro e semplice valore strumentale a vantaggio altrui. Non è perciò conforme alla morale esporre deliberatamente alla morte embrioni umani ottenuti in vitro. In conseguenza del fatto che sono stati prodotti in vitro, questi embrioni non trasferiti nel corpo della madre e denominati “soprannumerari”, rimangono esposti a una sorte assurda, senza possibilità di offrire loro sicure vie di sopravvivenza lecitamente perseguibili.

6. *Quale giudizio dare sugli altri procedimenti di manipolazione degli embrioni connessi con le “tecniche di riproduzione umana”?* Le tecniche di fecondazione in vitro possono aprire la possibilità ad altre forme di manipolazione biologica o genetica degli embrioni umani, quali: i tentativi o i progetti di fecondazione tra gameti umani e animali e di gestazione di embrioni umani in uteri di animali, l’ipotesi o il progetto di costruzione di uteri artificiali per l’embrione umano. Questi procedimenti sono contrari alla dignità di essere umano propria dell’embrione e, nello stesso tempo, ledono il diritto di ogni persona di essere concepita e di nascere nel matrimonio e dal matrimonio. Anche i tentativi o le ipotesi volte a ottenere un essere umano senza alcuna connessione con la sessualità mediante “fissione gemellare”, clonazione, partenogenesi, sono da considerare contrarie alla morale, in quanto contrastano con la dignità sia della procreazione umana sia dell’unione coniugale. Lo stesso congelamento degli embrioni, anche se attuato per garantire una conservazione in vita dell’embrione – crioconservazione – costituisce un’offesa al rispetto dovuto agli esseri umani, in quanto li espone a gravi rischi di morte o di danno per la loro integrità fisica, li priva almeno temporaneamente dell’ac-

coglienza e della gestazione materna e li pone in una situazione suscettibile di ulteriori offese e manipolazioni. Alcuni tentativi d'intervento sul patrimonio cromosomico o genetico non sono terapeutici, ma mirano alla produzione di esseri umani selezionati secondo il sesso o altre qualità prestabilite. Queste manipolazioni sono contrarie alla dignità personale dell'essere umano, alla sua integrità e alla sua identità. Non possono quindi in alcun modo essere giustificate in vista di eventuali conseguenze benefiche per l'umanità futura. Ogni persona deve essere rispettata per se stessa: in ciò consiste la dignità e il diritto di ogni essere umano fin dal suo inizio.

## **PARTE II INTERVENTI SULLA PROCREAZIONE UMANA**

Per “procreazione artificiale” o “fecondazione artificiale” si intendono qui le diverse procedure tecniche volte a ottenere un concepimento umano in maniera diversa dall'unione sessuale dell'uomo e della donna. L'Istruzione tratta della fecondazione di un ovulo in provetta (fecondazione in vitro) e dell'inseminazione artificiale mediante trasferimento, nelle vie genitali della donna, dello sperma precedentemente raccolto. Un punto preliminare per la valutazione morale di tali tecniche è costituito dalla considerazione delle circostanze e delle conseguenze che esse comportano in ordine al rispetto dovuto all'embrione umano. L'affermarsi della pratica della fecondazione in vitro ha richiesto innumerevoli fecondazioni e distruzioni di embrioni umani. Ancora oggi, presuppone abitualmente una iperovulazione della donna: più ovuli sono prelevati, fecondati e poi coltivati in vitro per alcuni giorni. Abitualmente non sono trasferiti tutti nelle vie genitali della donna; alcuni embrioni, chiamati solitamente “soprannumerari”, vengono distrutti o congelati. Fra gli embrioni impiantati talora alcuni sono sacrificati per diverse ragioni eugenetiche, economiche o psicologiche. Tale distruzione volontaria di esseri umani o la loro utilizzazione a scopi diversi, a detrimento della loro integrità e della loro vita, è contraria alla dottrina già ricordata a proposito dell'aborto procurato. Il rapporto tra fecondazione in vitro e eliminazione volontaria di embrioni umani si verifica troppo frequentemente. Ciò è significativo: con questi procedimenti, dalle finalità apparentemente opposte, la vita e la morte vengono sottomesse alle decisioni dell'uomo, che viene così a costituirsi donatore di vita e di morte su comando. Questa dinamica di violenza e di dominio può rimanere non avvertita da parte di quegli stessi che, volendola utilizzare, vi si assoggettano. I dati di fatto ricordati e la fredda logica che li collega, devono essere considerati per un giudizio morale sulla FIVET (fecondazione in vitro e trasferimento dell'embrione): la mentalità abortiva che

l'ha resa possibile, conduce così, lo si voglia o no, al dominio dell'uomo sulla vita e sulla morte dei suoi simili, che può portare ad un eugenismo radicale. Tuttavia abusi del genere non esimono da una approfondita e ulteriore riflessione etica sulle tecniche di procreazione artificiale considerate in se stesse, astraendo, per quanto è possibile, dalla distruzione degli embrioni prodotti in vitro. La presente Istruzione prenderà in considerazione, pertanto, in primo luogo i problemi posti dalla fecondazione artificiale eterologa (II, 1-3)\*, e successivamente quelli che sono collegati con la fecondazione artificiale omologa (II, 4-6)\*\*. Prima di formulare il giudizio etico su ciascuna di esse, saranno considerati i principi e i valori che determinano la valutazione morale di ciascuna di queste procedure. \* L'Istruzione intende con la denominazione di Fecondazione o procreazione artificiale eterologa le tecniche volte a ottenere artificialmente un concepimento umano a partire da gameti provenienti almeno da un donatore diverso dagli sposi, che sono uniti in matrimonio. Tali tecniche possono essere di due tipi: a) FIVET eterologa: la tecnica volta a ottenere un concepimento umano attraverso l'incontro in vitro di gameti prelevati almeno da un donatore diverso dai due sposi uniti da matrimonio. b) Inseminazione artificiale eterologa: la tecnica volta a ottenere un concepimento umano attraverso il trasferimento nelle vie genitali della donna dello sperma precedentemente raccolto da un donatore diverso dal marito. \*\* L'Istruzione intende per Fecondazione o procreazione artificiale omologa la tecnica volta a ottenere un concepimento umano a partire dai gameti di due sposi uniti in matrimonio. La fecondazione artificiale omologa può essere attuata con due diverse metodiche: a) FIVET omologa: la tecnica diretta a ottenere un concepimento umano mediante l'incontro in vitro dei gameti degli sposi uniti in matrimonio b) Inseminazione artificiale omologa: la tecnica diretta a ottenere un concepimento umano mediante il trasferimento, nelle vie genitali di una donna sposata, dello sperma precedentemente raccolto dal marito.

## A. FECONDAZIONE ARTIFICIALE ETEROLOGA

### 1. *Perché la procreazione umana deve aver luogo nel matrimonio?*

Ogni essere umano va accolto sempre come un dono e una benedizione di Dio. Tuttavia dal punto di vista morale una procreazione veramente responsabile nei confronti del nascituro deve essere il frutto del matrimonio. La procreazione umana possiede infatti delle caratteristiche specifiche in virtù della dignità dei genitori e dei figli: la procreazione di una nuova persona, mediante la quale l'uomo e la donna collaborano con la potenza del Creatore, dovrà essere il frutto e il segno della mutua donazione personale degli sposi,

del loro amore e della loro fedeltà. La fedeltà degli sposi, nell'unità del matrimonio, comporta il reciproco rispetto del loro diritto a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro. Il figlio ha diritto ad essere concepito, portato in grembo, messo al mondo ed educato nel matrimonio: è attraverso il riferimento sicuro e riconosciuto ai propri genitori che egli può scoprire la propria identità e maturare la propria formazione umana. I genitori trovano nel figlio una conferma e un completamento della loro donazione reciproca: egli è l'immagine vivente del loro amore, il segno permanente della loro unione coniugale, la sintesi viva e indissolubile della loro dimensione paterna e materna. In forza della vocazione e delle responsabilità sociali della persona, il bene dei figli e dei genitori contribuisce al bene della società civile; la vitalità e l'equilibrio della società richiedono che i figli vengano al mondo in seno a una famiglia e che questa sia stabilmente fondata sul matrimonio. La tradizione della Chiesa e la riflessione antropologica riconoscono nel matrimonio e nella sua unità indissolubile il solo luogo degno di una procreazione veramente responsabile.

*2. La fecondazione artificiale eterologa è conforme alla dignità degli sposi e alla verità del matrimonio?*

Nella FIVET e nell'inseminazione artificiale eterologa il concepimento umano viene ottenuto mediante l'incontro di gameti di almeno un donatore diverso dagli sposi che sono uniti in matrimonio. La fecondazione artificiale eterologa è contraria all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio. Il rispetto dell'unità del matrimonio e della fedeltà coniugale esige che il figlio sia concepito nel matrimonio; il legame esistente tra i coniugi attribuisce agli sposi, in maniera oggettiva e inalienabile, il diritto esclusivo a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro. Il ricorso ai gameti di una terza persona, per avere a disposizione lo sperma o l'ovulo, costituisce una violazione dell'impegno reciproco degli sposi e una mancanza grave nei confronti di quella proprietà essenziale del matrimonio, che è la sua unità. La fecondazione artificiale eterologa lede i diritti del figlio, lo priva della relazione filiale con le sue origini parentali e può ostacolare la maturazione della sua identità personale. Essa costituisce inoltre una offesa alla vocazione comune degli sposi che sono chiamati alla paternità e maternità: priva oggettivamente la fecondità coniugale della sua unità e della sua integrità; opera e manifesta una rottura fra parentalità genetica, parentalità gestazionale e responsabilità educativa. Tale alterazione delle relazioni personali all'interno della famiglia si ripercuote nella società civile. Queste ragioni portano a un giudizio morale negativo sulla fecondazione arti-

ficiale eterologa: pertanto è moralmente illecita la fecondazione di una donna con lo sperma di un donatore diverso da suo marito e la fecondazione con lo sperma del marito di un ovulo che non proviene dalla sua sposa. Inoltre la fecondazione artificiale di una donna non sposata, nubile o vedova, chiunque sia il donatore, non può essere moralmente giustificata. Il desiderio di avere un figlio, l'amore tra gli sposi che aspirano a ovviare a una sterilità non altrimenti superabile, costituiscono motivazioni comprensibili; ma le intenzioni soggettivamente buone non rendono la fecondazione artificiale eterologa né conforme alle proprietà oggettive e inalienabili del matrimonio né rispettosa dei diritti del figlio e degli sposi.

### 3. *La maternità "sostitutiva" \* è moralmente lecita?*

\* Sotto la denominazione di "madre sostitutiva" l'istruzione intende comprendere: a) la donna che porta in gestazione un embrione impiantato nel suo utero e che le è geneticamente estraneo, perché ottenuto mediante l'unione di gameti di "donatori", con l'impegno di consegnare il bambino una volta nato a chi ha commissionato o pattuito tale gestazione; b) la donna che porta in gestazione un embrione alla cui procreazione ha concorso con il dono del proprio ovulo, fecondato mediante inseminazione con lo sperma di un uomo diverso da suo marito, con l'impegno di consegnare il figlio, una volta nato, a chi ha commissionato o pattuito la gestazione. No, per le medesime ragioni che portano a rifiutare la fecondazione artificiale eterologa: è contraria, infatti, all'unità del matrimonio e alla dignità della procreazione della persona umana. La maternità sostitutiva rappresenta una mancanza oggettiva di fronte agli obblighi dell'amore materno, della fedeltà coniugale e della maternità responsabile; offende la dignità e il diritto del figlio ad essere concepito, portato in grembo, messo al mondo ed educato dai propri genitori; essa instaura, a detrimento delle famiglie, una divisione fra gli elementi fisici, psichici e morali che le costituiscono.

## B. FECONDAZIONE ARTIFICIALE OMOLOGA

Dichiarata inaccettabile la fecondazione artificiale eterologa, ci si chiede come valutare moralmente i procedimenti di fecondazione artificiale omologa: FIVET e inseminazione artificiale fra gli sposi. Occorre chiarire preliminarmente una questione di principio.

4. *Quale legame è richiesto dal punto di vista morale tra procreazione e atto coniugale?*

a) L'insegnamento della Chiesa sul matrimonio e sulla procreazione umana afferma la "connessione inscindibile, che Dio ha voluto e che l'uomo non può rompere di sua iniziativa, tra i due significati dell'atto coniugale: il significato unitivo e il significato procreativo. Infatti per la sua intima struttura, l'atto coniugale, mentre unisce con profondissimo vincolo gli sposi, li rende atti alla generazione di nuove vite, secondo leggi iscritte nell'essere stesso dell'uomo e della donna". Questo principio, fondato sulla natura del matrimonio e sull'intima connessione dei suoi beni, comporta delle conseguenze ben note sul piano della paternità e maternità responsabili. "Salvaguardando ambedue questi aspetti essenziali, unitivo e procreativo, l'atto coniugale conserva integralmente il senso del mutuo e vero amore ed il suo ordinamento all'altissima vocazione dell'uomo alla paternità". La medesima dottrina relativa al legame esistente fra i significati dell'atto coniugale e fra i beni del matrimonio chiarisce il problema morale della fecondazione artificiale omologa, poiché "non è mai permesso separare questi diversi aspetti al punto da escludere positivamente o l'intenzione procreativa o il rapporto coniugale". La contraccezione priva intenzionalmente l'atto coniugale della sua apertura alla procreazione e opera in tal modo una dissociazione volontaria delle finalità del matrimonio. La fecondazione artificiale omologa, perseguendo una procreazione che non è frutto di un atto specifico di unione coniugale, opera obiettivamente una separazione analoga tra i beni e i significati del matrimonio. Pertanto la fecondazione è voluta lecitamente quando è il termine di un "atto coniugale per sé idoneo alla generazione della prole, al quale il matrimonio è ordinato per sua natura e per la quale i coniugi divengono una sola carne". Ma la procreazione è privata dal punto di vista morale della sua perfezione propria quando non è voluta come il frutto dell'atto coniugale, e cioè del gesto specifico dell'unione degli sposi. b) Il valore morale dell'intimo legame esistente fra i beni del matrimonio e fra i significati dell'atto coniugale si fonda sull'unità dell'essere umano, unità risultante di corpo e anima spirituale. Gli sposi si esprimono reciprocamente il loro amore personale nel "linguaggio del corpo", che comporta chiaramente "significati sponsali" e parentali insieme. L'atto coniugale, con il quale gli sposi si manifestano reciprocamente il dono di sé, esprime simultaneamente l'apertura al dono della vita: è un atto inscindibilmente corporale e spirituale. È nel loro corpo e per mezzo del loro corpo che gli sposi consumano il matrimonio e possono diventare padre e madre. Per rispettare il linguaggio dei corpi e la loro naturale generosità, l'unione coniugale deve avvenire nel rispetto dell'apertura alla procreazione, e la procreazione di una persona deve essere il frutto e il termine dell'amore sponsale. L'origine dell'essere umano risulta così da una procreazione "legata all'unione non solamente biologica ma anche spirituale dei genitori uniti dal



vincolo del matrimonio”. Una fecondazione ottenuta fuori dal corpo degli sposi rimane per ciò stesso privata dei significati e dei valori che si esprimono nel linguaggio del corpo e nell’unione delle persone umane. c) Soltanto il rispetto del legame, che esiste fra i significati dell’atto coniugale, e il rispetto dell’unità dell’essere umano consente una procreazione conforme alla dignità della persona. Nella sua origine unica e irripetibile il figlio dovrà essere rispettato e riconosciuto come uguale in dignità personale a coloro che gli donano la vita. La persona umana dev’essere accolta nel gesto di unione e di amore dei suoi genitori; la generazione di un figlio dovrà perciò essere il frutto della donazione reciproca che si realizza nell’atto coniugale in cui gli sposi cooperano come servitori e non come padroni, all’opera dell’Amore Creatore. L’origine di una persona umana è in realtà il risultato di una donazione. Il concepito dovrà essere il frutto dell’amore dei suoi genitori. Non può essere voluto né concepito come il prodotto di un intervento di tecniche mediche e biologiche: ciò equivarrebbe a ridurlo a diventare l’oggetto di una tecnologia scientifica. Nessuno può sottoporre la venuta al mondo di un bambino a delle condizioni di efficienza tecnica valutabili secondo parametri di controllo e di dominio. La rilevanza morale del legame esistente tra i significati dell’atto coniugale e tra i beni del matrimonio, l’unità dell’essere umano e la dignità della sua origine esigono che la procreazione di una persona umana debba essere perseguita come il frutto dell’atto coniugale specifico dell’amore fra gli sposi. Il legame esistente fra procreazione e atto coniugale si rivela, perciò, di grande importanza sul piano antropologico e morale e chiarisce le posizioni del Magistero a proposito della fecondazione omologa.

##### *5. La fecondazione omologa in vitro è moralmente lecita?*

La risposta a questa domanda è strettamente dipendente dai principi ora ricordati. Non si possono certamente ignorare le legittime aspirazioni degli sposi sterili; per alcuni il ricorso alla FIVET omologa appare come l’unico mezzo per ottenere un figlio sinceramente desiderato: ci si domanda se in queste soluzioni la globalità della vita coniugale non basti ad assicurare la dignità confacente alla procreazione umana. Si riconosce che la FIVET certamente non può supplire all’assenza dei rapporti coniugali e non può essere preferita, considerati i rischi che si possono verificare per il figlio e i disagi della procedura, agli atti specifici dell’unione coniugale. Ma ci si chiede se nell’impossibilità di rimediare in altro modo alla sterilità, che è causa di sofferenza, la fecondazione omologa in vitro non possa costituire un aiuto, se non addirittura una terapia, per cui ne potrebbe essere ammessa la liceità morale. Il desiderio di un figlio – o quanto meno la disponibilità a trasmettere la vita – è un requisito necessario dal punto di vista morale per

una procreazione umana responsabile. Ma questa intenzione buona non è sufficiente per dare una valutazione morale positiva della fecondazione in vitro tra gli sposi. Il procedimento della FIVET deve essere giudicato in se stesso, e non può mutuare la sua qualificazione morale definitiva né dall'insieme della vita coniugale nella quale esso si iscrive né dagli atti coniugali che possono precederlo o seguirlo. È già stato ricordato come, nelle circostanze in cui è abitualmente praticata, la FIVET implichi la distruzione di esseri umani, fatto questo che è contro la dottrina già richiamata sulla illiceità dell'aborto. Ma anche nel caso in cui si mettesse in atto ogni cautela per evitare la morte degli embrioni umani, la FIVET omologa, attua la dissociazione dei gesti che sono destinati alla fecondazione umana dall'atto coniugale. La natura propria della FIVET omologa, pertanto, dovrà anche essere considerata astraendo dal legame con l'aborto procurato. La FIVET omologa è attuata al di fuori del corpo dei coniugi mediante gesti di terze persone la cui competenza e attività tecnica determinano il successo dell'intervento; essa affida la vita e l'identità dell'embrione al potere dei medici e dei biologi e instaura un dominio della tecnica sull'origine e sul destino della persona umana. Una siffatta relazione di dominio è in sé contraria alla dignità e all'uguaglianza che dev'essere comune a genitori e figli. Il concepimento in vitro è il risultato dell'azione tecnica che presiede alla fecondazione; essa non è né di fatto ottenuta né positivamente voluta come l'espressione e il frutto di un atto specifico dell'unione coniugale. Nella FIVET omologa, perciò, pur considerata nel contesto dei rapporti coniugali di fatto esistenti, la generazione della persona umana è oggettivamente privata della sua perfezione propria: quella di essere, cioè, il termine e il frutto di un atto coniugale in cui gli sposi possono farsi "cooperatori con Dio per il dono della vita a una nuova persona". Queste ragioni permettono di comprendere perché l'atto di amore coniugale sia considerato nell'insegnamento della Chiesa come l'unico luogo degno della procreazione umana. Per le stesse ragioni il cosiddetto "caso semplice", cioè una procedura di FIVET omologa, che sia purificata da ogni compromissione con la prassi abortiva della distruzione di embrioni e con la masturbazione, rimane una tecnica moralmente illecita perché priva la procreazione umana della dignità che le è propria e connaturale. Certamente la FIVET omologa non è gravata di tutta quella negatività etica che si riscontra nella procreazione extraconiugale; la famiglia e il matrimonio continuano a costituire l'ambito della nascita e dell'educazione dei figli. Tuttavia, in conformità con la dottrina tradizionale relativa ai beni del matrimonio e alla dignità della persona, la Chiesa rimane contraria, dal punto di vista morale, alla fecondazione omologa in vitro; questa è in se stessa illecita e contrastante con la dignità della procreazione e dell'unione coniugale, anche quando tutto sia messo in atto per evitare la

morte dell'embrione umano. Pur non potendo essere approvata la modalità con cui viene ottenuto il concepimento umano nella FIVET, ogni bambino che viene al mondo dovrà comunque essere accolto come un dono vivente della Bontà divina e dovrà essere educato con amore.

*6. Come valutare dal punto di vista morale l'inseminazione artificiale omologa?*

L'inseminazione artificiale omologa all'interno del matrimonio non può essere ammessa, salvo il caso in cui il mezzo tecnico risulti non sostitutivo dell'atto coniugale, ma si configuri come una facilitazione e un aiuto affinché esso raggiunga il suo scopo naturale. L'insegnamento del Magistero a questo proposito è stato già esplicitato: esso non è soltanto espressione di circostanze storiche particolari, ma si fonda sulla dottrina della Chiesa in tema di connessione fra unione coniugale e procreazione, e sulla considerazione della natura personale dell'atto coniugale e della procreazione umana. "L'atto coniugale, nella sua struttura naturale, è un'azione personale, una cooperazione simultanea e immediata dei coniugi, la quale, per la stessa natura degli agenti e la proprietà dell'atto, è l'espressione del dono reciproco, che, secondo la parola della Scrittura, effettua l'unione "in una carne sola". Pertanto la coscienza morale "non proscrive necessariamente l'uso di taluni mezzi artificiali destinati unicamente sia a facilitare l'atto naturale, sia a procurare il raggiungimento del proprio fine all'atto naturale normalmente compiuto". Se il mezzo tecnico facilita l'atto coniugale o l'aiuta a raggiungere i suoi obiettivi naturali, può essere moralmente accettato. Qualora, al contrario, l'intervento si sostituisca all'atto coniugale, esso è moralmente illecito. L'inseminazione artificiale sostitutiva dell'atto coniugale è proibita in ragione della dissociazione volontariamente operata tra i due significati dell'atto coniugale. La masturbazione, mediante la quale viene normalmente procurato lo sperma, è un altro segno di tale dissociazione; anche quando è posto in vista della procreazione, il gesto rimane privo del suo significato unitivo: "gli manca... la relazione sessuale richiesta dall'ordine morale, quella che realizza, "in un contesto di vero amore, l'intero senso della mutua donazione e della procreazione umana"".

*7. Quale criterio morale proporre circa l'intervento del medico nella procreazione umana?*

L'atto medico non dev'essere valutato soltanto in rapporto alla sua dimensione tecnica, ma anche e soprattutto in relazione alla sua finalità, che è il bene delle persone e la loro salute corporea e psichica. I criteri morali per l'intervento medico nella procreazione si deducono dalla dignità delle persone umane, dalla loro sessualità e dalla loro origine. La medicina che

voglia essere ordinata al bene integrale della persona deve rispettare i valori specificamente umani della sessualità. Il medico è al servizio delle persone e della procreazione umana: non ha facoltà di disporre né di decidere di esse. L'intervento medico è rispettoso della dignità delle persone quando mira ad aiutare l'atto coniugale sia per facilitarne il compimento sia per consentirgli di raggiungere il suo fine, una volta che sia stato normalmente compiuto. Al contrario, talvolta accade che l'intervento medico tecnicamente si sostituisca all'atto coniugale per ottenere una procreazione che non è né il suo risultato né il suo frutto: in questo caso l'atto medico non risulta, come dovrebbe, al servizio dell'unione coniugale, ma si appropria della funzione procreatrice e così contraddice alla dignità e ai diritti inalienabili degli sposi e del nascituro. L'umanizzazione della medicina, che viene oggi insistentemente richiesta da tutti, esige il rispetto dell'integrale dignità della persona umana in primo luogo nell'atto e nel momento in cui gli sposi trasmettono la vita a una nuova persona. È logico pertanto rivolgere anche un pressante appello ai medici e ai ricercatori cattolici perché rendano una esemplare testimonianza del rispetto dovuto all'embrione umano e alla dignità della procreazione. Il personale medico e curante degli ospedali e delle Cliniche cattoliche è in modo speciale invitato a fare onore agli obblighi morali contratti, spesso anche a titolo di statuto. I responsabili di questi ospedali e cliniche cattoliche, che sono sovente religiosi, avranno cuore di assicurare e promuovere un'attenta osservanza delle norme morali richiamate nella presente Istruzione.

#### *8. La sofferenza per la sterilità coniugale*

La sofferenza degli sposi che non possono avere figli o che temono di mettere al mondo un figlio gravato da handicap, è una sofferenza che tutti debbono comprendere e adeguatamente valutare. Da parte degli sposi il desiderio di un figlio è naturale: esprime la vocazione alla paternità e alla maternità inscritta nell'amore coniugale. Questo desiderio può essere ancora più forte se la coppia è affetta da sterilità che appaia incurabile. Tuttavia il matrimonio non conferisce agli sposi il diritto di avere un figlio, ma soltanto il diritto di porre quegli atti naturali che di per sé sono ordinati alla procreazione. Un vero e proprio diritto al figlio sarebbe contrario alla sua dignità e alla sua natura. Il figlio non è un qualche cosa di dovuto e non può essere considerato come oggetto di proprietà: è piuttosto un dono, "il più grande" e il più gratuito del matrimonio, ed è testimonianza vivente della donazione reciproca dei suoi genitori. A questo titolo il figlio ha il diritto – come è stato ricordato – di essere il frutto dell'atto specifico dell'amore coniugale dei suoi genitori e ha anche il diritto a essere rispettato come persona dal momento del suo concepimento. Tuttavia la sterilità, qualunque ne sia la causa e la

prognosi, è certamente una dura prova. La comunità dei credenti è chiamata a illuminare e sostenere la sofferenza di coloro che non possono realizzare una legittima aspirazione alla maternità e paternità. Gli sposi che si trovano in queste dolorose situazioni sono chiamati a scoprire in esse l'occasione per una particolare partecipazione alla croce del Signore, fonte di fecondità spirituale. Le coppie sterili non devono dimenticare che "anche quando la procreazione non è possibile, non per questo la vita coniugale perde il suo valore. La sterilità fisica infatti può essere occasione per gli sposi per rendere altri servizi importanti alla vita delle persone umane, quali ad esempio l'adozione, le varie forme di opere educative, l'aiuto ad altre famiglie, ai bambini poveri o handicappati". Molti ricercatori si sono impegnati nella lotta contro la sterilità. Salvaguardando pienamente la dignità della procreazione umana, alcuni sono arrivati a risultati che in precedenza sembravano irraggiungibili. Gli uomini di scienza vanno quindi incoraggiati a proseguire nelle loro ricerche, allo scopo di prevenire le cause della sterilità e potervi rimediare, in modo che le coppie sterili possano riuscire a procreare nel rispetto della loro dignità personale e di quella del nascituro.

### PARTE III MORALE E LEGGE CIVILE

*Valori e obblighi morali che la legislazione civile deve rispettare e sancire in questa materia*

I diritti inviolabili alla vita di ogni individuo umano innocente, i diritti della famiglia, dell'istituzione matrimoniale costituiscono dei valori morali fondamentali, perché riguardano la condizione naturale e la vocazione integrale della persona umana, nello stesso tempo sono elementi costitutivi della società civile e del suo ordinamento. Per questo motivo le nuove possibilità tecnologiche, apertesesi nel campo della biomedicina, richiedono l'intervento delle autorità politiche e del legislatore, perché un ricorso incontrollato a tali tecniche potrebbe condurre a conseguenze non prevedibili e dannose per la società civile. Il riferimento alla coscienza di ciascuno e all'autoregolamentazione dei ricercatori non può essere sufficiente per il rispetto dei diritti personali e dell'ordine pubblico. Se il legislatore, responsabile del bene comune, mancasse di vigilare, potrebbe venire espropriato delle sue prerogative da parte di ricercatori che pretendessero di governare l'umanità in nome delle scoperte biologiche e dei presunti processi di "miglioramento" che ne deriverebbero. L'"eugenismo" e le discriminazioni fra gli esseri umani potrebbero trovarsi legittimate: ciò costituirebbe una violenza e un'offesa grave all'uguaglianza, alla dignità e ai diritti fondamentali della persona

umana. L'intervento dell'autorità politica si deve ispirare ai principi razionali che regolano i rapporti tra legge civile e legge morale. Compito della legge civile è assicurare il bene comune delle persone attraverso il riconoscimento e la difesa dei diritti fondamentali, la promozione della pace e della pubblica moralità. In nessun ambito di vita la legge civile può sostituirsi alla coscienza né può dettare norme su ciò che esula dalla sua competenza; essa deve talvolta tollerare in vista dell'ordine pubblico ciò che non può proibire senza che ne derivi un danno più grave. Tuttavia i diritti inalienabili della persona dovranno essere riconosciuti e rispettati da parte della società civile e dell'autorità politica; tali diritti dell'uomo non dipendono né dai singoli individui né dai genitori e neppure rappresentano una concessione della società e dello Stato: appartengono alla natura umana e sono inerenti alla persona in forza dell'atto creativo da cui ha preso origine. Fra tali diritti fondamentali bisogna a questo proposito ricordare: 1. il diritto alla vita e all'integrità fisica di ogni essere umano dal momento del concepimento alla morte; 2. i diritti della famiglia e del matrimonio come istituzione e, in questo ambito, il diritto per il figlio a essere concepito, messo al mondo ed educato dai suoi genitori. Su ciascuna di queste due tematiche occorre qui svolgere qualche considerazione ulteriore. In diversi Stati alcune leggi hanno autorizzato la soppressione diretta di innocenti: nel momento in cui una legge positiva priva una categoria di esseri umani della protezione che la legislazione civile deve loro accordare, lo Stato viene a negare l'uguaglianza di tutti davanti alla legge. Quando lo Stato non pone la sua forza al servizio dei diritti di ciascun cittadino, e in particolare di chi è più debole, vengono minati i fondamenti stessi di uno Stato di diritto. L'autorità politica di conseguenza non può approvare che gli esseri umani siano chiamati all'esistenza mediante procedure tali da esporli ai gravissimi rischi sopra ricordati. Il riconoscimento eventualmente accordato dalla legge positiva e dalle autorità politiche alle tecniche di trasmissione artificiale della vita e alle sperimentazioni connesse renderebbe più ampia la breccia aperta dalla legalizzazione dell'aborto. Come conseguenza del rispetto e della protezione che vanno assicurati al nascituro, a partire dal momento del suo concepimento, la legge dovrà prevedere appropriate sanzioni penali per ogni deliberata violazione dei suoi diritti. La legge non potrà tollerare – anzi dovrà espressamente proibire – che degli esseri umani, sia pure allo stadio embrionale, siano trattati come oggetto di sperimentazione, mutilati o distrutti con il pretesto che risulterebbero superflui o incapaci di svilupparsi normalmente. L'autorità politica è tenuta a garantire all'istituzione familiare, sulla quale la società si fonda, la protezione giuridica alla quale essa ha diritto. Per il fatto stesso che è al servizio delle persone, l'autorità politica dovrà essere anche a servizio della famiglia. La legge civile non potrà accordare la sua garanzia a

quelle tecniche di procreazione artificiale che sottraggono a beneficio di terze persone (medici, biologi, poteri economici o governativi) ciò che costituisce un diritto inerente alla relazione fra gli sposi e non potrà perciò legalizzare il dono di gameti tra persone che non siano legittimamente unite in matrimonio. La legislazione dovrà proibire inoltre, in forza del sostegno che è dovuto alla famiglia, le banche di embrioni, l'inseminazione *post mortem* e la "maternità sostitutiva". Rientra nei doveri dell'autorità pubblica operare in modo che la legge civile sia regolata sulle norme fondamentali della legge morale in ciò che concerne i diritti dell'uomo, della vita umana e dell'istituzione familiare. Gli uomini politici dovranno impegnarsi, attraverso il loro intervento sull'opinione pubblica, a ottenere su tali punti essenziali il consenso più vasto possibile nella società, e a consolidarlo laddove esso rischiasse di essere indebolito e di venir meno. In molti paesi la legalizzazione dell'aborto e la tolleranza giuridica verso le coppie non sposate rendono più difficile ottenere il rispetto dei diritti fondamentali richiamati in questa Istituzione. Ci si augura che gli Stati non si assumano la responsabilità di rendere ancora più gravi queste situazioni di ingiustizia socialmente dannose. Al contrario, c'è da auspicare che le nazioni e gli Stati prendano coscienza di tutte le implicazioni culturali, ideologiche e politiche connesse con le tecniche di procreazione artificiale e sappiano trovare la saggezza e il coraggio necessari per emanare leggi più giuste e rispettose della vita umana e dell'istituzione familiare. La legislazione civile di numerosi Stati conferisce oggi agli occhi di molti una legittimazione indebita di certe pratiche; essa si dimostra incapace di garantire quella moralità, che è conforme alle esigenze naturali della persona umana e alle "leggi non scritte" impresse dal Creatore nel cuore dell'uomo. Tutti gli uomini di buona volontà devono impegnarsi, in particolare nell'ambito della loro professione e nell'esercizio dei loro diritti civili, perché siano riformate le leggi civili moralmente inaccettabili e corrette le pratiche illecite. Inoltre deve essere sollevata e riconosciuta l'"obiezione di coscienza" di fronte a tali leggi. Ancor più, comincia a imporsi con acutezza alla coscienza morale di molti, specialmente fra gli specialisti delle scienze biomediche, l'istanza per una resistenza passiva alla legittimazione di pratiche contrarie alla vita e alla dignità dell'uomo.

## CONCLUSIONE

La diffusione delle tecnologie d'intervento sui processi della procreazione umana solleva gravissimi problemi morali in relazione al rispetto dovuto all'essere umano fin dal suo concepimento e alla dignità della persona, della sua sessualità e della trasmissione della vita. Con questo documento, la Congregazione per la Dottrina della Fede, adempiendo al suo compito di promuovere

e tutelare l'insegnamento della Chiesa in così grave materia, rivolge un nuovo accorato invito a tutti coloro che, in ragione del loro ruolo e del loro impegno, possono esercitare un influsso positivo perché, nella famiglia e nella società, sia accordato il dovuto rispetto alla vita e all'amore: ai responsabili della formazione delle coscienze e dell'opinione pubblica, ai cultori della scienza e ai professionisti della medicina, ai giuristi e agli uomini politici. Essa auspica che tutti comprendano l'incompatibilità che sussiste tra il riconoscimento della dignità della persona umana e il disprezzo della vita e dell'amore, tra la fede nel Dio vivente e la pretesa di voler decidere arbitrariamente dell'origine e della sorte di un essere umano. In particolare la Congregazione per la Dottrina della Fede rivolge un fiducioso invito e un incoraggiamento ai teologi e, in particolare, ai moralisti perché approfondiscano e rendano sempre più accessibili ai fedeli i contenuti dell'insegnamento del Magistero della Chiesa, alla luce di una valida antropologia in materia di sessualità e matrimonio nel contesto del necessario approccio interdisciplinare. Si potranno così comprendere sempre meglio le ragioni e la validità di questo insegnamento: difendendo l'uomo contro gli eccessi del suo potere, la Chiesa di Dio gli ricorda i titoli della sua vera nobiltà; solo in tal modo si potrà assicurare all'umanità di domani la possibilità di vivere e di amare in quella dignità e libertà che derivano dal rispetto della verità. Le precise indicazioni che vengono offerte nella presente Istituzione non intendono quindi arrestare lo sforzo di riflessione, ma piuttosto favorire un rinnovato impulso, nella fedeltà irrinunciabile alla dottrina della Chiesa. Alla luce della verità sul dono della vita umana e dei principi morali che ne conseguono, ciascuno è invitato ad agire, nell'ambito della responsabilità che gli è propria, come il buon samaritano e a riconoscere anche il più piccolo tra i figli degli uomini come suo prossimo (Cf. *Lc* 10, 29-37). La parola di Cristo trova qui una risonanza nuova e particolare: "Ciò che avrete fatto al più piccolo dei miei fratelli lo avrete fatto a Me" (*Mt* 25, 40). *Il Sommo Pontefice Giovanni Paolo II, nel corso dell'Udienza accordata al sottoscritto Prefetto dopo la riunione plenaria di questa Congregazione, ha approvato la presente Istruzione e ne ha ordinato la pubblicazione. Roma, dalla Sede della Congregazione per la Dottrina della Fede, il 22 febbraio 1987, Festa della Cattedra di S. Pietro Apostolo. Joseph Card. Ratzinger Prefetto Alberto Bovone Arc. tit. di Cesarea di Numidia Segretario*



# *L'accordo di base tra la Santa Sede e la Bosnia ed Erzegovina in rapporto alle comunità ortodossa e musulmana*

*Pontificia Università San Tommaso d'Aquino, 27 maggio 2009*

**PIETRO PAROLIN**

Ringrazio vivamente gli organizzatori per l'invito a partecipare a questo convegno su *"The Holy See and the States of Post-Communist Europe. Key Aspects of their Relations Twenty Years after the Fall of the Berlin Wall"* e rivolgo un deferente e cordiale saluto a tutti i partecipanti.

Mi è stato chiesto di intervenire su *"The Basic Agreement of the Holy See with Bosnia and Herzegovina, in relation to the Orthodox and Muslim Communities"*.

Com'è noto, la Santa Sede stipula Accordi bilaterali con gli Stati per assicurare, a livello di diritto internazionale, un quadro giuridico adeguato per la presenza e le attività delle comunità cattoliche locali. Al riguardo, mi sembra utile aggiungere due osservazioni generali:

1) Ben lungi dall'assistere a quel "tramonto dei concordati" pronosticato da numerose teorie dopo il Concilio Vaticano II, siamo stati testimoni negli ultimi decenni di una "rifioritura dell'attività pattizia" della Santa Sede. Se nel quarantennio che va dal 1950 al 1989 sono stati stipulati 85 Accordi (nelle diverse forme di Concordati, Accordi-quadro, Protocolli, Note reversali, Modus Vivendi, Avenant, ecc.), con una media di 19 Accordi per ogni decade, nella sola ultima decade del secolo, dal '90 al 2000, se ne registrano quasi una cinquantina e il ritmo è continuato anche nella decade in corso.

2) Inoltre, l'attività pattizia della Santa Sede ha mutato area geografica. Nel quarantennio che va dal '50 al 2000, essa ha interessato principalmente l'Europa occidentale (56) e l'America Latina (20), mentre in seguito si è spostata nell'Europa centro-orientale, cioè nei Paesi già facenti parte del blocco socialista. Ed in effetti, il trapasso dal regime comunista a quello democratico ha richiesto una precisa rifondazione dell'assetto giuridico degli Stati: nuove Costituzioni, nuovi Codici civili, penali, commerciali e processuali, come pure una nuova impostazione dell'atteggiamento verso il fattore religioso e, in particolare, verso le istituzioni e le comunità religiose organizzate. Cia-

scun ordinamento, quindi, ha cercato di ridefinire i propri rapporti con le confessioni religiose.

In tale orizzonte si colloca “L’Accordo di Base tra la Santa Sede e la Bosnia ed Erzegovina” (firmato il 19 aprile 2006), con il relativo “Protocollo addizionale” (firmato il 29 settembre 2006), entrambi entrati in vigore il 25 ottobre 2007. Quest’Accordo, tenendo conto della composizione multi-etnica e multi-religiosa della Bosnia ed Erzegovina, è importante anche per i rapporti della Chiesa Cattolica con la Comunità ortodossa e con la Comunità musulmana.

Questa relazione si articola in tre parti. Nella prima presento la situazione storica recente delle comunità religiose in Bosnia ed Erzegovina, nel contesto di quella realtà politica e sociale. Nella seconda parte cerco di ripercorrere le fasi più importanti del processo di preparazione, firma, ratifica e applicazione dell’Accordo di Base e del relativo Protocollo Addizionale. Nella terza mi soffermo sul significato dell’Accordo in senso ecumenico e interreligioso.

## *I Dal comunismo – attraverso la guerra - verso la democrazia.*

In tutti i Paesi dell’Europa a regime comunista, in conseguenza dell’ideologia marxista secondo cui la religione era vista come “*affare privato*” e – secondo la ben nota espressione – come “*oppio del popolo*”, era in vigore la prassi della separazione ostile o “*separazione ateista*” tra Stato e Comunità religiose. Essa ha comportato la più totale emarginazione del fenomeno religioso rispetto alla realtà sociale e quasi la sua riduzione alla clandestinità – dal momento che lo Stato comunista cercava di ridurre ai minimi termini la presenza delle Chiese perfino nella vita privata dei cittadini – e si è tradotta nel più vistoso tentativo di scristianizzazione compiuto da uno Stato totalitario nell’epoca contemporanea. L’esperienza del separatismo ateista di derivazione sovietica fu esportato ed imposto anche nei Paesi dell’est europeo nel secondo dopoguerra (con la formazione del blocco politico- militare dei cosiddetti Stati socialisti), anche se non con gli stessi caratteri e lo stesso rigore assunti nell’URSS. I regimi ponevano, comunque, molti limiti all’esistenza e alle attività delle Comunità religiose, non raramente anche con persecuzioni e, di conseguenza, anche la libertà religiosa dei singoli cittadini era molto coartata, se non del tutto eliminata. Tale era la situazione anche in Bosnia ed Erzegovina, una delle Repubbliche della ex-Jugoslavia socialista. Soprattutto nei primi decenni dopo la seconda guerra mondiale, il regime era alquanto rigido: molti religiosi e fedeli di tutte le religioni furono perseguitati, incarcerati o uccisi; i beni furono nazionalizzati; le scuole e la stampa gestite dalle Comunità religiose furono proibite, ecc. In una fase successiva, durante l’ultimo decennio del regime

comunista, la posizione delle Comunità religiose migliorò un poco, grazie alla *“legge sulla posizione giuridica delle comunità religiose”* del 1976; tuttavia lo Stato non abbandonò la propria posizione sostanzialmente ostile.

Dopo il periodo comunista, nel 1992, in Bosnia ed Erzegovina sopravvenne purtroppo la triste realtà della guerra fratricida, terminata soltanto alla fine del 1995 con l’Accordo di Pace di Dayton. In questo periodo di scontro, la religione non raramente fu manipolata, e qualche volta anche invocata come mezzo per identificare il nemico. Naturalmente, molte ragioni favorivano simili prese di posizione, e in particolare il fatto che, caduto il regime comunista, quella società si trovò improvvisamente a dover affrontare la guerra, ancor prima di aver potuto organizzarsi con leggi democratiche, e aver risolto almeno alcuni dei problemi più importanti.

Dopo l’Accordo di Dayton emerse una nuova realtà politica, intesa a incamminare la Bosnia ed Erzegovina sulla via della democrazia e del rispetto dei diritti umani. Il Paese voleva chiudere definitivamente con il passato comunista e favorire il ritorno ad una pacifica convivenza tra le componenti etnico-religiose. Evidentemente a livello legale questo era possibile soltanto attraverso un lungo processo legislativo, in grado di dotare il Paese di nuovi strumenti normativi. Perciò non è da meravigliarsi che fino a poco tempo fa fossero ancora in vigore, almeno formalmente, parecchie leggi del vecchio regime.

Questo mutamento di situazione politica, leggi e prassi quotidiana, da una parte, permette l’applicazione dei principi e delle regole di democrazia, e contribuisce alla costruzione dell’armonia sociale; dall’altra, giova molto al processo di integrazione europea della Bosnia ed Erzegovina. Questa è la grande aspirazione di oggi della Bosnia ed Erzegovina, che per la sua storia è sempre appartenuta all’Europa, come peraltro disse il Segretario di Stato, il Cardinale Tarcisio Bertone, in occasione dello scambio degli strumenti di ratifica dell’Accordo di Base tra la Santa Sede e la Bosnia ed Erzegovina.

In questo contesto, l’Accordo assume particolare rilevanza. Esso non solo è importante, ma ha anche un significato “storico” – com’è stato detto da più parti –; non solo è un segno ulteriore della particolare sollecitudine della Santa Sede per la Comunità cattolica locale, tanto provata nella sua storia recente, ma evidenzia anche che le Autorità di Bosnia ed Erzegovina vogliono battere una strada “nuova”, secondo principi democratici riconosciuti a livello internazionale; in particolare è la conferma che esse intendono dare la giusta rilevanza al principio della libertà religiosa, per giungere anche per questa via alla tanto desiderata e necessaria armonia sociale nel Paese.

## *II Preparazione, firma, ratifica e applicazione dell'Accordo di Base e del Protocollo Addizionale*

Il riconoscimento dell'indipendenza politica della Bosnia ed Erzegovina da parte della Comunità internazionale avvenne nel 1992. Grazie alla sollecitudine di Giovanni Paolo II, la Santa Sede fu tra i primi a stabilire relazioni diplomatiche con la Bosnia ed Erzegovina, nominando all'inizio un Nunzio Apostolico non residente, per passare successivamente, nel periodo del dopoguerra, alla nomina di un Nunzio residente.

### *I lavori preparatori sull'Accordo*

Poco dopo la prima visita di Giovanni Paolo II in Bosnia ed Erzegovina (del 1997, a Sarajevo), nacque l'idea di un Accordo con la Santa Sede, che potesse offrire un quadro giuridico di base per le attività della Chiesa Cattolica locale.

L'anno 2002 segna una tappa importante. Di comune accordo furono costituite due Commissioni, una ecclesiastica e una governativa, con l'incarico di preparare una bozza di Accordo. La Commissione ecclesiastica era guidata dall'allora Nunzio Apostolico in Bosnia ed Erzegovina, l'Arcivescovo Giuseppe Leanza (ora Nunzio Apostolico in Irlanda); la Commissione governativa era guidata dal Sig. Ivica Miši, già Vice-Ministro degli Affari Esteri e allora Ambasciatore di Bosnia ed Erzegovina presso la Santa Sede.

Le due Commissioni conclusero i lavori il 18 dicembre 2002, con una proposta che fu presentata alle rispettive autorità competenti. Si sperava di poter firmare l'Accordo sei mesi dopo, in occasione della visita di Giovanni Paolo II a Banja Luka del 23 giugno 2003. Ciò non fu possibile per le perplessità avanzate da alcuni ambienti politici e religiosi. Le difficoltà non riguardavano tanto il contenuto del testo proposto, quanto piuttosto il dubbio che un Accordo con la Santa Sede potesse favorire o privilegiare la Chiesa Cattolica in uno Stato multireligioso e multi-etnico. Intanto, nel 2003 l'Arcivescovo Santos Abril y Castelló era succeduto all'Arcivescovo Leanza come Nunzio Apostolico in Bosnia ed Erzegovina.

### *La legge sulla libertà religiosa*

Parallelamente all'iter dell'Accordo, presso i competenti Uffici dello Stato era in corso l'elaborazione di una "Legge sulla libertà religiosa e sullo stato giuridico delle Comunità religiose in Bosnia ed Erzegovina". La circostanza, tenendo conto anche delle già ricordate perplessità, consigliò di rimandare i lavori sull'Accordo con la Santa Sede a un tempo successivo alla promulgazione di tale legge. Essa entrò in vigore a metà marzo del 2004.

*La ripresa dei negoziati*

Dal marzo 2004 a più riprese e in diversi modi si cercò di rispondere ai dubbi che erano stati sollevati in precedenza circa la opportunità di un Accordo con la Santa Sede. In particolare furono sottolineati seguenti punti:

a) L'Accordo doveva essere visto nell'interesse del Paese, poiché poteva offrire a livello internazionale un'immagine positiva e democratica della Bosnia ed Erzegovina, uscita da una dittatura comunista che ostacolava l'esercizio della libertà religiosa, e da una guerra nella quale anche la diversa appartenenza religiosa non raramente era stata invocata per confrontarsi e combattersi.

b) L'Accordo non si opponeva, ma poteva rappresentare uno sviluppo ed una ulteriore garanzia giuridica rispetto alla legge sulle Comunità religiose, mediante la quale la Bosnia ed Erzegovina si era impegnata a riconoscere e a rispettare la libertà religiosa di ogni singolo cittadino, ed il principio di uguaglianza davanti alla legge delle tre Confessioni religiose costitutive del Paese (Islam, Ortodossia e Cattolicesimo).

c) Neppure il principio di uguaglianza dei tre popoli costitutivi si opponeva all'Accordo, perché esso impone un differenziato trattamento giuridico nel caso di fattispecie giuridiche differenti. L'Autorità alla quale fa capo la Chiesa Cattolica è anche un soggetto di diritto internazionale, cioè la Santa Sede, per cui il rapporto bilaterale si può esprimere anche nella forma di un Accordo internazionale.

d) Tali presupposti, e la necessità di stabilire un quadro giuridico adeguato per il reale esercizio dei diritti dei cittadini nell'ambito religioso, hanno portato parecchi Paesi vicini, nei quali la questione religiosa ora si è normalizzata, a firmare simili Accordi con la Santa Sede.

Fu così costituito un Gruppo di Lavoro governativo, che nel mese di febbraio del 2006 presentò al Consiglio dei Ministri una proposta di Accordo con la Santa Sede, molto simile a quella del 2002.

Il nuovo Nunzio Apostolico, l'Arcivescovo Alessandro D'Errico (nominato alla fine del 2005), in diverse occasioni – sia nei contatti con le più alte autorità, sia in interventi pubblici – insistette su alcuni punti perché si superassero le perplessità che ancora restavano in alcuni ambienti: a) la Santa Sede non chiede privilegi, ma desidera soltanto – con un trattato internazionale, com'è nella sua tradizione – regolare giuridicamente le attività della Chiesa cattolica; b) inoltre, essa si augura che simili Accordi possano essere firmati presto anche con altre Comunità religiose, nel rispetto dell'uguaglianza dei tre popoli costitutivi, ed anche per favorire la necessaria armonia sociale ed il dialogo ecumenico e interreligioso.

*La firma dell'Accordo*

Il Consiglio dei Ministri approvò la bozza di Accordo il 21 febbraio 2006; due giorni dopo la stessa bozza, con poche varianti, fu approvata anche nella Presidenza Collegiale.

Per la soluzione delle ultime difficoltà contribuirono molto due altri elementi. Anzitutto l'impegno profuso dal Sig. Ivo Miro Jovi nel corso del suo mandato di Presidente di turno della Presidenza Collegiale (otto mesi, fino alla fine di febbraio 2006). Poi, la visita in Vaticano del nuovo Presidente di turno della Presidenza Collegiale, il Sig. Sulejman Tihi, alla fine di marzo 2006: nei suoi incontri con il Santo Padre Benedetto XVI e l'allora Segretario di Stato, Card. Angelo Sodano, si discusse anche dell'Accordo e furono apportati gli ultimi ritocchi.

Inizialmente si pensava ad un testo in quattro versioni autentiche (italiana, croata, bosniaca e serba). Nella fase finale delle trattative però, per evitare in futuro eventuali problemi d'interpretazione, fu accettata la proposta della Santa Sede che il testo autentico dell'Accordo fosse redatto solo in inglese, secondo la possibilità offerta dalla legge della Bosnia ed Erzegovina sulla procedura di stipulazione e di applicazione dei Trattati internazionali.

L'Accordo di Base tra la Santa Sede e la Bosnia ed Erzegovina fu firmato al Palazzo Presidenziale di Sarajevo il 19 aprile 2006, nel primo anniversario dell'elezione del Santo Padre Benedetto XVI al Supremo Pontificato. Erano presenti tutti i membri della Conferenza Episcopale e numerosi rappresentanti dello Stato. Per la Bosnia ed Erzegovina firmò il Sig. Ivo Miro Jovi, Membro della Presidenza Collegiale; e per la Santa Sede l'Arcivescovo Alessandro D'Errico, Nunzio Apostolico in Bosnia ed Erzegovina.

*La reazione dell'Ufficio dell'Alto rappresentante*

Il giorno successivo alla cerimonia della firma dell'Accordo, l'Ufficio dell'Alto rappresentante della Comunità Internazionale in Bosnia ed Erzegovina fece presente una difficoltà, che mai era stata sollevata in precedenza. Cioè, che i dieci anni previsti all'articolo 10 comma 3 dell'Accordo per la restituzione dei beni della Chiesa a suo tempo nazionalizzati, sembravano troppo pochi, perché una tale scadenza avrebbe potuto mettere a rischio il fragile sistema economico del Paese. L'Alto Rappresentante proponeva quindici anni come termine per la futura restituzione, anche perché così era previsto da una Commissione interministeriale che stava preparando una proposta di legge sulla restituzione.

*Il Protocollo Addizionale e la ratifica*

Durante l'estate 2006 ci furono intense trattative con l'Ufficio dell'Alto

Rappresentante e le più alte Autorità del Paese, al fine di risolvere questa difficoltà. Dopo aver consultato i Vescovi, per evitare l'impressione che la Chiesa Cattolica fosse interessata all'Accordo per questioni materiali, la Santa Sede rinunciò ad ogni termine di scadenza, e si disse disposta a rimandare questo aspetto della questione alla futura legge che dovrà regolare la restituzione di tutti i beni nazionalizzati (e non soltanto quelli della Chiesa Cattolica).

La proposta della Santa Sede fu accettata e si giunse alla firma di un Protocollo Addizionale come parte integrante dell'Accordo di Base. Essa ebbe luogo il 29 settembre 2006 a Sarajevo, nella sede della Nunziatura Apostolica. Anche il Protocollo Addizionale fu firmato dal Sig. Ivo Miro Jovi e dal Nunzio Apostolico Arcivescovo Alessandro D'Errico. Tuttavia, in quella circostanza il medesimo Rappresentante Pontificio fu incaricato di comunicare all'Alto Rappresentante e alle Autorità del Paese che il Protocollo Addizionale doveva essere considerato come un gesto di buona volontà da parte della Santa Sede, e che ora essa auspicava vivamente che la legge sulla restituzione potesse essere approvata in tempi brevi.

Dopo il necessario *iter* parlamentare, nella seduta della Presidenza collegiale svoltasi il 20 agosto 2007 all'unanimità fu presa la deliberazione sulla ratifica dell'Accordo di Base e del Protocollo Addizionale. La solenne cerimonia dello scambio degli strumenti di ratifica ebbe luogo in Vaticano il 25 ottobre 2007, tra il Cardinale Segretario di Stato Tarcisio Bertone e il Presidente di turno della Presidenza Collegiale Sig. Željko Komšić.

### *Il contenuto dell'Accordo*

L'Accordo di Base con la Bosnia ed Erzegovina è composto da un preambolo e 19 articoli. Come nella maggior parte dei Concordati o di simili Accordi della Santa Sede con gli Stati, nel preambolo si menzionano alcuni principi (e in particolare quello di autonomia ed indipendenza dello Stato e della Chiesa, nonché quello della loro disponibilità alla mutua collaborazione). Poi, nei 19 articoli si regolano la questione della personalità giuridica delle istituzioni ecclesiastiche, il libero esercizio della missione della Chiesa, la libertà di culto, l'inviolabilità del segreto confessionale, la costruzione degli edifici sacri, i giorni non lavorativi per i cattolici, il diritto di acquistare, possedere, usufruire o alienare beni mobili e immobili, l'organizzazione di strutture cattoliche educative ed assistenziali, l'insegnamento della religione, il diritto ad avere *media* propri e accesso a quelli pubblici. Secondo il Protocollo Addizionale, la restituzione dei beni a suo tempo nazionalizzati, sarà eseguita in conformità alla legge che regolerà tale materia, anche per ciò che riguarda il periodo della loro restituzione.

*La questione dei matrimoni*

Le varie bozze conservarono a lungo un articolo che prevedeva gli effetti civili del matrimonio religioso, come di solito avviene in simili Accordi della Santa Sede con gli Stati. Tuttavia, i Vescovi locali chiesero che il matrimonio canonico non avesse effetti civili, in considerazione della complessità multi-etnica e multireligiosa della Bosnia ed Erzegovina, che consigliava di tener del tutto separati i due fori in materia matrimoniale.

*La Commissione Mista per l'applicazione dell'Accordo*

Per una serie di circostanze, fino ad oggi (maggio 2009) l'Accordo di Base – nonostante sia entrato in vigore nel 2007 – è rimasto al livello dei principi. Da qualche mese si lavora intensamente per la fase applicativa. L'avvio della fase applicativa fu al centro degli incontri che il Segretario per i Rapporti della Santa Sede con gli Stati, l'Arcivescovo Dominique Mamberti, ebbe a Sarajevo durante la sua visita Ufficiale di un anno fa (26-29 aprile 2008). In particolare, egli propose che si formasse al più presto la Commissione Mista prevista dall'Accordo di Base e dal Protocollo Addizionale. La proposta fu ben accolta dalle Autorità di Sarajevo, e il 29 luglio 2008 fu annunciata la formazione della Commissione Mista.

Essa è composta da dieci membri, con cinque rappresentanti per ciascuna delle due parti. Il Ministro per i Diritti umani e i Rifugiati, Sig. Safet Halilovi è Co-Presidente per la parte statale (gli altri quattro membri della Bosnia ed Erzegovina sono: il Ministro degli Affari Esteri, Sig. Sven Alkalaj; il Ministro degli Affari Civili, Sig. Sredoje Novi; il Ministro della Giustizia, Sig. Bariša Čolak; il Vice-Ministro delle Finanze, Sig. Fuad Kasumovi). Per la Santa Sede il Co-Presidente è il Nunzio Apostolico, Arcivescovo Alessandro D'Errico (gli altri membri sono: il Vescovo Ausiliare di Sarajevo, Mons. Pero Sudar; il Segretario della Nunziatura Apostolica, Mons. Waldemar Stanisław Sommer-tag; il Ministro Provinciale dei Francescani di Erzegovina, Fra' Ivan Sesar; il Prof. Don Tomo Vukšić).

La prima riunione della Commissione ebbe luogo il 17 dicembre 2008. Sin ad oggi si sono avute tre riunioni; ne sono previste dieci per quest'anno. La Commissione ha un mandato di due anni (fino al mese di settembre del 2010). È stato concordato di lavorare in tre aree: la prima riguarda le leggi applicative dell'Accordo; la seconda si riferisce alla preparazione degli Accordi complementari previsti dall'Accordo di Base; la terza concerne la legge sulla restituzione dei beni a suo tempo nazionalizzati, per ciò che è di competenza della Commissione (secondo quanto è stabilito dal Protocollo Addizionale).



### III *Contributo dell'Accordo di Base al dialogo ecumenico e interreligioso*

Vorrei ora accennare all'importanza dell'Accordo in rapporto alla Comunità ortodossa e a quella musulmana, nel contesto multietnico e multiconfessionale del Paese.

Secondo le stime dell'Agenzia per la Statistica di Bosnia ed Erzegovina, oggi il Paese conta circa 3.843.000 abitanti, di cui il 13% sono cattolici. Certamente è un Paese piccolo dal punto di vista statistico. Tuttavia, tenendo conto della sua posizione geografica e della secolare composizione multietnica e multiconfessionale della popolazione, non c'è dubbio che si tratta di un Paese di notevole importanza, al quale – come disse il Card. Bertone nel discorso summenzionato – *“la Santa Sede guarda con privilegiata attenzione”*. In esso tradizionalmente convivono tre popoli costitutivi: i croati, i serbi e i bosniaci. I croati per lo più sono cattolici, i serbi sono ortodossi e i bosniaci sono musulmani. Così la linea che definisce l'appartenenza ad una Comunità etnica, quasi regolarmente coincide anche con quella che riguarda la fede religiosa. In questo Paese dunque s'incontrano, s'incrociano e convivono tre popoli diversi e tre religioni differenti. I loro appartenenti sono sparsi e spesso mescolati nei villaggi e nelle città, anche se non dappertutto in misura eguale.

Vorrei pure sottolineare che storicamente in Bosnia ed Erzegovina da secoli coesistono anche tre culture e civiltà diverse: quella mediterranea e middleuropea dei cattolici, quella ottomana dei musulmani e quella orientale-bizantina degli ortodossi. E come accade un po' dappertutto dove si vive una vicinanza duratura di elementi culturali diversi, anche in Bosnia ed Erzegovina è nato un *novum* culturale: una società in cui – come scrisse uno scrittore di prestigio (Miroslav Krleža) – *“si sono mescolati vino latino e olio bizantino”*.

Questa convivenza di elementi diversi non sempre è stata felice, e talvolta ha portato ad aspri confronti e tensioni, come in epoca recente, quando la guerra fratricida causò tanta distruzione e tanta sofferenza. Ora, a quasi 14 anni dall'Accordo di Pace di Dayton, resta ancora parecchio da fare, in termini di ricostruzione materiale e morale. Dal nostro punto di vista sembra necessario pensare ancor più e ancor meglio a come costruire una pace “giusta” e una piena armonia sociale: una pace che garantisca ai singoli e ai popoli costitutivi di esprimersi, rapportarsi, e avere un ruolo nel Paese al meglio delle loro possibilità. Per giungere a ciò, pare necessario un rinnovato dinamismo di riconciliazione tra tutte le parti sociali (politiche, etniche e religiose). C'è da lavorare con fiducia e rinnovata speranza, per un dialogo positivo e costruttivo, specialmente oggi, quando sono in discussione questioni urgenti per il presente e il futuro del Paese.

In questa prospettiva, mi sembra importante il fatto che anche la Chiesa ortodossa autocefala serba qualche mese fa abbia stipulato con la Bosnia ed Erzegovina un Accordo per la Comunità ortodossa presente nel Paese, molto simile all'Accordo con la Santa Sede. Anzi, non è un mistero che l'Accordo con la Chiesa ortodossa si ispira in moltissimi punti ad esso e si è generalmente d'accordo nel dire che il nostro Accordo è servito da modello per la Chiesa Ortodossa, nella sua ricerca di un quadro giuridico adeguato in Bosnia ed Erzegovina.

Ma non c'è solo questo! Quando si era giunti (nel 2007) alla decisione presidenziale per la firma di questo Accordo con la Chiesa ortodossa, le cose si complicarono per l'articolo che riguarda l'insegnamento della religione nelle scuole. Il Sig. Komši, Membro della Presidenza Collegiale, all'inizio votò contro quest'Accordo, già controfirmato dal Patriarca di Belgrado, proprio a motivo della formulazione riguardante l'insegnamento della religione ortodossa nelle scuole. Ebbene, su richiesta delle Autorità ortodosse, fu proprio il Nunzio Apostolico ad adoperarsi presso il Sig. Komši per la soluzione della difficoltà. Questi si disse disposto a cambiare il suo voto se l'articolo controverso avesse riportato esattamente (e senza le aggiunte che si erano sovrapposte) la formulazione dell'Accordo con la Santa Sede. Così la questione fu risolta e si giunse alla firma dell'Accordo con la Chiesa ortodossa. Ovviamente ne siamo felici, perché lo spirito di dialogo ha portato buon frutto; e siamo fiduciosi che anche questo gioverà alla crescita della fiducia reciproca e alla collaborazione tra le due Comunità.

Per quanto concerne la Comunità islamica di Bosnia ed Erzegovina, alla fine del processo di elaborazione dell'Accordo di Base essa non era contraria alla sua stipulazione. Tuttavia non pensava a un simile Accordo con lo Stato, perché riteneva sufficiente la legge sulla libertà religiosa e sullo stato giuridico delle Comunità religiose, che ho sopra menzionato. Da qualche tempo però, anche la Comunità islamica si è dichiarata interessata a un simile Accordo con lo Stato, per meglio definire il quadro giuridico delle sue attività. E se l'Accordo con la Santa Sede potrà servire da modello, di certo la Comunità cattolica ne sarà ben contenta.

Devo anche far menzione di un'altra questione, che spesso viene sollevata; e cioè, quella che riguarda il livello di simili Accordi tra lo Stato e le altre Comunità religiose. Certamente non si può trascurare la differenza che viene dal fatto che solo nel nostro Accordo ci sono due soggetti di diritto internazionale (la Bosnia ed Erzegovina e la Santa Sede). Noi abbiamo detto e ripetiamo il nostro vivo desiderio che anche le altre Comunità religiose possano vedere ben definito il quadro giuridico della loro presenza nel Paese. Il resto non dipende da noi. Intanto però vorrei far notare che, per il

principio di eguaglianza dei tre popoli costitutivi, proprio dalla dimensione internazionale dell'Accordo di Base con la Santa Sede vengono comunque ulteriori garanzie per tutte le Comunità religiose nel Paese, ed anche per gli Accordi che saranno stipulati con esse, perché comunque anche questi saranno connessi con il nostro Accordo.

Consentitemi di aggiungere ancora un elemento significativo per la prospettiva ecumenica e interreligiosa. Dopo qualche perplessità iniziale (che ho menzionato nella seconda parte di questa Relazione), la stipulazione dell'Accordo di Base tra la Bosnia ed Erzegovina e la Santa Sede è stata appoggiata da tutte le Comunità religiose e da tutti i partiti politici. Così esso è stato sempre votato all'unanimità in tutte le istanze del suo *iter* procedurale – al Consiglio dei Ministri, alla Camera dei Rappresentanti (Camera bassa), alla Camera dei Popoli (Camera alta) e alla Presidenza collegiale. Qualcuno ha detto e scritto che l'Accordo di Base costituisce un felice esempio della possibilità di dialogo e di collaborazione in Bosnia ed Erzegovina. Il nostro augurio è che questo esempio rafforzi la convinzione che è possibile anche oggi – come in passato – una collaborazione costruttiva in Bosnia ed Erzegovina, pur nella differenziazione multi-etnica e multi-religiosa che caratterizza il Paese, e pur tra le ferite che ancora sussistono per la guerra recente.

Per ciò che la Chiesa cattolica e la Santa Sede hanno contribuito per il consolidamento dell'armonia sociale attraverso l'Accordo di Base, siamo grati alla Provvidenza di Dio. Ma non ne facciamo un vanto, perché anche nelle nostre attività a livello internazionale abbiamo sempre presente l'insegnamento del Divin Maestro, che ci ha chiesto di ripetere incessantemente: *“Siamo servi inutili. Abbiamo fatto quanto dovevamo fare”* (Lc. 17,10).

# *Proposta per una legge organica sulla libertà di religione*

MARCELLO SALEMME

## 1. *Condizioni del quadro attuale*

I mutamenti degli equilibri economico-politici che hanno interessato negli ultimi decenni l'Europa orientale, l'Africa settentrionale ed il sud-est asiatico, hanno reso il nostro Paese meta di un flusso costante di immigrati, diretti sia in Italia che verso altre destinazioni europee, suscitando una serie di problemi inimmaginabili in passato poiché i nuovi immigrati, a ragione della loro diversa e lontana origine geografica, sono portatori di costumanze e credenze profondamente eterogenei tra loro e diversi da quelli autoctoni<sup>1</sup>. Ma non per questo ai nuovi consociati può essere preclusa la possibilità di divenire parte integrante ed attiva della società, sicché il giurista ed il legislatore debbono

---

<sup>1</sup> Per un'ampia trattazione Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Minoranze mussulmane in Italia nel XX secolo*, in vol. AA. VV., *Storia dell'Italia religiosa. 3 L'età contemporanea*, Laterza, Bari, 1995, p. 485; GAETANO DAMMACCO, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000, p. 16; ITALO DE SANDRE, *Fattore religione e organizzazione complessa della riproduzione sociale quotidiana: alcuni problemi di approccio*, in AA. VV., (a cura di S. BURGASSI – G. GUIZZARDI), *Il fattore religione nella società contemporanea*, F. Angeli, Milano, 1983, pp. 133 e ss; SARA DOMMANIELLO, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2007, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), del 3 novembre 2008, p. 23; GIANFAUSTO ROSOLI, *I movimenti di migrazione e i cattolici italiani*, in AA. VV. (a cura di ELIO GUERRIERO), *La Chiesa in Italia dall'unità ai nostri giorni*, San Paolo, Torino, 1996, p. 300; GIOVANNI GOZZINI, *Le migrazioni di ieri e di oggi. Una storia comparata*, Mondadori, Milano, 2005, p. 53. Senza tema di smentita, è possibile ritenere che il fenomeno migratorio abbia inciso, e stia incidendo, profondamente sull'assetto sociale italiano con implicazioni del tutto nuove sul fattore religioso fortemente dipendente dall'assetto sociale. Infatti, mentre la maggior parte degli immigrati di inizio XX secolo proveniva dalle aree del nord Africa e dell'Asia mediterranea, recando con sé solo la cultura islamica, sempre più spesso gli spostamenti dell'epoca attuale riguardano aree lontane sia geograficamente che culturalmente ed espongono costantemente le società oriunde al confronto con nuove realtà, nuovi modi di intendere la religiosità, generando seri problemi di inserimento per i nuovi arrivati.

urgentemente misurarsi con il fenomeno della multietnia e dei nuovi connotati che assumono, di conseguenza, le questioni legate alla libertà di religione. Il necessario realismo porta ad escludere che la proposta di uno stravolgimento della situazione attuale, che passi attraverso la radicale riforma delle norme costituzionali ed ordinarie riferite all'argomento, possa esitare felicemente, in quanto rischierebbe solamente di infrangersi contro il muro del bieco ontologismo e costituirebbe l'ennesima occasione perduta per migliorare, seppur marginalmente, quanto di modificabile vi sia; viceversa sembra preferibile una soluzione che, pur rischiando di apparire parziale, possa realisticamente trovare riscontro pratico. Un approccio in chiave realisticamente propositiva, viceversa, deve muovere dalla conoscenza della realtà su cui si intende agire, di modo da pervenire, senza inutili allarmismi od altrettanto inutili fatue ambizioni, alla consapevolezza degli obiettivi possibili.

L'elaborazione di una tale proposta richiede la conoscenza degli elementi costitutivi della nostra società<sup>2</sup>, frutto di una sedimentaria evoluzione di eventi e circostanze che l'hanno resa unica, peculiare ed irripetibile. Su questo aspetto vale la pena ricordare che l'assetto multiregioso della società degli antichi romani<sup>3</sup> venne irrimediabilmente minato dalla diffusione del

---

<sup>2</sup> ANTONIO BALDASSARRE, *Libertà. Problemi generali* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, 1990, XIX, pp. 30 e ss.; PIERO BELLINI, *Libertà dell'uomo...*, cit., p. 198; RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1994, pp. 335 e ss.; CARLO CARDIA, *Società moderna e diritti di libertà*, in vol., AA.VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Il Mulino, Bologna, 1975, p. 36; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Articolo 19*, in vol. AA. VV. (a cura di GIUSEPPE BRANCA), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 13-20*, Zanichelli, Bologna, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1977, p. 240; SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico...*, cit., pp. 550-554; P. PERLINGERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 21; MARIO TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà del diritto di libertà religiosa*, in vol. ID., *Vecchi e nuovi saggi...*, cit., p. 152. Non può sfuggire che la libertà religiosa non è una qualsiasi libertà giuridica, sterilizzata dai connotati storici, politici e sociali, che la caratterizzano.

<sup>3</sup> Per l'approfondita analisi di tali periodi storici si vedano, tra gli altri, PIER GIOVANNI CARON, *Corso di storia dei rapporti fra Stato e Chiesa. I Chiesa e Stato dall'avvento del cristianesimo agli inizi della monarchia assoluta*, Giuffrè, Milano, 1981; MARIO A. MANACORDA, *Dal politeismo al monoteismo in Roma antica*, in *Lettere internazionali*, n. 71, I Trimestre 2002, pp. 182 e ss.; FRANCESCO RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il mulino, Bologna, 1992; FRANCESCO SINI, *Dai documenti dei sacerdoti romani: dinamiche dell'universalismo nella religione e nel diritto pubblico di Roma antica. Relazione presentata nel XXII Seminario Internazionale di Studi Storici "Da Roma alla Terza Roma. I luoghi dell'universalismo da Roma a Costantinopoli a Mosca*, Roma, 21-23 aprile 2002; ID., *Initia urbis: la fondazione di Roma tra teologia e diritto nei poeti dell'epoca di Augusto: Virgilio e Ovidio*, in riv. *Diritto@storia*, 2002, 1, su [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it) del 19 giugno 2007; LORENZO SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 1987; MARTA SORDI, *Tolleranza e intolleranza nell'antichità*, in vol. AA. VV. (a cura di MARIO SINA), *La tolleranza religiosa. Indagini storiche e riflessioni filosofiche*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 1991, p. 12; FRANCESCO SINI, *Diritto e pax deorum in Roma Antica*, in riv. *Diritto e Storia*, n. 5, 2006, su [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it) del 19 maggio 2007; ID., *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 50 e ss.; ANDRÈ MAUNDOZE, *Le persecuzioni nei primi secoli della Chiesa*, in vol. AA.VV., *Storia*

cristianesimo, fautore di un processo di compenetrazione tra Chiesa e potere temporale che, insuflato dagli eventi bellici e politici del basso medioevo<sup>4</sup>, suscitò quell'antagonismo che canora oggi logora il dibattito in materia religiosa<sup>5</sup>, schermando il nostro Paese dai progressi culturali e sociale dell'Europa illuminista<sup>6</sup>. Questo dato empirico non deve essere trascurato dal giurista il quale non può, quindi, pretendere di importare *sic et simpliciter* quanto sia efficace in contesti sociali diversi dal nostro.

L'obiettivo da perseguire deve essere, comunque, quello di garantire la laicità delle istituzioni pubbliche. Oggigiorno, alla luce dei riverberi che i mutamenti sociali irradiano sul dibattito intorno a questioni religiose e, di conseguenza, sull'oggetto della laicità, emerge la vetustà del vecchio modulo di contrapposizione tra cattolicesimo e Stato<sup>7</sup>, poiché i mutamenti prima de-

---

*vissuta del popolo cristiano*, Società editrice internazionale, Torino, 1985, p. 47; RAMSAY MACMULLEN, *La diffusione del cristianesimo nell'Impero romano*, Laterza, Bari, 1989, p. 19; MAURO PESCE, *Il cristianesimo e la sua radice ebraica. Con una raccolta di testi sul dialogo ebraico-cristiano*, Dehoniane, Bologna, 1994, pp. 34-35; MARIO A. MANACORDA, *Dal politeismo al monoteismo in Roma antica*, in *Lettere internazionali*, n. 71, I Trimestre 2002.

<sup>4</sup> Per uno studio del periodo storico si rimanda a: VINCENZO AIELLO, *Cassiodoro e la tradizione su Costantino*, in vol. AA. VV. (a cura di SANDRO LEANZA), *Cassiodoro dalla corte di Ravenna al Vivarium di Squillace*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1986, pp. 131-157; LELLIA CRACCO RUGGINI, *Società provinciale, società romana, società bizantina in Cassiodoro*, in vol. AA. VV. (a cura di SANDRO LEANZA), *Cassiodoro dalla corte di Ravenna al Vivarium di Squillace*, cit., pp. 245-261; BIAGIO SAITTA, *Religionem imperare non possumus. Motivi e momenti della politica di Teoderico il Grande*, in riv. *Quaderni Catanesi*, 8, 1986, pp. 63-88; ID., *La 'civiltas' di Teoderico. Rigore amministrativo, 'tolleranza' religiosa e recupero dell'antico nell'Italia ostrogota*, L'Erma, Roma, 1994; ID., *Ebrei e orientali nell'Italia settentrionale fra il IV e il VI sec. d.C.*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 1984, pp. 210-213 e 234-235; KARL A. FINK, *Chiesa e papato nel medioevo*, Il mulino, Bologna, 1987, p. 13.

<sup>5</sup> PIERO BELLINI, *Seculum christianum Sui modi di presenza della Chiesa nella vicenda politica degli uomini*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 51; DINO CARPANETTO-GIUSEPPE RICUPERATI, *L'Italia del Settecento. Crisi, trasformazioni, Lumi*, Laterza, Roma, 2008, p. 136. L'episcopato di Roma non restò indenne dalle conseguenze degli epiloghi politici dell'Impero, che se da un lato gli costarono la perdita della universalità mutuata dalla estensione territoriale dell'Impero, dall'altro gli offrirono la possibilità di colmare la vacuità politica che affliggeva l'Italia instaurandovi il proprio potere temporale. Dunque, mentre la Gallia venne interamente occupata dai Franchi e la Spagna dai Visigoti, in Italia si sviluppò il germe pernicioso della frammentazione politica e sociale, nelle cui piaghe riuscì ad impelagarsi la Chiesa di Roma quale unica forza sopravvissuta all'impero, abile nello sfruttare il vuoto di potere e le lacerazioni sociali che essa stessa alimentò.

<sup>6</sup> IM HOF, *L'Europa dell'Illuminismo*, traduzione di Alessandro Califano, Laterza, Roma, 1993, p. 182; SIMONETTA SOLDANI, *Il ritorno della Rivoluzione*, in vol. AA. VV., *Storia contemporanea*, Donzelli, Roma, 1997, pp. 35 e ss.

<sup>7</sup> SILVIO FERRARI, *La nozione di laicità tra identità e pluralismo*, in vol. AA. VV. (a cura di ADOLFO CERRETI-LOREDANA GARLATTI), *Laicità e Stato di diritto. Atti del IV convegno di facoltà. Università di Milano Bicocca, 9-10 febbraio 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 99 e ss.; LUCIANO GUERZONI, *Note preliminari...*, cit., pp. 72 e ss.; BARBARA RANDAZZO, *Le laicità...*, cit., p. 22; PAOLO STEFANI, cit., p. 67. Quella della laicità è una vicenda tutta europea, figlia dell'illuminismo, emblematicamente sin-

scritti hanno piantumato nella società oramai “post-secolare”<sup>8</sup> un pluralismo ideologico e religioso bisognoso di istituzioni capaci di una tolleranza non dispregiativa<sup>9</sup>, che sia di apertura ed accoglimento e che, giuridicamente, implichi il divieto di catalogare, prima ancora che discriminare, chicchessia in base alla sua opinione religiosa<sup>10</sup>. Tralasciando la laicità filosofica in senso cosmico e centrando l’attenzione sulla laicità dello Stato<sup>11</sup>, in prima approssimazione per il giurista la laicità postula la separazione tra la sfera temporale e quella spirituale<sup>12</sup> ed inferisce le modalità in cui le istituzioni pubbliche, nel loro complesso, reagiscono quotidianamente alle istanze religiose proposte dai singoli individui<sup>13</sup>, senza assurgere a causa scatenante, o comunque giustificativa, di discriminazioni anticlericali od antireligiose, poiché laicità non vuol dire agnosticismo o miscredenza religiosa<sup>14</sup>, ma si pone, con maggiore raffinatezza, come estrinsecazione della sovranità di uno Stato capace di decidere di mantenersi equidistante da ciascuna delle verità trascendentali che liberamente circolano sul suo territorio<sup>15</sup>.

---

tetizzata nella esperienza francese che, nelle sue fasi incipienti, riguardava in particolare i rapporti tra lo Stato e la sola Chiesa Cattolica, coinvolti in un infinito “iudicium finium regundorum”.

<sup>8</sup> GIAN E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in vol. AA. VV. (a cura di ADOLFO CERRETI-LOREDANA GARLATI), *Laicità e Stato di diritto. Atti del IV convegno di facoltà. Università di Milano Bicocca, 9-10 febbraio 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 25 e ss.

<sup>9</sup> Nernestong G. Valdes, *Tolleranza...*, pp. 167 e ss.

<sup>10</sup> BARBARA RANDAZZO, *Le laicità...*, cit., p. 19.

<sup>11</sup> LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in vol. AA. VV. (a cura di ADOLFO CERRETI e LOREDANA GARLATI), *Laicità e Stato di diritto. Atti del IV convegno di facoltà. Università di Milano Bicocca, 9-10 febbraio 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 58.

<sup>12</sup> PAOLO STEFANI, cit., p. 10.

<sup>13</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere...*, cit., p. 8; GIOVANNI CIMBALO, *Laicità come strumento...*, cit., p. 11; SILVIO FERRARI, *La nozione di laicità...*, cit., p. 121; PAOLO STEFANI, cit., p. 108. La laicità si rivolge principalmente agli individui, assicurando loro la libertà di scegliere se partecipare alla vita delle organizzazioni sociali, certi di godere della protezione dello Stato anche nei confronti delle entità stesse, conservando lo status di “individuo nella moltitudine”, di modo che uno degli attori dialogici contrapposto allo Stato sia l’individuo. Solo in questo modo viene garantita la piena, concreta e paritaria, tutela di tutte le opinioni religiose individuali, sconfessando ogni apprezzamento etico circa la bontà dell’opinione, circa il consolidamento sociale della fede eventualmente professata e circa qualsivoglia parametro numerico o sociologico.

<sup>14</sup> LUCIANO GUERZONI, *Note preliminari...*, cit., p. 70.

<sup>15</sup> RAFFAELE AIELLO, *Tolleranza italiana...*, cit., p. 108; SILVIO FERRARI, *È Cambiato il vento?*, in riv. *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, 1995, 1, p. 9; LUCIANO GUERZONI, *Note preliminari...*, cit., p. 79; GIUSEPPE LEZIROLI, *La confessione della laicità*, in riv. *Diritto e religioni*, Rubettino, 2007, 1, pp. 252 e ss. Lo Stato pluralista non solo deve rinunciare a proporre un proprio progetto etico, ma deve soprattutto garantire la libertà religiosa di ciascuno senza trascinare nel male opposto, non per questo meno grave, del laicismo, che, mediante un’ontologica avversione per il sentimento religioso, lo rende non meno “chiuso” dello Stato integralista e, quindi, stride con il senso di apertura proprio della laicità di impronta liberale.

## 2. La libertà di religione nel pensiero del Costituente

L'Assemblea costituente del 1946 operò al cospetto di una società instabile ed affaticata da venti anni di dittatura, un lungo e virulento conflitto e una malcelata guerra civile, ed aveva da perseguire ad ogni costo, tra le altre, la questione della pacificazione religiosa<sup>16</sup>. Per questi motivi il dibattito circa l'atteggiamento che avrebbe dovuto assumere lo Stato in ordine a questioni religiose fu molto acceso, risentendo sia delle profonde ingerenze che la Curia romana riusciva ad esercitare sui deputati della D.C.<sup>17</sup> contrapposti ai colleghi laici<sup>18</sup>, sia della matrice fascista della legislazione ecclesiasticistica vigente<sup>19</sup>. Ne risultò un testo che analizza il fenomeno religioso sotto diversi aspetti<sup>20</sup> disciplinando i rapporti tra Stato e confessioni religiose con gli articoli 7 e 8, collocati tra i Principi fondamentali, e garantendo a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, con gli articoli 19 e 20 collocati fra i diritti e doveri dei cittadini<sup>21</sup>.

Il principale referente costituzionale per la regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse della cattolica risiede certamente nell'articolo 8<sup>22</sup>, il cui testo definitivo fu il compromesso<sup>23</sup> all'esito di dibattiti connotati dall'insalubre contrapposizione ideologica che animarono sia i

---

<sup>16</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *La riforma...*, cit., p. 45.

<sup>17</sup> CARLO BOMPENI, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)*, Il mulino, Bologna, 1979, p. 115 e ss., 152 e ss. e 219 e ss. Il regime fascista non cadde sotto il solo peso della disfatta militare ma, analogamente ad ogni fenomeno sociale e politico, implose logorato da una lenta dilacerazione avviata ben prima del 25 luglio 1943, durante un periodo in cui il papato, non disdegnando la possibilità di rinverdire le dirigenze fasciste mediante una loro ricollocazione entro una "nuova" classe politica, profitto dell'occasione per spianare la strada al costituendo partito della Democrazia Cristiana mediante una facile pastorale caritativa su una popolazione resa indigente dalla tragedia bellica.

<sup>18</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), marzo 2008, p. 2.

<sup>19</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *La riforma...*, cit., p. 45.

<sup>20</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa e costituzione*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), febbraio 2008, p. 1.

<sup>21</sup> SERGIO LARICCIA, *La libertà in materia religiosa*, in vol. AA. VV., (a cura di VALERIO TOZZI), *Nuovi studi di Diritto canonico ed ecclesiastico*, Edisu, Salerno, 1990, p. 347. Id., *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in riv. telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), marzo 2008, p. 3. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi ed interpretazioni*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 27.

<sup>22</sup> SALVATORE BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nel diritto ecclesiastico*, Giuffrè Milano, 1974, pp. 15 e ss.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati...*, cit., pp. 140 e ss.

<sup>23</sup> BARBARA RANDAZZO, *La costituzione italiana e il pluralismo religioso*, in riv. *Missione Oggi*, n. 6, giugno-luglio 2005, pp. 8-12.



lavori della I sottocommissione, sia quelli della Commissione dei settantacinque, sia quelli del *plenum*<sup>24</sup>, preferito ad altri che avrebbero consacrato inequivocabilmente la laicità dello Stato<sup>25</sup>. Complessivamente, checché possa desumersi dalla lettera del suo primo comma che sembrerebbe equiparare tutte le confessioni religiose<sup>26</sup>, l'articolo 8 è da intendersi quale *minus abens* rispetto al precedente articolo 7, in quanto costola dello stesso<sup>27</sup> ed astretto a lungo da parte della dottrina entro un'interpretazione restrittiva e disarticolata dalle altre norme costituzionali<sup>28</sup>. Si dovette aspettare, infatti, gli anni settanta del secolo conchiuso perché, nel solco dei più ampi progressi delle libertà civili<sup>29</sup> e dei vacillanti passi verso la laicizzazione del Paese<sup>30</sup>, prendesse a muoversi un lento processo di emancipazione dell'articolo 8<sup>31</sup>, intravedendovi ulteriore applicazione del concetto della bilateralità sancito dall'articolo 7 come strumento regolatore dell'intero sistema dei rapporti tra lo Stato e

---

<sup>24</sup> Per la ricostruzione dei lavori dell'Assemblea costituente si vedano: VITTORIO FALZONE-FILIPPO PALERMO-FRANCESCO COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana, Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note di riferimento*, Colombo, Roma, 1969. Cfr. l'intervento del relatore di maggioranza Giuseppe Dossetti, in *Atti dell'Assemblea Costituente, Discussioni*, seduta del 12 aprile 1947, pp. 2790 e ss.; Cfr. seduta del 25 marzo 1947, in [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it), link HomePage/Assemblea Costituente/Introduzione. RAFFAELE BOTTA, *Sentimento religioso e Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 67 e ss.; LAURA GOVERNATORI RENZONI, *Gli artt. 7 e 8 della Costituzione nelle valutazioni della giurisprudenza (1948-1972)*, in vol. AA.VV., *Individuo, gruppi confessioni religiose nello Stato democratico. Atti del Convegno nazionale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 412; GIOVANNI LONG, *Le confessioni... cit., religiose «diverse dalla cattolica». Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 31 e ss.; CESARE MIRABELLI, *Intese fra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1983, Appendice, vol. IV, p. 393, nota 1.

<sup>25</sup> NICOLA COLAIANNI, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica nel pluralismo statale*, in vol. AA. VV. (a cura di RAFFAELE COPPOLA), *Gli strumenti costituzionali per l'esercizio della libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 45 e ss.; VALERIO ONIDA, *Profili costituzionali...*, cit., p. 31, nota 5.

<sup>26</sup> VITTORIO FALZONE-FILIPPO PALERMO-FRANCESCO COSENTINO, cit., p. 37 ss.; GIORGIO BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 293 e ss.; PAOLO BARILE, *Appunti sulla condizione giuridica dei culti acattolici in Italia*, in riv. *Il Diritto ecclesiastico*, 1953, I, p. 343; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere una disciplina della libertà religiosa conforme a Costituzione?*, in riv. telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) di 5 novembre 2007, p. 11.

<sup>27</sup> NICOLA COLAIANNI, *Confessioni religiose ed intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Cacucci, Bari, 1990, p. 20; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La riforma...*, cit., p. 46.

<sup>28</sup> FRANCESCO FINOCCHIARO, *Lo studio del diritto...*, cit., SILVIO FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano. Manuale e riviste (1929-1979)*, Milano, 1979, pp. 167 e ss..

<sup>29</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 4.

<sup>30</sup> SERGIO LARICCIA, *La libertà in materia religiosa*, cit., p. 384.

<sup>31</sup> MARIO TEDESCHI, *Stato e confessioni acattoliche*, in vol. MARIO TEDESCHI, *Saggi di diritto ecclesiastico*, Torino, 1987, pp. 107 e ss.

tutte le confessioni religiose<sup>32</sup>. Tuttavia, l'estensione del principio pattizio ai culti diversi dal cattolico non è bastata, né avrebbe potuto da sola bastare, a superare le differenze che passano tra la condizione della Chiesa cattolica e le altre confessioni, non riuscendo ad andare oltre un parallelismo meramente teorico<sup>33</sup> che non trova riscontro neanche riguardo al rito seguito per addivenirsi ai due ordini di accordo: intesa e concordato. Infatti, *ictu oculi* emerge che, mentre nessun limite è possibile porre all'organizzazione della confessione cattolica, indipendente e sovrana nel proprio ordine<sup>34</sup>, le altre confessioni religiose operano sotto il limite del rispetto dell'"ordinamento giuridico italiano"<sup>35</sup> e debbono rispettare i principi costituzionali dello Stato<sup>36</sup>. Inoltre, non deve sfuggire che l'eguale libertà avanti alla legge assicurata alle diverse confessioni non postula un'identica scacchiera dei rispettivi rapporti con lo Stato<sup>37</sup>, valendo, invece, a garantire esclusivamente un eguale "punto di partenza"<sup>38</sup> che deve, o avrebbe dovuto, essere garantito a tutte le confessioni<sup>39</sup>. Viceversa, con il dovuto realismo occorre ammettere che l'uguaglianza decantata dal primo comma dell'articolo 8 non è riuscita a tradursi in concreti provvedimenti normativi perequativi, osteggiati dalla disparità dei mezzi di pressione di cui godono le diverse confessioni religiose<sup>40</sup> e dalla pesante mole di norme di dettaglio che avvantaggiano la Chiesa Cattolica<sup>41</sup>.

Ovviamente la norma in parola non deve essere considerata alla stregua di un enclave normativo, ma deve essere letta alla luce dell'intero impianto costituzionale, con particolare attenzione alle disposizioni di cui agli articoli

---

<sup>32</sup> PAOLO BARILE, *Appunti...*, cit., p. 348; SILVESTRO LANDOLFI, cit., p. 41, nota 49.

<sup>33</sup> GIOVANNI QUADRI, *Un presunto caso di legge atipica: la legge che regola i rapporti fra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in vol. AA. VV., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauero*, Giuffrè, Milano, 1968, I, p. 599 ss.

<sup>34</sup> Cfr. Art. 7 Cost.

<sup>35</sup> Cfr. art. 8 Cost.

<sup>36</sup> MARIO TEDESCHI, *Stato e confessioni...*, cit., p. 108.

<sup>37</sup> FRANCO BOLOGNINI, *I rapporti tra Stato e confessioni religiose nell'articolo 8 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 49. BARBARA RANDAZZO, *La costituzione...*, cit., pp. 8-12. Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 30 novembre 1957 n. 125*, in *Raccolta Corte costituzionale*, vol. IV, 1957, p. 252.

<sup>38</sup> FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 1986, pp. 377 e ss..

<sup>39</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa...*, cit., p. 4.

<sup>40</sup> PAOLO GISMONDI, *La posizione della Chiesa cattolica e delle altre confessioni religiose*, in riv. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, p. 1209, ID, *L'interesse religioso nella Costituzione*, in riv. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1958, p. 1221, ID, *Culti acattolici* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, pp. 441-550. PAOLO MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Milano, 1984, p. 74.

<sup>41</sup> GIUSEPPE OLIVIERO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Torino, 1968, p. 67.

2, 3, 19 e 20<sup>42</sup>. Occorre parametrarne la lettura all'articolo 19, che costituisce la traduzione in ambito religioso delle libertà individuali consacrate dalla Costituzione mediante gli articoli da 13 a 21. La bozza elaborata dalla Prima Sottocommissione aveva una formulazione più articolata<sup>43</sup> di quella sfoltita dalla Commissione dei 75<sup>44</sup> ed approvata dall'Assemblea, che preferì non allontanarsi dalla *foram mentis* prerepubblicana mediante formule capaci di salvaguardare anche le opinioni ateistiche<sup>45</sup>. Il dibattito sviluppato intorno a questa norma ha visto contrapporre quanti vi intravedono un diritto pubblico subbiiettivo<sup>46</sup> a coloro che preferiscono leggersi una "libertà giuridica"<sup>47</sup> facilmente intellegibile con l'inedita concezione dei rapporti tra le pubbliche istituzioni e gli individui varate dalla Carta che, superando il giuspositivismo, avrebbe delineato una fluidità dei rapporti tale da collocare la libertà di religione fuori ed al disopra delle concettualizzazioni tradizionali<sup>48</sup>. Trascurando ogni valutazione circa la particolare categoria dei diritti pubblici subbiettivi<sup>49</sup>, sommessamente si ritiene che il dato testuale dovrebbe lasciar propendere per la soluzione che intravede nell'articolo 19 un diritto, limitato solo dal doveroso rispetto di antitetici diritti egualmente sanciti dalla Costituzione<sup>50</sup>; né, d'altro canto, pare che ancorare la libertà di religione in maniera scaltra

---

<sup>42</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordato...*, cit., p. 154 ss.

<sup>43</sup> Cfr. seduta del 18 dicembre 1946, in [www.legislature.camera.it/](http://www.legislature.camera.it/), *linc HomePage\Assemblea Costituente\Introduzione*.

<sup>44</sup> Cfr. seduta del 12 aprile 1947, in [www.legislature.camera.it/](http://www.legislature.camera.it/), *linc HomePage\Assemblea Costituente\Introduzione*.

<sup>45</sup> Cfr. seduta del 12 aprile 1947, in [www.legislature.camera.it/](http://www.legislature.camera.it/), *linc HomePage\Assemblea Costituente\Introduzione*.

<sup>46</sup> GAETANO CATALANO, cit., p. 55; PIETRO COLELLA, *Ordinamento canonico e principi conciliari*, in *Teoria e prassi*, cit., p. 490; PIERO A. D'AVACK, *Trattato...*, cit., p. 29; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico...*, cit., p. 169 ss.; CESARE MAGNI, *Interpretazione del diritto Italiano sulle credenze di religione. Prospettive analitiche e strutture d'ordine delle scelte normativo*, Cedam, Padova, 1959, I, pp. 92 ss.; ANNA RAVÀ, *Verifica dei problemi residui e dei problemi nuovi in tema di libertà religiosa*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico "individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico"*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 29; G. SARACENI, *Prelezioni di diritto ecclesiastico*, Napoli, 1975, p. 42; ENRICO VITALI, *Legislatio libertatis e prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiastica*, in riv. *Il Diritto ecclesiastico*, 1980, I, pp. 24 e ss.; SERGIO LARICCIA, *Garanzie di libertà e di uguaglianza per i singoli e le confessioni religiose, oggi in Italia*, in riv. telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) del febbraio 2007, p. 2.

<sup>47</sup> MARIO RICCA, *Commento all'articolo 19 Costituzione*, in vol. AA. VV. *Commentario alla Costituzione italiana*, Utet, Milano, 1998, pp. 420 e ss.

<sup>48</sup> MARIO RICCA, *Commento...*, cit., p. 425.

<sup>49</sup> PAOLO DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2000, pp. 51 e ss.

<sup>50</sup> SERGIO LARICCIA, *La libertà in materia religiosa*, cit., pp. 349 e ss.

e pragmatica ad una precisa categoria giuridica, qual è quella del diritto soggettivo giustapposto a precisi obblighi in capo alle autorità pubbliche ed in capo a tutti i consociati, equivalga a sminuire la incontestabilmente grande portata ed il profondo valore che, giustamente, comunemente vengono riconosciuti alle libertà individuali in genere ed, in particolare, alla libertà di religione. Anzi, occorre evitare il rischio di accontentarsi di nuove e suggestive categorie giuridiche, capaci di far immaginare raffinate libertà formali incapaci di immediati effetti in una materia grave come quella in esame<sup>51</sup>, giungendo ad una sublimazione della libertà di religione sino ad innalzarla sull'olimpio dell'extra-giuridico, con il conseguente paradosso di sfornire di concreta e palpabile tutela le più alte aspettative dell'uomo proprio perché ritenute troppo importanti.

La norma si completa con la norma di cui al successivo articolo 20 che, approvata con largo consenso, pose un argine agli allora recenti fatti repressivi e discriminatori perpetrati dalla Milizia ai danni delle organizzazioni cattoliche<sup>52</sup>, tutelando le entità associative con finalità religiose da oneri ed imposizioni particolari. Il combinato disposto tra gli articoli 19 e 20 garantisce la libertà di religione tanto ad ogni persona *uti singulis*, quanto ad ogni formazione sociale aggregata da finalità culturali<sup>53</sup>, in modo da collegare l'articolo 19 al tessuto dei principi dettati dagli articoli 2 e 3, poiché non sembra si possa escludere che le entità cui si riferisce l'articolo 20 rientrino nel novero delle "formazioni sociali"<sup>54</sup> richiamate dall'articolo 2 per tutelare i "diritti inviolabili dell'uomo"<sup>55</sup>.

Con la norma da ultimo citata la Costituzione, accanto al filone liberale di origine ottocentesca che traspare dagli articoli 8, 19 e 20<sup>56</sup>, apre ad altri modelli organizzativi<sup>57</sup> imponendo alla Repubblica, quindi non solo allo Stato ma ad ogni articolazione dello stesso, di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e quale membro delle formazioni sociali

---

<sup>51</sup> SERGIO LARICCIA, *La libertà in materia religiosa*, cit., p. 346.

<sup>52</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 15.

<sup>53</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 16.

<sup>54</sup> ID., *Patti e diversità di fini tra Stato e Confessioni religiose*, in riv. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1987, pp. 176-178.

<sup>55</sup> CARLO CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime patrizio*, Il mulino, Bologna, 1992, pp. 126 e ss.; VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 16.

<sup>56</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore...*, cit., p. 58.

<sup>57</sup> CARLO CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime patrizio...*, cit., p. 127; GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa...*, cit., p. 3.

ove realizza la sua personalità<sup>58</sup>. Così facendo vengono riconosciute e tutelate tutte le entità associative intermedie inserite nel corpo sociale ma estranee all'organizzazione giuridica della Repubblica<sup>59</sup>, tra cui è possibile ascrivere anche le confessioni religiose<sup>60</sup>. Tralasciando una compiuta analisi dell'articolo 2 della Costituzione<sup>61</sup>, è qui sufficiente rilevare che alla sensibilità del costituente non sfuggirono neanche i rischi covati sotto l'egida di formazioni sociali, la cui forza può celare comportamenti lesivi dei diritti degli individui che ne fanno parte, gravi e pericolosi tanto quanto lo possano essere quelli di uno Stato totalitario<sup>62</sup>. Talché venne elaborato un quadro di tutela incentrato sull'individuo<sup>63</sup> al cui benessere viene funzionalizzata l'azione del diritto e dei pubblici poteri<sup>64</sup>. Nello stesso solco l'articolo 3 garantisce l'eguaglianza, sia formale sia sostanziale<sup>65</sup>, richiedendo alla Repubblica di evitare discipline differenziate<sup>66</sup> e di rimuovere ogni ostacolo al suo godimento. Atteso che una disparità di trattamento implicherebbe una diretta lesione delle libertà individuali<sup>67</sup>, viene assicurata tutela a tutte le entità soggettive, siano esse persone fisiche oppure entità pluripersonali, sul presupposto che le restrizioni ai danni di quest'ultime si ripercuoterebbero sulla condizione dei soggetti che ne fanno parte<sup>68</sup>. Analogamente a quanto osservato circa la portata del primo comma dell'articolo 8, è d'uopo precisare che la Costituzione non pretende, né autorizza, l'omologazione soggettiva, la quale sarebbe a sua volta fonte di discriminazione, ma più elegantemente pretende che a ciascuno sia garantita

---

<sup>58</sup> ENRICO VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato. Contributo all'interpretazione dell'art. 402 del codice penale*, Cedam, Padova, 1964, p. 52. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore...*, cit., p. 30.

<sup>59</sup> RAFFAELE COPPOLA, *Poteri dello Stato...*, cit.

<sup>60</sup> PAOLO RESCIGNO, *Interesse religioso e formazioni sociali*, in vol. AA. VV. *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 51 ss.

<sup>61</sup> Per un'approfondita disanima dell'art. 2 Cost. Cfr. AUGUSTO BARBERA, *Art. 2 (Commento a)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 51-123.

<sup>62</sup> PIETRO RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia, Quaderni del CSM*, Roma, 1980, p. 14.

<sup>63</sup> SERGIO LARICCHIA, *La libertà in materia religiosa*, cit., p. 355.

<sup>64</sup> MARCO PARISI, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in riv. *Il diritto ecclesiastico*, 2004, n. 2, p. 393.

<sup>65</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore...*, cit., p. 65.

<sup>66</sup> NICOLA COLAIANNI, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), gennaio 2007, p. 2.

<sup>67</sup> VALERIO ONIDA, *La ricognizione dei principi costituzionali in materia di religione*, in vol. AA. VV. (a cura di VALERIO TOZZI), *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Edisud, Salerno 1993, p. 49.

<sup>68</sup> RAFFAELE COPPOLA, *Poteri dello Stato...*, cit.

pari dignità “davanti alla legge”, secondo l’adagio *uniquique suum*.

In definitiva pare che lo Stato democratico abbia voluto garantire il libero svolgimento della personalità anche in tutti i settori e gli aggregati in cui si estrinseca la vita religiosa<sup>69</sup> con l’implicazione, purtroppo rimasta sovente astratta, dell’illegittimità di tutte le norme ed i comportamenti che ne costituiscono limitazioni<sup>70</sup>. Il Costituente ha elaborato un *unicum* concettuale poiché l’articolo 19 va letto in combinato con il successivo articolo 20, le organizzazioni cui questo allude sono a loro volta specificazione del diritto di associazione di cui all’articolo 18 ed in cui si estrinseca la personalità dell’individuo tutelata dagli articoli 2 e 3; così come il diritto di esercitare il culto è riconducibile al diritto di riunione sancito dall’articolo 17 ed il diritto di professare e propagandare la propria opinione religiosa non è lontano dalla libertà di manifestare le proprie opinioni disposta dall’articolo 21, o dalla libertà di insegnare i precetti della propria religione prevista dall’articolo 33<sup>71</sup>. In sintesi sembra di poter ritenere che la Costituzione assicura la centralità, e dunque l’eguaglianza, delle persone e delle varie forme istituzionali, accanto all’ineguaglianza fra le confessioni religiose<sup>72</sup>, nel senso che pare non si possa seriamente dubitare che l’avvento della Costituzione del 1948 abbia energicamente avviato il cammino verso il cambiamento del Paese, tuttavia il senso pratico deve indurre a rilevare che la natura umana, e quindi il diritto che ne è espressione, non procedono *per saltum*, ma gradualmente. Il Costituente, forse confuso dalla necessità di elaborare un testo costituzionale in meno di due anni o forse disorientato dalla necessità di trovare compromessi tra ideologie politiche contrapposte, affrontò il tema della libertà di religione con due diverse andature: certamente vi era chi pigiava il freno quando si discuteva della libertà delle confessioni diverse dalla Cattolica, ma altrettanto certamente, per rifuggire dallo spettro fascista, nessun rallentamento si avvertì allorché si dovette riconoscere all’individuo piena libertà<sup>73</sup>. Con pacatezza

---

<sup>69</sup> VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale...*, cit., p. 122; GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 67 ss.; MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in vol. AA.Vv., *Studi in memoria di Mario Condorelli*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1213.

<sup>70</sup> FRANCESCO FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica...*, cit., p. 141 e Ss.; CLAUDIO ROSSANO, *L’eguaglianza giuridica nell’ordinamento costituzionale*, Jovene, Napoli, 1966, p. 403 e ss. *Contra*, LIVIO PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 294 e ss.

<sup>71</sup> CARLO LAVAGNA, cit., p. 481.

<sup>72</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa ...*, cit., p. 3; IVANA VECCHIO CAIRONE, *Diritto negoziale con i culti e sistema costituzionale di integrazione pluralistica*, in vol. AA.Vv., *Studi in memoria di Mario Patroncelli*, Jovene, Napoli, 1989, vol. II, pp. 877-878.

<sup>73</sup> CARLO LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1970, p. 482; MARCO PARISI, cit., p. 394, nota 33.

occorre rilevare sia che alcuni problemi connessi alla libertà di religione non potessero essere presi in considerazione dall'Assemblea, sia che alcuni aspetti dei problemi noti vennero trattati marginalmente. Da un lato, infatti, è del tutto plausibile che l'espressione "confessione religiosa" fosse concepita dal Costituente secondo l'accezione più prossima al modello proprio ed esclusivo delle grandi religioni monoteiste presenti nello Stato dopo il secondo conflitto mondiale e che la visione dell'allora realtà non potè consentire ai deputati della Costituente di immaginare il successivo rivelarsi e diffondersi del fenomeno dei nuovi movimenti religiosi<sup>74</sup>, inducendoli ad ignorare e a non poter prevedere che nell'arco di pochi decenni la normale e fisiologica evoluzione endogena della società sarebbe stata affiancata e accelerata dalle spinte innovative prodotte dal sempre crescente afflusso di immigrati<sup>75</sup>, con conseguenti metamorfosi sociali a ritmi inimmaginabili sino a pochi decenni or sono<sup>76</sup>. D'altro canto non è errato sostenere che nella pratica, ancorché silente sulla qualificazione religiosa dello Stato, la Costituzione abbia consentito un cattolicesimo che possiamo definire "lateranense", potendo successivamente convivere con i mutamenti prodotti dagli Accordi di Villa Madama<sup>77</sup>, la cui stipula, a lungo osteggiata<sup>78</sup>, ha costituito la svolta verso la scoperta della laicità<sup>79</sup> ad opera della Corte costituzionale<sup>80</sup>.

### 3. *Il contributo della giurisprudenza come punto di partenza*

Il diritto vivificato dalle pronunce giurisprudenziali, con riferimento particolare alla lenta evoluzione della "politica ecclesiastica" condotta dalla Corte Costituzionale<sup>81</sup> sino all'enucleazione dalla Carta dei principi di libertà

---

<sup>74</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa...*, cit., p. 3.

<sup>75</sup> [www.corriere.it/cronache/07\\_ottobre\\_30/](http://www.corriere.it/cronache/07_ottobre_30/), del 5 ottobre 2008.

<sup>76</sup> GIOVANNI GOZZINI, cit., p. 11.

<sup>77</sup> SERGIO BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in vol. AA. VV. (a cura di ADOLFO CERRETI e LOREDANA GARLATI), *Laicità e Stato di diritto. Atti del IV convegno di facoltà. Università di Milano Bicocca, 9-10 febbraio 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5.

<sup>78</sup> CARLO CARDIA, *La politica ecclesiastica della prima repubblica*, in riv. *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, 1995, 1, p. 42.

<sup>79</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *A Cesare ciò che è di Cesare...*, cit., p. 68.

<sup>80</sup> NICOLA COLAIANNI, *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato. Il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina*, in riv. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2008, rivista telematica, su [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) del 25 ottobre 2008, pp. 18 e ss.

<sup>81</sup> SERGIO LARICCIA, *Diritti civili e fattore religioso in regime repubblicano*, in *Rivista di vita e politica parlamentare*, 1986, nn. 11-12, p. 43.

ed eguaglianza religiosa e di laicità<sup>82</sup>, lascia trasparire con tutta la sua gravità la forbice esistente tra i principi costituzionali ed il diritto quotidianamente vissuto.

In una prima fase il Giudice delle leggi, argomentando dal discutibile rilievo riconosciuto alla consistenza numerica dei cattolici, escluse l'illegittimità della codificazione penale fascista<sup>83</sup>. Successivamente la Corte, sospinta dalla dottrina, che dalla lettura costituzionalmente orientata delle norme ordinarie aveva tratto dal testo costituzionale disposizioni di diretta ed immediata applicazione<sup>84</sup>, si incamminò lentamente verso la lettura antropocentrica delle norme ordinarie afferenti al sentimento religioso, scrutandole con riferimento agli articoli 2 e 3 della Costituzione e non più solo con riguardo alle disposizioni afferenti alle confessioni religiose<sup>85</sup>. Si passava dal riferimento alla "maggioranza dei cittadini" alla quello alla "comunità" dei consociati, spostando, quindi, il baricentro delle disquisizioni verso l'individuo ed allontanando le argomentazioni dal concetto di maggioranza, che identifica solo un'accolta informe di individui. Il cammino verso la centralizzazione dell'individuo continuò negli anni '70, segnati da sporadici interventi legislativi a macchia di leopardo sulla libertà di religione elusivi del problema dei rapporti tra

---

<sup>82</sup> GIOVANNA CERRETO, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela penale del sentimento religioso*, in *Quaderni del dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della libertà di Religione*, Jovene, Napoli, 2004, n. 9, p. 151.

<sup>83</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 5 dicembre 1957*, n. 125, con osservazione di PAOLO GISMONDI, *La posizione della Chiesa...*, cit., pp. 1209 e ss., nonché in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/) del 10 ottobre 2008. ENZO DI SALVATORE, *Il sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 4419 e ss. MARIA C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2004; CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 18 novembre 1958*, n. 59, in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/) del 10 ottobre 2008; CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 31 dicembre 1958*, n. 79, con osservazione di C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana...*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, pp. 990 e ss., nonché in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/) del 10 ottobre 2008. MARIA C. IVALDI, *La tutela penale...*, cit., p. 64; SERGIO LARICCIA, *Diritti civili...*, cit., p. 42; CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 13 maggio 1965*, n. 39, con osservazione di PAOLO GISMONDI, *Vilipendio della religione cattolica e disciplina costituzionale delle confessioni*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 602 e ss., nonché in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/) del 10 ottobre 2008; MARIA C. IVALDI, *La tutela penale...*, cit., p. 103. MARIO CONDORELLI, *Interferenze fra norme costituzionali: a proposito del vilipendio della religione cattolica*, in riv. *Il Diritto ecclesiastico*, 1965, II, pp. 336 e ss. Sia relativamente alla Sent. 125/57 che relativamente alla Sent. 79/58, i giudici *a quibus* assunsero che i reati di cui agli articoli 404 e 724 c.p. presupponevano la religione cattolica come sola religione dello Stato, in stridente contrasto con i concetti di eguaglianza stabiliti dagli articoli 7 ed 8 Cost.

<sup>84</sup> ENRICO VITALI, *Diritto ecclesiastico...*, cit., p. 118.

<sup>85</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sent. 39/65*, cit. PAOLO GISMONDI, *La posizione della Chiesa...*, cit., pp. 1209 e ss. ENZO DI SALVATORE, cit., p. 4427.



lo Stato e le confessioni<sup>86</sup>. È di questo periodo la sentenza 14/73, con cui la Corte, pur schernendosi circa la questione prospettata e rifugiandosi dietro poco convincenti argomentazioni a sostegno della legittimità dell'articolo 724 c.p.<sup>87</sup>, lasciò trasparire i nuovi orizzonti, che di lì a qualche anno si sarebbero dischiusi con il superamento degli oramai antichi atteggiamenti culturali<sup>88</sup>. Infatti il Consesso, pur limitando il proprio intervento ad un monito al legislatore affinché estendesse “la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica”, rilevò l'inadeguatezza della tutela offerta ai non cattolici. Prescindendo sia dalla bontà di tale atteggiamento, sia dalla completezza del monito mosso, resta evidente il fatto che per la prima volta un alto Organo dello Stato ammise che la parificazione tra i diversi culti costituisse un preciso obbligo costituzionale, vincolante per il legislatore<sup>89</sup>. La latente potenza delle evoluzioni sociali che caratterizzarono l'ultimo biennio degli anni '60<sup>90</sup> produsse un ulteriore grande effetto con la Sentenza 117/79, con la quale la Consulta espressamente rievocò e ribaltò i suoi precedenti orientamenti, sia con attinenza alla tutela da riconoscersi all'ateismo, ricondotto finalmente sotto l'egida dell'articolo 19<sup>91</sup>, sia con attinenza al principio maggioritario, desueto perché incurante del fatto che “gli artt. 19 e 21 Cost. tutelano innanzitutto l'opinione religiosa propria della persona, essendo indifferente che essa si iscriva o meno in quella di una minoranza”.

Come spesso accade negli intricati percorsi di evoluzione sociale, nei quali l'assimilazione dei progressi passa anche attraverso ripensamenti e rallentamenti, anche il cammino evolutivo della giurisprudenza costituzionale

---

<sup>86</sup> ENRICO VITALI, *Diritto ecclesiastico...*, cit., p. 120.

<sup>87</sup> GIOVANNA CERRETO, cit., p. 155.

<sup>88</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 14 febbraio 1973, n. 14*, con osservazione di ANTONIO BALDASSARRE, *È costituzionale l'incriminazione della bestemmia?*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 72 e ss, nonché in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/) del 10 ottobre 2008.

<sup>89</sup> ENZO DI SALVATORE, cit., p. 4429.

<sup>90</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa...*, cit., p.1, nota 2

<sup>91</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 14 febbraio 1979, n. 117*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 816 e ss., con osservazione di M. BRANCA, *In tema di illegittimità consequenziale*. Cfr. STELIO MANGIAMELI, *Il giuramento dei non credenti davanti alla Corte costituzionale*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1980, p. 545 e ss.; ANTONIO BALDASSARRE, *Corte costituzionale: un tornante positivo*, in riv. *Democrazia e diritto*, 1979, pp. 879 e ss.; MARIA C. FOLLIERO, *Giuramento del testimone ateo e libertà di religione*, in riv. *Il Diritto ecclesiastico*, 1980, I, p. 321 e ss.; PIERANGELA FLORIS, *Ateismo e religione nell'ambito del diritto di libertà religiosa*, in riv. *Il Foro italiano*, 1981, I, c. 625 e ss.; SALVATORE PRISCO, “Revirement” della Corte costituzionale in un'importante sentenza sul giuramento del non credente, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 1255 e ss.

subì una battuta d'arresto con due decisioni degli anni '80, la 234/84<sup>92</sup> e la 925/88<sup>93</sup>, in cui la Corte incespì sul concetto di religione di Stato e preferì nuovamente ripararsi dietro un monito al legislatore<sup>94</sup>. Ciò malgrado, la giurisprudenza aggiustò ben presto il tiro chiudendo il decennio con la storica sentenza 11-12 aprile 1989, n. 203. "Approdo significativo"<sup>95</sup>, con cui la Corte, sollecitata su una questione relativa all'articolo 9 della Legge 25 marzo 1985, n. 121, recante disciplina della cd. ora di religione, compì una delle maggiori rivoluzioni incruente del secolo passato, riconoscendo, nelle righe della sentenza di rigetto, che la laicità "è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica"<sup>96</sup>. Senza trascinanti valutazioni di merito che abbisognerebbero di specifiche trattazioni estranee a questa ricerca<sup>97</sup>, occorre stigmatizzare che la Consulta richiamò il fulcro dei suoi precedenti a proposito della sindacabilità delle norme concordatarie e, dopo aver tratto dagli articoli 3 e 19 i "valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione", imboccò la via dell'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali<sup>98</sup>, che la condusse a scorgere la laicità tra i connotati della forma di Stato<sup>99</sup>. Il giudice delle leggi si profuse, poi, nella chiarificazione del concetto di laicità positivizzato nel combinato disposto degli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20, della Costituzione, rifuggendo da una laicità "neutralizzante" che condurrebbe all'irrelevanza del sentimento religioso<sup>100</sup>. Consacrando le

---

<sup>92</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 13 luglio 1984, n. 234*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1655 e ss.

<sup>93</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 8-28 luglio 1988, n. 925/1988*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 4294, con osservazioni di G. GRASSO, *Laicismo di Stato e punizione del reato di bestemmia*; SERGIO LARICCIA, *Tutela penale dell'"ex Religione dello Stato" e principi costituzionali*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, XXXIII, 1988, I, n. 4, pp. 4316 e ss.

<sup>94</sup> GIOVANNA CERRETO, cit., p. 157.

<sup>95</sup> ENRICO VITALI, *L'evoluzione del Diritto...*, cit., pp. 1-3.

<sup>96</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 11-12 aprile 1989, n. 203*, con nota di A. SACCOMANNO e osservazione di LUIGI MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 890 e ss..

<sup>97</sup> ANDREA PIN, *Il percorso delal "laicità all'italiana". Dalla prima giurisprudenza costituzionale al Tar veneto: una sintesi ricostruttiva*, in riv. *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, 2006, 1, p. 207.

<sup>98</sup> CESARE MIRABELLI, *Prospettive del principio di laicità dello Stato*, in riv. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, 2, pp. 332-333.

<sup>99</sup> NICOLA COLAIANNI, *La laicità tra Costituzione e globalizzazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, p. 1, su [www.forumcostituzionale.it/site/images/](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/) del 15 ottobre 2008.

<sup>100</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regole della precauzione"*, in rivista telematica *Oli.it*, luglio 2005, p. 15, su [www.Oli.it](http://www.Oli.it) del 22 ottobre 2008.

connessioni imposte dal costituente tra principio di eguaglianza, principio pluralista, diritto di libertà religiosa e principio di laicità<sup>101</sup>, la Corte eresse quest'ultimo a strumento ermeneutico di interpretazione di tutto il sistema normativo, vincolante per la potestà legislativa ed amministrativa<sup>102</sup>, ed inhibitorio di qualsiasi parametrizzazione degli interventi pubblici alla consistenza numerica degli adepti o al dato sociologico<sup>103</sup>.

Questo cammino verso una laicizzazione, che possiamo definire pretoria, segnò altra incertezza nel 1991 quando, con la Sentenza 11/91<sup>104</sup>, la Corte, parafrasando forse eccessivamente la Sentenza 203/89, accomunò indebitamente lo "stato di non-obbligo" a seguire l'insegnamento della religione cattolica, con l'ambito diritto a ricevere dalla scuola pubblica un insegnamento esaustivo e non discriminatorio. Nel biennio 1995-96 alla Corte obliterò le differenze che passavano tra la condizione di chi fosse chiamato a testimoniare nel processo penale, oramai disciplinato dal Codice Vassalli del 1988, e l'omologo del processo civile, ancora costretto a rendere il giuramento richiesto dal Codice Rocco quandanche professasse un credo che lo vietasse<sup>105</sup>: il giudice delle leggi trasse dagli articoli 3 e 19 della Costituzione il divieto di inibire la libertà di coscienza individuale, salva la possibilità di contemperarla con antitetici doveri di diretta discendenza costituzionale. Risolti gli imbarazzi che il giuramento poteva suscitare nei testimoni, la Consulta con la Sentenza 334/96 tornò sull'argomento analizzando il giuramento decisorio ed espungendo dalla norma processualcivile ogni riferimento alla divinità. La Corte rievocò fedelmente gli argomenti trattati con la Sentenza 203/89 e precisò che la libertà religiosa, che viene lesa da ogni prescrizione obbligatoria che implichi una qualsiasi condotta di rilievo religioso, vada ascritta tra gli elementi costitutivi "della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2"<sup>106</sup>. Nel frattempo un importante passo avanti verso la

---

<sup>101</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere...*, cit., p. 15.

<sup>102</sup> BARBARA RANDAZZO, *La costituzione...*, cit., pp. 8-12.

<sup>103</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il crocifisso...*, cit.

<sup>104</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 11 gennaio 1991, n. 11*, in [www.iurcost.org](http://www.iurcost.org) del 18 ottobre 2008.

<sup>105</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 5 maggio 1995, n. 149*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 1241, con osservazioni di P. SPIRITO, *Il giuramento assertorio davanti alla Corte costituzionale*, e di GIOVANNI DI COSIMO, *Alla lunga la libertà di coscienza l'ebbe vinta sul giuramento*. Cfr. anche FILIPPO DONATI, *Giuramento e libertà di coscienza*, in *Il Foro italiano*, 1995, I, 1, cc. 2042 e ss.; STELIO MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale» (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, in riv. *Il Diritto societario*, 1996.

<sup>106</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 30 settembre – 8 ottobre 1996, n. 334*, in riv. *Giurisprudenza*

parificazione dei culti era stato effettuato con la Sentenza 440/95, con la quale venne definitivamente superato il criterio numerico e, per la prima volta<sup>107</sup>, il principio dell'uguaglianza di religione venne dichiaratamente applicato anche in ambito penale, riconoscendo "la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza"<sup>108</sup>.

Escludendo l'episodio costituito dalla Sentenza 235/97<sup>109</sup>, con cui la Corte salvò una norma tributaria filocattolica, il secolo scorso si chiuse con la stagione demolitoria delle norme del codice penale concernenti i delitti contro le confessioni religiose, inaugurata con la sentenza 329/97, con cui la Corte, ribaltando i suoi precedenti su tali norme e sviluppando le argomentazioni che l'avevano portata alla sentenza 440/95, cancellò parte dell'articolo 404 c.p., riscontrandovi la violazione degli articoli 3 ed 8 della Costituzione<sup>110</sup>. In maniera risoluta vennero definitivamente chiarita la portata della ragionevolezza delle norme, spesso evocata dalla Corte per motivare eventuali disparità di trattamento di matrice legislativa, sottolineandone l'irrilevanza ogni qualvolta vengano in rilievo tratti distintivi espressamente enumerati dalla Carta per specificare la portata del divieto di discriminazioni, tra cui figura la religione professata. In questo modo la funzione riequilibratrice del principio di eguaglianza viene attratta nel più ampio contesto di un sistema pluralista in cui tutte le confessioni abbisognano della parità di *chances*<sup>111</sup>, sconfessando la deprecabile tendenza della legislazione regionale di subor-

---

costituzionale, 1996, pp. 2919 e ss., con osservazioni di STELIO MANGIAMELI, *Il giuramento decisivo tra riduzione assiologica e ideologizzazione dell'ordinamento*, in riv. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 2928 e ss., e di GIOVANNI DI COSIMO, *La Corte, il giuramento e gli obiettori*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 2946.

<sup>107</sup> GIOVANNA CERRETO, cit., p. 158.

<sup>108</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 18 ottobre 1995, n. 440*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 3475 e ss., con osservazioni di F. RAMACCI, *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa?* e di M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la "Divinità"*.

<sup>109</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 15 luglio 1997, n. 235*, in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce); conforme CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 27 marzo 1985, n. 86*, in *Iuris data*, cit. entrambe le pronunce vennero richieste dalla Commissione Tributaria Centrale, un organo non più operante per effetto del D.Lgs 31 dicembre 1992, n. 546, che ha riordinato il processo tributario assegnando funzione di giudice di terzo grado alla Corte di Cassazione, ove è stata istituita una sezione *ad hoc*, prevedendo, con l'art. 75, che la Commissione centrale continuasse ad operare a stralcio del pregresso ruolo.

<sup>110</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 10 novembre 1997, n. 329*, con osservazione di FRANCESCO RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pp. 3335 e ss.

<sup>111</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere...*, cit., p. 8, nota 25.

dinare l'elargizione di provvidenze varie alla previa stipula di intese con lo Stato o ad un apprezzabile radicamento sul territorio<sup>112</sup>. Oramai gli indugi erano rotti e nel medesimo solco si pose la Sentenza 508/00, con cui venne radicalmente eliminato, su iniziativa della Corte di Cassazione condivisa da autorevole dottrina<sup>113</sup>, l'articolo 402 c.p., che dosava la pena per il reato di vilipendio in ragione della religione offesa<sup>114</sup>. Si trattò dell'esito obbligato di un percorso evolutivo irreversibile avviato con la sentenza 203/89<sup>115</sup>, in quanto la Corte, da un lato non avrebbe potuto continuare a limitarsi ad ammonire il legislatore, dall'altro non avrebbe potuto manipolare la norma con una sentenza additiva che avrebbe omologato *in malam partem* il sistema sanzionatorio<sup>116</sup>. Purtroppo, però, prima che il legislatore sentisse finalmente la necessità di intervenire sulla materia, con la legge 24 febbraio 2005, n. 85<sup>117</sup>, occorsero altre due pronunce, la 327/02, che colpì l'articolo 405 c.p.<sup>118</sup>, e la 168/05, che colpì l'articolo 403 c.p.<sup>119</sup>, le quali, sorvolando sui rilievi penalistici cui si rinvia<sup>120</sup>, costituiscono chiara applicazione degli arresti giurisprudenziali e dottrinali maturati negli anni '90.

Questo sintetico *excursus* mostra che dopo una prima fase in cui la Corte tentennava innanzi al bastione della legislazione filocattolica, essa corresse gradualmente il tiro a partire dall'inizio degli anni '70 sino alla metà del decennio successivo, accollandosi il ruolo di supplente di un legislatore distratto. Si è trattato di un'attività che, ancorché temperata da una sorta di

---

<sup>112</sup> AMEDEO FRANCO, cit., p. 150.

<sup>113</sup> PAOLO BARILE, *Il "vilipendio" è da abolire*, in riv. *Temì*, 1969, p. 538; STEFANO MERLINI, *Libertà di religione e vilipendio della religione cattolica*, in riv. *Giustizia penale*, 1967, II, cc. 1057 e ss.

<sup>114</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 13 novembre 2000, n. 508*, con osservazioni di MARCO M. OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*. BARBARA RANDAZZO, *Vilipendio della religione: una dichiarazione d'incostituzionalità "obbligata"?*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, n. 6; P. CAVANA, *La caducazione del delitto di vilipendio della religione di Stato. Luci e ombre di un'incostituzionalità annunciata*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 3965 e ss.

<sup>115</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *"L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale" in materia di vilipendio della religione*, in riv. *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, 2001, 3, p. 1121.

<sup>116</sup> FRANCO BILÈ, *Controllo di costituzionalità e potere legislativo. Ventesimo anniversario della Corte costituzionale della Corea*, Seoul, 2008, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) del 20 ottobre 2008.

<sup>117</sup> Cfr. *Iuris data*, Napoli, Giuffrè, 2008, 2, banca dati informatica.

<sup>118</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 9 luglio 2002, n. 327*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, pp. 2522 e ss.

<sup>119</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 29 aprile 2005, n. 168*, in riv. *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, pp. 1379 e ss.

<sup>120</sup> GIOVANNA CERRETO, cit., pp. 165-176.

“prudenza politica”<sup>121</sup>, ha esposto la Corte al rischio di travalicare dalle proprie funzioni<sup>122</sup> ma ha permesso di adeguare le norme del Diritto ecclesiastico ai principi costituzionali, secondo un cammino graduale<sup>123</sup> e tendenzialmente costante verso il riconoscimento delle estrinsecazioni del sentimento religioso individuale e collettivo<sup>124</sup>, emblematicamente sintetizzato nelle sentenze 117/1979 e 203/1989, con le quali venne tracciato un solco indelebile entro cui non avrebbe potuto non collocarsi la giurisprudenza dell’ultimo quindicennio<sup>125</sup>.

Il cammino della Corte Costituzionale è stato accompagnato da quello della giurisprudenza ordinaria, civile e penale, anch’essa soporosa in una prima fase in cui non evitava applicazioni capziose delle norme fasciste al fine di limitare alle fedi minoritarie il proselitismo<sup>126</sup>.

Ma, se come detto le corti ordinarie hanno negli anni mutato il proprio atteggiamento, lo stesso non è a dirsi per la giurisprudenza amministrativa, la quale notoriamente soffre di una maggiore inframmettenza del potere esecutivo<sup>127</sup>. Nel 1988 il Consiglio di Stato fu chiamato a pronunciarsi in almeno due occasioni su questioni attinenti all’esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche: in sede consultiva rese il parere 63/88 richiesto dal ministero della Pubblica istruzione, che si interrogava circa le sorti della disciplina regolamentare risalente al 1929 concernente l’esposizione nelle aule scolastiche del simbolo sacro<sup>128</sup>, ed in sede giurisdizionale pronunciò

---

<sup>121</sup> ENRICO VITALI, *L'evoluzione del Diritto...*, cit., pp. 1-3.

<sup>122</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *“L'evoluzione della giurisprudenza...”*, cit., pp. 1124 e ss.

<sup>123</sup> SILVIO FERRARI, *Il diritto ecclesiastico e le stagioni della giurisprudenza costituzionale*, in riv. telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechurchiese.it](http://www.statoechurchiese.it) del novembre 2007, p. 1.

<sup>124</sup> ENRICO VITALI, *L'evoluzione del Diritto...*, cit., pp. 1-3.

<sup>125</sup> ROBERTO CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, in vol. AA.VV. (a cura di SANDRO STAIANO), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 394, in nota 78.

<sup>126</sup> Questo è quanto è accaduto, ad esempio, con l’ordinanza sentenza 6 giugno 1961, con cui la Corte dichiarò manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 402 c.p. e, sulla scorta di una inaccettabile commistione valoriale tra giuridico e fideistico, assimilò la negazione di “pregio e valore a culti e dogmi della religione cattolica” alla negazione, e dunque alla violazione, dei valori propri della “comunità associata”. Cfr. *Il Froro italiano*, 1961, II, pp. 185 e ss. Pronuncia nella sostanza parafrasata da TRIBUNALE PENALE DI ROMA, *Sentenza del 4 febbraio 1963*, in [www. Olir.it](http://www.Olir.it) del 20 ottobre 2008. ANDREA GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 98.

<sup>127</sup> Cfr. Legge 27 aprile 1982, n. 186, art. 19, *Juris data*, Giuffrè, Milano, 2008, 3, banca dati informatica.

<sup>128</sup> Cfr. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, 1, pp. 197 e ss., nonché *Iuris data*, cit.

la Sentenza 1006/88<sup>129</sup>. Si tratta di interventi in cui vennero tratti dalla polisemia del crocifisso argomenti per giustificarne la presenza in aula, sostenendo che “il Crocifisso o, più semplicemente, la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa”<sup>130</sup>. La gravità di questo passo discende non tanto dall’atteggiamento spocchioso con cui i giudici vorrebbero sottrarre al crocifisso il proprio ruolo simbolico di una ben determinata confessione religiosa, ma soprattutto dall’assimilazione che venne azzardata tra cultura cristiana e valori universali indipendenti dalla specifica confessione. Quello dell’esposizione del crocifisso è argomento che ha interessato anche la Cassazione penale, che se ne è occupata con Sentenza 439/00<sup>131</sup>, accostando, a mio avviso in maniera condivisibile, il concetto di laicità al principio di imparzialità della Pubblica amministrazione disposto dall’articolo 97 della Costituzione, che, secondo la Corte, richiede anche la neutralità dei luoghi deputati alle pubbliche funzioni. In modo particolare la Corte ha criticato la posizione del Consiglio di Stato laddove aveva ritenuto ancora vigenti i regolamenti del 1929, rilevandone, viceversa, l’abrogazione implicita seguente all’abrogazione dei relativi retroterra legislativi, tra cui l’articolo 1 dello Statuto albertino<sup>132</sup>; inoltre il consesso ha qualificato la libertà di religione come “particolare declinazione” della libertà di coscienza ed ha prescritto una “laicità positiva ed attiva”. Gli argomenti proposti dalla Cassazione sono stati fatti propri dal Tribunale de L’Aquila che, con Ordinanza cautelare del 23 ottobre 2003<sup>133</sup>, ha contestato punto per punto il Parere del Consiglio di Stato 63/86, denunciando la superficialità con cui era stato affrontato il punto saliente della confessionalità dello Stato ai tempi dei Rr.Dd. 965/1924 e 1297/1928, rilevando l’abrogazione delle norme in discorso per contrasto con i principi costituzionali e, quindi, accogliendo l’istanza cautelare alla rimozione del crocifisso dall’aula scolastica<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 27 agosto 1988, n. 1006*, in *Iuris data*, cit.

<sup>130</sup> Cfr. *Parere 63/88* cit.

<sup>131</sup> Cfr. [www.unife.it/convegni/amicuscuriae/index\\_file](http://www.unife.it/convegni/amicuscuriae/index_file), del 20 ottobre 2008.

<sup>132</sup> NICOLA RECCHIA, *Crocifisso e Costituzione. Un ardua compatibilità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) del 18 ottobre 2008.

<sup>133</sup> Cfr. [www.comune.bologna.it/iperbole/coscocost/newsita/sentenzacquila](http://www.comune.bologna.it/iperbole/coscocost/newsita/sentenzacquila), del 25 ottobre 2008.

<sup>134</sup> Per completezza si tenga presente che detta ordinanza venne revocata in sede di reclamo dal Tribunale de L’Aquila in composizione collegiale con Ordinanza 19 novembre 2003 a motivo della sussistente giurisdizione esclusiva dell’autorità giurisdizionale amministrativa e senza entrare nel merito della questione.

Ma non è bastata questa secca denuncia da parte della Corte di Cassazione a far mutare l'orientamento del Giudice amministrativo, il quale è ritornato sull'argomento con la Sentenza 556/06<sup>135</sup>, resa a conclusione di un rocambolesco *iter* che ha coinvolto il Tar Veneto<sup>136</sup> e la Corte Costituzionale<sup>137</sup>. Dall'esame della vicenda processuale le prime perplessità derivano dalla lettura della motivazione dell'ordinanza di remissione del Tar alla Corte Costituzionale, con la quale il giudice veneto declassa gli atti afferenti la libertà di religione della prole ad atti di rilievo inferiore rispetto agli atti patrimoniali<sup>138</sup>. Inoltre, laddove il Tar riconosce la propria giurisdizione, qualifica il crocefisso alla stregua di un arredo scolastico e relega la posizione soggettiva dei ricorrenti nell'ambito degli interessi legittimi. Sommessamente si ritiene che con questo atteggiamento il collegio abbia disatteso sia le prerogative sacramentali che la religione cattolica riserva al simbolo della passione e morte del Cristo, in parte riconosciute in appresso dal medesimo giudice<sup>139</sup>, sia le aspettative costituzionali in merito alla libertà di religione, che pare legittimo ascrivere tra i diritti soggettivi, come ha fatto il Tribunale de L'Aquila nel 2003. Ulteriori perplessità sorgono dalla conclusione circa la sindacabilità costituzionale delle norme regolamentari, cui il Tar perviene richiamando l'insegnamento della Corte che, con la Sentenza 456/94, aveva ritenuto possibile il proprio intervento riguardo regolamenti i cui contenuti integrano il precetto della norma legislativa primaria<sup>140</sup>. Si tratta di una ricostruzione astrattamente corretta ma che, nel caso concreto, potrebbe dissimulare la volontà di disimpegno del collegio veneto, il quale avrebbe potuto responsabilmente disapplicare le norme regolamentari ritenute incostituzionali in ossequio all'articolo 5 della cd Legge di abolizione del contenzioso amministrativo<sup>141</sup>. Infatti, senza destare grosse sorprese<sup>142</sup>, la ricostruzione viene smentita dalla Consulta che, con fare altrettanto pilatesco, esclude che esista fra le disposizioni legislative, da un lato, e le disposizioni regolamentari richiamate dal Tar, dall'altro lato,

---

<sup>135</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 13 febbraio 2006, n. 556*, in [www.eius.it](http://www.eius.it) del 20 ottobre 2008.

<sup>136</sup> TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL VENETO, *Ordinanza 14 gennaio 2004, n. 56*, in *Iuris data*, cit.

<sup>137</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Ordinanza del 13 dicembre 2004, n. 389*, in *Iuris data*, cit.

<sup>138</sup> Cfr. TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL VENETO, *Ordinanza 14 gennaio 2004, n. 56*, in [www.Olir.it/ricerca/index.php?Form\\_Document=773](http://www.Olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=773) del 20 ottobre 2008.

<sup>139</sup> TAR VENETO, *Ordinanza 56/04*, cit.

<sup>140</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 30 dicembre 1994, n. 456*, in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/).

<sup>141</sup> Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E., in *Iuris data*, cit.

<sup>142</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il crocefisso...*, cit.



“quel rapporto di integrazione”<sup>143</sup> che legittimerebbe il suo operato. A questo punto il Tar remittente, che aveva ritenuto incostituzionali le norme rimesse all’esame della Consulta e che non era stato da questa smentito, anziché disapplicare tali norme, come avrebbe potuto fare, ha rigettato il ricorso<sup>144</sup>, dando occasione al Consiglio di Stato di prodigarsi in una pronuncia che, purtroppo, presenta salienti tratti di coerenza con i precedenti arresti giurisprudenziali dello stesso giudice. Infatti, i giudici amministrativi, parafrasata la Corte Costituzionale sul carattere regolamentare delle fonti normative da applicare, hanno escluso che queste, ancorché risalenti al 1924<sup>145</sup>, fondino sulla oramai superata confessionalità dello Stato<sup>146</sup>, ed hanno ammesso che il problema andasse inquadrato alla luce del principio di laicità, del quale, però, hanno offerto una qualificazione angusta e parziaria. Infatti, i giudici si prodigano nell’improbabile ricerca delle “condizioni d’uso” della laicità, scrutate “con riferimento alla tradizione culturale, ai costumi di vita, di ciascun popolo...”<sup>147</sup>. Premesso tale inconcludente preambolo, con cui demanda alla dottrina la determinazione del concetto di laicità, il Consiglio di Stato ha escluso che le norme regolamentari in discorso ledano le fondamentali norme della vigente Costituzione, eclissando il significato cattolico del crocefisso dietro l’apodittica evocazione di una presunta attitudine camaleontica del simbolo [sacro], il quale muterebbe la propria capacità iconografica adattandosi agli ambienti in cui viene esposto, passando dall’essere “propriamente ed esclusivamente un simbolo religioso”, se affisso in un luogo di culto, a divenire strumento simbolo di “valori civilmente rilevanti, e segnatamente quei valori che soggiacciono ed ispirano il nostro ordine costituzionale”<sup>148</sup>, sino, addirittura, a tacciarne la capacità di elidere “ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana”. Prescindendo dalle valutazioni strettamente tecniche che corroborano la decisione in parola, pare aberrante che un supremo organo di giurisdizione dello Stato vada alla ricerca di un emblema che simboleggi i principi su cui si basa, ovvero si dice che si basi, la Repubblica, ignorando

---

<sup>143</sup> CORTE COST., *Ord.* 389/2004, cit.

<sup>144</sup> TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER IL VENETO, *Sentenza* 22 marzo 2005, n. 1110, in [www.costituzionalismo.it/docs/](http://www.costituzionalismo.it/docs/) del 22 ottobre 2008. JLIA PASQUALI CERIOLO, *Il Crocefisso “afferma” la laicità ma il giudice la nega. Commento critico a Tar veneto, sent. 22 marzo 2005 n. 1110*, in *riv. Olin.it*, aprile 2005, su [www.olir.it](http://www.olir.it) del 23 ottobre 2008.

<sup>145</sup> GIUSEPPE FUBINI, *Essere minoranza religiosa in Italia*, in *riv. Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2007, su [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) del 22 ottobre 2008, p.2.

<sup>146</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza* 13 febbraio 2006, 556, in *Iurisa data...*, cit.

<sup>147</sup> C.D.S., *Sent.* 556/06, cit.

<sup>148</sup> C.D.S., *Sent.* 556/06, cit.

che le significazioni artatamente attribuite al simbolo sacro appartengono ai simboli stessi dello Stato laico, determinati con D.Lgs. 5 maggio 1948, n. 535, approvato dall'Assemblea costituente il 31 gennaio 1948<sup>149</sup>, oltre che con l'articolo 12 della Costituzione. D'altro canto, il senso critico dovrebbe portare a rilevare che il crocefisso, spogliato della sua simbologia cattolica, è in grado di rievocare esclusivamente la barbarie di un sistema sanzionatorio capace di concludere un processo sommario celebrato ai danni di un presunto sobbillatore del popolo con la morte dell'imputato, mediante agonizzante asfissia da crocefissione, deridendone la dignità sino ad etichettarlo, con fare oltraggioso, quale *rex judeorum*. Una cruenta simbologia che mal si addice allo spirito innovatore e tollerante dei Padri costituenti. La realtà è che non pare contestabile la posizione di quanti ritengono che la giurisprudenza sviluppatasi intorno alla problematica dell'esposizione del simbolo cattolico si sia svilita dei suoi caratteri istituzionali per piegarsi al dibattito politico e sociale di stampo maggioritario<sup>150</sup>, che contrappone i fautori del riconoscimento alle minoranze religiose a quanti ridimensionano il concetto di laicità onde tutelare la maggioranza cattolica<sup>151</sup>. L'intera vicenda denota chiaramente l'insufficienza del legislatore che troppo spesso propone provvedimenti normativi frammentari e non ammortizzati; infatti pur se non volessimo contestare la condotta del Consiglio di Stato circa la successione temporale di norme, quello che suscita perplessità è che un materia tanto importante, come quella della libertà di religione, sia stata lasciata alla disciplina regolamentare e non si sia provveduto a porre ordine. In ogni caso, bandendo ogni polemica, non può certamente tacersi il torpore in cui volontariamente si sono calati la pubblica amministrazione, il Governo ed il potere legislativo, i quali, ciascuno nel proprio ambito di competenza, hanno lasciato, e lasciano tutt'ora, sopravvivere limitazioni del principio della laica imparzialità dello Stato, con effetti nefasti soprattutto in quegli ambienti, tra cui le scuole di primo livello, i cui frequentatori non dispongono della maturità necessaria a difendersi dalle pressioni esterne.

Certamente non lusinga che sia stata necessaria una pronuncia della Corte Costituzionale affinché si avesse finalmente il coraggio di ammettere di vivere in un Paese laico, ma l'amarezza per i ritardi e gli ostruzionismi non possono

---

<sup>149</sup> Cfr. [www.governo.it/](http://www.governo.it/).

<sup>150</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il crocefisso...*, cit.

<sup>151</sup> ANTONIO G. GHIZZONITI, *Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche. La Corte Costituzionale si interroga ma non si espone*, in rivista telematica *Oli. it*, dicembre 2004, su [www.olir.it](http://www.olir.it) del 23 ottobre 2008, p. 1.

valere ad offuscare i meriti che vanno, comunque, riconosciuti alla Corte, capace di desumere qualcosa che esisteva ma che veniva subdolamente celato; e che si sia trattato di un occultamento doloso emerge dal fatto indiziario, se non pienamente probante, che anche successivamente alla “scoperta” da parte della Corte del principio di laicità in Italia, questo è stato segregato da parte di un cattolicesimo plurisecolare che ha, in bene ed in male, contaminato l'intera società<sup>152</sup>. Difatti, non pare dubitabile che la società italiana abbia somatizzato un clericalismo, che oserei definire pigro, in cui la popolazione si affida acriticamente ai ministri di culto per colmare la proprie misconoscenze teologiche e troppi sedicenti laici spesso abdicano dalla loro funzione sociale addossando alla Chiesa Cattolica, la quale “grata accetta”, il ruolo di determinare le regole etiche<sup>153</sup>.

Questo triste quadro porta a dover ammettere che la laicità nel nostro Paese non è un valore effettivamente tutelato e condiviso<sup>154</sup>, perché all'equidistanza teorica dello Stato nei riguardi di qualsiasi religione segue un cattolicesimo di opportunità<sup>155</sup>, figlio della capacità delle grandi religioni di agglutinare ingenti masse<sup>156</sup>, anche di persone non propriamente credenti, e che consente alla Chiesa Cattolica di ingerirsi nelle decisioni politiche<sup>157</sup>. Ma oramai la società italiana deve misurarsi con nuovi rivolgimenti e deve ricercare le ricette che possano garantire la convivenza simbiotica tra i diversi ed eterogenei elementi che oramai la compongono<sup>158</sup> ed unica certezza è che i tempi siano oramai maturi affinché il problema venga affrontato dal legislatore<sup>159</sup>, il quale non può continuare a rifuggire dal tutelare i valori della neutralità istituzionale e della non appartenenza religiosa<sup>160</sup>.

---

<sup>152</sup> SALVATORE PRISCO, *La laicità. ...*, cit., p.11.

<sup>153</sup> GIAN E. RUSCONI, cit., p. 28.

<sup>154</sup> PAOLO STEFANI, cit., p. 93.

<sup>155</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *La confessione...*, cit., p. 258.

<sup>156</sup> SILVIO FERRARI, *La nozione di laicità...*, cit., p. 101.

<sup>157</sup> NICOLA COLAIANNI, *Quale laicità?*, in riv. telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2007, su [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) del 25 ottobre 2008, p. 3.

<sup>158</sup> SALVATORE PRISCO, *La laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 8. PAOLO STEFANI, cit., p. 112.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>160</sup> SARA DOMMANIELLO-ALESSANDRO MORELLI, *Alle radici della laicità civile e della libertà confessionale*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, aprile 2007, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it) del 5 novembre 2008, p. 3.

#### 4. Una possibile soluzione al problema

Dalle pagine che precedono emerge che da un punto di vista puramente astratto i risultati cui è pervenuto il nostro ordinamento in termini di tolleranza e riconoscimento della libertà religiosa potrebbero apparire lusinghieri<sup>161</sup>. Tuttavia, anche le più raffinate disquisizioni teoriche che non vengono costantemente parametrize ai mutevoli riscontri empirici di tolleranza od intolleranza religiosa ed arricchite con gli stessi, possono al massimo contribuire ad evidenziare i rapporti dialettici fra libertà naturale e libertà giuridica<sup>162</sup>, fra libertà negativa e libertà positiva, fra libertà individuale e libertà collettiva<sup>163</sup>, generando frutti destinati a non fuoriuscire dalle polverose biblioteche. Questo è particolarmente vero in riferimento alla libertà di religione i cui connotati astratti manifestano una tendenziale staticità<sup>164</sup>, che rallenta il loro adeguamento alle mutevoli istanze di libertà, minacciate spesso di rimanere insoddisfatte<sup>165</sup>. Inoltre le norme sulla libertà di religione debbono essere riferite anzitutto alla tutela dell'individuo<sup>166</sup> e non accontentarsi di un'eventuale libertà delle confessioni che non sempre si riflette sui fedeli<sup>167</sup>. Quindi sono necessari due livelli di intervento<sup>168</sup> capaci di garantire l'oculata combinazione di molteplici fattori ambientali<sup>169</sup> che, commissionandosi vicendevolmente sino a fondersi in un punto congiunturale identificano la dimensione reale del diritto<sup>170</sup>. Affinché questo possa accadere è indispensabile che l'interprete sia armato di duttili strumenti, che gli consentano di soddisfare le cangianti istanze di libertà cui la fede può dar luogo<sup>171</sup>, e di guardare dall'interno il diritto di

---

<sup>161</sup>

<sup>162</sup> ANTONIO BALDASSARRE, *Libertà...*, cit., p. 2.

<sup>163</sup> ANNA RAVÀ, *Verifica dei problemi...*, cit., pp. 32 e ss.; SERGIO LARICCIA, *La libertà religiosa...*, cit., p. 317.

<sup>164</sup> ANTONIO SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in vol. AA. VV., *Atti del Congresso dell'Associazione italiana costituzionalisti "I diritti fondamentali oggi"*, Cedam, Padova, 1995, p. 225 ss.

<sup>165</sup> SERGIO LARICCIA, *La libertà religiosa...*, cit., 317; ARTURO C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 32 e ss.; CARLO CARDIA, *Società italiana...*, cit., p. 39.

<sup>166</sup> MARIO TEDESCHI. *Per uno studio...*, cit., p. 159.

<sup>167</sup> SERGIO LARICCIA, *La rappresentazione degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 84 e ss.; ID., *Coscienza e libertà...*, cit., p. 73.

<sup>168</sup> CESARE MIRABELLI, *L'appartenenza...*, cit., p. 233.

<sup>169</sup> PIERO BELLINI, *Libertà dell'uomo...*, op.cit, p. 115; GIORGIO PEYROT, *Libertà e religione nelle chiese Evangeliche*, cit., p. 55.

<sup>170</sup> GIORGIO PEYROT, *Libertà e religione nelle chiese evangeliche*, cit., p. 55.

<sup>171</sup> SERGIO LARICCIA. *L'attuazione dei principi costituzionali*, in riv. *Il diritto ecclesiastico e rassegna di*

libertà religiosa, raccogliendo dati concreti da sussumere nelle configurazioni astratte<sup>172</sup> e maturare la capacità di valutare il rapporto tra l'enunciata staticità dei principi e la dinamicità dei postulati pratici.

Leggendo in tale ottica l'effettiva situazione italiana emerge senza troppi veli che le criticità del sistema non dipendono solo dalla tardiva e parziaria applicazione dell'articolo 8 della Costituzione, ma derivino dall'ostruzionismo sociale all'apertura religiosa, che si riflette in un'inadeguatezza del compendio normativo, sia rispetto all'aumento continuo delle entità religiose, sia rispetto alle poliedriche questioni che sfuggono agli intenti di univocità identificativa<sup>173</sup>. Sulla scorta di queste considerazioni sembra farsi strada l'ipotesi secondo cui urge considerare che la naturale capacità espansiva del diritto di libertà religiosa attrae nello stesso tematiche eterogenee, a loro volta sintomatiche di sofferenze la cui singolarità richiederebbe specifica allerta. Non è difficile rilevare che un'efficace soluzione risieda, piuttosto che nell'ennesima cattedrale normativa, in un'umile analisi delle cause dell'attuale situazione, con la consapevolezza che il percorso analitico deve essere fondato sull'immancabile considerazione della realtà socio-politica<sup>174</sup>. Come è palese, non è possibile identificare con certezza gli ambiti di non tutela perché nella vita quotidiana la libertà di religione appare frammentata nei vari e diversi frangenti in cui emergono considerazioni che attengono ad essa, troppo spesso costretta ad accontentarsi di pseudo-garanzie<sup>175</sup>, presidiate solo tendenzialmente da una normazione datata, frammentaria e non sempre conforme al quadro costituzionale. Questo dato di fatto, perdurante nonostante sia stato celebrato oramai il sessantesimo anniversario della Carta, porta a pensare che forse una parte della società resti nostalgicamente legata ad una epoca per fortuna superata, non nel senso che gli italiani siano nostalgici del "regime", ma nel senso che la collettività italiana abbia oramai acquisito nel proprio bagaglio genetico una cattolicità culturale che porta ad abbassare la soglia della percezione dell'intolleranza, al punto da rendere non dispiacevole il sistema

---

*diritto matrimoniale*, 1981, I, pp 10-11; GIORGIO PEYROT *La libertà di religione e le chiese evangeliche*, in vol. AA. VV. *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Il Mulino, Bologna, 1975, p. 558.

<sup>172</sup> MARIO TEDESCHI, *Per uno studio...*, cit., p. 136.

<sup>173</sup> MARIO TEDESCHI, *Pubblici poteri e nuovi movimenti religiosi*, in vol. AA. VV. (a cura di VITTORIO F. PARLATO-GIOVANNI BATTISTA VARNIER), *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 51 e ss.

<sup>174</sup> CARLO CARDIA, *L'articolo 6 del Trattato del Laterano. Un caso di amnesia giuridica*, in riv. *Il Diritto ecclesiastico*, 1997, I, pp. 25-32; ELIGIO RESTA, *Diritto e sistema politico*, Loescher, Torino, 1982.

<sup>175</sup> PIERO BELLINI, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 53

filocattolico del ventennio<sup>176</sup>, secondo un “continuismo fra la politica fascista e quella repubblicana”<sup>177</sup>. I dati acquisiti dagli storici ci inducono a ribaltare le opinioni che vedono nel cattolicesimo fascista una eccezione rispetto la tolleranza del precedente periodo liberale: invero, con sommo rammarico, occorre rilevare che eccezionali rispetto alla *forma mentis* del nostro popolo siano state le aperture anticlericali di fine 1800, dettate, si badi, dalle spinte risorgimentali e non da esigenze di laicità.

Malgrado ciò, la Carta costituzionale appronta un sistema di tutela della libertà degli individui abbastanza aperto, però attuato in maniera inadeguata, tanto con riferimento al Diritto ecclesiastico quanto con riferimento ad altre sue parti<sup>178</sup>, creando un sistema di favore per le confessioni che sono riuscite a carpire una intesa o che comunque ambiscono alla stipula della stessa. D’altro canto non pare che quanto di buono c’è nell’attuale quadro normativo verrebbe eroso se gli venga affiancata un’adeguata legislazione unilaterale, che ne specifichi i contenuti ed abroghi l’obsoleta legge sui culti ammessi<sup>179</sup>.

La questione, oramai tradizionale<sup>180</sup>, relativa alla possibilità ed all’opportunità di una legge unilaterale, divide la dottrina tra coloro che ambiscono ad una disciplina organica che possa coesistere con le disposizioni specifiche prodotte con le intese e coloro che la ripugnano, preoccupati dalle ripercussioni politiche della stessa legge<sup>181</sup>. Esclusa la possibilità di dare rilievo alle ripercussioni politiche che potrebbero sortire da una legge organica, dal punto di vista rigorosamente giuridico – che è l’unico rilevante – la questione va affrontata analizzando i contenuti che l’art. 8 della Costituzione riserva in via esclusiva alle intese. Oggi, quando oramai le intese esistono<sup>182</sup>, non vi è dubbio che per condurre questa ricerca occorre depurarle da ogni scoria che la prassi ha attribuito loro e guardare alla loro natura di strumento di defini-

---

<sup>176</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 2.

<sup>177</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, p. 7.

<sup>178</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa...*, cit., p. 4, nota 11. È noto invece che non solo la Costituzione è stata tradita attraverso l’interpretazione, ma è stata anche inattuata, sia tardivamente, sia totalmente, basti pensare in quest’ultimo caso agli artt. 39 e 49 Cost. in relazione ai sindacati e ai partiti politici.

<sup>179</sup> BARBARA RANDAZZO, *La stagione delle intese...*, cit., pp. 13-16.

<sup>180</sup> NICOLA COLAIANNI, *Per un diritto...*, cit., p. 1.

<sup>181</sup> SERGIO LARICCIA, *Garanzie di libertà...*, cit., p. 4.

<sup>182</sup> CARLO CARDIA, *Ruolo e prospettive...*, cit., p. 151. Nelle more dell’attuazione della norma la dottrina ha potuto fornire solo teorie sfornite di riscontro pratico, fondate su un non pienamente probabile raffronto tra intese e concordati.

zione giuridica delle sole relazioni tra confessioni e Stato<sup>183</sup>, che lasciano in piena libertà i due interlocutori riguardo questioni interne, come ad esempio, per quanto concerne lo Stato, circa l'applicazione dei *dictat* costituzionali<sup>184</sup> o l'elaborazione di norme fiscali<sup>185</sup>. Quindi è essenziale il sereno discernimento tra quanto riguarda i rapporti con le confessioni e quanto concerne "solamente" la materia religiosa, pertinente in modo esclusivo allo Stato. Occorre fare, però, attenzione a non strumentalizzare la necessità di delimitare con precisione il novero delle materie oggetto di pattuizione ed orientarla a sostegno dell'opinione secondo cui le materie pattizie possono riguardare unicamente l'insieme di interessi per i quali entrambi gli ordinamenti avrebbero, e vicendevolmente si riconoscerebbero, indipendenza e sovranità<sup>186</sup>.

Se tutto questo non è errato, e quindi la Costituzione prescrive la bilateralità solo per la regolamentazione dei rapporti tra Stato e confessioni, non pare sussistano limiti costituzionali alla promulgazione di una legge che regolamenti il fattore religioso senza trascinare in precetti che attengano ai contenuti dei rapporti tra confessioni e Stato<sup>187</sup>, limitandosi ad una chiarificazione del precetto costituzionale<sup>188</sup>. Non è, difatti, condivisibile la posizione che vede in quello delle intese l'unico strumento per trattare la materia religiosa, alternativo solo alla riforma costituzionale<sup>189</sup>, ignorando che, nella realtà, il sistema pattizio costituisce solo una delle possibili forme di attuazione della libertà religiosa.

Accanto a queste valutazioni giuridiche ne esistono altre di ordine pratico. Anzitutto non possono sottacersi i deludenti risultati sino ad oggi sortiti dalle intese, spesso foriere di meri pseudovantaggi per alcuni gruppi religiosi barattati al costo di rinunciare alla propria identità; inoltre, non tutte le esigenze di carattere religioso trovano adeguato riscontro nella disciplina contrattata poiché i pubblici poteri debbono garantire a tutti, e non solo a coloro che si giovano di profesare una fede "convenzionata", eguali diritti in materia religiosa<sup>190</sup>; infine, non è possibile dimenticare che, nonostante la ripetitività

---

<sup>183</sup> CARLO CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 149 e ss.; VALERIO ONIDA, *Profili costituzionali...*, cit., p. 36.

<sup>184</sup> GIOVANNI LONG, *Le confessioni...*, cit., p. 273.

<sup>185</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *I rapporti tra lo Stato repubblicano e le confessioni religiose nel 1984 i "nuovi accordi"*, in riv. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1985, pp. 195 e ss..

<sup>186</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *I rapporti...*, cit., pp. 195-197.

<sup>187</sup> GIUSEPPE LEZIROLI, *Libertà religiosa...*, cit., p. 5.

<sup>188</sup> BARBARA RANDAZZO, *La stagione delle intese...*, cit., pp. 13-16.

<sup>189</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *La riforma...*, cit., p. 47.

<sup>190</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 10.

dei contenuti delle intese sino ad oggi sottoscritte, resta alto il problema della frammentazione del diritto che le stesse sono in grado di provocare. Quest'ultimo problema secondo parte della dottrina sarebbe risolto promulgando una sola legge sulla base di molteplici e diverse intese sottoscritte<sup>191</sup>, mentre altri autori suggeriscono di addivenire ad un'intesa generale, aperta all'adesione di tutte le confessioni religiose ed avente ad oggetto il nocciolo comune alle intese sino ad oggi sottoscritte, con la possibilità per le confessioni che gradualmente vi aderiscono di adeguare solamente quegli aspetti specificamente afferenti ai tratti somatici del culto<sup>192</sup>. Diversi motivi portano ad escludere la possibilità di una intesa modello: un primo problema riguarderebbe la determinazione delle entità confessionali chiamate ad istruire i negoziati per la determinazione di quel nucleo essenziale ed inamovibile che vincolerebbe tutte le confessioni, con l'ulteriore necessità di evitare che confessioni "forti" possano monopolizzare le trattative sino ad informare l'intesa generale alle loro specifiche esigenze, di modo da renderla inaccettabile da altre confessioni; da altro punto prospettico, deve osservarsi che una possibile intesa generale creerebbe, molto probabilmente, una frammentazione postuma del diritto, che si verificherebbe al momento delle adesioni da parte delle singole confessioni, le quali sotto l'etichetta di elementi di specificazione potrebbero collocare qualsivoglia misura privilegiataria, creando un quadro prognostico non dissimile da quello anamnastico. Per analoghi motivi pare censurabile la proposta di incoraggiare un'intesa preventiva tra tutte le confessioni volta alla definizione di un fronte comune di negoziazione con lo Stato<sup>193</sup>.

Di converso, ci si sente di convenire con quanti annoverano la legge sui culti tra le priorità costituzionali, da cui il legislatore ha voluto distogliersi omettendo di contribuire ad amalgamare il tessuto normativo alle norme costituzionali, parafrasando, se necessario, gli insegnamenti della Corte Costituzionale<sup>194</sup>. Del resto è al quanto singolare che relativamente ad una materia di tanta importanza e pregnanza nella vita quotidiana i principi costituzionali, dall'ovvio contenuto più programmatico che precettivo<sup>195</sup>,

---

<sup>191</sup> PAOLO BARILE, *Appunti...*, cit., p. 347.

<sup>192</sup> BARBARA RANDAZZO, *La stagione delle intese...*, cit., pp. 13-16.

<sup>193</sup> GIOVANNI CIMBALO, *L'ipotesi della "concertazione necessaria" tra le Confessioni quale fase preliminare alla definizione dei loro rapporti con lo Stato*, in vol. AA. VV. (a cura di VALERIO TOZZI), *Nuovi studi di Diritto canonico ed ecclesastico. Atti del Convegno svoltosi a Sorrento dal 27 al 29 aprile 1989*, Edisud, Salerno, 1990, pp. 319 e ss.

<sup>194</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere...*, cit., pp. 2 e ss.

<sup>195</sup> CESARE MAGNI, cit., pp. 131 e ss.



non siano stati specificati con un testo di legge *ad hoc*<sup>196</sup>. Talché non pare del tutto apodittica la supposizione secondo cui il Costituente avesse in animo l'auspicio di un imminente intervento del legislatore ordinario<sup>197</sup>, ma tale aspettativa è stata tradita dai governi della democrazia che hanno perpetuato l'indecisione costituzionale<sup>198</sup>. Certamente la semplice abrogazione della legge sui culti ammessi non basterebbe a dare applicazione concreta al diritto di libertà di religione, generando, invece, un ulteriore divario tra le confessioni "convenzionate" e le tutte altre, che verrebbero ricondotte al diritto comune, e lascerebbe senza tutela agnostici ed atei<sup>199</sup>. Invece, una legge dello Stato potrebbe costituire l'occasione per cogliere le istanze individuali a lungo disattese dai pubblici poteri, sollevate soprattutto da quanti aderiscono ad un nuovo movimento religioso o hanno scelto di non credere affatto, ma anche da coloro che appartengono ad una data confessione religiosa. Quindi occorre un testo che, con formulazioni volutamente aperte anche alle future istanze<sup>200</sup>, contribuisca alla piena applicazione delle garanzie disposte con gli articoli 2, 3, 8, 19 e 20, della Costituzione<sup>201</sup> ma ancora sfortunate diretta ed immediata azione giuridica<sup>202</sup>.

Ritenuto che la materia possa, e dabbia, trovare disciplina in sede legislativa, senza la presunzione di fornire un prodotto finito, ma con la consapevolezza di sollevare una proposta perfettibile ed integrabile, non è difficile delineare per sommi capi ordine, finalità e contenuti, della legge che si propone, ricavandoli dall'esame dei tanti punti di criticità del sistema.

Anzitutto l'importanza che ha il diritto di libertà religiosa è tale da richiedere una legge costituzionale elaborata ai sensi dell'articolo 138 della Costituzione, quindi sottratta ai cd. colpi di maggioranza ed all'abrogazione referendaria<sup>203</sup> e sottoposta al solo sindacato di costituzionalità<sup>204</sup>. Si dovrebbe trattare di una legge, che senza pretendere di abrogare o modificare gli articoli 7 ed 8 della Costituzione, ne specifichi i contenuti con maggiore puntualità e mino-

---

<sup>196</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, p. 23.

<sup>197</sup> PIETRO A. D'AVACK, *Trattato...*, cit., p. 330.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>199</sup> NICOLA COLAIANNI, *Per un diritto...*, cit., p. 2; RAFFAELE COPPOLA, *Poteri dello Stato...*, cit.

<sup>200</sup> SALVATORE PRISCO, *La laicità...*, cit., pp. 14 -15.

<sup>201</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., p. 7.

<sup>202</sup> OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *A Cesare ciò che è di Cesare...*, cit., p. 99.

<sup>203</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 7 febbraio 1978, n. 16*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, p. 1210.

<sup>204</sup> G. DI COSIMO, *Articolo 138*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione...*, cit., p. 1210.

re timidezza rispetto a quanto fatto nel 1948 e sia capace di rispondere con maggiore attualità alla miriade di nuove esigenze anche mediante disposizioni puntuali e di pronta applicazione<sup>205</sup>. La legge dovrebbe aprirsi con una solenne dichiarazione, proclamando finalmente che la nostra è una Repubblica laica ove, nel rispetto dei principi e delle norme costituzionali, dei principi di diritto internazionale e del diritto comunitario<sup>206</sup>, viene garantito a tutti il pluralismo culturale e confessionale. Il testo normativo dovrebbe obbligare espressamente Stato, regioni ed autonomie locali, a rimuovere ogni ostacolo al concreto esercizio del diritto di libertà di religione e di coscienza, specificando letteralmente che tale diritto implica la facoltà di credere in quello che ci si sente di credere, di mutare credo religioso, di fare proselitismo ed esercitarne il culto, ovvero decidere di non credere affatto. Tra le previsioni di principio non guasterebbe, inoltre, un richiamo espresso all'indisponibilità della vita ed alla centralità della persona umana, accompagnato da una specificazione e dall'ampliamento delle indicazioni contenute negli articoli 2 e 3 della Costituzione, oramai inadeguate, e dal divieto di ogni pratica, singola o collettiva, fideistica o terapeutica, che importi lesione alla vita od alle sue esplicazioni.

Quanto ai contenuti, la legge dovrebbe senza dubbio regolamentare il procedimento di stipula ed approvazione delle intese, irregimentando entro stretti rivoli i poteri discrezionali che il Governo si è accaparrato con la prassi interpretativa dell'articolo 8, e colmando il deficit di parlamentarizzazione dei percorsi sino ad oggi seguiti. Infatti, la mancanza di una espressa disciplina procedurale è stata strumentalizzata per anni dal Governo, che non ha mancato di trincerarsi dietro tali lacune per glissare sui propri obblighi costituzionali<sup>207</sup> e, quando ha iniziato ad adempiere ai propri obblighi, lo ha fatto abusando degli spazi vuoti lasciati dalla Costituzione. Primo problema da affrontare riguarda la scelta dell'interlocutore con cui lo Stato deve contrarre in quanto, allo stato attuale, la realtà empirica, avallata anche dalla Corte Costituzionale<sup>208</sup>, porta a dover ammettere che nel nostro Paese può qualificarsi confessione religiosa, ai fini di cui all'articolo 8 della Costituzione, solamente quella realtà associativa con cui lo Stato ha deciso di concludere un'intesa<sup>209</sup>. Ma questo non è ammissibile, perché il riconoscimento della confessione deve precedere l'intesa,

---

<sup>205</sup> G. DI COSIMO, *op. cit.*, p. 1209.

<sup>206</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., pp. 19-22.

<sup>207</sup> GIORGIO PEYROT, *Significato e portata delle intese...*, op.cit., p. 61.

<sup>208</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 19 aprile 1993, n. 195*, in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/), del 5 luglio 2008.

<sup>209</sup> GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Le intese...*, cit., p. 17.

atteggiandosi quale presupposto per l'avvio delle trattative<sup>210</sup>, escludendo la possibilità per l'Esecutivo di impelagarsi in considerazioni sulla definibilità o meno come confessione religiosa di un gruppo sociale<sup>211</sup>. Inoltre, *de iure condedo* è il Governo a valutare l'opportunità politica di avviare o meno le trattative per la stipula di un'intesa e a decidere se condurla a compimento, senza che in questa fase decisoria le confessioni dispongano di alcuno strumento giuridico di persuasione, giacché, come si ricava anche dai lavori preparatori del terzo comma dell'articolo 8, la perentorietà dell'espressione "sono regolati" significa esclusivamente che una eventuale legge che regolamenti i rapporti con una confessione religiosa deve essere preceduta da una intesa e non che lo Stato debba necessariamente addivenire a tale atto normativo<sup>212</sup>. Negli stadi successivi della procedura le confessioni, ancorché "premate" dall'Esecutivo con una intesa, debbono ottenere che il Parlamento, nell'esercizio della sua piena sovranità, emani la legge di approvazione dell'intesa<sup>213</sup>, senza la quale l'intesa stessa rimane assolutamente incapace di qualsiasi effetto giuridico<sup>214</sup>. Quindi con legge costituzionale dovrebbero essere fissati definitivamente i requisiti al cui ricorrere sorge il dovere per lo Stato ed il diritto per la confessione di negoziare un'intesa senza ostruzionismi.

Sempre riguardo all'articolo 8 della Costituzione, altro problema segnalato in dottrina è quello della scarsa parlamentarizzazione dei negoziati, che spolia l'organo custode della volontà popolare del potere di intervenire sostanzialmente, e non solo formalmente, in una materia di tanta importanza. Anche questo grave problema dovrebbe trovare soluzione con una legge costituzione. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di accantonare definitivamente ogni proposta di delegificazione in materia<sup>215</sup> e stabilire che nel precepto

---

<sup>210</sup> RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile*, Utet, Torino, 1998, p. 74.

<sup>211</sup> VALERIO ONIDA, *Profili costituzionali...*, cit., p. 40.

<sup>212</sup> FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e confessioni religiose. Teorie e ideologie. I Fonti*, Firenze 1976, pp. 135 e ss.

<sup>213</sup> VALERIO ONIDA, *Profili costituzionali delle intese*, in vol. AA. VV., *Le intese tra Stato e confessioni religiose*, p. 28.

<sup>214</sup> TERESA ARNONE, cit., p. 298.

<sup>215</sup> FRANCESCO FINOCCHIARO, *Le fonti del Diritto ecclesiastico nella Costituzione*, in vol. AA.VV. (a cura di VALERIO TOZZI), *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Edisud, Salerno, 1993, p. 31. Non convince l'opinione secondo cui sarebbe possibile un'ipotesi di delegificazione ed attribuendo al Governo il potere di emanare regolamenti a norma dell'articolo 17 della Legge 23 agosto 1988, n. 400. Questa soluzione, oltre ad essere dirompente nei confronti dell'articolo 8, sacrificerebbe ogni forma di garanzia per le confessioni, perché la discrezionalità politica di cui godrebbe il governo sarebbe difficilmente arginabile mediante una semplice legge di autorizzazione

costituzionale risieda una riserva di legge relativa, rispettata anche mediante un decreto legislativo<sup>216</sup>, la cui implementazione richiederebbe un intervento parlamentare che preceda l'operato governativo, con un triplice auspicabile risultato. *In primis*, in questo modo verrebbe garantito alle confessioni attratte nei negoziati la certezza dell'utilità degli stessi, con il risultato ulteriore della maggiore razionalizzazione delle attività dei burocrati e maggiore coerenza dell'azione amministrativa e di governo. Inoltre, mediante un'unica legge delega sarebbe possibile incaricare il Governo di stipulare più intese sulla scorta degli stessi principi e delle stesse linee guida, riducendo considerevolmente la frammentazione giuridica prodotta dalle multiformi intese. Infine, verrebbe del tutto evitata la questione dell'emendabilità delle intese in sede parlamentare e quella concernente i rapporti tra contenuti delle intese e quelli della legge di approvazione. Infatti, non è possibile sottovalutare che, secondo la prassi oramai costante, il contenuto delle intese è assolutamente vincolante<sup>217</sup> per il Parlamento e le leggi di approvazione sino ad oggi promulgate riportano integralmente il testo della sottostante intesa poiché eventuali emendamenti parlamentari sarebbero privi dalla preventiva negoziazione e richiederebbero nuove trattative. Com'è evidente, si tratta di una gravissima degenerazione dell'autonomia del Parlamento nei confronti del Governo ed implica l'illegittimità costituzionale delle leggi poiché emanate senza la necessaria autonomia ed indipendenza delle Camere<sup>218</sup>. Inoltre, sempre riguardo al procedimento di stipula delle intese, la legge costituzionale dovrebbe stabilire un termine generale di validità della delega a stipulare, abbreviabile dal solo legislatore delegante, e la previsione che l'eventuale inerzia governativa sarebbe colmata dall'intervento di una commissione bicamerale mista composta *ad hoc*.

In questo modo, riducendo al minimo la discrezionalità politica nella determinazione degli statuti particolari mediante le intese, la legge contribuirebbe al rispetto del principio dell'uguaglianza<sup>219</sup> e, quindi, del principio di libertà<sup>220</sup>, favorendo nel contempo il ricorso allo strumento pattizio, restituendogli i

---

ad emettere un atto escluso sia dal sindacato della Corte Costituzionale, sia da quello della Corte di Cassazione, che interviene nel processo amministrativo esclusivamente per dirimere eventuali questioni di giurisdizione.

<sup>216</sup> VALERIO ONIDA, *Profili costituzionali...*, cit., pp. 46 e ss..

<sup>217</sup> PAOLO BARILE, *Appunti...*, cit., p. 347.

<sup>218</sup> VALERIO ONIDA, *Profili costituzionali...*, cit., p. 28.

<sup>219</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., pp. 19-22.

<sup>220</sup> PIO FEDELE, *Problemi di diritto ecclesiastico. La libertà religiosa*, Milano, 1962, pp. 1 e ss.; ANNA RAVÀ, *Contributo allo studio...*, cit., pp. 1 e ss.

suoi connotati naturali di strumento di disciplina dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose<sup>221</sup>, privo delle scorie addossategli dalla prassi.

La legge costituzionale, oltre a regolamentare il procedimento di stipula ed approvazione delle intese, condurrebbe senza grossi scossoni il legislatore all'acquisizione dei risultati cui è pervenuta la Corte costituzionale nella definizione del principio di eguaglianza<sup>222</sup> e della libertà religiosa, anche riguardo al "diversamente credente", titolare della libertà religiosa al pari dei credenti anche se sotto il profilo negativo<sup>223</sup>. Inoltre, il Parlamento potrebbe *ex cathedra* definire i rapporti tra la libertà di religione e gli altri diritti riconosciuti dalla Costituzione, onerandosi del bilanciamento degli interessi in gioco<sup>224</sup> ed abrogando tutte le disposizioni filocattoliche sviluppate nel corso degli anni, ad esempio in ambito tributario<sup>225</sup>.

Un capo specifico dovrebbe essere dedicato alla formazione culturale della società italiana, effondendo sin dall'educazione scolastica di base i principi della laicità, dell'apertura al nuovo e della tolleranza positiva. La legge costituzionale dovrebbe, inoltre, risolvere l'annoso problema dell'esposizione dei simboli sacri aggiungendo all'articolo 12 della Costituzione un ulteriore comma con cui imporre sia l'esposizione dei simboli della Repubblica in tutti gli edifici pubblici od adibiti a pubblica funzione, sia la loro apposizione su tutti gli atti promananti da tutte le pubbliche amministrazioni, di guisa da ricordare a tutti di operare in una Repubblica democratica fondata su saldi principi costituzionali. Altro capo dovrebbe essere dedicato ai rapporti di lavoro, prevedendo un ulteriore comma per l'articolo 36 della Costituzione finalizzato alla previsione di calendari lavorativi tali da contemperare le esigenze della produzione e quelle connesse al sentimento religioso dei lavoratori.

Nelle disposizioni di attuazione potrebbe venire inserito il divieto di costituire partiti, gruppi o movimenti, i cui valori fondativi od i cui simboli, rievocano partiti o movimenti che, in Italia o nel mondo, abbiano violato i

---

<sup>221</sup> RAFFAELE BOTTA, *Cittadini e fedeli nei Paesi dell'Unione Europea. La situazione italiana*, in riv. *Il Diritto ecclesiastico*, 1999, 1, pp. 76 e ss.

<sup>222</sup> NICOLA COLAIANNI, *Per un diritto...*, cit., p. 2.

<sup>223</sup> GIUSEPPE U. RESCIGNO, *La Costituzione europea, quali prospettive di laicità per l'Europa*, relazione al Convegno su *La laicità indispensabile per l'uguaglianza dei cittadini davanti alle istituzioni* (Roma, 29-30 novembre 2003), parzialmente pubblicata in *Il manifesto* del 29 novembre 2003. PAOLO BARILE, *La libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, Cedam, 1966, p. 104. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Art. 19...*, cit., p. 261.

<sup>224</sup> GIUSEPPE LO CASTRO, *La libertà religiosa...*, cit., pp. 51 ss.

<sup>225</sup> GUIDO FUBINI, *Essere minoranza...*, cit., p. 4.

diritti umani od abbiano condotto persecuzioni religiose. Sempre nell'ambito delle norme di attuazione dovrebbe essere vietato di interpretare qualsiasi atto normativo, sia di diritto interno sia di diritto internazionale, sia promanante dai pubblici poteri sia se atto di autonomia privata, in maniera da pervenire a risultati che eludano, limitino od ostacolino, il diritto di libertà di religione di qualcuno. In chiusura le disposizioni transitorie e finali dovrebbero disporre l'abrogazione espressa di tutte le norme, ancorché anteriori, legislative, regolamentari e convenzionali, antinomiche rispetto la legge.

In ultimo la legge costituzionale dovrebbe prevedere una riserva assoluta di legge per ogni materia e per ogni questione che sia riferibile alla libertà religiosa, magari prescrivendo particolari *quorum* deliberativi, e dovrebbe impegnare il Parlamento a legiferare nel corso della prima legislatura successiva a quella nel corso della quale è stata approvata la legge costituzionale. In questo modo, fissati saldamente i principi con legge costituzionale, ne verrebbero specificati sin da subito i contenuti e sarebbero colmate le lacune prodotte per effetto dell'abrogazione sistematica di tutte le norme antinomiche; inoltre il Parlamento, probabilmente con composizione politica diversa rispetto a quella che ha approvato la legge costituzionale, a stretto giro temporale e nuovamente con maggioranze qualificate, si troverebbe a legiferare sulla medesima materia, favorendo un ampio dibattito sociale sul tema.

I contenuti di questa legge ordinaria dovrebbero essere molteplici e vari, dovendo interessare una materia che riguarda per sua natura ogni aspetto e momento della vita quotidiana. A solo titolo esemplificativo, quindi, vengono indicati alcuni tratti che pare non potrebbero mancare.

Anzitutto non guasterebbe l'introduzione del reato di discriminazione religiosa, teso a tutelare sia i credenti, sia gli atei che gli agnostici, comminando la reclusione a chiunque assuma una condotta discriminatoria. Inoltre occorrerebbe arricchire l'articolo 610 cp di un terzo comma con cui prevedere una circostanza aggravante speciale ad effetto speciale per il reato di violenza privata perpetrata mediante coartazioni fisiche o psichiche finalizzate alla limitazione della libertà religiosa della vittima.

Inoltre dovrebbe essere elaborata una disciplina puntuale della tutela giurisdizionale del diritto di libertà di religione, introducendo un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario con competenza del Tribunale in composizione collegiale, tradizionalmente dotato di maggiore terzietà ed imparzialità dai pubblici poteri rispetto al giudice amministrativo, prevedendo un rito accelerato analogo a quello disegnato dalla Legge 24 novembre 1981, n. 689, per le opposizioni alle sanzioni amministrative, e garantendo la gratuità del processo come previsto per le cause giuslavoriste e per i procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone. Da altro punto di vista, dovrebbe

venire garantita l'equiparazione ad ogni effetto di legge di tutti i ministri di culto, così come dovrebbe essere dato uno statuto unico a tutti gli edifici di culto, codificando le ipotesi in cui è possibile alle amministrazioni locali derogare alla normativa edilizia ed urbanistica per consentire la realizzazione o la ristrutturazione di templi ed oratori.

In definitiva, senza la possibilità dilungarsi ulteriormente sui contenuti delle norme auspiccate, il Parlamento dovrebbe sforzarsi di trovare una soluzione normativa capace di dare incontestata applicazione al principio di laicità ed eguaglianza di religione a tutti, siano essi cittadini o meno, singoli o enti associativi<sup>226</sup>, con il superamento del sistema di privilegio delle entità religiose consolidate, garantendo regole generali perequative idonee a garantire a tutti un livello minimo di diritti in materia religiosa, collocandosi nel disegno laico e pluralista della Carta<sup>227</sup>.

A fronte di queste ambizioni è dato rilevare che da quasi un ventennio giacciono in Parlamento diversi disegni di legge di abrogazione della legge sui culti ammessi e regolamentazione dell'intero sistema<sup>228</sup> e che, periodicamente, membri dei diversi governi succedutisi nel tempo si sono impegnati solennemente a sollecitarne l'approvazione. Si tratta di una prassi oramai consolidata che rievoca la situazione di inerzia legislativa che aveva caratterizzato gli anni '70 ed i primi anni '80 del secolo passato<sup>229</sup> e che oggi non è superabile mediante l'intervento della Corte Costituzionale<sup>230</sup>. Attualmente esiste un solo disegno di legge, frutto della riunificazione di tre proposte, i cui contenuti deludono sia tutte le aspettative riposte in queste brevi osservazioni, sia, soprattutto, la più qualificata dottrina ecclesiasticista<sup>231</sup>, la cui eventuale

---

<sup>226</sup> GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere...*, cit., p. 16.

<sup>227</sup> VALERIO TOZZI, *Religiosità umana...*, cit., pp. 19-22.

<sup>228</sup> BARBARA RANDAZZO, *La stagione delle intese...*, cit., pp. 13-16. Si tratta di tre disegni di legge sulla libertà religiosa sinora approvati dal Governo Andreotti nel 1990 (mai presentato alle Camere), dal Governo Prodi nel 1997 (decaduto) e dal Governo Berlusconi nel 2002 (ancora in discussione alle Camere).

<sup>229</sup> SILVIO FERRARI, *Il diritto ecclesiastico...*, cit., pp. 3-4.

<sup>230</sup> ENRICO VITALI, *L'evoluzione del Diritto...*, cit., p. 5.

<sup>231</sup> *Ex multis*, GIUSEPPE CASUSCELLI, *Appunti sulle recenti proposte di legge in tema di libertà religiosa*, in rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), gennaio 2007; NICOLA COLAIANNI, *Per un diritto...*, cit.; NICOLA FIORITA-FRANCESCO ONIDA, *Cenni Critici sui nuovi progetti sulla libertà religiosa*, in rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), marzo 2007; GUIDO FUBINI, *Sulla proposta di legge per la libertà religiosa*, in rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), aprile 2008; LUCIANO MUSSELLI, *La gatta frettolosa e le norme che rischiano di nascere miopi*, in rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), febbraio 2007; GIOVANNI B. VARNIER, *Le norme in materia di libertà religiosa: molti silenzi e rinnovate vecchie proposte*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), febbraio 2007.

inauspicata approvazione “determinerebbero un decisivo peggioramento delle condizioni di uguaglianza e di libertà di tutti i cittadini”<sup>232</sup>, sacrificando nuovamente l’esigenza di riequilibrare le disposizioni del vigente sistema normativo, fortemente sbilanciato a favore del credo cattolico<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> SERGIO LARICCIA, *Garanzie di libertà...*, cit., p. 4.

<sup>233</sup> MARCO PARISI, cit., p. 408.



## *Le minoranze religiose tra autonomia e immobilismo del legislatore*

MARIO TEDESCHI

Nel ringraziare il direttivo dell'Associazione, della quale sono stato uno dei fondatori, per il cortese invito, non privo di coraggio, mi sia consentito ricordare con nostalgia il suo primo presidente, prof. Luigi De Luca, il cui tratto e la cui intelligenza e competenza non sono facilmente eguagliabili. Debbo rilevare altresì che il tema affidato alla mia attenzione e a quella del prof. Ferrari, può prestarsi, così come formulato, a una lettura classica non particolarmente in linea con l'argomento generale del Convegno, che riguarda la laicità e la dimensione pubblica del fattore religioso, e nemmeno attuale, anche alla luce della negoziazione bilaterale aperta instauratasi dopo il 1984 che, fortunatamente, è stata trattata dai proff. Colaianni e Dalla Torre.

Cosa non mi piace di questo titolo? Innanzi tutto l'inciso "minoranze religiose", che presuppone una maggioranza diversamente riguardata, come di fatto è; in secondo luogo, il riferimento al concetto di autonomia in una dimensione pubblica, dal momento che per me l'autonomia nasce come concetto privatistico, come insegnavano Pugliatti e Cesarini Sforza, e come autonomia negoziale<sup>1</sup>; in terzo luogo il riferimento, del tutto prevedibile, dopo una prima fase di intese, all'immobilismo del legislatore, che non è un'entità astratta, con caratteri sacrali o rituali, per cui saggiamente centellina i propri interventi, quasi fosse un moderno Solone, ma una realtà concreta. Al Parlamento, invero, è stata sottratta la materia ecclesiastica, non c'è, come in passato, alcun Ministero che si occupi degli affari di culto e della politica ecclesiastica – quello dell'Interno interviene su questioni prevalentemente amministrative – e questa è stata demandata alla Presidenza del Consiglio, in perfetta linea con le attuali tendenze che ne prevedono un rafforzamen-

---

<sup>1</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 533 ss., e in *Scritti di diritto ecclesiastico*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1994, p. 179 ss.

to – le intese, com'è noto, sono state sottoscritte da Commissioni nominate dall'esecutivo e dalle confessioni – sottraendole, almeno in una prima fase, al dibattito parlamentare, così come a suo tempo era stato fatto con l'Accordo di modificazione del 1984, votato dal Parlamento senza che se ne conoscesse il testo definitivo (basti vedere al riguardo il discorso alla Camera di Luciano Guerzoni)<sup>2</sup>.

A tal punto la mia relazione potrebbe considerarsi conclusa o meglio preclusa. Ma il rispetto che porto ai miei colleghi – non sempre ricambiato – mi induce a proseguire, nel tentativo di dare un mio personale contributo a una tematica che, diversamente impostata, potrebbe ancora considerarsi centrale.

Pugliatti ci avverte della confusione che può derivare dalla mancanza di un'analisi semantica dei termini “autonomia” e “privata”, e della difficoltà di una trattazione unitaria. Pugliatti legava il concetto di autonomia alla categoria kantiana della volontà e al rapporto tra autorità e libertà, entro i confini del lecito, come esercizio del diritto soggettivo, nei confronti degli altri soggetti o di collettività più o meno rigidamente organizzate, aperte o chiuse come le confessioni, e, infine, nei confronti dello Stato. L'autonomia sarebbe la “potestà di darsi un ordinamento”, “quale espressione immediata, necessaria e insopprimibile di ogni comunità di privati, che si pone come ordinamento originario e preesistente rispetto a ogni altro, che presenti un qualsiasi tipo o grado di organizzazione”, anche verso lo Stato, rispetto al quale la comunità dei privati resterebbe per l'appunto autonoma. Il riconoscimento, per far penetrare tale ordinamento di privati in quello dello Stato, avrebbe un carattere meramente formale e qualificante. Solo storicamente, infatti, lo Stato ha assunto una posizione preminente rispetto alla pluralità degli ordinamenti, da un punto di vista teorico, però, l'ordinamento statale è fondato sulla volontà dei privati. Così l'autonomia negoziale che è atto di volontà dell'autonomia privata, necessita della volontà del singolo, come nel matrimonio ove “spetta a ciascuno dei contraenti la determinazione del soggetto col quale intende contrarre matrimonio”. Il negozio giuridico – che si basa sulla volontà e sull'autonomia dei privati – è così produttivo di fonti normative, di diritto obiettivo.

Secondo Cesarini Sforza, solo se il rapporto di associazione è di carattere contrattuale, eteronomo direbbe Pugliatti, i corpi sociali sono sottoposti allo Stato. È l'atto costitutivo a dar vita all'associazione, a valere come volontà

---

<sup>2</sup> Cfr. LUCIANO GUERZONI, *Nuovo concordato e costituzione*, in *Il Tetto*, 1984, n. 122, p. 168 ss., testo dell'intervento tenuto alla Camera nella seduta del 26 gennaio 1984, p. 168 ss.

sociale. Dall'autonomia del corpo sociale sorge un vero e proprio diritto obiettivo. "Questa autonomia è organizzata, ossia si manifesta in un potere di supremazia, esercitato da determinati organi sociali. Non vi è nulla, prima che il corpo si formi, a cui codesto potere possa riannodarsi. Si tratta sempre (ricordando che i corpi sociali di cui ci occupiamo sono formazioni volontarie sia nel momento costitutivo che in quello regolativo) di un'organizzazione *che si costituisce* (naturalmente sopra base materiale) e che, pur avendo nei confronti del diritto dello Stato un semplice valore di fatto, in tanto è un'organizzazione in quanto è un ordinamento *giuridico*"<sup>3</sup>.

È pertanto la volontà del corpo sociale ad avere preminenza rispetto a quella dello Stato, il quale si limita solo a riconoscerla. Si inverte così il presunto vincolo di supremazia di quest'ultimo che ha solo un valore storico.

Se, invece di minoranze religiose, parlassimo di pluralismo religioso, faremmo già un passo avanti. E così se sottolineassimo che il potere autonomico delle confessioni<sup>4</sup> – concetto ancora non felicemente definito anche alla luce della proliferazione dei nuovi movimenti religiosi<sup>5</sup> – è espressione della loro autonomia privata, non ha solo natura pubblicistica, e che nessun vincolo di derivazione è possibile configurare nei confronti di un ordinamento giuridico, quello statale, che in passato ha limitato a tre gruppi confessionali (greci-ortodossi, israeliti e valdesi) le proprie previsioni legislative<sup>6</sup>, e in atto, dopo la breve stagione delle intese, si è per l'appunto immobilizzato, dimostrando di avere poco interesse per una materia che ha scarsa incidenza economica e politica. Non è certo lo Stato a promuovere il pluralismo confessionale, che nasce indipendentemente, spontaneamente, e solo in seguito può essere preso in considerazione anche sotto l'aspetto giuridico.

---

<sup>3</sup> Cfr. SALVATORE PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, vol. IV, *Atto-Bana*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 366 ss.; WIDAR CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, presentazione di Salvatore Romano, Giuffrè, Milano, 1963, in part. p. 49 ss.; SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa inalterata ed. 1957, Giuffrè, Milano, 1983, p. 14 ss.; SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1957, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 801 ss., e in *Scritti minori*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1980.

<sup>4</sup> Cfr. PIERANGELA FLORIS, *Autonomia confessionale. Principi limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, 1992, in part. p. 89 ss., ove tratta dell'autonomia e indipendenza delle confessioni religiose come ordinamenti e come formazioni sociali.

<sup>5</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in *Studium*, 1986, fasc. 3, p. 393 ss., e in *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 281 ss.; ID., *Nuovi movimenti e confessioni religiose nell'esperienza italiana*, nel. vol. *Il fattore religioso fra vecchie e nuove tensioni*, a cura di Salvatore Berlingò, Giappichelli, Torino, 1999, p. 73 ss., e in *Scritti di diritto ecclesiastico*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 309 ss.

<sup>6</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *La legge sui culti ammessi*, in *Dir. ecl.*, 2003, I, p. 629 ss., e in *Studi di diritto ecclesiastico*, 2° ed., Jovene, Napoli, 2004, p. 177 ss.

Il fattore religioso – che costituisce l’oggetto principale del diritto ecclesiastico – non ha una dimensione esclusivamente pubblicistica, ne ha anche una privatistica, che è preliminare e che deve essere presa in considerazione anche successivamente, quando occorre dargli un contenuto giuridico. Diversamente, sarebbe impossibile distinguere tra i vari gruppi confessionali, stabilire quali sono confessioni e quali no, e con chi stipulare intese. Ciò non significa che è lo Stato a dover qualificare un gruppo religioso come tale, perché questo si autoqualifica da sé e non è nemmeno tenuto a chiedere il riconoscimento. Lo chiede solo se ne ha interesse e se l’ordinamento statale lo induce a farlo, diversamente rimane come un’associazione non riconosciuta, prevista dal codice civile, maggiormente libera nei propri comportamenti e nella realizzazione dei propri fini<sup>7</sup>. La sentenza del TAR della Lombardia, del 4 dicembre 2001, poi cassata dalla Corte Costituzionale (2002/346), che limita alle confessioni con intesa tale qualifica<sup>8</sup>, è pertanto mille miglia distante dalla mia concezione. I gruppi sociali, e le confessioni non sono altro che gruppi sociali con finalità religiosa, hanno tutti una prima fase spontaneistica, indipendente rispetto all’ordinamento dello Stato, senza per questo restarne estranee, perché vivono sotto il regime delle associazioni non riconosciute, in una dimensione privatistica e non pubblicistica<sup>9</sup>. L’assunto – quasi da tutti condiviso – che tutto quanto non è riguardato dallo Stato gli è estraneo o non è giuridico, è pertanto falso. Lo Stato può legittimare o riconoscere il gruppo solo se questo lo richiede. Solo in quel momento ne valuterà i contenuti, l’organizzazione, gli statuti, e i fini che persegue. Nella nostra storia giuridica, successivamente alle leggi eversive, molti enti ed ordini religiosi, nonostante fossero stati soppressi e non conservati, trovarono modo di sopravvivere, di trasmettere i loro beni ad altri intestatari, di perseguire i fini per i quali erano stati costituiti<sup>10</sup>. Lo stesso succede per quegli ordinamenti confessionali che non si rapportano con lo Stato, o per loro motivazioni o perché non presi in sufficiente considerazione, e cioè per diverse centinaia di gruppi religiosi allo

---

<sup>7</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, cit., p. 179 ss.

<sup>8</sup> Cfr. TAR Lombardia, ordinanza 4 dicembre 2001, n. 88, in [www.olir.it](http://www.olir.it); Corte Cost., 8 luglio 2002, n. 346, in *Dir. eccl.*, 2002, II, p. 175 ss., che dichiarava l’illegittimità dell’art. 1 della legge regionale della Lombardia 9 maggio 1952, n. 20.

<sup>9</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa*, in *Dir. fam.*, 1993, p. 272 ss., e in *Scritti di diritto ecclesiastico, ult. cit.*, p. 3 ss.; ID., *Preliminari a uno studio dell’associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 63 ss.

<sup>10</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuove prospettive in tema di acquisti per interposta persona a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Arch. giur.*, 1972, p. 151 ss., e in *Saggi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 15 ss.

stato nascente o talmente caratterizzati da poter confliggere con quei limiti di ordine pubblico e di buon costume, dietro i quali si trincerava il nostro ordinamento. Credete veramente che l'Islam non sia anche una confessione e non abbia diritto a un'intesa<sup>11</sup> o che sposti molto, nel panorama culturale attuale, un'intesa, come ce ne sono state, con gruppi religiosi talmente esigui in Italia da essere in passato pressoché sconosciuti? L'errore in cui si incorre è quello di riguardare tale realtà non come espressione di un'insopprimibile dinamica sociale, all'interno di una società aperta<sup>12</sup>, o a cavallo di più ordinamenti, ma unicamente dal punto di vista del nostro ordinamento, che non costituisce certo un modello né di pluralismo né di democrazia.

I tentativi fatti dalla nostra dottrina di attribuire all'art. 8 com. 1 Cost. un diverso valore e significato alla luce dell'art. 2 Cost. e attraverso una lettura parallela a quella dell'art. 7 Cost.<sup>13</sup>, mi sembrarono, una trentina di anni fa, lodevoli ma di difficile realizzazione, perché l'art. 7 esisteva e continua ad esistere, con tutti i suoi riferimenti pleonastici e gli inopportuni richiami, e perché considero, e continuo a crederlo ancora, l'art. 19 come la norma più importante tra quelle della Costituzione che riguardano il fattore religioso<sup>14</sup>. A distanza di tanti anni, come ho già detto a Santa Maria Capua Vetere, credo sia giusta una rivalutazione dell'art. 8 Cost., fortemente sostenuta a suo tempo da Casuscelli, anche alla luce di quanto Dossetti ebbe a dire nel discorso per l'Archiginnasio d'oro, che oggi avrebbe considerato l'art. 8 – che garantisce libertà ed eguaglianza alle diverse comunità religiose auspicando una condizione sempre meno privilegiaria – più importante dell'art. 7, nonostante ne fosse stato alla Costituente uno dei relatori<sup>15</sup>.

Quanto al pluralismo confessionale sviluppatosi in questi ultimi decenni, che costituisce certamente una novità e che può creare problemi, la vera difficoltà che noi abbiamo è che questo è un concetto estraneo alla nostra tradizione culturale, nato in capo alla sociologia anglosassone, proprio al

---

<sup>11</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Confessioni religiose/Islam*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, vol. XI, Roma, 2003, e, con il tit. *L'Islam come confessione religiosa*, in *Studi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 19 ss.

<sup>12</sup> Cfr. KARL R. POPPER, *The Open Society and its enemies*, 3° ed., vol. I-II, London, 1957.

<sup>13</sup> Cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Guffrè, Milano, 1974, p. 134 ss.

<sup>14</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Stato e confessioni acattoliche. Contributo all'analisi dell'art. 8 della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, fasc. dedicato agli *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, vol. I, p. 425 ss., e in *Saggi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 105 ss.

<sup>15</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *L'impegno scientifico di Giuseppe Dossetti*, in *Il Tetto*, marzo-giugno 2007, n. 258-259, p. 12 ss., e nel vol. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Pellegrini, Cosenza, 2007, p. 121 ss.. Cfr. il discorso di Dossetti per l'Archiginnasio d'oro, in *Il Regno, Attualità*, 1986, 6, p. 141 ss.

momento della colonizzazione americana, con riferimento alla pluralità di confessioni, che si instaura con la Northwest Ordinance del 1787, quando si crea lo Stato federale, che non può considerare in modo diverso le confessioni ma deve trattarle tutte nello stesso modo, e che costituisce la base del separatismo americano, che nulla ha a che vedere con quello europeo di stampo liberale, tendente unicamente a separare la Chiesa dallo Stato<sup>16</sup>. Gli studi fatti in tal senso sul pluralismo dopo il Vaticano II da Barberini, o in capo al diritto canonico da Bonnet, o nell'ambito del diritto ecclesiastico da Cardia, si muovono in una diversa prospettiva. Se è innegabile che il Concilio ha segnato notevoli passi in avanti per quel che concerne la libertà religiosa e i rapporti con le altre confessioni, in particolare con gli ebrei e i musulmani (L.G. 9 e 16), è anche vero che non prevedeva né il fenomeno delle sette né una società pluralista e multiculturale<sup>17</sup>, muovendosi nell'ambito di una dottrina cattolica una volta tanto desiderosa di aprirsi al mondo e non di riguardarlo unicamente dal proprio ambito visuale. La tradizione culturale europea sarebbe potuta diventare pluralista anche prima, al momento della Riforma, ma a quali prezzi e con quali riconoscimenti<sup>18</sup>! Di fatto, la nostra realtà è stata al massimo dualista ed è ciò che ci impedisce di comprendere in pieno il pluralismo.

Bonnet teme che il termine pluralismo possa “caricarsi di pericolose ambiguità” ma comprende che la molteplicità dei gruppi è espressione di libertà e pensa si debbano riguardare in una triplice prospettiva, verso lo Stato, nei loro reciproci rapporti e al loro interno. A suo avviso, “il pluralismo può costituire una chiave per interpretare l'intero ordinamento della Chiesa”, in particolare nei confronti delle Chiese nazionali e locali -sulle quali si sofferma anche Barberini<sup>19</sup> – anche se bisognerebbe farlo in maniera creativa<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Alle radici del separatismo americano*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 83 ss., in versione inglese *At the Roots of American Separatism*, in *Hispania sacra*, 40 (1988), p. 825 ss.; e in *Saggi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 213 ss.; ID., *Stato e Chiese negli U.S.A.*, nel vol. *Studi sui rapporti tra le Chiese e gli Stati*, a cura del prof. SANDRO GHERRO, Cedam, Padova, 1989, p. 97 ss.; ID., *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, cit., p. 78 nota n. 53, per riferimenti alla dottrina anglo-americana sul pluralismo.

<sup>17</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuovi movimenti e confessioni religiose nell'esperienza italiana*, cit., p. 309 ss.

<sup>18</sup> Cfr. ERNST TROELTSCH, *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani*, vol. I-II, La Nuova Italia, Firenze, 1941; MAX WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni, Firenze, 1977.

<sup>19</sup> Cfr. GIOVANNI BARBERINI, *L'ordinamento della Chiesa e il pluralismo dopo il Vaticano II*, Libreria Editrice Universitaria, Perugia, 1979, p. 113 ss.

<sup>20</sup> Cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *Pluralismo (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, *Perenzione-Pluralismo*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 956 ss.

Cardia parte dalla definizione di pluralismo politico, data da Bobbio, come limite al potere dello Stato, e di pluralismo giuridico, data da Treves, non molto dissimile dalla precedente. Per entrambi è lo Stato il polo di riferimento da dover contrastare, in tutte le sue forme, quella totalitaria, monista, e quelle liberali, democratiche e costituzionali, alle quali non si contrappone ma dalle quali si differenzia. Solo in quest'ultimo modello legislativo Cardia vede dispiegarsi in pieno il pluralismo. Io non vedo, come Cardia, un pericolo di crisi del pluralismo e nemmeno il pericolo di "un nuovo corporativismo particolaristico"; la polivalenza di significato è dovuta al fatto che rapportiamo un'insopprimibile realtà sociale, la continua creazione di gruppi, a categorie giuridiche oramai obsolete, inadatte a qualificarle, e ad una concezione dello Stato del tutto superata anche alla luce delle continue privatizzazioni. Cardia rinviene giustamente tendenze moniste nella legislazione concordataria del '29, ma il concordato è stato riproposto nel 1984. Come parlare di libertà e di eguaglianza tra le confessioni? Concordo invece sul carattere composito del pluralismo costituzionale che non si sostanzia in un vero pluralismo. Non lo è nemmeno la negoziazione bilaterale, che accentua le differenze e le diseguaglianze tra le confessioni<sup>21</sup>.

Se le intese di recente sottoscritte, l'undici aprile 2007, espressione dell'autonomia delle singole confessioni, non sono state ancora convertite in legge<sup>22</sup>, ciò dipende dal fatto che il Parlamento non le ha prese in considerazione o perché la Presidenza del Consiglio non le ha trasmesse, ma non è credibile, o perché nessun ministro si è attivato per metterle all'ordine del giorno. Il problema è che non c'è un'adeguata politica ecclesiastica e non si sa a chi spetti prendere l'iniziativa. L'immobilismo quindi è evidente.

Quali sono le prospettive? Non credo sia in alcun modo pensabile che la stagione delle intese continui indefinitamente su tali presupposti. Ogni tanto si sente dire che la legge sulla libertà religiosa, che è anche una legge di riforma della legislazione ecclesiastica, possa essere nuovamente messa in discussione, sarebbe la nona volta<sup>23</sup>. Ma in tanti anni non è stato fatto per una

---

<sup>21</sup> Cfr. CARLO CARDIA, *Pluralismo (dir. eccl.)*, *ivi*, p. 983 ss.

<sup>22</sup> Cfr. GIULIANA SCHIANO, *Le Intese dell'undici aprile 2007-Tavola sinottica*, in *Dir. rel.*, 2007, n. 2, p. 423 ss.

<sup>23</sup> I progetti di legge sulla libertà religiosa presentati dal '90 ad oggi, discussi in Commissione affari costituzionali ma non in aula, sono i seguenti: 1) del 13.9.1990, durante il governo presieduto da Andreotti; 2) n. 3947/97, da parte del governo Prodi; 3) n. 1576/2001 (settembre), presentato da Spini; 4) n. 1902/2001 (settembre), da Molinari; 5) n. 2531/2002 (18.3.2002), da parte del governo Berlusconi; 6) n. 36 (28.4.2006), da Boato; 7) n. 134 (28.4.2006), ancora da Spini; 8) e il progetto di legge unificato (4.7.2007), presentato da Zaccaria; 9) n. 448 (29.04.2008), ad iniziativa dei deputati Zaccaria, Amici, Bressa ed altri.

scelta anch'essa politica. Non credo che trattare a livello di legge ordinaria principi costituzionali sia un grande risultato ma almeno il Parlamento potrebbe riappropriarsi, unilateralmente, delle proprie competenze. C'è anche il timore di non urtare la Chiesa cattolica la quale, in verità, non ha definiti rappresentanti dei propri interessi ma nemmeno forti oppositori. E allora?

E allora consentitemi di dire che tutto ciò è estremamente miope. I problemi ci sono, sono sotto gli occhi di tutti, e prima o dopo si presenteranno in tutta la loro tragica realtà. Sono problemi di convivenza tra civiltà e religioni diverse, creati anche dalla costante immigrazione, sono problemi di cittadinanza e di esercizio del culto, in una parola di libertà religiosa, sono problemi non tanto economici e politici quanto religiosi. Quando questi gruppi si organizzeranno non sarà più possibile parlare di minoranze religiose e anche i cattolici dovranno essere considerati alla stregua di tutti gli altri gruppi, una confessione tra le altre.

La realtà vivente prevarica pertanto su quella formalizzata, che ci siamo costruita nel corso dei secoli e che pensavamo potesse durare indefinitamente.

Quando, nel basso medioevo spagnolo, le tre religioni del Libro, cristiani, ebrei e musulmani, convivevano in uno stesso territorio, ciascuna di loro aveva una giurisdizione e propri tribunali, che decidevano anche su aspetti penali nei confronti dei propri adepti, senza che nessuno trovasse alcunché da ridire. Mancava certamente uno Stato inteso in senso moderno ma ciò comportava un reciproco riconoscimento e costituiva nel contempo un esempio, se non di democrazia, di pluralismo religioso<sup>24</sup>.

Al riguardo, l'integrazione europea potrebbe svolgere un ruolo notevole costringendoci a prendere misure valide per tutti i Paesi membri, anche se la loro storia e la realtà legislativa è ancora del tutto disomogenea in capo ai singoli ordinamenti, per cui allo stato attuale non credo sia possibile configurare un diritto ecclesiastico europeo anche se è da auspicare che ciò possa avvenire in un prossimo futuro<sup>25</sup>.

Il nostro stesso diritto ecclesiastico non avrebbe alcuna possibilità di

---

Cfr. MARIA D'ARIENZO, *Raffronti normativi in tema di libertà religiosa*, in *Dir. eccl.*, 2004, I, p. 510 ss., per un'analisi dei vari progetti di legge ed una comparazione con la legislazione francese, spagnola e portoghese.

<sup>24</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Cristiani, ebrei e musulmani nel basso medioevo spagnolo*, prima ristampa corretta, Giappichelli, Torino, 1996, p. 93 ss., già edito in Spagna con il titolo *Polémica y convivencia de las tres religiones*, Mapfre, Madrid, 1992, p. 71 ss.

<sup>25</sup> Cfr. MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino 2001; LUCIANO MUSSELLI-VALERIO TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Laterza, Bari, 2000.



sviluppo se dipendesse dalle confessioni e nemmeno da questo Stato che ha dimenticato che la disciplina era stata nuovamente inserita nei corsi di Giurisprudenza per opporre un corpo organico di leggi alle pretese confessionali, in periodo giurisdizionalista e con una connotazione laica che qui è stato bene ricordare. Se il diritto ecclesiastico è ancora insegnato non è perché sia stato difeso da alcuno, nemmeno dallo Stato, ma perché sussistono i problemi e sono ancora attuali i motivi per i quali è sorto. Il fattore religioso, infatti, anche qui giustamente ricordato, è insopprimibile in qualsiasi società organizzata, è antecedente alle stesse Costituzioni che lo garantiscono – in tutte c'è almeno un riferimento alla libertà religiosa –, non è una sovrastruttura ma un'esigenza prima dei singoli e poi dell'ordinamento, per cui ci sarà sempre qualcuno che dovrà occuparsene<sup>26</sup>.

In un recente scritto Antonio Guarino ha sottolineato la crescente importanza del ruolo delle confessioni religiose nell'ambito del diritto internazionale, i tentativi di superare lo scarto tra la posizione formale, eccessivamente legata all'ordinamento statale, e quella internazionale, sostanziale, ritenendo possibile riconoscere loro una soggettività internazionale, tenuto altresì conto, aggiungerei io, che le confessioni vivono a cavallo di più ordinamenti e che un trattamento differenziato, come in passato è più volte avvenuto per gli ebrei, appare davvero iniquo, per cui occorrerebbe rinvenire “una categoria unificante, che esprima veramente la loro identità”<sup>27</sup>. Una maggiore conoscenza dei diritti confessionali è pertanto opportuna e questa è una delle prospettive possibili ed attuali del diritto ecclesiastico, come prova la pubblicazione della Rivista *Daimon*, e la sezione riservata ai diritti confessionali dalla Rivista *diritto e religioni*, sempre densa di contributi. Io stesso ho fatto attivare tale disciplina a Napoli e la insegno da un paio di anni con molto interesse da parte degli studenti.

Al pluralismo religioso, che riguarda anche le c.d. grandi religioni, deve pertanto accompagnarsi una maggiore autonomia privata delle singole confessioni e una loro diversa considerazione da parte dello Stato, tenuto conto che nessuna confessione nasce perché promossa da quest'ultimo, per cui può solo riservarsi se riconoscerle o meno o con quali stipulare intese. Non siamo cioè di fronte, come abbiamo creduto per decenni, ad ordinamenti derivati – anche per differenziarli dalla confessione cattolica, ordinamento primario –, ma a libere associazioni di persone che hanno un credo comune e perseguono fini non materiali ma prevalentemente di religione e di culto.

---

<sup>26</sup> Cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2004, p. 11 ss.

<sup>27</sup> Cfr. ANTONIO GUARINO, *La Chiesa e gli ordinamenti giuridici*, Pellegrini, Cosenza, 2008, p. 89 ss.

# *Aggiornamenti sull'impiego e sull'inquadramento iuris gentium dello strumento concordatario in inizio millennio*

FABIO VECCHI

## *1. Introduzione. I Concordati nei documenti conciliari*

Che il costante interesse dei giuristi per il fenomeno concordatario sia alimentato in modo pressoché ininterrotto trova conferma nell'ampia pubblicistica e nei frequenti convegni organizzati sull'argomento<sup>1</sup>. Alla vigilia dei cinquant'anni dall'apertura solenne del Concilio Vaticano II la dottrina dei padri conciliari sullo strumento concordatario *-rectius* dei rapporti della Chiesa con la comunità politica-, largamente sconfinata sia nel dibattito dottrinale e di diritto positivo, sia nell'alacre attività diplomatica della Curia romana, non ha mancato di riflettersi con evidenti ricadute nei numerosi concordati posti in essere negli anni del post-concilio e, segnatamente, dai «pontificati stranieri» polacco e tedesco.

La mutevole sensibilità di dottrina e prassi converge oggi entro una visione unitaria di ciò che lo «spirito conciliare»<sup>2</sup>, anche e non ultimo, per una profonda ricapitolazione sul fondamento del modello giuridico degli accordi concordatari, ha prodotto e produrrà in avvenire. Non v'è dubbio, infatti, che il «segno dei tempi» impresso sulla Chiesa dal Concilio e dal successivo magistero si è rivelato, oltre che nei luoghi tradizionali della comunità dei

---

<sup>1</sup> In ultimo, il Convegno di Studi «*Santa Sede, Conferenze Episcopali, Stati: esperienze di Paesi dell'Unione Europea*», Roma, 16-17 gennaio 2009, organizzato dal CESEN-Università Cattolica del Sacro Cuore, svolto presso l'Istituto Sturzo. La relazione introduttiva del Convegno, tenuta da GIORGIO FELICIANI, *Il Concilio non è la tomba dei concordati*, è ora pubblicata ne *L'Osservatore Romano*, 16 gennaio 2009, p. 5.

<sup>2</sup> Osserva la potenza con la quale l'alito conciliare emerge «fortemente in tutti gli Accordi del Terzo millennio...» GIOVANNA GIOVETTI, *L'assistenza religiosa all'interno delle cd. comunità obbligatorie nei Concordati di Giovanni Paolo II*, in sito web [www.olir.it](http://www.olir.it), agosto 2004, p. 2.

fedeli, anche nei fori, nelle organizzazioni<sup>3</sup> e nei rapporti internazionali<sup>4</sup>.

I rilievi che è dato tracciare in prospettiva sull'impiego dello strumento concordatario, contrariamente alle tette previsioni formulate da parte della precorsa dottrina, fatta salva in tempi non sospetti la voce isolata di Vincenzo del Giudice e di pochi altri, non possono che leggersi con prognosi ottimistica<sup>5</sup>. Ne sono presupposto il protagonismo assunto dai concordati vigenti – che oggi ammontano ad oltre 160<sup>6</sup> – ed il maggior numero di Stati con i quali la Sede petrina intrattiene relazioni diplomatiche, a vario livello; la natura giuridica di tale strumento, poggiante in gran parte sull'*ius gentium*: il fondamento della coscienza morale a base comune del precetto concordatario e del diritto internazionale; la flessibilità del medesimo diritto della Chiesa, il quale assegna alla diplomazia vaticana funzioni di responsabilità oggi sempre più condivise, in virtù di un peculiare rapporto di omogeneità ecclesiale con gli episcopati locali, di tutta evidenza nelle soluzioni normative accolte dagli ultimi più recenti concordati<sup>7</sup>; lo spostamento strategico del nucleo degli interessi da

---

<sup>3</sup> Cfr. GIOVANNI BARBERINI, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale*, Torino, 1994; SERGIO FERLITO, *L'attività internazionale della S.Sede*, Milano, 1988; VINCENZO BUONOMO, *Considerazioni sul rapporto S. Sede – Comunità internazionale alla luce del diritto e della prassi internazionale*, in *Ius Ecclesiae*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 6 ss.

Come conseguenza della presa d'atto nella Chiesa di essere soggetto compartecipe *inter pares* sul piano materiale della storia nelle relazioni di diritto internazionale, è la sua adesione alle principali Convenzioni a base di tali rapporti (Convenzione sulle Relazioni Diplomatiche, 1961; Convenzione sulle Relazioni Consolari, 1963; Convenzione di Vienna, 1969). Quanto alla politica di rafforzamento dei legami diplomatici perseguita dalla S.Sede a seguire dal pontificato di Pio XII, cfr. ANTONIO FILIPAZZI, *Le rappresentanze pontificie dalla fine della II guerra mondiale ad oggi. Dati circa lo sviluppo della loro rete (1945-2002)*, in *Ius Ecclesiae*, Giuffrè, Milano, XIV, 2002, pp. 713-750.

<sup>4</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, in *Ius Ecclesiae*, Giuffrè, Milano, XII, 2000, p.613, con rinvio alla «*Gaudium et Spes*», n. 89. Sul fatto che la Chiesa, entità composta di vincoli spirituali ma nel contempo connotata da una natura gerarchica visibile e organizzata, abbia necessità di correlarsi alla società umana anche attraverso il diritto («*Gaudium et Spes*», n. 44 e «*Lumen Gentium*», n. 8).

Quasi superfluo osservare che la presenza istituzionale della Chiesa nell'ordine internazionale, va intesa nella configurazione formale della Santa Sede, e non in quella societaria, immanente e trascendente, di Chiesa cattolica universale.

<sup>5</sup> VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 508.

<sup>6</sup> Di questo imponente *corpus* convenzionale internazionale ecclesiastico, quasi 120 patti sono stati stipulati nel periodo postconciliare. Così, SILVIO FERRARI, *Il modello concordatario post-conciliare*, in sito web [www.olir.it](http://www.olir.it), marzo 2004, p. 1. Sulla tendenza all'impiego estensivo dello strumento concordatario da parte della Chiesa, vedasi CARLOS CORRÁL, *Universalismo expansivo de los acuerdos concordatarios, sus principios y coordenandas*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad Complutense, Madrid, XX, 2004, pp. 17-42.

<sup>7</sup> Il rapporto di omogeneità tra vescovi, Nunzi Apostolici e Romano Pontefice si desume dal can. 364, che attende dai Nunzi la funzione di «rendere sempre più solidi ed efficaci i vincoli di unità che intercorrono tra la Sede Apostolica e le Chiese particolari». Una simile unità organica deriva

formalizzare, dalla «cura religionis» alla cura della «religiosa libertas»<sup>8</sup>; la dichiarazione del principio di collaborazione tra Chiesa e comunità politica («*Gaudium et Spes*», n.76), «secondo modalità adatte alle circostanze di luogo e di tempo» seguendo una formula tale che, nel ricorrere all' «adattamento» al dato contingente, elabora una prescrizione implicita al «diritto spontaneo» e ribadisce la valutazione che la Chiesa ha del concordato, quale elemento strumentale ai suoi scopi spirituali<sup>9</sup>; una formula che assicura alla Chiesa una presenza morale di ascolto «privilegiato» nei consessi internazionali circa la «res politica» pur restando estranea alle competizioni terrene di indole ideologica ed indipendente dalle particolaristiche motivazioni della lite.

Tutto, dunque, individua nello spirito conciliare ben altro che la «tomba dei concordati» ma, al contrario, l'alito unificante e propulsore, ancora nel nuovo millennio, di questo plurisecolare strumento negoziale.

---

dalla natura ecclesiale che accomuna la diplomazia della Curia romana con l'episcopato: una natura consolidata dall'essere i Nunzi Apostolici insigniti di quella dignità episcopale che conferma il suaccennato nesso di collegamento omogeneo dei soggetti di vertice costituzionale della Chiesa. Sul punto, GIOVANNI LAJOLO, *La Diplomazia Concordataria della Santa Sede nel XX secolo. Tipologia dei Concordati* (Intervento al Congresso promosso dall'Ambasciata di Polonia presso la S.Sede, alla Pontificia Università Gregoriana, Roma, 15 novembre 2005). Quanto al nesso diretto tra tutela della libertà religiosa e funzioni della diplomazia bilaterale della Santa Sede, cfr. DOMINIQUE MAMBERTI, *La protezione del diritto di libertà religiosa nell'azione attuale della Santa Sede*, in *Ius Ecclesiae*, Serra ed., Pisa-Roma, XX, 2008/I, pp. 56-57.

<sup>8</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Chiesa cattolica e comunità politica: dal declino della teoria della potestas indirecta alle nuove impostazioni della canonistica postconciliare*, CEDAM, Padova, 1975, pp. 72 ss.

<sup>9</sup> Sulla natura strumentale dei concordati, in quanto mezzi per far conseguire alla Chiesa universale gli scopi di missione nell'ordine giuridico proprio degli Stati e delle Chiese particolari, vedasi VINCENZO BUONOMO, *La Santa Sede e i Concordati nella prospettiva dell'esperienza europea*, in *O Direito Concordatario: natureza e finalidades (Actas das XV Jornadas de Direito Canónico e das I Jornadas Concordatárias, 23-24 Abril de 2007)*, Universidade Católica ed., Lisboa, 2008, pp. 25 e 28, il quale A. sottolinea che la specificità della Chiesa «non riguarda la natura o lo status ma le finalità perseguite...». Il che non contraddice al fatto che dette finalità possano convergere con quelle proprie degli Stati e, in genere, della Comunità internazionale: evenienza oggi confermata, semmai, dall'adesione della Sede apostolica alle istanze sulla tutela e salvaguardia dei diritti umani e dall'esplicito rinvio nei recenti concordati postconciliari.

La sovrapposizione conseguente tra piano giuridico e politico fa sì che il diritto concordatario trovi un'ulteriore ragione di armonizzazione col diritto internazionale e poggi ampiamente sulla attualità storica traendo da essa la sua ragione propulsiva e innovativa. Su tale primato del «fatto» sulla «norma», poggia la validità del fondamento concordatario nel «diritto spontaneo» e, in ultimo, la sua vitalità.

2. *I concordati nel teatro giuridico sovranazionale del terzo millennio. La naturale attrazione del contenuto (ius religiosae libertatis) e della dinamica giuridica loro propria nelle regole iuris gentium*

Proposito di questo studio è riflettere sulle ragioni dogmatiche che sono alla base della perenne vitalità dello strumento concordatario – ragioni che sembrano pienamente sintetizzate dai postulati dello storicismo giuridico e delle dottrine del «diritto spontaneo» – e di ricondurre tale fenomeno, generato da regole consuetudinarie di spiccata indole *iuris gentium*, nel più vasto orizzonte delle odierne relazioni interstatali. La tendenza alla ricomposizione dei modelli di relazione sovranazionale e la conseguente compressione della sovranità degli Stati nazionali e delle teorie «statocratiche» in favore di organizzazioni istituzionali accomunanti e accorpanti le singole identità regionali – di cui gli Stati tradizionali configurano pur sempre l'ente supremo rappresentativo – amplifica a dismisura l'interesse per la funzione giocata dai concordati e i ruoli e competenze materiali loro assegnati: competenze che gradualmente si vanno estendendo sino a realizzare inconsuete fusioni tra tradizionali categorie giuridiche giusnaturaliste e giusrazionaliste.

A questa dinamica aderisce lo sviluppo dell'organizzazione territoriale della Chiesa cattolica che delega con sempre maggiori potestà alla periferia degli episcopati nazionali funzioni e responsabilità di compartecipazione nell'azione diplomatica pattizia.

Il fulcro di tale duplice dimensione materiale-organizzativa in continua evoluzione è, evidentemente, la libertà religiosa<sup>10</sup>, sempre più sovrapposta alla categoria dei diritti fondamentali dell'uomo, in una lettura trascendente del più terreno, e pragmatico, principio di pluralismo democratico.

Ciò che, tuttavia, è dato rilevare da una prospettiva sovranazionale di largo respiro, nella comparazione tra livello dei rapporti tra Stati e livello dei rapporti Chiesa-Stati, è una incongruenza di grande portata e di tendenziale stabilizzazione. Risulta agli occhi dell'osservatore a tutta evidenza, infatti, come tali due piani giuridico-istituzionali manifestino andamenti non solo irregolari, ma assai difforni tra loro.

Il livello giuridico dei rapporti interstatali vorrebbe essere contrassegnato da una vittoria formale a tutt'oggi irrealizzata, con la vagheggiata Costituzio-

---

<sup>10</sup> «...la libertà religiosa è un diritto soggettivo insopprimibile, inalienabile ed inviolabile con una dinamica privata ed un'altra pubblica... Essa non è soltanto uno dei diritti umani fondamentali; ben di più, essa è preminente tra tali diritti». Cfr. DOMINIQUE MAMBERTI, *La protezione del diritto di libertà religiosa* cit., p. 56.

ne europea, il cui trattato istitutivo è stato platealmente confinato nel limbo delle buone intenzioni. Oltretutto, tale fallimento denuncia il problema della mancata armonizzazione di nuove formule istituzionali per l'Europa dei popoli. Ancora, il noto rifiuto del richiamo formale alle «radici cristiane dell'Europa» esprime un duplice distacco delle istituzioni europee centrali dal fattore religioso, sia in senso storico-culturale (la negazione di ricondurre la propria identità agli elementi della tradizione originaria del gruppo), sia in senso gius-positivo (giacché molte costituzioni dei Paesi europei accolgono un riferimento esplicito alla religione cristiana)<sup>11</sup>.

Il livello giuridico dei rapporti Chiesa-Stati, al contrario, gode di ottima salute, sia per la presenza ufficiale della Chiesa nelle organizzazioni internazionali, sia perché il modello concordatario ha mostrato di assolvere egregiamente alla formalizzazione delle mutue relazioni con gli Stati (oggi, spesso, anche non europei e non cattolici, o con un'esigua minoranza di fedeli cattolici<sup>12</sup>, ma soprattutto, non cristiani); inoltre è in grado di registrare un progressivo avvicinamento dei concordati al diritto internazionale, con un'oggettiva presa di distanza dalle tesi che nei concordati ravvisavano esclusivamente atti difensivi «*finium regundorum*»<sup>13</sup> e, semmai, aprendosi felicemente a nuove tematiche in grado di arricchire la categoria concettuale delle «*res mixtae*» in favore di una visione universalistica della materia confessionale.

La disarmonia tra queste due dimensioni si coglie, infine, nel fatto che a fronte di un accomunante rinvio esplicito ai diritti fondamentali dell'uomo, nell'un caso, si assiste ad un declino culturale ed istituzionale dell'Europa, mentre la fonte degli accordi concordatari esprime una vitalità pressoché ininterrotta. Il paradosso di tale quadro è poi accentuato dall'indubbia interferenza che insiste tra le due dimensioni di interrelazione istituzionale<sup>14</sup>.

La spiegazione della vitalità dei concordati, nella prospettiva dogmatica del «diritto spontaneo», ossia attraverso «...lo sganciamento del problema

---

<sup>11</sup> Qualche perplessità sulla reale rappresentatività del pluralismo diffuso nelle istituzioni europee e sull'ipotizzata nascita di un «diritto costituzionale europeo di religione» (così, PETER HABERLE, *Europa come società costituzionale in formazione*, in AA.Vv., *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001, pp.16 ss.), nasce dalla constatazione del cennoto riconoscimento «al ribasso» delle singole identità confessionali e specialmente per il cattolicesimo.

<sup>12</sup> Così, il Concordato con l'Estonia. Cfr. FABIO VECCHI, *Brevi considerazioni sugli accordi concordatari del 1998 con la Repubblica Baltica dell'Estonia*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, CXIII, 2002/III, pp.1147-1167.

<sup>13</sup> GAETANO CATALANO, *I Concordati tra storia e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1992, p. 43, con richiamo a GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 97 ss.

<sup>14</sup> GAETANO CATALANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 66-67.

primo dell'ordinamento da quello delle fonti normi-produttive»<sup>15</sup> che attiene al diritto avulso da preconcepite categorie, ma riferito al dato neutro dell'esperienza giuridica, risulterà assai utile a meglio sottolineare le dimensioni e la sfasatura razionale di tale paradosso. Quanto al diritto concordatario, i suoi precetti non sono altro che la formalizzazione di fatti spontanei che emergono con forza nell'ordine giuridico, sospinti da un'esigenza collettiva di libertà del credo, del tutto assimilabile a quella «coscienza internazionale» che è fonte di una «morale internazionale»<sup>16</sup>.

3. *Riconsiderazione delle dottrine di ius publicum ecclesiasticum externum sulla natura giuridica dei concordati in favore del profilo internazionalista «inter pares» degli stessi*

Tutte queste osservazioni stanno ad indicare che le dinamiche internazionali dei rapporti tra Stati, una volta sciolto definitivamente il «nodo gordiano» delle teorie di *ius publicum ecclesiasticum externum*,<sup>17</sup> hanno ricondotto lo strumento concordatario entro un nuovo quadro di relazioni dinamiche tra Stati, che rafforza ed affianca l'elemento della bilateralità del rapporto negoziale con altre soluzioni giuridiche nelle quali la Santa Sede, una volta abbandonato il dogma della sua superiorità «*ratione finis et naturae*», appare soggetto partecipante, o aderente, o socio di un consorzio allargato di soggetti equiordinati, tra pari. In un tale contesto, si precisa, il concordato resta strumento negoziale bilaterale per eccellenza, non manipolabile in negozio multilaterale «aperto», tanto grande è l'esclusività dell'adeguamento delle sue disposizioni alla realtà dello Stato stipulante.

La novità va riguardata invece sotto altri aspetti. Una novità che poggia l'essenza sul dettato conciliare sia riguardo alla constatazione che la ricondu-

---

<sup>15</sup> PIERO BELLINI, *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, (1956) rist. Pellegrini ed., Cosenza, 2006, p. 59 ss.

<sup>16</sup> PROSPERO FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale e Parte generale*, 2° ed., Cedam, Padova, 1933, pp. 20-21, secondo il quale «...la morale costituisce una delle più importanti fonti materiali del diritto internazionale positivo».

<sup>17</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., pp.621 ss.; PIETRO GISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il concilio*, Giuffrè, Milano, 1973; PEDRO LOMBARDA, *Le droit public ecclesiastique selon Vatican II*, in *Apollinaris*, 1967/1, pp.59-112; EMILIO FOGLIASSO, *Il "ius publicum ecclesiasticum e il Concilio ecumenico vaticano II*, in *Salesianum*, 1968, pp.243 ss.; GUIDO SARACENI, *"Ius publicum ecclesiasticum externum" e prospettive conciliari*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1970/I, p.43 ss. Sarà utile un confronto con i rilievi preconciliari sullo strumento concordatario in PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *La natura giuridica dei Concordati nel ius publicum ecclesiasticum*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, I, Ed. Poligrafica Universitaria, Firenze, 1936, pp.126 ss.

cibilità dei concordati alla categoria dei trattati internazionali non ne avrebbe comportato lo snaturamento, sia riguardo alla necessità per la Chiesa di impiegarli largamente ai fini della propria missione, sia riguardo alla valutazione che nel concordato risiedesse lo strumento giuridico più adatto attraverso il quale proclamare le istanze di garanzia della libertà religiosa come promozione dell'uomo e intravedere la formazione di nuove categorie concettuali a questa affini o funzionali (diritti umani fondamentali; tutela dell'uomo e dei suoi valori ideali e culturali; garanzie di base dell'uomo a più livelli, ossia nella sua individualità «*uti singulum*»; nel suo rapporto con la società cellulare della famiglia; nell'ulteriore sviluppo del rapporto con il consorzio sociale umano circostante).

La riconsiderazione delle teorie dell'*ius publicum ecclesiasticum externum* sui concordati attraverso una lettura in chiave marcatamente antropologica e le garanzie da apprestare al «*populus fidelium*» trova il fulcro nell'aver lo strumento concordatario saputo individuare, avverte Gismondi, il «punto di intersezione del mondo delle realtà spirituali e del mondo delle realtà temporali»<sup>18</sup>.

Si tratta tuttavia di una felice congiuntura che non si è esaurita negli accordi della Chiesa con il totalitarismo di ancor recente memoria degli Stati negatori delle istanze di liberalismo democratico, e della cui esperienza storica la diplomazia vaticana non poteva non far tesoro<sup>19</sup>. Perché, a ben vedere, da quella tragedia collettiva la Chiesa del Concilio ha rafforzato le proprie convinzioni per conferire al concordato il valore di strumento diplomatico universale, con il quale intessere indistintamente e senza pregiudizi relazioni di dialogo e di mutua cooperazione con ogni entità qualificata sotto il profilo ideologico, culturale, confessionale o organizzativo.

In tal senso, il Concilio Vaticano II, abbandonato definitivamente il dogma della «*potestas indirecta in temporalibus*» attraverso la promozione evangelizzatrice di diritti fondamentali afferenti l'individualità della persona – una nuova formulazione di *ius publicum ecclesiasticum externum* – può sostenere l'esistenza di un diritto ecclesiastico internazionale avente nello strumento concordatario la sua primaria, efficiente e vitalissima fonte<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> PIETRO GISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il concilio*, cit., p.88.

<sup>19</sup> LORENZO SPINELLI, *Il diritto ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1985, p.216, che menziona i concordati con l'Italia fascista, la Spagna franchista e la Germania nazista. Ma occorrerebbe aggiungere il meno noto, ma altrettanto significativo, tentativo di stipulare accordi concordatari con la Russia di Stalin.

<sup>20</sup> Cfr. GAETANO ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Clueb ed., Bologna, 1972, p. 98.



4. *Affinità del diritto concordatario con le dottrine normi-produttive del «diritto spontaneo» e radicale armonizzazione col principio internazionale di convivenza tra Stati*

Peccherebbe di approssimazione una ricostruzione del fenomeno concordatario, ed altrettanto lacunosa risulterebbe una risposta all'interrogativo sulle ragioni di tanta vitalità e flessibilità, qualora si trascurasse la natura e i principi che ne regolano la nascita, la vigenza e la caducazione giuridica.

Ad oggi, appaiono ancora convincenti, segnatamente per il diritto internazionale, dei trattati e concordatario, i postulati dei giuristi internazionalisti di metà Novecento<sup>21</sup> ispirati dai dogmi di radice hegeliana, sul motivo idealistico (il cd. «fatto normativo»)<sup>22</sup> a base del diritto nascente. Tesi che hanno assegnato all'aspetto fenomenologico del diritto, riguardo alla forza creativa di autoaffermazione indipendente da una fonte giuridicamente «posta», quella capacità di legittimare sé stesso e di sprigionare vitalità, prescindendo dai tempi materiali richiesti dalla prassi per l'affermazione della norma spontanea e delle esigenze concrete che intendesse disciplinare<sup>23</sup>.

L'affermazione della vitalità concordataria attraverso la teoria del «diritto spontaneo» ha il conforto di notevoli indizi, anche di diritto positivo. Per

---

<sup>21</sup> I massimi esponenti dell'indirizzo reattivo alla «scuola positiva» sono individuabili in Giuseppe Barile, Gaetano Arangio-Ruiz, Mario Giuliano, Roberto Ago. Per quest'ultimo, al «diritto spontaneo» va assegnata qualitativamente una posizione dominante nel diritto internazionale, in quanto diritto che va valutato per la sua stessa fenomenica esistenza sul piano del diritto e preso in considerazione per la sua esistenza. Così, ROBERTO AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 29 e 108.

<sup>22</sup> Si noti la coincidenza tra «diritto spontaneo» e consuetudine, intesa un fatto in sé normativo, ossia «fonte autonoma di diritto» secondo l'insegnamento di Santi Romano (SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1945, p. 135). Questa tesi, assimilata dall'Ago, si presta a significative applicazioni nell'ambito concordatario. Né sembrano incidere con sufficienza le osservazioni critiche che nelle tesi del «diritto spontaneo» ravviserebbero una confusione – e riduzione dell'un fattore nell'altro – di ciò che è, da un lato, fonte del valore e, dall'altro, fonte dell'esistenza di una norma. Cfr. GIORGIO BALLADORE-PALLIERI, *Scienza giuridica, diritto positivo e diritto internazionale*, XIII, Ispi, Milano, 1959, p. 9.

Nello specifico dei concordati, infatti, la visuale del «diritto spontaneo» non conduce affatto alla supposta confusione tra fattori, e dunque non contraddice la circostanza che la fonte storica di questi patti risieda nella volontà degli Stati e dei loro rappresentanti politici mentre, viceversa, che la fonte giuridica dei medesimi si fondi nell'*ius gentium* (che gli conferisce valore giuridico) e nelle sue regole consuetudinarie.

<sup>23</sup> In ragione della natura specifica dell'interesse alla libertà religiosa che la norma concordataria garantisce, non sembrano attendibili per il diritto concordatario le osservazioni del Von Hayek, secondo il quale il «diritto spontaneo» si adegua con troppa lentezza alle istanze di rinnovamento emergenti dal tessuto sociale. Così, FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice in political economy*, Routledge & Kegan Paul, London, 1973, p. 111.

i concordati, il grado di spontaneità desumibile dalle norme è dipendente dallo scopo e contenuto loro proprio, giacché vi si registra l'esigenza del riconoscimento del comportamento confessionale abbracciato dalla comunità del «*populus fidelium*». Qui il comportamento (spontaneo) fonte di norme di tutela del fattore religioso, essa stessa spontanea, riposa su precetti meta-giuridici osservati dalla comunità dei credenti (Bibbia, Vangelo, magistero pontificio), e la regolamentazione concordataria interviene *ex post*, non creando nulla di più, sul piano del diritto positivo, di quanto le stesse disposizioni concordatarie non colgano dalle opportunità offerte dal momento storico e dalla «coscienza sociale» (*Anerkennung*)<sup>24</sup>.

Quanto al procedimento di formazione delle norme, occorre individuarlo nel consolidato diritto consuetudinario concordatario che largamente riposa sulle regole *iuris gentium* (e, nel confronto, solo in misura residuale, sul *Codex Iuris Canonici*, ai cann. 364 e 365, il quale si limita a circoscrivere e regolare i soggetti legittimati alla stipula dei concordati)<sup>25</sup>.

Un ulteriore spunto a sostegno della evidenziata vitalità dei concordati, in quanto espressione di «diritto spontaneo», è dato dai precipui caratteri contenutistici delle regole concordatarie, le quali si pongono giuridicamente come precetti di valore, nel senso di norme di giudizio e non di regole di comando. Ne sia prova il fatto che non sono contemplate sanzioni all'inosservanza dei patti né, in simili evenienze, la Chiesa ha inteso mai avviare le procedure internazionali di denuncia dei patti nei confronti del governo inadempiente. In tal senso, seguendo la teoria del «diritto spontaneo» i precetti concordatari si collocano tra quelle norme contraddistinte da criteri di giudizio il cui contenuto ha ampiezza generale nell'ambito delle relazioni sociali, così da affiancarsi alle regole morali, di costume e di estetica<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Tutte le norme comprese entro un sistema giuridico hanno sede e fondamento nella coscienza dei membri. La tesi della «*Anerkennung*» dei consociati con la quale il Bierling sosteneva l'essenza fondativa del diritto (ERNST RUDOLF BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg, 1894, I, pp. 42 ss.) è la base su cui Ago rielabora la tesi del «diritto spontaneo», cogliendo, però, nella «coscienza» il significato non riflessivo, ma attivo, che per il giurista assume i connotati di creazione o approvazione del diritto. Cfr. ROBERTO AGO, *Scienza giuridica* cit., p.81. Se spostiamo il nucleo dell'obbligo di coscienza dalla norma civile alla norma confessionale e, specificatamente, per le fonti di diritto concordatario, ci si avvede delle implicazioni conseguenti in ordine alla flessibilità e vitalità della fonte pattizia.

<sup>25</sup> Si veda anche l'art.45 della Cost. Apostolica «*Pastor Bonus*» (1988) sulla Curia romana che assegna precise competenze concordatarie agli organi della Segreteria di Stato (Sezione dei Rapporti con gli Stati), in quanto è loro «compito proprio...attendere agli affari che devono essere trattati con i governi civili».

<sup>26</sup> Cfr. ANGELO PIERO SERENI, *Dottrine italiane di diritto internazionale*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T.Perassi*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1957, p. 284.

Ulteriori conferme all'ipotesi di una affinità profonda tra «diritto spontaneo» e accordi conclusi tra la Santa Sede e gli Stati, lo si ricava dai recenti Preamboli dei concordati, i quali apertamente dichiarano la necessità di addivenire a revisioni o a impiantare rapporti stabili di ordine giuridico e diplomatico, in virtù degli eventi storico-politici e delle trasformazioni istituzionali e sociali intervenuti *medio tempore*<sup>27</sup>, con ciò riallacciandosi alla tesi dei giuristi internazionalisti che nella «necessità storica» individuavano una fonte generale del diritto<sup>28</sup>.

Certamente meccaniche equivalenze tra dinamiche concordatarie e regole *iuris gentium* non offrirebbero luce sufficiente per comprendere l'essenza giuridica dei concordati, se non si ricorresse a quella nozione allargata di diritto internazionale e a quella flessibilità delle regole internazionali ad essi applicabili secondo le elaborazioni della dottrina, specialmente tedesca, di metà Novecento. Le osservazioni del Catalano sulla possibilità di spiegare il fenomeno concordatario attraverso la prospettiva del «diritto spontaneo» conservano tuttora l'originaria freschezza. I concordati del post-concilio e, specificatamente, quelli di recente stesura tra il pontificato polacco e quello ratzingeriano, non evidenziano mutamenti di rotta da questa chiave di lettura.

Il citato Maestro tra l'altro sottolinea, richiamando il Quadri, il fattore della «...necessità della convivenza storica tra Stati» e come si tragga da tali superiori esigenze il nucleo legittimante, ma anche produttivo e stabilizzatore delle norme di ordine sovrastatale e, specialmente, di quelle regole afferenti la materia concordataria, la cui specialità «rende vana la pretesa di esaurirle o ridurre... [attraverso la] adozione di una specifica nozione di ordinamento internazionale...»<sup>29</sup>.

Di più. Un'esauriente risposta d'ordine dogmatico alla vitalità dei concordati, in chiave di «diritto spontaneo», la si può trarre dal riordinamento logico di fattori meta-giuridici, idealistici e storici, in una parola in quei postulati cari ai giusnaturalisti: criteri che ammettono le norme come non necessariamente «poste» bensì «emerse» nell'ordinato mondo giuridico. Criteri che sono i tasselli fondativi con i quali l'interprete del diritto opera per conoscere la natura fattuale che intende in seguito tradurre.

Oltre alla menzionata «necessità» delle interrelazioni tra Stati, v'è la «flu-

---

<sup>27</sup> Così, a semplice titolo d'esempio, il Concordato con la Lettonia (2000), nel cui Preambolo si dichiara l'opportunità di innovare il Concordato del 1922 «...alla luce dei cambiamenti intervenuti sia a livello nazionale che internazionale». Con formule assimilabili, il Concordato col Portogallo (2004) e l'Accordo di normalizzazione con l'Ungheria (1990).

<sup>28</sup> ANGELO PIERO SERENI, *Dottrine italiane di diritto internazionale*, cit., p. 287.

<sup>29</sup> GAETANO CATALANO, *Problematica giuridica dei concordati*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 131.

idità» delle regole che governano la realtà e, a base di tale carattere, quella preordinata «purezza» di stato che è la fenomenologia giuridica: tutti fattori che distanziano il momento della formazione della *regula iuris* da una soffocante *fons generatrix* originaria e da una norma che si pone esclusivamente per l'esser frutto di una imposizione istituzionale<sup>30</sup>. Trasposte nella dinamica dei concordati, queste osservazioni rivelano che la fenomenologia del diritto è ben più fluida, reattiva ed aperta, di quanto ritengono gli accenti positivisti. Il diritto dei concordati è la chiara riprova di quanto uno strumento giuridico sia in grado di estrapolare dal diritto consuetudinario, in via di fatto, principi ispirati al generale, ma indirizzati al contingente, sia questo una nazione (o una esigua minoranza di fedeli all'interno di uno Stato), sia questo il particolare temporale di un periodo storico.

5. *Vitalità de facto dello strumento concordatario. Una panoramica pattizia.*  
a) rinvio agli insegnamenti conciliari; b) enunciazione del valore universale della libertà religiosa; c) principio di collaborazione e reciprocità nel quadro del presupposto principio di autonomia e indipendenza; d) rinvio esplicito agli strumenti del diritto internazionale e comunitario

I motivi che hanno condotto la dottrina ecclesiasticistica ad un confronto serrato sulla fortuna e sul futuro dello strumento concordatario sono ben noti. Qualche perplessità sortisce dal fatto che i convincimenti pessimisti abbiano poggiato in larga misura le proprie fondamenta sul terreno – e sull'errata valutazione dei supposti silenzi<sup>31</sup> – dei documenti conciliari verso i quali, logica prudenziale suggerirebbe grande precauzione nell'abbracciare letture univoche<sup>32</sup>.

Le tesi di contrario segno, tuttavia, sono anch'esse state alimentate da una

---

<sup>30</sup> GIUSEPPE BARILE, *La rilevanza e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, in *Comunicazioni e Studi*, V, 1953, p.155.

<sup>31</sup> LORENZO SPINELLI, *Il diritto pubblico ecclesiastico*, cit., p. 67. In materia di concordati, il Concilio resta intenzionalmente indefinito, allo scopo di evitare la preconstituzione di modelli rigidi, che produrrebbero inevitabilmente formule giuridiche fallimentari, una volta applicate alla realtà particolare degli Stati e dei popoli. Così, GIUSEPPE OLIVERO, *La Chiesa e la comunità internazionale*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico. "La Chiesa dopo il Concilio"*, Roma, 14-19 gennaio 1970, I, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 448-449.

<sup>32</sup> Rammenta l'Astorri la posizione dichiaratamente scettica sul futuro dello strumento concordatario sposata da PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Il nodo del Concordato*, in *Nuova Antologia*, 2081, maggio 1974, p. 9, da MARIO CONDORELLI, *Concordati e libertà della Chiesa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, (79) 1968, pp.226-287 e da LUIGI DE LUCA, *Manipolazione dei concetti giuridici*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994. Cfr. ROMEO ASTORRI, *Gli accordi concordatari*

larga schiera di giuristi e da rilievi che le vicende post-conciliari sull'impiego dello strumento pattizio hanno contribuito a confermare<sup>33</sup>.

A poco meno di mezzo secolo dalla celebrazione del grande Concilio ecclesiale, la categoria dei concordati non solo è sopravvissuta a venti ostili, ma ha registrato un inarrestabile arricchimento nelle fonti poste, con l'effetto di segnare una progressiva, e tuttora attiva, estensione della geografia concordataria<sup>34</sup>.

Uno degli indicatori visibili della vitalità dello strumento pattizio è offerto, oltre che dal più evidente elemento quantitativo, dal profilo contenutistico del modello negoziale. Non si allude solo alle dinamiche concordatarie, le quali ci illustrano una fisiologia internazionalistica ben precisa<sup>35</sup>, ma anche al richiamo formale, ormai standardizzato negli accordi più recenti, al diritto

---

*durante il pontificato di Giovanni Paolo II. Verso un nuovo modello?* in QDPE, Il Mulino, Bologna, 1999/1, p.24-25. Accenti scettici si rinvergono anche negli ecclesiastici spagnoli. Per tutti, J. SALAZAR, *El Concilio Vaticano II y los concordatos*, in AA.VV., *La institución concordataria en la actualidad*, Salamanca, 1971, pp. 47 ss.

<sup>33</sup> FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *I Concordati di Paolo VI*, in *Paul VI et la modernité dans l'Eglise. Actes du colloque organisé par l'Ecole française de Rome (Rome, 2-4 juin 1983)*, Roma, 1984, pp.480 ss. Una lettura che riconduce la fortuna concordataria con il dato personalistico del pontificato wojtyliano è proposta da CARLO CARDIA, *Karol Wojtyła. Vittoria e tramonto*, Donzelli, Roma, 1994; SILVIO FERRARI, *Il modello concordatario post-conciliare*, cit., *passim*; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Concordati dell'ultimo mezzo secolo*, in *Ius Ecclesiae*, Giuffrè, Milano, XII, 2000/3, pp. 673 ss.

VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, X ed., Giuffrè, Milano, 1964, pp. 28 ss.: «... possiamo senz'altro dire che i Concordati si debbono ritenere fonti di diritto internazionale cd. volontario e che appartengono alla categoria delle "convenzioni-contratti" speciale e chiuse, nelle quali le parti, portatrici di interessi diversi, si trovano di fronte con volontà di contenuto diverso, che nella convenzione trovano la loro armonizzazione e la loro garanzia giuridica». Cfr. anche GAETANO CATALANO, *Cenni sulle vicende dell'istituto concordatario nell'età contemporanea*, in *I Concordati tra storia e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1992, p. 41; GIUSEPPE OLIVERO, *La Chiesa e la comunità* cit., p.449, a conferma della vitalità dei concordati menziona il *Motu Proprio «De Legationum Muneribus»* le cui indicazioni tratteggiano tra i compiti essenziali della Sede petrina, quello dell'impiego «*de concordatis nec non de conventionibus*» per intavolare relazioni con le autorità civili di vertice; MARIO TEDESCHI, *La parabola dei Concordati*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodologia, cultura nella scienza giuridica*, 7, 2007, pp. 105 ss.

Per una riflessione di sintesi, vedasi anche ROMEO ASTORRI, *Gli accordi concordatari durante il pontificato di Giovanni Paolo II* cit., p. 25.

<sup>34</sup> Sul punto, le osservazioni di Astorri su una preferenza verso gli spazi concordatari «eurocentrici» vanno inevitabilmente aggiornate, solo constatando la novità di alcuni recenti patti siglati dal 2007 in poi. È il caso dell'Accordo-quadro con la Bolivia (20.8.2009) e specialmente, del Concordato con il Brasile (13.11.2008). Ampiamente condivisibile, invece, il rilievo secondo cui: «...sembra tramontare l'idea che lo strumento concordatario sia appannaggio solamente degli Stati *officiallement ou sociologiquement catholiques*». Cfr. ROMEO ASTORRI, *I Concordati di Giovanni Paolo II*, sito web [www.olir.it](http://www.olir.it), marzo 2004, p. 3, con rinvio a JOEL-BENOIT D'ONORIO, *La diplomatie concordataire de Jean Paul II*, in *La diplomatie concordataire de Jean Paul II (Sous la direction de J.-B.D'Onorio)*, Les Editions du Cerf, Paris, 2000, p. 261.

<sup>35</sup> GAETANO CATALANO, *Problematica giuridica dei concordati*, cit.

internazionale come fonte di riferimento generale alla quale ispirarsi nella stipula negoziale e soprattutto nel porre mano ai successivi aggiornamenti, sia in termini di *ius condendum* (diritti umani, etc...) sia sul piano del rispetto del contenuto convenzionale (*pacta sunt servanda, res inter alios acta, clausola rebus sic stantibus*) e degli obblighi reciprocamente assunti dai contraenti.

Si sono precedentemente menzionati i rilievi del Catalano attorno al «diritto spontaneo» quale elemento radicale e connotante dell'*ius concordatarium*<sup>36</sup>.

Ad anni di distanza, quelle osservazioni manifestano la loro attualità se confrontate con l'attuale panorama convenzionale intessuto dalla Chiesa cattolica e, segnatamente, con le categorie giuridico-concettuali abbracciate o rielaborate dello strumento pattizio (libertà religiosa; cooperazione e reciprocità; diritti umani fondamentali; diritto internazionale cogente; funzione co-primaria delegata nell'attività negoziale di attuazione secondaria attribuita alle Conferenze episcopali).

Una puntuale rassegna comparata degli accordi conclusi dall'incessante azione diplomatica della Santa Sede nell'arco di un trentennio permetterà di meglio fondare questa prima traccia di indagine<sup>37</sup>. Si tratta di una porzione temporale che funge da cerniera logica non solo tra più pontificati, ma anche tra modelli concordatari, i quali si sono gradualmente disposti lungo le coordinate del diritto internazionale per il riconoscimento della libertà religiosa, quale parametro cardine attraverso il quale, ed in dipendenza del quale, i concordati del post-concilio, volta per volta, sperimentavano innovative strutture organizzative con gli Stati (principio di cooperazione e di reciprocità); colmavano di attributi giuridici la libertà religiosa (inserendola a pieno titolo nella categoria dei diritti umani fondamentali); elaboravano nuove formule di rapporti - con inevitabili riflessi nella stessa compagine gerarchica della Chiesa - vertice-base con gli Stati e le corrispondenti autorità civili (promozione di un rapporto di mutua collaborazione pattizia tra Romano Pontefice - Nunzio - Conferenze episcopali nazionali)<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> GAETANO CATALANO, *Problematica giuridica dei concordati*, cit., p. 130

<sup>37</sup> JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, LEV, Città del Vaticano, 1999; IDEM, *I Concordati del Duemila*, LEV, Città del Vaticano, 2001. Cfr. anche *l'Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato*, EDB, Bologna, 2003.

<sup>38</sup> Il *corpus* dei concordati esaminati ha come ideale punto d'origine il complesso concordatario spagnolo (1976 e 1979) e tralascia dall'indagine il gruppo di concordati stipulati nel periodo post-conciliare lungo il pontificato giovanneo-paolino. Su tale periodo storico, cfr. GAETANO CATALANO, *Cenni sulle vicende dell'istituto concordatario* cit., pp. 23-44.

a) *rinvio agli insegnamenti conciliari*

L'aspirazione concordataria a confermare un profilo internazionalistico ha un preciso indicatore nel richiamo testuale e nell'identificazione che viene conseguentemente operata -quasi sempre esponendolo nei preamboli negoziali- alla dottrina del Concilio Ecumenico Vaticano II<sup>39</sup>. Il richiamo all'insegnamento conciliare è assai spesso assunto anche nelle convenzioni concordatarie tematiche su singole materie. In questa ipotesi il riferimento esplicito è talvolta formulato su specifici documenti del Concilio<sup>40</sup>.

In altri casi gli accordi tematici operano un richiamo generale al Concilio Vaticano II, ricollegandone il significato o con i principi vigenti nell'organizzazione internazionale o con i diritti fondamentali dell'uomo<sup>41</sup>. Talvolta il rinvio è generico<sup>42</sup> o ricondotto a generalizzanti valori educativi<sup>43</sup>. In altri casi, che poi rappresentano il miglior argomento a favore della tesi concordatarista sostenuta dal grande pensiero giovanneo-paolino, il riferimento testuale al Concilio Vaticano II è collegato strettamente al principio di mutua cooperazione<sup>44</sup>, o collaborazione<sup>45</sup> o al principio di distinzione dei due ordini<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> Preambolo del Concordato con la Spagna (28.7.1976) «Considerando che il Concilio Vaticano II...ha affermato la libertà religiosa come diritto della persona umana che deve essere riconosciuto nell'ordinamento giuridico della società»; Preambolo agli Accordi di revisione del Concordato con l'Italia (18.2.1984); Accordo-quadro con il Gabon (12.12.1997). Per quest'ultimo patto, vedasi RAFAEL PALOMINO, *L'Accordo-quadro del 1997 tra la S.Sede e la Repubblica del Gabon*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1991/I, pp.81 ss.

<sup>40</sup> *Conventio* di Haiti sulle nomine dei Vescovi (8.8.1984), con rinvio alla «*Christus Dominus*», §20; Accordo con la Croazia, di collaborazione in campo educativo e culturale (19.12.1996) che richiama la «*Gravissimus educationis*»; analogo rinvio è nell'Accordo con la Lituania, di cooperazione sull'educazione e la cultura (5.5.2000). Vedasi LAMBERTO DE ECHEVERRIA, *El Acuerdo para la modificación del Concordato con Haiti, Texto y comentario*, in *Rev. Española de Derecho Canónico*, 1985, pp.159 ss.

<sup>41</sup> Per il primo caso, cfr. Accordo con Malta (28.11.1991) sulle scuole cattoliche; per il secondo caso, l'Accordo con Malta (3.2.1993) sul riconoscimento degli effetti civili ai matrimoni canonici e alle relative decisioni dei tribunali ecclesiastici.

<sup>42</sup> Accordo con la Croazia (9.10.1998) su questioni economiche; Accordo con Malta (28.11.1991) sui beni immobili ecclesiastici.

<sup>43</sup> Accordo con Malta (16.11.1989) sulla situazione ed educazione cattolica nelle scuole statali, che si esprime in termini di «...valore educativo globale della persona umana».

<sup>44</sup> Accordo fondamentale con la Bosnia-Erzegovina (25.10.2007), che parla di «...*mutual cooperation*» (art.1); Accordo con la Lituania (5.5.2000), su aspetti giuridici delle reciproche relazioni. Per l'Accordo bosniaco, vedasi GERMANA CAROBENE, *Il Basic Agreement tra la Santa Sede e la Bosnia-Erzegovina nel quadro delle dinamiche concordatarie post-comuniste*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), settembre 2008, *passim*; T. VUKŠI, *Firmato l'Accordo di base tra Santa Sede e Bosnia ed Erzegovina*, in *L'Osservatore Romano*, 12 maggio 2006, p. 3.

<sup>45</sup> Accordo con la Croazia (19.12.1996) su questioni giuridiche.

<sup>46</sup> Preambolo al Concordato con la Repubblica Federativa del Brasile (2008) per il quale: «*As Altas Partes Contratantes são cada uma na própria ordem, autonomas, independentes e soberanas e cooperam...*». Interessanti spunti sul tema della politica ecclesiastica tradizionalmente laicista del

Nel caso dell'Accordo con la Repubblica Ceca sul regolamento dei rapporti reciproci (25.7.2002) il riallaccio in Preambolo ai documenti dottrinali del Vaticano II, legato alla «...salvaguardia dei valori spirituali, culturali e umani ...diritti naturali...diritto internazionale», rappresenta un *unicum* non solo per la menzione di una categoria giuridico-filosofica – i diritti naturali – ritenuta «scomoda», o stigmatizzata in radice dalla dogmatica giuridica razionalista, ma per l'inserimento della prospettiva magisteriale confessionale nel quadro dei più generali valori democratici sui quali il diritto internazionale e quello comunitario fanno affidamento per consolidare un progetto accomunante di un'Europa continentale della cultura e del pluralismo<sup>47</sup>.

In questa prospettiva neppure possono sottacersi i risultati diplomatici raggiunti dalla Santa Sede – e da Wojtyła – con la stipula dell'accordo di base con l'OLP (15.2.2000) e dell'Accordo di cooperazione con l'OUA (19.10.2000). Il patto di gran lunga più significativo, sotto questa luce, sembra tuttavia potersi individuare nell'Accordo fondamentale con Israele, in considerazione tanto della specialità dello Stato firmatario, tanto della circostanza pattizia (il primo accordo storico tra i due soggetti, inteso a «normalizzare» i reciproci rapporti di relazione), tanto dal puntuale richiamo alla «*Dignitatis humanae*», affiancata ai testi sacri del diritto internazionale umanitario (Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo), per modo che l'insegnamento conciliare, oltre che un significato precettivo, assume anche un valore di concreta attuazione in sede sovranazionale dei principi reggenti la libertà religiosa<sup>48</sup>.

### *b) enunciazione del valore universale della libertà religiosa*

Il richiamo esplicito alla «libertà religiosa» sganciata da ulteriori qualificazioni (il riferimento attributivo alla Chiesa cattolica) come garanzia preliminare e presupposto imprescindibile a fondamento dell'intero edificio pattizio, appare una conseguenza dell'insegnamento conciliare.

Nella terminologia concordataria la formula «libertà religiosa» che nei concordati del primo dopoguerra aveva il referente più prossimo, e non per questo il meglio assimilabile, nella perifrasi «condizione della Religione e

---

Brasile e le aperture alla libertà religiosa, sono in LIDYANE MARIA FERRIERA DE SOUZA, *Direito Eclesiástico no Brasil? Uma sugestão*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2008, *passim*.

<sup>47</sup> Si noti che «...la Repubblica Ceca riconosce la dottrina del Concilio Vaticano II» (art.5.2).

<sup>48</sup> Accordo fondamentale sui rapporti diplomatici con Israele (30.12.1993) per il quale: «La Santa Sede richiamando la libertà religiosa ex Concilio Vaticano II, «*Dignitatis humanae*», rinvia alla DUDU e altri atti internazionali» (art.1 §2). Cfr. SILVIO FERRARI, *L'Accordo Fondamentale tra la S. Sede e Israele e le convenzioni post-conciliari tra Chiesa e Stati*, in AA.Vv., *Winfried Schulz in memoriam*, I, Frankfurt, 1999, pp.249-268.



della Chiesa»<sup>49</sup>, sottolinea la propria modernità e armonizzazione con il diritto internazionale sulla libertà dell'uomo<sup>50</sup>.

La libertà religiosa alla quale si rinvia con formula di sintesi<sup>51</sup> o con variabili<sup>52</sup> assume così un valore di parametro stabile ed è più agevolmente riconducibile al diritto internazionale in quanto neutralizzata nel suo portato confessionista qualificatorio, per acquisire una valenza comprensiva, includente, capace di rielaborare il valore della fede in un principio universale.

*c) principio di collaborazione e reciprocità nel quadro del presupposto principio di autonomia e indipendenza*

Un ulteriore rilevante aspetto dei concordati del post-concilio è nell'emersione sempre più decisa del duplice principio dell'indipendenza e autonomia delle due sfere di ordini e del principio di cooperazione e reciprocità. I due profili, che appaiono come due aspetti di una medesima inscindibile dimensione nei rapporti interstatali, si legano funzionalmente giacché nella attuale logica

---

<sup>49</sup> AMEDEO GIANNINI, *I Concordati postbellici*, Voll. I-II, Milano, 1929 e 1936. Per il Concordato col Regno d'Italia (1929), p.91 ss.; per il Concordato bavarese (1924), secondo il quale il fondamento pattizio sta nel: «...libero e pubblico esercizio della religione» (art.1 §1), cfr. p. 84; per il Concordato Lettone (1922), p. 51; per il Concordato Lituano (1927) «...la situation de l'Eglise Catholique en Lithuanie...», p. 223; per il Concordato con la Prussia (1929) «...la situazione giuridica della Chiesa cattolica in Prussia...», cfr. vol. II, p. 152; per il Concordato con il Baden (1932) «...i rapporti fra la Chiesa cattolica...e lo Stato del Baden», p. 234; per il Concordato con l'Austria (1933) «...la situazione giuridica della Chiesa cattolica con l'Austria», p. 304; per il Concordato con la Germania (1933) «...volendo regolare i rapporti tra la Chiesa cattolica e lo Stato per tutto il territorio del Reich Germanico...», p. 410.

<sup>50</sup> Avverte Cardia che in quei concordati è la reazione della Chiesa all'avanzare del separatismo illuminista, che aveva condizionato grandemente la politica ecclesiastica ottocentesca nel cuore dell'Europa. Una difformità di vedute che è alla base del confronto tra teoriche a sostegno o disfavore dell'istituto concordatario. CARLO CARDIA, *La riforma del Concordato*, Einaudi, Torino, 1980, p.45.

<sup>51</sup> Cfr. art.2, Concordato con il Brasile (13.11.2008); Accordi di revisione d'Italia (18.2.1984); art.4, Concordato con la Lettonia (8.11.2000).

<sup>52</sup> Cfr. Concordato con il Principato di Andorra (17.3.2008) «...libertà religiosa e di culto»; Concordato con il Portogallo (2004) «...libertà religiosa...al servizio di...»; Accordo con la Croazia su questioni giuridiche (1996) «libertà di coscienza»; Accordo per scambio di note diplomatiche con l'Estonia, sullo stato giuridico della Chiesa (23.12.1998) «libertà di professare e praticare la religione...».

Commenti al Concordato andorrano sono in JORGE ROBINAT, *Nota a SEGRETERIA DI STATO, Accordo tra la Sede ed il Principato di Andorra (17 marzo 2008)*, in *Ius Ecclesiae*, XX, Serra ed., Pisa-Roma, 2008/3, pp. 652-656; per il Concordato lusitano del 2004, FABIO VECCHI, *Rilievi sulla persistenza dei principi iuris ventium (pacta sunt servanda e rebus sic stantibus) nel Concordato portoghese del 18 maggio 2004 e nella legislazione ecclesiastica nazionale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, CXVI, Giuffrè, Milano, 2005/1, pp. 384-405. Ampi approfondimenti sono inoltre tracciati in AA.VV., *Estudos sobre a nova Concordata S.Sé-Republica Portuguesa, 18 de Maio de 2004 (Actas das XIII Jornadas de Direito Canónico, 4-6 de Abril de 2005)*, a cura di MANOEL SATURINO DA COSTA GOMES).

patizia la collaborazione tra le due autorità non è ipotizzabile al di fuori di un reciproco riconoscimento di ordini statuali distinti e sovrani.

L'osservazione, che non è poi così scontata come potrebbe apparire, ha necessitato di uno sviluppo dottrinale giuridico e magisteriale lungo la gran parte del Novecento, segnatamente per la formula di «indipendenza e sovranità dei due ordini»<sup>53</sup>, mentre esprime il suo pieno dinamismo negli attuali concordati, per il profilo, più recente, della collaborazione e cooperazione, volto con accenti sempre più netti all'affermazione formale della reciprocità negli impegni negoziali.

Il nesso tra i due principi appare negli Accordi di Revisione del Concordato Lateranense (1984) che proclama il modello dei rapporti come: «...ciascuno nel proprio ordine indipendente e sovrano» e riafferma la «reciproca collaborazione» in vista del comune scopo della «promozione dell'uomo» (art. 1)<sup>54</sup>.

Talvolta la natura collaborativa internazionale che muove il negoziato viene elevata ad elemento qualificatorio esponenziale<sup>55</sup>, eventualmente armonizzato con il fine del progresso dell'umanità<sup>56</sup>; talvolta, assolve a fattore propositivo della dinamica dei generali rapporti giuridici tra i contraenti<sup>57</sup>.

La riaffermazione del principio di distinzione (l'autonomia e indipendenza dei due ordini) risponde a portati storici nelle tradizionali relazioni Stato-Chiesa, che non sono necessariamente riconducibili al modello negoziale italiano<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Per i rilievi sulle supposte simmetrie rinvenibili in tema dei due «ordini» nell'art.7, co. 1 della Cost. italiana, cfr. GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1968, spec. pp. 11 ss.

<sup>54</sup> Già precedentemente, tuttavia, l'art.I del Concordato con il Perù (19.7.1980) enunciava il principio di «*colaboración*». Su tale Accordo, PIETRO TOCANEL, *Premesse agli Accordi del 1980 tra la S.Sede e la Repubblica del Perù*, in *Apollinaris*, PUL, Roma, 1981, pp.183 ss.; CARLOS OVIEDO CAVADA, *Acuerdo entre la S.Sede y el Perù*, in *Teologia y Vida*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, pp. 169 ss.

<sup>55</sup> Cfr. Accordo di cooperazione con la Lituania (2000) in materia di educazione e cultura.

<sup>56</sup> Cfr. il Preambolo all'Accordo di cooperazione con l'OUA (19.10.2000), nel quale si insiste sul principio di cooperazione internazionale, in base alla Carta delle Nazioni Unite e alla DUDU, cosicché il menzionato principio ispira «l'attività di consultazione (anche) sui... diritti dell'uomo» (art.1); analoghi rilievi per l'Accordo generale con il Kazakhstan (24.9.1998) che si esprime in termini di: «*cooperation for the good of people*» (art.1); così pure l'Accordo fondamentale con Israele (1993) che rafforza il principio di collaborazione legandolo al magistero del Concilio (art. 3).

<sup>57</sup> Cfr. art.1.2 dell'Accordo con la Lituania (2000) su aspetti giuridici delle relazioni.

<sup>58</sup> Cfr. art.1 dell'Accordo di base con la Slovacchia (24.11.2000) che rinvia al diritto internazionale ai fini di garanzia del principio di autonomia e indipendenza reciproca; il Concordato con il Portogallo (2004) proclama relazioni all'insegna: «...ciascuno nel proprio ordine autonomo e indipendente»; l'art.1 dell'Accordo-quadro con il Gabon enuncia il principio di «indipendenza e autonomia». Per ulteriori ragguagli sull'accordo slovacco, TIBOR HAJDU, *L'Accordo Base tra la S.Sede e la Repubblica Slovacca*, in *Ius Ecclesiae*, Giuffrè, Milano, 2001/2, pp. 513-517.

*d) rinvio esplicito agli strumenti del diritto internazionale e comunitario*

L'evento recente più significativo dell'approssimarsi dei concordati al terreno dell'*ius gentium* è nel rinvio esplicito – e così frequente da essere divenuto irrinunciabile – agli strumenti giuridici internazionali intesi come *corpus* ispiratore dei sottostanti principi, ai quali le Parti subordinano il proprio consenso, ed inteso quale fattore atto a rafforzare ulteriormente il carattere vincolante degli impegni presi e della coerenza verso le future garanzie da apprestare alla libertà religiosa, in attuazione dei principi primi predisposti dagli «Accordi-quadro».

L'aperta menzione di istituti e di fonti del diritto internazionale, sia nei Preamboli pattizi, quanto nel tessuto normativo, compare sia negli accordi di respiro generale<sup>59</sup> (volti alla istituzionalizzazione, revisione o «normalizzazione» delle relazioni di vertice), talvolta con una presenza diffusiva nel testo negoziale<sup>60</sup>, sia nei patti settoriali, intesi alla disciplina di dettaglio e di attuazione regolamentativa delle materie singole<sup>61</sup>.

Nei più recenti patti concordatari la menzione del diritto internazionale rinvia alle fonti in dettaglio<sup>62</sup> con una tendenza a integrarvi anche il diritto

---

<sup>59</sup> In tal senso, il Concordato con il Brasile (2008), che riafferma la sua «*adesão ao princípio internacionalmente reconhecido, de liberdade religiosa*» (Preambolo) e l'armonia con le «*regras internacionais*» (art. 1); l'Accordo con la Croazia (19.12.1996) su questioni giuridiche predispone un richiamo a «*principi internazionalmente riconosciuti sulla libertà religiosa*»; di «*strumenti giuridici internazionali*» parla l'Accordo con la Lituania (2000) sugli aspetti giuridici delle relazioni; il Preambolo all'accordo di base della Slovacchia (2000) richiama i principi del «*diritto internazionale*» per garantire la libertà religiosa; l'Accordo con la Repubblica Ceca sul regolamento dei rapporti reciproci (2002) che ispira sia il principio di reciprocità, sia la libertà religiosa alle regole del diritto internazionale (art. 1) e agli «*atti internazionali*» (art. 4); l'Accordo generale con il Kazakhstan (1998) si orienta a regole «*... acknowledging their adherence to the norms of international law*». Nell'Accordo-quadro con il Gabon (1997) il richiamo è ai: «*principi riconosciuti a livello internazionale sulla libertà religiosa*».

<sup>60</sup> È il caso del Concordato con la Lettonia (8.11.2000) che oltre al richiamo alle «*convenzioni internazionali*», fa un ampio impiego di tale rinvio nel menzionare la legge internazionale circa la disciplina dei beni culturali (art. 22.1); nel menzionare i trattati internazionali, relativamente alla disciplina sull'insegnamento della religione (art. 14); nel richiamo agli accordi internazionali, in ordine alle misure per la garanzia della libertà religiosa (art. 4).

<sup>61</sup> Cfr. Accordo con la Spagna (3.1.1979) in materia di insegnamento e questioni culturali, nel quale si corrobora il rispetto degli impegni presi affermando il «*diritto fondamentale all'educazione religiosa e (che lo Stato) ... ha sottoscritto patti internazionali*». Il successivo Accordo con la Spagna (24.11.1994) su questioni di comune interesse in Terra Santa, lega la «*vigenza dell'Accordo secondo le regole dei trattati internazionali*» (art. 12).

<sup>62</sup> È il caso dell'Accordo fondamentale con Israele, secondo cui: «*lo Stato di Israele si impegna... al diritto umano alla libertà religiosa e di coscienza in base alla DUDU e altri atti internazionali...*» (art. 1, §1).

Per l'Accordo di base con l'OLP (15.2.2000) su questioni giuridiche regolanti presenza e attività della Chiesa cattolica nei territori sotto l'autorità Palestinese (Luoghi Santi), il richiamo a specifiche fonti internazionali risponde, evidentemente, a fondate ragioni di ordine politico. L'importanza

comunitario europeo<sup>63</sup>. In taluni concordati il richiamo al diritto superstatale è implicito ma comunque ricavabile dal riferimento alle categorie concettuali d'uso stabile e consueto in quella sede giuridica, a cominciare dai «diritti e valori umani fondamentali»<sup>64</sup> o da categorie più marcatamente politiche<sup>65</sup>.

In taluni accordi il rinvio al diritto internazionale rafforza il diritto alla libertà della formazione educativa religiosa, collegato quest'ultimo alle categorie, richiamata con notevole prudenza dalla Chiesa, della libertà di coscienza<sup>66</sup>; mentre nell'Accordo fondamentale con la Bosnia-Erzegovina

---

strategica di tale rinvio appare evidente anche per l'inserimento diffuso delle clausole internazionali sia nel Preambolo (che rinvia al diritto internazionale in tre differenti opzioni: «sicurezza e pace dei popoli»; soluzione sulla «Questione di Gerusalemme»; «Statuto speciale per Gerusalemme»), sia nel corpo dispositivo degli articoli (rinvio alla Convenzione sui DUDU e agli strumenti di diritto internazionale «per confermare il principio di reciprocità tra OLP e Santa Sede» (ex art.1, §I e art.1, §II).

Vedasi anche DAVID MARIA A. JAEGER, *L'Accordo di base tra la Santa Sede l'OLP*, in *L'Osservatore Romano*, 16 febbraio 2000, p. 9 (e commento EIUDEM, in *Ius Ecclesiae*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 260-269); PAOLO FERRARI DA PASSANO, *L'Accordo tra La S.Sede e l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in *La Civiltà Cattolica*, Roma, 2000, pp. 364-371.

<sup>63</sup> Cfr. la *Conventio* con la Francia (18.12.2008) sul riconoscimento di gradi e diplomi nell'insegnamento superiore, nella quale si legge che le Parti riaffermano il reciproco impegno «...dans le cadre du "Processus de Bologne" de participer pleinement à la construction de l'espace européen...dans la région européenne, signée à Lisbonne le 11 avril 1997», in AAS, (101), Typis Vaticanis, CdV, 2009/I, pp.59 ss.; analogo rilievo nel Preambolo al Concordato con il Portogallo (2004) che configura un impianto di relazioni «Aperto a norme di diritto comunitario e del diritto internazionale contemporaneo».

<sup>64</sup> Cfr. l'art.12.3 dell'Accordo con la Croazia (1996) di collaborazione in campo educativo e culturale, che si richiama ai «valori umani fondamentali»; il Concordato con la Polonia (28.7.1993) che con ampia perifrasi abbraccia il diritto, le istituzioni e l'esperienza storica recente di un'intera nazione: «...guidati dai suddetti valori e dai principi comuni di diritto internazionale, nonché...dal rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...». Sul Concordato polacco esiste una cospicua letteratura. Per tutti, BRIGITTE BASDEVANT GAUDEMET-P.DURAND, *Renouveau du droit concordataire? Le projet du concordat polonais de 1993*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*. Le Supplément n.199, (dicembre 1996), pp. 7 ss.

Allo «...sviluppo della dignità umana...rafforzando il rispetto per la libertà e i diritti fondamentali» allude l'art.XI, sull'insegnamento della religione, dell'Accordo con Andorra (17.3.2008).

<sup>65</sup> Cfr. l'Accordo di Revisione concordataria con l'Italia (1984) che menziona le regole desunte dalla «comunità politica», e il 3° punto del Preambolo all'Accordo di normalizzazione con l'Ungheria (9.2.1990), che espone l'esigenza di un patto «...a seguito della profonda evoluzione politica e sociale prodotta in Ungheria» per «le questioni riguardanti la Chiesa». Sul complesso pattizio ungherese (1990-1994-1997), cfr. PETER ERDÖ, *Accords bilatéraux entre le Saint Sièges et la Hongrie*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*. (Le Supplément, 199. decembre 1996). *Quand le Saint Sièges signe des concordats*, pp. 121 ss; EIUDEM, *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica d'Ungheria*, in *Anuario de Derecho Canonico del Estado*, Universidad Complutense, Madrid, XIV, 1998, pp. 721-728.

<sup>66</sup> Così, il Preambolo all'Accordo con la Lituania (2000) di cooperazione nell'educazione e cultura, che indica una «libertà di coscienza e di religione sulla base dei principi «riconosciuti e proclamati dalla comunità internazionale»; sotto variante di formule, l'Accordo economico-tributario con l'Albania (31.12.2007) afferma il richiamo ai «principi internazionalmente riconosciuti della libertà di coscienza e di religione». Sul punto, AAS (99), 2007/III, pp. 194 ss.

il citato rinvio è impiegato a rafforzare il principio di distinzione dei due ordinamenti statuali<sup>67</sup>.

6. *Capacità di adattamento dei concordati. Trasformazione del modello giuridico pattizio: nei contenuti e nelle formule terminologiche. Dal tradizionale privilegium alla leadership in difesa dei diritti umani*

Il panorama concordatario ora esaminato conferma che la vitalità dei concordati non è un fatto transitorio e casuale e tanto meno un fenomeno senza futuro<sup>68</sup>. Questa capacità di resistere, o meglio, di adeguarsi alle mutevolezze del tempo, semmai, esprime una continuità funzionale al dato storico e politico ed una capacità di adattamento come caratteristica intrinseca<sup>69</sup>. Sicché anche il discutere di una trasformazione sostanziale del modello giuridico pattizio richiede prudenza alla luce della natura peculiarissima di tale fonte giuridica e dello speciale ascendente consuetudinario nella cui scia tanto peso esercita il fattore della spontaneità della produzione normativa.

E davvero discutere di attitudine all' «adattamento» degli accordi concordatari coglie ulteriori, più profonde sfumature. Si vuole dire che il concordato, al pari di ogni trattato internazionale – e in grado maggiore per i contenuti che intende tradurre in regole condivise –, è in armonia totale con la vicenda storica e politica nella quale si inserisce cosicché i rilievi tecnici che su di esso vanno compiuti si informano necessariamente ad un criterio di contingenze e di storicità vivente<sup>70</sup>.

Di ciò si coglie ampiamente il senso dalla lettura testuale, sia perché la standardizzazione degli impianti<sup>71</sup> non contraddice affatto alla variabile

---

<sup>67</sup> Cfr. Accordo fondamentale con la Bosnia-Erzegovina (25.10.2007), per il quale: «*Respecting internationally recognized principles concerning the distinction between religion and the State and concerning freedom of religion*». V. AAS (99), 2007/, pp. 939 ss.

<sup>68</sup> GAETANO CATALANO, *Cenni sulle vicende dell'istituto concordatario* cit., p. 41.

<sup>69</sup> Tale continuità si rinviene anche nell'attitudine della Sede apostolica a calcare terreni sperimentali, e stipulare parallelamente alla tradizionale dimensione bilaterale dei concordati, patti anche nel più complesso *iter* negoziale degli atti multilaterali. Evenienza, questa, a dimostrazione della tendenza della Santa Sede ad interagire nel diritto internazionale e a coesistere ed allacciare rapporti viventi sul piano del diritto consuetudinario. Così, VINCENZO BUONOMO, *La Santa Sede e i Concordati nella prospettiva dell'esperienza europea*, cit., p. 25.

Quanto alle tematiche dei concordati post-conciliari, la continuità del modello nei contenuti è data dalla presenza di un «nucleo tematico comune» avverte GIOVANNA GIOVETTI, *L'assistenza religiosa* cit., p. 2.

<sup>70</sup> ROMEO ASTORRI, *I Concordati di Giovanni Paolo II*, cit., p. 6.

<sup>71</sup> Sulla standardizzazione criteriologica e i principi di base dei concordati, cfr. GERMANA CAROBENE,

impostazione concordata delle materie<sup>72</sup>, sia perché i parametri internazionali che ho precedentemente circoscritto (principio di autonomia ed indipendenza e di collaborazione e reciprocità) si delineano con formule assai temperate e collimanti con i governi e le popolazioni destinatarie del patto. E certamente, quella vitale continuità, pur nell'evoluzione del modello pattizio, quanto a forme e contenuti, trova notevoli spunti nell'impiego mutevole di quel dispensario di concetti giuridici e di formule tecniche che descrivono la «materia religiosa» le quali hanno senza dubbio risentito degli eventi di una storia politica comune<sup>73</sup>. In tal senso è oggi possibile relativizzare la valenza dell'amplissima formula descrittiva adottata in dottrina, delle «*res mixtae*»<sup>74</sup>, né più né meno delle cautele giuridiche con le quali i testi concordatari impiegano i concetti di «sovranità» e di «laicità»<sup>75</sup> per circoscrivere gli spazi che la diplomazia dei negoziati concede al variabile interlocutore della Sede Apostolica.

Ciò perché al di là di ogni rilievo, è irragionevole ritenere che la Chiesa, nel proclamare l'equipollenza operativa – e di *status* – dei reciproci rapporti all'insegna dei diritti umani, abbia rinunciato *in toto* al riconoscimento di soluzioni privilegiate, per quanto residuali, come nel caso dei temi economico-fiscali<sup>76</sup>, o nella disciplina scolastica o nelle garanzie da apprestare alla presenza

---

*Il Basic Agreement tra la Santa Sede e la Bosnia-Erzegovina* cit., p. 15.

<sup>72</sup> Sul punto, valgano gli approfondimenti con richiamo alla delicata questione delle nomine episcopali e le note antropologiche svolte da SILVIO FERRARI, *Il modello concordatario post-conciliare*, cit., p. 8.

Le nomine dei vescovi rappresentano una vera cartina tornasole del grado di reale democrazia professata da un governo. Da ultimo, si veda la questione, tuttora aperta, della nomina governativa dei vescovi della Chiesa Nazionale cinese, in dispregio della disciplina canonica e la politica pragmatica di tollerante *laissez-faire* vaticana, in ANGELO S. LAZZAROTTO, *La Cina di Mao processa la Chiesa. I missionari del PIME nel Henan 1938-1945*, ed. Missionaria Italiana, Bologna, 2008, pp. 153 e 424 ss.

<sup>73</sup> La dottrina ravvisa concordemente l'abbandono di questioni un tempo centrali, come la nomina dei vescovi o l'esecuzione nell'ordinamento secolare delle sentenze ecclesiastiche. Il che è indice di quella vitalità interna al tessuto concordatario, in grado di sostituire ed eliminare i capitoli tematici o i principi orientativi ormai caducati dalla storia. Sul punto, VINCENZO BUONOMO, *La Santa Sede e i Concordati*, cit., p. 45.

<sup>74</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., pp. 613 ss., con rinvio a JIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Los Concordatos en la actualidad*, in AA.VV., *Derecho Canonico*, Vol.II, Pamplona, 1994, p.366, che avanza ragionevoli riserve sulla capienza del termine «*res mixtae*».

<sup>75</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., p. 630, per il quale, il contenuto autentico della «sovranità» con il quale si suole far convergere l'idea di «laicità», può stabilirsi unicamente in virtù di una corretta visione giuridica dei diritti della persona e delle libertà ed «in corrispondenza alle esigenze» di questi.

<sup>76</sup> MICHELE AINIS, *Chiesa padrona, un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Garzanti, Milano, 2009.

del fattore religioso nella dimensione sociale ed istituzionale pubblica, anche delle cd. «comunità separate»<sup>77</sup>.

Del resto questa lettura sembra cogliere puntuali nessi nella politica di affermazione confessionale sprigionata dal concordato in rapporto alle fonti pattizie che con recente ingresso, regolamentano le confessioni di minoranza in Italia<sup>78</sup>. Certamente, il richiamo sempre maggiore a clausole ideali nate dalla fucina illuminista e razionalista come prassi politica della Santa Sede intendono guadagnare nuova legittimazione in ordine diplomatico, ma non si può sottacere il grande significato positivo esercitato dalla proclamazione formale di tali istanze nel consesso internazionale. Si è già segnalato il frequente rinvio alle clausole di libertà religiosa, reciprocità, cooperazione, armonica distinzione degli ordini<sup>79</sup>. Siffatti richiami esprimono una notevole elasticità solo constatando la congiunzione tra due elementi (indipendenza e collaborazione reciproca) naturalmente votati a contrapposizione<sup>80</sup> e una biunivocità comprensiva di contenuti e, dato che l'evoluzione dei patti attiene anche alle forme concettuali, di terminologia.

Non sarà difficile, inoltre, osservare che la flessibilità concordataria in ordine alle «materie di comune interesse» fa sì che lo spostamento dell'angolo visuale di quegli interessi si orienti sempre più verso categorie giuridiche concettuali di pronunciata natura internazionale (pace, disarmo, sviluppo

---

Il vasto sommario di concordati precedentemente citati registra con frequenza la richiesta di riserve di ordine economico in favore della Chiesa.

<sup>77</sup> CARLO CARDIA, *La riforma del Concordato*, cit., p. 74 ss. che registra l'emersione di tendenze corporative in alcuni concordati postconciliari, in rapporto all'avvenuto «riconoscimento della socialità, come carattere immanente dell'esperienza religiosa». Sul tema, le note critiche al Concordato italiano di MARIO TEDESCHI, *Attualità e caducità del Concordato*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 2004/1, pp.73 ss. Bene puntualizza Feliciani, commentando la «*Gaudium et Spes*», che l'aver la Chiesa annullato la propria «...speranza nei privilegi offerti dalla società civile» giungendo persino alla rinuncia, non inficia minimamente il principio dottrinale di fondo secondo cui questa, qualora vi colga un utile agli scopi di missione, «possa legittimamente acquisire privilegi dall'autorità civile e liberamente servirsene». Cfr. GIORGIO FELICIANI, *Il Concilio non è la tomba dei concordati*, cit. p. 5.

<sup>78</sup> Sul punto, critiche sulla reale valenza democratica dei concordati, sono avanzate da VALERIO TOZZI, *Quale regime per i rapporti Stato-Chiese in Italia?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2005/2, pp. 529 ss.; IDEM, *C'è una politica ecclesiastica dei Governi. E la dottrina?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), febbraio 2007, p. 7 e in AA.VV., *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 149 ss.

<sup>79</sup> In queste clausole generali è dato cogliere i capisaldi che hanno ridefinito «...a partire dal Concilio Vaticano II...i principi che ispirano i rapporti tra la Chiesa e la comunità politica» osserva JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., p. 629.

<sup>80</sup> Notazioni sul binomio indipendenza-collaborazione sono in SILVIO FERRARI, *Il modello concordatario* cit., pp. 1 e 5 il quale individua nei concordati postconciliari (spec. Accordo con il Kazakhstan (1998); con l'OLP (2000) e con l'Albania (2002) non solo differenti traduzioni pattizie, ma anche modalità che indicano evidenti progressi.

economico, la questione degli immigrati e la politica della salute e le implicazioni scientifiche e morali, i diritti umani culturali): materie che implicano contemporaneamente una necessaria presenza della Chiesa nell'ambito organizzativo del diritto degli Stati<sup>81</sup> ed un impiego di concetti e formule giuridiche adeguati e radicalmente nuovo<sup>82</sup>.

Da questi rilievi si può desumere ancora che nel proclamare la tutela delle categorie giuridiche onnicomprensive sui diritti dell'uomo e nell'insistere sull'attributo della loro natura fondamentale, la Santa Sede tende ad un allargamento ulteriore della sfera di competenze per materia, in senso privilegiario.

Si tratta non più della tradizionale posizione di privilegi soggettivi, personalistici o patrimoniali, ma di un rafforzamento indiretto della posizione primaziale, d'ordine politico-diplomatico che ha i suoi prodromi nella «*debellatio pontificia*» per giungere a perfezionamento con, e dopo, la stesura dei Patti Lateranensi e maturare in una vera *leadership* politica dalla quale ricavare l'ascolto autorevole, in quanto voce morale, da parte della comunità politica internazionale degli Stati<sup>83</sup>. Da tali evenienze si colgono gli spunti di una prassi non molto distante da quella che, in un passato ancora recente, permetteva alla Sede petrina di ergersi, incontestata, a ruolo *super partes*, nella funzione arbitrale di dirimere «*pro pace reformanda*» questioni che poco dividevano con la tutela della «*ecclesiastica libertas*», salvo tuttavia potersi ricondurre ad un ideale di pacificante concordia tra regnanti e genti, sotto il vessillo della croce di Cristo<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Sul punto, offre un esauriente elenco di trattati e Convenzioni internazionali alle quali la Sede Apostolica del post-concilio ha aderito incondizionatamente, GIOVANNI LAJOLO, *La Diplomazia Concordataria della Santa Sede* cit.

<sup>82</sup> In tal senso, segnala un «polimorfismo» terminologico negli accordi concordatari tanto diffuso da non potersi ritenere «una questione italiana», ROMEO ASTORRI, *I Concordati di Giovanni Paolo II*, cit., p. 9. Analogamente, GIUSEPPE OLIVERO, *La Chiesa e la comunità* cit., p. 450.

<sup>83</sup> Atteggiamenti utilitaristici che hanno disatteso gli scopi originari del concordato nell'esperienza italiana, sono esposti da MARIO TEDESCHI, *Attualità e caducità del Concordato* cit., pp. 73 ss.

<sup>84</sup> Cfr. GAETANO CATALANO, *Arbitrato pontificio*, in *Scritti Minori*, I, *Scritti storici* (a cura di M. TEDESCHI), Rubbettino ed., Soveria Mannelli, 2003, p. 241 ss. Per maggiori approfondimenti storico-documentali, JOHN EPPSTEIN, *Catholic tradition of the Law of the Nations*, Londra, 1935 e LORENZO SPINELLI, *Il diritto ecclesiastico* cit., p. 156.



7. ...e nella struttura costitutiva: l'affermazione del «Concordato-quadro» sui modelli del «Concordato-parallelo» e del «Concordato-contratto». Innovativa valenza del Preambolo

La validità delle strutture in diritto corrisponde in gran parte alla flessibilità dei modelli normativi, oltre che ai contenuti disciplinari. A partire dai negoziati spagnoli, il panorama concordatario attuale prevede tre modelli strutturali alternativi: quello degli «accordi paralleli» (il modello del complesso concordatario spagnolo del 1976-1979), applicato alla Croazia, Lituania, Malta e Ungheria; quello degli «Accordi-quadro» (il modello italiano della Revisione concordataria del 1984)<sup>85</sup> che sembra conseguire maggiori proseliti, essendo adottato in seguito da Polonia, Slovacchia, Gabon, Israele, Portogallo e Brasile; quello delle Convenzioni con i *Länder* ex comunisti della Germania orientale<sup>86</sup>, la cui natura formale rimane sostanzialmente immutata e conforme agli accordi preconciliari (*Vertragstaatskirchenrecht*)<sup>87</sup>.

L'Astorri coglie con acume i vantaggi negoziali sul sinallagma pattizio, perché in ciascuno dei modelli (quello spagnolo, di frazionamento, e quello italiano, di quadro e dettaglio) vige il principio dell'intangibilità della matrice originaria a fronte della possibile, e prevista, modificabilità delle soluzioni convenute.

In entrambe i modelli, di conseguenza, assume un'impronta condizionante il decorso del tempo e l'accordo reciproco delle Parti a riconsiderare le clausole negoziate, in applicazione della regola *iuris gentium* «*rebus sic stantibus*», così da garantirgli flessibilità e aderenza storica.

In misura diversa, e maggiore per i «concordati-quadro», assume peso il ruolo negoziale degli episcopati nazionali che, come si vedrà, sono attualmente l'elemento terminale e decisivo<sup>88</sup> e gli osservatori *in loco*, di un processo negoziale sempre aperto ad eventuali revisioni.

Oltre all'elemento del decorso del tempo e al decentramento dei soggetti che applicano e verificano l'attualità del patto, esiste un terzo fattore che

---

<sup>85</sup> GIOVANNA GIOVETTI, *L'assistenza religiosa* cit., p. 2.

<sup>86</sup> Su tale modello, che qui si sorvola, ALEXANDER HOLLERBACH, *Die vertragsrechtliche Grundlagen des Staatskirchenrechts*, in *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland* I.B. Dunkler & Humblot, Berlin, 1994.

<sup>87</sup> ROMEO ASTORRI, *I Concordati di Giovanni Paolo II*, cit., p. 4.

<sup>88</sup> Circa il ruolo degli episcopati al sostegno del dialogo in Paesi senza tradizioni concordatarie, cfr., per l'Ungheria, BALÁZS SCHANDA, *La Santa Sede, la Conferenza dei Vescovi ungheresi e lo Stato*. Relazione al Convegno organizzato dal CESEN, cit.; per il Brasile, JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *O direito particular dos agrupamentos episcopais no Brasil*, in *Forum Canonicum*, Lisboa, 2008/3, pp. 19 ss.

garantisce vitalità agli accordi concordatari. Questo consiste nella natura delle disposizioni concordatarie, da intendere come clausole normative, ossia disposizioni che oltre allo scopo di creare un diritto oggettivo comune, tendono a realizzare un'armonizzazione il più possibile stabile e duratura delle materie, concentrandosi non tanto sull'obbligo puntuale della prestazione, ma sulla identificazione negoziale di un principio normativo al quale ispirare le scelte legislative a lungo termine e, dunque, le linee di politica ecclesiastica. Il modello sinallagmatico pattizio così, si rivela in armonia con il dettato conciliare – ed i suoi «silenzii» – che prefigurano la stabilità e durevolezza dei rapporti tra Chiesa e Stato, attraverso formule normative generali – nei cui confronti il modello contrattuale è incapiente – ben rappresentate dal concetto di «accordi normativi» (*Vereinbarung*)<sup>89</sup>.

Sulla medesima linea dell'individuazione di principi ispiratori, eletti come elementi di una condivisa volontà normativa tra le Parti contraenti, va letta l'innovativa valenza dei Preamboli concordatari<sup>90</sup>. La funzione assegnata dalla Santa Sede al testo premiale che anticipa gli articoli è, infatti, del tutto nuova, e merita attenzione, giacché ha significative corrispondenze con le Carte costituzionali di molti Stati liberal-democratici<sup>91</sup>. Nei Preamboli delle Carte costituzionali garanti dei paradigmi dello «Stato di diritto» è possibile infatti cogliere un ben preciso scopo: quello di sottolineare la funzione di custodire i «...valori, ideali e simboli condivisi in una determinata società»<sup>92</sup>. Il luogo ideale di tale protezione è il Preambolo della legge costitutiva generale di un sistema giuridico, quale che sia l'estensione progettuale della sua architettura istituzionale<sup>93</sup>.

Ciò che rileva, è la riconferma del valore di una cogenza generale, «descrittiva», quando un atto generale, costituzione o concordato, richiamino nel loro testo (e nel Preambolo) principi etici e religiosi meta-giuridici. L'ap-

---

<sup>89</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., p. 640, il quale richiama le possibili conseguenze su temi quali gli effetti civili del matrimonio canonico e la personalità giuridica civile degli enti ecclesiastici. HEINRICH TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913.

<sup>90</sup> Per un confronto indicativo con i precedenti modelli concordatari e lo scarso peso assegnato ai Preamboli, si veda AMEDEO GIANNINI, *I concordati postbellici*, cit., *passim*.

<sup>91</sup> PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il richiamo alle "radici cristiane" e il progetto di Costituzione europea*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 380-381.

<sup>92</sup> JOSEPH H.H. WEILER, *Per un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo* (trad. it.), Rizzoli, Milano, 2003, pp. 55 ss.

<sup>93</sup> Il ragionamento riguarda il Preambolo al famoso «Progetto di Trattato costituzionale europeo» sul quale il citato Autore americano svolge le sue osservazioni, concludendo che qualsivoglia richiamo alle radici cristiane, avrebbe un valore «descrittivo» e non «preiettivo». *Ult. loc. cit.* p. 78.

plicazione *lato sensu* «normativa»<sup>94</sup> e non semplicemente «contrattuale» del disposto concordatario offre, ancora una volta, spiegazione della sua vitalità spazio-temporale.

8. ...e nei soggetti interlocutori: il sempre più decisivo ruolo negoziale assunto dalle Conferenze episcopali

Altrettanto evidente è il ruolo di protagonismo assunto dalle Conferenze episcopali nazionali nella gestione dell'attività negoziale con le autorità civili<sup>95</sup>. Si tratta di un'azione che, come si desume dal *corpus* dei concordati postconciliari, non solo risulta rafforzata, ma anche estesa<sup>96</sup>. L'iniziativa

---

<sup>94</sup> Sul valore da assegnare alle dichiarazioni costituzionali, vedasi VEZIO CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue dichiarazioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 14.

<sup>95</sup> VINCENZO BUONOMO, *La Santa Sede e i Concordati*, cit., p. 26.

<sup>96</sup> Appaiono residuali le disposizioni che attribuiscono la personalità giuridica alle Conferenze episcopali, a fronte di quelle che attribuiscono loro competenze negoziali in ordine alla conclusione di intese con l'autorità civile. Cfr. Concordato con la Spagna (3.1.1979), su questioni giuridiche, art. 1.3 (sulla personalità giuridica) e art. 1.6 (inviolabilità di archivi e registri delle Conferenze episcopali); Concordato (3.1.1979) su insegnamento e questioni culturali, art. VII (titoli e gradi accademici) e art. XIV (libertà dei mezzi di comunicazione); Concordato (3.1.1979) su questioni economiche, art. IV.1 (esenzioni economiche). Accordo col Perù (1980), artt. III (personalità giuridica) e XX (riconoscimento giuridico dei seminari ed altri enti ecclesiastici). Accordo di Revisione dei Patti Lateranensi (1984), artt. 2.2 e 13.2 (sulla stipula di intese). Accordo con Malta (16.11.1989) su istruzione e educazione cattolica nelle scuole statali, artt. 2, 3 e 5; Accordo (28.11.1991) sulle scuole cattoliche, artt. 7, 8, 10 e 12; Accordo (28.11.1991) sui beni immobili ecclesiastici, artt. 6.1, lett.d, 6.2, lett.a, 6.2, lett.b, 7.3, lett.a e 13.1. Accordo con l'Ungheria (20.6.1997) sulle questioni economiche, art. 3.4, lett.c (finanziamento di nuovi istituti ecclesiastici), art. 4.1, 4.2 e 4.3 (sui beni culturali). Concordato col Brasile (13.11.2008), art. 3 (personalità giuridica), art. 18, §1 (sulla stipula di ulteriori convenzioni). Concordato con la Polonia (28.7.1993), artt. 3 (libertà di comunicazione), art. 6 (identificazione tra Conferenza episcopale e cittadinanza e nazionalità dei vescovi), art. 27 (sull'applicazione delle Intese). Accordo con la Croazia (19.12.1996) su questioni giuridiche, art. 3 (programmi sull'insegnamento scolastico); Accordo (19.12.1996) di collaborazione in campo educativo e culturale, art. 6.1 e 10.1 (titoli e gradi accademici), art. 12 (programmi radio e tv); Accordo (19.12.1996) di assistenza religiosa alle Forze armate e di Polizia, art.10 (Conferenza episcopale ed Ordinario militare); Accordo (9.10.1998) su questioni economiche, artt. 3.2 e 5.3 (sull'elenco delle proprietà da restituire alla Chiesa cattolica attraverso accordi con la Conferenza episcopale), art. 6.3 (lista delle nuove parrocchie), art. 6.5 (sovvenzioni alla Chiesa) e art.7 (erezione dell'ICSC). Concordato con la Lettonia, artt.10, 12, lett.b, 15, 18.2 e 23.1. Concordato con la Lituania (5.5.2000) di cooperazione nell'educazione e cultura, artt.3.1 e 3.2, 6.1 e 6.2, 7.2, 11.3, 12.1, 13.3 e 13.4; Accordo (5.5.2000) su aspetti giuridici delle reciproche relazioni, art.13.1; Accordo (5.5.2000) sulla cura pastorale dei cattolici nell'esercito, art. 1.5 e art. 10. Concordato con il Portogallo (18.5.2004), art. 8, (sulla personalità giuridica), artt. 25.3 e 26 (esenzioni fiscali), art. 27 (intese per lo status fiscale) art. 28 (accordi applicativi per le intese). Accordo con la Repubblica Ceca (25.7.2000) sul regolamento dei reciproci rapporti, art. 18.1 e 18.2 (questioni relative alla Chiesa). Accordo Fondamentale con la Bosnia-Erzegovina (25.10.2007), artt. 3 e 16.5 (programmi scolastici).

dell'episcopato locale è stata in tal modo notevolmente valorizzata in quanto sollecitata a proporsi e cooperare concretamente come fonte produttiva di diritto particolare extracodificiale<sup>97</sup>.

In linea di fatto e, dopo il Concilio, anche di diritto, è stata così posta sotto una nuova luce la questione della «legittimità concordataria» dei Vescovi, posto che la loro attività negoziale si manifesta chiaramente come prassi «non di mera acquiescenza, ma veramente attiva, di iniziativa e di proposta»<sup>98</sup>.

Siffatta estensione di funzioni ha avuto l'avallo dottrinale del Concilio e più di recente è stata confermata dal *Motu proprio «Apostolos Suos»* (21 maggio 1998), con il quale Giovanni Paolo II sottolineava l'opportunità di meglio conoscere dottrinalmente e rafforzare «...lo studio dello *status* teologico ... e giuridico delle Conferenze dei Vescovi» unito a quello della loro autorità dottrinale (ex can.447 e 753 *CIC*), in funzione di offrire maggiore rilievo alla loro azione<sup>99</sup>.

Osservava in proposito Wojtyła che: «...a partire dal Concilio Vaticano II, le Conferenze Episcopali si sono sviluppate notevolmente ed hanno assunto il ruolo di organo preferito dai Vescovi di una nazione o di un dato territorio per lo scambio di vedute...e per la collaborazione a vantaggio del bene comune della Chiesa...» («*Apostolos Suos*», n. 6). Successivamente si afferma l'estensione delle competenze episcopali, che travalicano l'enumerazione già di per sé innovativa delle materie, consigliando un elenco aperto: «Non è possibile circoscrivere entro un elenco esauriente i temi che richiedono tale cooperazione, ma a nessuno sfugge... i rapporti con le autorità civili, la difesa della vita umana, della pace, dei diritti umani, anche perché vengano tutelati dalla legislazione civile, la promozione della giustizia sociale, l'uso dei mezzi di comunicazione sociale...» («*Apostolos Suos*», n.15). Temi, a tutta evidenza, raccolti nei nuovi testi concordatari del post-concilio e affidati alla diplomazia degli episcopati nazionali che, nella prospettiva wojtyliana, debbono essere ispirati da un'azione congiunta dei vescovi nei confronti dei poteri civili<sup>100</sup>.

Senza entrare nel merito di questi temi, sarà necessario osservare come

---

<sup>97</sup> GIORGIO FELICIANI, *Il Concilio non è la tomba dei concordati*, cit. p. 5, che ricorda tra l'altro, il sostentamento del clero; i beni culturali ecclesiastici; i mezzi di comunicazione sociale; le varie forme di assistenza religiosa apprestate nelle cd. «comunità separate».

<sup>98</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., p. 635, nota 76.

<sup>99</sup> Cf. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica, Cap.XX, Le Conferenze episcopali*, Milano, 1997, pp.491 ss. Per il *Motu proprio «Apostolos Suos»* (21 maggio 1998) vedasi AAS, (90), 1998, pp. 641-658.

<sup>100</sup> L'esercizio congiunto del ministero episcopale, che aiuta e non sostituisce il vescovo, riguarda tanto la funzione dottrinale, o insegnamento magisteriale, quanto l'esercizio della potestà legislativa (can. 445 *CIC*) e, dunque, anche negoziale-pattizia di attuazione concordataria.

su queste dichiarazioni trovi fondamento la dottrina della collegialità – poi ampiamente sviluppata nel *Motu proprio* «*Sollicitudo omnium Ecclesiarum*»<sup>101</sup> – dalla cui lettura si possono trarre notevoli spunti attorno alla questione posta dalla recente prassi concordataria sul soggetto legittimato (Legato pontificio ossia Nunzio Apostolico, o Conferenza episcopale) alla stipula. D'altra parte, rivisto in un'ottica giuseccllesiastica, è incontestabile che il Concilio Vaticano II abbia ricondotto sotto una luce di ordine internazionale quell'*ius legationis* del Romano pontefice – e l'*ius tractandi* conferito ai Legati – riducendo al nulla i vetusti, residui dogmi di irreformabilità della *plenitudo potestatis* petrina<sup>102</sup>.

Il can. 365, infatti, fa proprie le disposizioni dell'art.X del citato documento apostolico che, nel precisare il ruolo di medio necessario tra Santa Sede ed episcopato da attribuire al Nunzio, non tralascia di raccomandare che questi non ometta «di richiedere il parere ed il consiglio dei vescovi delle circoscrizioni ecclesiastiche», con un rapporto di stretta e continua cooperazione durante l'intero corso delle trattative negoziali, dalla firma degli accordi sino al finale scambio degli strumenti di ratifica<sup>103</sup>.

Il complesso di accordi concluso dalla Sede apostolica con Malta offre, in proposito, l'esempio più compiuto – ed anche l'unico – della armonizzazione tra soggetti di rilievo costituzionale rappresentativi della Chiesa, nell'atto di interpretare le clausole negoziali ai fini applicativi o di revisione: «...la Santa Sede e la Repubblica di Malta affideranno la ricerca di un'amichevole soluzione ad una Commissione Paritetica che sarà composta, per parte della S.Sede, dal Nunzio Apostolico a Malta e dal Presidente della Conferenza Episcopale

<sup>101</sup> L'impianto del citato *Motu proprio* poggia sul principio dell'unità ed indivisibilità del Collegio episcopale, quale precipua funzione del Romano pontefice che «come successore di Pietro è il perpetuo e visibile principio e fondamento dell'unità sia dei Vescovi, sia della moltitudine dei fedeli» Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica, Cap. XIII, I legati pontifici*, pp. 329 ss. In ambito concordatario la dottrina della collegialità si riflette nel compito rimesso al Nunzio di rafforzare i vincoli tra S.Sede e Vescovi locali («*Sollicitudo omnium Ecclesiarum*», art. IV.1), «...d'accordo con i vescovi del luogo, soprattutto con i Patriarchi» (art. IV.4).

In alcuni concordati postconciliari è prevista la competenza delle Conferenze episcopali di disporre in ordine alle circoscrizioni ecclesiastiche territoriali. Il *Motu Proprio* sottolinea tale competenza (art.VII) mentre assegna al rappresentante pontificio il dovere della «fraterna collaborazione» nel rispetto dell'esercizio giurisdizionale proprio dei vescovi (art. VIII.1), nonché la loro collaborazione ai fini della stipula di ogni accordo o convenzione con i poteri civili locali: «Nella trattazione di queste questioni sarà utile che il legato pontificio... chieda il parere e il consiglio dell'episcopato e lo tenga informato dello sviluppo dei negoziati» (art. X.2).

<sup>102</sup> JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., p. 621.

<sup>103</sup> Cfr. VINCENZO BUONOMO, *La Santa Sede e i Concordati*, cit., p. 27. Secondo il can. 364 CIC, infatti, funzione primaria del Nunzio Apostolico è quella di «rendere sempre più saldi ed efficaci i vincoli di unità che intercorrono tra la Sede apostolica e le Chiese particolari».

maltese o da loro delegati...» (art.7, Accordo con Malta, 16.11.1989)<sup>104</sup>.

La flessibilità del modello pattizio circa le Parti negoziali trova un ulteriore inoppugnabile argomento negli accordi a vario titolo stipulati dalla Sede Apostolica con gli Stati dittatoriali o non confessionali, con gli Stati islamici e, nell'età del post-concilio, con le Organizzazioni non statali, siano esse movimenti di liberazione politica (Accordo Fondamentale con l'OLP, 2000), siano organizzazioni intergovernative (Accordo di cooperazione con l'OUA, 2000).

Si è, dunque, al cospetto di un arsenale di accordi che sconfessa l'idea della indefettibilità dei presupposti socio-giuridici preliminari al negoziato<sup>105</sup>, ma anche la tradizionale raffigurazione dello Stato come esclusivo soggetto contraente, fruitore dei principi *iuris gentium*<sup>106</sup>.

## 9. Conclusioni

- I richiami nei concordati recenti all'opportuna modifica dei patti per ragioni storiche, conferma l'affinità del diritto dei concordati con la radice fattuale, storica, morale e di «coscienza» che è propria dell'*ius gentium* e, in una parola, la sua indole consuetudinaria di «diritto spontaneo».

- La Chiesa riconosce nei concordati principalmente una fonte giuridica di natura strumentale, in quanto preordinata allo scopo della missione evangelica. Anche la natura privilegiaria del patto è direttamente dipendente da tale elemento finalistico.

- L'apparente rigidità strutturale del modello concordatario, atto negoziale necessariamente bilaterale, e non multilaterale «aperto» o «per adesione» di soggetti terzi, cela in sé una capacità trasformativa («Accordi-quadro», «Accordi paralleli», «Accordi-contratto») sconosciuta anche alla categoria dei trattati, giacché l'attuale generazione di accordi concordatari registra

---

<sup>104</sup> Analoga formula si ritrova all'art. 15 dell'accordo maltese del 28.11.1991 sulla scuola cattolica; all'art. 19.1, dell'Accordo sui beni temporali della Chiesa a Malta; all'art.10 dell'Accordo maltese sui matrimoni canonici e le sentenze ecclesiastiche. Vedasi anche ANDREA BETTETINI, *L'Accordo 3 febbraio 1993 tra la Santa Sede e la Repubblica di Malta sul matrimonio: brevi annotazioni*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1997/1, pp. 103-115.

<sup>105</sup> JOSÈ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, cit., pp. 626-627.

<sup>106</sup> In tal senso è utile segnalare che le regole internazionali di successione valide per gli Stati sono applicate estensivamente anche alle organizzazioni non-statali, circa la successione di un concordato. Il caso si è verificato con lo scioglimento del soggetto stipulante l'Accordo-quadro con la Santa Sede, l'Organizzazione dell'Unione Africana (OUA) nel 2002, al quale è succeduta l'Unione Africana. Così, VINCENZO BUONOMO, *La Santa Sede e i Concordati*, cit., p. 31, nota 22.

formule nuove, con insospettata capacità di adeguamento alla realtà degli Stati contraenti.

- Nel rinunciare ad antiche pretese (Chiesa-*societas perfecta*, superordinata) ed aver accettato lo *status* di soggetto internazionale «*inter pares*» la Chiesa dei concordati ha elevato il piano operativo della materia negoziale estendendone l'impianto. I diritti dell'uomo non sono più, solo, i diritti del *christifidelis*, ma, in prospettiva antropologica, i diritti del *populus fidelium* e di ogni altro credente.

-Ciò conduce ad affermare che la Chiesa, la quale non ha mai ritenuto di rinunciare radicalmente al riconoscimento da parte della comunità degli Stati di alcune sue prerogative essenziali (prima tra tutte, l'azione evangelizzatrice), tende a guadagnare nuove forme privilegiate di ordine politico-diplomatico, proponendosi come *primus inter pares* nell'agone politico, pur restando estranea al confronto diretto di ordine temporale.

- Natura strumentale, finalità evangelizzatrice e sostanziale storicità dei concordati ne esprimono la flessibilità e l'adattamento materiale: tale carattere è rafforzato dalla dottrina comunionale canonica delle collegialità dei soggetti contraenti *ex parte Ecclesiae* (Romano Pontefice, Nunzi, Conferenza episcopale). Tale unità, infatti, permette di annullare il divario centro-periferia tra principi astratti e concrete applicazioni, cosicché gli episcopati nazionali divengono centri propulsori, in un quadro di condivisione, della dinamica flessibilità e vitalità dei nuovi accordi post-conciliari.

# *La Federazione Internazionale delle Università Cattoliche (FIUC) vista attraverso i suoi statuti<sup>1</sup>*

PATRICK VALDRINI

## *Premessa*

Gli statuti interni delle istituzioni parlano di queste ultime come se ne fossero il volto, esprimendo ciò ch'esse sono, ciò ch'esse vogliono promuovere, come esse si organizzano. Il diritto le definisce 'persone morali', 'giuridiche' o, ancora, 'corporazioni', a seconda delle culture giuridiche, ma, in ogni caso, si tratterà di persone in senso fittizio, giacché esse non sono altro che entità giuridiche. Come le persone fisiche che le compongono, tuttavia, esse nascono, crescono, cambiano, si trasformano e persino si estinguono. Qual è, dunque, lo scopo del diritto quando esige che un'istituzione abbia propri statuti? Esso affianca quest'ultima nella sua crescita e nel suo sviluppo, obbligandone i componenti a dire puntualmente cosa essa è e cosa voglia essere, e ne controlla i cambiamenti aiutandola a restare se stessa. Questo è il ruolo che hanno avuto, e che hanno tuttora, gli statuti della Federazione Internazionale delle Università Cattoliche (FIUC). Nostro intendimento è di illustrare brevemente la loro evoluzione, e – soprattutto – i dibattiti svoltisi al riguardo, dal 1929 ai nostri giorni, fra la FIUC ed il dicastero della Curia romana competente per le attività delle Università cattoliche, ovvero la Sacra Congregazione per i Seminarî e le Università degli studi, poi diventata, nel 1967, Congregazione per l'educazione cattolica.

---

<sup>1</sup> L'articolo è stato pubblicato in lingua francese con il titolo: *FIUC, une personne juridique*, con il titolo inglese: *FIUC, a legal person* e con il titolo spagnolo: *FIUC, una persona jurídica*, nel volume *Sciat ut serviat*, Paris, 2009, p. 113-142, pubblicato in occasione del 60° anniversario dell'erezione della *Federazione internazionale delle Università cattoliche* (FIUC). Desideriamo ringraziare S.Em. za il Cardinale Grocholewsky e S.E. Mons. Bruguès, rispettivamente Prefetto e Segretario della Congregazione per l'educazione cattolica, per averci autorizzato a svolgere ricerche negli archivi della Congregazione.



## 1. *Primi passi difficili*

Le riunioni tenutesi fin dal 1924 allo scopo di creare un'associazione internazionale delle Università cattoliche, la prima delle quali incoraggiata *de facto* con una lettera da parte della Segreteria di Stato del 6 agosto di quel medesimo anno, non avevano prodotto testi statutari. Nel 1929, viceversa, si parla chiaramente di statuti. Padre Gemelli, Rettore dell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano, voleva organizzare una riunione a Parigi per preparare una nuova assemblea della giovane associazione, dandole nuovo slancio. Ma apprende che la Congregazione dei Seminarî e delle Università degli Studi s'era doluta di non essere mai stata ufficialmente informata delle attività della Federazione, sebbene le Università che ne facevano parte fossero poste sotto la sua giurisdizione. Gemelli presenta le sue scuse al Cardinale Bisletti, Prefetto della Congregazione, e accetta la richiesta fattagli d'affermare esplicitamente che la Federazione dipende direttamente dall'autorità della Congregazione. Tuttavia, constatata come non tutte le Università abbiano compreso il fatto che, senza un legame diretto con Roma, l'opera sarà inefficace. Alcune – afferma – pensano che sia sufficiente dipendere dai vescovi, poiché costoro hanno maggiore conoscenza delle situazioni locali rispetto a Roma.

In effetti, Gemelli ed il Rettore dell'Università cattolica di Niimega, Joseph Schrijnen, all'epoca segretario generale del gruppo, parimenti informato ufficialmente della volontà della Congregazione, sviluppano su questo punto un vigoroso attrito. Gemelli vuole soddisfare il desiderio della Congregazione, e minaccia di ritirarsi se la Federazione reclamasse la sua indipendenza. Schrijnen rinvia la Congregazione al Presidente, Mons. Ladeuze, Rettore dell'Università cattolica di Lovanio. Con la riunione di Parigi, che infine si tiene il 6 dicembre 1930, i Rettori delle Università aderenti accettano la richiesta della Santa Sede. La posizione del dicastero romano, peraltro, era chiara: quantunque la Federazione fosse nata per iniziativa privata, si voleva che questa gli si subordinasse “reinserendosi in una perfetta dipendenza dalla Santa Sede, in armonia con le nuove norme pontificie”, ovvero la Costituzione apostolica *Deus dominus scientiarum*, del 1931. La conseguenza era *in re ipsa*: gli statuti della ricostituita Federazione sarebbero stati sottoposti alla Congregazione, unico dicastero competente per approvarli. La giovane associazione, in caso contrario, avrebbe potuto venir disciolta.

Nel 1934, il Rettore Schrijnen prepara, in francese, un primo schema di regolamento d'una futura federazione, chiamata 'Federazione delle Università Cattoliche' (FUC) e lo invia alla Santa Sede. Ne descrive gli scopi: rinsaldare i legami culturali che uniscono le Università cattoliche, internazionalizzare i loro sforzi in favore della fede e della scienza, e perseguire questo obiettivo

con misure tanto generali quanto speciali, in stretto contatto con la Congregazione dei Seminari e delle Università degli studi (art. 1). Il Prefetto della Congregazione riceve la carica di Presidente onorario della Federazione, che è “rappresentata e diretta da un Segretario generale e da un Consiglio composto dai Rettori delle Università cattoliche” (art. 2). Il Segretario generale è scelto dal Consiglio fra i Rettori od i Rettori emeriti delle Università cattoliche (art. 4). Il Consiglio, nel novero delle Università che la Congregazione dei Seminarî e delle Università degli studi considera come cattoliche, designa quali componenti quelle che gli parranno avere le condizioni richieste, stabilite durante l'assemblea costituente del 10 agosto 1924, e rinvia all'Annuario generale delle Università, redatto da una precedente assemblea della Federazione (art. 6). La lingua ufficiale della FUC, infine, è la lingua francese (art. 12).

Tutti questi punti vengono discussi dalla Congregazione. Già P. Gemelli, consultato dal dicastero in merito all'opportunità di ricreare la Federazione, propone che la scelta del Segretario generale sia preliminarmente sottoposta all'approvazione o, meglio, al ‘benessere’ della Congregazione. Egli, però, insiste su due punti. Ricreare la FUC, *in primis*, è necessario: la Congregazione ha interesse ad avere uno strumento con cui esercitare la propria influenza sugli Atenei cattolici, e tale Federazione sarà un mezzo che, quantunque privo di carattere ufficiale, le permetterà di perseguire l’“alto ideale” ch’essa promuove attraverso questi. *In secundis*, aggiunge Gemelli, è necessario badare affinché gli Istituti superiori ammessi nella Federazione abbiano davvero il carattere di Università. Tale rivendicazione è importante per le relazioni con le Università statali. Egli auspica, in effetti, che ne siano esclusi alcuni Istituti americani non rispondenti ai criterî universitari, che ne siano inclusi quelli che hanno più d’una Facoltà e, soprattutto, che non vengano ammesse le Università aventi soltanto Facoltà ecclesiastiche. Esse dipendono dalla Congregazione e potranno essere accettate solo se abbiano almeno una Facoltà non ecclesiastica.

La Congregazione interpella Papa Pio XI. Questi, durante l’udienza accordata il 2 gennaio 1935 al Prefetto della Congregazione, risponde: la Federazione deve, *in primis*, essere istituita come dipendente dalla Santa Sede; *in secundis*, deve redigere gli statuti che P. Gemelli approverà; per farne parte, *in tertiis*, le Università dovranno avere “un insieme di Facoltà distinte”. Confermando la posizione della Congregazione e di P. Gemelli, infine, il Papa esprime parere favorevole all’ammissione della Pontificia Università Gregoriana nella Federazione, avendo quella un Istituto biblico ed un Istituto orientale “che, in un certo modo, sono considerati Facoltà a carattere civile”. La Federazione, applicando le direttive di Pio XI, predispone, in italiano, una bozza di statuti distanziandosi in molti punti da quella di Schrijnen.

Così l'articolo 1 dichiara *d'emblée*: la Federazione delle Università cattoliche è istituita sotto l'Alta Vigilanza della Sacra Congregazione dei Seminarî e delle Università. Schrijnen aveva parlato solamente di 'stretti contatti' fra Federazione e Congregazione.

Secondo l'art. 3, possono far parte della Federazione solo le Università cattoliche riconosciute come tali dalla Sacra Congregazione, ma non si parla più di scelta fatta dal Consiglio. L'art. 4 ne descrive gli organi di governo: la Federazione è formata da un Presidente coadiuvato da due consiglieri e da un Segretario generale, i quali debbono essere Rettori o Rettori emeriti di Università cattoliche. Rispetto alla bozza di Schrijnen, poi, la Congregazione aggiunge i consiglieri. L'art. 5 prevede che il Presidente ed il Segretario verranno nominati dalla Congregazione, sentiti i Rettori delle Università aderenti: essi non verranno, dunque, scelti dai componenti. Quanto ai due consiglieri, questi verranno eletti dall'assemblea dei Rettori. L'art. 7 chiede che il Presidente informi la Congregazione sulle principali decisioni prese dalla Federazione ed attenda il suo benessere prima di dar loro attuazione. Tutte disposizioni assenti nella bozza di Schrijnen. Si chiede anche, inoltre, l'invio al dicastero d'un'accurata relazione sulle attività della Federazione. Infine, mentre Schrijnen aveva reso il francese lingua ufficiale della FUC, la Congregazione impone il latino.

Gemelli, consultato - secondo le disposizioni di Pio XI - in via confidenziale nel febbraio del 1935, stimerà ben fatti gli statuti. Temendo, però, che il fatto di riservare alla Congregazione la nomina del Presidente e del Segretario generale della Federazione possa ingenerare un disinteresse nei confronti dell'istituzione, tenendo presente lo spirito d'alcune fra le principali Università, propone piuttosto che ci si limiti a prevedere una ratifica delle nomine fatte dai Rettori. Suggestisce, inoltre, una definizione "meno cruda" del ruolo della Congregazione nell'articolo relativo all'approvazione delle decisioni, ritenendo che sia sufficiente dire che le decisioni attinenti alla vita delle Università saranno sottoposte all'approvazione della Sacra Congregazione. Questi due suggerimenti, in effetti, vengono accolti dalla Congregazione e, nel marzo del 1935, viene preparata, modificando gli articoli della versione precedente, una nuova bozza, in latino, nota solo alla Congregazione ed a P. Gemelli: la nomina del Presidente e del Segretario sarà ratificata dal dicastero, e si dice solamente che le decisioni verranno sottoposte all'approvazione della Congregazione.

Nel luglio del 1935, il Rettore Schrijnen, che ha ricevuto la bozza di statuto inviatagli dal dicastero, rinvia a quest'ultimo un nuovo testo, non più in francese ma in latino, apparentemente rivisto unicamente da lui. Innanzitutto non si vuole che alla carica di Presidente e di Segretario generale vengano aggiunti

due consiglieri. “C’è – scrive nella lettera d’accompagnamento a questo suo nuovo testo – un corpo estraneo nei vostri statuti, che rende il funzionamento dell’ingranaggio ancora più complesso, mentre invece esso dovrebbe essere il più semplice possibile”. Propone, perciò, che il Presidente scelga il Segretario come consigliere unico, e che chieda il parere del Consiglio dei Rettori per le questioni di maggiore importanza. Dopodichè, riprendendo il punto della sua bozza di regolamento, modifica l’articolo che chiedeva si limitasse l’ammissione alle sole Università conosciute ed approvate dalla Congregazione. A suo parere, ed in questo senso stende una nuova versione dell’articolo, è indispensabile che venga detto espressamente (e sottolinea la parola) che la Federazione continuerà a scegliere, fra le Università approvate dalla Santa Sede, quelle che le parranno rispondere allo specifico suo scopo culturale e scientifico che promuove. Schrijnen esplicita nuovamente i suoi timori: “Le vere Università [...] non vorranno entrare in un’associazione ove si troveranno in condizioni d’eguaglianza con scuole di religiosi che conferiscono diplomi teologici e filosofici”. Il Presidente della FUC, dal canto suo, Mons. Ladeuze, ch’era entrato poco addentro a queste discussioni, risponde all’autorità che lo interpella ufficialmente di non avere più interesse a ricostituire la Federazione, sembrandogli un ingranaggio inutile dopo la pubblicazione, nel 1931, della Costituzione apostolica sulle Università e le Facoltà ecclesiastiche.

Passeranno così tre anni senza che la Congregazione ed il Rettore Schrijnen abbiano più scambi epistolari. Nel settembre del 1935, dopo aver ricevuto la nuova bozza di Schrijnen, il Cardinal Prefetto aveva deciso di classificare la questione come ‘*dilata*’ (differita). Il Rettore olandese, preoccupatosi per questo silenzio ed interpellato il Nunzio apostolico nel suo Paese, riprende contatto con la Congregazione nel febbraio del 1938. Accetta, stavolta, la maggior parte delle disposizioni statutarie richieste dalla Congregazione, ma propone una nuova versione dell’articolo relativo alla qualità dei componenti, sapendo che creerà difficoltà per la Congregazione. Riferisce che questo è stato approvato da Padre Gemelli. Solo le Università riconosciute ed approvate dal dicastero, ma al contempo rispondenti ai criterî stabiliti dal Consiglio dei Rettori delle Università associatesi al momento della fondazione, potranno far parte della Federazione, mentre ne saranno escluse le scuole superiori commerciali e tecniche. Il Segretario della Congregazione, Ruffini, si rivolge a Pio XI, che, in assenza d’un Cardinal Prefetto è, temporaneamente, l’autorità diretta della Congregazione. Ruffini scrive a Gemelli che il Papa ha deciso di classificare la questione come ‘*dilata*’. Non si farà più nulla, dunque, prima dell’istituzione ufficiale della Federazione.

## 2. Una Federazione istituita dal Papa

Dopo la Seconda Guerra mondiale, la Federazione decide di ricostituirsi, ed una bozza di statuti è sottoposta alla Congregazione per i Seminarî e le Università degli studi. Il 29 giugno 1948 la Congregazione crea una persona morale canonica col nome di *Universitatum catholicarum consociatio* (Associazione delle Università cattoliche). I suoi statuti, redatti dalla Congregazione (in latino), vengono approvati; essi confermano e rafforzano gli elementi essenziali dell'ultima bozza preparata dalla Congregazione ma rimasta inattuata. L'art. 1 precisa che è costituita la *consociatio* e resta sotto l'autorità e la direzione del dicastero romano. L'art. 2 definisce le condizioni necessarie per farne parte: sono associabili solo le Università istituite *Motu proprio* dalla Congregazione o da altri, ma, in tal caso, da quest'ultima approvate e ratificate. L'art. 4 descrive le cariche ufficiali: un presidente, due pro-presidenti, un primo segretario, tre consiglieri, e tutti costoro debbono essere rettori. L'art. 7 chiede che le decisioni prese vengano sottoposte alla Congregazione per l'approvazione e ratifica, e parimenti che a quest'ultima venga presentato dal segretario un rapporto annuale sulle attività svolte. La *consociatio*, infine, avrà la propria sede presso la Congregazione, a meno che non venga deciso diversamente.

Avuta tale approvazione e istituita la nuova associazione, nasce in seno alla Congregazione l'idea d'una forma d'istituzione più solenne: l'associazione è un'istituzione di grande importanza – suggerisce un consultore – in virtù del ruolo che potrebbe avere nella vita della Chiesa. Essa dovrebbe venir istituita “in maniera più degna” (Gemelli), anche perché la consuetudine della Curia vuole che le persone morali istituite *in perpetuum* lo siano con breve apostolico, salvo dispensa del Santo Padre. Durante l'udienza accordata al Prefetto della Congregazione, l'11 luglio 1949, Pio XII, interpellato su questo punto, si dice d'accordo, ed il 27 luglio del medesimo anno viene pubblicato un breve che istituisce ufficialmente la *catholicarum studiorum universitatum foederationem* (Federazione delle Università cattoliche degli studî), munita di statuti approvati dalla Congregazione. Questo documento, però, per un ritardo dovuto alla Cancelleria dei brevi apostolici, perverrà agli interessati solo il 30 novembre 1949, ossia non più in tempo per la prima assemblea dei Rettori delle Università dell'Associazione, tenutasi a Roma il 19 settembre 1949.

Nel corso di quest'assemblea sono discussi gli statuti redatti dalla Congregazione, per i quali vengono suggerite alcune modifiche. Le principali proposte riguardano in primo luogo il nome: si preferisce parlare di *foederatio* anziché di *consociatio*, come invece faceva il breve apostolico, trattandosi d'una riunione d'Università aventi ciascuna una propria natura; in secondo luogo, la questione dei componenti: gli statuti dicono che questi debbono essere

Università cattoliche *iure ac nomine* – giuridicamente e di nome. Si propone di dire semplicemente ‘cattoliche’, giacché alcuni membri possono non avere quest’aggettivazione nella loro intitolazione universitaria, e si porta l’esempio di Friburgo. Parimenti si suggerisce di estendere la possibilità d’entrare a farne parte anche ad Università riconosciute da autorità ecclesiastiche diverse dalla Santa Sede. Si chiede, infine, che la relazione periodica alla Congregazione sulle attività svolte passi da annuale a triennale.

Padre Gemelli inoltra le proposte di modifica alla Congregazione il 22 marzo 1950, ed esse sono rapidamente approvate dal dicastero (nel 1951). Ma, in questa circostanza, quest’ultimo avanza una proposta che sarà causa di discussione fra il nuovo presidente, il Rettore Van Waeyenbergh, dell’Università cattolica di Lovanio, ed il segretario Gemelli. Il dicastero, ponendo l’art. 9 degli statuti la sede dell’associazione presso la Congregazione a Roma, suggerisce che, laddove la residenza abituale del segretario sia fuori Roma, venga nominato presso la Congregazione un procuratore, che possa essere incaricato delle ordinarie relazioni fra quest’ultima e la nuova Federazione. Il dicastero scrive in tal senso al Rettore dell’Università di Lovanio, affinché faccia inserire questa modifica negli statuti. Ma questi e Gemelli si scontrano sul ruolo di questo rappresentante. Gemelli, che in effetti non è favorevole a questa nomina e che, obbligato, vuole scegliere un professore di una Università romana, auspica che questo procuratore rappresenti il Segretario. Van Waeyenbergh, chiosando come questa questione avesse fatto nascere un “piccolo dramma”, desidera che il procuratore rappresenti, invece, Presidente e Consiglio. La Congregazione, prudentemente, non imporrà alcunché, chiedendo che l’argomento venga affrontato nel corso della successiva assemblea generale, in prospettiva d’un inserimento negli statuti.

L’assemblea della Federazione si riunisce in Quebec il 18 settembre 1952, ma non affronta questo tema. Propone, viceversa, una nuova modifica dell’art. 3 degli statuti del 1951, relativo alle condizioni per entrare a far parte della Federazione, punto sempre più delicato nelle relazioni fra Congregazione e Federazione. L’inciso “*vel tamquam catholicis normis atque spiritui integre conformatas explicitè agnovit*” (nella misura in cui essa – la Congregazione – le abbia esplicitamente riconosciute come integralmente conformi alle norme ed allo spirito cattolico) impedisce ad alcune Università d’aggregarsi alla Federazione, soprattutto ad alcune Università americane, sì aventi l’approvazione, la protezione e l’aiuto dei Vescovi che le riconoscono come Università cattoliche, ma non canonicamente erette e prive del riconoscimento esplicito, da parte della Congregazione, del loro carattere integralmente cattolico. Domandare a quest’ultima il riconoscimento del loro carattere cattolico sarebbe spiaciuto ai Vescovi, che avrebbero potuto credere che il loro riconoscimento non fosse

una garanzia sufficiente. L'assemblea propose un'altra formulazione: "*vel tamquam catholicis normis atque spiritui integre conformatae a competenti auctoritate ecclesiasticae agnoscantur*" (nella misura in cui esse siano riconosciute dall'autorità ecclesiastica competente come integralmente conformi alle norme ed allo spirito cattolico), e la sottopone ufficialmente al dicastero.

La Congregazione, però, non si dichiara favorevole ad una tale proposta (14 aprile 1953), basandosi sul can. 1376 CIC-1917, che riserva la creazione delle Università e delle Facoltà alla Sede Apostolica anche se il loro funzionamento sia assicurato da una Congregazione religiosa. Il segretario della Federazione, Padre Dezza, Rettore della Pontificia Università Gregoriana, subentrato a Padre Gemelli dimissionario, discute l'interpretazione di questo canone facendo leva sull'opinione dei canonisti, e ne propone un'applicazione ampia. Il dicastero, condividendo quest'impostazione, potrebbe accordare il riconoscimento alle Università che siano *de facto* cattoliche, rette da religiosi ed approvate dai loro Ordinari. Il 31 ottobre 1953, poi, Padre Dezza invia una lista di 12 Università americane (fra cui il Boston College, la Fordham University, la Notre-Dame...), una giapponese (la Sophia University) ed una cilena (l'Universidad catolica de Valparaiso). Ma la Congregazione si mostra ancorata da un lato alle dichiarazioni del Breve apostolico, dall'altro al *Codex iuris canonici* (novembre 1953): queste Università, per essere considerate cattoliche, debbono porsi direttamente sotto l'autorità della Santa Sede. Prima d'entrare a far parte della Federazione, la quale – ribadisce nettamente il dicastero – è sotto la sua direzione ed il suo controllo immediato, esse debbono fornire il titolo d'istituzione e d'approvazione esplicita degli statuti da parte della Congregazione.

### 3. *L'acquisizione dell'autonomia*

Né le posizioni della Congregazione né quelle della Federazione mutano, e la volontà di modificare gli statuti permane. Prima dello svolgimento della quinta assemblea, prevista a Rio de Janeiro nel 1960, il Cardinale Pizzardo, Prefetto della Congregazione, scrive al Rettore dell'Università cattolica di Lovanio per suggerirgli una nuova redazione di alcuni articoli. Egli desidera sempre rafforzare il legame fra la Congregazione e la Federazione, e definirne meglio gli scopi; suggerisce, quindi, che tutto ciò che la Federazione si proponga di fare e di trattare venga preliminarmente sottoposto alla Congregazione. Vuole, poi, permettere ai professori ordinari, vale a dire stabili, d'essere consiglieri, nonché, infine, che le cariche di presidente e di segretario siano limitate a tre mandati consecutivi al massimo. La lettera del Cardinale

sarà comunicata nel corso dell'assemblea, e le proposte di modifica verranno discusse, ma quella relativa alla limitazione del numero di mandati di segretario generale farà nascere un attrito fra Federazione e Congregazione: l'assemblea vuole che venga mitigato il limite dei tre mandati successivi.

Questa, accettando la proposta della Congregazione, aggiunge che ciò farà "*communiter vero*": non si vuole che la regola venga applicata in maniera assoluta, bensì tenendo conto del bene della Federazione. Van Waeyenbergh, dal canto suo, fece presente al Cardinale il fatto che la funzione di segretario dovesse avere un carattere permanente, ferma restando la necessità di venir rieleto ogni tre anni. L'interesse della gestione degli affari correnti esige una continuità di funzione, tant'è vero che alcuni organismi come quelli accademici hanno segretari generali perpetui. Un segretario generale accumula una sempre maggior esperienza nel corso degli anni, intesse relazioni personali con i componenti della Federazione, con le altre Università del mondo nonché con organismi come l'Associazione internazionale delle Università e l'UNESCO. Tuttavia la rielezione di Padre Dezza per un quarto mandato, ch'ebbe luogo nel corso di quest'assemblea, pose un problema alla Congregazione. Tale rielezione non fu approvata. La Congregazione riconoscerà, in seguito, che questa decisione contribuì a creare un clima di diffidenza fra le parti.

Ma è soprattutto l'interpretazione e l'applicazione da parte della Federazione del famoso articolo 3 degli statuti che, nel corso degli anni seguenti, avrebbe fatto insorgere una crisi istituzionale grave, essendo determinante per definire il quadro delle relazioni fra Congregazione e Federazione. Quest'articolo tratta, come abbiamo detto, dei requisiti per entrare a far parte della Federazione. La domanda di riconoscimento di Università non istituite da parte della Santa Sede era rimasta senza risposta, in seguito alla richiesta formale seguita da Padre Dezza dieci anni prima, e poi a quello dell'Assemblea generale di Lovanio nel 1955. Ebbene, nel corso dell'assemblea di Washington, tenutasi dal 1 al 7 settembre 1963, un certo numero di Università di quest'ultimo tipo partecipò alle votazioni per i nuovi dirigenti della Federazione. P. Hesburgh, Rettore dell'Università americana di Notre-Dame (nell'Indiana), una di quelle né istituite né approvate dalla Santa Sede, venne eletto presidente. Avrebbe forse potuto la Congregazione approvare queste elezioni, dal momento che la questione dei criteri di cooptazione dei membri della FUC, più precisamente la questione delle Università "*explicite agnitae*" (riconosciute esplicitamente) e "*non erectae*" (non erette) non era stata chiaramente risolta? Avrebbero potuto queste ultime (*explicite agnitae*) far parte della FUC allo stesso titolo di quelle "*erectae*"? Mai un testo ufficiale e perentorio aveva dato una risposta chiara, riconosce la Congregazione, attenendosi alle posizioni espresse per lettera, che potevano talvolta essere interpretate in diverso modo. Ma essa considera



che il fatto di aver fatto votare le Università di questo tipo costituisce un vizio di procedura che le impedisce di approvare il voto. Inoltre è da aggiungersi il fatto che sia stato ammesso che i Rettori presenti potessero ricevere più d'una procura da parte de Rettori assenti.

La crisi sarà importante. La Congregazione conduce ampie consultazioni per sapere bene cosa fosse successo a Washington, constatando l'esistenza d'una reale crisi di fiducia fra sé e la Federazione. Essa ricevette i dirigenti uscenti ed i nuovi eletti, poi, senza dubbio dietro impulso diretto di Paolo VI, come scrisse P. Hesburgh, il dicastero risolverà la crisi adottando un nuovo atteggiamento. Il Cardinale Pizzardo scrive una lunga lettera a tutti i Rettori delle Università appartenenti alla Federazione, unendovi alcuni allegati. Giacché la Congregazione s'era formata la convinzione che le votazioni fossero viziate da nullità, spiega il porporato, essa aveva proposto che venisse nominata una commissione di nove persone per dirigere provvisoriamente la Federazione, sino allo svolgimento di un'altra assemblea. Ma, avendo consultato le Università aderenti, essa abbandona quest'ipotesi, che non aveva ricevuto un consenso generale, ed annuncia, viceversa, d'aver fatto propria la più ampia interpretazione dell'art. 3 degli statuti in vigore, ratificando così la cooptazione delle undici Università americane non canonicamente erette, proposta all'assemblea del 1955 a Lovanio ma rimasta senza conferma. Essa, in tal modo, sana la votazione avvenuta. La Congregazione ammette parimenti come la confusione dovuta all'interpretazione di quest'articolo spieghi la cattiva applicazione, pur in perfetta buona fede, della regola delle procure conferite ad altri, e, infine, ratifica l'elezione dei componenti della nuova *équipe* dirigente.

Ma, soprattutto, la Congregazione accetta la decisiva modifica statutaria chiesta dall'assemblea generale di Washington, che aveva preparato e discusso una nuova bozza statutaria in ventuno articoli, destinati a rimpiazzare gli undici precedenti, e l'aveva presentata alla Congregazione affinché venisse approvata. L'art. 1 conteneva il cambiamento fondamentale: non vi si parlava più della subordinazione all'autorità della Congregazione. L'assemblea dei Rettori propone che la Federazione della Università cattoliche – chiamata, in questa bozza, CUF (*Catholicarum Universitatum Foederatio*) – sia semplicemente descritta come una persona morale costituita dalla Sede Apostolica, senza più dire, come invece negli statuti ancora vigenti in quel momento, “ch'è istituita e resta sotto l'autorità ed il governo della S. Congregazione dei Seminarî e delle Università degli studi”. Il Cardinale, in effetti, allega a questa sua lettera una bozza contenente alcune modifiche da discutere nel corso della successiva assemblea, presentate incolonnate rispetto al testo proposto dai Rettori. Egli non modifica l'essenza dell'art. 1 sottopostogli,

vale a dire che la Congregazione accetta un nuovo inquadramento dei propri rapporti con la Federazione, non avendo più su quest'ultima quell'autorità diretta riconosciutale dai vecchi statuti. Nella sua bozza, tuttavia, il dicastero ribadisce il ruolo della Congregazione, chiamata a dare il proprio benessere alla cooptazione di Università come nuovi componenti, cosa di cui la bozza di Washington non faceva cenno. La Congregazione desidera anche il potere d'approvare l'elezione dei membri del consiglio. Le lettere inviate dai Rettori si felicitano del mutato atteggiamento della Congregazione e dell'instaurazione d'un nuovo rapporto della Federazione con la Santa Sede.

#### *4. Il consolidamento*

A partire da questo momento, dunque, i rapporti fra Federazione e Congregazione saranno più distesi. Gli scambi epistolari testimoniano una volontà condivisa di trovare una cornice statutaria adeguata. Il Presidente Hesburgh, nuovamente approvato, si rallegra per il lavoro svolto dalla Congregazione. In questo nuovo clima, quindi, la Federazione si mette al lavoro e, il 23 settembre 1964, il suo consiglio adotterà, come bozza per i lavori della successiva assemblea, convocata a Tokyo nel 1966, un nuovo progetto di statuto, sostanzialmente non differente da quelli precedenti, sottoponendolo poi alla Congregazione dei Seminarî e delle Università degli studi. Il Cardinale Pizzardo lo accetta apportandovi qualche ritocco, ed alcuni membri propongono a loro volta qualche emendamento. Lo scambio epistolare riprende e, il 16 marzo 1965, il Cardinale approva gli statuti, all'interno dei quali viene introdotta una novità: vi saranno due categorie di componenti: quelli *pleno iure* e quelli associati. Questi ultimi saranno Università od Istituti di livello universitario che non potrebbero essere ammessi nella Federazione avendo meno di tre Facoltà, o che non potrebbero, per varie ragioni, farne parte *pleno iure* (nelle lettere d'accompagnamento di queste bozze viene citata l'Università di Friburgo), nonché, infine, associazioni o organismi che, ad un qualunque titolo, s'interessino all'insegnamento superiore cattolico.

Nel corso di quest'andirivieni di testi, però, la Congregazione aveva notato un'eccessiva volontà della Federazione, diventata, dal 1965, Federazione *internazionale* delle Università cattoliche (FIUC), di rimuovere dagli statuti tutto ciò che avrebbe potuto far pensare ad una dipendenza dalla Congregazione, traendo le conseguenze della sua autonomia statutaria. Il dicastero cerca allora di garantire un equilibrio fra i diritti ed i doveri di ciascuno. Esso, da un lato, non desidera una totale autonomia della Federazione dalla Santa Sede, ma, dall'altro, riconosce la validità dell'argomento, esposto dalle Università

cattoliche ad essa appartenenti, secondo il quale lo statuto non avrebbe dovuto essere troppo differente da quelli delle federazioni di Università laiche, i quali escludevano categoricamente qualunque tipo di dipendenza da terzi. Nel settembre del 1964 venne consultato Paolo VI, che approvò la bozza di statuto proposta, e dunque l'autonomia dell'associazione, nonché il testo d'una *'Additio normativa'*, o protocollo d'intesa, che il Cardinale Pizzardo inviò alla Federazione. In esso si conferma come la Federazione dipenda dalla Congregazione: il governo della Federazione Internazionale delle Università cattoliche – si dichiara – resta sottoposto alla Santa Sede (si preciserà poi negli altri scritti relativi che si tratta della Congregazione), alla quale spetta di approvare gli statuti e, quando sarà necessario, di modificarli su proposta del Consiglio, da presentarsi prima dello svolgimento delle assemblee generali. Il Consiglio della Federazione farà conoscere l'ordine del giorno delle assemblee due mesi prima della loro convocazione, come pure il nome delle Università da cooptare o da associare e quello delle persone, sia Rettori, sia Professori ordinari, che possano assumere un mandato in seno al Consiglio. Il Consiglio, infine, riferirà – ogni anno e dopo lo svolgimento di un'assemblea – sulle attività della Federazione.

Il Cardinale trasmette tale protocollo al Consiglio della Federazione. Certamente – dice – gli statuti non menzionano né la Santa Sede, né la Congregazione per i Seminarî e le Università degli studi, eccezion fatta per l'articolo 17, ove si esige che il Presidente faccia una relazione al dicastero romano sulle attività svolte. Il Papa, però, onde ricordare le norme fondamentali regolanti l'agire della Federazione, ha approvato *'specialiter'* una *'additio normativa'* agli statuti. Il Cardinale raccomanda un uso discreto e riservato di questo protocollo, che non è destinato alla stampa e che non deve figurare fra i documenti ufficiali della Federazione, ed il cui solo scopo è quello di ricordare al Consiglio della Federazione i suoi doveri nei rapporti con la Congregazione. La Federazione accetterà e parimenti applicherà quest'accordo prima dell'assemblea generale di Tokyo, giacché fornirà, prim'ancora che quest'ultima si svolga, l'elenco delle Università già accolte in seno alla Federazione ma che non avevano ricevuto l'approvazione. Si chiede al dicastero di fare una *sanatio in radice* di queste scelte, onde poter aggiungere quelle alla lista ufficiale.

Il testo degli statuti verrà adottato durante l'assemblea generale di Tokyo, nel 1965, con una modifica marginale. La Congregazione approverà rapidamente il nuovo testo. Ma gli statuti saranno spesso ulteriormente modificati: fra l'assemblea generale di Boston (1970) e quella di Bangkok (2006), subiranno ancora otto modifiche. La metà delle assemblee generali dovrà pronunciarsi su questioni statutarie talvolta molto importanti – come il diritto di voto dei membri associati, la composizione del Consiglio della Federazione o la nomina

del Segretario generale –, talvolta meno, come il problema del pagamento delle quote e le sue conseguenze rispetto all'appartenenza alla Federazione. L'assemblea di Bangkok, nell'agosto del 2006, consacrerà ancora una lunga seduta alla revisione degli statuti, e sarà la più importante dopo l'assemblea di Tokyo. Verrà meglio sottolineata la posizione della FIUC nell'ambito della comunità internazionale, specialmente il suo carattere d'organizzazione internazionale non governativa, come pure il suo carattere di 'rete di reti', la struttura interna della sua attività in gruppi regionali e di settore, nonché il ruolo specifico del Centro di coordinamento della ricerca. Un numero importante di punti statutari verrà indicato come relativo all'amministrazione della Federazione. Ma gli elementi costitutivi della Federazione, aggiornati nel corso della sua breve storia, saranno implicitamente confermati: la FIUC è un'associazione che svolge una missione della Chiesa, in maniera autonoma, sotto la vigilanza della Santa Sede.

S'illustra, così, attraverso una storia movimentata, l'articolazione promossa dalla Chiesa fra l'attività accademica contraddistinta, fin dalla sua origine medievale, dalla volontà di lavorare liberamente all'evoluzione delle idee ed alla ricerca del vero, e l'impegno richiesto alle università cattoliche finalizzato "al servizio del Popolo di Dio e della famiglia umana" (*Ex Corde Ecclesiae*, 13) che si realizza mediante un legame istituzionale con l'autorità ecclesiastica, garante dell'unità della Chiesa. Trattasi d'articolazione difficile, giacché unisce diritti e doveri, iniziative e regolamentazione, rispetto delle culture locali ed attenzione per la cattolicità, nonché, infine, autonomia ed appartenenza alla Chiesa. Dove e come realizzare quest'articolazione? Di solito negli statuti e nei progetti di ciascuna delle Università cattoliche approvate, riconosciute o semplicemente note all'autorità ecclesiastica, che la Federazione fa conoscere *ad intra* ed *ad extra*. Ma, nei suoi statuti specifici, la FIUC promuove anche l'elemento universitario cattolico e l'importanza dell'azione delle comunità d'intellettuali cattolici che partecipano "alla riflessione continua... sul tesoro crescente della conoscenza umana" (*Ex Corde Ecclesiae*, 13). Essa è, per di più, un interlocutore nell'ambito delle istituzioni culturali di portata internazionale, e testimonia l'eccellenza dell'attività intellettuale ispirata dalla Rivelazione cristiana in seno al mondo universitario mondiale. La FIUC, così facendo, impegna il nome della Chiesa. Essa non si può attivare senza che la Santa Sede non sia istituzionalmente interessata ai modi con cui essa persegue i suoi fini. Non si tratta, in questo caso, solamente di controllo, parola cui si fa troppo spesso ricorso nello scambio epistolare fra Congregazione e FIUC durante gli anni di difficili relazioni, ma d'una partecipazione ad una comune responsabilità nel rispetto e nella fiducia.

# *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose – Analisi critica del Seminario Napoli – Fisciano del 15-16-17 ottobre 2009*

FABIO FALANGA

## 1. *Premessa*

Il compito che in questa sede mi è stato affidato, per quanto possa inorgoglire e gratificare, non si presenta di facile attuazione.

In primo luogo perché ragionare sul complesso sistema normativo che ha ad oggetto la libertà religiosa, la sua tutela e la sua trasposizione in diritto, richiede attenzione, preparazione e particolare sensibilità giuridica. Ma anche perché risulta assai ardua l'impresa di presentare osservazioni critiche in relazione ai contributi offerti al Seminario – tenutosi tra Napoli e Fisciano, nei giorni 15-16 e 17 ottobre 2009, ed avente ad oggetto una “Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose” – da esperti, studiosi e professori universitari.

Chiarirò subito che il presente lavoro, lungi dall'essere una rivisitazione del programma del Seminario, o ancor meno una pubblicazione ufficiosa dei suoi atti, tratterà esclusivamente di alcune delle tematiche poste all'attenzione dei presenti, selezionate per costruire un ragionamento completo, e che a parere dello scrivente sono apparse maggiormente significative ai fini di una valutazione generale sull'attuale necessità o meno di una legge generale sulle libertà religiose, ovvero sulla “libertà religiosa”.

L'osservata differenziazione terminologica presente nel titolo del Seminario, che riporta impropriamente la dicitura “legge generale sulle libertà religiose”, non rappresenta un eccesso di pignoleria critica, ma è viceversa la constatazione sostanziale che tale dizione plurale del termine “libertà religiosa” potrebbe creare grossi equivoci, limitando radicalmente il fine e le ambizioni del Comitato organizzatore dell'evento.

Vero è infatti che la libertà religiosa può manifestarsi sotto molteplici aspetti, e che questi in dottrina vengono fatti rientrare nei due sottoinsiemi che costituiscono l'unico concetto giuridico di libertà religiosa, quello

individuale e quello confessionale, ma è fondamentale, anche e soprattutto in termini concettuali, e per i negativi risvolti pratici che ne potrebbero conseguire, non tralasciare il senso pieno ed unitario della portata del principio di libertà religiosa.

Diversamente, non soltanto nella comune credenza, ma anche tra gli addetti ai lavori, si potrebbe innescare un pericoloso meccanismo teorico, sulla base del quale si potrebbe considerare *de jure condito* parzialmente attuata e tutelata una delle libertà religiose (quella confessionale, ad esempio), e quindi stimolare in senso contrario il legislatore, che potrebbe considerare, tutto sommato, attuato il diritto di libertà religiosa nel nostro ordinamento.

Non è possibile una tutela o un'attuazione solo parziale del diritto di libertà religiosa, in quanto la sua ontologica unicità, ed il reale senso del suo contenuto, non ne ammettono una realizzazione "frammentata", se non a costo della totale disapplicazione del diritto stesso.

Operata questa, a mio parere, necessaria osservazione di carattere preliminare, è adesso possibile svolgere un'analisi complessiva sulle argomentazioni trattate.

Il Seminario, dedicato al Prof. Leopoldo Elia, è stato presentato dal Prof. Valerio Tozzi. Hanno partecipato alla tre giorni di lavori, offrendo il proprio contributo, i prof.ssoi (in ordine di comparizione) Laura De Gregorio, Vincenzo Pacillo, Antonio Chizzoniti, Gianfranco Macrì, Angelo Licastro, Pierluigi Consorti, Giuseppe Rivetti, Roberto Mazzola, Paolo Cavana, Nicola Fiorita, Daniela Milani, Alessandro Ferrari, Marco Parisi, Luciano Zannotti, Erminia Camassa, Maria Fausta Maternini Zotta, Antonio Fuccillo, ed il Prefetto di Siracusa dott.ssa Fiorella Scandura, già funzionaria del Ministero dell'Interno ed esperta dei problemi ecclesiasticistici.

Nonostante il ritardato inizio ed alcune assenze, il Seminario è stato gestito bene dagli organizzatori, gli interventi sono stati tutti molto concisi, precisi e rispondenti ai temi assegnati, creando i presupposti per un soddisfacente approfondimento della materia oggetto del Seminario, che ha spaziato da un'analisi sinottica dei contenuti dei progetti di legge sulla libertà religiosa presentati dal 1990 ad oggi, passando per le diverse problematiche ad essi correlate e per quelli che dovrebbero essere i contenuti della futura legge, per poi sfociare nell'incontro-confronto con i politici ed i giornalisti, che secondo gli organizzatori sarebbe sempre auspicabile per creare un canale di comunicazione tra la dottrina e la pratica applicazione di principi e diritti.

Credo che proprio quest'ultima fase del Seminario, nella quale i lavori sono stati estesi a soggetti diversi dalla ristretta cerchia di specialisti in dottrina – e che ha visto, tra gli altri, anche l'appassionato e rilevante intervento dell'ex Presidente della Camera dei Deputati, on. Fausto Bertinotti – costituisca un positivo prece-

dente per la realizzazione dei futuri seminari e convegni, atteso che, in qualunque contesto, la condivisione di lavori, idee, passioni ed esigenze, favorisce sempre la coesione, che in questo caso potrebbe sviluppare quell'“avvicinamento” necessario per “sanare” l'annosa frattura esistente tra dottrina e politica.

## 2. *Sull'esigenza di emanazione della legge quadro nazionale sulle libertà religiose*

Da quanto argomentato in sede di Seminario, e da quel che si evince dall'estratto della relazione di presentazione del prof. Tozzi, il Comitato organizzatore del Seminario percepisce l'esigenza della legge quadro sulle libertà religiose «*non come problema laterale e di completamento della vigente disciplina statale della tutela del fenomeno religioso, tutta giocata sul modello delle relazioni bilaterali fra Stato e confessioni religiose, ma come ripensamento di quel modello*», che, senza affatto negare l'utilità e la stessa vigenza costituzionale delle relazioni convenzionate, le ponga però in una più equilibrata collocazione rispetto all'interesse primario sancito dalla Costituzione: (e cioè) la tutela delle esigenze religiose delle persone umane e dei gruppi di loro aggregazione, di qualsiasi entità, consistenza, radicamento sociale, non solo delle confessioni religiose, e non solo di quelle più influenti.

L'idea guida da cui nasce l'esigenza di una normativa generale sulla libertà religiosa, è quindi per il Comitato organizzatore del Seminario, quella di creare un maggiore equilibrio tra l'esistenza della contrattazione bilaterale tra Stato e confessioni religiose, e la necessità di contemperare le esigenze relative alla piena attuazione dell'uguaglianza e della libertà religiosa sia sotto il profilo confessionale che individuale, anche se questo dovesse comportare un ripensamento dell'intero modello sancito dagli artt. 7 e 8 della Costituzione.

In effetti, la regola dell'eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, ex art. 8 comma 1 Cost., impone che i singoli interventi – tanto di origine unilaterale quanto di derivazione pattizia – volti a disciplinare lo specifico religioso, così come lo scenario complessivo da quelli disegnato, delineino un panorama uniforme, nel quale eventuali differenziazioni nel trattamento normativo delle confessioni possano essere misurate esclusivamente secondo un'unità di misura qualitativa, e mai di natura quantitativa.

Nella fattispecie, il principio in esame sancisce che tutte le confessioni religiose godano della medesima libertà nell'accesso allo strumento pattizio, il che esclude senz'altro la legittimità di un'impostazione – quale mantenuta sinora – che affidi alla discrezionalità dell'esecutivo la decisione sull'opportunità di accedere alle trattative: da qui, secondo il Comitato organizzatore

del Seminario, l'esigenza di *una normativa generale sulla libertà religiosa*, con la quale lo Stato (unilateralmente) vada a dettare le condizioni e i requisiti generali che una qualunque confessione religiosa deve possedere per definirsi tale, e per stipulare un'intesa con lo Stato.

In questo senso, fondare finalmente l'accesso allo strumento pattizio da parte delle confessioni in termini di "diritto" e non di "opportunità politica" o "forza contrattuale", consentirebbe di abbattere le barriere all'ingresso che sinora hanno alimentato ed inasprito le antiche discriminazioni.

In secondo luogo, assicurato l'accesso alla contrattazione con lo Stato in condizioni di eguaglianza, la medesima indicazione deve valere nella disciplina concreta destinata a regolare i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose. Questo, per operare in senso antidiscriminatorio, evitando che alla (obbligata) diversità si accompagni la (illegittima) disparità; si eliminerebbe così la creazione di qualunque privilegio – non solo economico – a favore di una o più confessioni religiose: trattamento preferenziale, che già è illegittimo quando è mirato ad agevolare le minoranze, e che lo è a maggior ragione quando garantisce posizioni di vantaggio competitivo a gruppi che minoranze non sono, traducendosi inevitabilmente nella fruizione di una maggior misura di libertà da parte delle organizzazioni favorite e, per traslato, in una violazione del principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, 2 comma, Cost.

Quanto alla dimensione individuale della libertà religiosa, il prof. Tozzi facendo riferimento all'art. 19 della Cost. sostiene che *«se l'oggetto della dimensione pubblica del fenomeno religioso è la religiosità come comportamento umano e non il potere di gruppi religiosi dominanti, sarà la legge sulle libertà religiose a dover regolare il diritto individuale e collettivo di libertà di professione di fede religiosa»*, in maniera uguale per tutti, costituendo la base sulla quale innestare i raccordi da stabilire nella legislazione contrattata con i gruppi più presenti e radicati nella società.

Mi chiedo però se il problema non sia a monte. Il diritto di libertà religiosa individuale consiste unicamente nella libertà individuale di professione di fede religiosa? Se dovessimo considerare il mero art. 19 della nostra Costituzione, paradossalmente si potrebbe dare una risposta positiva a questo quesito.

Difatti l'art. 19 della Costituzione sancisce il diritto di libertà religiosa in maniera piuttosto singolare: anziché proclamare l'inviolabilità assoluta della libertà religiosa individuale, si "limita" a descrivere gli elementi costitutivi della fattispecie da tutelare (il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, la libertà di propaganda, il diritto di esercitare il culto).

Manca del tutto un minimo riferimento alla libertà di coscienza, consistente proprio nella possibilità di formare entro di sé convincimenti religiosi, areligiosi o irreligiosi che siano, in modo consapevole e responsabile e perciò



libero, cioè al riparo da interferenze, condizionamenti e pressioni esterne di ogni sorta, e quindi elemento essenziale dell'idea moderna di libertà religiosa, che trova le sue radici nella magistrale definizione del Ruffini, secondo cui tale è la libertà riconosciuta all'individuo *“di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla”*.

Per cui mi chiedo se in presenza di norme costituzionali, sul tema, incomplete, non ben determinate e largamente inattuato, sia sufficiente, come prospettato dal prof. Tozzi, una normativa generale sulla libertà religiosa per tutelare questo diritto?

Se, com'è stato affermato, la libertà religiosa «nella sua più alta accezione, è un diritto soggettivo dell'individuo, non esclusivamente pubblico., non negativo., non unico., non assoluto., ma relativo poiché trova un limite nei diritti degli altri e anche da loro deve essere garantito; certamente comprensivo della libertà di coscienza», mi permetto di esprimere dei dubbi sull'effettiva efficacia di una mera normativa generale sulla libertà religiosa, senza la reale acquisizione da parte dell'ordinamento costituzionale, della piena portata del diritto di libertà religiosa; considerando anche la struttura normativa che secondo lo stesso Tozzi (facendo propria una linea del prof. Elia) dovrebbe avere l'auspicata legge, e cioè impostata sulla falsa riga di quelle promulgate sull'aborto e sul divorzio, ossia *«leggi non impositive, ma permissive senza obbligare, mitigate da mirate e limitate previsioni di obiezioni di coscienza, quando implicino l'azione anche di soggetti terzi»*.

### 3. *Sui contenuti della futura legge*

Dall'articolazione dei contributi dei relatori, e dai temi loro assegnati dal Comitato organizzatore del Seminario, si delineano i tratti generali, e le problematiche che l'auspicata legge generale dovrebbe approfondire, e quindi risolvere, ai fini della piena attuazione della libertà religiosa.

Tra queste, particolare rilevanza è stata riservata alle garanzie per la persona (*in primis* libertà di coscienza e di culto), alle garanzie per la persona nelle formazioni sociali a carattere religioso (l'adesione alla confessione religiosa, la libertà del soggetto all'interno della formazione sociale, la possibilità di poter liberamente recedere dalla confessione), ed alle garanzie per i soggetti collettivi (come il riconoscimento delle organizzazioni a carattere religioso).

Si è poi discusso di altre tematiche, che in maniera diretta o indiretta, dovrebbero essere trattate dalla futura legge generale sulla libertà religiosa, e cioè quelle relative alle esigenze strumentali delle organizzazioni religiose, con particolare riferimento alla disciplina dei finanziamenti e delle agevolazioni

riservate (oggi più o meno arbitrariamente) alle confessioni religiose; quelle relative allo spazio fisico della vita religiosa, ed all'effettiva possibilità e libertà di potere edificare e dedicare determinati edifici alla professione di un culto; la disciplina normativa del personale religioso, e le differenziazioni attualmente esistenti per i ministri di culto di confessioni religiose non riconosciute; le importanti tematiche relative all'insegnamento della religione nelle scuole; il problema della bioetica, con i riferimenti agli ultimi eclatanti casi di cronaca (ad esempio il caso Englaro), ed al c.d. testamento biologico.

Tutti argomenti di spessore, trattati con coinvolgimento da parte dei professori intervenuti, che ne hanno ben delineato il panorama operativo e gli attuali limiti, descrivendo le singolarità del nostro sistema normativo in merito all'attuale tutela della libertà religiosa sia sotto il profilo individuale che collettivo.

In questo contesto, mi piace riportare un orientamento che ho raccolto con estrema condivisione, quello inerente all'intervento del prof. Macrì, il quale nell'elaborare un complesso ragionamento sul meccanismo di sussidiarietà tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale, focalizzando l'attenzione sulla tutela europea della libertà religiosa, e sul contributo che sempre e maggiormente potrà dare la Corte europea dei diritti dell'Uomo all'evoluzione, allo sviluppo ed alla diffusione del principio, ha affermato che *«quella dei diritti fondamentali è un'Europa che non minaccia, perché non toglie, ma se mai aggiunge, rispetto alla sovranità degli Stati»*.

Per cui, secondo lo stesso Macrì, il legislatore nell'elaborazione dei contenuti della futura legge generale, quando dovrà regolare il diritto individuale e collettivo di libertà di professione di fede religiosa, sarà ai trattati europei che dovrà fare riferimento, con particolare attenzione anche a quanto sentenziato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Sul punto, un esempio dell'effettivo contributo che dall'Europa potrebbe pervenire per la riqualificazione del diritto di libertà religiosa in Italia, specialmente sotto il profilo individuale, ci è dato proprio in questi giorni, dall'ultimo orientamento espresso dalla citata Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in merito alla necessità di rimuovere il crocefisso dalle aule scolastiche delle scuole statali, in quanto costituente una violazione della libertà di religione degli alunni. *“Non si è in grado di comprendere”*, scrivono i sette giudici estensori della sentenza, tra cui l'italiano Zagrebelsky, *“come l'esposizione, nelle classi delle scuole statali, di un simbolo che può essere ragionevolmente associato con il cattolicesimo, possa servire al pluralismo educativo che è essenziale per la conservazione di una società democratica così come è stata concepita dalla Convenzione europea dei diritti umani, un pluralismo che è riconosciuto dalla Corte Costituzionale italiana”*.

Non posso invece accogliere con lo stesso entusiasmo l'altra posizione di Macrì, che tuttavia è sembrata essere anche quella della quasi totalità degli intervenuti, in merito allo strumento giuridico che il legislatore dovrebbe adoperare per riformare il diritto di libertà religiosa in Italia: una legge ordinaria volta ad agevolare l'esercizio di un diritto di libertà dei cittadini; una legge comune in grado di rendere operative le garanzie degli art. 19 e 20 della Costituzione.

Sul punto, la mia non totale condivisione nasce dalla constatazione che il diritto di libertà religiosa è un diritto relativo nel tempo e nello spazio, e che la nostra impostazione costituzionale risulta essere a mio avviso poco confacente, se non del tutto sorpassata, rispetto all'attuale contesto multi-culturale. Per cui una legge ordinaria di carattere generale sulla libertà religiosa, non potrebbe costituire un passo avanti verso la piena attuazione del diritto, ed anzi riproporrebbe necessariamente in maniera pedissequa l'attuale inadeguata impostazione costituzionale.

4. *Sul possibile rapporto tra jus condendum (legge sulla libertà religiosa) e jus conditum (Concordato e leggi di approvazione delle intese).*

Credo che, soprattutto, un giovane studioso debba sempre assumere una posizione di aperto confronto, e non "trincerarsi" all'interno delle proprie posizioni e dei propri convincimenti.

Per cui, pur avendo dimostrato di non nutrire simpatie nei confronti dell'idea di una normativa generale di rango ordinario sulla libertà religiosa, accolgo favorevolmente il tentativo promosso dal prof. Pacillo, di ipotizzare *de jure condendo*, sotto un profilo prettamente tecnico giuridico, quali sarebbero le possibili alternative concrete per sviluppare un rapporto giuridico non "dicotomico" tra la prospettata normativa generale sulla libertà religiosa e l'attuale contrattazione bilaterale prevista dagli artt. 7 e 8 della Costituzione.

Secondo Pacillo, esistono quattro possibilità per rendere compatibile con la nostra attuale impostazione costituzionale, una legge generale sulla libertà religiosa: la rinuncia totale al principio di bilateralità, mediante la modificazione dell'art. 7 comma 2 della Cost. ovvero la denuncia del Concordato (mediante il procedimento di revisione costituzionale *ex* art. 138 Cost.) e l'abrogazione o modificazione del 3 comma dell'art. 8 Cost.; la sola modificazione del 3 comma dell'art. 8 Cost., ma questo comporterebbe la sola scomparsa del principio di bilateralità lasciando irrisolta la questione del Concordato; l'adozione del sistema del "doppio binario", lasciando alla legge sulla libertà religiosa il compito di concretizzare alcuni principi di cui all'art.

19 Cost., e quello di disciplinare i rapporti tra lo Stato e le confessioni che non vogliano, o non possano stipulare intese; ed infine l'emanazione di una legge costituzionale finalizzata all'abrogazione di ogni legge di esecuzione di intesa, entrata in vigore dal 1984 in poi, e la conseguente assunzione da parte della normativa generale sulla libertà religiosa del ruolo di "norma quadro" per la disciplina dei problemi che si prestano ad una soluzione uniforme, continuando a lasciare agli accordi ed alle intese il ruolo di disciplinare le questioni che sono di particolare interesse per le singole religioni.

Pur non considerando attuabile nessuna delle soluzioni prospettate da Pacillo, ritengo che allo stesso debba essere riconosciuto il merito di aver sollevato un problema fondamentale, cioè quello della pratica compatibilità di una normativa generale sulla libertà religiosa con la nostra attuale impostazione costituzionale; problema che il legislatore all'atto della presentazione dei progetti di riforma sulla libertà religiosa, ha ben pensato di sottovalutare, ponendo questi progetti come una "naturale" alternativa alla cd. legge sui culti ammessi, e continuando a preservare l'attuale sistema discriminatorio di tutela del solo aspetto collettivo della libertà religiosa basato su tre diversi livelli: quello della Chiesa cattolica, quello delle confessioni vantanti un'intesa con lo Stato, e quello delle confessioni religiose non riconosciute.

##### *5. Valutazioni conclusive*

Alla luce della tre giorni di Seminario, e dei risultati tradotti dalle riflessioni svolte sul tema e dallo studio che ho dedicato ai progetti di riforma sulla libertà religiosa, alla domanda posta in premessa "*è necessaria una normativa generale sulla libertà religiosa?*", di getto, senza esitare, sento di rispondere come ha fatto la prof.ssa Camassa, nell'ambito del suo contributo ai lavori con la relazione svolta sui problemi della bioetica, affermando: "*meglio nessuna legge che una brutta legge*".

Perché qui in discussione non è l'ovvietà, e cioè se sia necessaria o meno una riforma normativa sulla libertà religiosa. Ma si discute se lo strumento della normativa generale di rango ordinario sia utile per riformare in materia di libertà religiosa.

È sotto gli occhi di tutti, difatti, la necessità di riformare il sistema della libertà religiosa in Italia; è dai più condiviso che esiste un grave problema di tutela della libertà religiosa, in particolar modo sotto il profilo individuale, e che l'attuale tutela è fortemente discriminatoria, con particolari privilegi riconosciuti alle sole confessioni religiose di "peso"; ma sono davvero pochi quelli che hanno il coraggio di prospettare soluzioni realmente migliorative,

anche a costo di alterare gli attuali equilibri politici e la consolidata impostazione costituzionale.

Senza dubbio alcuno, ritengo, che il limite più grande alla concretizzazione di un'efficiente riforma sulla libertà religiosa sta nello strumento normativo che il legislatore ha prescelto: la legge ordinaria.

Quest'idea, a dire il vero, del tutto trascurata dal Comitato organizzatore del Seminario, nasce dalla chiara considerazione che, come sostenuto da autorevole dottrina, non è possibile degradare a livello di legislazione ordinaria, un principio fondamentale come quello della libertà religiosa; significherebbe dare l'opportunità ad ogni nuovo Governo di comprimere, smorzare, modificare o abrogare a proprio piacimento tale diritto fondamentale.

Il motivo per cui il legislatore ha scelto questa strada consapevolmente inutile, è da ritrovarsi principalmente nella mancanza di quella forza e di quella convinzione politica, necessarie per rimettere in discussione i privilegi del "Concordato" ed il "sistema delle intese".

Emblematico, per comprendere la posizione del nostro legislatore, e dei tanti politici ed ecclesiastici cattolici, quanto affermato da Mons. Betori, con toni dogmatici, in Commissione Affari Costituzionali il 26 novembre 2002, nell'ambito delle consultazioni relative ad uno dei progetti di riforma sulla libertà religiosa: *"La garanzia dell'uguaglianza nella libertà di tutte le confessioni religiose, non deve e non può tradursi, nella rivendicazione dell'uguaglianza nel trattamento e, conseguentemente, in un presunto diritto all'intesa. È giusto disciplinare la materia, ma è essenziale non alterare i caratteri costitutivi del sistema costituzionale, che prevedono chiara la garanzia complementare, ma distintamente offerta, alla chiesa Cattolica e a tutte le altre confessioni religiose"*.

È proprio per non intaccare questo equilibrio, molto caro ai maggiori esponenti del "clericalismo" (che a tutt'oggi tende ad orientare i voti dei fedeli, perpetuando quel potere "temporale" che vuole, categorico e conveniente, il connubio tra sfera spirituale e diritti civili), che dal novanta (come abbiamo visto) si cerca di impostare un'improbabile legge ordinaria sulla libertà religiosa, che non potrà mai trovare approvazione in quanto contraddittoria nel suo stesso fine: proclamare l'uguale libertà religiosa per tutti (confessioni religiose, individui, atei), ma contemporaneamente lasciare in vigore le disposizioni particolari previste in virtù di Concordato ed intese, ed intatte le nostre lacune costituzionali in merito alla tutela del profilo individuale del diritto di libertà religiosa.

Concludendo, ritengo che per l'affermazione del principio di libertà religiosa in Italia, sia necessaria una svolta radicale: un ripensamento profondo dell'intero sistema, che vada a rivalutarne anche e soprattutto gli assetti costituzionali.

...Ma i laici come stanno attuando il Concilio Vaticano II? Riflessioni a margine di un saggio di Fulvio De Giorgi

ANTONINO MANTINEO

Il saggio di Fulvio De Giorgi<sup>1</sup> analizza una tematica sulla quale da tempo diversi studiosi si interrogano se e in che misura i cattolici in Italia danno quella testimonianza e quel contributo che si rendono necessari per vitalizzare la Chiesa del nostro Paese e renderla idonea alla sua missione evangelizzatrice, nonché per essere nella comunità civile quel lievito e quella lucerna che rinnova la società e la illumina anche nella notte buia che stiamo attraversando<sup>2</sup>.

Intento del contributo sembra essere racchiuso nella stessa titolazione: i laici come la Chiesa appaiono come un anatroccolo brutto, sgraziato che potrà diventare cigno solo se saprà coltivare ed alimentare tutti gli elementi non certo somatici, ma sostanziali – di essenza e di natura – che potranno restituire sia alla Chiesa che ai laici stessi il loro vero volto.

La constatazione di avvio dell'A. è che oggi il laicato è inadeguato e la Chiesa si presenta come *casta meretrix*, “un ossimoro che la dice lunga sul «mistero» celato nella Chiesa di tutti i tempi, dalle origini fino a oggi”<sup>3</sup>.

Un altro elemento utile per ricostruire l'analisi di De Giorgi è costituito

---

<sup>1</sup> Cfr. FULVIO DE GIORGI, *Il brutto anatroccolo. Il laicato cattolico italiano*, Cinisello Balsamo, Ed. Paoline, 2008.

<sup>2</sup> Cfr. la ricerca di FRANCO GARELLI, *La Chiesa in Italia. Struttura ecclesiale e mondi cattolici*, Bologna, Il Mulino, 2007. Tra i saggi più recenti, si segnala G. BIANCHI, *Martini “politico” e la laicità dei cristiani*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2007. Da ultimo, si v. STEFANO PICCIAREDDA, *Il '68 dei cattolici*, in *statoecliese.it*, maggio, 2009. Sul versante del diritto canonico, per tutti, si v. ANNE ASSELIN, *Vingt ans après la promulgation du Code de droit canonique: Qu'en est-il du service des laïcs dans l'Église?*, in *Studia canonica*, 3/1, 2004, pp. 85-109.

<sup>3</sup> Cfr. CARLO GHIDELLI, *Prefazione*, in FULVIO DE GIORGI, *Il brutto anatroccolo*, cit., p. 7 e ss. L'ossimoro di *casta meretrix* è stato utilizzato da S. Ambrogio nel suo *Commento al Vangelo di Luca*, in *Commento*, 3, pp. 17-23. Sono varie le interpretazioni dell'espressione: per valutazioni opposte, si v. GIACOMO BIFFI, *Casta meretrix. Saggio sull'ecclesiologia di Ambrogio*, Casale Monferrato, Piemme, 1996; per una valutazione storicizzata dell'espressione, nel senso che la Chiesa è “allo stesso tempo santa e peccatrice”, per tutti v. HANS KÜNG, *La Chiesa*, Brescia, Queriniana, 1972, p. 379.

dal *fondamento* su cui poggia la sua riflessione, che trae spunti dal pensiero e dalla testimonianza di padri nobili del cattolicesimo sociale e del magistero ecclesiale: da Rosmini, innanzitutto, sul quale ha sviluppato significativi studi di pedagogia e di storia della pedagogia<sup>4</sup>, ed, ancora, da Lazzati, Dossetti, Oscar Romero, dal cardinale Martini, don Milani, mons. Bello, dal vescovo caro all'A., mons. Minguzzi, dal cardinale Ballestrero (p. 9).

Questo quadro di riferimento ci permette di mettere in luce lo stile autobiografico che accompagna tutto il lavoro, che, per altro, sembra essere l'esito di una riflessione meditata e misurata, che si presenta come un mosaico di tessere assemblate non in modo approssimativo, né improvvisato. Lo scritto, infatti, risulta dalla armonica composizione di un insieme di saggi e studi, tutti accomunati dalla ricerca e dalla dimensione di fede vissuta. Il contributo, pur ispirato da contenuti, rigore e metodo scientifici, è, parimenti, intriso di profonda spiritualità, per cui si riconoscono in esso le qualità dello studioso e il pregio della persona che si mette in gioco, anche in modo autocritico, nella sua dimensione di credente, oltre che di ricercatore. De Giorgi si narra come testimone di una spiritualità intrisa dallo e formata allo spirito della Chiesa del Concilio Vaticano II e che, pure, si arricchisce del magistero pontificio e di quello episcopale. Questa circostanza ci autorizza ad apprezzare la sua coerenza e la sua sincera fede, anche quando gli si poteva chiedere, forse, un maggiore coraggio nella sua lettura della deriva che attraversa la Chiesa italiana e che fa temere, allo stesso De Giorgi, uno *scisma sommerso* (p. 77)<sup>5</sup> e, più in generale, un dissenso e un disagio di tanti che avvertono le distanze che separano oggi dallo *spirito conciliare* e dal vangelo di Cristo. Su alcuni di questi passaggi che, forse, avrebbero richiesto un esercizio maggiore di libertà di parola, mi permetterò di ritornare, non certo per sminuire il valore dell'opera, quanto, piuttosto, per offrire un personale contributo sul tema, con il solo intento di proseguire nella riflessione avviata dall'A. sull'impegno cui è oggi chiamato il laicato.

Mi preme, subito, richiamare i due interrogativi di fondo che attraversano tutto il lavoro: come sarebbe il laicato senza il Concilio Vaticano II (p. 71) ?;

---

<sup>4</sup> Cfr. FULVIO DE GIORGI, *Antonio Rosmini e il suo tempo. L'educazione dell'uomo moderno tra riforma della filosofia e rinnovamento della Chiesa (1797-1833)*, Brescia, Morcelliana, 2003; Id., *Cattolici ed educazione tra Restaurazione e Risorgimento*, Milano, ISU Università Cattolica, 1999.

<sup>5</sup> L'espressione "scisma sommerso", che sempre più spesso è richiamata per indicare il disagio di tanta parte dei cattolici italiani e stranieri, si deve al saggio di PIETRO PRINI, *Lo scisma sommerso. Il messaggio cristiano. La società moderna e la Chiesa cattolica*, Milano, Garzanti, 1999, in cui l'A. riprende una delle cinque piaghe della Chiesa, come descritte da Antonio Rosmini, per deprecare la distanza che intercorre tra gli insegnamenti della gerarchia ecclesiastica e la pluralità dei fedeli, i quali nella vita concreta disattendono le indicazioni del Magistero.

e, l'altro: in che periodo della storia della Chiesa ci troviamo (p. 31)?.

Le due domande si intersecano fra loro e mentre fanno emergere altre questioni che interpellano la fede, si va definendo, per merito dell'A., una prospettiva di speranza e di impegno cui sono chiamati la Chiesa e, in modo speciale, i laici.

Sul primo interrogativo, De Giorgi constata come era proprio di una Chiesa *totalitaria*, quale *societas perfecta*, come definita fino al Concilio Vaticano I, costituirsi e proporsi come modello gerarchico, in cui tutto il potere era riconosciuto all'autorità ecclesiastica, così che i laici erano qualificati come sudditi e beneficiari della grazia, solo nella misura in cui fossero ossequiosi nei confronti della gerarchia. Da ciò discendeva la conseguenza che i laici, singoli o organizzati, non avevano alcun ruolo, non partecipavano alla vita della Chiesa se non come destinatari del ministero della salvezza<sup>6</sup>.

La condizione dei laici, come determinata dalla Chiesa pre-conciliare, non appare a De Giorgi del tutto superata, né modificata nella odierna ecclesiologia e nella prassi seguita dai laici medesimi. Egli nota, infatti, come un analfabetismo del laicato, quasi di ritorno alle posizioni pre-conciliari e, di rimando, la produzione di una "pure inconsapevole chiusura della gerarchia ecclesiastica in quell'autoreferenzialità, che la rende intoccabile", simile alla condizione del *ceto* politico. Non appaia inopportuno questo rimando e parallelismo tra la crisi della vita della Chiesa, e la crisi della democrazia che investe molte società occidentali, compresa quella italiana<sup>7</sup>. Sul punto, infatti, l'A. osserva come mentre si continua a parlare di democrazia, si vanno implementando logiche e procedure antidemocratiche (p. 49); il modello classico della democrazia rappresentativa e parlamentare appare in crisi quasi irreversibile e viene sostituito, nella prassi, da logiche oligarchiche. Parimenti, si continua a parlare del Concilio Vaticano II, mentre, nei fatti, si vanno implementando logiche non conciliari, disattendendone anche i deliberati. Rientrano fra coloro che prendono le distanze e smentiscono il Concilio Vaticano II anche quelli che lo ritengono una *parentesi* da cui allontanarsi in fretta, per ripristinare una Chiesa, quale unica agenzia di salvezza, cittadella e fortezza che avverte di doversi difendere dall'*esterno* e, talvolta, anche dall'*interno* (p. 71).

---

<sup>6</sup> Per i riflessi prodotti da questa impostazione sulla vita delle associazioni laicali nella Chiesa, si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Torino, Giappichelli, 2008, in specie p. 119 e ss.

<sup>7</sup> Utile appare il contributo recente di GAETANO SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, Laterza, 2008; nonché quello di MASSIMO L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Bari, Laterza, 2009:



L'A., invece, sceglie di stare dalla parte dei principi conciliari<sup>8</sup>, individuando in essi la via maestra che può restituire la Chiesa al servizio dell'uomo, di ogni uomo, anche di quello che non è stato direttamente toccato dalla *historia salutis* compiuta dall'evento della venuta del Cristo<sup>9</sup>. In ciò, De Giorgi sembra condividere gli spunti di alcuni teologi, fra i quali, per ultimo, lo stesso Vito Mancuso, i quali, sul fondamento del Concilio Vaticano II, prendono le distanze dalla concezione agostiniana dell'*extra ecclesiam nulla salus*, proponendo una Chiesa quale mezzo di salvezza, non esclusivo né, ancor meno, fine della salvezza<sup>10</sup>.

L'A. si spinge con sincera e critica analisi a considerare quali siano, allora, i punti dolenti, o, come egli preferisce dire, in ossequio al lessico rosminiano, le cinque piaghe del laicato, che richiedono una conversione profonda, costituendo dei crinali decisivi per lo stesso futuro della Chiesa. Da ciò si può comprendere come solo un laicato *rinnovato evangelicamente* può proiettare verso il futuro una Chiesa che possa dare attuazione al Concilio Vaticano II. Come a dire, secondo un'espressione utilizzata di recente, occorre che si affermi la laicità quale dimensione della vita ecclesiale, che richiede la laicità del credente come pure la laicità della Chiesa<sup>11</sup>.

Il Concilio Vaticano II ha proposto, infatti, l'immagine di una Chiesa come realtà di popolo pellegrinante nella storia, popolo messianico che "cammina alla ricerca della città futura e permanente"<sup>12</sup>. Questa Chiesa porta con sé una identità ed una vocazione laicale, nel senso che essa è chiamata ad essere sempre più popolo, come anche il termine *laós* sta ad indicare<sup>13</sup>. In quanto

---

<sup>8</sup> Per richiami alla prospettiva e alla disciplina nuove offerte dal Concilio Vaticano II sul ministero dei laici, si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *op. ult. cit.*, p. 127 e ss.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione ed un'analisi dei contributi teologici sul tema, cfr. GIANLUIGI PASQUALE, *La teologia della storia della salvezza nel secolo XX*, Bologna, Dehoniane, 2001.

<sup>10</sup> Vedasi di VITO MANCUSO il recente contributo, *Cosa vuol dire la salvezza al di fuori della Chiesa*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2009.

<sup>11</sup> GREGORIO BATTAGLIA, *Solo il Vangelo. Laicità del credente, laicità della Chiesa*, in *Horeb*, 1, 2009, pp. 41-48. *Ivi*, sono richiamati, in particolare, GIUSEPPE BARBAGLIO, *La laicità del credente*, Assisi, Cittadella Editrice, 1987, p. 123; YVES CONGAR, *La chiamata di Dio*, in AA.VV., *Il popolo nel cammino dell'umanità*, Roma, 1970, p. 53.

<sup>12</sup> Cfr. *Lumen Gentium* n. 9. Sul versante teologico, piace qui richiamare, tra i primi, YVES CONGAR, *Per una teologia del laicato*, Brescia, Morcelliana, 1967; KARL RAHNER, *L'apostolato dei laici*, in *Saggi sulla Chiesa*, Roma, 1966, in particolare, p. 213 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. il contributo classico di GIORGIO FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 47 e ss. Era stato lo stesso Paolo VI, in *Insegnamenti di Paolo VI*, 1, Roma, 1963, p. 570, ad esprimersi sul superamento operato dalla nuova ecclesologia conciliare e sulla necessità che il laico prendesse coscienza di essere elemento attivo della Chiesa. Per una considerazione sui riflessi ecclesologici e teologici della costituzione *Gaudium et Spes* sulla vita della Chiesa, cfr. ERIK BORGMAN, "Gaudium

tale, la Chiesa non può lasciarsi trascinare da tentazioni di tipo settario o elitario, perché è insito nella stessa nozione di popolo l'idea di abbracciare tutto e tutti, senza distinzione di genere, razza, generazione, cultura.

Richiamiamo brevemente gli elementi di criticità del laicato italiano, come proposti dall'A.

La prima carenza del laicato gli appare quella di una adeguata, noi diremmo, *originale ed originaria*<sup>14</sup>, *spiritualità del laicato* (p. 89). Non è stata sostituita, infatti, alla spiritualità propria degli istituti secolari, estesa con automatismo ai laici – impostazione questa propria della Chiesa pre-conciliare – una rinnovata ed aggiornata spiritualità che si dovrebbe fondare sulla radicalità evangelica, come espressa dalle beatitudini; terreno questo ove i laici potrebbero trovare tanti punti di contatto con le donne e con gli uomini di *buona volontà*, che pure non si dichiarano cristiani<sup>15</sup>.

La seconda carenza è quella di una soggettività pastorale dei coniugi, passando, cioè, da una soggettività individuale ad una pastoralità di coppia. L'immagine trinitaria dell'Amore trova, infatti, una sua pienezza nella vocazione dell'amore sponsale che unisce, come una sola carne, lo sposo alla sposa<sup>16</sup>.

---

*et Spes*": il futuro mancato di un documento rivoluzionario, in *Concilium*, 4/2005, Queriniana, pp. 64-75; in particolare, *ivi*, p. 68 e ss., ove l'A. rimarca lo stretto collegamento tra la *Gaudium et Spes* e la costituzione dogmatica *Lumen Gentium*: «Il fatto che in *Lumen Gentium* il capitolo sulla Chiesa come popolo di Dio preceda quello sulla Chiesa come gerarchia – cosa che provocò molte discussioni e scontri durante il Concilio – ha sempre avuto un gran rilievo nella ricezione della *Lumen Gentium*. Ma, in certo senso, è ancor più rilevante il fatto che la Chiesa sia stata descritta come “sacramento, cioè segno e strumento dell'intima unione con Dio e dell'unità di tutto il genere umano” (LG, 1). La Chiesa non esiste per se stessa, ma è un segno e uno strumento mediante il quale Dio chiama tutto il genere umano e il mondo a partecipare alla sua stessa vita». Sul tema, si segnalano: Gruppo italiano docenti di diritto canonico (a cura di), *I laici nella ministerialità della Chiesa*, Milano, Glossa, 2000; MAURILIO GUASCO, JUAN IGNACIO ARRIETA, GIORGIO FELICIANI, GIUSEPPE DALLA TORRE, ROSINO GIBELLINI, EMILIE FOUILLOUX, GIOVANNI PIANA, FRANCESCO TRANIELLO, *La Chiesa del Vaticano II*, Parte II, Cinisello Balsamo, Ed. Paoline, 1994.

<sup>14</sup> Cfr., in questa direzione SALVATORE BERLINGÒ, MARTA TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Torino, Giappichelli, 2008, in specie, p. 156 e ss.

<sup>15</sup> Su questi temi, Cfr., per tutti, CARLO MARIA MARTINI, *Il discorso della montagna*, Milano, Mondadori, 2006; ID., *Le tenebre e la luce. Il dramma della fede di fronte a Gesù*, Casale Monferrato, Piemme, 2007.

<sup>16</sup> Cfr. Sulla famiglia come manifestazione trinitaria dell'Amore, ritorna SALVATORE BERLINGÒ, “*Ursakrament*” e “*magnum sacramentum*”. *A quarant'anni dal volume di Francesco Zanchini Castiglionchio “La chiesa come ordinamento sacramentale”*, in *statoechiese.it*, maggio, 2009, in particolare, 2, ove l'A. ribadisce che la «istituzione sacramentale del matrimonio e della famiglia si rende (...) necessaria nell'economia della nuova alleanza al fine di garantire alla Chiesa la permanenza e la dignità di un modello che risulta imprescindibile e prioritario per la struttura ordinata della comunità dei suoi fedeli»; ed, ancora, l'A. afferma che «la sacralità della famiglia è indispensabile per la Chiesa non solo e non già perché senza di essa il popolo di Dio si estinguerebbe materialmente, ma anche, e soprattutto, perché senza di essa l'istituzione ecclesiale non sarebbe potuta nascere con la

Su questo ritardo ha inciso, di certo, la visione negativa del matrimonio, che ancora nel vecchio Codice di diritto canonico del 1917 aveva indicato tra i fini, anche se secondari, il *mutuum adiutorium* e il *remedium concupiscentiae*<sup>17</sup>, ritenendo, comunque sia, la condizione laicale uno stato di vita inferiore rispetto ai presbiteri e ai religiosi. Solo una pastoralità e spiritualità delle e dalle famiglie, *oggetto* e *soggetto* di evangelizzazione, può rendere la Chiesa veramente laica (p. 12).

La terza carenza è quella determinata dall' assenza di una pastoralità di libertà e di liberazione, in una Chiesa che abbia come "luogo privilegiato" del suo messaggio i poveri<sup>18</sup>. Forse in questo si nota l'enorme distanza che divide ed allontana la Chiesa dal Concilio Vaticano II, per non avere adeguatamente perseguito la *scelta preferenziale* dei poveri che Essa è chiamata a compiere<sup>19</sup> (p. 96 e ss.).

La quarta carenza è quella della libertà di parola dei laici nelle comunità ecclesiali<sup>20</sup>. Sono, infatti, prevalenti le forme di autocensura, i silenzi e le omissioni che implicano un consenso pavido e rassegnato, un conformismo che è caricatura della vera unità e che non attua quel principio di autonomia dei laici, pur nella comunione con i pastori (p. 103).

La quinta carenza è quella costituita dalla mancata consapevolezza della dignità fraterna del laico. Si tratta di trasformare nella realtà del vissuto ecclesiale la piena uguaglianza dei battezzati, superando ogni paternalismo e ogni forma di clericalismo: ed, infatti, anche secondo il vescovo Tonino Bello, "i laici che si clericalizzano non sono meno innocui dei chierici che si laicizzano" (p.107).

Qualche considerazione si rende necessaria a proposito del secondo interrogativo: quale Chiesa oggi si propone al mondo contemporaneo e alle

---

peculiarità e con le caratteristiche che le sono proprie o, quanto meno, si sarebbe ben presto e ineluttabilmente inaridita quanto alla sua capacità di significazione».

<sup>17</sup> Cfr. Sui fini generali del matrimonio, nel confronto tra vecchio e nuovo codice, cfr., per tutti, SALVATORE BERLINGÒ, ENRICO VITALI, *Il matrimonio canonico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 21 e ss.

<sup>18</sup>Cfr., ancora, Congregazione per la dottrina della fede, Dichiarazione *Dominus Iesus*, 3, ove si legge: «l'opzione preferenziale per i poveri è implicita nella fede cristologica nella quale Dio si è fatto povero per noi, per arricchirci con la sua povertà».

<sup>19</sup> Cfr. la Costituzione *Gaudium et Spes*, 69. FULVIO DE GIORGI, in *Il brutto anatroccolo*, cit, p. 96 e ss., ricostruisce attraverso quale itinerario sia giunta la Chiesa, da una parte, a compiere questa scelta; dall'altra, a ridimensionarla, se non a rimuoverla: nel documento della CEI, *Evangelizzazione e sacramenti*, 81, del 12 luglio 1973, nel Convegno ecclesiale *Evangelizzazione e promozione umana*, 13, del 1976; ed, ancora nei documenti del Consiglio permanente della CEI, *La Chiesa italiana e le prospettive del Paese* 4, 23 ottobre 1981, nonché della CEI, *Comunione e comunità nella Chiesa domestica* 24, 1 ottobre 1981.

<sup>20</sup> V. la Costituzione *Lumen Gentium* 9; e il decreto *Apostolicam actuositatem* 8.

comunità politiche? La domanda richiama alla vera missione della Chiesa nel tempo e nello spazio e come essa si pone a fronte degli ordinamenti civili e delle leggi che tentano di offrire soluzioni alle questioni ultime dell'uomo: dal diritto di nascere a quello di morire; e, in generale, di proporre una disciplina a quelle materie costituenti le mobili frontiere<sup>21</sup>, ove si misurano, appunto, le relazioni tra lo Stato e la Chiesa e le reciproche e, non sono sempre convergenti, competenze. Potremmo, con l'A., sottoscrivere l'affermazione per la quale "è improponibile un diritto civile conformato al diritto canonico" (p. 130); e l'altra, secondo cui la Chiesa non può esigere, nei confronti della società e dello Stato, di essere l'unico veicolo di un senso interpretativo delle grandi questioni dell'uomo contemporaneo, posizione questa che giunge a proporre quasi la coincidenza tra la Chiesa e lo Stato, con ciò mostrando di avere dimenticato l'intensa esigenza della cristianità primitiva, di essere una genuina comunità contro la società omologante e conformista, perché si addice ai cristiani, come espresso dalla Lettera a Diogneto<sup>22</sup>, richiamata anche dall'A., di passare "la vita sulla terra ma di essere cittadini del cielo" (p. 126).

L'A., sulla funzione della Chiesa nel mondo, richiama, ancora, le forme culturali in cui essa si può concretizzare. Appare come una grande tentazione quella di coltivare la cultura della presenza come prevalente, se non l'unica, rispetto a quella della mediazione e del paradosso. Con la prima si privilegeranno le forme di compromesso con il potere politico, per ottenere negli spazi pubblici, risorse e vantaggi o, anche, per ottenere leggi ispirate, ma solo in astratto, alla difesa di valori definiti dalla Chiesa italiana *non negoziabili*<sup>23</sup>: così il valore della famiglia, anche quando non sia accompagnato da politiche pubbliche in suo sostegno<sup>24</sup>; o le *crociate* in difesa della vita<sup>25</sup>, mentre dalle comunità politiche,

---

<sup>21</sup> Sulle *mobili frontiere* come terreno di confronto fra ordinamento statale e ordinamento canonico, si v. GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte*, Milano, Ave, 1996; Id., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma, Studium, 1997.

<sup>22</sup> *A Diogneto*, in *I padri apostolici*, Milano, Didaché, 2005, pp. 20-21.

<sup>23</sup> Cfr. STEFANO RODOTÀ, *Il conflitto tra Stato e Chiesa e i diritti «non negoziabili»*, in *La Repubblica*, 21 marzo 2007, 23.

<sup>24</sup> In questa prospettiva si v. Congregazione per la dottrina della fede, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, Milano, Paoline, 2003; nonché, CEL, *Nota del Consiglio Episcopale permanente a riguardo della famiglia fondata sul matrimonio e di iniziative legislative in materia di unioni di fatto*, Roma, 28 marzo 2007, 1 e ss., secondo cui «il fedele cristiano è tenuto a formare la propria coscienza confrontandosi seriamente con l'insegnamento del Magistero e pertanto non può appellarsi al principio del pluralismo e dell'autonomia dei laici in politica, favorendo soluzioni che compromettano o che attenuino la salvaguardia delle esigenze etiche fondamentali per il bene comune della società».

<sup>25</sup> Una riflessione pacata e sofferta è quella di CARLO MARIA MARTINI, *Io, Welby e la morte*, in *Il sole*-24 ore, 21 gennaio 2007, p. 31.

anche transnazionali, non vengano parimenti garantiti i diritti e la pari dignità sociale alle minoranze, e, fra queste, ai senza diritti, come gli stranieri e i rom<sup>26</sup>. La cultura della mediazione richiede, piuttosto, la capacità, tutta da recuperare e da valorizzare, del dialogo, tendente a comprendere più che a giudicare, proporre più che imporre. Questa visione di Chiesa, che sa attivare la virtù della mediazione, se anche è accompagnata da quella del paradosso, fa sì che si possa vivere la *dimensione escatologica*, nel senso che la Chiesa ed il cristiano non si conformano alla mentalità di questo mondo, ma ricercano sinceramente la comprensione dei cuori, dei sentimenti e delle emozioni che sono nell'animo delle persone incontrate: che ispira alla misericordia, ad un cuore compassionevole e, al tempo stesso, non smette di testimoniare la radicalità dell'annuncio profetico, dell'amore di Dio; che sa proporre, ad esempio, un modello alternativo di famiglia, anche quando leggi dello Stato prevedessero di regolarizzare le convivenze, attribuendo doveri alle due parti legate affettivamente e diritti, soprattutto nei confronti della parte più debole. O anche nel senso che la Chiesa si sappia porre, con grande rispetto e senza il bisogno di una legge statale autoritativa, ispirata a concezioni proprie di uno Stato etico, nei confronti di ogni soggetto umano o dei suoi familiari o, ancora, dei medici che scelgano di misurarsi con il mistero della morte, senza prolungare una non-vita attraverso il ricorso a pratiche terapeutiche di accanimento forzato<sup>27</sup>.

Nell'indicare quella che viene chiamata una piccola via per nuovi orizzonti di missionarietà laicale, l'A. assegna centralità alle comunità costitutive di una chiesa di base<sup>28</sup>, e cioè le parrocchie, che sono chiamate ad un'autentica

---

<sup>26</sup> Cfr. GIUSEPPE SCHILLACI, *Identità cristiana inclusiva o esclusiva?*, in *Horeb*, 1/2009, p. 5 e ss., dove l'A. richiamando Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2008, fa presente che quando si affermi l'identità, a danno degli esclusi, questi sono relegati in una sorta di *underclass*, nella regione inferiore, fuori dai confini della società. "Identità di sottoclasse" significa assenza di identità. Sempre ZIGMUNT BAUMAN, in *Intervista sull'identità*, B. Vecchi (a cura di), Roma-Bari, 2008, Laterza, p. 44 ritiene che «La sottoclasse è un eterogeneo insieme di persone il cui *bios* (ossia la vita di un soggetto socialmente riconosciuto) è ridotto, come direbbe Giorgio Agamben, a *zoè* (vita puramente animale, in cui tutte le appendici riconoscibilmente umane sono state tagliate via o annullate). Un'altra categoria che subisce lo stesso fato è quella dei profughi, i senza Stato, i *sans papiers*, i non territoriali in un mondo di sovranità basata sul territorio. Condividono la situazione dei sottoclasse, ma al tempo stesso patiscono una privazione ancora maggiore, viene loro negato il diritto a una presenza fisica nel territorio sotto un governo sovrano, fatta eccezione per dei "non luoghi" concepiti appositamente per loro...».

<sup>27</sup> Cfr. GIOVANNI BIANCHI, *Martini politico*, cit., pp. 35 e ss., in cui si richiama l'intervista concessa dal Cardinale Martini, *La Chiesa non dia ordini: serve il dialogo laici-cattolici*, in *La Repubblica*, 16 marzo 2007, 21.

<sup>28</sup> Cfr. KARL RAHNER, *Società umana e Chiesa di domani*, Cinisello balsamo, San Paolo, 1986; in particolare, si v. in quest'opera il saggio *Comunità di base sudamericane in una Chiesa europea?*, pp. 255 e ss.

conversione: da una prospettiva culturale e di erogazione quasi amministrativa di servizi religiosi, ad una che le vedono minuire (da *minus* = servo, minore, nel senso francescano) e, perciò, orientate all'ascolto e all'accoglienza, anche nelle situazioni dolorose vissute dai fratelli, che non attendono giudizi pre-costituiti, ma la comprensione e il perdono.

Prima di giungere ad alcune brevi conclusioni sembra necessario avanzare qualche osservazione critica al lavoro di De Giorgi.

Mi pare di poter indicare un limite nel suo tentativo, pur generoso e sincero di ricondurre a coerenza tutto il magistero di Giovanni Paolo II, che lo induce a ritenere che il contributo del papa polacco, determinante nel segnare la fine del comunismo storico, fosse tutto orientato a richiamare la centralità del cristianesimo, come buona novella liberante dalle tante forme di schiavitù e di oppressione. Nella prospettiva dell'A. appare, quindi, coerente la condanna e l'abiura da parte del Papa della teologia della liberazione, considerata viziata dalla teoria e dalla prassi marxiste (p. 68 e ss.). Il punto meriterebbe un'analisi più approfondita. Mi pare, infatti, che tutto il Magistero di Giovanni Paolo II abbia preso, certo, le distanze non solo dal materialismo storico dei regimi comunisti, ma anche dal capitalismo senza regole, che porta alla disumanizzazione e all'alienazione<sup>29</sup>. La condanna, poi, della teologia della liberazione da parte della Chiesa e di Giovanni Paolo II<sup>30</sup>, è stata, in parte, ridimensionata dalla stessa Congregazione per la dottrina della fede<sup>31</sup>, la quale non ha riscontrato in quella espressione teologica contenuti contrari alla dottrina della Chiesa<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Tra i vari documenti del Magistero di Giovanni Paolo II, in cui si può rilevare la critica al capitalismo come modello disumanizzante, quando non sia orientato al bene comune e alla centralità della persona umana, si v. la lettera enciclica *Sollicitudo rei socialis*, Roma, 1987, che venne presentata a vent'anni dalla *Populorum progressio* di Paolo VI.

<sup>30</sup> V. Sacra Congregazione per la dottrina della fede, *Istruzione su alcuni aspetti della Teologia della Liberazione*, Città del Vaticano, 1984. Si ricorda che la teologia della liberazione aveva influenzato positivamente la seconda e la terza Conferenza Generale dell'episcopato latino-americano di Medellín e di Puebla. Quella di Medellín si svolse dal 26 agosto al 6 settembre del 1968; quella di Puebla il 28 gennaio 1979. Per una riflessione meditata sul significato della Conferenza di Medellín, si v. J. OSCAR BEOZZO, *Medellin: quarant'anni*, in *Concilium*, 5/2008, pp. 147-161; ed, ancora, SILVIA SCATENA, *In populo pauperum. La Chiesa latinoamericana dal Concilio a Medellin (1962-1968)*, Bologna, Il Mulino, 2007. Piuttosto che richiamare la vasta produzione che può farsi rientrare nella teologia della liberazione, ci piace qui ricordare l'opera di PAUL GAUTHIER, *I poveri, Gesù e la Chiesa*, Roma, 1963, cui molti teologi si sarebbero in seguito richiamati.

<sup>31</sup> V. Sacra Congregazione per la dottrina della fede, *Libertà cristiana e liberazione*, Città del Vaticano, 1986.

<sup>32</sup> V., da ultimo, FELICE SCALIA (a cura di), *La Teologia scomoda. Il caso Sobrino*, Molfetta (Bari), La Meridiana, 2008, p. 79, che fa sue le espressioni contenute nella *Notificatio*: «Lo scopo della presente *Notificatio* è quello di richiamare all'attenzione di tutti i fedeli la fecondità di una riflessione

Una seconda osservazione invece, quanto alle tendenze temporalistiche e mondane della Chiesa italiana, da cui l'A. prende le distanze. Sul punto ci si poteva attendere, forse, una maggiore libertà di parola ed un'individuazione più analitica delle cause che hanno portato a questa deriva mondanizzante, che offuscano la dimensione di *Chiesa mistero* e di Chiesa al servizio degli ultimi, introducendo elementi propri di una religione civile, quasi neo-costantiniana.

Sentiamo di fare nostre le speranze e gli auspici di De Giorgi, anche se poco si intravedono i segni di una felice metamorfosi del laicato da brutto anatroccolo a cigno (p. 247 e ss.).

Si avverte, infatti, l'esigenza di una Chiesa che si ponga, stabilmente, in sintonia col Vangelo, che non voglia mondanizzarsi: una Chiesa in cammino che si scopra sempre più pellegrina e forestiera, sempre in guardia davanti ai richiami seducenti degli assoluti terrestri. Per il credente laico questo è sano relativismo. Un relativismo cristiano che, come sottolinea Enzo Bianchi, risulta essenziale "per non divenire cappellania dei potenti del mondo, per mantenersi obbediente solo al vangelo: i cristiani sanno che la loro cittadinanza è nei cieli, che sono in cammino verso la città futura, che non hanno quaggiù una dimora permanente"<sup>33</sup>.

L'identità del cristiano è, in conclusione, una identità *cristica*, ispirata dal sentire stesso di Dio verso l'uomo e tesa a conformarsi progressivamente a questo sentire, assumendo il sentire di Dio come suo proprio (cfr. Fil. 2, 6-11). Una identità *kenotica*, che mostra la sua forza nella debolezza, abbandonando logiche di potere, svuotando il proprio io per alimentarsi di mitezza e umiltà<sup>34</sup>. Solo così si può costruire una città dell'uomo in cui molto spazio sia assegnato al fedele laico, che è chiamato a concorrere, attraverso il suo ministero, al rinnovamento della Chiesa come promosso dal Concilio Vaticano II.

---

teologica che non teme di svilupparsi nel flusso vitale della Tradizione ecclesiale». La *Notificatio* da parte della Congregazione per la dottrina della fede, data il 26 novembre 2006, era relativa, in particolare, a due opere di Jon Sobrino, e cioè: *Gesù Cristo liberatore. Lettura storico-teologica di Gesù di Nazaret*, Madrid, Cittadella, 1991; e *La fede in Gesù Cristo. Saggio a partire dalle vittime*, San Salvador, 1999 – pubblicate in Italia dalla Cittadella di Assisi, rispettivamente nel 1995 e nel 2001.

<sup>33</sup> ENZO BIANCHI, *Cristiani nella società*, Milano, Rizzoli, 2003, p. 17.

<sup>34</sup> Cfr. GIUSEPPE SCHILLACI, *Identità cristiana inclusiva o esclusiva?*, cit., p. 11.

*L'associazione ONLUS "Centro La Famiglia",  
consultorio familiare napoletano  
Note a margine di una struttura caratterizzata  
ideologicamente*

LUIGI NOTARO

1. In Italia, prima dell'entrata in vigore della legge 29 luglio 1975 n. 405, normativa che istituiva i consultori pubblici, svolgevano attività alcuni consultori familiari, collegati ad associazioni private quali l'UCIPEM, l'AIED e l'UICEMP". Con riferimento specifico al "Centro La famiglia", dobbiamo evidenziare che questo consultorio presta la propria attività nella città di Napoli, ormai da svariati anni e l'avvento della normativa statale, istitutiva dei consultori familiari, ha trovato questi enti già operanti nel tessuto sociale, con una propria struttura, con proprie regole e con finalità specifiche.

Sin dall'anno 1968, momento della sua costituzione, il consultorio "La famiglia" aveva promosso ed aderito ad una più ampia struttura associativa quale è l'UCIPEM, avendo come finalità prevalenti la difesa dei valori umani, religiosi e sociali del matrimonio.

Il centro "La Famiglia", sin dalla sua costituzione, ha svolto attività consultoriali come associazione di fatto; solo successivamente, nel 1974, si procedeva ad istituzionalizzare la struttura con la costituzione dell'associazione giuridicamente riconosciuta "Centro La famiglia", con atto del notaio Nicola Margarita di Napoli. Sin dall'inizio della sua attività il "Consultorio" si è presentato come ente caratterizzato ideologicamente in senso confessionale ed ecclesiale, sia perché faceva proprie le finalità di un'associazione di ispirazione cattolica quale l'UCIPEM, sia perché si trattava di un ente strettamente collegato alla "Compagnia di Gesù".

Nel 2004, con atto di modifica, rogato dal notaio Paolo Guida di Napoli, l'associazione si costituiva in "Centro La Famiglia ONLUS"; restavano comunque ferme ed inalterate le finalità specifiche già perseguite, veniva adeguata la struttura giuridica e la futura attività istituzionale ai dettami del d. lgs. 4/12/1997, n. 460 (riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale.



Detta scelta era da considerarsi opportuna in rapporto alle nuove emergenze legislative statuali in materia di organizzazioni non lucrative che svolgono attività di rilevanza sociale, e, comunque, nella nostra ipotesi questa modifica era fattibile in quanto, il “Consultorio” presentava le caratteristiche per assumere la qualifica di “ONLUS”.

In seguito all’atto di modifica per Notaio Guida, il consultorio “Centro La famiglia” assume quindi la qualifica giuridica di ONLUS (organizzazione non lucrativa di utilità sociale). Si tratta dunque di un’associazione riconosciuta, senza fini di lucro con i caratteri propri di consultorio privato, le cui finalità essenziali e generali restano: “la difesa dei valori umani, religiosi e sociali del matrimonio”. Ancora più specificamente l’art. 3 dello Statuto dell’ente precisa che il “Consultorio” “intende perseguire lo scopo di aiutare il singolo, la famiglia nella sua formazione, sviluppo e mantenimento, educando i genitori all’amore e alla responsabilità”. Lo stretto collegamento con la Congregazione religiosa della “Compagnia di Gesù” presuppone una chiara ispirazione confessionale del “Consultorio”.

Si tratta dunque di un consultorio di ispirazione cristiana che opera per la promozione della persona nell’ambito dei rapporti di famiglia.

Precisata la natura di questa struttura, si può senza dubbio inserirla a pieno titolo tra gli enti a cui fa riferimento il “decreto generale sul matrimonio” della C.E.I. del 1990. In concreto il “Centro La Famiglia” si fa carico di tutte le problematiche connesse alla vita coniugale, sia nel momento in cui si deve intervenire nella preparazione giuridico-pastorale al matrimonio, sia nel corso della convivenza coniugale (formazione genitoriale) sia dopo che si sia consumata la frattura della comunione familiare e le situazioni esterne consigliano di interrompere la convivenza.

2. Entrando nel merito della normativa relativa alla disciplina istitutiva dei consultori, è opportuno esaminare ulteriormente la posizione del “Centro la Famiglia” nel contesto normativo attuale.

La legge n. 405/1975 all’art. 2/b, prevedendo che: “i consultori possono essere istituiti anche da istituzioni o da enti pubblici e privati che abbiano finalità sociali, sanitarie, e assistenziali senza scopo di lucro...”, è una norma applicabile anche al “Centro La Famiglia” in quanto struttura consultoriale istituita da un ente privato che persegue finalità certamente di natura sociale e assistenziale senza scopo di lucro.

Ancora l’art. 2 della detta legge, prevede che le strutture consultoriali fanno parte dell’organizzazione sanitaria perché organismi operativi delle Unità sanitarie locali, ponendole quindi tra le organizzazioni specializzate con compiti eminentemente medico-sanitari.

L'art. 3 della legge citata stabilisce, altresì, che il personale del "Consultorio" debba essere in possesso di titoli specifici in una delle seguenti discipline: medicina, psicologia, pedagogia ed assistenza sociale, per cui si può parlare di natura composita, ma unitaria dell'intervento consultoriale.

Il "Centro La Famiglia", rispetta adeguatamente le previsioni della normativa generale statutale, (legge n. 405/1975) in quanto l'art. 3 dello Statuto del "Consultorio" esplicitamente sancisce che, per l'attuazione dei propri scopi, si avvale nel proprio interno di un servizio interdisciplinare e di consultazione, i cui operatori sono "consulenti familiari e coniugali, medici, psicologi, pedagogisti, sociologi, avvocati nonché collaboratori di segreteria e pubbliche relazioni e quanti altri possono contribuire al raggiungimento dei fini dell'associazione".

Quanto detto non è di poco conto, in quanto, a pieno titolo, il "Centro La Famiglia", si pone tra i soggetti che, nell'ambito del dettato normativo, offrono un servizio altamente specializzato con una organizzazione completa e composita, aggiungendo che, già per il passato, il "Consultorio" aveva assunto il ruolo specifico poc'anzi evidenziato, anticipando alcuni profili che la nuova legge avrebbe solo successivamente disciplinato.

Sul punto è da dire che, in conseguenza della legge n. 405/1975, istitutiva dei consultori, si poneva un problema di rilevante importanza: in particolare si dibatteva se l'attività di consulenza ed assistenza, propria del consultorio familiare, fosse riconducibile solo all'aspetto puramente medico e se le discipline psico-sociali fossero da considerarsi integranti dell'aspetto puramente medico.

Riferendoci alla nostra struttura consultoriale, possiamo rilevare che, sin dall'inizio del suo operare (1968), essa è stata costituita come una associazione avente natura "composita ma unitaria" e che tutti gli interventi devono essere orientati alla salvaguardia del matrimonio e della famiglia, fornendo una risposta agli utenti sulla base di discipline non solo sanitarie ma anche psico sociali.

Ovviamente la complementarietà di dette discipline è necessaria in quanto gli aspetti sanitari della procreazione umana, della tutela della maternità e dell'infanzia, presuppongono un'adeguata ricerca e individuazione delle possibilità di superamento delle cause personali e collettive dei problemi del singolo e della famiglia.

D'altronde, nell'art. 3 dello Statuto del "Centro La Famiglia", più volte si fa riferimento alla promozione della persona, al superamento di problematiche della persona e della famiglia, per cui anche il riferimento ad una procedura ordinaria, che potrebbe essere di competenza del "Consultorio" quale la "dissuasione al proposito di abortire", prevista dalla legge 22 maggio

1978, n. 194, presuppone necessariamente l'interdisciplinarietà del servizio consultoriale.

In questa attività "composita ma unitaria" del "Consultorio", un ruolo non certamente marginale occupa la figura del consulente legale che, se vuole fornire un servizio adeguato alle finalità essenziali, proprie della struttura, deve dismettere le vesti del puro e semplice operatore del diritto, per assumere anche quelle di esperto in psicologia, sociologia e psichiatria forense, al fine di fornire una consulenza stragiudiziale che possa prevenire le asprezze che ogni lite familiare porta in se stessa.

In buona sostanza il servizio di consulenza richiesto deve coniugare realtà spesso in conflitto tra loro: la certezza del diritto, la tutela adeguata del singolo e la promozione della persona e della famiglia.

3. Ancora dall'esame della normativa istitutiva dei consultori tutt'ora vigente, rileviamo, che il "consultorio pubblico", considerato struttura che ha natura "composita ma unitaria", persegue ampie ed esaustive finalità di rilevanza sociale, funzionali alla famiglia, al concepimento, alla genitorialità.

In particolare la legge n. 405/1975, all'art. 1, prevede che "il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità" ha come scopi: **a)** L'assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità ed alla paternità responsabile e per i problemi della coppia e della famiglia, anche in ordine alla problematica minorile; **b)** la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti; **c)** la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento; **d)** la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso.

Se dunque questa ampia funzione sociale è perseguita da "consultori pubblici", allora l'attività del "consultorio privato" potrebbe apparire assolutamente marginale, facendo scaturire di conseguenza un'inevitabile dichiarazione di inutilità di dette strutture.

Per impostare in modo corretto il problema vanno considerati: la reale incidenza che i consultori privati hanno nel sociale, il numero di utenti che scelgono quella particolare struttura, l'adeguatezza delle risposte fornite alle problematiche che vengono 'prospettate.

Con riferimento specifico al "Centro La Famiglia" è da rilevare che: con l'avvento della legge n. 405/1975, il consultorio privato "La Famiglia" già svolgeva un servizio particolarmente significativo nell'ambito della salvaguardia della persona, del matrimonio e della famiglia; l'attività continua ed il numero delle consulenze, fino a tutt'oggi, non appare assolutamente in

diminuzione; gli esperti ed il personale impiegato offrono garanzie di grande professionalità.

A questi dati facilmente dimostrabili va aggiunto un elemento di grande spessore quale la metodologia di intervento seguita dall'attività di consulenza.

Ci troviamo di fronte ad un consultorio collegato ad un ente religioso per le finalità generali e particolari perseguite, strettamente ancorate a scelte culturali ideologicamente orientate.

Il "Centro La Famiglia" è caratterizzato da una sua precisa "identità", per cui è portatore di valori etici assoluti, e, nel pieno rispetto dell'autonomia delle scelte individuali degli utenti, prospetta alcuni modelli comportamentali fondati su "valori" che vanno considerati fermi e irrinunciabili, anche se questi ultimi possono entrare in conflitto con la mentalità c.d. corrente.

Il problema, allora, che si pone non è quello dell'utilità del consultorio privato e della sua funzione, ma è quello di strutturare un nuovo rapporto tra "consultori pubblici" e "privati" affinché possa rendersi più significativo, ognuno con le proprie finalità specifiche, l'intervento nell'assistenza sociale e sanitaria alla famiglia.

Appare allora opportuno, da parte del "consultorio privato", occupare spazi di intervento in settori fino ad oggi trascurati; in particolare mi riferisco alle presumibili nuove competenze del "giudice della famiglia", che sempre più spesso deve avvalersi del servizio di strutture consultoriali per percorsi di mediazione familiare e per l'aiuto delle coppie in crisi.

Allora lo sforzo dei responsabili deve, ancora di più, concentrarsi nella ricerca di nuovi spazi di intervento, senza trascurare i circuiti che già hanno come punto di riferimento il consultorio privato.

D'altronde, anche facendo riferimento al nostro sistema politico, che comprende tra i compiti dello Stato quello di intervenire nella distribuzione dei benefici e dei sacrifici sociali, sviluppando forme di solidarietà tra gli individui e i diversi gruppi sociali (Stato sociale), va riproposto, in termini nuovi, il lavoro svolto dalle strutture private consultoriali collegate alle confessioni religiose.

4. Abbiamo già detto che la legge n. 405/1975 contempla la costituzione di "consultori privati", nel contempo, non va taciuto che l'art. 6 della stessa legge prevede che i detti consultori possono fruire di finanziamenti pubblici e comunque possono avvalersi di strutture pubbliche per l'espletamento delle loro funzioni.

Questo è argomento particolarmente delicato in quanto, per la fruizione dei finanziamenti pubblici da parte dei consultori privati, si potrebbe ri-

chiedere una revisione non solo pratica dell'attività consultoriale, ma anche ideologica.

Per affrontare adeguatamente questa problematica, non certamente marginale, è da richiamare una considerazione di ordine giuridico per cui è opportuno esaminare il rapporto che intercorre tra la legge dello Stato e la legge Regionale.

Preliminarmente va rilevato che la legge n. 405/1975, istitutiva dei "consultori", è da considerarsi "legge quadro", ossia si tratta di un provvedimento normativo che si limita ad enunciare i principi fondamentali in materia e i punti programmatici, nel contempo l'attuazione pratica e concreta dei detti principi va demandata alle leggi regionali.

Il riferimento normativo della Regione Campania è dato dalla legge 16 aprile 1976, n. 15 "Istituzione del servizio di assistenza alla famiglia e di educazione alla maternità e paternità responsabili"; con questa norma la Regione ha privilegiato le strutture pubbliche e, solo in caso di insufficienza a coprire l'intero fabbisogno del servizio, viene prevista l'utilizzazione dei consultori privati (art. 4).

La richiamata legge regionale prevede, altresì, la stipula di "convenzioni" con gli enti privati che abbiano le finalità di cui alla legge e la stipula delle "convenzioni" è subordinata alla costituzione di un consorzio fra enti con le stesse finalità e al possesso di requisiti formali (locali idonei), e sostanziali (assicurare le prestazioni per lo svolgimento delle attività previste dalla legge) (art. 2).

Nelle dinamiche che hanno contraddistinto i rapporti tra le Regioni e i "consultori privati", nel corso degli anni, si sono venute a concretizzare svariate tendenze: alcune leggi regionali si sono mostrate favorevoli ad un sostegno finanziario senza porre condizioni alle strutture private; in altri casi, è stata prevista la richiesta di una previa "convenzione", nella quale il presupposto essenziale per la concessione di benefici normativi ed economici è dato dalla strutturazione dei modelli organizzativi propri dei "consultori privati", sullo schema adottato nei "consultori pubblici" (ad esempio viene richiesta una particolare specializzazione e professionalità del personale).

In ipotesi, potrebbe comunque presentarsi una situazione ulteriore (forse di scuola ma non da escludere nella maniera più assoluta) quale quella di una richiesta dell'ente locale (Regione o Comune), di apportare modifiche, da parte del "consultorio privato", al proprio modello comportamentale. Concretamente, con riferimento alla fruizione dei finanziamenti pubblici, potrebbe prospettarsi una modificazione delle finalità proprie ed essenziali perseguite dal consultorio.

È necessario, quindi, verificare se il "consultorio privato", non solo abbia

una struttura adeguata e funzionale, ma, dal momento che esso è legato ad un orientamento ideologico specifico (essendo una struttura di tendenza confessionale), possa o voglia modificare la propria "identità".

Si tratta dunque di contemperare i principi scaturiti dalla nostra Carta Costituzionale, quali il necessario modello pluralista dello "Stato sociale" moderno (che riconosce le formazioni sociali anche se sono portatrici di particolari istanze confessionali), e il diritto di libertà e di uguaglianza dei cittadini. Infatti, solo in base a questi "diritti" considerati "inviolabili" (art. 2 Cost.) gli utenti possono richiedere un servizio ideologicamente orientato e riferirsi a strutture che presentano questa specifica identità.

Alla luce delle considerazioni che precedono e che trovano un proprio fondamento nel nostro sistema statale e nella normativa costituzionale, possiamo affermare che l'intervento dello Stato, con la concessione di benefici normativi ed economici a "consultori privati", si presenta opportuno e necessario affinché vengano garantiti i bisogni concreti dei singoli e della collettività, e perché questi soggetti possano fruire di tutti gli strumenti necessari e utili per lo sviluppo della propria personalità, nel rispetto della dialettica religiosa e ideologica e per le scelte che ciascuno intenderà poi autonomamente compiere.

Accertata ai sensi della legge statale vigente la piena legittimità dei "consultori privati" e la rilevanza nella società civile delle attività da questi esplicate, nel rispetto delle proprie finalità istituzionali, resta comunque da considerare l'eventuale istanza da parte dell'ente Regione, avente ad oggetto la modifica del modello comportamentale e specificamente della "identità", confessionale e religiosa del "Consultorio".

Per fornire solo una traccia di discussione è opportuno tenere conto delle dinamiche che l'ordinamento statale salvaguarda nella disciplina concreta dei fenomeni sociali e giuridici.

A questo proposito appare opportuno rilevare due momenti essenziali: da una parte, va evidenziato ciò che attiene alla natura intrinseca della struttura sociale (nella nostra ipotesi il "consultorio privato"), ciò che riguarda le finalità primarie che questa vuole perseguire, tenendo distinti questi momenti fondati dagli elementi che riguardano i rapporti, gli interessi e le finalità che possono qualificarsi marginali.

Come già è stato evidenziato il "Centro La Famiglia" è costituito in ONLUS, quindi è strutturato come ente che non ha scopi di lucro ed è organizzazione di volontariato; con specifico riferimento all'art. 3 dello Statuto, è previsto come scopo e finalità primaria della detta struttura (anzi viene riconosciuto come fondamento del proprio servizio), "la persona umana, considerandola secondo la visione evangelica e della Carta Costituzionale"

Italiana, nella sua globalità nonché, nella dinamica delle sue relazioni di coppia e nel suo inserimento nella società”.

Il richiamo dunque alla “visione evangelica” ci porta ulteriormente a confermare che il consultorio “Centro La Famiglia” e le finalità primarie dallo stesso perseguite sono riconducibili ad una visione ideologicamente caratterizzata; se si considera ancora che questa struttura consultoriale, come già detto, si collega esplicitamente ad una istituzione ecclesiastica quale la “Compagnia di Gesù”, appare chiara la natura confessionale del Consultorio.

Queste realtà concrete ed essenziali, che necessariamente orientano la vita e le attività del “Consultorio”, che possono qualificarsi finalità primarie, non sono rinunciabili.

Per la conseguenza, una richiesta, da parte delle istituzioni civili che chiedessero di modificare o semplicemente di attenuare il carattere “confessionale” tipico del “Consultorio” e la propria “identità”, non potrebbe trovare accoglimento.

5. A questo proposito non si tratta di una chiusura in termini assoluti, perché questa scelta potrebbe portare ad un isolamento, ma è opportuno e necessario che i responsabili del “Consultorio” individuino e attuino una politica di “collaborazione”, con le altre strutture pubbliche ed in modo specifico con quelle private operanti sul territorio, al fine di trovare spazi di intervento sempre più validi sotto il profilo professionale. In questo caso si tratta di tradurre in termini concreti e quindi di applicare il principio sempre più valido della “sana e corretta laicità”.

A questo proposito e specificamente per i consultori di ispirazione cristiana è necessario raccogliere l’invito formulato nel Sussidio “I consultori familiari sul territorio e nella comunità” dell’ufficio nazionale della C.E.I. per la pastorale della famiglia del 1 novembre 1991, nel quale veniva segnalata “l’urgenza che il consultorio e le comunità ecclesiali operino in collaborazione”.

Purtroppo, ancora oggi, si deve registrare la mancanza di una fattiva collaborazione e di un adeguato coordinamento con la comunità ecclesiale e con gli uffici preposti alla pastorale familiare.

Accennando ad un profilo “de iure condendo” si potrebbe ipotizzare che la normativa statuale, che permette la costituzione e l’operatività di “consultori privati”, orientati ideologicamente e con una chiara impronta confessionale, dovrebbe aiutare, con interventi economici e legislativi, le strutture che hanno alla base e privilegiano, nella propria attività, un valore nel contempo laico e religioso (che tra l’altro appartiene e informa il nostro sistema costituzionale), quale quello della “promozione della persona umana”.

Non si tratterebbe, quindi, solo di garantire una specifica opzione religiosa,

in quanto il "Consultorio" pone alla base della propria azione la "promozione dell'uomo" considerandola "secondo la visione evangelica e della Carta Costituzionale", vuole proporre, quindi un nucleo di questioni etiche fondamentali che potrebbero essere accettate anche da "culture" diverse.

Certamente su alcuni aspetti potrebbe sorgere conflitto, pensiamo ai temi della vita. In questi casi, non è ammissibile che il "Consultorio", nello svolgere la sua attività, rinunci ai valori suoi propri e alla propria "identità". Si deve, dunque, tenere in grande considerazione che vengano difesi, nell'attività concreta svolta dal nostro "Consultorio", valori fondamentali che, secondo l'insegnamento dell'attuale Pontefice, sono "non negoziabili". Anche il confronto o la collaborazione con altre istituzioni troverebbe un limite assolutamente invalicabile, qualora si richieda di mettere in discussione modalità di comportamento, finalità essenziali che possano incidere sulla scelta identitaria ed ecclesiale della struttura.



# *Conflitto fra umanismi. Rapporto fra diritto naturale e diritto positivo*

FELICE ALBERTO TEDESCHI

Nel campo della politica scolastica, nella società contemporanea, da parte di molti si conduce, con arte ed abilità, tutto un movimento polemico perché l'umanesimo perda credito e perché venga ad essere superato in quanto detentore di valori non più validi e funzionali nella e per l'organizzazione della vita della collettività e perché non più rispondente acché possa avverarsi una vera e completa educazione della personalità.

Dai sostenitori di tale convinzione si pretende che l'umanesimo antico, l'umanesimo classico, ceda il posto ad un nuovo umanesimo, l'umanesimo moderno, l'umanesimo del tecnicismo.

Al vecchio umanesimo si attribuisce la causa della crisi sociale e morale della società contemporanea, e all'educazione umanistica tradizionale i sostenitori del nuovo umanesimo contrappongono l'umanesimo della collettività, l'umanesimo di massa.

Attraverso un'educazione che vuol far perdere al soggetto il senso di sé per connetterlo e condizionarlo alla collettività, si vuole pervenire al superamento del senso della nazionalità, al superamento dei valori storici che testimoniano i caratteri, i valori, i presupposti etici di un popolo, di un gruppo etnico.

I sostenitori del nuovo umanesimo vorrebbero educare l'uomo in maniera tale che possa nell'individuo formarsi la coscienza della necessità di trovare sé negli altri, intendendo per altri non individualità e personalità ben costituite, ma collettività, massa che in sé afferma, e a sé condiziona l'individuo.

Tutto ciò però nasce da un equivoco, cioè dal volere confondere due concetti che sono connessi, ma che non significano un medesimo valore, cioè dal confondere umanesimo e umanismo.

Mentre l'umanesimo sta ad indicare un mondo di valori etici, culturali ed estetici che sono da considerarsi portato di un processo intellettualistico, frutto di un processo storico filosofico, l'umanismo sta ad indicare ciò che è valore proprio della natura umana, quel valore universale che ben può tradursi nel ter-

mine umanità, valore questo meta-individualistico, dal quale devono desumersi i limiti, i doveri, i conseguenti diritti che sono propri della natura umana.

Se alla base delle individualità è la medesima natura, l'umana, cioè quel valore che noi traduciamo con il termine umanità, è impossibile che esista un conflitto fra umanismi, poiché non esistono due umanismi, essendo l'umano un principio universale e necessario che non ammette, proprio per la sua universalità, termine contraddittorio e contrapposto.

Purtuttavia noi assistiamo ad un conflitto fra umanismi, il che deve farci desumere che tale conflitto poggi non su valori reali, ma su valori sovra-strutturati, non su principi della natura umana, ma su valori che sono fenomeno di contrattuali significati, antropologici ed antropopatici.

Tali valori contrattuali, che nascono da deduzionismo o da un induzionismo, relativo al consociarsi del soggetto nel campo dei rapporti umani, prendono il posto dei valori reali e naturali, e danno luogo, proprio perché la loro natura e struttura è logica, ad una possibilità di dialettica, matrice di tutte quante le correnti sociologiche e politiche.

Il contrattualismo e la contrattualità di tali presupposti sociali e politici spiegano lo scindersi del genere umano in schiere, in gruppi distinti per convinzioni e per convenzioni, schiere e gruppi che nella società contemporanea possono specificarsi con due termini, sinistra e destra, termini che intendono due concezioni di vita, una conservatrice, che ammette una dinamica sociale per via di intelligenti e graduali riforme, l'altra che pretende una dinamica sociale di contrapposizione, e che eleva la rivoluzione a legge, a mezzo etico perché l'umanità possa rinnovarsi e possa trovare la via che la porti verso la felicità, che, tale parte, fa consistere nel godimento e nel possesso di ogni bene non etico ma economico.

È chiaro che quando noi parliamo di destra conservatrice e di sinistra rivoluzionaria, intendiamo sintetizzare nella destra tutte le sottospecie di correnti democratiche riformatrici, mentre nella sinistra tutte le correnti innovatrici che intendono sganciarsi, senza por termine di mezzo, da qualsiasi valore etico sociale e politico tradizionale.

Il conflitto fra umanismi trova la sua radice in questo urto fra due concezioni diverse di vita e di organizzazione sociale.

Ma vi è da esaminare se le due concezioni che fanno capo a due specie di valori presunti quali principi etico sociali, trovano nell'umanismo inteso quale l'umano, quale il necessario universale valore che rende l'uomo Uomo, in virtù dell'umanità che è il suo reale e naturale valore metapsichico, la loro radice prima, e se, invece, la loro radice consiste in un valore antropologico ed antropopatico, come di già abbiamo detto, elevato a principio universale e necessario.

Il diritto, la moralità, l'eticità, in senso hegeliano, debbono essere analizzati al lume della ragione umana; non però secondo presunti o postulati valori logici relativi alla vita connessa alla possibilità dialettica del soggetto pensante, ma secondo valori oggettivamente validi, tali però che dimostrano con rigore matematico, l'intimo legame fra il diritto inteso nel senso giusnaturalistico ed il diritto inteso nel senso contrattualistico.

L'umanesimo vuole che il senso della soggettività, intesa quale valore in sé e per sé valido, venga ad essere superato perché l'uomo possa comprendere non antropocentricamente il senso della personalità, ma oggettivamente.

Altro è il superare il senso della personalità intesa quale soggettività completa in sé valida ed in sé finita, per elevarsi all'umano, altro è superare, negare, risolvere il senso della personalità nel termine insignificante ed inconcettualizzabile di massa, quale presunto valore condizionante la personalità del soggetto storicamente giudicabile.

Nella concezione sostenuta da coloro che reputano necessario superare il vecchio umanesimo, la massa viene intesa quale negazione della singolarità, della personalità, della soggettività, poiché viene elevata a valore meta-sociale e meta-politico, non composto dalla somma delle singole soggettività agenti ed operanti, soggettività che nulla starebbero a significare se non relazionate, secondo le categorie di sostanza ed accidenza, alla massa, al concetto di collettività operante per mezzo dei suoi momenti e modi che sono le singole individualità.

Presupposto della individualità, secondo tale concezione, è la massa, la quale storicizza sé servendosi degli individui.

In tal maniera l'umano che rende l'uomo Uomo, è la massa, ed il valore assoluto della soggettività agente non è l'umanità meta-individualisticamente concepita, ma la massa, la quale, spiegata in tal maniera, viene ad essere intesa in senso puramente spiritualistico.

Comunque la si voglia considerare, sia trascendentalmente, sia immanentemente, sia trascendentalisticamente, è innegabile che la massa sta ad avere il valore e la funzione che è propria del principio meta individualistico, e pertanto è impossibile che venga intesa materialisticamente.

Il porre la massa quale valore meta individuale è paralogico perché massa può avere, nell'attività discorsiva, un significato concettualmente valido, quale somma e risultato delle singole individualità, e questo perché il valore reale e naturale che si storicizza è l'individualità e non la massa, e i fenomeni sociali, intesi quali portati dell'azione della massa (cosa questa che noi non riusciamo a comprendere come sia possibile), se ben analizzati e se portati alla loro radice, denunciano e testimoniano l'azione del singolo individuo che o parla in nome della massa, o si sostituisce a questa ed agisce in nome di questa.

A ciò vi è da aggiungere che i sostenitori del valore meta-sociale di massa agiscono per affermare e difendere una sorta di umanismo che di umano non ha niente altro che il termine logico verbale, niente affatto male.

L'umanismo può essere inteso solo quale valore meta individualistico che eticamente condiziona e giustifica la soggettività agente ed operante, la soggettività storicizzantesi.

In tal significato l'umanismo ha valore meta-individualistico nel senso spiritualistico, e nell'agire umano si fenomenizza l'umano proprio dell'uomo, l'umanismo che è specifica caratteristica della personalità umana.

Questo valore proprio della natura umana, l'umano, diventa umanismo, fatto umano che trova nella filosofia, nell'arte, nella morale, nella religione, nella sociologia, nella politica, gli organi attraverso i quali si storicizza, procede, progredisce in una forma evolucionistica che non deve perdere di vista la base, il fondamento naturale, il principio che ha reso e rende possibile la vita e del pensiero e dell'azione.

Le attività filosofica, estetica, etica e religiosa, hanno portato l'uomo a cogliere in sé quell'assoluto valore spirituale che sta a fondamento dell'azione umana, hanno dato all'uomo la possibilità di concepire forme associate di vita etica, di formulare concezioni sociali e politiche connesse teoreticamente a questo valore assoluto e spiritualmente valido: l'umano.

Ma tale attività, quando perde di vista il fondamento naturale dell'agire, dà vita a delle sovrastrutture le quali non rispecchiano e non testimoniano la loro reale e naturale origine, il principio necessario ed universale che dovrebbe essere a loro fondamento.

È proprio per questo che nel campo storico, nel campo sociale, nel campo del diritto positivo, il più delle volte, non si trova eco del principio necessitante, l'agire.

Per spiegare e comprendere il conflitto fra umanismi bisogna, quindi, scoprire l'origine, il valore e la portata di queste sovrastrutture, e, contemporaneamente, intuire quel valore necessario ed universale meta-individualistico, che è l'umano, la natura propria dell'Uomo, la radice vera e naturale dell'agire umano, della vita etico sociale ed etico politica, principio che dovrebbe governare la vita della collettività, che dovrebbe essere la base di ogni possibile rapporto fra uomini.

La concezione contrattualistica, per cui la società altro non è se non un portato dell'uomo.

Ma nel campo sociale e politico il meta-storico trova il suo fondamento nel meta-individuale, poiché impossibile è concepire una società ed una politica nella quale l'individuo nel suo valore umano non sia il nucleo, l'atomo, il principio di forza e l'origine dell'azione.

In tal senso, e così stando le cose, per comprendere ed analizzare i problemi sociali e politici, bisogna penetrare la vita del singolo individuo, sganciandolo da qualsiasi presupposto valore convenzionale non rispondente al valore meta-individualistico, da qualsiasi presunto principio valido che non sia naturale, cioè necessario ed universale.

Per far ciò è d'uopo superare i limiti di qualsiasi concettuale teoria sociologica e politica, cioè superare quei limiti che pongono gli uomini gli uni di fronte e contro gli altri, vincere, eticamente, quel sostenuto valore umano che è logico verbale, che è affermato per via di ragionamenti astratti e puramente teoretici.

Questo valore può essere colto al di là e al di fuori della società costituita e retta dalle leggi valide e funzionanti per e in un determinato periodo storico, è necessario armonizzare l'inter-individualità senza considerare gli individui secondo l'etica sociale e politica sostenuta e difesa da una qualsivoglia corrente filosofico politica e filosofico sociale.

Al di là della destra e della sinistra sta il vero uomo, sta il vero umanesimo.

L'azione umana deve a noi manifestarsi non quale condizionata ad un imperativo ipotetico o categorico, poiché quando l'uomo ha raggiunto una tale maturità di coscienza da puntualizzare l'imperativo ipotetico o categorico, vive una morale che non è vista nella semplicità del principio universale e necessario, ma secondo valori filosofici, etico filosofici, valori pratico etici, che possono essere frutto di tutto un mondo strutturato logicamente.

Bisogna penetrare la natura umana in maniera tale da intuire l'azione umana connessa intimamente con la natura umana.

L'identità assoluta di natura e di azione, di legge di vita e l'attuarsi della vita per il manifestarsi e lo storicizzarsi della legge propria della natura umana, pone noi al di là di ogni possibile posizione immanentistica, trascendentistica, trascendentalistica, dà a noi la possibilità di superare e la tesi sostenuta dalla destra, che vuole una trascendenza, o una trascendentalità di valori etici, e la tesi sostenuta dalla corrente di sinistra, che vuole una immanenza di tali valori.

Un tentativo pari al nostro abbiamo visto nei giusnaturalisti del periodo umanistico rinascimentale, in Ugo Grozio, in Alberico Gentile, in Giovanni Althusius, ma in tale tentativo possiamo notare prima una reazione alla posizione cristiana in merito alla trascendenza dei valori etici, ed inoltre un errore fondamentale, poiché i giusnaturalisti hanno creduto necessario, per potere scoprire i valori e i principi validi perché la loro teoria potesse essere condivisa e convalidata, analizzare l'uomo nel suo comportarsi non più condizionato dal convenzionalismo sociale, ma in uno stato di ferinità, nello stato di guerra.

Ma nello stato di guerra l'uomo non vive più allo stato naturale e non si manifesta nella sua vera natura e non manifesta l'umano, poiché è di già condizionato, vivendo in una società costituita, per la quale combatte al fine

di difendere un valore raggiunto e giudicato o bene economico sociale, o bene economico politico.

La nostra concezione vuole studiare l'uomo in sé, astruendo dalla vita sociale, dalla vita politica, cogliendolo nella sua profonda natura vera, al di là del bene e del male, non impegnato in convinzioni e convenzioni, non teso verso alcun fine da raggiungere per far suo.

Il giusnaturalismo non deve essere una tesi, un concetto, un principio logico da dovere o potere dimostrare dopo che è posto, ma deve essere una realtà validamente oggettiva, non logicamente ammessa, una verità universale semplicemente intuibile quale valore assoluto, non quale verità antropologica e antropopatica.

Quando noi parliamo di stato di natura, di stato meta-storico e meta-politico, vogliamo portare non alla concettualizzazione di un valore filosoficamente funzionale e logicamente significante, ma ad un valore che deve essere intuito quale meta-logico, matrice di ogni deduzionismo intuizionistico, cioè di un deduzionismo che pone a fondamento non un valore logico ipostatizzato.

Questa sua posizione meta-logica, pertanto, non deve farlo intendere quale postulato o principio a-priori, né quale idea innata, ma quale essenza pura dell'esistente uomo. Colto il meta-individuale nella sua natura meta-logica e nei suoi valori necessari ed universali, valori questi che sono attributi propri della natura dell'umano inteso meta-individualisticamente; nel campo sociologico e politico deve essere intuito, non inteso, quale la sostanza etica, e conseguentemente giuridica, di ogni possibile morale positiva, di ogni possibile diritto positivo.

Il principio meta-individualistico, che è principio meta-sociale e meta-politico, non ha nei confronti dell'individualità storicizzantesi, né posizione, né valore e funzione inclinante, dato che è impossibile, oltre che insignificante, il puntualizzarlo, rifrangendosi, il meta-individuale, nell'intera umanità, mancando, in sé colto, di un possibile sviluppo logico tendente ad un fine.

È principio necessitante all'azione ma non determinante questo; è necessitante all'azione perché sia possibile la storicizzazione di sé attraverso la soggettività concreta, ma non è determinante l'azione storica intesa quale architettata evoluzione che nel tempo trova la sua significazione, non determinante l'azione intesa quale mirante, per intervento di un provvidenziale principio presunto e presupposto, ad un fine correlato e connesso logicamente al principio meta-individualistico ipostatizzato.

Le correnti filosofiche e le concezioni filosofiche precedenti la nostra hanno tentato di spiegare l'universale dopo averlo posto quale fondamento etico, ed hanno, da tal principio postulato tratto, per deduzione, o per induzione, una morale logica ben architettata.

Ma si tratta di convinzioni logico filosofiche, determinanti le diverse concezioni etico politiche ed etico sociali, filosofico politiche e filosofico sociali.

Una tale posizione noi notiamo oltre che nei filosofi del periodo umanistico rinascimentale, nei più noti e validi pensatori politici, in Locke, in Filmer, in Hobbes, in Kant, in Hegel, in Feuerbach, in Marx, in Stirner, in tutti quanti hanno fermato la loro attenzione su tale problema.

Tali posizioni logico filosofiche, appunto perché logiche, rendono possibile una dialettica in merito al problema del valore e della funzione dell'umano, dando vita, conseguentemente, ad un conflitto fra teorie, fra concezioni, fra sistemi, fra umanismi.

Noi comprendiamo che la nostra tesi, che vuole essere, ed è, metalogica, che di logico ha lo storicizzarsi del meta individuale, non è facile ad essere accettata, e non è facile che lo venga ad essere anche perché per l'uomo filosofo è ben difficile che possa e sappia portarsi al di là dei sistemi e dei problemi filosofici, validi nel mondo costruito su presupposti e ben studiati principi funzionali e praticamente dimostrabili.

Ma tali principi hanno il valore proprio dei principi matematici e pertanto sono astratti, come è astratto tutto il mondo della matematica.

Nella filosofia ci troviamo di fronte ad un mondo nominalisticamente valido, un mondo simbolico e non reale, e la realtà che tale mondo vanta di possedere ha un valore puramente logico verbale.

La stessa realtà marxiana, che Marx contrappone all'idea hegeliana, è una realtà presupposta logicamente e logicamente valida, e quindi è l'idea della realtà, non la realtà vera e naturale, è un reale oggettivo, si stia bene attenti, cioè un reale antropocentrico e antropologico, oltre che antropopatico, poiché l'oggettivo ha valore e significato di fronte ad un soggettivo, relativamente al soggettivo.

L'umano nel senso che sosteniamo noi, quale meta individuale, non può avere né i caratteri dell'universale difeso e sostenuto dai filosofi che sostengono una trascendenza ed uno spiritualismo, né i caratteri dell'universale sostenuto e difeso dai filosofi che sostengono una immanenza ed una posizione materialistica, poiché è medesimamente sostanza ed attributo della soggettività colta nella sua universalità vera.

L'umano sta all'uomo come la vista all'occhio, come l'udito all'orecchio.

I sostenitori della concezione trascendentistica o trascendentalistica, cioè i filosofi che finiscono con il dare alla problematica filosofica un carattere spiritualistico, si contrappongono ai filosofi che sostengono una concezione immanentistica, cioè ai filosofi che finiscono con il dare alla problematica filosofica un carattere materialistico; ma, a ben ragione, stando al presupposto logico della loro tesi, della loro teoria, sia gli uni come gli altri sono in errore,

dato che l'umano, che è metalogico, non può essere inteso né seguendo la teoria logica a carattere spiritualistico, né la teoria logica a carattere materialistico, poiché non può essere incluso nel ristretto campo logistico.

I sostenitori del materialismo commettono il più colossale errore logico, pur avendo ben architettato un sistema logico, perché considerano falsi, non funzionali, presupposti e non validi tutti i valori che l'umanismo desume dall'attività dello spirito, cioè dalla soggettività colta nel suo prodursi intellettualistico. Questi filosofi pensano indispensabile condurre una lotta ai valori filosofici presenti e difesi dall'umanesimo, e questa lotta è la causa della crisi dei valori culturali e storici frutto dell'attività pura dello spirito, cioè dell'umano che è presente nell'uomo, che in ogni uomo si manifesta pur differenziandosi da ogni uomo.

Il più significativo fenomeno dell'umano, viene oggi accusato di aver avviato l'umanità ad una lotta di classe, la classe colta e la non colta, la classe borghese e la proletaria, la classe dei benestanti, che intendono la vita esteticamente, e la classe dei bisognosi, che vengono assillati dai bisogni, che vengono impegnati dalla vita intesa quale economia, e i filosofi che ciò sostengono, con abili e ben studiati ragionamenti, vogliono far vedere nella classe colta la classe dei conservatori, coloro che vogliono tenere in vita valori superati e non più funzionali, mentre nella classe non colta, cioè nella classe che viene quotidianamente pressata dai bisogni economici, la classe dei progressisti, di coloro che intelligentemente hanno compreso che i valori storici dal passato nulla significano per il presente perché non possono dare all'uomo qualcosa di bello e di utile, proiettandosi costoro in un futuro inteso quale trionfo della tecnica, trionfo dell'industria, trionfo di tutto ciò che può dare all'uomo il benessere materiale.

Questi due convenzionali e convenzionati umanismi, in conflitto, interpretano i rapporti interindividuali o ponendo a fondamento un principio aprioristicamente interpretabile, o un principio contrattualisticamente, cioè convenzionalmente, valido.

I primi sono quelli che sostengono e difendono logicamente un ipostatizzato valore meta-individualistico quale funzionale perché possa avverarsi il fenomeno società; i secondi sono quelli che difendono e sostengono logicamente la prassi quale determinante il fenomeno società.

I sostenitori del meta-individualismo quale valore ipostatizzato, pongono a fondamento un valore spirituale puro, del quale i singoli individui sono momenti, mentre gli altri, che considerano un tale universale come mitizzazione dell'individualità, non credono possibile l'effettuarsi della società se non come portato del reale, quotidiano, continuo rapportarsi degli individui, degli individui che al di fuori della collettività nulla significano, nulla sono, nulla realizzano. Però, nell'un caso come nell'altro, se ben si esamina l'argo-



mento sostenuto dalle due parti, lo storicizzarsi dell'individualità, che diventa coscienza di sé, sta nella prassi e segue una legge che impone, comunque si voglia, l'azione come dovere assoluto perché la soggettività si affermi nei propri intimi significati.

Sia che la legge sia autonoma e intimamente connessa con la natura propria dell'uomo, sia che la legge sia contrattata, l'uomo acquista sempre senso di sé nei rapporti inter-individualistici, cioè nell'agire e attraverso l'azione, nello storicizzarsi; così stando le cose, si forma un circolo vizioso, poiché l'azione umana che di fatto e realmente consegue il valore meta-logico, cioè meta-individuale, qui diventa la causa prima perché questo valore puro si significhi.

La differenza fra le due concezioni consiste nel fatto che se si interpreta la legge quale deducibile da un ipostatizzato principio meta individualistico, il porsi e lo storicizzarsi della coscienza trova il suo fondamento in un principio universale e necessario che teoreticamente dal di dentro impone all'uomo l'attuazione di un dovere assoluto ed incondizionato, mentre, se si segue l'altra corrente, la contrattualistica, la legge diventa il risultato dei reali rapporti umani e quindi nasce dal porsi storico della individuabilità intesa quale produttività di valori che sono da giudicarsi beni etici solo ed in quanto rispondono ad un soddisfacimento dei bisogni umani, beni questi che rendono l'uomo effettivamente felice.

In questo caso, nella prassi la vita diventa funzionale, e lo è, perché attua un bene pratico, nell'altro caso, invece, la vita è, teoreticamente, fine a sé, ed in sé trova l'attuazione dei proprii principi e dei proprii fini.

Però, sia nell'un caso, come nell'altro, come dicevamo, il dovere imposto dalla legge è necessitante l'azione e l'uomo nel suo storicizzarsi è condizionato a fini o teoreticamente stabiliti o praticamente determinabili.

È fuori discussione che in tal senso la legge impone un dovere condizionato anche a determinati momenti storico sociali e storico politici, relativi al progresso economico, e diventa assoluta perché necessitata da questi rapporti economici che la specificano e la giustificano, non solo, ma anche perché necessitante un equilibrio, voluto, nel campo dei rapporti umani, visti nella produttività e nello scambio, laddove per la concezione meta individualistica, metalogica, cioè nella concezione meta individualistica pura, non ipostatizzante l'umano, la legge è un valore proprio dell'umano, un valore etico proprio della coscienza umana che l'uomo trova nell'uomo interiore, di quell'umano da doversi intendere non concettualmente ma intuizionisticamente, quale categoria propria della soggettività storicizzantesi, quale attributo proprio della personalità umana in sé considerata.

Il senso pratico della vita, che è peculiarità dei contrattualismi, può portare, ed infatti porta, a tacciare la concezione meta-individualistica di astratto

logicismo, ed una tale accusa diventa valida se il valore meta-individualistico non è intuito nel suo mondo che è il meta-logico, cioè il meta-concettuale, il meta-storico, il meta-sociale, cioè se viene posto logicamente, quale valore ipostatizzato. Ma se si pone il meta-individuale metalogicamente, il meta-individualismo ed il contrattualismo trovano il loro punto di fusione e possono coincidere solo se il contrattualismo si concepisce quale necessario fenomeno dell'umano, come conseguente, naturalmente l'umano, quell'umano che porta l'uomo a connettersi naturalmente all'uomo.

Ma perché ciò sia comprensibile è necessario condurre una serrata critica e alla teoria hegeliana e alle interpretazioni dell'hegelismo, curando di vedere nello hegelismo l'eco delle correnti filosofiche sociologiche che hanno preceduto il pensiero di Hegel, e le concezioni politiche che in Hegel hanno avuto la loro risoluzione, il loro completamento, la loro più ampia spiegazione.

La nostra concezione vuole essere, ed è, un superamento e della interpretazione della sinistra e della destra hegeliana, e si manifesta quale la terza interpretazione del pensiero hegeliano nel senso che considera il pensiero meta-storico ed il meta-sociale presente nella teoria di Hegel, il *logos*, quale valore meta-individuale, nel senso meta-logico, quale legge naturale che trova la sua storia ed il suo divenire nei reali rapporti umani quali determinanti, non convenzionalmente, il contratto sociale ed il diritto positivo.

Il fatto che il valore meta-individuale è da noi concepito quale meta-logico, dà la possibilità di intendere l'equivoco che è presente nella teoria filosofica dello Hegel.

L'errore fondamentale dello Hegel consiste nell'aver incluso il valore meta-storico, meta-individuale, meta-politico e meta-sociale nella sfera del *logos*, nell'aver sostanzialmente identificato legge di natura e mondo logico, inteso quale divenire dialettico dell'idea in sé.

Se l'umano, cioè il valore meta-individualistico che ci fa essere Uomini, e che è la radice dei rapporti reali fra gli uomini è parte e momento di una logica dialettica, se è termine che si afferma nella discorsività logica, assolutamente deve ammettere un'antitesi, una negazione di sé, perché possa di sé essere consapevole e perché possa proiettarsi in una significazione storica.

È l'alterità logica che diventa, in un secondo tempo, nella problematica politico sociale, l'alterità di fatto, la lotta, il contrasto fra valori, la negazione reciproca che è, in un mondo logico astratto, affermazione reciproca.

Ma se l'uomo è inteso nel senso né immanentistico, né trascendentistico o trascendentalistico, quale la pesantezza ai gravi ed il potere di attrarre alla calamita, quale l'attributo e l'essere dell'individualità realmente intesa, quale valore necessario ed universale parimenti e sostanzialmente presente in ogni individuo storico, l'affermarsi di tale valore non può spiegarsi attraverso una

logica dei contrari, dei contraddittori, degli opposti, ma nell'unicità del suo storicizzarsi concreto, in quelle che sono le sue membra, gli individui.

Suoi momenti, e conseguentemente fenomeni, sono il costituirsi della società quale armonia di parti, il risolversi dell'umanità, intesa quale totalità degli individui, in una collettività concreta dell'universale.

L'umano sta all'individuo e questo alla società e alla collettività, come la funzione sta all'organo, e gli organi all'organismo.

Le leggi che regolano i rapporti fra gli organi in un organismo, legge naturali, sono identiche, per la loro funzionalità, alle leggi che regolano i rapporti fra gli individui, per cui l'interindividualità cessa di essere intesa quale contratto e convenzione per diventare storia reale dell'essere, colto nel suo valore assoluto ed incondizionato, cioè non dialetticamente.

Quello che era inteso lo spirituale, diverso e distinto dal materiale, non ha più alcun significato, né può più vantare ragione alcuna di credito, poiché lo spirituale è, nella storia e nello storicizzarsi del meta-individuale e del meta-sociale, un valore identico al colore che è proprio dei petali di una rosa, alla fluidità che è propria dei liquidi, alla pesantezza che è propria dei grassi.

Il fenomeno umano è, come di già abbiamo spiegato in altra sede, fenomeno da considerarsi al pari degli altri fenomeni naturali, fenomeno energetico, fenomeno che vive secondo quelle leggi che regolano la vita di tutti quanti gli esistenti che costituiscono l'infinito cosmo nel quale gli esistenti, rapportandosi e relazionandosi, acquistano e danno significato a se medesimi e alle altre esistenze particolari, con le quali si reciprocano.

L'umano condizionante, per natura e secondo le leggi di natura, tutti i particolari che lo significano, dà vita alla società, dà vita allo Stato, dà vita a tutti i modi e i momenti dell'eterna storia sociale.

Ma questa storia, questi modi e questi momenti, questi rapporti che significano le relazioni umane, debbono essere giudicati nella loro essenza e nella loro apparenza, poiché v'è, nella storia dell'umano, un valore che è il naturale, e pertanto necessario ed universale, ed un valore sovrastrutturato che è contingente. Il valore naturale costituisce l'essenza, mentre il contingente l'apparenza.

Se l'umano vivesse retto dalle leggi naturali, si avrebbe nel mondo una società, quale fenomeno, nella quale l'armonia e le proporzioni di parti darebbero sostegno ad un processo evolutivo, nel campo sociale, graduale e senza turbamenti, mentre ciò non sarebbe possibile, e di fatto non lo è, se le leggi naturali vengono ad essere turbate nel loro intersecarsi da leggi contingenti, non naturali, cioè, sovrastrutturate e relative agli interessi e ai fini antropopatici.

Quando l'equilibrio di una pila atomica viene ad essere turbato, si ha l'esplosione, così come, nel campo sociale, si ha la rivolta, quando le leggi

naturali vengono ad essere turbate da un fine che non è né naturale, né necessario, né universale.

I valori sovrastrutturati sono nel campo sociale da considerarsi antiproduttivi per quel teleologismo che è proprio del e nel grande organismo che è l'universo considerato sia nel suo aspetto oggettivo, quale natura, sia nel suo aspetto soggettivo, quale società, quale organizzazione di uomini.

Ma la difficoltà per cogliere la vera funzionalità delle leggi di natura consiste non nello spiegare energeticamente i rapporti umani, ma nel mostrare la strada che bisogna seguire per combattere le sovrastrutture e per fondare la vita su basi reali.

Energeticamente, dati gli ultimi e più approfonditi studi sull'esistente, del quale è parte l'uomo, la vita umana può essere colta nei suoi reali intimi nessi, può, persino, essere spiegata con certezza matematica, dato che ogni azione e reazione possibile della natura umana trova nella fisicochimica e nella biochimica la legge regolatrice.

Quel che è difficile cogliere nella propria radice è il sovrastrutturato mondo logico verbale, sul quale poggia tutta una serie di valori non necessari e non universali, non reali perché non dovuti alla vera natura dell'esistente.

È nostra convinzione che se si vuole superare il conflitto fra umanismi, quel conflitto che divide l'umanità e che pone gli uomini gli uni contro gli altri, è necessario risalire all'origine che determina i valori sovrastrutturati, cioè i valori antropologici ed antropopatici.

Se l'uomo è un essere facente parte della natura, come lo è, se l'uomo è intimamente governato da quelle leggi che sono proprie della natura, perché e come mai nel consociarsi si impongono leggi che non sono naturali?

Quale è la loro origine e come possono tali leggi essere superate se sono conseguenza di una vita contrattata, cioè conseguenza dei rapporti che si sono venuti a stabilire fra uomini, proprio a causa della interindividualità?

Se le leggi di natura sono universali e necessarie, e non possono essere altrimenti, se sono le regolatrici dell'agire e dell'agire e del reagire dell'esistente uomo, se sono la radice meta-sociale e meta-individuale che dà sostegno reale e non logico verbale all'interindividualità, la radice delle leggi contrattate, delle sovrastrutture, delle convenzioni umane a carattere politico e sociale, ove trova il suo sostegno, la possibilità di un convincente credo, sia pure logico?

Se il problema viene esaminato a rigore di logica, le sovrastrutture debbono essere discreditate e poste al bando, poiché la logica dimostra il loro fondamento irreali, non solo, ma la contraddizione sostanziale che dilania l'esistente umano, il quale viene a trovarsi di fronte a due valori sociali: il reale che è il meta-individuale, ed il contrattato che è il conseguente, l'interindividualità.

L'uomo che non sa portarsi fuori dal giuoco del deduzionismo logico che

ha in un principio postulato il fondamento del suo divenire, l'uomo cioè che non sa pervenire ai valori meta-individuali e meta-sociali nel problema della interindividualità, pone quale soggetto dell'azione l'uomo consociato, determinante valori e funzioni, mitizzando la ragione umana a tal punto da farne uno spirito assoluto, provvidenziale, un *logos* che nella storia dei particolari diventa la ragione d'essere d'ogni esistente, mentre il filosofo che arriva a comprendere questo giuoco di parti, questo circolo che da una ragione umana giunge ad una ipostatizzazione della medesima ragione, e di questa fa il principio determinante e regolatore del tutto, vuole, al di là del bene e del male contrattato, cioè al di là della morale e della eticità valide socialmente e politicamente, vedere, sia pure con la ragione del cuore, che è per la intuizione dei valori universali la luce che illumina la via che deve percorrere la ragione della mente, il valore proprio dell'essere in sé, non deformato, non alterato dalle passioni che suggeriscono all'uomo abili modi di comportamento perché possa affermare la sua egoità, possa difendere i suoi interessi, possa contrattare, salvo rimanendo tutto ciò che giudica sua proprietà privata.

Per meglio intendere il comportamento dell'uomo consociato che considera il contrattualismo la base del rapporto interindividuale, è necessario specificare l'egoismo, correlandolo all'individualità in sé definita, alla società quale collettività di individui appartenenti ad una classe sociale; alla società quale consociazione che assume significato di gruppo etnico, consociazione questa che si afferma sotto il nome di Nazione, alla società quale consorterìa fra gruppi etnici, consorterìa che comporta una unione fra Nazioni che spinte da comuni interessi assumono determinate posizioni e sostengono determinati principi etico sociali ed etico politici.

L'egoismo deve quindi essere considerato il fondamento del contrattualismo, sia inteso nel senso materialistico che spiritualistico, sia che voglia dare vita a nuove forme di vita comune attraverso il sovvertimento delle antiche forme di governo, sia che voglia assumere l'aspetto di conservatorismo.

Il contrattualismo inteso quale risultato dei rapporti umani, visti nelle reali relazioni umane, reali nel senso che vengono ad assumere nel campo storico politico e storico sociale, è il movente primo del conflitto fra umanismi.

Se il contrattualismo però viene inteso quale manifestazione, quale storicizzarsi dal valore meta-individuale, e pertanto meta-sociale, meta-politico e meta-storico, il senso del rapporto interindividuale è del tutto diverso.

L'individualità è sostanzialmente, non logicamente, modo e momento d'essere dell'umano, di quell'umano che è in noi come negli altri fine a sé e non mezzo per il raggiungimento di un fine.

In tal caso, il disinteresse regge e governa l'azione umana, ed il rapporto umano viene ad instaurarsi su una base che non potrà mai essere egoistica.

L'egoità coincide con l'alteregoità, l'interesse d'ogni soggettività coincide con l'interesse dell'umanità vista nel suo complesso.

I limitati confini che demarcano oggi le zone d'interesse connesse agli individui cessano di avere alcuna significazione e portano a considerare l'uomo nel mondo, al di là di ogni limite spaziale e temporale, cioè al di là di ogni possibile concettualizzazione storica.

Se si giunge a tanto, il valore meta-storico, e quindi meta-individuale, si manifesta e impone all'uomo una ritrattazione dei rapporti umani.

È in tal senso che deve istituirsi una nuova società, nella quale il conflitto non può più avere alcun significato.

Al di là delle classi sociali, al di là del nazionalismo, al di là delle barbarie doganali, al di là dell'economismo, sta il vero uomo, non l'uomo che soffre nello e per lo sforzo di affermare la sua egoità, l'egoità degli uomini che a sé connette perché simili a lui in quanto sospinti dalle stesse miserie, dalle stesse necessità, l'egoità degli uomini che considerano i propri simili nemici e non uomini in tutto e per tutto simili a lui, per il sol fatto che stanno al di là dei confini che fanno di una parte del mondo una Patria, la sua Patria, quella Patria per la quale l'uomo perde il senso dell'umano, per la quale patria impugna le armi e combatte, uccide, offende.

E tutto questo è il frutto dell'interesse egoistico.

Perché l'uomo viva secondo i canoni dell'umanità, perché possano cessare le lotte di classe, le guerre, i lutti che vengono a colpire a causa delle guerre le madri, è necessario abbattere le consorterie a carattere nazionalistico, è necessario far comprendere a tutti gli uomini che sono finzioni quelle barriere e quei confini che lo rendono cittadino di una Nazione, è necessario portare l'uomo a vivere il disprezzo di ogni bene terreno.

Se l'uomo potesse vivere libero per il mondo, se potesse lavorare per dare a sé e ai propri simili il benessere che oggi, in questa società, considera come una meta da raggiungere, se l'uomo potesse sentirsi cittadino del mondo, padrone di tutto e non privato di nulla, se l'uomo scegliesse l'usufrutto del bene economico e perdesse il senso della proprietà, l'umanità sarebbe costituita da esseri tranquilli, la vita sarebbe vissuta nelle forme più etiche possibili, la lotta tra umanismi non potrebbe più trovare alcuna argomentazione.

Ma per arrivare a ciò l'uomo dovrebbe vivere l'umano e difendere l'umano che lo fa essere Uomo e che lo connette naturalmente ai propri simili.

Ma rimanendo immutati i presupposti, oggi questa è utopia.

Nostro augurio per l'umanità, per gli uomini che verranno su questa terra e che popoleranno il mondo, è che mai più i filosofi possano sentire la necessità di riunirsi per discutere un tema talmente tragico: "Conflitto fra umanismi".

## *Scienza, filosofia e religione*

FELICE ALBERTO TEDESCHI

La vita civile, considerata nei rapporti umani, nel connettersi e nel relazionarsi degli individui che costituiscono la società, gode, oggi – come sempre ha goduto relativamente ai caratteri di un determinato periodo storico, alla maturità raggiunta dall'uomo nel tempo, al grado della evoluzione psichica determinante il progresso storico dell'umanità, e conseguentemente, della scienza – dei grandi contributi apportati dalla scienza e dalla filosofia.

Il telefono, il telegrafo, la macchina a vapore, la radio, il cinema, l'automobile, la televisione, il cervello elettronico e tutti i ritrovati della scienza sono la manifestazione del progresso, sono le tappe raggiunte dall'uomo nell'evolversi della sua vita e della vita della società, sono fenomeni attestanti il progresso evolutivo inteso nel senso più vasto e comprensivo.

La filosofia e la scienza sono le matrici del progresso, sono i valori determinanti il processo evolutivo sociale, la filosofia quale metodologia, la scienza quale manifestazione reale, grazie alla quale la problematica filosofica acquista funzione, significato, senso pratico.

Non vi può essere scienza che non sia filosofia, così come non vi può essere filosofia che non sia scienza.

Se la filosofia non si correla alla scienza, si risolve in pura ed astratta esercitazione logica, a giuoco logico in cui dati alcuni presupposti, intesi quali punti di partenza o punti di arrivo, si conduce un processo logico a carattere induttivo o deduttivo rigoroso, ma niente affatto connesso con la realtà.

Una filosofia non relata alla scienza si muove e si articola su valori logico verbali, su segni fonici a carattere convenzionale e immaginistico che vengono, per assunto, considerati e sostenuti quali valori reali.

Però questi valori logico verbali non sono validi per la ricerca scientifica e vengono da questa considerati assolutamente privi di contenuto.

Scienza e filosofia debbono vivere la medesima problematica e debbono avere il medesimo scopo: il vero non convenzionale ma reale; il bene quale armonia che dà felicità e benessere.

È indiscutibile che non può esservi progresso ove non vi sia ricerca, ove non vi sia evoluzione nel campo della scienza, ove non vi sia processo nel campo filosofico, processo questo che si muta, nella prassi, in processo e progresso storico sociale, storico civile, storico politico.

Scienza e filosofia costituiscono, nella loro storia e nel loro connettersi, i fattori determinanti, le caratteristiche dei diversi stadi della storia dell'umanità.

La storia civile è il risultato del progredire della scienza e della filosofia.

La filosofia dà all'uomo la consapevolezza del teleologismo proprio del progresso scientifico, dà alla scienza un significato funzionale nel senso storico.

Una scienza che procede facendo a meno della metodologia è da giudicarsi pura empiria e le scoperte scientifiche frutto della empiria sono dovute al caso.

La scienza è veramente scienza quando è strettamente connessa alla filosofia.

Altro è la scienza che procede interrogando la Natura, provando e riprovando, pura e semplice empiria ed empiricità, altro è la scienza che procede andando per gradi, con metodo, con programma, avendo coscienza di ciò che vuole scoprire, avendo consapevolezza del valore reale che deve trarre dalla natura e connettere agli altri valori reali.

Richiamiamo in merito lo studio intorno all'atomo per la scoperta del mesone.

Alla empiricità che ha dato, e può dare, risultati per caso, si sostituisce la vera, reale, cosciente, consapevole ricerca.

Sempre più l'uomo, per via della scienza e della metodologia (che è filosofia della scienza, cioè la logica della scienza) si rende padrone della Natura e riesce a dominarla rispettando e sfruttando le Sue leggi; sempre più l'uomo, procedendo nella ricerca scientifica, fa tesoro dei segreti che trae dalla natura, dando a sé e ai propri simili un reale miglioramento, raggiungendo sempre più una maggiore e più completa visione della vita e del perché delle cose, del comportarsi dei particolari esistenti, delle possibilità funzionali dei singoli elementi che costituiscono la complessa oggettività nella quale l'uomo vive e nella quale si muove.

In virtù della filosofia e della scienza, l'uomo si mette sempre più nella condizione di superare stati d'animo di perplessità, di negare sempre più superstizioni e miti, di emanciparsi, sempre più, da presupposizioni e da false credenze.

La scienza muta il mito in filosofia. La filosofia muta l'empiricità in reale scienza, in vera e consapevole ricerca.

È la scienza che dà all'uomo la possibilità di spiegare i fenomeni naturali



superando la credenza in un'animazione della materia, negando credito a forze occulte, a capricciose divinità determinanti la vita e l'avvenire degli esistenti.

La ragione, che indagando si porta a scoprire la reale ragione d'essere dell'esistente, la causa determinante i singoli fenomeni che costituiscono questo sempre, eterno, arcano universo, che tende a sapere l'*arché* reale (non fantastico e fantasticato) dei fenomeni, è la radice comune, è il valore comune che relaziona e connette la filosofia e la scienza; è la facoltà che unifica la ricerca scientifica e la filosofica.

Se la filosofia si chiude in un mondo puramente logico e tratta solo dei problemi poggianti su idee astratte e su principi logico-verbali, si preclude la possibilità della conoscenza del vero e del certo, si pone in uno stato di inferiorità di fronte agli altri campi della scienza, quali la fisica, la chimica, la fisico-chimica, la biochimica, la fisica nucleare, l'elettronica considerata nella vastità delle sue applicazioni e dei suoi sviluppi.

La problematica che la filosofia oggi deve vivere non può connettersi né ai principi dell'idealismo o del realismo, del relazionismo o dell'empirismo, dell'intellettualismo o del volontarismo, dell'ideismo o del sensismo, ma deve connettersi alla problematica che vive ed attua la scienza, problematica che ha ad oggetto l'esistenza e l'esistentivo.

L'apriorità dell'idea sull'oggettività, o dell'oggettività sull'intellettualizzazione e concettualizzazione perché sia possibile la problematica filosofica, non ha significato valido e deve considerarsi teoria priva di contenuto scientifico.

Una tale sorta di filosofia tradizionale dà vita ad una problematica astratta e falsa i cui risultati sono antropologici e antropopatici, probabili e verisimili.

Il vero e il certo sono preclusi ad una ricerca filosofica poggiante su valori convenzionali e convenzionati.

L'uomo non può avere conoscenza e scienza intorno all'esistente e alla propria vita se non fa appello, nel suo progredire verso il vero, ad una ricerca priva di pregiudizi, se non toglie valore e funzione a categorie logiche, vuote, tanto quanto false, a presunti valori *a priori* apparentemente innegabili, a certi fini postulati, veri in quanto per tali presunti e sostenuti.

La convertibilità fra vero e fatto, di vichiana memoria, ebbe la sua smentita nel corso della filosofia; la sintesi *a priori* kantiana venne nel corso del pensiero negata e superata; l'identità hegeliana del reale e del razionale trovò nelle teorie logico filosofiche che seguirono nel tempo, la smentita ed il superamento; la fede nel fatto e nel dato certo, negatore di ogni possibile metafisica, sostenuto dai positivisti, naufragò di fronte ai ragionamenti condotti dagli antipositivisti; i valori fondamentali dello spiritualismo videro la loro contropartita nei

valori materialistici sostenuti da pensatori antispiritualisti; l'unità dell'io vide l'impossibilità di una vera e certa fede, nei momenti dell'io considerato quale intuitivo e logico; l'idealismo in genere vide nell'assoluto realismo il motivo della sua crisi e del suo tramonto.

Ogni corrente filosofica, ogni intuizione filosofica, vide e trovò una controcorrente tanto valida e degna quanto poteva e doveva considerarsi per sé. La filosofia tradizionale è dialettica, si snoda per contrapposizioni di valori, ragiona su presunti asserti niente affatto funzionali per il progresso dell'umanità e della società.

È alla scienza che si deve il progresso civile, sociale e politico.

A nostro avviso non si potranno mai comprendere i valori umani, relazionati al progresso, se non si analizza l'ascesa dell'uomo dallo stato primitivo allo stato di civiltà nel quale vive, non si potranno mai comprendere i reali valori umani se non si rapportano e si relazionano al progresso della scienza, matrice della trasmutazione dei valori tradizionali, se non si rapportano e si relazionano alla tecnologia determinante, in maniera consequenziale, il progresso civile, sociale e politico.

Il processo dell'evoluzione biologica si deve al fatto che l'uomo, grazie alla scienza ed al progresso scientifico, si è sempre più emancipato da moltissime condizioni ambientali.

La storia della civiltà e dell'umanità coincide con la storia della scienza.

La storia dell'umanità non è la storia dei mutamenti politici, di successioni dinastiche, di costituzioni concesse o acquistate o conquistate; non è la storia di guerre e di rivoluzioni affermant i diritti del proletariato e della borghesia, è storia della scienza, dell'evoluzione scientifica, poiché è questa che ha portato l'uomo ad una maggiore maturità, ha portato l'uomo ad avere coscienza del proprio essere e del proprio esistere in relazione con gli altri esistenti, ha dato all'uomo la coscienza del proprio condizionarsi e del proprio connettersi funzionalmente.

Il miglioramento delle industrie, dei commerci, del tenore di vita, è frutto e risultato del progresso scientifico.

Se si pensa all'accorciamento delle distanze dovuto alla scoperta della macchina a vapore e delle conseguenze apportate da questa scoperta nel campo sociale e politico, e se si relaziona ciò al maggiore accorciamento delle distanze dovuto agli aerei, ai reattori, ai razzi, possiamo sempre più renderci conto di quanto l'uomo sia debitore alla scienza e quali sono i valori spirituali che sono presenti e che scaturiscono dalla ricerca scientifica e dal progresso della scienza.

È il progresso scientifico che ha portato l'uomo della massa ad essere e a considerarsi attore e fattore del progresso storico, civile e politico, ad avere

consapevolezza del proprio valore e della propria funzione per e nel progresso della società.

In merito basterebbe ricordare il carattere delle trattazioni tradizionali della storia sociale e politica per notare come nell'età passata, l'oggetto della storia fosse solo la classe dei nobili e dei militari, la classe della nobiltà e dell'alto clero.

È nel periodo umanistico rinascimentale che il popolo incomincia ad entrare nella storia come attore e fattore, ed è appunto al progresso della scienza del periodo umanistico rinascimentale che ciò si deve.

Le grandi rivoluzioni sono connesse alle grandi scoperte e non sono dovute né ai mutamenti politici, né a successioni dinastiche, né ad atti di forza da parte della massa.

Se oggi le leggi convenzionate e convenzionali non hanno più credito, se oggi si sente più che mai la necessità di vedere e trattare secondo leggi più reali i rapporti fra gli uomini, si deve proprio ad una ben chiara valutazione della legge di Natura, legge questa non convenzionale e non convenzionata.

Ma per poter trattare di ciò è necessario parlare delle scienze e del progresso scientifico, oggi.

Noi prendiamo le mosse dall'oggettività vista e considerata come fatto, in sé e nelle sue relazioni, nelle sue possibili connessioni, nei suoi sviluppi.

Al fatto, inteso in tal maniera, appartiene l'uomo.

Il fatto, ciò è innegabile e non soggetto a dubbio, è l'esistente.

Ma l'esistente è ciò che esiste qui ed ora, è manifestazione di qualcosa che non è, però, l'esistente ma l'essenza dell'esistente, l'essere in sé attuantesi quale esistenziale.

L'attuale del fatto è non il fatto in sé ma ciò che dà al fatto possibilità di agire e di storicizzarsi.

Il fatto si connette, si relaziona, si storicizza in virtù di una forza che lo determina e lo rende attivo.

Senza un'energia, attuantesi e trasmutantesi, il fatto non potrebbe esservi, non potrebbe esservi vita alcuna, non potrebbe esservi progresso in alcun senso.

Se vogliamo definire i rapporti rispettando la terminologia filosofica tradizionale, possiamo dire: il fatto è la corporeità, l'energia è la spiritualità.

Ma tale linguaggio tradizionale non può essere sostenuto, né accettato, poiché la fisica moderna, la scienza moderna, ci porta a ben altra interpretazione dei rapporti sostenuti dalla filosofia tradizionale fra spirito e materia.

La fisica attuale, la fisica atomica, nega l'esistenza di una materia avente una vita ed un valore in sé e per sé validi.

Noi, dopo Einstein, sappiamo che la materia è materializzazione dell'ener-

gia, quindi sostanzialmente energia attuantesi e non possiamo quindi parlare di un principio passivo: la materia, e di un principio attivo: lo spirito.

Dalla teoria della relatività deduciamo che lo spirito e la materia sono sostanzialmente identici.

La massa del corpo è quantità di energia, e può mutarsi in energia; l'energia è la costante e l'immutabile.

Il principio della conservazione dell'energia risponde esattamente al principio filosofico dell'immutabilità e dell'identità assoluta dell'essere primo.

I filosofi, nel corso dei secoli, compresero, anzi intuirono, l'esistenza di un principio necessario ed universale senza del quale non è possibile né vita né divenire, e tale principio chiamarono Essere, considerarono immutabile, imperituro, sempre eguale a sé, ma non compresero però la sua vera natura, la sua reale funzione.

La precedenza di fatto, metafisica dell'essere, sostenuta dalla filosofia tradizionale, potrebbe trovare riscontro, nel campo della fisica atomica, nella presunta precedenza dell'energia sul fatto, sul fenomeno.

È ben logico che la presunta precedenza dell'essere sul fatto, spiegata secondo i presupposti dell'energetismo, cioè della fisica nucleare, è precedenza non nel tempo e nello spazio, perché spazio e tempo sono fatto e storia del farsi e del prodursi dell'energia, ma precedenza metafisica, cioè precedenza non temporale per posizione spaziale. La fisica atomica ci spiega la posizione dell'*energon* sull'esistente, con sempre maggiore consapevolezza ci porta ad interpretare la precedenza metafisica sostenuta da Aurelio Agostino quando vuole, il santo di Ippona, stabilire i rapporti fra creatore e creatura. Il principio animatore del tutto è l'*energon*, e i fatti, considerati quali parti del tutto, sono modi e momenti del farsi dell'*energon*.

Ora a base della ricerca filosofica debbono essere tutti i rapporti energetici, tutte le equazioni energetiche che spiegano i diversi fenomeni secondo la fisica quantica e i salti d'orbita. Il processo scientifico che ha portato l'uomo a rendersi conto dell'intima struttura dell'atomo, dell'intima connessione fra le parti che costituiscono la materia, che ha permesso all'uomo di poter disintegrare l'atomo, che ha dato all'uomo la possibilità di costruire la pila atomica, la nave a propulsione nucleare, che ha portato l'uomo a varcare gli spazi intersiderali, deve trovare nel campo della filosofia e della problematica filosofica ampia eco e logico sviluppo, consapevole significato, adeguata funzionalità.

Stando ai presupposti raggiunti dalla fisica nucleare, l'uomo deve considerarsi un fenomeno energetico e quindi deve agire, deve connettersi, in tutti i sensi, con le altre individualità, percepire e reagire per via elettromagnetica.

Per via di elettroonde l'uomo capta ed esprime il suo essere e l'essere delle cose che lo circondano.

L'uomo, considerato da un punto di vista fisico, strettamente naturalistico, non può essere visto se non come un concentrato di energia.

Il fluido nervoso che provoca le reazioni animali testimonia come il corpo animale si comporti vivendo in un campo magnetico, per corrente indotta, per reazioni dovute a polarità. L'uomo è pari, nella sua struttura fisica, alla bottiglia di Laida.

L'uomo si connette al resto dell'esistente con il quale entra in relazione, per rapporto di potenziale, cioè per forza elettromotrice.

L'elettrone è la chiave per scoprire il comportamento animale, e quindi dell'uomo.

Ma una tale interpretazione intorno alla radice dell'essere, considerato nel suo esistere, deve portare, a parere di molti, a conclusioni assolutamente materialistiche, ad una sorte di filosofia che non dà alcuna possibilità di credito ai valori spirituali, ad alcuna credenza, ad alcuna forma di religione e di religiosità.

Ma se noi pensiamo che l'*energon*, il valore metafisico valido per la scienza e per il linguaggio scientifico, corrisponde immanentisticamente all'Essere, al Fuoco, al Logos, alla ragione seminale, all'indefferenziabile principio schellinghiano, al noumeno kantiano, all'universale idea che storicizzandosi si fenomenologizza, alla volontà irrazionale, all'intuizione fondamentale matrice di ogni esistere e di ogni possibile processo conoscitivo, al termine primo ed ultimo di ogni processo dialettico, comprendiamo che l'aspetto materialistico, che sembra caratterizzi l'energetismo, non ha senso, né può avere credito.

L'energetismo è antimaterialismo perché riduce la materia, in quanto corpo, ad energia, sostanzialmente all'*energon*.

Per quanto la fisica atomica possa spiegare l'esistenza e la funzione degli ioni, dei positroni, dei neutroni, dei mesoni, degli elettroni ed in genere di tutte le parti costituenti l'atomo, per quanto la fisica quantica possa spiegare la diversità dei fenomeni secondo il principio dei quanti di energia, per quanto la fisica nucleare possa spiegare il sorgere ed il mutare dei diversi fenomeni per proporzioni di forze e per polarità di parti, mai potrà spiegare e dimostrare la natura dell'*energon*, di questa forza che è l'esistere all'esistente, che è legge dell'esistente, che proporziona le parti, che armonizza il tutto.

Qui la scienza diventa religione, religione positiva, vera, reale, cosciente, vissuta, innegabile; religione che manifesta l'onnipotenza, l'onnipresenza, l'onnivalenza del principio primo; religione che dà all'uomo ampia e fondata consapevolezza della limitatezza dei poteri logici dell'uomo, del sapere possibile all'uomo.

In mezzo alla scienza, al di là della scienza, risorge il mistero della Natura.

Oltre alla legge che è, nella sua necessità ed universalità, relativa ai corpi, agli esistenti, alle particelle che costituiscono l'esistente, vi è una legge universale e necessaria, onnicomprensiva, quella che determina l'ordine del tutto, l'armonia del tutto, che dà significato al bene e al bello, valori questi che stanno oltre il segno fisico della polarità, che stanno oltre ogni possibile matematismo, che pur connettendosi alla fenomenicità, al dato, al fatto, lo oltrepassano, lo superano, lo qualificano sotto aspetti che non trovano nella scienza moderna alcuna possibile e plausibile spiegazione.

L'astronomia permette all'uomo di costruire le equazioni che regolano il moto dei corpi celesti, porta l'uomo a stabilire dove deve trovarsi una determinata stella perché l'ordine dell'universo sia possibile, dà all'uomo la possibilità di calcolare a quanti anni luce deve nell'universo trovarsi un corpo perché il tutto non precipiti e perché i movimenti di rotazione e di rivoluzione siano attuali; potrà spiegare all'uomo, correlandosi alla fisica e alla chimica, il perché dei colori del cielo e del mare, dell'alba e dei tramonti, ma non potrà mai spiegare l'intima commozione che pervade l'animo umano di fronte al sorgere del sole, quando nel cielo le stelle cedono il campo al chiarore mattutino, al rosso tenue che gioca con i cangianti e più intraducibili vivi e delicati colori che sembra accarezzino unitamente alla volta celeste l'animo dell'uomo.

L'uomo può per via della biochimica, della biofisica, della scienza, spiegare il nascere e lo sbocciare, il vivere di una rosa, potrà spiegare l'origine del colore dei petali della rosa, ma non potrà spiegare perché mai di fronte alla rosa olezzante l'uomo rimane estasiato, conquiso dal grande miracolo della vita e della bellezza della vita.

Accanto al mondo della scienza, a questo connesso, su questo poggiante, vi è un mondo diverso, il mondo della poesia, della religione, della morale.

Nella ricerca scientifica, nel processo e nel progresso della scienza vi è un accento, un motivo, una caratteristica che sa di mistero, l'aspetto etico ed eudemonistico, l'aspetto umano e umanitario che, inspiegabile dal punto di vista scientifico, insorge e si afferma dando alla ricerca scientifica una funzionalità sociale e civile.

L'uomo che nella ricerca mira a superare determinate condizioni ambientali, che mira a combattere un male che miete vite e tortura l'esistenza dei propri simili, che mira ad offrire all'uomo suo simile benessere e felicità, vive, sì, il problema della scienza e sviluppa questa, ma vive anche valori e motivi spirituali, religiosi, etici, sociali, valori che sono insiti al problema del progresso scientifico ma che da questo si differenziano per la natura e la qualità del loro valore, per la natura ed il significato della loro funzione.

E questi valori che stanno al di là dei limiti della scienza e che a questa si connettono sono valori filosofici, valori religiosi.

La filosofia deve dar senso a questi problemi prendendo le mosse dalla scienza, vivendo la problematica scienziata.

La filosofia della scienza offre le proprie intuizioni alle scienze specifiche nella speranza che nel loro sviluppo e nella loro attuazione diano all'umanità un reale miglioramento.

Noi siamo convinti che l'energetismo sarà la teoria filosofica che riporterà la filosofia a madre e regina di tutte le scienze, a dare alla filosofia dignità di scienza tra le scienze, a risolvere tutti quei problemi che assillano la vita dell'uomo, risolverli realisticamente, scientificamente, positivamente.

Speriamo che queste nostre pagine abbiano convinto del contrario coloro che pensavano alla teoria energetica come teoria materialistica e portante all'ateismo.

Scienza, filosofia e religione trovano nell'energetismo possibilità di fusione e di sviluppo, ed è in virtù dell'energetismo che è possibile affermare nel progresso, oggi, quei valori spirituali che nobilitano l'uomo, che danno alla vita umana senso, funzione, significato etico.

# Rerum cognoscere causas: *la Weltanschauung marxista-leninista e la questione religiosa nella Cina d'oggi*

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

## I. *De qua agitur?*

La recente lettera di S.S. Benedetto XVI ai cattolici cinesi, dopo aver esposto nella sua parte introduttiva (nn. 1-2) gli aspetti teologici della posizione della Chiesa, affronta il tema dell'ateismo (n. 3), centrale sia sotto il profilo generale, trattandosi d'un contesto appunto marxista<sup>1</sup>, sia sotto quello specifico, giacché la necessità di propagandare l'ateismo è stata ripetutamente enfatizzata dal Governo cinese nel corso degli anni '90. Durante il XIII Comitato centrale del Partito, il 21 febbraio 1992, venne affermato, infatti, che “gli uffici per gli affari religiosi debbono assistere e cooperare con gli uffici preposti alla promozione dialettica e storica del materialismo, incluso l'ateismo, fra le masse, specialmente fra i giovani”<sup>2</sup>.

Il rifiorire della politica religiosa del Partito comunista cinese, dopo la lunga parentesi della ‘rivoluzione culturale’, dimostra quanto sia “antistorica l'opinione secondo la quale il progresso annullerebbe il pensiero religioso in

---

<sup>1</sup> Cfr., per l'impostazione teorica generale sul giurisdizionalismo marxista, MARIO TEDESCHI, *Chiesa e Stato in Polonia negli anni 1944-1968*, in *Dir. eccl.*, 1969, pp. 369 ss.; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *L'antica idea di separazione*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 975 ss.; CARLO CARDIA, *Società civile e società religiosa nel pensiero marxista*, in *Dir. eccl.*, 1969, pp. 288 ss.; FAUSTINO DE GREGORIO, *Brevi cenni sulla Chiesa in Albania prima e dopo l'8 settembre 1943. L'instaurazione del regime comunista*, in ID., *Stato e Chiesa nella storia del diritto*, Roma, Aracne, 2002, pp. 67 ss.; HANS WALDENFELS, SJ, *Religion in China. Eindrücke von einer Chinareise*, in *Stimmen der Zeit*, 1983, pp. 95 ss.; BERNWARD HEINRICH WILLEKE, OFM, *Die katholische Kirche und die Volksrepublik China*, in *China – Herausforderung an die Kirchen*, Erlangen, VEL, 1974, pp. 33 ss.

<sup>2</sup> Cfr. STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *L'attuale situazione della libertà religiosa in Cina*, in *Coscienza e libertà*, XXXIX (2005), pp. 119 ss.; ID., *La nuova normativa della Repubblica popolare cinese sulla libertà religiosa*, in *QDPE*, n. 2, 2006, pp. 391 ss.



quello laico”<sup>3</sup>, giacché, “sebbene politica e religione individuino realtà differenti, una volta verso aspetti esterni e contingenti all’esistenza, l’altra interiori ed ultraterreni, il termine religione ha assunto rilevanza a livello giuridico in una dimensione quasi esclusivamente politica. Ciò non può essere spiegato attraverso il c.d. ‘primato della politica’, poiché gli aspetti religiosi, almeno nella loro dimensione noumenica, sono addirittura precedenti e accompagnano tutta la vita dell’uomo”<sup>4</sup>.

“L’organizzazione giuridica della società è sicuramente successiva al porsi del problema religioso, e così la strutturazione sociale e politica. Ma esse non possono portare a un travisamento dell’originario significato del termine religione, che può verificarsi se lo si considera prima in chiave storico-politica e poi giuridica. Non sono questi gli aspetti principali della fenomenologia religiosa.

Un giurista classico osserverebbe, a tal punto, che tutto quanto è fuori dal campo del diritto, non lo riguarda, che egli deve limitarsi ad analizzare, sul piano del diritto positivo, solo le fattispecie giuridiche esistenti, poiché tutto il resto deve considerarsi su un piano metagiuridico o indifferente. Osservazione apparentemente corretta, ma sostanzialmente sterile, posto che è impensabile che il diritto possa ridursi solo a quello positivo, che molte realtà, prima d’essere riguardate sul piano giuridico, vivono certamente in un ambito sociale, e che ciò è tanto più vero, se si ha riferimento agli aspetti religiosi, posto che tentiamo ancora di comprenderne i contenuti giuridici”<sup>5</sup>.

Il Pontefice, dopo essersi richiamato alle numerose occasioni in cui Giovanni Paolo II espresse stima nei confronti della cultura e del progresso economico-sociale cinesi, ricorda – nella sua recente lettera *de qua* – la Chiesa cinese, e come essa debba in questo nuovo contesto avere a cuore la solidarietà, la pace, la giustizia sociale, e prefiggersi un’intelligente applicazione del fenomeno della globalizzazione.

---

<sup>3</sup> MARIO TEDESCHI, *Secolarizzazione e libertà religiosa*, in *Studi in onore di G. Saraceni*, Napoli, Jovene, 1988, p. 499.

Sul fatto che, venute meno, insieme alle leggi generali della meccanica classica, anche le proposizioni sintetiche *a priori* kantiane, analogamente a quanto verificatosi con il principio di autorità aristotelico, “si rende possibile così un ritorno dalla *ratio* alla *fides*”, v. ID., *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 8 ss. V. anche ZHOU ENLAI, *Fours Talks on the Question of Christianity*, 5-20 maggio 1950, in *Selected Important Essays Starting from the Liberation*, I, The Central Communist Document Study Center, Beijing, The Central Publication Press, 1992, pp. 220-222; LOUIS KAM-TAT HO, *Torn between authorities: a phenomenological study of the Catholic Church in China today*, Edmonton, St. Stephens, 2002; BERNARD MENSEN, *China, sein neues Gesicht*, Nettetal, Steyler, 1987; HANS-PETER OSCHWALD, *Maos fromme Enkel*, München, Patloch, 2008; PHILIP WICKERI, *Reconstructing Christianity in China*, Marynkoll, Orbis, 2007.

<sup>4</sup> MARIO TEDESCHI, *Politica, religione e diritto ecclesiastico*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, p. 1520.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 1521.

Egli ritiene tuttora attuale la constatazione del suo predecessore, secondo la quale nella società cinese vi siano due fenomeni differenti e contrapposti, verso i quali la Chiesa cinese debba prestare grande attenzione, massime dal punto di vista pastorale<sup>6</sup>: si tratta, *in primis*, d'un crescente interesse, soprattutto fra la gioventù, per la dimensione trascendente e spirituale dell'uomo, con un correlato afflato verso la religione in generale ed il Cristianesimo in particolare<sup>7</sup>.

Si avverte qui una chiara eco del concetto agostiniano di *anima naturaliter christiana*, ripreso poi da Bonaventura da Bagnoregio<sup>8</sup>, sulla base del quale Burkhardt, sostenendo che "*religio praecipuum humanae societatis vinculum*"<sup>9</sup>, argomenta – come Durkheim<sup>10</sup> – che la vita religiosa risponda ad un desiderio e ad una ricerca prettamente umani, tenendo anche conto del fatto che "il Dio filosofico è essenzialmente rapportato a se stesso, in quanto è pensiero esclusivamente auto-contemplante. Il Dio della fede, invece, è fondamentalmente inquadrato nella categoria della relazione"<sup>11</sup>.

Il secondo fenomeno cui fa riferimento il Papa è rappresentato, invece, dal magnetismo del materialismo e dell'edonismo, che dalle grandi città si sta estendendo nell'intero Paese. Anche per queste ragioni la Chiesa in Cina è chiamata ad essere testimone di Cristo, a guardare a Lui con speranza ed a cimentarsi con le nuove sfide che il popolo cinese deve affrontare.

È interessante notare come il Papa sottolinei, parlando ora di questa cor-relazione ed anche all'inizio della sua lettera, la fedeltà della Chiesa cinese a Cristo ed alla Chiesa, senza tuttavia ricondurre od attribuire ciò esclusivamente ad un determinato gruppo (v. n. 2); egli poi ringrazia il Signore per la testimonianza della fedeltà che la comunità cattolica in Cina ha dato in circostanze estremamente difficili e dolorose (n. 4), e parimenti richiama l'attenzione sull'auspicio che anche in Cina l'annuncio di Cristo, Crocifisso e Risorto, sarà possibile nella misura in cui i cattolici, fedeli al Vangelo ed in

---

<sup>6</sup> Cfr., per l'impostazione teorica generale, JUAN IGNACIO ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *Ius Eccl.*, XII (2000), pp. 343 ss.

<sup>7</sup> Cfr. JOSEPH RATZINGER (a cura di), *Die Frage nach Gott*, Freiburg i.Br., Herder, 1972.

<sup>8</sup> BONAVENTURA DA BAGNOREGIO, *De Mysterio Trinitatis*, q. 2, a. 2, n. 9.

<sup>9</sup> JACOB BURKHARDT, *Force and Freedom: Reflections on History*, New York, Pantheon, 1943, p. 195.

<sup>10</sup> Sulle teorie durkheimiane, "che partono dall'ipotesi che in ogni società esista una funzione religiosa", v. MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in *Studium*, 1986, n. 3, pp. 393 ss.

<sup>11</sup> JOSEPH RATZINGER, *Introduzione al Cristianesimo*, Brescia, Queriniana, 1971, p. 107. Cfr., per l'impostazione teorica generale, ID., *Der Gott des Glaubens und der Gott der Philosophen*, München, Schnell & Steiner, 1960.

comunione con il Successore dell'Apostolo Pietro e con la Chiesa universale, sapranno essere fenotipo dell'amore e dell'unità (n. 3).

Stante l'eco avuta da questa lettera del Papa, poi, il 23 maggio 2009, l'Ufficio Stampa della Santa Sede ha comunicato la pubblicazione d'un *compendium* esplicativo relativamente a questa lettera di S.S. Benedetto XVI, *compendium* pubblicato sul sito del Vaticano il 24 maggio, data della giornata mondiale di preghiera per la Chiesa in Cina<sup>12</sup>.

## II. La 'questione religiosa' in Cina dopo la Rivoluzione culturale

La teoria di Marx: «L'uomo è il mondo dell'uomo, lo Stato, la società. Questo Stato, questa società producono la religione, una coscienza del mondo rovesciata, perché essi sono un mondo rovesciato. La religione è la teoria generale di questo mondo, il suo compendio enciclopedico, la sua logica in forma popolare, il suo punto d'onore spiritualistico, il suo entusiasmo, la sua sanzione morale, il suo completamento solenne, la sua ragione generale di giustificazione e di conforto. È la realizzazione fantastica dell'essenza umana, perché l'essenza umana non ha vera realtà. La lotta contro la religione è così mediamente la lotta contro quel mondo di cui la religione è la quintessenza spirituale. La miseria religiosa è da una parte l'espressione della miseria reale e dall'altra la protesta contro la miseria reale. La religione è il sospiro della creatura oppressa, il cuore d'un mondo spietato, come è lo spirito d'una condizione priva di spirito. Essa è l'oppio del popolo»<sup>13</sup>.

Accanto a questa c'è una definizione di Engels: «La religione non è altro che la fantastica proiezione, nelle menti degli uomini, di quelle forze esterne che dominano la loro quotidiana esistenza, una proiezione in cui le forze terrene stabiliscono la forma di quelle ultraterrene»<sup>14</sup>.

Dopo la 'rivoluzione culturale', però, il Professor Ren Jiyu, nominato dallo stesso Mao Tse-tung direttore del ricostituito Istituto di ricerca per le religioni

---

<sup>12</sup> Cfr. JEAN-LOUIS TAURAN, *Is the Holy See a Political Power?*, lecture, 22 XI 2005, John Paul II Peace Institute, Fugen University, Hsinchuang, Taiwan, in *China heute*, XXIV (2005), pp. 211 ss.; GIOVANNI LAJOLO, *View of Archbishop Giovanni Lajolo on Sino-Vatican Relations*, in *Tripod*, XXVI (2006), n. 141, pp. 45 ss.

<sup>13</sup> KARL MARX, *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, in KARL MARX-FRIEDRICH ENGELS, *Sulla religione*, Roma, Samona e Savelli, 1969, p. 29.

<sup>14</sup> FRIEDRICH ENGELS, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*, Berlin, Dietz, 1989. Tuttavia, sulle critiche espresse da Engels alla nota teoria di Feuerbach, v. LUDWIG FEUERBACH, *L'essenza del Cristianesimo*, Roma-Bari, Laterza, 1970; FRIEDRICH ENGELS, *Ludwig Feuerbach ed il punto d'approdo della filosofia classica tedesca*, Roma, Editori riuniti, 1985.

mondiali, dell'Accademia cinese di scienze sociali<sup>15</sup>, scrisse – per il primo anniversario della morte di Mao<sup>16</sup>, nel 1977 – un articolo dal titolo “Studiare la religione e criticare la teologia”. All'interno veniva incolpata la ‘banda dei 4’ d'aver assunto un punto di vista dogmatico ed aver così favorito un metodo teologico. Il Professor Ren illustrò la sua posizione successivamente nella rivista *Zhexue yanjiu (Studi filosofici)*, nel suo articolo ‘L'impresa di fondare una scienza marxista della religione’. Egli iniziò dicendo di rivendicare alla ricerca marxista il privilegio di aver scoperto la vera natura della religione: «Solo lo studio marxista della religione è realmente scientifico»<sup>17</sup>. Egli si interessò con esempi pratici dell'importanza della religione nella storia sociale dell'umanità, ma precisò che le ricerche sulla religione comprendevano anche ciò contro cui lottava la teologia, ossia l'ateismo.

Questo articolo apparve poco dopo la Terza sessione dell'XI Comitato centrale del PCC (dicembre 1978), nel corso della quale era stato deciso un cambiamento storico: ci fu una nuova apertura, la cui portata si comprende meglio se si pensa che durante i precedenti quindici anni la parola stessa ‘religione’ (*zongjiao*) non era mai apparsa sulla stampa ufficiale. Ora lo studio della religione, sia pure da un punto di vista marxista-leninista, aveva acquisito uno status ufficiale, e nel 1979 venne fondata l'Associazione cinese per gli studi religiosi.

L'articolo 36 della Costituzione cinese del 4 dicembre 1982, dopo quelle del 1954, del 1975 e del 1978, dice: “I cittadini della Repubblica popolare cinese godono del diritto alla libertà religiosa (*zongjiao xinyang ziyou*).

Nessun organo di Stato, organizzazione pubblica o individuale può costringere i cittadini a credere od a non credere in una religione; né può fare

---

<sup>15</sup> ANGELO LAZZAROTTO, *Cultura e religione in Cina*, in ROMAN MALEK (a cura di), *Fallbeispiel China, Ökumenische Beiträge zu Religion, Theologie und Kirche im chinesischen Kontext*, Nettetal, Steyler, 1996, pp. 459 ss.; DONALD MACINNIS, *Religionspolitik im kommunistischen China*, Göttingen, Vandenhoe & Ruprecht, 1972; JONATHAN CHAO, *Chinese Communist Religious Policy and the Prospectus of future Mission Work in China*, in *Annals of Philippine Chinese Historical Association*, 1975, pp. 21 ss.; MAX WEBER, *The Religion on China*, New York, MacMillan, 1964; GEORG HAROLD DUNNE, *Das große Exempel. Die Chinamission der Jesuiten*, Stuttgart, Schwaben, 1965; JOHANNES BECKMANN, *Neuerscheinungen zur chinesischen Missionsgeschichte von 1945-1955*, in *Monumenta Serica*, XV (1956), pp. 378 ss.

<sup>16</sup> Cfr. HANS WALDENFELS, SJ, *Das neue China nach Maos und das Christentum*, in *Stimmen der Zeit*, 1977, pp. 253 ss.; PETER MOODY, *Chinese Politics after Mao: Development and Liberalization, 1976-1983*, New York, Praeger, 1984; ALAN DOAK BRANETT, *Ten Years after Mao*, in *Foreign Affairs*, 1986, pp. 37 ss.; GEORGE PATERSON, *Mao, Marxism and Christianity*, in *Religion in Communist Lands*, 1974, pp. 20 ss.

<sup>17</sup> REN JIYU, *The Struggle to Develop a Marxist Science of Religion*, in *China Feng*, XXII (1979), n. 2, pp. 75 ss.

discriminazioni nei confronti dei cittadini che credono, o che non credono, in una religione. Lo Stato protegge le normali attività religiose. Nessuno può fare uso della religione per svolgere attività che disturbino l'ordine pubblico, nuocciano alla salute dei cittadini, od interferiscano con il sistema educativo dello Stato. Le organizzazioni religiose e gli affari religioni non sono soggetti a nessun controllo straniero”<sup>18</sup>.

A completamento ed integrazione di questa formula costituzionale<sup>19</sup> arrivò il c.d. ‘documento 19’<sup>20</sup>, elaborato su iniziativa dell’allora segretario generale del PCC, Hu Yaobang, presentato il 31 marzo 1983 dinnanzi al Comitato centrale del PCC e pubblicato dal suo organo ufficiale, ‘Hongqi’ (Bandiera rossa)<sup>21</sup>; esso costituisce a tutt’oggi il documento base del PCC relativamente alla questione religiosa, e trova applicazione con tutte le religioni riconosciute in Cina<sup>22</sup>, ovvero il Buddhismo, il Taoismo, il Cattolicesimo, il Protestantesimo e l’Islam<sup>23</sup>.

Nel ‘documento 19’ la religione viene trattata come fenomeno storico, che “alla fine scomparirà dalla storia dell’umanità”, certo “grazie al costante e progressivo sviluppo del socialismo e del comunismo, e non appena tutti i loro obiettivi saranno stati raggiunti”<sup>24</sup>.

I comunisti sono naturalmente atei e devono sì propagandare l’ateismo,

---

<sup>18</sup> MONIKA GÄNSSBAUER, *Parteistaat und protestantische Kirche*, Frankfurt a.M., Lembeck, 2004, pp. 58 ss.

<sup>19</sup> Cfr. XA ZHITIAN, *Guanyu shehuizhuyi chujì jieduan zongjiao yu zhengzhi*, in *Shanghai Shehui Kexueyuan Xueshu Jikan*, 2, 1989, pp. 127 ss.

<sup>20</sup> Cfr. DAVID ADENEY, *Gottes Reich in China. Der lange Marsch der chinesischen Kirche*, Neukirchen-Vluyn, AUSAAT, 1991; ROMAN MALEK (a cura di), *Chinas Katholiken suchen neue Wege*, Freiburg i.Br., Herder, 1987; ID., *Zwischen Autonomie und Anlehnung. Die Problematik der katholischen Kirche in China, theologisch und geschichtlich gesehen*, Bonn, Steyler, 1988; GEORG EVERS-ROMAN MALEK-NOTKER WOLF, *Christentum und Kirche in der Volksrepublik China*, München, Don Bosco Verlag, 2002; KARIN ASCHENBRÜCKER, *China: Gesellschaft und Wirtschaft im Umbruch. Erfahrungen und Reflexionen aus Wissenschaft, Wirtschaft, Recht und Religion*, Augsburg, Wißner, 2009, pp. 142 ss.

<sup>21</sup> Cfr. AA.VV., *Kirchen im Sozialismus. Fallbeispiel China*, in *Zeitschrift für Mission*, X (1984), pp. 212 ss.

<sup>22</sup> Cfr. BEATRICE LEUNG-J. YOUNG (a cura di), *Christianity in China. Foundations for Dialogue*, Hongkong, Hongkong University Press, 1993, pp. 59 ss.; WIEBKE KOENIG, *Religion und Politik in der Volksrepublik China*, Würzburg, Ergon, 2008.

<sup>23</sup> V. DAVID MACINNIS, *Religion im heutigen China. Politik und Praxis*, Nettetal, Steyler, 1993, pp. 43 ss.; ROMAN MALEK, *Religion, Religiosität und Religionspolitik in China*, in *Schriftenreihe der Bundeszentrale für Politische Bildung*, 2007, n. 631, pp. 542 ss.

<sup>24</sup> V. *Zongjiao Gongzuo Jichu Zhisbi*, Beijing, 1991, p. 306: “Durante la rivoluzione culturale, le questioni religiose erano state mischiate con le questioni politiche. Così sono state proibite le attività religiose, come pure perseguitati i religiosi ed i fedeli. Quest’insegnamento della rivoluzione culturale deve restare sempre nella nostra memoria”.

ma anche comprendere che “è assurdo e dannoso usare semplicemente la costrizione in rapporto alle questioni ideologiche e spirituali del popolo”.

Nella misura in cui si tratti di attività religiose normali, queste non possono venire vietate. Al tempo stesso, però, non è consentito ai ministri di culto d'intervenire nelle questioni amministrative o giuridiche dello Stato, né nell'attività scolastica o nella pubblica istruzione.

In Cina la religione viene vista come un settore di ricerca scientifica attraverso l'ottica marxista-leninista, ma anche attraverso un filtro cinese, che è unico per molti aspetti. Anche nell'analisi scientifica della religione è ravvisabile una certa continuità: la religione è, da un lato, oggetto di ricerca, e, dall'altro, parte della vita sociale, che è da orientare praticamente attraverso una politica. Vanno ricordate in Cina alcune posizioni fondamentali fra i teorici della religione:

a) quella marxista-leninista classica, nettamente contraria (scuola di Pechino),

b) quella sempre scientifico-marxista, ma più aperturista (scuola di Jiangnan).

a) Alla prima posizione si rifanno quegli autori le cui trattazioni vengono pubblicate negli “*Shijie zongjiao yanjiu*” (Studi sulle religioni del mondo) e negli “*Shijie zongjiao ziliao*” (Materiali sulle religioni del mondo), di Pechino. Si tratta d'una posizione molto conservatrice, quasi ‘radicale di sinistra’, della comprensione marxista sulla religione, che a partire dalla fondazione del PCC, nel 1921, non è cambiata molto, e che può essere così riassunta: «La religione è l'oppio del popolo, essa è una prosecuzione dello sfruttamento dell'epoca feudale oppure d'una parte dell'imperialismo. Essa è semplicemente un residuo di idee sorpassate. Sebbene la pratica religiosa venga consentita nella società socialista, le sue dottrine ed i suoi riti travisano il mondo oggettivo. La visione religiosa del mondo si trova diametralmente opposta all'umanesimo ed al marxismo, e l'azione narcotica, antiscientifica e controrivoluzionaria della religione continua anche sotto il socialismo. Secondo l'opinione di questo gruppo di dotti, l'educazione all'ateismo dovrebbe venire rafforzata, al fine di eliminare la religione al più presto possibile, giacché il suo influsso viene visto come assolutamente negativo»<sup>25</sup>.

b) Un'opposizione a quest'impostazione marxista ortodossa viene invece sviluppata in altri centri di studi religiosi, come a Nanchino ed a Shanghai. Si tratta d'un'impostazione sempre marxista, ma più possibilista, così sinte-

---

<sup>25</sup> V. *Chine heute*, 1985, n. 6, p. 8.

tizzabile: «La religione nella società socialista si distingue dalle forme storiche della religione: essa è praticabile anche nella società socialista; poiché, però, un totale cambiamento della società ha già avuto luogo in Cina, anche il ruolo della religione è cambiato. Essa ha un legame con il socialismo. A prescindere dalla sua funzione come oppio dei popoli, la religione indica la sofferenza dell'umanità e la sua battaglia contro questa sofferenza. Poiché in Cina le religioni, oggettivamente parlando, continueranno ad esistere per lungo tempo, il Governo dovrebbe, secondo noi, guidare con grande cura i fedeli e contrastare gli influssi negativi della religione. Soprattutto però le virtù dell'amore, del perdono, del duro lavoro, dell'onestà, del servizio al prossimo e dell'altruismo potrebbero venir utilizzati per rafforzare l'unità e la stabilità ed aumentare la produzione»<sup>26</sup>.

A questa corrente di pensiero appartengono anche quadri di Partito: «Dovremmo nella teoria e nella prassi non desiderare ostinatamente che il mondo religioso e le masse di fedeli accolgano il punto di vista della 'religione come oppio dei popoli' ed accettino la visione del mondo marxista. Su ciò che riguarda l'essenza e la funzione della religione, il mondo religioso e le masse di fedeli possono continuare tranquillamente la loro ricerche. Ma noi non approviamo quel punto di vista che ritiene che il concetto 'la religione è l'oppio dei popoli' sia già superato, e parimenti da un lato non approviamo l'idea di studiare la religione con gli occhi del marxismo e dall'altro però noi vogliamo adattare il marxismo, accontentare la fede dei fedeli religiosi ed interpretare il marxismo dal punto di vista della religione... Per quegli elementi della religione... che ostacolano la produzione e la vita quotidiana del popolo e, peggio ancora, danneggiano seriamente la vita del popolo, è tuttavia necessaria una riforma graduale ed appropriata. Questo processo di riforma dovrebbe venire fatto autonomamente da personalità del mondo religioso e dalle masse di fedeli»<sup>27</sup>.

Le opinioni a) e b) si differenziano sostanzialmente per due punti: la metodologia della ricerca sulla religione ed i compiti, che secondo ciascuna delle due opinioni la religione ha nella società: l'opinione marxista ortodossa porta alla graduale soppressione della religione; l'opinione marxista aperturista, pur egualmente disapprovando la fede religiosa, prende atto del fatto che vi siano varie convinzioni religiose, per varie ragioni, e studia come i valori positivi delle religioni possano venir utilizzati per gli obiettivi comuni nella società:

---

<sup>26</sup> *Ivi*.

<sup>27</sup> JIANG PING, *Die Religionstheorie des Marxismus und die Religionspolitik der Partei sorgfältig studieren!*, in *China heute*, 1986, n. 5-6, p. 13.

tende, cioè, ad uno sviluppo guidato della religione. Questa seconda linea di pensiero corrisponde sempre più all'attuale politica religiosa del Governo.

### III. *Il 'documento 19'*<sup>28</sup>

#### *La religione come fenomeno storico*

La religione è un fenomeno storico che appartiene ad un determinato periodo dell'evoluzione della società umana. Essa ha un ciclo composto da nascita, sviluppo e scomparsa. La fede religiosa ed i sentimenti religiosi, le cerimonie religiose e le organizzazioni in sintonia con questa fede e con questi sentimenti sono tutti prodotti della storia d'una società. La più antica manifestazione d'una mentalità religiosa riflette il basso livello di produzione ed il sentimento di timore dei popoli primitivi verso i fenomeni naturali. A partire dal sorgere della società di classi, le più profonde radici sociali dell'esistenza e dello sviluppo della religione si basano sui seguenti fattori: l'impotenza degli uomini davanti alle forze cieche, ch'essa in questo modo rende estranee alla società e controlla; poi la paura e la disperazione dei lavoratori dinnanzi all'enorme povertà, che viene prodotta da un sistema sociale sfruttatore; e la necessità, per le classi oppresse, di utilizzare la religione come un importante mezzo per la narcosi ed il controllo delle masse. Nella società socialista le cause classiste per l'esistenza della religione sono scomparse, dopo che il sistema d'oppressione e le classi oppresse sono state eliminate. Tuttavia i vecchi pensieri e le vecchie abitudini non scompaiono in breve tempo, poiché l'autocoscienza degli uomini è legata alla realtà sociale. C'è ancora un lungo combattimento dinnanzi a noi, per raggiungere un forte aumento della forza produttiva, del benessere materiale e d'un elevato standard di democrazia socialista, insieme ad un elevato standard dello sviluppo nell'educazione, nella cultura, nella scienza e nella tecnologia. Parimenti non possiamo in breve tempo superare tutte le difficoltà che derivano da grandi catastrofi, naturali o prodotte dagli uomini. Quindi la lotta di classe viene portata avanti entro certi limiti. E se si mettono in conto i molteplici fattori internazionali, allora è chiaro che un duraturo influsso della religione su una parte della popolazione non può essere evitato neanche in una società socialista. La religione scomparirà in ultimo dalla storia dell'umanità. Certo solo con una duratura evoluzione dal socialismo al comunismo e se vi saranno tutte le circostanze

---

<sup>28</sup> Documento 19, del marzo 1982, in DAVID MACINNIS, *Religion im heutigen China, cit.*, pp. 41 ss.



oggettive favorevoli, essa scomparirà in modo naturale. Tutti i membri del Partito debbono avere idee chiare ed obiettive sulla lunga durata della religione anche in un sistema socialista. È irrealistico pensare che la religione scompaia immediatamente ed automaticamente dopo l'introduzione del socialismo ed il suo chiaro sviluppo di economia e cultura. L'opinione secondo la quale si potrebbe eliminare il pensiero e la pratica religiosa con mezzi amministrativi o con altre misure dello stesso tipo, come in un batter d'occhio, si discosta parecchio dalla posizione marxista verso la religione. Essa è completamente falsa ed estremamente pericolosa.

### *Le religioni della Cina*

In Cina ci sono varie religioni. Il Buddhismo cinese ha una storia di quasi 2000 anni, il Taoismo di quasi 1700, l'Islam di 1300, mentre il Cattolicesimo ed il Protestantismo sostanzialmente si diffondono dopo la guerra dell'oppio. All'epoca della liberazione c'erano quasi 8 milioni di musulmani, oggi sono 10. La principale ragione per questo aumento risiede nell'aumento demografico di dieci minoranze islamiche. Per i cattolici il numero dalla liberazione è passato da 2,7 a tre milioni, per i protestanti da 700.000 a tre milioni. Il Buddhismo, incluso il Lamaismo, raccoglie praticamente tutta la popolazione delle minoranze etniche in Tibet, in Mongolia e Liaoning. Buddhismo e Taoismo esercitano ancora un notevole influsso sulla popolazione Han. Inoltre ci sono tuttora persone nel nostro Paese, soprattutto nel più grande gruppo, quello Han, che credono negli spiriti. Ma, nell'insieme, il numero dei realmente credenti in una religione è, nel complesso della popolazione, poco elevato. Se compariamo il numero dei credenti all'epoca della liberazione con quello attuale, si vedrà in numeri assoluti un aumento; paragonato con l'aumento della popolazione, esso è invece piuttosto diminuito. Nella nostra valutazione della questione religiosa dobbiamo però fare i conti con la sua natura complessa. Nell'insieme si può dire che nell'antica Cina, durante la lunga epoca feudale ed i più di cento anni di società semif feudale e semicoloniale, la religione era controllata e manipolata sostanzialmente dalla classe dominante. Ciò ha avuto conseguenze estremamente negative. In Cina la direzione religiosa del Buddhismo, del Taoismo e dell'Islam era controllata da proprietari terrieri di tipo feudale e da signori feudali, signori della guerra reazionari e da una classe burocratica e capitalista. In seguito si ebbe il controllo dei colonialisti e della forze imperialistiche, soprattutto la Chiesa cattolica e quelle protestanti. Dopo la liberazione ci fu un profondissimo cambiamento del sistema socio-economico come pure una rilevante riforma

di quello religioso. Così la situazione religiosa in Cina cambiò radicalmente. I contrasti dovuti a problemi religiosi rientrano ora fondamentalmente fra i contrasti interni al popolo. La questione religiosa, però, continuerà ad esistere in un ambito specifico ancora per lungo tempo. È un fenomeno di massa ed in varî luoghi è strettamente correlata con la questione delle minoranze etniche. Essa si trova tuttora sotto l'influsso di alcuni elementi della lotta di classe e di fattori internazionali. Questa questione, ora come in precedenza, è di grande importanza. Non la possiamo ignorare. La domanda è: possiamo trovare un modo adeguato per inserire la questione religiosa nel nostro lavoro per la stabilità nazionale e l'unità etnica, per lo sviluppo di relazioni internazionali, respingendo l'infiltrazione di potenze straniere ostili, per l'edificazione d'una società socialista con valori materiali e spirituali? Ciò richiede che gli organi di Partito ad ogni livello assumano verso la religione un atteggiamento descritto da Lenin come 'estrema vigilanza', 'essere molto precisi' e 'considerare attentamente le cose'. Quindi entrambe le seguenti cose sarebbero sbagliate: sopravvalutare la serietà e la complessità della questione, e perciò lasciarsi prendere dal panico, come pure ignorare l'esistenza e la complessità dell'attuale questione, e perciò lasciarsi sfuggire le redini dalle mani.

*La trattazione della questione religiosa da parte del Partito dopo la liberazione*

Dalla fondazione della Repubblica popolare cinese, il nostro Partito ha incontrato, relativamente alla questione religiosa, moltissime difficoltà. Ci furono certamente alcuni grandi errori, ma tutto sommato il lavoro del Partito nell'ambito religioso negli anni '70 fino alla rivoluzione culturale venne svolto con successo rispettando le corrette linee-guida del Comitato centrale. Noi abbiamo contrastato le forze imperialistiche nelle Chiese ed abbiamo favorito la corretta politica delle Chiese indipendenti, autonome, ed autogovernate, come anche le tre 'autonomie' (autosviluppo, autogoverno, autoconservazione). Così la Chiesa cattolica e quelle protestanti cessarono d'essere strumenti per gli aggressori imperialisti, e divennero istituzioni religiose dei fedeli cinesi, autonome ed indipendenti. Abbiamo contrastato gli speciali privilegi del sistema oppressivo e sfruttatore della religione feudale, cacciato gli elementi cattivi e reazionari, che si nascondevano sotto il manto della religione, ed abbiamo fatto fare loro una pessima figura. Allo stesso modo, il Buddismo, il Taoismo e l'Islam vennero liberati dal controllo e della manipolazione delle forze reazionarie. Abbiamo maturato una politica di libertà religiosa e la sviluppiamo, rendiamo possibile alle larghe masse di fedeli, poco a poco,

insieme alle minoranze etniche, di raggiungere la piena emancipazione politica ed economica, e di beneficiare del diritto alla libertà religiosa. Ci adoperiamo per raggiungere i fedeli, riunirli e guidarli, e così riuniamo la larga massa di chi ha sentimenti patriottici fra gli aderenti ai gruppi religiosi, che abbiamo aiutato a stringere relazioni internazionali amichevoli, e questo ha avuto un effetto buono e positivo. Tuttavia dal 1957 anche nel settore del lavoro religioso si sviluppò l'«errore di sinistra». Esso sarebbe diventato sempre più forte a partire dalla metà degli anni '60. Durante la rivoluzione culturale, i membri della cricca controrivoluzionaria di Lin Biao e Jiang Qing nascosero i loro veri motivi per l'«errore di sinistra», e così calpestarono intenzionalmente le teorie sociali del marxismo-leninismo come pure i pensieri di Mao Tse-tung in merito alla questione religiosa. Essi deviarono dalla corretta politica religiosa che il Partito seguiva fin dalla fondazione della Repubblica popolare cinese, distruggendo completamente il lavoro religioso del Partito. Impedirono ogni normale attività religiosa alle masse religiose; trattarono personalità religiose di sentimenti patriottici, come anche le masse dei fedeli devoti, come 'strumenti della dittatura'; inscenarono numerosi processi fasulli ed illegali contro fedeli religiosi; interpretarono perfino alcuni usi e costumi delle minoranze etniche come superstizioni, che vennero così violentemente vietate. In alcune zone oppressero anche le masse di fedeli e distrussero l'unità etnica. Presero violente misure contro la religione e spinsero le comunità religiose alla clandestinità. Così i gruppi religiosi potevano perfino fare progressi, giacché tutto era completamente disorganizzato. Una minoranza di controrivoluzionari e di cattivi soggetti approfittò di questa situazione, mentre sotto la copertura della religione svolgeva attività criminali e distruttivamente controrivoluzionarie. Dopo la caduta della cricca controrivoluzionaria di Jiang Qing, e soprattutto dopo il III Plenum del Comitato centrale<sup>29</sup>, eletto dall'XI congresso del PCC, vennero riprese punto per punto la corretta linea di condotta e la corretta politica in ambito religioso. Nel corso della definizione e dello sviluppo della nostra politica religiosa, poi, abbiamo riaperto templi e moschee, come pure chiese e luoghi di riunione religiosa, e riavviato le attività delle organizzazioni religiose patriottiche; abbiamo raggiunto i fedeli religiosi, li abbiamo riuniti e guidati; rinforzato l'unità fra credenti e non credenti all'interno dei gruppi etnici; riabilitato alcune persone condannate illegalmente e riavviato relazioni internazionali amichevoli fra gruppi di fedeli, ma abbiamo contrastato l'infiltrazione ed altre azioni ostili di forze religiose straniere. In tutti questi

---

<sup>29</sup> Cfr. STUART SCHRAM, *Ideology and Policy in China since the Third Plenum, 1978-1984*, London, Contemporary China Institution, 1984.

campi abbiamo posto mano ad un gran numero di cose, raggiungendo risultati straordinari. In questo nuovo periodo storico, il compito principale del Partito e del Governo è sviluppare la politica della libertà religiosa. Va anche consolidata ed ampliata l'unità patriottica in ogni gruppo etnico. Il sentimento patriottico e socialista in questi gruppi va rafforzato, ed elementi positivi debbono venir inseriti fra di loro per edificare un moderno e forte Stato socialista, e per adempire al grande compito di unificare il Paese. Ci vogliamo anche opporre a tutte le forze egemoniche, e quindi cercare di proteggere e tutelare la pace nel mondo. Per svolgere correttamente ed appieno la politica religiosa del Partito, dobbiamo opporci soprattutto alle tendenze verso l'«errore di sinistra». Al tempo stesso dobbiamo anche prestare attenzione a contrastare la tendenza al *laissez-faire*. Ogni membro del Partito, ogni organo di Partito ad ogni livello, specialmente quelli preposti al lavoro religioso, deve scrupolosamente riesaminare l'esperienza storica positiva e negativa, e tenere ben presente ciò che il Partito ha fatto nel campo della religione dalla fondazione della Repubblica popolare. Si deve cercare di comprenderla ancora meglio, come anche la forza della legge oggettiva che guida il sorgere, lo sviluppo ed il tramonto della religione. Va superato ogni ostacolo ed ogni difficoltà ed attuata energicamente la politica religiosa nel quadro scientifico che le è prescritto dal marxismo-leninismo e dai pensieri di Mao.

### *L'attuale politica religiosa del Partito*

Il principio cardine della politica religiosa, che il Partito ha fatto proprio, è il rispetto e la protezione della libertà religiosa. Questa è una politica a lungo termine, che deve venire mantenuta finché la religione in futuro non scomparirà da sola. Cosa si intende per libertà religiosa? Si intende che ogni cittadino ed ogni cittadina ha la libertà di avere o di non avere una fede religiosa. Tutti hanno anche la libertà di credere a questa o quella religione. Ancora, nell'ambito delle singole religioni, c'è la libertà di aderire a questo o quel gruppo. Chiunque non sia credente ha la libertà di diventarlo, e chiunque segua una religione ha la libertà di diventare non credente. Noi comunisti siamo atei, e dobbiamo propagandare incessantemente l'ateismo. Al tempo stesso dobbiamo capire che è sciocco e pericoloso esercitare semplicemente pressioni in relazione alle questioni ideologiche e spirituali del popolo, e ciò comprende anche la questione religiosa. Dobbiamo anche capire che, nell'attuale fase storica, la differenza fra credenti e non credenti nell'ideologia e nella religione è relativamente secondaria. Se noi sottolineiamo solo parzialmente questa differenza, o le diamo una rilevanza perfino prioritaria

– *ad ex.* se discriminiamo od aggrediamo le masse religiose, e dimentichiamo e sottovalutiamo che il fondamentale benessere politico ed economico della masse religiose e di quelle non religiose è parimenti importante –, allora noi dimentichiamo il principale compito del Partito, cioè di unificare l'intero popolo (e perciò di trattare allo stesso modo le masse religiose e quelle non religiose), cosicché tutti si sforzino di edificare un moderno e forte Stato socialista. Comportarsi diversamente inasprirebbe il senso di estraneità fra credenti e non credenti, ed inciterebbe ed aggraverebbe il fanatismo religioso. Ciò avrebbe conseguenze assai pericolose per la nostra causa socialista. Il nostro Partito basa perciò la sua politica della libertà religiosa sulla teoria formulata dal marxismo-leninismo, e questa è la sola politica corretta, che si trova in sintonia con il benessere del popolo. Naturalmente dobbiamo, nell'applicazione di questa politica che sottolinea e garantisce la libertà religiosa, garantire anche la libertà di non credere. Queste sono le due facce della stessa medaglia. Ogni azione che voglia costringere un non credente alla fede è una violazione della libertà religiosa, come pure allo stesso modo il tentativo di costringere un credente a non credere. In entrambi i casi si tratta d'un grosso errore, che non può essere tollerato. La garanzia della libertà religiosa non è un ostacolo alla cura del Partito per favorire il progresso scientifico e rafforzare la propaganda contro le superstizioni. Soprattutto deve venire messo in evidenza che il punto centrale della politica della libertà religiosa consiste nel fatto di chiarire che la questione della fede è una questione privata, una questione della libera scelta individuale d'ogni cittadino. La forza politica in uno Stato socialista non può venir usata per spingere verso una qualunque religione, e neppure per vietare una qualunque religione, nella misura in cui si tratti d'una normale fede religiosa e d'una normale pratica religiosa. Al contempo, tuttavia, non viene permesso che la religione si intrometta nelle questioni amministrative o giuridiche dello Stato, o nell'educazione scolastica o nell'istruzione pubblica. È assolutamente vietato obbligare persone al di sotto dei diciotto anni d'età ad aderire ad una Chiesa o diventare monaci o monache buddhiste, od entrare in un convento o in un tempio per studiare le Scritture buddhiste. Non è permesso ripristinare mediante la religione nessuno degli speciali privilegi feudali che sono scomparsi, o ritornare ad un sistema religioso oppressivo e di sfruttamento. Non è neanche permesso che sotto il pretesto della religione venga posta in essere un'opposizione contro il ruolo-guida del Partito, il sistema socialista o l'unità nazionale od etnica. Per riassumere: nel nostro approccio alla questione religiosa e nell'affermazione della libertà religiosa si tratta essenzialmente di unificare insieme le masse di credenti e di non credenti in modo tale che tutte le loro forze e le loro volontà siano orientate all'edificazione d'un moderno e potente Stato socialista.

Tutte le azioni ed i discorsi che si discostano da questo principio-cardine sono sbagliati. Contro di essi dev'essere fatta una decisa e totale opposizione da parte del Partito e del popolo. In tutto il Paese ci sono attualmente circa 59.000 persone che lavorano nel settore religioso. Si tratta di quasi 27.000 monaci e monache buddhiste, compreso il Lama, di quasi 2.600 monaci e monache taoiste, di 20.000 imam, di 3.500 sacerdoti e religiosi cattolici, di 5.900 ministri di culto protestanti.

Nel corso di molti anni di naturale scomparsa, l'attuale numero di funzionari religiosi è molto minore di quello al tempo della liberazione. La loro classe d'origine, le loro esperienze, la loro fede e le loro ideologie politiche sono abbastanza variegata, ma nel complesso possiamo dire che, nella stragrande maggioranza, costoro sono buoni patrioti rispettosi delle leggi, ed appoggiano il sistema socialista. Solo una piccolissima minoranza è contraria alla Costituzione od al socialismo, oppure ha legami con forze straniere controrivoluzionarie ed altri elementi pericolosi. Molti di questi funzionari religiosi hanno un legame spirituale molto stretto con le masse di credenti, ed hanno un influsso da non sottovalutare sulla loro vita spirituale. Inoltre svolgono attività al servizio del popolo, positive per la società, se adempiono ai loro doveri religiosi, *ad ex.* provvedono alla manutenzione dei templi buddhisti e taoisti, come pure di chiese ed altri beni culturali religiosi. Essi si impegnano in lavori agricoli e nel rimboschimento, proseguono lo studio scientifico della religione *etc.* Perciò dobbiamo prestare sufficiente attenzione a tutte le persone di gruppi religiosi, ma soprattutto ai funzionari religiosi attivi, per poter cercare di unificarli per prenderci cura di loro ed aiutarli a progredire. Dobbiamo, in maniera intransigente ma con pazienza, orientare il loro patriottismo ed il loro rispetto delle leggi verso il sostegno del socialismo e dell'unità nazionale ed etnica. Nel caso dei cattolici e dei protestanti dobbiamo intensificare il loro orientamento verso l'indipendenza e l'autonomia delle loro Chiese. Dobbiamo provvedere adeguatamente ai mezzi di sussistenza di questi funzionari religiosi, ed applicare scrupolosamente la politica corretta. Ciò è in special modo necessario per quelli fra di loro più di spicco e più intellettuali. Ad essi dobbiamo applicare al più presto possibile la nostra politica, affinché possano riceverne un adeguato beneficio. Ci dobbiamo ancora una volta occupare dei processi illegali che sono stati instaurati contro persone di gruppi religiosi e le masse dei fedeli, e ancora una volta valutare quanto essi non siano ancora stati riparati. Qui deve essere posta in essere una concreta riparazione, soprattutto nei casi che hanno avuto gravi conseguenze. Questi debbono venire riesaminati e rapidamente risolti. Dobbiamo favorire un gran numero di patrioti zelanti in ogni religione, che accettino la direzione del Partito e del Governo, sostengano decisamente la via socialista e proteggano

l'unità etnica e nazionale. Questi debbono essere istruiti in materia religiosa ed essere idonei ad instaurare stretti rapporti con i rappresentanti delle masse religiose. Dobbiamo anche suddividere le persone religiose sulla base delle loro differenti situazioni e capacità a prender parte al lavoro produttivo, ad essere al servizio della società e ad applicarsi allo studio scientifico della religione. Esse dovrebbero anche partecipare a movimenti politici patriottici e ad amichevoli scambi internazionali. Tutto ciò serve a mobilitare gli elementi positivi nei gruppi religiosi per porli al servizio del processo di modernizzazione socialista. Per quanto riguarda i precedenti funzionari religiosi, la cui detenzione o la cui prigionia è trascorsa nei campi di lavoro, come anche quelli ai quali non è stato ancora permesso da parte di organizzazioni religiose di impegnarsi a tempo pieno e professionalmente in attività religiose, ogni caso deve venire trattato secondo le attuali e differenziate disposizioni. A quelli che paiono politicamente affidabili, patriottici e rispettosi delle leggi, e versati in questioni religiose, può venire concesso, dopo esame ed approvazione d'un'organizzazione religiosa patriottica, di assumere incarichi religiosi. Agli altri deve venir offerto un modo per guadagnarsi da vivere diversamente. Il marxismo non si fa conciliare con una visione del mondo religiosa. Ma nell'attività politica marxisti e credenti patriotti possono e debbono fare fronte unitario nel comune sforzo per la modernizzazione socialista. Questo fronte unitario dovrebbe diventare un importante elemento costitutivo dell'ampio fronte patriottico che nel periodo socialista viene guidato dal Partito.

### *Ristabilimento ed amministrazione di chiese, templi ed altri edifici religiosi*

Rientra nell'ottica del Partito prendere adeguate misure per i luoghi di riunione religiosa. Questa è anche un'importante condizione materiale per poter normalizzare le attività religiose. All'epoca della liberazione c'erano quasi centomila luoghi di culto, oggi sono quasi 30.000. Questo numero comprende templi buddhisti e taoisti, chiese, nonché semplici luoghi di riunione e di preghiera, che spesso sono stati costruiti dagli stessi fedeli. Il problema attuale consiste nel trovare misure efficaci per mettere a disposizione conformemente alle rispettive situazioni adeguati luoghi di culto in misura ragionevole. Dobbiamo sistematicamente e metodicamente restaurare un certo numero di templi e chiese nelle città grandi e medie, anche quelli in luoghi storici e in regioni dove vivono molti fedeli, soprattutto in regioni con minoranze etniche. Templi e chiese celebri per ragioni storiche o culturali, che suscitano l'interesse nazionale ed internazionale, debbono venire restaurate in misura crescente, nella misura in cui ciò sia possibile sulla base delle rispettive

condizioni. Anche per quei luoghi dove vivono solo pochi fedeli, e questi hanno poco influsso, o per quei luoghi dove chiese e templi sono stati distrutti, dobbiamo prendere misure adeguate alla situazione. Qui si deve procedere semplicemente e generosamente secondo il principio di porsi al servizio della produzione e dei mezzi di sussistenza delle persone. Dopo un colloquio con le masse di fedeli e le più importanti persone dei gruppi religiosi, come pure con il libero sostegno dei fedeli, debbono venire decisi semplici luoghi di culto. Per il restauro dei luoghi di culto non dovrebbero venir utilizzati, oltre al denaro stanziato dal Governo, mezzi finanziari dello Stato o dei collettivi. Dobbiamo anche essere vigili verso l'indiscriminata costruzione e riparazione di templi nel Paese. Dovremmo orientare le volontarie prestazioni delle masse di fedeli per i lavori edili di ristrutturazione, cosicché venga costruito il meno possibile. Non dovremmo procedere a grandi costruzioni, per non utilizzare una gran quantità di denaro, materiali e forza lavoro, giacché in tal modo l'edificazione materiale e spirituale della civilizzazione socialista viene ostacolata. Naturalmente gli edifici esistenti non debbono venire distrutti, e dobbiamo con i fedeli e con le persone più importanti dei gruppi religiosi avere colloqui in merito a tutto ciò che li riguarda, per raggiungere una soluzione soddisfacente che si basi sulla situazione attuale. Tutte le normali attività religiose che si svolgono in luoghi a ciò destinati, come pure quelle che, conformemente alle disposizioni religiose, vengono fatte nelle abitazioni dei fedeli (culto di Buddha, lettura di testi, uso di incenso, funzioni religiose, preghiere, commento di scritti, prediche, Messe, battesimi, riti d'iniziazione per monaci e monache, Quaresima, feste religiose, estrema unzione, funerali *etc.*) debbono venire gestite dalle organizzazioni religiose e dai fedeli stessi, sotto la protezione della legge e senza nessuna interferenza. Con autorizzazione degli organi di governo responsabili, templi e chiese possono vendere una limitata quantità di scritti, oggetti ed opere d'arte a soggetto religioso. La riunione dei Protestanti in gruppi in case private per la funzione religiosa di norma non è permessa. Tuttavia questo divieto non dovrebbe venir applicato con rigore. Piuttosto i collaboratori delle organizzazioni religiose patriottiche dovrebbero convincere le masse di fedeli e prendere adeguati provvedimenti. Tutti i luoghi di culto sono posti sotto la direzione amministrativa dell'Ufficio nazionale per gli affari religiosi, ma le organizzazioni religiose ed i loro collaboratori sono responsabili per il relativo utilizzo. Le organizzazioni religiose sono competenti per tipo, frequenza e durata delle funzioni religiose. Turbamenti dell'ordine sociale, come pure degli orari di lavoro, dovranno venir evitati. Nessuno dovrà fare propaganda a favore dell'ateismo nei luoghi di culto, né sollevare fra le masse dei fedeli discussioni sull'esistenza di Dio. Parallelamente alle organizzazioni religiose non è permesso, al di fuori dei luoghi di culto,



predicare, fare propaganda a favore dell'esistenza di Dio o diffondere trattati religiosi o scritti di cui non sia stata autorizzata la pubblicazione da parte del competente ufficio governativo. Per assicurare la progressiva normalizzazione delle attività religiose, il Governo dovrebbe in futuro, conformemente alle disposizioni di legge, avere dettagliati colloqui con i rappresentanti dei gruppi religiosi, affinché venga emanata una legislazione religiosa adatta, sperimentata nella prassi. I grandi templi e chiese, che siano celebri per la loro bellezza e per la posizione geografica, non sono solo luoghi di culto, ma anche monumenti culturali di grande valore storico. Le organizzazioni religiose responsabili ed i funzionari ecclesiastici dovranno perciò venir incaricati della manutenzione di questi monumenti. Essi dovranno al riguardo fare attenzione a che gli edifici vengano conservati in buono stato ed i dintorni vengano protetti, cosicché diventino tranquilli, puliti e bei luoghi per il turismo. Sotto la direzione dei competenti uffici governativi e delle organizzazioni religiose, il reddito di questi templi, moschee e chiese derivante da elemosine e donazioni deve venire soprattutto impiegato a questo scopo. Una parte di questo reddito può venir utilizzato come incentivi e ricompense per i funzionari religiosi che si sono particolarmente distinti.

### *Le organizzazioni religiose patriottiche*

La politica religiosa del Partito verrà attuata se faremo funzionare appieno le organizzazioni religiose patriottiche. Questa è un'importante garanzia del fatto che le attività religiose si svolgano normalmente e correttamente. Ci sono complessivamente otto organizzazioni religiose patriottiche nazionali: l'Associazione buddhista cinese, l'Associazione taoista cinese, l'Associazione islamica cinese, l'Associazione patriottica della Chiesa cattolica cinese, la Commissione amministrativa della Chiesa cattolica cinese, il Collegio dei Vescovi cattolici cinesi, la Chiesa patriottica protestante delle 3 autonomie e l'Assemblea dei cristiani cinesi. Al tempo stesso c'è un certo numero di gruppi sociali e di organizzazioni locali a carattere religioso. Il compito fondamentale di queste organizzazioni religiose patriottiche consiste nell'affiancare il Partito ed il Governo nell'applicazione della politica della libertà religiosa, aiutare le masse di fedeli e di persone in gruppi religiosi, rafforzare i loro sentimenti patriottici e socialisti, rappresentare i legittimi diritti ed interessi dei gruppi religiosi, organizzare attività religiose normali e corrette, ed occuparsi correttamente delle questioni religiose. Tutte le organizzazioni religiose patriottiche devono sottostare alle guida del Partito e del Governo. Parimenti i quadri del Partito e del Governo si debbono premurare di sostenere le organizzazioni religiose

e di aiutarle a risolvere da sole i loro problemi. Essi non dovrebbero monopolizzare od incaricarsi di nulla che le organizzazioni possano fare da sole. Solo così il carattere positivo di queste organizzazioni si svilupperà appieno, e solo così potranno svolgere il loro ruolo specifico, e svolgere concretamente attività proficue all'interno della cornice costituzionale e legislativa. Così esse potranno essere realmente gruppi religiosi con influsso positivo, ed in tal modo diventare per il Partito ed il Governo ponti per il contatto, l'unificazione e l'orientamento dei gruppi religiosi. Affinché ogni religione possa svolgere i propri compiti secondo i principi dell'autoconservazione e dell'autogoverno, dobbiamo attuare scrupolosamente le disposizioni che regolano il reddito da affitti e locazioni. Non c'è nessuna ragione per immischiarsi nelle donazioni e nei contributi dei fedeli, nella misura in cui questi siano volontari e di piccola entità. Tuttavia i funzionari religiosi debbono venire persuasi del fatto che non sia permesso trarre guadagni personali dalle entrate religiose di templi, moschee e chiese, e che ogni imposizione di tributi obbligatori è vietata.

### *La formazione d'una nuova generazione di religiosi*

La formazione e l'istruzione in modo pianificato delle giovani generazioni d'un personale religioso patriottico avrà un'importanza decisiva per il quadro futuro delle organizzazioni religiose del nostro Paese. Non dobbiamo solo, perciò, continuare a raggiungere, unificare ed orientare le persone che ora sono credenti, ma anche aiutare ogni organizzazione religiosa ad istituire seminarî per dare una buona istruzione al nuovo personale religioso. Il compito di questo seminario sarà quello di formare un gruppo di personale religioso giovane, patriottico e che sostenga la guida del Partito come pure il sistema socialista, ed abbia anche sufficienti conoscenze religiose. Per questo seminario ci deve essere un esame d'ammissione. Verranno ammessi solo i bravi giovani patrioti che vogliano dedicarsi seriamente ad un lavoro religioso ed il cui bagaglio culturale sia d'un certo livello. Non dovrà venire costretto ad entrarvi nessuno che non voglia svolgere un lavoro religioso o che non abbia le basi culturali necessarie. Quei giovani che non abbiano dimostrato attitudini per un lavoro di questo tipo debbono venir impiegati altrimenti. Tutte queste giovani nuove leve religiose debbono approfondire la loro impostazione patriottica e socialista, migliorare il loro bagaglio culturale e le loro conoscenze religiose, e sostenere lealmente la politica religiosa del Partito. Essi debbono mostrare sincero rispetto per gli anziani funzionari religiosi patriottici, studiare scrupolosamente e far proprie le loro buone qualità. Gli anziani debbono, dal canto loro, aver cura d'essere benevoli e

premurosi verso i loro giovani colleghi. In questo modo i giovani verranno progressivamente integrati nell'elemento patriottico fra i religiosi, e sotto la guida del Partito diventeranno il supporto principale, che assicurerà che le attività delle organizzazioni religiose seguano la linea corretta.

*I membri del PCC e la religione. Relazioni con le minoranze etniche religiose*<sup>30</sup>

Dal fatto che il nostro Partito applichi una politica di libertà religiosa non consegue che i membri del PCC siano liberi di seguire una fede religiosa. La politica della libertà religiosa è limitata ai cittadini del nostro Paese. Non si applica ai membri del PCC. A differenza del cittadino medio, il membro del PCC fa parte d'un Partito politico marxista, ed al riguardo non ci può essere nessun dubbio sul fatto che i membri del Partito debbano essere atei e non credenti. Il nostro Partito ha già spesso chiaramente detto: un membro del PCC non può essere credente, non può prendere parte ad attività religiose. Un membro che si opponga lungamente a queste disposizioni viene obbligato a lasciare il Partito. Queste disposizioni sono perfettamente corrette, e nella misura in cui riguardano il Partito in quanto tale, debbono venir attuate. Perplessità riguardano al contrario l'applicazione di queste direttive con riguardo alle minoranze etniche la cui popolazione sia fondamentalmente religiosa. Qui la situazione specifica deve venir adeguatamente ed accuratamente approfondita, senza semplificare eccessivamente. Dobbiamo tener conto del fatto che un gran numero di membri del PCC fra queste minoranze etniche sostiene lealmente la linea del Partito, svolge del buon lavoro per il Partito e ne rispetta la disciplina, senza, però, potersi completamente sottrarre dall'influsso religioso. Le organizzazioni del Partito non debbono semplicemente escludere questi membri, ma svolgere con loro un approfondito ed adeguato lavoro ideologico, ed aiutarli ad evolvere politicamente, affinché essi piano piano acquisiscano la visione del mondo dialettica e storico-materialistica, e si liberino dai vincoli delle idee religiose. Naturalmente dobbiamo, nell'ammissione di nuovi membri al PCC, fare molta attenzione nel non reclutare devoti fedeli o persone con forti sentimenti religiosi. Per quanto riguarda

---

<sup>30</sup> Per l'impostazione teorica generale, cfr. MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *Le minoranze religiose nella prospettiva di un nuovo ecumenismo*, in *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano, LEV, 1999, pp. 814 ss.; FRANCESCO COCCOPALMERIO, *La partecipazione degli acattolici al culto della Chiesa cattolica, nella pratica e nella dottrina della Santa Sede dall'inizio del secolo XVII ai nostri giorni*, Brescia, Morcelliana, 1969.

un numero molto esiguo di membri del Partito che mostrino un'ostinazione tale che non solo credano in una religione, ma anche si compromettano con il fanatismo religioso, si oppongano ai 4 principi-cardine, criticino la linea del Partito con i suoi obiettivi e la sua politica, turbino l'integrità nazionale e l'unità etnica, essi hanno già abbandonato la fondamentale attitudine di membro del Partito. Se però, dopo aver ricevuto critiche e correzioni, continuano a conservare questa posizione sbagliata e simulano arrendevolezza, allora dobbiamo espellerli dal Partito. Se avessero compiuto qualche attività criminale, deve aver luogo un'inchiesta per stabilire le responsabilità dinanzi alla legge. I membri del Partito che abbiano abbandonato la fede religiosa, ma che vivano fra minoranze etniche dove la maggioranza delle persone sia credente, si dovrebbero isolare dalle masse, se si rifiutassero di partecipare a matrimoni tradizionali, ai funerali od alle feste con significato religioso. Dobbiamo perciò valutare con attenzione le singole circostanze, ed arrivare a differenziare queste disposizioni che vietano ad un membro del Partito di prendere parte ad attività religiose fra le minoranze etniche, allo scopo di rinsaldare il legame con le masse. Sebbene molti di questi matrimoni tradizionali, cerimonie funebri come pure feste popolari fra le minoranze etniche abbiano una colorazione ed una tradizione religiosa, esse sono in realtà già diventate parte di usi e costumi tradizionali. Fintantoché i nostri compagni, soprattutto quelli di base, hanno chiara la linea di confine fra ideologia e religione, possono mostrare rispetto e considerazione verso usanze e tradizioni etniche nella loro vita quotidiana. Ciò però non significa che queste usanze e tradizioni non debbano venire riformate conformemente ai desideri della maggioranza della popolazione, nel caso in cui nuocessero alla produzione od alla salute fisica o mentale della popolazione. Perciò non è corretto annoverare queste usanze e tradizioni etniche fra le attività religiose. Ciò sarebbe dannoso per l'unità etnica, come pure per la corretta applicazione della politica religiosa. Tutti i membri del Partito debbono arrivare a comprendere che il nostro Paese è uno Stato socialista con molte minoranze etniche. I legami fra religione e minoranza etnica sono differenti per ogni religione e per ogni minoranza etnica. Ci sono alcune minoranze nelle quali quasi tutti credono nella stessa religione, *ad ex.* l'Islam od il Lamaismo. In questi casi religione e identità etnica sono strettamente legate l'una all'altra. Tuttavia fra la popolazione Han in generale non c'è nessuna interdipendenza fra l'appartenenza alla popolazione e l'adesione a Buddismo, Taoismo, Cattolicesimo o Protestantismo. Per questa ragione dobbiamo differenziare la specifica situazione d'ogni gruppo etnico e d'ogni religione, valutare differenze ed interdipendenze fra gruppi di popolazione e religione, ed utilizzarle correttamente. Certamente dobbiamo essere vigili, ed opporci ad ogni tentativo che serva al fanatismo religioso per dividere il nostro

popolo, ad ogni discorso e ad ogni azione che turbi l'unità fra gruppi etnici. Se il Partito non riuscisse ad aver ragione di queste problematiche nell'attuale enorme lotta, adesso, quando noi ci sforziamo di unificare una nazione così grande e con così tanti gruppi etnici in un moderno Stato socialista, allora non saremo idonei a unificare questi popoli ed a progredire collettivamente.

*Azioni criminali e controrivoluzionarie sotto il pretesto della religione*

La protezione concessa alle normali attività religiose include al contempo lo scioglimento di tutte le attività criminali e controrivoluzionarie sotto il pretesto della religione. Questo riguarda anche tutte le pratiche superstiziose che sono al di fuori del concetto di religione e nuocciono al benessere nazionale come anche alla vita ed ai beni del popolo. Tutti gli elementi controrivoluzionari e tutti quelli criminali che si nascondono sotto il manto della religione verranno severamente puniti secondo la legge. I vecchi funzionari religiosi che dopo la fine del loro periodo di reclusione tornassero a compiere attività criminali verranno allo stesso modo puniti severamente secondo la legge. Resta parimenti vietato a tutte le associazioni segrete reazionarie, ai maghi ed alle streghe di continuare le loro attività. Tutti quelli che truffano la gente o ne rubano il denaro verranno senza eccezione severamente puniti secondo la legge. I quadri di Partito che si arricchissero svolgendo questo tipo di attività verranno puniti ancor più severamente. Infine tutti quelli che si guadagnano da vivere con l'astrologia, la fisiognomica, la predizione del futuro e la geomantica verranno rieducati ed ammoniti, e debbono venir aiutati a guadagnarsi da vivere con un proprio lavoro, affinché non continuino con queste pratiche superstiziose che servono solo ad ingannare la gente. Se non collaborano, verranno perseguiti secondo la legge. Nei rapporti secondo la legge con elementi controrivoluzionari e criminali che si celano in gruppi religiosi, gli organi di Partito ad ogni livello e gli uffici governativi di volta in volta interessati debbono procedere ad un ampio lavoro di smascheramento. Essi debbono utilizzare fatti incontestabili per svelare come questi cattivi elementi si siano serviti della religione per le loro attività deleterie. Essi dovrebbero anche distinguere chiaramente fra normale pratica religiosa e pratiche religiose criminali, cosicché diventi facilmente comprensibile che non si tratta di opprimere le normali attività religiose, ma al contrario di proteggerle, se quelle criminali vengono combattute. Solo così potremo raggiungere con successo la larga massa di credenti, unificarli ed orientarli, e raggiungere una normalizzazione delle attività religiose.

*I legami internazionali delle religioni cinesi*

Buddhismo, Islam, Cattolicesimo e Protestantismo, che hanno una posizione di tutto rilievo fra le religioni nazionali, fanno al tempo stesso parte delle più importanti religioni mondiali. Tutte queste religioni hanno un considerevole influsso nelle proprie società<sup>31</sup>. Il Cattolicesimo ed il Protestantismo sono largamente praticati in Europa, nell'America del nord e del sud, come pure in altre regioni. Il Buddhismo è forte in Giappone e nell'Asia sud-orientale, mentre l'Islam è dominante in una dozzina di Paesi in Asia ed in Africa. Alcune di queste religioni sono in alcuni Paesi religioni di Stato. Ora si moltiplicano i contatti con gruppi religiosi internazionali per allacciare legami internazionali col nostro Paese. Ciò ha grande importanza per rafforzare l'influenza politica del nostro Paese. Però al tempo stesso ci sono all'estero gruppi reazionari, soprattutto gli imperialisti, il Vaticano e le società missionarie straniere protestanti, che cercano di utilizzare ogni occasione per tornare nella Cina continentale ed infiltrarsi nel nostro Paese. La nostra politica consiste nel favorire attivamente contatti religiosi amichevoli, ma anche nel contrastare ogni infiltrazione di forze straniere ostili. Relativamente a questa politica del Partito le personalità religiose nel nostro Paese possono, anzi debbono impegnarsi nello scambio reciproco di visite e nell'instaurare contatti amichevoli con gruppi religiosi stranieri. Anche il settore accademico e culturale in ambito religioso deve venire potenziato. Però in tutti questi differenti contatti essi si debbono attenere al principio d'una Chiesa indipendente ed autonoma, e respingere le profferte di tutte le forze religiose reazionarie che cercano continuamente d'acquisire il controllo sulle religioni del nostro Paese. Essi debbono decisamente respingere ogni intromissione nelle questioni religiose cinesi da parte di Chiese o personalità religiose straniere. È vietato a tutte le organizzazioni religiose straniere (ed a tutte le organizzazioni da esse dipendenti) di venire nel nostro Paese per svolgere attività missionaria od introdurvi e diffondervi in grande quantità materiale di propaganda. Tutte le organizzazioni religiose e le singole persone debbono venir informate del fatto che in nessun caso potranno ricevere sostegno finanziario da organizzazioni religiose straniere; e le persone e gruppi religiosi nel nostro Paese, come pure altri gruppi e singole persone, non potranno accettare

---

<sup>31</sup> Cfr. RICHARD PUZA, *Die Weltkirche und die Staaten*, in KLAUS LÜDICKE (a cura di), *Recht im Dienste des Menschen. Eine Festgabe. Hugo Schwendenwein zum 60. Geburtstag*, Graz, Styria, 1987, pp. 651 ss.; TARCISIO BERTONE, SDB, *Il rapporto giuridico tra Chiesa e comunità politica*, in *Il Diritto nel mistero della Chiesa. IV*, Roma, Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, 1980, pp. 295 ss.

nessuna sovvenzione o contributo finanziario che venga loro offerto per scopi religiosi da organizzazioni religiose straniere. Verranno accettate donazioni od offerte per finalità religiose da parte di fedeli stranieri, cinesi all'estero o di Macao ed Hong Kong per costruire sul nostro territorio templi, moschee e chiese. Se però si trattasse di grosse cifre sarà necessaria un'autorizzazione da parte dell'ufficio governativo della provincia, della città o della municipalità immediatamente soggetta al Governo, oppure dal competente ufficio del Governo centrale. Ciò vale anche se fosse sicuro che il donatore avesse agito solo per motivi religiosi e che non ci fossero legami occulti. Dobbiamo essere vigili e fare attenzione alle forze religiose straniere ostili che vogliono aiutare le comunità religiose clandestine ed altre organizzazioni illegali. Dobbiamo combattere con decisione queste organizzazioni, che sotto il manto delle religioni in realtà fanno opera di spionaggio. Naturalmente non possiamo procedere avventatamente, ma dobbiamo indagare approfonditamente finché non avremo in mano prove inoppugnabili, e dunque potremo scegliere il momento giusto per portare il fatto dinnanzi alla giustizia. Il nuovo compito che adesso abbiamo consiste nell'intessere relazioni amichevoli con gruppi religiosi stranieri senza deflettere dalla nostra politica dell'indipendenza. I principî-guida corretti e la politica del Governo centrale sono una solida base per questo lavoro. Dobbiamo trattare la questione religiosa nel Paese in maniera realistica ed efficace, intensificare lo studio della storia delle religioni mondiali come dell'attuale situazione delle religioni, e formare persone di talento che possano impegnarsi in attività religiose internazionali. La realtà di fatto ha mostrato che le forze religiose straniere ostili hanno solo una piccola, se non nessuna, occasione di utilizzare la situazione a loro vantaggio, se noi trattiamo bene la situazione interna locale. Quindi i contatti internazionali dei gruppi religiosi possono continuare senza difficoltà, e così svolgere appieno la loro funzione positiva.

### *Il ruolo del Partito e degli organi statali nella questione religiosa*

La fondamentale garanzia del successo nel trattare la questione religiosa sta nel rafforzamento della guida del Partito. Il lavoro religioso del Partito è un elemento essenziale del fronte unitario del Partito e del suo lavoro fra le masse. Esso tocca i differenti aspetti della vita sociale. Ciò richiede che gli organi di Partito a tutti i livelli guidino energicamente ed organizzino i rispettivi uffici, come l'Ufficio del fronte unitario, l'Ufficio nazionale per gli affari religiosi, l'Ufficio per le minoranze nazionali, l'Ufficio per politica e giustizia, gli Uffici per la propaganda, la cultura, l'istruzione, la scienza e la tecnologia,

la salute, come pure i sindacati, i gruppi giovanili, i gruppi femminili ed altre organizzazioni di massa. Lo scopo è unificare l'ideologia, il sapere ed i programmi politici. I Ministeri debbono assumersi la responsabilità per il loro lavoro, ma collaborare strettamente e svolgere questi compiti importanti in modo realistico, per procedere scrupolosamente ed infaticabilmente verso un risultato finale positivo. Dobbiamo rafforzare gli organi di Governo preposti agli affari religiosi. A tutti i quadri del Partito attivi in questo settore deve venire permesso studiare sistematicamente la teoria marxista sulla religione, per comprendere più approfonditamente la posizione basilare del Partito in materia di politica religiosa, per intessere legami con le masse di credenti, per porsi allo stesso livello con persone di gruppi religiosi e con esse collaborare. Un importante elemento costitutivo del lavoro teorico del Partito in ambito religioso è l'applicazione della posizione marxista e del metodo marxista per lo studio scientifico della questione religiosa. Un compito importante per il Partito sul versante della propaganda consiste nel criticare l'idealismo (che comprende la religione) per mezzo della filosofia marxista, allo scopo di orientare le masse, in particolare i giovani, verso una visione del mondo dialettica, storico-materialistica e scientifica (che comprende l'ateismo). Al riguardo dobbiamo rafforzare la nostra propaganda nell'ambito delle conoscenze scientifiche e culturali relativamente ai fenomeni naturali, all'evoluzione della società, alla vita umana, compresa la vecchiaia, la malattia, la morte, la fortuna e la sfortuna. Un aspetto indispensabile per il lavoro teorico fondamentale del Partito consiste nella formazione di *équipes* di ricerca che studino la teoria religiosa partendo dai presupposti teorici marxisti, e di organizzazioni di ricerca in campo religioso, che lavorino in modo interdisciplinare a livello universitario. Se pubblichiamo articoli sulla questione religiosa in giornali o riviste, dobbiamo naturalmente assumere un atteggiamento attento, per non nuocere all'attuale politica e non ferire le sensibilità religiose della massa di credenti. Gli scienziati debbono rispettare l'atteggiamento religioso dei funzionari religiosi. Analogamente costoro debbono rispettare la ricerca e la propaganda basate sulle teorie religiose marxiste. Le autorità centrali del Partito e dello Stato sottolineano ancora una volta che tutti i membri del Partito debbono comprendere che con la politica religiosa del Partito non si tratta di misure limitate nel tempo, ma d'una decisa strategia che si poggia sui presupposti scientifico-teorici del marxismo-leninismo e sui pensieri di Mao Tse-tung. Il suo scopo consiste nell'unificazione del popolo per il lavoro comune dell'edificazione d'uno potente Stato socialista moderno. Nel sistema socialista c'è la sola maniera corretta per la soluzione della questione religiosa, che consiste nel garantire la libertà religiosa. Solo dopo il graduale sviluppo del socialismo nell'economia, nella cultura, nella scienza e tecnologia, come



pure della civilizzazione socialista con i suoi propri valori materiali e spirituali, pian piano perderanno peso le radici della società e della conoscenza che hanno fatto fiorire la religione. Ovviamente un tale gigantesco compito non può venire svolto in breve tempo, non in una, due o tre generazioni. Solo dopo un periodo storico molto lungo, dopo molte generazioni e dopo una battaglia comune di lunga durata fra le masse di credenti e non credenti, tale traguardo sarà raggiunto. Fino ad allora, però, il popolo cinese deve eliminare dal territorio cinese ogni povertà, ignoranza e vuoto spirituale, e giungere ad una civilizzazione altamente sviluppata con i suoi valori materiali e spirituali, per avere un posto nella prima fila dell'umanità di questo meraviglioso mondo. Perciò la grande maggioranza dei nostri cittadini diventerà capace di affrontare la vita confidando in se stessa e nello sviluppo scientifico. Così non sarà più necessario dover accettare il rifugio in Dio di fronte alla vuota illusione del mondo, per ricevere consolazione spirituale. Questo è esattamente quello che Marx ed Engels hanno detto: il fatto che ci sarà un'epoca in cui gli uomini saranno liberi da tutte le forze che li hanno alienati da loro stessi e che controllavano il mondo, e saranno capaci di organizzare e decidere tutta la loro vita sociale. Questo è anche ciò che il compagno Mao Tse-tung ha detto: Verrà un giorno in cui gli uomini cambieranno consapevolmente se stessi ed il loro mondo. Solo quando entreremo in questa nuova epoca scomparirà infine tutto ciò che nel mondo attuale ancora porta un volto religioso. Perciò ogni componente del nostro Partito di generazione in generazione con tutte le sue forze deve impegnarsi combattivamente per realizzare questo futuro splendente.

#### IV. *Le basi teoriche della politica attuale*

Alla base della politica governativa cinese in materia religiosa, affidata all'Ufficio nazionale per gli affari religiosi (*Guojia zongjiao shiwuju juwu buiyi*), sta oggi il concetto di "società armoniosa", delineato nel 2004 dal XVI Comitato centrale del Partito comunista cinese, e successivamente precisato dal Segretario generale, Hu Jintao, con un discorso tenuto il 19 febbraio 2005 al Comitato centrale del Partito<sup>32</sup>.

Il 21 ottobre 2007 il XVII congresso nazionale del Partito Comunista cinese ha inserito nel proprio statuto – per la prima volta dalla sua fondazione – la

---

<sup>32</sup> V. YU XIAOWEN, *Fabui zongjiao zai cujin shehui hexie fangmiande jiji zuoyong*, in *Qiusbi*, 1 giugno 2007.

parola “religione”: nella parte generale dello statuto, infatti, ora si dice: “Il Partito svolge interamente il proprio compito fondamentale anche nell’attività religiosa e ricomprende anche chi crede in una religione, affinché si cooperi per lo sviluppo economico e sociale”.

Due mesi dopo, in dicembre, durante una sessione di studio del Politburo del Comitato centrale del Partito dedicata alla religione, Hu Jintao, lesse un discorso intitolato “Attuare interamente il programma fondamentale del Partito in ambito religioso, svolgendo bene ed attivamente l’attività in ambito religioso nella nuova situazione prodottasi”.

Egli disse che un corretto approccio alla questione religiosa deve riconoscerne la centralità e coinvolgere tutta l’attività del Partito e dello Stato, l’armonia sociale e la stabilità, la costruzione d’una società agiata e del socialismo con caratteristiche cinesi; alla luce di questi obiettivi, perciò, l’importanza della religione deve venire vista in un’ottica nuova, fenotipo della quale sono tre linee-guida: *in primis* perseverare nella politica della piena attuazione della libertà religiosa basata sul rispetto della legislazione del 2004, sull’indipendenza delle religioni da ‘potenze straniere’ non meglio precisate ma facilmente identificabili, e sul mutuo e reciproco adattamento fra religione e socialismo.

*In secundis*, poi, va migliorata la formazione, la selezione e l’impiego del personale religioso, nel cui ampio alveo individuare un contingente che sia al tempo stesso politicamente fidato e moralmente ineccepibile cui affidare gli uffici e gli incarichi più importanti.

Il concetto di ‘società armoniosa’ ricomprende, *in tertiis*, il ruolo positivo della religione, di cui riconosce la presenza nella società umana da lunghissimo tempo, e ne ribadisce gli aspetti ontologici (la persistenza nel tempo, il carattere di fenomeno di massa, la complessità) già delineati nel 1979 dall’XI Comitato centrale del Partito comunista, che aveva segnato la ripresa delle attività religiose pubbliche dopo la ‘rivoluzione culturale’<sup>33</sup>.

La persistenza nel tempo, *in primis*, vista come radice dell’esistenza della religione, implica che, nel corso del lento processo compiuto dal socialismo nel suo sviluppo storico, attraverso varie fasi, sia necessario oggi proseguire l’obiettivo dell’eguaglianza e della giustizia sociale; per questa ragione il Partito deve mobilitare tutti i fattori positivi che contribuiscano allo sviluppo dell’armonia sociale, compresa la religione, da porre all’unisono con la società socialista.

---

<sup>33</sup> Cfr. SYLVIA CHAN, *Political Assessment of intellectuals before the Cultural Revolution*, in *The China Quarterly*, 1989, pp. 814 ss.

La questione religiosa è, evidentemente, assai complessa: per questa ragione, onde continuare la costruzione dello Stato di diritto socialista, tendere alla civilizzazione politica del socialismo, dar vita ad un buon quadro sociale generale e ad una società socialista armoniosa, le questioni religiose debbono venire regolate secondo la legge; e, in particolare, nel supremo interesse del Paese, del popolo e della sicurezza dello Stato, è necessario che le questioni religiose siano regolate sulla base dei principî delle '3 autonomie'.

Il carattere di fenomeno di massa, infine, implica, secondo l'Ufficio nazionale per gli affari religiosi, la necessità, per rafforzare ed ampliare la base popolare del Partito ed accrescere l'unione fra Partito e popolo, di mantenere inalterato l'influsso sociale del Partito, facendo tesoro di tutti i fattori positivi di mobilitazione a favore dello sviluppo e del progresso economico: per questa ragione la libertà religiosa dev'essere coscienziosamente mantenuta.

Questa libertà religiosa, però, incontra anche alcuni limiti:<sup>34</sup> dal punto di vista oggettivo, infatti, nella terminologia legale ufficiale cinese si trovano due termini differenti: 'religione' (*zongjiao*) e "superstizione" (*mixin*), come spiegò già nel 1979 il giornale ufficiale *Renmin Ribao*: "Ogni culto che si rivolga alle forze nascoste sovrannaturali può venire chiamato 'superstizione'. La religione è superstizione, ma non ogni superstizione è una religione. Così alcune forme di superstizione feudale non sono religioni. [...] Bisogna distinguere fra religioni e superstizioni feudali. Per religione intendiamo fondamentalmente le religioni mondiali, come il Cristianesimo, l'Islam, il Buddhismo e simili. [...] La libertà religiosa si riferisce essenzialmente a queste religioni. [...] Per superstizioni intendiamo in generale i mezzi e le azioni di sciamani e stregoni, come cure mediche magiche, predizione del futuro, preghiere per la pioggia, preghiere per restare incinte, esorcismi, predizioni mediante la fisiognomica, la geomanzia e la raddomanzia. Tutto ciò è assurdo e ridicolo... Tali attività debbono venire vietate"<sup>35</sup>.

L'anno successivo, poi, il concetto venne ripreso: le religioni si basano su organizzazioni ufficiali e dogmi precisi, le loro attività hanno ritualità precise e si comportano secondo regole certe.

Un'altra interessante distinzione viene fatta fra religioni e culti eretici (*xiejiao*): il 30 ottobre 1999, infatti, il Congresso nazionale del popolo approvò una risoluzione "sulla proibizione di organizzazioni eretiche e sulla

---

<sup>34</sup> V. MONIKA GÄNSSBAUER, *Parteistaat und Protestantische Kirche, Religionspolitik im nachmaoistischen China*, cit., pp. 250 ss.

<sup>35</sup> Per l'impostazione teorica generale, v. MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *La comparazione del diritto delle religioni del Libro*, Roma, IANUA, 2002, *passim*.

prevenzione e la punizione di attività eretiche”, nella quale si dice: “Per il mantenimento della stabilità sociale, la protezione degli interessi del popolo e la garanzia d’una attuazione senza difficoltà della politica di riforme e d’apertura, come pure della modernizzazione socialista, le organizzazioni eretiche (*xiejiao zuzhi*) debbono venire vietate, e le attività eretiche (*xiejiao huodong*) punite”; spetterà allo Stato, naturalmente, stabilire quali organizzazioni ed attività rientrino in questa categoria.

Più in generale, dunque, appare utile chiarire il significato attribuito in Cina ai concetti di ‘religione’ e di ‘politica’, con tutte le relative *nuances*<sup>36</sup>.

La ‘religione’, secondo il dizionario cinese *Cibai*<sup>37</sup>, è “un’ideologia sociale. I suoi seguaci credono in divinità soprannaturali e le adorano. La religione è una reazione falsa ed illusoria del pensiero umano dinnanzi alle forze della natura e della società. [...] L’evoluzione della religione procede di pari passo con lo sviluppo storico. [...] In quanto fenomeno storico, la religione permea il processo del nascere e del morire. Dopo l’ingresso dell’umanità in una società comunista, la religione verrà gradualmente abbandonata”<sup>38</sup>.

Di ben altro tenore, invece, il concetto di ‘politica’, che è lo strumento con il quale il Partito centrale a Pechino cerca di guidare lo sviluppo delle cose in tutta la Cina in maniera unitaria<sup>39</sup>, il che, nello specifico settore della politica religiosa, si articola su tre livelli: la linea politica (*zhengzhi luxian*), le disposizioni sostanziali (*fangzhen*) e quelle accidentali (*zhengce*) del Partito.

Va tuttavia ricordato che, al di là delle varie, recenti promesse d’apertura, ancora pochi anni or sono, il 12 ottobre 2005, il Comitato centrale impose ai quadri del Partito comunista cinese una netta separazione dalla religione:

I. A nessuna organizzazione di Partito è permesso, sotto qualunque pretesto, organizzare attività religiose o partecipare a quelle organizzate da altri.

II. Ai funzionari di Partito è vietato far parte di organizzazioni religiose, comprese le organizzazioni e le attività di religioni straniere.

III. Chi fosse già componente d’una organizzazione religiosa, o prendesse abitualmente parte ad attività religiose, deve, dopo questo decreto, abbando-

---

<sup>36</sup> Cfr. W. MEISSNER, *Philosophie und Politik in China*, München, Fink, 1986, pp. 19 ss.; ZHUO XINPING, *Theorien über Religion im heutigen China und ihre Bezugnahme zu Religionstheorien des Westens*, Frankfurt a.M., Lang, 1988.

<sup>37</sup> XIA ZHENGONG (a cura di), *Cibai*, Shanghai, Zhonghua Shuju, 1989.

<sup>38</sup> V. MONIKA GÄNSSBAUER, *Parteistaat und Protestantische Kirche, Religionspolitik im nachmaoistischen China*, cit., pp. 38 ss.; EADEM (a cura di), *Christentum chinesisch in Theorie und Praxis*, Hamburg, EMW, 2003, pp. 85 ss.

<sup>39</sup> HARRO VON SENGER, *Partei, Ideologie und Gesetz in der Volksrepublik China*, Bern, Lang, 1982.

nare immediatamente la pratica religiosa e segnalare tutto ciò in una relazione su se stesso.

IV. Chi non rivelasse la sua partecipazione e continuasse a prendere parte ad attività religiose verrà ammonito ufficialmente, rimosso dal suo incarico in seno al Partito o definitivamente espulso.

V. Chi partecipasse ad attività vietate verrà espulso e rimosso da ogni incarico interno ed esterno al Partito, e verrà perseguito penalmente secondo la legge”.

D’altro canto, però, fedele alla nuova politica maggiormente ‘aperturista’ verso la religione, l’Ufficio nazionale per gli affari religiosi ha regolamentato la *ratio studiorum* degli istituti di formazione religiosa, emanando, il 25 dicembre 2006, le ‘normative per la creazione d’istituti di formazione religiosa’ (*Zongjiao yuanxiao sheli banfa*), entrate in vigore il 1 settembre 2007.

## Capitolo 1. Disposizioni generali

1. Per standardizzare la creazione di istituti di formazione religiosa, conformemente alle ‘disposizioni per affari religiosi’ vengono emanate queste disposizioni.

2. Come istituti di formazione religiosa (*zongjiao yuanxiao*) si intendono in queste disposizioni quegli istituti di formazione che vengano creati da organizzazioni religiose (*zongjiao tuanti*) per la formazione di funzionari religiosi (*zongjiao jiaozhi ren yuan*) e di personale religioso specializzato (*zongjiao zhuanmen rencai*). Vengono distinti fra istituti di formazione religiosa di livello superiore e di livello intermedio. Per i primi (*gaodeng zongjiao xuexuan*) il corso di studi ha una durata di 4 anni o superiore, e si conclude almeno con un diploma ‘*benke*’ (grossomodo il baccellierato, NdA). Per i secondi (*zhongdeng zongjiao xuexiao*) il corso di studi ha una durata compresa fra i due ed i tre anni, e si conclude con uno esame ‘*zhongzhuan*’ o ‘*dazhuan*’ (grossomodo la licenza, NdA).

3. Gli istituti di formazione religiosa vengono fatti funzionare da organizzazioni religiose nazionali o da organizzazioni religiose di livello provinciale, di regione autonoma o di municipalità direttamente dipendente dal governo. Nessun’altra organizzazione può promuovere un istituto di formazione religiosa.

4. Gli istituti di formazione religiosa vengono controllati, supervisionati e coordinati dalle autorità governative per gli affari religiosi conformemente alle leggi.

## Capitolo 2. Requisiti e presupposti per l'istituzione

5. Per l'istituzione d'un istituto di formazione religiosa debbono venire rispettate le condizioni prescritte dall'art. 9 del 'regolamento per gli affari religiosi'<sup>40</sup>.

6. Se all'interno d'una provincia, d'una regione autonoma o d'una municipalità direttamente dipendente dal governo ci fosse già un istituto per la formazione religiosa, di norma la creazione d'un secondo istituto della medesima religione non viene autorizzata.

7. Per la creazione d'un istituto di formazione religiosa di livello superiore vanno rispettate le seguenti condizioni:

a) verranno ammessi solo studenti che abbiano concluso il corso di studi presso un istituto di formazione religiosa di livello intermedio o l'ultimo anno d'una normale istituzione scolastica di livello intermedio, od equivalente;

b) il rapporto fra docenti e studenti dev'essere come minimo di 10 a 1; almeno la metà dei docenti dev'essere a tempo pieno;

c) ci debbono essere strutture indipendenti, i cui edifici ed attrezzature rispondano alle esigenze fondamentali dei docenti e della ricerca, della vita religiosa, della vita quotidiana e dell'attività sportiva di docenti e studenti, come pure alle disposizioni edilizie, urbanistiche ed antincendio;

d) ci debbono essere le attrezzature necessarie per le lezioni e moderni strumenti di lezione, come pure una biblioteca con non meno di 30.000 libri;

e) ci debbono essere i mezzi finanziari necessari per il funzionamento delle strutture.

8. Per la creazione d'un istituto di formazione religiosa di livello intermedio vanno rispettate le seguenti condizioni:

a) verranno ammessi solo studenti che abbiano concluso almeno il corso di studi d'una normale istituzione scolastica di livello intermedio;

b) il rapporto fra docenti e studenti deve essere come minimo di 100 a 8;

---

<sup>40</sup> V. STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *L'attuale situazione della libertà religiosa in Cina*, cit.: "9. Un istituto educativo religioso, per poter essere istituito, deve rispettare i seguenti requisiti:

I) avere un chiaro e ben definito programma di studi, un regolamento per il funzionamento della scuola ed un *curriculum*;

II) avere un afflusso di studenti che abbiano i requisiti per il programma di studi,

III) avere le necessarie risorse economiche per il funzionamento della scuola e stabili fonti di finanziamento,

IV) avere la sede, l'arredamento e le attrezzature necessarie per il funzionamento della scuola ed il corso di studi,

V) avere personale che a tempo pieno si dedichi alla scuola, personale insegnante a tempo pieno qualificato ed un'organizzazione direttiva interna; e

VI) deve essere razionalmente collocato sul territorio.

almeno la metà dei docenti dev'essere a tempo pieno;

c) ci debbono essere strutture indipendenti, i cui edifici ed attrezzature rispondano alle esigenze fondamentali dei docenti e della ricerca, della vita religiosa, della vita quotidiana e dell'attività sportiva di docenti e studenti, come pure alle disposizioni edilizie, urbanistiche ed antincendio;

d) ci debbono essere le attrezzature necessarie per le lezioni e moderni strumenti di lezione, come pure una biblioteca con non meno di 20.000 libri;

e) ci debbono essere i mezzi finanziari necessari per il funzionamento delle strutture.

### Capitolo 3. *I*ter per l'autorizzazione

9. Per l'istanza di creazione d'un istituto di formazione religiosa va compilato il 'formulario autorizzativo preliminare per la creazione d'un istituto di formazione religiosa', ed adempiuto alle seguenti condizioni:

a) avere statuti ed un programma di studi;

b) certificazioni sulla provenienza degli studenti, e che questi rispondano ai requisiti;

c) attestazioni sulle risorse finanziarie per la creazione, attestazioni sulla sostanziale provenienza delle risorse finanziarie per il normale funzionamento della scuola;

d) attestazioni sulla generale situazione del personale docente previsto, del personale amministrativo e dei componenti degli organi amministrativi previsti;

e) attestazioni su edifici scolastici già esistenti o su altre attrezzature fondamentali presenti, o relazioni su uno studio di fattibilità per la costruzione *ex novo* di edifici scolastici;

f) ulteriori requisiti correlati.

10. Le organizzazioni religiose nazionali, che richiedono la creazione d'un istituto di formazione religiosa, presentano l'istanza all'Ufficio nazionale per gli affari religiosi. Le organizzazioni religiose di livello provinciale, di regione autonoma o di municipalità direttamente dipendente dal governo sottopongono l'istanza agli uffici governativi della rispettiva provincia, regione autonoma o municipalità direttamente dipendente dal governo. Gli uffici per gli affari religiosi a livello provinciale debbono esprimere il proprio parere entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza. Se avessero l'intenzione di acconsentire, inviano il *dossier* all'Ufficio nazionale per gli affari religiosi, per un ulteriore controllo e l'autorizzazione.

11. L'ufficio nazionale per gli affari religiosi deve decidere se concedere

o negare l'autorizzazione entro 60 giorni dalla presentazione dell'istanza da parte d'un'organizzazione religiosa nazionale o dal ricevimento del *dossier* da parte d'un ufficio per gli affari religiosi di livello provinciale. Una risposta negativa dev'essere motivata per iscritto.

12. Dopo che l'organizzazione religiosa abbia ricevuto l'autorizzazione scritta dell'Ufficio nazionale per gli affari religiosi, può iniziare i lavori preparatorî per la creazione d'un istituto per la formazione religiosa. Ha a disposizione di norma un periodo di tempo di tre anni, che può venire prolungato in particolari circostanze dietro autorizzazione dell'Ufficio nazionale per gli affari religiosi.

13. Dopo che i lavori preparatorî per la creazione dell'istituto di formazione religiosa siano conclusi, l'organizzazione religiosa responsabile *ex art.* 10 lo comunica all'Ufficio nazionale per gli affari religiosi per una valutazione finale ed il collaudo. Se l'edificio viene esaminato e risponde ai requisiti richiesti può venir aperto ed accogliere studenti.

14. Cambiamenti, chiusure od accorpamenti di istituti di formazione religiosa debbono rispondere alle relative prescrizioni per la creazione d'un istituto. Per cambiamenti si intendono cambiamenti della città, del nome della scuola, del luogo ove si trova, delle dimensioni degli edifici, degli obiettivi formativi, della durata degli studi, del regolamento fondamentale per la gestione dell'istituto, dei requisiti per l'ammissione degli studenti, *etc.*

#### Capitolo 4: Sanzioni

15. L'Ufficio nazionale per gli affari religiosi o l'ufficio per gli affari religiosi a livello provinciale ordinerà una correzione entro un lasso di tempo stabilito, una temporanea sospensione dell'accettazione di studenti oppure la chiusura definitiva nel caso d'una delle seguenti violazioni:

- a) l'accettazione di studenti durante la fase preparatoria;
- b) superamento del periodo di tempo concesso per i lavori preparatorî senza aver adempiuto alle condizioni necessarie per l'accettazione di studenti;
- c) violazione di leggi, disposizioni, regolamenti o direttive politiche; violazione degli obiettivi formativi, degli statuti per il funzionamento dell'istituto, del corso di studi;
- d) chi termina il corso di studi non raggiunge, dopo un esame, i requisiti formativi richiesti;
- e) la dotazione del personale docente rimane troppo a lungo al di sotto dei requisiti;
- f) autonomi cambiamenti della città, del nome della scuola, del luogo ove



si trova, delle dimensioni degli edifici, degli obiettivi formativi, della durata degli studi, del regolamento fondamentale per la gestione dell'istituto, dei requisiti per l'ammissione degli studenti, *etc.*;

g) mancanza delle risorse finanziarie necessarie per il funzionamento dell'istituto;

h) latenti pericoli di sicurezza per gli edifici o le strutture.

16. Le autonome creazioni d'un istituto per la formazione religiosa verranno trattate dalle competenti autorità *ex art.* 43 del 'regolamento per gli affari religiosi'<sup>41</sup>.

## Capitolo 5: Disposizioni finali

17. Gli edifici d'istituti per la formazione religiosa che prima dell'entrata in vigore di queste disposizioni fossero stati aperti con l'autorizzazione del Consiglio di Stato, delle autorità per gli affari religiosi o dei governi popolari a livello provinciale non dovranno richiedere *ex novo* l'autorizzazione, ma è necessario che l'Ufficio nazionale per gli affari religiosi li esamini *ex artt.* 7 e 8, e ne confermi la durata degli studi, il regolamento fondamentale per la gestione dell'istituto, l'obiettivo formativo, i programmi di studio, i requisiti per l'ammissione degli studenti, *etc.*

18. Gli edifici d'istituti per la formazione religiosa che prima dell'entrata in vigore di queste disposizioni non fossero ancora stati aperti con l'autorizzazione del Consiglio di Stato, delle autorità per gli affari religiosi o dei governi popolari a livello provinciale debbono adeguarsi alle summenzionate disposizioni e richiedere sulla base di queste ultime l'autorizzazione per l'apertura.

19. L'Ufficio nazionale per gli affari religiosi pubblicherà regolarmente una volta l'anno una lista degli istituti di formazione religiosa autorizzati.

20. Per l'applicazione di queste disposizioni è competente l'Ufficio nazionale per gli affari religiosi.

21. Queste disposizioni entrano in vigore il 1° settembre 2007".

Il ruolo positivo della religione nella ricerca d'un'armonia sociale è stato

---

<sup>41</sup> *Ibidem*: "Se un luogo per attività religiose fosse stato allestito senza permesso, o se un luogo inizialmente per attività religiose continuasse a svolgerne dopo che la sua registrazione fosse stata cancellata, o se un istituto educativo religioso venisse allestito senza permesso, l'ufficio per gli affari religiosi deve proibire e bandire il luogo e l'istituto educativo, e confiscarne gli illeciti guadagni; gli edifici illegali delle strutture, se ve ne fossero, saranno affidati al competente ufficio locale per l'edilizia, secondo la legge. Se qualche atto in violazione delle norme di pubblica sicurezza fosse stato commesso, una sanzione amministrativa deve essere comminata, conformemente alla legge".

poi più volte ufficialmente affermato e ribadito da Ye Xiaowen, direttore dell'Ufficio nazionale per gli affari religiosi: "Alcune fondamentali decisioni del Comitato centrale del Partito comunista cinese sulla costruzione d'una società armoniosa e socialista"<sup>42</sup> esprimono la "necessità di sottolineare il ruolo positivo della religione nella ricerca dell'armonia sociale. Si tratta d'una proposta chiara, semplice ed innovativa, che è ricchissima di contenuto e risponde alle esigenze dell'epoca moderna. La questione se il ruolo della religione possa venir utilizzato positivamente e come ciò possa procedere deve venire risolta per mezzo di varie osservazioni, ricerche attive ed applicazione d'un equilibrato insieme fra teoria e prassi, equilibrio che si è conservato nel presente ereditato dalla storia e che è trasmissibile alla Cina da tutto il mondo.

Il fenomeno religioso esiste già da molto tempo nella società umana. Le sue tre caratteristiche essenziali – la longevità della religione (*changqixing*), il suo carattere di massa (*qunzhongxing*) e la sua particolare complessità (*teshu fuzaxing*)<sup>43</sup> – sono reciprocamente intrecciate e si completano vicendevolmente. Alla base di tutto c'è la realtà di fatto che la religione esiste da moltissimo tempo. Se studiamo ed analizziamo la questione religiosa (*zongjiao wenti*) o l'attività religiosa (*zongjiao gongzuo*), dobbiamo tener sempre presenti queste tre caratteristiche della religione e le loro conseguenze implicite. Ci dobbiamo applicare nell'accurata comprensione di queste questioni, la quale sorge dalle più profonde ed immutabili basi dell'essere, che abbiamo fin dalle fasi iniziali del socialismo nella nostra terra. Dobbiamo assolutamente sviscerare in modo molto chiaro queste questioni, a partire dalla situazione originaria dell'economia e della società nel nostro Paese. Con l'ingresso del nostro Paese in una fase di velocissimo sviluppo economico e sociale, le riforme da noi hanno raggiunto uno stadio decisivo, da cui deriva un cambiamento sociale di forze e dinamiche ancora mai viste, mentre al contempo emerge anche la

---

<sup>42</sup> Il documento, con il titolo cinese *Zhonggong zhongyang guanyu goujian shebeizhuyi hexie shehui ruogan zhongda wenti de jue ding* è stato pubblicato l'11 ottobre 2006, ed in [http://news.xinhuanet.com/politics/2006-10/18/content\\_5218639.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2006-10/18/content_5218639.htm). Il concetto di società armoniosa risale alla IVa sessione plenaria del XVI comitato centrale del PCC, del settembre 2004. Ad esso è stata dedicata la sessione straordinaria del Comitato centrale del PCC del 19 febbraio 2005, durante la quale il segretario generale Hu Jintao tenne un discorso programmatico. Essa è oggi uno dei *leit-motiven* della politica governativa cinese: v. ROMAN MALEK, 'Hexie shehui': eine neue Utopie? Der Aufbau einer harmonischen und stabilen Gesellschaft und die Rolle der Religionen, in *China heute*, 2005, 6, pp. 195-198.

<sup>43</sup> Queste tre caratteristiche della religione vennero già individuate nel 1979, durante la IIIa sessione plenaria del XI Comitato centrale del PCC, e delineate nel documento "La politica della libertà religiosa è da sviluppare pienamente ed interamente". Li venivano aggiunte altre due caratteristiche della religione: la sua internazionalità e la sua etnicità. Questo documento segna la ripresa delle attività religiose pubbliche dopo la Rivoluzione culturale.

necessità di confrontarci con problemi e contrarietà. Il compagno Hu Jintao ha perciò posto l'accento sulla necessità che venga sviluppata una 'completa disamina sotto quattro aspetti' (*sige quanmian renshi*) della questione religiosa: il profilo storico, sociale e psicologico delle religioni attualmente esistenti; l'inevitabile realtà che la religione esista da moltissimo tempo anche nella società socialista; la complessa interdipendenza fra lo sviluppo della religione e la politica, l'economia, la cultura ed anche l'appartenenza etnica; l'influsso che la religione ha su una considerevole parte della popolazione come fenomeno sociale. Solo con l'aiuto di questa quadruplici disamina diventerà possibile risolvere la questione religiosa nella società socialista e mettere in luce il ruolo positivo che la religione può avere nella società armoniosa.

Nelle complesse circostanze internazionali del giorno d'oggi, la domanda se la religione porti all'armonia od al conflitto è di difficile risposta. Poiché nel mondo attuale sono soprattutto la pace e lo sviluppo i temi centrali, la questione religiosa è diventata in tutto il mondo centrale. Vi sono conflitti e guerre che sono incitati e dominati dalla religione, che assurgono ad un carattere quasi mistico.

Nello scenario politico internazionale molti partiti sventolano bandiere religiose, dietro le quali si raccolgono grandi quantità di fedeli. Andando a caccia di voti, i politici di molti Paesi si servono della religione e si appoggiano molto strettamente ad essa. Forze ostili in Occidente utilizzano la religione per infiltrare i Paesi socialisti, introdurre conflitti etnici e religiosi, allo scopo di tramare complotti contro le Autorità sovrane.

I culti eretici (*xiejiao*) non sono religioni, ma vogliono farci credere di esserlo, o propagandano in nome della religione il virus del torpore spirituale, affinché le masse si illudano e la società precipiti nella paura e nel timore. La comunità internazionale è pronta a prendere varie misure per agire con efficacia contro i culti eretici.

Nel XVIII secolo i rappresentanti del materialismo in Francia presupposero che, con il progresso della scienza, la religione sarebbe stata scacciata dal palcoscenico della storia. Dopo due secoli dobbiamo rilevare che le cose sono andate in un altro modo. Accanto all'indiscutibile sviluppo della produttività, dei rapidissimi progressi della tecnica e dell'innalzamento del livello di vita degli uomini, e mediante il contemporaneo agire di tutti questi fattori, sembra a molti uomini che osservare il mondo e la vita in un'ottica scientifica anziché religioso-spirituale porti ad una visione del mondo illusoria. Certo ciò è conforme alla realtà del fatto che la religione non solo non si è estinta, ma ha anzi ampliato il proprio influsso, sicché in taluni luoghi l'ondata religiosa minaccia di prendere il sopravvento.

In generale, le religioni sono a favore dell'amore, della pace e della compas-

sione, certo nel mondo attuale le religioni, che si adoperano per la pace e la tolleranza, vengono sfortunatamente fraintese da alcuni uomini, che le distorcono e le usano per intromettersi nella politica interna di altri Paesi o per seminare terrore e distruzione sotto le bandiere della religione. Perciò favoriscono divisioni, diffidenza ed ostilità, che portano a conflitti e contrapposizioni. Così perfino qualcosa di così puro come la religione è portato alla blasfemia, qualcosa di così sacro come la religione viene calpestato. Il manifesto del vertice mondiale delle religioni per la pace del 2000 faceva una spiacevole constatazione: «Il nostro mondo viene devastato da violenze, catastrofi, guerre e varie altre attività distruttive, che spesso vengono compiute ‘in nome della religione’».

Alla radice di conflitti che vengono incitati da controversie religiose si trovano spesso motivi di profitto economico o politico. Come mai il ruolo delle religioni è sempre così rilevante in questi movimenti geopolitici in cui agiscono conflitti economici e politici? Ciò dipende dal fatto che le guide religiose hanno la forza di raccogliere intorno a sé le masse di fedeli, e la capacità di renderli allineati, e spesso queste guide diventano il centro d'una comunità religiosa riunita<sup>44</sup>. La religione può riunire e controllare un gran numero di uomini, e se gli interessi della collettività vengono avvolti nel manto della religione, essi possono mobilitare forze sociali perfino in misura enorme, e generare movimenti sociali.

Il compagno Deng Xiaoping disse: «Con la religione non si può utilizzare nessuna autorità, ma d'altro canto le religioni non possono dar vita a nessun fanatismo, giacché ciò sarebbe contrario agli interessi del socialismo e del popolo»<sup>45</sup>. Quest'affermazione è ricca d'un profondo significato, dato che affronta il grande tema: 'Socialismo e religione'. "Non si può utilizzare nessuna autorità", ciò è un richiamo a particolare accortezza, elevata attenzione ed attenta riflessione nella regolamentazione amministrativa delle attività religiose e nella formulazione delle disposizioni amministrative per l'amministrazione delle faccende religiose<sup>46</sup>. Ovviamente, come può un'autorità statale tutelare pienamente la libertà della fede religiosa ed al tempo stesso

---

<sup>44</sup> Cfr., per l'impostazione teorica generale del rapporto fra confessione e comunità religiosa, MARIA D'ARIENZO, *Confessioni religiose e comunità*, in MARIO TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Cosenza, Pellegrini, 2006, pp. 279 ss.; STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *La vita fraterna. Fenotipi storico-canonistici dei consacrati a Dio*, Lecce, Pensa, 2006; JOSEPH RATZINGER, *Fraternità cristiana*, Roma, Paoline, 1960; ID., voce *Fraternité*, in *Dictionnaire de Spiritualité*, Paris, Beauchesne, 1953 ss., t. V.

<sup>45</sup> Cfr. ROBERT MAXWELL (a cura di), *Deng Xiaoping – Speeches and Writings*, Oxford, Pergamon, 1984.

<sup>46</sup> Cfr., per l'impostazione teorica generale, PIERO BELLINI, "Potestas Ecclesiae circa temporalia". *Concezione tradizionale e nuove prospettive*, in *Eph. turis can.*, 1968, pp. 68 ss.

impedire che “le religioni diano vita a fanatismo”? Per rispondere a questa domanda è necessario approfondire una di seguito all'altra le fattispecie della questione religiosa.

In merito all'ottica dell'attuale spirito contemporaneo, improntato al pragmatismo ed alla scienza, il nostro Partito ha strettamente correlato la classica impostazione sui rapporti fra socialismo e religione con il particolare carattere cinese del socialismo, cosicché ha raggiunto risultati rilevanti nella soluzione del problema 'socialismo e religione'.

Il compagno Jiang Zemin espose nel 1993 tre concetti-guida (*san ju hua*) relativamente agli affari religiosi: applicazione corretta e attenta della politica del Partito in merito alla libertà delle fedi religiose; regolamentazione degli affari religiosi in uniformità con la legge; attivi sforzi per la coesistenza di socialismo e religione. A questi tre concetti-guida, poi, il XVI Congresso nazionale del PCC, nel 2002, ne aggiunse un altro: fedele ancoraggio ai principi dell'indipendenza, autonomia ed auto-organizzazione (*duli zizhu ziban*). Sicché ora si parla dei 'quattro concetti-guida' (*si ju hua*). Questi fondamenti politici sono stati ancora una volta rinforzati con la decisione di rafforzare i poteri del Governo, presa dal quarto Plenum del XVI Congresso, ed anche con alcune decisioni che si trovano in correlazione con la costruzione d'una società socialista armoniosa, prese dal sesto Plenum del XVI Congresso.

I fondamenti politici dell'attività religiosa si basano su una definizione dei 'quattro concetti-guida', come pure su una comprensione del quadro teorico generale relativo alle 'tre caratteristiche essenziali' (*san xing*). Queste conducono ad una comprensione chiara e ad un'analisi accurata dell'essenza della religione, alla luce della sua longevità storica, del suo carattere di fenomeno di massa e della sua particolare complessità, come pure ad una complessiva presa di coscienza sulle conseguenze di queste tre caratteristiche. Ciò consente una corretta comprensione della questione religiosa nella nostra società. Alla domanda se la religione porti ai conflitti od all'armonia si può dare risposta, concretamente spiegarla e darle un fondamento teoretico, sulla base del quale si possa giudicare se la religione sia un fattore positivo o negativo.

Il carattere di fenomeno di massa' come perno della questione religiosa: se vogliamo rafforzare ed ampliare il carattere di massa del nostro Partito, mantenere lo strettissimo legame fra Partito e popolo, accrescere l'influsso sociale del Partito ed ottimizzare la mobilitazione di tutti i fattori positivi per dare nuova forza aggiuntiva al grande sforzo del popolo cinese, allora la politica del Partito sulla libertà religiosa deve venire portata in profondità.

La particolare complessità della questione religiosa: se vogliamo edificare uno Stato socialista di diritto, favorire la civilizzazione politica del socialismo, creare un contesto sociale favorevole e costruire una società socialista armo-

niosa, allora gli affari religiosi debbono venir amministrati conformemente alla legge. Se vogliamo proteggere i supremi interessi del Paese e del popolo e la sicurezza politica del Paese, allora ci si deve attenere, nella prospettiva d'una progressiva apertura, ai principî di indipendenza, autonomia ed auto-organizzazione, e si deve risolutamente opporre resistenza al fatto che potenze straniere in nome della religione si infiltrino nel nostro Paese.

La 'longevità storica' come radice dell'esistenza della religione: nel lungo processo che ha visto il socialismo attraversare varie fasi durante la sua evoluzione storica, soprattutto pensiamo alle prime fasi del socialismo nel nostro Paese, è necessario ampliare ed accelerare la produttività e realizzare gradualmente l'eguaglianza e la giustizia sociale. Se si vuole mobilitare ogni fattore positivo, riunirli e porli a disposizione, e far affluire l'energia creativa dell'intera società, se si vuole favorire l'armonia sociale ed il progresso generale, allora si deve porre la religione all'unisono con la società socialista, ed ottimizzare così l'effetto positivo per il progresso d'un'armonia sociale.

Quindi, essendo fondamento politico del nostro Partito nel lavoro religioso applicare pienamente la politica di Partito della libertà religiosa, gli affari religiosi sono da trattare in completa sintonia con la legge, e strettamente alla luce dei principî d'indipendenza, autonomia ed auto-organizzazione, ed attivamente da indirizzare verso il reciproco adattamento di religione e socialismo.

La comprensione delle 'tre caratteristiche fondamentali' della questione religiosa e dei 'quattro concetti-guida' potrebbe costituire il contenuto principale d'una teoria socialista della religione. Ciò significa che i componenti del PCC che restano fedeli alle teorie del materialismo dialettico e del materialismo storico nella prassi amministrativa comprendono e trattano correttamente la questione religiosa nella società socialista, e ch'essi in modo adeguato risolvono il problema politico e la teoria sociale di 'socialismo e religione'.

In generale si può certo dire che la fede sia un interiore, profondamente radicato afflato spirituale dell'uomo. La fede religiosa è una questione privata; il fatto che si creda in una religione ed in quale religione si creda, ciò rientra nelle scelte personali d'ogni cittadino, con diritto ad una libera scelta. Per il Governo non c'è nessuna necessità di regolamentare tutto ciò. Ciò che il Governo regola non è la fede in una religione o la religione di per sé, ma 'gli affari religiosi' in quanto pubbliche attività sociali. Ciò deriva dal fatto che la religione non è solo una questione di fede personale, ma ricomprende anche un'organizzazione sociale (comunità religiose), ed inoltre abbraccia istituzioni sociali (templi, conventi, moschee e chiese: *si guan jiaotang*)<sup>47</sup> ed

---

<sup>47</sup> Si fa qui riferimento alle cinque religioni riconosciute: Buddismo, Taoismo, Islam, Cattolice-

attività sociali (religiose in senso stretto ed in senso lato, alle quali prende parte un gran numero di fedeli). Fra queste entità e la società nel suo insieme sussistono senza dubbio alcune forme d'interazione sociale o religiosa. Quindi sussiste la necessità d'una regolamentazione o di limiti sociali, per i quali leggi e regolamenti relativi alla religione in un'ottica moderna sono preposti.

Religione e socialismo si debbono oggi in Cina reciprocamente coordinare. La più importante e fondamentale portata del concetto di 'reciproca coordinazione' (*xiang shiying*) consiste nel fatto che la religione deve rispettare la leggi statali, le disposizioni legislative ed i fondamentali principî politici d'una società socialista nella sua attuale fase di sviluppo. Le leggi proteggono certo la libertà religiosa ed i legittimi diritti delle comunità religiose, ma al tempo stesso anche le attività delle religioni debbono essere conformi alle disposizioni di legge ed ai principî politici del Paese, e non possono in nessun caso entrare in collisione con le leggi, le disposizioni legislative ed i principî politici. Se la religione può venir integrata nella società e ricevere l'attenzione che le spetta, ciò dipende anche dal fatto che religione e socialismo possano sussistere in pacifica coesistenza vicendevole. Il Partito desidera libertà religiosa. Certo la religione deve, come entità sociale, dalla quale derivano questioni religiose, accettare le disposizioni di legge. Solo se le religioni svolgono le proprie attività nel quadro delle leggi potrà esser loro riconosciuta una vera e concreta libertà. Per questa ragione il consapevole rafforzamento dello sviluppo d'un sistema giuridico per la religione e l'accentazione della libertà per la religione, che come entità sociale svolga liberamente le proprie attività, ma anche accetti i correlati obblighi sociali e normativi, è un contributo della moderna società del diritto alla civilizzazione umana.

La regolamentazione delle questioni religiose in base alle leggi è di per sé una ponderata applicazione dei principî fondamentali del Partito relativamente all'attività religiosa ed un'esplicitazione di quale significato essa abbia. In un fenomeno sociale tanto complicato quanto la religione, è necessario trasformare disposizioni politiche corrette ed efficaci in corrispondenti leggi e regolamenti, che servano come norma di condotta per l'intera società. Mentre in precedenza sono state applicate disposizioni fondamentalmente politiche, si debbono ora applicare al tempo stesso disposizioni politiche e legislative, e riconoscere ad entrambe la stessa rilevanza. Le 'prescrizioni per le attività religiose' promulgate dal Consiglio di Stato stabiliscono – conformemente alle disposizioni normative del Governo e dell'amministrazione (*yifa zhiguo, yifa*

---

simo e Protestantesimo, ex art. 2 delle disposizioni succitate: v. STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *L'attuale situazione della libertà religiosa in Cina, cit.*

*xingzheng*) – i concreti obiettivi del Partito. Esse costituiscono dunque una base giuridica, sulla base della quale si possano regolare le attività che riguardano la religione e la società. L'attività religiosa nel nostro Paese è sottoposta ad una profonda trasformazione, nella quale siamo chiamati ad attenerci alla nostra politica fondamentale, ma al tempo stesso anche all'applicazione di questa politica conformemente a disposizioni normative.

Il progresso del nostro Paese nella teoria dell'attività religiosa e nella costruzione d'un quadro giuridico per gli interessi religiosi, non è solo segno del fatto che i componenti del PCC hanno la capacità di risolvere il problema 'socialismo e religione', ma mostrano anche che il rispetto dei componenti del PCC verso i fedeli ha natura profonda, sincera, costante e solida. Il PCC è un partito politico che appoggia il materialismo dialettico e quello storico (dove si parla anche dell'ateismo), ed un Governo che fa valere la separazione fra politica e religione”<sup>48</sup>.

“Dopo la fine della rivoluzione culturale, Deng Xiaoping chiese al compagno Hu Yaobang di svolgere un'accurata ricerca per arrivare ad un concetto cardine su come potesse essere risolto politicamente il problema dei rapporti fra società socialista e religione, e porre fine alla confusione. Hu Yaobang studiò la cosa con molta serietà, e nel 1982 pubblicò il risultato (si tratta del c.d. 'documento 19', NdA). Questo documento portò ad una disamina sistematica delle esperienze positive e di quelle negative con la questione religiosa fin dalla fondazione dello Stato. Il documento affronta la complessità e la durata storica della religione.

Nel 2001 venne, per la prima volta dalla fondazione del Partito, indetta dal comitato centrale una conferenza per dibattere sul lavoro religioso<sup>49</sup>.

Per risolvere il problema fra religione e socialismo è necessaria una corretta impostazione teorica preliminare come criterio, una chiara direttiva come orientamento e disposizioni di legge come regola normativa – già Cristo citò dalla Sacra Scrittura un passo di Davide, e disse: “La tua parola è una lampada ai miei passi, una luce sul mio cammino” [Sal. CXVIII, 105: “*Lucerna pedibus meis verbum tuum, et lumen semitis meis*”, NdA]. Questa “lampada ai miei passi” è precisamente l'impostazione teorica del Partito sulla religione, questa luce sul cammino non è altro che la costruzione d'un quadro giuridico (*fazhi jianshe*). La costruzione d'un quadro giuridico è uno dei due cardini dell'attività religiosa.

---

<sup>48</sup> Intervento pubblicato il 1 giugno 2007 sul giornale teorico del Partito, “*Qiushi*”, col titolo: *Fabui zongjiao zai cujin shehui hexie fangmiande jiji zuoyong*.

<sup>49</sup> Conferenza nazionale sull'attività religiosa, 10-12 dicembre 2001, in *China heute*, 2002, nn. 1-2, pp. 2 ss.



La Chiesa cattolica cinese è, per ciò che riguarda la fede, in piena comunione con la Chiesa cattolica<sup>50</sup>, essa crede nella stessa fede, impartisce il medesimo Battesimo. I Vescovi cinesi<sup>51</sup>, i sacerdoti ed i fedeli pregano, come il clero ed i fedeli di tutto il mondo, per il Papa. L'attuale situazione di contrasto delle relazioni fra Cina e Vaticano ha origini storiche, non dottrinali<sup>52</sup>.

## V. Epilogo

Anche se la “confusione tra l'aspetto storico e quello giuridico, e i tentativi poco felici di giuridicizzare il concetto, in base a schemi astratti e teorici non sono serviti a dare al separatismo quel fondamento teorico di cui avrebbe avuto bisogno per divenire nella realtà una delle idee cardini del diritto ecclesiastico civile, direttamente legato alla sua evoluzione”<sup>53</sup>, del principio della laicità dello Stato in materia religiosa e di visione del mondo sarebbero individuabili e definibili tre paradigmi: la laicità ‘antireligiosa’ (europeo-continentale)<sup>54</sup>, quella ‘a-religiosa’ (britannica), e quella ‘filoreligiosa’ (statunitense, pur senza optare per una confessione specifica); ad esse pare doversi aggiungere anche quella ‘sovrareligiosa’ (cinese), giacché, pur avendo un'idea di libertà religiosa differente da quella prospettata dalla ‘*Dignitatis Humanae*’<sup>55</sup>, la Cina ed il PCC ammettono la religione nella misura in cui questa accetti un ruolo subordinato all'autorità politica dello Stato e del Partito, ne accetti la guida politica in ogni settore e si adegui alle loro politiche. Il ruolo della religione nella società è strettamente limitato, ogni organizzazione religiosa patriottica deve accettare la guida del PCC e del Governo, nonché sostenerne la politica.

*Ubi consistam* della possibile soluzione, dunque, pare essere l'*ai guo*, ossia

---

<sup>50</sup> V. JUAN IGNACIO ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU, *Primado, episcopado y comunión eclesial*, in *Ius Canonicum*, LXXV (1998), pp. 59 ss.; ID., *Conferenze episcopali e vincolo di comunione*, in *Ius Eccl.*, I (1989), pp. 3 ss.

<sup>51</sup> Sull'importanza del loro esercizio d'un potere divino (quale quello episcopale) v. MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *La parrocchia prima e dopo il Concilio Vaticano II*, in *Studi in onore di P.A. D'Avack*, I, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 198 ss.; GEORG GÄNSWEIN, “*I vescovi...sono autentici dottori e maestri della fede*”. *Annotazioni sulla genesi e l'interpretazione del can. 753 CIC*, in *Ius Eccl.*, XIV (2002), pp. 135 ss.

<sup>52</sup> Y. XIAOWEN, *Qual è il problema delle relazioni fra religione e socialismo?*, in *Nanfang zhoumo*, 13 marzo 2008, [www.infzm.com/content/6380/0](http://www.infzm.com/content/6380/0), ed in *China heute*, XXVII (2008), nn. 4-5, pp. 145 ss.

<sup>53</sup> MARIO TEDESCHI, voce *Separatismo*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice.

<sup>54</sup> V. ID., *Gli accordi spagnoli di cooperazione e l'esperienza italiana*, in *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanos y protestantes*, Salamanca, 1994, pp. 265 ss.

<sup>55</sup> CONCILIO VATICANO II, *Dignitatis Humanae*, in *AAS*, LVIII, (1966), pp. 929 ss.

il patriottismo<sup>56</sup> delle confessioni religiose, che possono essere, perciò, un fattore positivo contribuendo alla *jingshen wenning*, o civilizzazione spirituale, purché accettino il ruolo guida del PCC e siano fedeli al sistema socialista: in caso contrario, invece, potranno venir classificate come dottrine ‘eterodosse’ se non ‘criminali’, ricadendo nelle disposizioni del codice penale. Sicché si avrà uno Stato ‘ateo’ che persegue le dottrine religiose criminali (*fejiao*), magiche (*yaojiao*), oscure (*yinjiao*) e finanche eretiche (*xiejiao*), di cui si occupa copiosa giurisprudenza<sup>57</sup>.

Il concetto di ‘dottrina eretica’<sup>58</sup> è stato precisato nel 1999 dal Tribunale del popolo: eretici sono quei “gruppi illegali che sono stati falsamente fondati in nome della religione, i cui dirigenti fingono, ingannano ed imbrogliono la gente con chiacchiere attentamente preparate, fanno proseliti e li controllano, e così danneggiano la società”<sup>59</sup>, il che è severamente sanzionato:

I) i complotti contro l’autorità dello Stato o per il rovesciamento del sistema socialista (§§ 103, 105 e 113 del codice penale) sono puniti con una pena da dieci anni di prigione alla morte per gli ideatori, da tre a sette anni per i complici;

II) servendosi di dottrine eretiche o superstizioni:

a) violare leggi statali o disposizioni amministrative (§ 300 c.p.): da tre a sette anni,

b) causare suicidi o lesioni personali inferte contro se stessi (§§ 232 e 234): da tre a dieci anni, ma in caso di colpa grave - che si ha quando fossero morte più di tre persone, o vi fossero molte lesioni gravi, o condanne precedenti, od altre aggravanti<sup>60</sup>, da dieci anni alla pena di morte;

c) incitare a darsi fuoco od a farsi esplodere (§§ 114 e 115): da tre a dieci anni, ma in caso di colpa grave da dieci anni alla pena di morte;

d) sedurre o violentare donne o minorenni (§236): da tre a dieci anni di prigione, ma in caso di colpa grave ergastolo o pena di morte;

---

<sup>56</sup> Per l’impostazione teorica generale, cfr. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Die orientalische Welt*, in ADRIAN HSIA (a cura di), *Deutsche Denker über China*, Frankfurt a.M., Insel, 1985, pp. 202 ss.; KARL MARX, *Die Revolution in China und in Europa*, *ivi*, pp. 243 ss.

<sup>57</sup> DANIEL OVERMYER, *Dissenting Sects in Late Traditional China*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1976, pp. 20 ss.; OSKAR WEGGEL, *Das chinesische Geheimbundwesen*, in *China aktuell*, 1993, n. 9, pp. 918 ss.

<sup>58</sup> Cfr. LIU GU, *Zhongguo bu rong xiajiao*, in *Zongjiao*, n. 2, 1996, pp. 74 ss.; ROMAN MALEK, *Der Neuaufbau der katholischen Kirche in der Volksrepublik China*, in ROMAN MALEK (a cura di), *Chinas Katholiken suchen neue Wege*, *cit.*, pp. 27 ss.; KRISTIN KUPFER, *Geheimgesellschaften in der VR China*, Trier, 2001, pp. 28 ss.

<sup>59</sup> AA.VV., *Zuigao renmin fayuan*, Beijing, 1999, p. 3.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 5.

e) appropriarsi illegalmente di denaro (§ 266): a seconda della cifra e delle circostanze si può arrivare anche all'ergastolo;

f) distribuzione di materiale di propaganda 'eretico' per:

1) complotti o rivoluzioni (§§ 103, 105): a seconda delle circostanze si può arrivare anche all'ergastolo;

2) appropriazioni indebite (§ 246): fino a tre anni di carcere;

3) violazione di segreti di Stato (§§ 111, 282, 398): fino a sette anni di carcere;

g) ostacolare funzionari statali (§ 277): fino a tre anni di carcere.

Non va sottovalutata, infine, la portata di quegli studiosi che s'interessano alla religione cercando cosa vi sia *extra flammantia moenia orbis*, i c.d. "cristiani culturali", fenotipo d'un'evoluzione in seno al mondo intellettuale cinese, strettamente legata alle rapidissime trasformazioni della società<sup>61</sup>. Gli intellettuali cinesi, combattuti durante la Rivoluzione culturale<sup>62</sup>, paiono oggi richiamarsi a Theilhard de Chardin quando rilevava che "la storia, nella sua interezza, è lì per garantirci che una verità, dal momento che sia stata intravista una sola volta, tutto che fosse stata intuita da un solo spirito, finirà sempre per imporsi alla totalità della coscienza umana"<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> ARNOLD SPRENGER, *Die Intellektuellen und das Christentum*, in *Die Katholischen Missionen*, 1995, 2, pp. 45.

<sup>62</sup> EDMOND TANG, *The Second Chinese Enlightenment: Intellectuals and Christianity Today*, in WERNER USTORF (a cura di), *Identity and Marginality, Rethinking Christianity in North East Asia*, Frankfurt a.M., Lang, 2000, pp. 55 ss.

<sup>63</sup> PIERRE TEILHARD DE CHARDIN, SJ, *Il fenomeno umano*, Milano, Il saggiatore, 1968, p. 291.

A quarant'anni dal volume di Francesco Zanchini  
di Castiglionchio  
“*La Chiesa come ordinamento sacramentale*”

---

*La Chiesa come ordinamento sacramentale oggi: con-  
siderazioni introduttive*

RAFFAELE COPPOLA

1. *La Chiesa dopo il Concilio*

Sono lieto d'introdurre i lavori di questa tavola rotonda, che ho l'onore di presiedere, perché la riflessione sulla dimensione giuridica della Chiesa cattolica, a quarant'anni dal volume di Francesco Zanchini *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, riconduce ai tempi in cui lo stesso era in procinto di diventare assistente ordinario nell'Università di Bari, per il valore che il prof. Renato Baccari attribuiva a tali ricerche ed io, lasciata l'Università di Roma per tornare nella mia terra, cominciavo a frequentare nel capoluogo dell'Ateneo pugliese il prestigioso Istituto di diritto pubblico, di cui facevano parte la cattedra di diritto ecclesiastico e l'insegnamento di diritto canonico.

La prima monografia, probabilmente un'edizione provvisoria, risale al 1968. Il volume del 1971, pubblicato con Giuffrè, riproduce quasi integralmente, con alcuni adeguamenti meramente formali, l'edizione antecedente perché tener conto degli studi, soprattutto di non giuristi, in cui i problemi considerati erano stati ripresi in un discorso più ampio, avrebbe significato portare l'opera ad una dimensione ed a caratteristiche decisamente lontane dalle sue finalità.

Francesco fu spinto a dar ragione del discorso originario, come scrive nell'avvertenza che precede l'opera (davvero fortunata se siamo qui a parlarne a distanza di quattro decenni), pure dal fatto che tardavano a vedere la luce gli atti del convegno internazionale di diritto canonico, svoltosi a Roma nel gennaio 1970 sul tema "La Chiesa dopo il Concilio". Anche qui s'intrecciano ricordi personali perché in questo congresso, organizzato dal prof. Pietro Gismondi con cui mi ero laureato, presentai il primo lavoro scientifico ed alla vigilia della sua chiusura, il 18 gennaio, sposai Leda, compagna della mia vita, nella Chiesa di Sant'Andrea al Quirinale, avendo come testimone il prof. Baccari, mentre fra i presenti ci fu proprio Francesco, oltre ai compianti, mai dimenticati Eugenio Corecco, Luca Troccoli e Giovanni Tondi della Mura.

## 2. *La communio giuridico-liturgica e i venti del '68*

La mia partecipazione all'elaborazione delle idee, che costituiscono la trama articolata dell'opera, si ricava dalle parole in cui Francesco, sostenendo nella prefazione il ritorno alla posizione rosminiana della Chiesa come "società di fruizione", afferma che veniva a riscoprirsi, in tal modo, "un settore d'indagine troppo sovente trascurato nella fenomenologia canonistica: quello della *communio* giuridico liturgica" (p. 2), di cui mi ringrazia in un'affettuosa dedica posta all'edizione del 1971.

Quest'attenzione verso i temi, dei quali mi stavo allora occupando a Monaco di Baviera presso la scuola di Mörsdorf e successivamente a Friburgo (dove mi ero recato per primo, attratto dalla personalità di Eugenio Corecco), ha un significato prevalentemente programmatico per ciò che concerne il volume in discorso. L'ingresso della *communio* nella considerazione scientifica del caro collega avverrà a pieno titolo, tralasciando lavori minori, nella monografia sui profili di un parlamento medievale, "*Christianae rei publicae Senatus*", edita a Roma nel 1979, in cui Francesco riprende la definizione usata da Rufino in occasione dell'apertura dei lavori del Concilio Lateranense III e, a parte il breve capitolo preliminare dedicato al sistema di relazioni inter-episcopali del primo millennio cristiano, viene privilegiato come settore d'indagine il periodo immediatamente successivo alla riforma gregoriana, quale momento fortemente innovatore nell'ambito della vicenda sinodale.

A me sembra, se devo esprimere ciò che penso, che Francesco Zanchini si sia rifugiato nella storia per non entrare nel merito dei rapporti di fine secolo fra potere conciliare e potere papale, che probabilmente lo avrebbero portato fuori della linea accolta dalla Chiesa istituzione, giustamente fedele, secondo chi vi parla, alle ragioni teologico-giuridiche del secondo.

Ma veniamo più direttamente a “*La Chiesa come ordinamento sacramentale*”, circa la quale non va dimenticato il suo inquadramento nel clima di rinnovamento carismatico, *di evidente ispirazione paolina*, che diede vita ad una serie di proposte, a livello dottrinale ed operativo, con le quali dovette misurarsi la teologia cattolica soprattutto durante e dopo il Concilio Vaticano II.

Per non dilungarmi riassumerò i contenuti del volume in progressione graduale, fondata sulle scelte effettuate dall'autore nella specifica trattazione, che prese corpo in questo periodo, in cui tutto o quasi tutto veniva posto in contestazione, quando i venti del '68 s'abbatterono fortemente non solo sulla società civile ma anche sulla Chiesa.

Mi limito a rammentare le negazioni, specchio di quei tempi difficili, della necessità stessa del diritto per l'esistenza e l'immagine autentica della società ecclesiale, basate sulle note antinomie, formulate nel solco del pensiero teologico protestante, fra legge e Vangelo, Chiesa visibile e Chiesa invisibile, *Ecclesia iuris* contro *Ecclesia caritatis*.

### *3. I dieci punti del pensiero di Francesco Zanchini*

I punti salienti delle tesi di Zanchini, che vengo ora ad elencare, finiscono col contrapporsi *ab intra* all'estremismo di quelle formulazioni.

1) Interdisciplinarietà fra teologia e scienza del diritto canonico.

2) Il dato canonisticamente rilevante deve essere valutato alla luce dell'esperienza ecclesiale. L'indagine è limitata ad alcune funzioni della corporazione istituzionale (egli parla di funzioni pubbliche del corpo sociale), fra cui principalmente la ricerca teologica, il magistero della Chiesa, il culto sacramentale, la morfologia dei procedimenti sanzionatori, la giurisdizione di foro interno.

3) Irreversibilità e vincolatività delle prescrizioni di diritto divino. Inoltre, naturalmente, centralità del dato ecclesiologico della Chiesa come sacramento primordiale (*Ursakrament*), ossia “come epifania storica della salvezza fra l'Ascensione e la Parusia di Cristo”.

4) Ministero sacramentale della Chiesa nel divenire della storia *in hoc mundo*.

5) Attenzione, perlomeno a livello programmatico, come ho anticipato, verso il criterio cardine della comunione ecclesiale (la *communio* giuridico-liturgica di Francesco), immanente nella vita della Chiesa e perciò formalmente idonea a distinguere il diritto del popolo di Dio, inteso quale comunità spirituale di credenti, “*quae in gloria Dei consummabitur*” (Onclin).

6) Visione della Chiesa prima di tutto come *comunità di salvezza* e, secondariamente, come *istituzione*.

7) Esteriorità e giuridicità *sui generis* dell'istituzione sacramentale.

8) Precettibilità giuridica degli atti interni e, nel contempo, giuridicità del foro interno extrasacramentale e sacramentale.

9) Rottura del nesso, sostenuto dalla dottrina dominante, fra nomogenesi ed intersubbiettività: quindi giuridicità degli obblighi intersubbiettivi e dissoluzione del nesso di reciprocità fra diritto e dovere. Il primo diritto dei fedeli nella Chiesa, infatti, è quello di fare il proprio dovere.

10) Prevalenza della *ratio peccati* e della *ratio scandali* nella disciplina ecclesiastica di foro esterno, oltre che in quella di foro interno.

Si tratta di dieci posizioni (una sorta di “decalogo” non sempre compreso), le quali meritano l'approfondimento che faremo. Basti leggere alcuni brani dell'autore sul *processo di foro interno*, come struttura unificatrice della legge giuridica e della legge morale (pp. 121-123), per comprendere la particolare angolazione del pensiero dell'autore, il suo desiderio, peraltro contenuto, di rompere gli schemi del passato, ereditati dalla tradizione dell'*utrumque ius* ed ancora vivi, secondo il medesimo, nelle gerarchie della Chiesa del post-Concilio.

#### 4. *Pietro e Paolo, unicità del modello di Chiesa*

Ieri sera ho consegnato all'amico e collega Mario Tedeschi, che ringrazio di cuore dell'invito ricevuto, un catalogo illustrativo di venti antichi dipinti della *Collezione Coppola*, donati alla città di Gallipoli nel 1982, il cui restauro è stato completato nel 2007 ed in procinto di essere sistemati, per essere destinati alla fruizione collettiva, nel Museo civico della stessa città.

Si tratta di dipinti che la critica ritiene di straordinaria bellezza, che testimoniano il fervore della tradizione culturale meridionale. Mi riprometto di consegnare anche a Francesco il catalogo perché in esso compare un bozzetto, caratterizzato da filanti vibrazioni di luce, raffigurante San Pietro e San Paolo, che mi sembra tramandi plasticamente quella che sarebbe stata una delle linee portanti del suo pensiero, linea non sempre espressa in modo manifesto negli scritti.

Pietro e Paolo sono raffigurati frontalmente e nel medesimo atteggiamento, Pietro con il braccio destro alzato e l'indice rivolto verso l'alto, ma Paolo (un'eccezione rispetto alle rappresentazioni pittoriche dei due Santi) risulta, quasi impercettibilmente, *collocato innanzi a San Pietro*.

Alcune brevi considerazioni, infine, sulla dimensione giuridica della

Chiesa cattolica ai nostri giorni. Non c'è dubbio che i nuovi codici, quello della Chiesa latina ed il codice orientale, per il loro esplicito basarsi sulle deliberazioni conciliari anche attraverso le dottrine cristologiche, offerte a modello dell'*unica* Chiesa cattolica (né del solo Pietro, quindi, né di Paolo), sembrano consentire una visione *personalistico-conciliare* assolutamente originale, a cui ha contribuito Zanchini con il suo libro sul fenomeno misterioso che la contraddistingue.

Tale visione è la chiave di volta per la penetrazione del nuovo diritto della Chiesa, in tutte le sue partizioni, nonché del grande patrimonio di pensiero riconducibile alla tradizione canonica; inoltre essa è in grado, per quanto finora esposto, d'imprimere reale autonomia all'intero sistema in rapporto alle strutture positive, alle correnti di pensiero ed ai vari indirizzi interpretativi, che si sono susseguiti e s'intrecciano nel panorama degli ordinamenti secolari.

Mi auguro che tutto ciò, specialmente l'unicità dell'archetipo di Chiesa, a cui non si contrappone il sorprendente bozzetto con la raffigurazione del primo degli Apostoli e dell'Apostolo delle genti (*ritratti nel medesimo atteggiamento*), possa trovare conforto dall'insieme dei contributi, che seguiranno nel corso di questa stimolante, per me davvero coinvolgente, giornata di studio.



*Presentazione al libro di Francesco Zanchini di Castiglionchio “La Chiesa come ordinamento sacramentale”*

MARIO TEDESCHI

Il fatto che sia stato io ad organizzare questo incontro partendo dal libro di Francesco Zanchini di Castiglionchio, *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, necessita forse qualche chiarimento ed anche dei riferimenti personali. La fortuna di un libro è legata a tutta una serie di ragioni non sempre comprensibili. Questo studio – che non ebbe tutta la fortuna che meritava, anche se quando apparve mostrò subito tutta la sua originalità – è stato compiuto subito dopo la conclusione del Concilio Vaticano II, del quale ha subito indubbiamente il fascino, e si è inserito nella polemica sul giuridismo che ha coinvolto i giuristi, dal momento che siamo noi a considerare la Chiesa come un ordinamento giuridico primario, indipendente e sovrano rispetto a quello statale, confortati dallo stesso art. 7, com. 1 Cost., con principi, regole, valori suoi propri. Il giuridismo fu la domanda che il mio Maestro mi fece quando, proprio in quel periodo, sostenni gli esami di assistente ordinario, chiedendomi di chiarire agli altri membri della Commissione, docenti di Diritto amministrativo, come Virga, e di Storia del diritto, come Mazzarese Fardella, in che cosa si sostanziasse. Non ricordo bene cosa dissi, ma sono certo che mi calai nelle vesti del giurista laico, quale aspiravo ad essere, sottolineando che la Chiesa cattolica doveva alla sua struttura giuridica, anche sul piano storico, molti degli incredibili risultati cui aveva attinto, per cui il contributo che i canonisti e gli ecclesiasticisti potevano dare era sicuramente notevole. È proprio la struttura giuridica che rende la Chiesa cattolica diversa da qualsiasi altra confessione e che le ha consentito una tale durata. Vivendo allora in Sicilia, lontano dalla cupola di San Pietro, ero meno soggetto alle influenze che questa indubbiamente esercitava su chi, come Francesco, era cresciuto a Borgo Pio, a diretto contatto con i prelati di curia. Anche per questo non mi sarei dovuto meravigliare che sottolineasse la natura sacramentale dell'ordinamento canonico, reagendo a quello che alla dottrina, ivi compreso il Del Giudice, sembrava un dato oramai acquisito,

quello della giuridicità dell'ordinamento canonico e del necessario rapporto con le scienze c.d. laiche.

Come considerare la Chiesa? Un mistero, un'istituzione meramente religiosa o anche giuridica? Quali i limiti della sua configurazione sul piano del diritto e quale contributo a tale configurazione poteva provenire dai giuristi? Venivano in campo problemi fondamentali, sul significato di *societas iuridice perfecta*, sulla natura volontaristica e non coattiva dell'ordinamento canonico e sulla sua dimensione finalistica – la *salus animarum* –, sul fondamento stesso del diritto e sui suoi presupposti di diritto divino e naturale, sulla dimensione comunitaria e sul diritto che ciascuna comunità ha di darsi liberamente le proprie regole.

Non avendo studiato diritto canonico nelle Università pontificie, non ero portato ad alcuna sua enfattizzazione. Eppure mi parve evidente l'enorme portata teorica che poteva provenirne. Per essere ottemperato il diritto non può solo imporsi positivamente, deve essere condiviso dai consociati, deve corrispondere a principi e valori comuni, diversamente non viene considerato giusto e finisce per non essere applicato. Imporre regole ingiuste o non condivise è, a mio avviso, un atto non di forza coattiva, ma di violenza. E ciò è del tutto evidente su un piano storico, su quello internazionale, e in capo ad un ordinamento, come quello canonico, fine e non mezzo. Il rinvio al diritto divino, sia naturale che positivo, di cui ci parlava Calasso, era costante, ma presenti in me erano anche i presupposti di diritto naturale dei diritti fondamentali, sia nella dimensione internazionalistica che costituzionale. Tutto ciò ha costituito per tutti noi il pane quotidiano, ci ha accompagnato per oltre quarant'anni.

Qualche mese fa un altro caro collega, Beppe Leziroli, mi comunicava, nulla sapendo di questa mia iniziativa, di voler organizzare nella sua Università, a Ferrara, un convegno sulla Chiesa oggi, chiedendomi una relazione. Anche questa convergenza di interessi non deve destare alcuna meraviglia. Cosa sia e cosa sia divenuta la Chiesa tutti noi ce lo chiediamo quotidianamente da oltre quarant'anni, per cui, prendendo lo spunto dal significativo volume di Zanchini, che risulta così una vera anticipazione, sarebbe il caso di dare la nostra personale risposta, così come ha iniziato a fare lui, perché questo rientra cartamente tra i nostri compiti, anzi risulta doveroso e costituisce un aspetto centrale delle nostre disamine.

Ricordando forse Graziano che, come ben sapete era un teologo morale, ma Zanchini si guarda bene dal richiamarlo, egli sottolinea la necessità di un'analisi non solo giuridica, ma per l'appunto teologica, dell'ordinamento della Chiesa. A suo avviso la Chiesa, sacramento primordiale, non è tanto un'istituzione, quanto una comunità di salvezza. Dichiaro pertanto preliminarmente di voler rinvenire “un rapporto autentico tra Chiesa e persona,

ministero e fede”, dal momento che condivide “l’opinione del Saraceni sulla giuridicità del foro interno extrasacramentale” e quella del Rahner “dello stesso foro interno sacramentale”.

Zanchini dice anche che la dottrina teologica sui problemi della fede è insufficiente e parte dalla definizione che della Chiesa dava il Bellarmino: «*Coetus hominum eiusdem christianae fidei professione et eorumdem sacramentorum cummunione colligatus*», criticata da Hamer in favore di una ecclesiologia della comunione (presenza salvifica della Chiesa di Cristo nel divenire della storia). Zanchini ammette che i rapporti tra teologia – anch’essa provvisoria – e giurisprudenza appaiono molto delicati, anche se il diritto canonico può contribuire allo sviluppo stesso del dogma teologico. A suo avviso, si è “sottovalutata l’importanza della coscienza sociale, sotto l’influsso dello Spirito” che è alla base del dibattito teologico ed osserva “la scienza canonistica non sembra correre, fortunatamente, i rischi della teologia”, legata, com’è, alla dimensione istituzionale della Chiesa. E qui io rinvegno una piccola contraddizione.

Sviluppando la dottrina del Corpo mistico, la definizione sacramentale della Chiesa comporta che essa debba “intendersi, nella storia del mondo, come il sacramento di Gesù Cristo, alla stessa stregua che Cristo, nella sua umanità, è il sacramento di Dio”.... “Con Cristo, sacramento primordiale (*Ursakrament*), la grazia di Dio ha dimorato stabilmente nel mondo in forma storica”, per cui conclude che “la Chiesa non è altro che il proseguimento in forma sociale, il perdurare attuale ... del mistero sacramentale del Cristo, asceso alla destra del Padre”. Sono le posizioni di Rahner, di Schillebeeckx, di Congar. La distinzione bellarminiana tra l’anima della Chiesa, la comunione di grazia interiore, e il *corpus* di essa, viene meno nel sistema sacramentale “dato che la Chiesa visibile e giuridica vi è considerata in termini di identità con il corpo mistico di Cristo”. “Nell’orizzonte visibile dell’umanità”, dice Zanchini, “non si dà altro Cristo che la Chiesa”. Riprende così in modo critico alcune posizioni teologiche parzialmente dissenzienti, come quella di Hamer, e dice che le opinioni di Schillebeeckx sono presenti nel Magistero del Concilio Vaticano II, soprattutto nella Dichiarazione sulla libertà religiosa, in quella sull’ecumenismo, fino alle tematiche sui laici.

Al centro di tale magistero starebbero “due dottrine bibliche fondamentali: quella dei carismi e quella del sacerdozio comune o regale”. Ciò consentirebbe di vedere il diritto non “come vera tecnica... ma nella sua piena dignità di scienza giuridica la quale, utilizzando i risultati delle altre scienze dello spirito, medii, al servizio della vita, fra teoria e prassi, conoscenza critica e storia”, e “impone alla Chiesa un obbligo di costante reinterpretezione comunitaria del messaggio rivelato”.

Il passaggio ad attribuire carattere normativo agli atti di Cristo e a quello degli Apostoli appare obbligato. Zanchini rileva come i teorici dell'ermeneutica di provenienza laica abbiano poco approfondito il problema dell'interpretazione in funzione normativa. Forse, certo hanno trattato poco *l'hermeneutica fidei* o non l'hanno trattata, come Betti, in modo condivisibile, considerandola scontata, condizionata.

Zanchini ricorda che Carnelutti aveva sottolineato la preponderanza dell'elemento sacramentale nell'ordinamento canonico e che Ciprotti aveva utilizzato tali posizioni nella sua replica al *Discorso generale* del Fedele, e rileva: "La tendenza a vedere l'ordinamento giuridico unicamente in funzione della composizione dei conflitti di interessi fra i consociati, tradisce una visione privatistica – e, nel suo esclusivismo, antistorica – del mondo giuridico non solo della Chiesa, ma perfino dello stesso Stato". Secondo Carnelutti la materia sacramentale, mancandole un qualsiasi carattere di intersoggettività, sarebbe giuridicamente irrilevante. Per Zanchini ciò non è vero. È la Chiesa ad offrire agli uomini la possibilità di un incontro con il Cristo vivente, nell'annuncio dell'Evangelo. La Chiesa giuridica non sarebbe pertanto una proiezione formale, una sovrastruttura di una confessione religiosa, ma un'organizzazione cui il singolo aderisce per soddisfare un bisogno. Ciò consente alla Chiesa giuridica di essere presente nel mondo come sacramento di Gesù Cristo, come mistero, come ordinamento complesso che persegue "le due vie ermeneutiche dell'autointegrazione e dell'eterointegrazione del sistema".

Nella seconda parte dello studio Zanchini affronta il problema del rapporto tra Chiesa e persona. Non spetta a me procedere ad un'analisi specifica. Ci sono però rilievi critici e attuali di interesse generale, sulla pretesa "a costruire una teoria tutta fideistica della tutela del nascituro nell'ordinamento canonico", preoccupandosi "di estendere il concetto di persona ai non battezzati"; sull'infante morto durante il parto, sul battesimo e sulla possibilità che anche i catecumeni lo amministrino, sulla giuridicità del foro interno sacramentale. Zanchini si dichiara contrario alla concezione tomistica del diritto, ormai inservibile perché tendenzialmente intersubiettiva. Non sono del tutto d'accordo anche se condivido altre sue osservazioni: che l'abolizione delle Facoltà di teologia, a fine '800, non fosse opportuna perché frutto dell'anticlericalismo imperante, e che il confronto con il pensiero liberale è stato utile alla Chiesa per farle recuperare il senso della libertà. Proprio per la sua indiscutibile dimensione storica, la canonistica non mi sembra abbia assunto, nemmeno in quel periodo, una funzione di supplenza, come antefatto del pensiero giuridico moderno, o di subalternità nei confronti della statualità del diritto. Il diritto canonico esisteva anche quando non si era configurato lo Stato moderno e svolgeva nel mondo occidentale un'indiscutibile funzio-

ne anche sul piano internazionale. Non credo che la canonistica laica possa prescindere dai valori religiosi né che abbia tentato di farlo. Ha voluto solo porre il diritto canonico in rapporto con gli altri settori della scienza giuridica. E non ritengo nemmeno che sarebbe stata opportuna una costituzione per la Chiesa, questa sì di imitazione laica.

Il volume di Francesco Zanchini ha il merito di aver posto problemi veri, importanti, di aver recuperato, alla luce dell'ecclesiologia post-conciliare, quella dimensione teologica che è insopprimibile negli studi di diritto canonico. Se era in linea con tutto ciò lo era meno rispetto al progetto di rapportare il diritto canonico alle altre scienze giuridiche positive. Non dimentichi Zanchini che, oltre il Concilio Giovanni XXIII aveva dato corso alla revisione del *Codex*, che sarà varata nel 1983, e che altro non è se non un corpo di norme giuridiche.

*“Ursakrament” e “magnum sacramentum”.*  
*A quarant’anni dal volume di Francesco Zanchini*  
*di Castiglionchio “La Chiesa come ordinamento*  
*sacramentale”*

SALVATORE BERLINGÒ

Vi è senza dubbio nella compagine ecclesiastica una progenie che risulta “da subito rapita verso Dio e verso il suo Trono” (Ap 12,5), quale segno indefettibile del permanente richiamo alla tensione escatologica propria dell’ordinamento della Chiesa. Ricorre, tuttavia, una precisa ragione, io credo, se anche questo segno della continua presenza nel tempo e nello spazio di una “regalità” trascendente risulta declinato dalla Scrittura secondo le categorie e nei termini propri di un paradigma “familiare” (*progenie*).

Con questa notazione preliminare intendo porre in evidenza quanto precorritrice e feconda sia stata l’intuizione che – secondo le stesse parole di Zanchini – “ha retto fin dall’inizio” la sua indagine, e cioè l’intuizione che ben si compendia in questo asserto: “Non potersi comprendere l’essenza della Chiesa, se non nel mistero nuziale; non potersi comprendere l’essenza del matrimonio, se non nel mistero della Chiesa”<sup>1</sup>.

Poco più di un decennio fa pervenni ad analoghe conclusioni, sia pure sulla scorta di un diverso itinerario di ricerca, quando espressi il convincimento che la “istituzione sacramentale del matrimonio e della famiglia si rende (...) necessaria nell’economia della nuova alleanza al fine di garantire alla Chiesa la permanenza e la integrità di un modello che risulta imprescindibile e prioritario per la struttura ordinamentale della comunità dei suoi fedeli”. “In altre parole – chiarivo allora, e oggi con più sicurezza posso ribadire alla luce della rilettura del lavoro di Zanchini – la sacralità della famiglia è indispensabile per la Chiesa, non solo e non già perché senza di essa il popolo di Dio si estinguerebbe materialmente; ma anche e soprattutto perché senza di essa

---

<sup>1</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, Giuffrè, Milano, 1971, 47. Alla luce di questa affermazione, non sorprende, del resto, che l’A. abbia ripreso detta tematica in uno scritto successivo: FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Ipotesi di sviluppo della dottrina del matrimonio dopo il Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano, 1971.

l'istituzione ecclesiale non sarebbe potuta nascere con le peculiarità e con le caratteristiche che le sono proprie o, quanto meno, si sarebbe ben presto ed ineluttabilmente inaridita quanto alla sua capacità di significazione". E ciò motivavo in ragione del fatto che, se fosse stato altrimenti, "l'intero disegno redentivo e la sua proiezione storico-istituzionale (...) si sarebbero manifestati in modo poco plausibile agli occhi degli uomini. Sarebbero (...) apparsi come frutto (...) di una scelta puramente volontaristica, e non come spontanea e, al tempo stesso, ineludibile efflorescenza dell'Amore Trinitario", ossia come "il risultato di un patto (*foedus*) nuovo, la Nuova Alleanza; nuovo proprio perché non più fondato solo sulla volontà, la signoria (*dominium*) o il timore, ma innanzi tutto e principalmente sull'agape divina, di cui la famiglia umana è, fin dal principio, immagine (*magnum sacramentum*)"<sup>2</sup>.

Solo a questa condizione, di un suo ricorsivo rapporto col "*sacramentum magnum*", la Chiesa può assurgere davvero a "*Ursakrament*" o, per come si esprime l'esordio di *Lumen Gentium*, "*in Christo veluti sacramentum seu signum et instrumentum intimae cum Deo unionis totiusque generis humani unitatis*". Infatti – come bene scrive Zanchini – nella "vicenda di Gesù Cristo, è stata esaudita l'invocazione costante dell'umanità religiosa primitiva, sempre alla incerta ricerca, talora profetica, del sacramento di Dio: e questo si è rivelato come amore santificante, venuto a garantire – vincendone le miserie – la salvezza di tutto l'umano"<sup>3</sup>.

Nella radice sacramentale dell'intero genere umano – secondo una percezione fatta propria, ancora una volta, da Zanchini –, nel principio ordinamentale conduttore dell'"*aeterna salus animarum*", si scioglie, con un perfetto capovolgimento dialettico, l'imbarazzante (da un punto di vista cristiano) aporia dell'assioma "*extra ecclesiam nulla salus*"<sup>4</sup>.

Del resto, come ai tempi del Vaticano II si è compiuta definitivamente la svolta da una ecclesiologia del "*totatus*" ad una ecclesiologia più matura, mirabilmente assimilata dal Nostro Autore ed imbastita sui nessi tra Parola

---

<sup>2</sup> Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, "*Chiesa domestica*" y *derecho de familia en la Iglesia*, in PEDRO JUAN VILADRICH, JAVIER ESCRIVÀ-IVARS, JUAN IGNACIO BANARES, JORGE MIRAS (dir.), *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, EUNSA, Pamplona, 2000, 654-657.

<sup>3</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt.1), 21.

<sup>4</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt. 1), 63. Per un'aggiornata ed approfondita ricerca su questo assioma, si v. ora GIACOMO CANOBBIO, *Nessuna salvezza fuori dalla Chiesa? Storia e senso di un controverso principio teologico*, Queriniana, Brescia, 2009. La problematica è stata di nuovo affrontata anche da HANS KUNG, *La mia battaglia per la libertà. Memorie*, trad. it., Diabasis, Reggio Emilia, 2008, in specie 475 ss., con alcune notazioni polemiche nei riguardi della dichiarazione vaticana "*Dominus Jesus*".

e Sacramento<sup>5</sup>, può similmente osservarsi che un'ulteriore evoluzione ecclesiologica si è avviata in questi decenni ed ha incrociato i paralleli progressi registrabili nella riflessione teologica sviluppatasi ai nostri giorni sul "*magnum sacramentum*". Ne sono scaturite suggestioni tali da indurre a rivisitare il ministero della Chiesa alla luce del mistero trinitario e quindi alla stregua del paradigma "sponsale" o del modello "familiare" con cui il divino (il "numinoso"), oggetto di fede da parte dei cristiani, ha scelto di rendersi visibile nella storia dell'umanità<sup>6</sup>.

Questo più ravvicinato tornante dell'ecclesiologia convince a fare un passo innanzi rispetto agli esiti, già avanzati, cui Zanchini era pervenuto in base alle sue elaborazioni su Corpo mistico e Chiesa Giuridica. L'ulteriore torsione da imprimere oggi al corso delle indagini sull'ordinamento canonico potrebbe consistere in ciò: non più ricostruire i tratti dell'istituto familiare derivandoli da un astratto modello di Chiesa, ma cercare di rinvenire le strutture portanti della stessa costituzione della Chiesa nell'analisi del diritto di famiglia, inteso come "*familiare ius*", come l'insieme delle relazioni di giustizia che si producono e si realizzano in quel luogo o ambiente dove vengono originariamente generandosi e autonomamente svolgendosi le identità personali e le vicende intersoggettive di ciascun uomo.

Non so se la dottrina che per prima ha inaugurato questa prospettiva – quando affermò che il sacramento del matrimonio dovesse intendersi come il *pivot* non del solo diritto di famiglia, nella sua ristretta accezione, ma dell'intera costituzione della Chiesa – avesse contezza dell'integrale pregnanza di questo principio<sup>7</sup>. Ad essere pienamente conseguenti, l'inversione di metodo in esso implicata comporterebbe che è il diritto di famiglia – concepito come nativa *oikonomia*, cioè, alla lettera, come genetica o autopoietica normatività domestica o diritto familiare, "*familiare ius*" – a dover dettare i ritmi del diritto costituzionale della Chiesa, e non viceversa<sup>8</sup>.

Se ben si riflette, tutto ciò nient'altro significa che la sussistenza e la vigenza

---

<sup>5</sup> Per quel che concerne la meditata adesione di ZANCHINI all'ecclesiologia conciliare si v., in modo specifico, *la Chiesa*, cit. (*supra*, nt.1), 24-31.

<sup>6</sup> Cfr., per tutti, FIEDRICH BECHINA, *Die Kirche als "Familie Gottes". Die Stellung dieses theologischen Konzeptes im Zweiten Vatikanischen Konzil und in den Bischofssynoden von 1974 bis 1994*, im *Hinblick eine „Familie-Dei-Ekklesiologie“*, PUG, Roma, 1998.

<sup>7</sup> Dell'efficace metafora sul pivot il precursore è EUGENIO CORECCO, *Le sacrement du mariage, pivot de la Constitution de l'Eglise*, in *Théologie et droit canon. Ecrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon*, édités par FRIEDRICH FECHTER, BRUNO WIDHABER, sous la direction de P. le Gal, Editions Universitaires, Fribourg, 1990, 169 ss.

<sup>8</sup> Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, «*Chiesa domestica*», cit. (*supra*, nt.2), 656.



del peculiare ordine giuridico della Chiesa sono determinate ed assicurate dalla conformità ai parametri normativi della Paternità di Dio, della Figliolanza del Cristo, della Carità dello Spirito, i quali presiedono alle relazioni trinitarie secondo un modello familiare (la “famiglia di Dio”), riflesso per *speculum* o per *imaginem* (o per *figuram* o per *signum*) nell’ordine della creazione della famiglia umana rigenerata dalla grazia redentiva<sup>9</sup>.

In forza di tali considerazioni, potrebbe dirsi che la Chiesa sarà fedele alla sua istituzione solo se sarà capace di recuperare e di rendere percepibile al mondo, per il tramite delle strutture e delle vicende del proprio ordinamento, il senso della ‘prossimità’ coniugale o familiare o, se si preferisce, della *sponsalità*, come relazione primordiale di giustizia fondata sulla libertà e sulla gratuita spontaneità del sentimento amoroso, quale era “*in principio*” e quale è stato riproposto nella sua originaria caratura da Chi è, ad un tempo, Autore della Creazione e della Redenzione<sup>10</sup>.

Il patto sponsale postula e reclama, nel rapporto con l’altro – in cui ogni essere umano realizza, secondo *Gen* 1,27, l’immagine del Divino – piuttosto che un semplice sinallagma per lo scambio fra diritto e dovere – giustamente oggetto di critica da parte di Zanchini<sup>11</sup> – l’impegno non di una parte sola ma della soggettività tutta intera del promittente.

Si tratta della modalità di esplicazione più compiuta per la realizzazione di quel primigenio “debito reciproco positivo”, che consente il rinascere del *sé* nell’altro che non è, e propizia l’offrirsi dell’*ego* al gioco comune (*con-iugo*) del riconoscimento dello scarto, quindi del limite, del proprio essere distinto (individuale) e, insieme, dell’esigenza o della complementarità dell’altro essere, che (*in solidum*) gli si dona<sup>12</sup>. Vi si configura un impegno che, per qualche

---

<sup>9</sup> Significativi rinvii al senso più profondo del racconto biblico sulla creazione in MASSIMO DONÀ, *I ritmi della creazione*, Bompiani, Milano, 2009.

<sup>10</sup> La piena valorizzazione di questo sentimento umano fondamentale, proprio in un’epoca di profonda crisi dell’istituzione familiare, risulta determinante ai fini del recupero di una proficua prospettiva antropologica. Per più diffuse considerazioni in argomento rinvio a SALVATORE BERLINGÒ, *Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: coniugalità*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, 119 ss. Un severo giudizio su alcune coeve derive omologanti e disumanizzanti, dettate dal “delirio di onnipotenza” di un razionalismo ridotto alla sua estrema datità empiriologica, è formulato da PIETRO BARCELLONA, TOMMASO GARUFI, *Il futuro dell’anima: la narrazione post-umana*, Dedalo, Bari, 2008.

<sup>11</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt.1), 60.

<sup>12</sup> Fanno applicazione di questi concetti, rispettivamente, in ambiti di diritto canonico e secolare, fra gli altri, EDOARDO DIENI, *Il diritto come “cura”*, *Suggerimenti dell’esperienza canonistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www. StatoeChiese.it), giugno 2007, 59 e ANTONIO FUCCELLO, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, Torino, 2008, 39, cui si rimanda per ulteriori referenze sulle dottrine ispiratrici della categoria del “debito reciproco positivo”.

verso, attinge in sé medesimo il proprio fine, ma solo in quanto e perché concretizza un *essere in relazione*, e dunque nel bene (sempre secondo *Gen* 2,18: «non è bene che l'uomo sia solo»)<sup>13</sup>.

Del resto, unicamente la sequela e la realizzazione di questo paradigma può risultare efficace nel «persuadere» il mondo sul come e sul perché nel diritto della Chiesa la giustizia possa e debba combinarsi con la carità, in un senso opposto rispetto ai termini del rapporto che di solito intercorre, nelle altre esperienze giuridiche, tra questi due fattori. Comunemente s'intende, almeno *sub specie iuris*, che debba essere la giustizia a comandare i concreti contenuti o le specifiche “prestazioni” della carità, così che si è parlato, kelsenianamente, della “giustizia della carità”<sup>14</sup>.

Nella Chiesa vige invece – e non può non vigere – lo schema inverso di una giustizia che, per un aspetto ( “ad disciplinam *dictante* caritate”), si fa strumento della carità, ponendosi al suo servizio, in funzione prolettica e propedeutica rispetto ad ogni compimento escatologico; e, per un altro aspetto («iustitia in caritate *innixa*»), risulta impregnata (al punto da risultare implementata) dalla carità: di una carità, quanto più «semplice» nella sua originaria struttura agapica, tanto più «infinita» nei suoi contenuti e nelle sue prestazioni<sup>15</sup>. Per cui sembra più appropriato operare, nell'ordine giuridico della Chiesa, il richiamo ad una “carità della giustizia”<sup>16</sup>.

Nei loro tratti essenziali i contorni di questi nuovi sviluppi appaiono idonei ad imprimere alla canonistica impulsi capaci di pervenire ad ulteriori congrui svolgimenti delle intuizioni di fondo a suo tempo enunciate da Zanchini e si prestano, per converso, a fornire un più sostenuto rimarco ad alcuni dei corollari che Egli già allora ne traeva per deduzione.

---

<sup>13</sup> Annota incisivamente HANS KUNG, *Dal Theravada al Paese Puro: forme di pensiero e di vita buddistiche. Una risposta cristiana*, in HANS KUNG, JOSEF VAN ESS, HENRICH VON STIETENCRON, HEINZ BECHERT, *Cristianesimo e religioni universali*, trad. it., Mondadori, 1986, 469, che l'idea di “un *Tu* che misteriosamente parla e può essere interpellato” è “inestirpabile in tutte le religioni di origine semitica, benché nell'Occidente secolarizzato sia stata spesso dimenticata e tradita”; ed aggiunge: “nell'essere-interpellato da questo Tu l'uomo può a sua volta avvertire il proprio *io* in una dignità quale (...) nemmeno l'umanismo secolare occidentale, nemmeno la tecnologia progressista e la religiosità cosmica possono garantire”.

<sup>14</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Justice et droit naturel*, in HANS KELSEN, CHAIM PERELMAN, ALESSANDRO-PASSERIN D'ENTREVES, BERTRAND DE JOUVENEL, NORBERTO BOBBIO, MARCEL PRÉLOT, CH. FISENMANN, *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France, 1959, 42 ss., con riferimento alle prestazioni filantropiche e assistenziali del *welfare State*.

<sup>15</sup> Cfr. ROMANO GUARDINI, *La coscienza. Il bene. Il raccoglimento*, trad. it., Morcelliana, Brescia, 2001 (III ed.), 18 e 51.

<sup>16</sup> Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, MARTA TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, 33.

Ciò può dirsi, ad esempio, circa la necessità, affermata dal nostro Autore – «perché il messaggio cristiano possa farsi storia» – del ricorso, secondo la «voce limpida di Rosmini», di un «ordine esterno, prudenziale e disciplinare», «che si ponga al servizio del Sacramento e della Parola» e che, proprio in vista di questa funzione servente, spinga verso lo «sfondo dell'irrelevanza il tema del conflitto d'interessi» e stemperi in una semplice delimitazione di competenza, storicamente in parte variabile, il divario fra «ecclesialità gerarchica ed ecclesialità comunitaria»<sup>17</sup>.

Così è da dire anche per l'improponibilità, nei termini propri della canonistica, della diarchia pubblico/privato, secondo la tonalità delle accentuazioni tipiche degli ordinamenti secolari. Al riguardo Zanchini fa leva sul carattere emblematico che, anche a proposito dell'ordinamento giuridico della Chiesa, viene ad assumere la celebrazione liturgica e, in modo precipuo, il culto eucaristico<sup>18</sup>. L'Eucaristia rappresenta il fulcro del sacramento universale di salvezza, proprio perché – in base a quanto chiarito per primo da San Pier Damiani – comporta l'immedesimazione della singola anima con l'universale assoluto della Chiesa, operando la trasformazione di «un numero infinito di persone in una realtà nuova, il corpo di Cristo, che è la Chiesa, in cui ciascuna di quelle persone conserva [tuttavia] la sua personalità unica e la sua funzione propria»<sup>19</sup>.

In questa «*complexio oppositorum*» sta il «*nexus mysteriorum*», peculiare dell'esperienza ecclesiale; ma la «*concordia discors*» di tali termini apparentemente antitetici è resa possibile e comprensibile solo dalla declinazione nel senso «sponsale», come prima illustrato, del *modus operandi* della Chiesa<sup>20</sup>.

In questo medesimo senso, solo chi diviene operativamente partecipe del patto nuziale che lega la Chiesa al Divin Fondatore può rendere pienamente conto al mondo della sua effettiva fecondità ai fini di ogni umano riscatto. E ciò può spiegare la ferma condivisione da parte di Zanchini della tesi (di Petroncelli) su di una «inaccettabilità giuridica» del battesimo impartito da un

---

<sup>17</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt.1), 43 e 58, in nota.

<sup>18</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt. 1), 58 e 65.

<sup>19</sup> Cfr. JACQUES LECLERCQ, *Ecclesia "Corpus Christi" et "Sacramentum Fidei"*, in AA. VV., *Chiesa diritto e ordinamento della "societas christiana" nei secoli XI e XII*, Vita e Pensiero, Milano, 1984, 17 ss. In ultima istanza, proprio questa immedesimazione postula e fonda quanto sostenuto da ZANCHINI anche con riguardo alle problematiche di "foro interno" cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit., (*supra*, nt.1), 97-107.

<sup>20</sup> Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Il ministero pastorale di governo: titolari e contenuto*, in *Dir. e Rel.*, 2007/2, 92 ss., e ora anche in JUAN IGNACIO ARRIETA (a cura di), *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, Marcianum Press, Venezia, 2008, 30 ss.

non battezzato (a meno che non sia catecumeno)<sup>21</sup>. Tuttavia, la riconduzione dell'*Ursakrament* della Chiesa al paradigma del "*sacramentum magnum*", comune a tutto il genere umano, potrebbe rappresentare quel "progresso teologico" che lo stesso Autore preconizzava come «spiegazione più convincente della teoria che vede (anche) nell'infedele un *instrumentum Dei*»<sup>22</sup>.

Infine – ma gli esempi potrebbero continuare – la individuazione del precetto evangelico della carità del prossimo come *Grundnorm* dell'intero ordinamento della Chiesa potrebbe offrire un'agevole spiegazione a quanto prefigurato da Zanchini (a differenza di Vitale) sullo stretto rapporto fra *ratio peccati* e *ratio scandali*<sup>23</sup>. Alla luce di un chiaro passo scritturistico lo scandalo è da evitare, non a difesa di un astratto interesse per l'«affidabilità» dell'Istituzione, ma proprio perché è fondamentalmente una «dimensione del peccato contro il prossimo»: «*Qua propter si esca scandalizat fratrem meum: non manducabo carnem in aeternum, ne fratrem meum scandalizem*» (1 Cor 8,11), secondo quanto scandito con ispirata espressione dall'Apostolo delle genti.

---

<sup>21</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt.1), 86 ss.

<sup>22</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa*, cit. (*supra*, nt.1), 88.

<sup>23</sup> Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *op. ult. cit.*, 141.

## *La dimensione giuridica della Chiesa*

NICOLA COLAIANNI

1. Notevole distanza di tempo – quarant’anni – per riflettere sui temi posti da un libro. Ma non sufficiente a creare il doveroso distacco dell’animo e l’esercizio pacato della ragione quando esso appartiene alla biografia personale e accademica di chi è chiamato a riflettere.

È questo il mio caso di fronte al libro di Francesco Zanchini. Il quale è stato correlatore, insieme al prof. Renato Baccari, della mia tesi di laurea presso l’Università di Bari. Forse sono stato il primo studente laureatosi con lui, che aveva conseguito da poco la libera docenza. Era il 1969, lo stesso anno di edizione de *La Chiesa come ordinamento sacramentale*. Zanchini aveva seguito per mesi lo svolgimento della mia tesi su un tema vicino alla sua sensibilità (*Il magistero ecclesiastico in materia politica e sue ripercussioni nel diritto dello Stato*), incaricandosi di arginare un torrente di parole in capitoli e paragrafi, che provvide ad intitolare da solo. E simmetricamente io, ancorchè per sentito dire da lui e soprattutto dagli ammirati suoi colleghi dell’istituto di diritto pubblico, avevo seguito l’evoluzione del suo lavoro monografico dall’edizione provvisoria (dal titolo straniero e affilato *Chiesa Ur-Sakrament*) a quella definitiva.

Ne nacque naturalmente un’amicizia, perché si avvertiva a fior di pelle che, lui da studioso io da studente, s’era insieme a tanti nella stessa barca che navigava a vista nel mare aperto del post-concilio e, più in generale, del movimento anti-istituzionale di quegli anni. E credo sia fondamentale per questo che Mario Tedeschi abbia assortito ad illustri studiosi del diritto della Chiesa cattolica un canonista assai precario, quale io sono, a riflettere su questo libro. Lo ringrazio perché il suo invito mi dà la possibilità di argomentare i motivi per cui esso era, ed è, per me attraente e, nondimeno, va archiviato tra i multiformi testi partoriti dall’immaginazione al potere.

Per raccontare questo effetto Herbert Marcuse ricordò la Comune di Parigi, quando “la gente che in tutti gli angoli della città sparava agli orologi,

alle torri e alle chiese, ai palazzi e così via, esprimeva, coscientemente o no, il bisogno di fermare quel tempo che era d'altri; bisognava arrestare il tempo dominante che a lungo si era stabilizzato, fare iniziare un tempo nuovo"<sup>1</sup>. Qualcosa del genere accadeva un secolo dopo, nel '68, in tutta Europa: non solo nella società ma anche nella Chiesa con le occupazioni delle cattedrali, la formazione di comunità di base o del dissenso, la diffusione di scuole popolari nello spirito di quelle di don Lorenzo Milani<sup>2</sup>. Papa Giovanni e il Concilio avevano liberato forze a lungo tenute segregate durante la glaciale era pacelliana<sup>3</sup>. Avevano ridisegnato il volto della Chiesa: era la fine della Chiesa come "società perfetta", emergeva quello della "comunione". Il diritto non poteva non risentirne, come avevano rivelato gli stessi lavori conciliari: il papa dovette intervenire con una *nota explicativa praevia* per arginare temute esondazioni interpretative del principio di collegialità connaturato all'idea di comunione<sup>4</sup>.

2. Il lavoro di Zanchini, a rileggerlo oggi, rimane appunto la traduzione canonistica – a livello di metodo, soprattutto, ma anche di qualche istituto – più coerente dell'ecclesiologia conciliare sul rapporto tra sacramento e diritto o, in generale per le religioni del libro, tra Parola e norma.

Che è poi la questione fondamentale per ogni organizzazione religiosa. E anche la più controversa: il fondamentalismo. Se il precetto giuridico, e finanche morale, è l'unica traduzione della Parola, esso finisce per esaurirne il significato, per possederla, per sostituirla e renderla superflua. Non era questo il rapporto tra diritto e Parola nella Chiesa cattolica prima del Concilio, quando il codice di diritto canonico aveva sostituito la bibbia? Come la terra prima della torre di Babele, la Chiesa "parlava la stessa lingua e usava le stesse parole" (*Genesi* 11, 1). Questo "pensiero unico" è l'idolatria che Jahvè volle impedire con la confusione delle lingue e la dispersione dei costruttori della torre di Babele per tutta la terra. Non si trattò – è l'illazione di Stefano Levi della Torre – di una sanzione giuridica per il peccato di superbia o di

---

<sup>1</sup> HERBERT MARCUSE, *La liberazione dalla società opulenta*, in *Dialettica della liberazione*, a cura di DAVID COOPER, Einaudi, Torino, 1970, p. 179.

<sup>2</sup> Cfr. Scuola di Barbiana, *Lettera ad una professoressa*, Libreria editrice fiorentina, Firenze, 1967.

<sup>3</sup> V. la monografia appena pubblicata di ALBERTO MELLONI, *Papa Giovanni. Un cristiano e il suo concilio*, Einaudi, Torino, 2009.

<sup>4</sup> Quasi in presa diretta sul terzo capitolo della costituzione conciliare *Lumen gentium* i contributi di Aa. Vv. e tra essi, in particolare sulla *nota praevia*, quello di JOSEPH RATZINGER, *La collegialità episcopale: spiegazione teologica del testo conciliare*, in *La costituzione gerarchica della Chiesa*, a cura di GUILLERMO BARAÚNA, Firenze, Vallecchi, 1968, pp. 39 ss..

autosufficienza umana ma di un segno della salvezza<sup>5</sup>: bisogna disperdersi, avere lingue diverse come poi accadrà nel Cenacolo (*Atti degli apostoli* 2, 1-13), perché non esiste una traduzione unica, una percezione univoca della Parola di Dio: come dice il salmista “una parola ha detto il Signore, due ne ho udite” (*Salmi* 62, 12)<sup>6</sup>.

Il diritto deve favorire questa articolazione dei sensi, questa “polifonia”, come spesso allora si diceva: l’unità è data dal sacramento, quello fondamentale, che è la Chiesa stessa. Zanchini prende sul serio la *Lumen gentium*: “la Chiesa è in Cristo come un sacramento ovvero segno e strumento dell’intima unione con Dio e dell’unità di tutto il genere umano”<sup>7</sup>. Se allora, egli traduce (p. 64),

la missione della Chiesa è mostrarsi integralmente qual è: annuncio infallibile dell’Evangelo della grazia definitiva (sacramento della salvezza”, ne consegue che “la “chiesa giuridica” si mostra non tanto come soprastruttura o proiezione formale di una confessione religiosa fondata su una credenza comune, ma come organizzazione alla quale il singolo aderisce per soddisfare un bisogno.

Naturalmente, la traduzione è mediata dalla teologia conciliare: Congar, De Lubac, Rahner, Cullmann, il non ancora riabilitato Rosmini, il risalente ma sempre valido Tommaso e il sempre presente Capograssi, e soprattutto, mi pare, Schillebeeckx con la sua teologia sacramentale, diffusamente citata nel libro. Ma (p. 9)

Al diritto positivo è riservata – alla stregua della Tradizione, ma anche degli avvenimenti – l’opera di mediazione empirica della missione ecclesiale in un concreto contesto storico.

Ordinamento sacramentale, dunque, quello della Chiesa, strumentale e significante: non ordinamento tra gli ordinamenti così come la Chiesa non è stato tra gli stati (di qui la critica, a mio avviso – come dirò – decontestualizzante, a Kelsen), né partito tra i partiti o fazione tra le fazioni: ma “popolo

---

<sup>5</sup> STEFANO LEVI DELLA TORRE, *Zone di turbolenza. Intrecci, somiglianze, conflitti*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 29 ss.

<sup>6</sup> Da questo salmo prende spunto BARBARA SPINELLI, “Una parola ha detto Dio, due ne ho udite”. *Lo splendore delle verità*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 3 ss., 38 s. e *passim*.

<sup>7</sup> CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 1.

adunato nell'unità del Padre, del Figlio e dello Spirito santo"<sup>8</sup>. Il Concilio diventa la bussola per una rivisitazione ed un approfondimento della *ratio* di un ordinamento confessionale: un metodo (p. 157), un angolo visuale diverso (p. 154).

Ed in effetti, per quanto Zanchini sagomi lo spessore della sua elaborazione anche su temi specifici come la giuridicità del foro interno sacramentale (p. 90) o la funzione della pena, accessoria rispetto all'emenda (p. 134), l'originalità del libro è soprattutto nella parte metodologica, in cui egli riesce a vedere oltre le barriere secolari che ostacolano l'ecumenismo conciliare e a porre come "condizione imprescindibile per l'avvenire della scienza" (p. 106) il

Ripensare analiticamente, con riflessione profonda e critica, i comportamenti esterni e gli atteggiamenti interni dell'istituzione e del soggetto, in un contesto che medi fra il mero fideismo ereticale dei riformati e l'esternismo esasperato della polemica cattolica bellarminiana.

3. Che cosa rimane a quarant'anni di distanza di questa, nel suo genere singolare, narrazione? Un "grande racconto", io credo, una retorica, però, che non ha retto. La dimensione giuridica della Chiesa continua a seguire una sua strada, abbastanza collaudata nei secoli, senza riflettere nel profondo l'essenza sacramentale. La narrazione non ha trovato verifica. L'ecumenismo è fermo, si può dire rinunciato, confinato al livello spirituale della sola preghiera, il rapporto con la società si adagia sugli schemi tradizionali delle pattuzioni con i governanti, delle pressioni sui parlamenti, per ottenere legislazioni di privilegio o conformi al pensiero unico della Chiesa. Si ricorda qualche gesto di rinuncia "all'esercizio di certi diritti legittimamente acquisiti"? Evidentemente la Chiesa non ha mai constatato "che il loro uso potesse far dubitare della sincerità della sua testimonianza o nuove circostanze esigessero altre disposizioni"<sup>9</sup>.

Ma anche al livello interno la scissione tra diritto e sacramento sembra ormai consumata. Per fare un esempio: mai, forse, come in questi anni i vescovi sono stati richiamati dai pontefici a vigilare sulla giurisprudenza dei tribunali in materia matrimoniale, perché "non possono pensare che l'operato dei loro tribunali sia una questione meramente "tecnica" della quale possono disinteressarsi, affidandola interamente ai loro giudici vicari (cfr. *CIC*, cann. 391, 1419, 1423 § 1)". In particolare, sono stati invitati "ad impegnarsi in

---

<sup>8</sup> CIPRIANO, *De oratione domenica*, n. 23, cit. *ibidem*, n. 4.

<sup>9</sup> CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, costituzione pastorale *Gaudium et spes*, n. 76.



prima persona (...) per accertare *la conformità delle sentenze con la retta dottrina*<sup>10</sup>.

Senonchè, a riguardo della remissione della scomunica alla Fraternità di mons. Lefebvre, Benedetto XVI ribadisce l'avvenuta separazione della disciplina dalla dottrina. "Bisogna distinguere – scrive il papa – tra il livello disciplinare, che concerne le persone come tali, e il livello dottrinale in cui sono in questione il ministero e l'istituzione". Di conseguenza, finché le questioni concernenti la dottrina non sono chiarite, i ministri della Fraternità non esercitano legittimamente alcun ministero nella Chiesa, ancorché vi siano stati riammessi, "liberati dalla punizione ecclesiastica"<sup>11</sup>.

A più autorevole conferma – è il caso di notare – non avrebbe potuto aspirare la distinzione di Zanchini, secondo cui (p. 135, n. 394)

“mentre lo Stato – esperienza di libertà – punisce la disobbedienza nella libertà, la Chiesa invece – esperienza di comunione – punisce, al limite, nell'unione”.

Ma in realtà non si capisce come si possa riammettere nella comunione ecclesiale chi non ne accetta la dottrina, come interpretata con la bussola del Concilio. Se l'accettazione del Concilio e del magistero post-conciliare è parte integrante della fede della Chiesa, che non si può congelare – come scrive il papa – all'anno 1962, non si vede quale comunione possa aversi con chi li rifiuta. Disciplina e dottrina sono intimamente collegate, non viaggiano su binari paralleli, tant'è che nella stessa lettera, allo scopo di evitare percorsi divergenti (eliminazione della scomunica pur nella persistenza del rifiuto posto a base di quella sanzione), lo stesso papa dichiara di voler ricollegare la speciale commissione costituita *ad hoc* con la Congregazione per la dottrina della fede.

4. Quali i motivi di questa falsificazione delle ipotesi ricostruttive di Zanchini?

A me sembrano sostanzialmente due, peraltro strettamente intrecciati tra loro. Zanchini si pone in continuità con una parte della dottrina canonistica,

---

<sup>10</sup> Così per esempio KAROL WOJTYLA-GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al tribunale della rota romana in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 29 gennaio 2005, in *www.vatican.va*: si tratta di raccomandazione che lo stesso papa dichiara di aver "più volte ricordato nei discorsi annuali".

<sup>11</sup> JOSEPH RATZINGER-BENEDETTO XVI, *Lettera ai vescovi della chiesa cattolica riguardo alla remissione della scomunica dei quattro vescovi consacrati dall'arcivescovo Lefebvre*, 10 marzo 2009, in *www.vatican.va*.

quella laica (Giacchi, Fedele, Baccari, d'Avack, Saraceni, Del Giudice, Piola, lo stesso Cappello) che contrappone vigorosamente a quella di curia. La valorizza al massimo, e a ragione, ma infine la carica di un peso che essa, tanto intimamente audace nel costrutto giuridico quanto prudente fino all'inoffensività sul piano dell'incisività istituzionale, non era in grado di sopportare. Aveva quella canonistica spalle troppo gracili per reggere il peso del Concilio, rivelatosi troppo più consistente. Si può discutere se il Concilio sia un atto di rottura o – come ha ripetuto Ratzinger anche nello scritto citato – di continuità ma anche in questo secondo caso ci si imbatte in una pietra miliare nella storia della Chiesa, un evento globale, non settoriale, che quella canonistica non era in grado di sostenere.

Il fronte teologico era molto più forte, ad esso si doveva, in definitiva, il Concilio. Ma – ecco il secondo motivo – esso s'è sfaldato: ha vinto il versante della restaurazione, del Concilio come continuità, appunto, e non come rottura<sup>12</sup>. Tra Küng e Ratzinger, per fare l'esempio di due giovani periti conciliari con visione teologica analoga, ha prevalso il secondo con il suo *revirement*.

La narrazione di Zanchini non può non risentire di questi limiti, basata com'è su referenze dottrinali solo interne. Manca quella circolarità dei modelli giuridici, che dischiude nuovi orizzonti non solo tra gli ordinamenti statuali ma anche tra questi e quelli confessionali: non s'intravede il circolo virtuoso con la pubblicistica statualistica, con il costituzionalismo contemporaneo. Dal quale anzi, sia pure per sottolineare il *proprium quid* della Chiesa, prende le distanze, ripiegandosi solo sulle risorse interne della scienza canonistica e attingendo dall'esterno solo qualche accenno filosofico.

Mi soffermo su un esempio, che – dal mio angolo visuale di studioso del diritto dello stato – è significativo. Zanchini critica in modo *tranchant* un giudizio di Kelsen: gli sembra emblematico della “sua caratteristica abilità di eliminare dalla questione quello che appunto è in questione” (p. 119). In effetti, il più grande giurista dell'epoca, aveva detto senza mezzi termini che la Chiesa quale “organizzazione del potere, che pretende di rappresentare un ordinamento con validità superiore a quella del diritto dello Stato”, non è, in quanto tale, che “un tipo particolare di stato”<sup>13</sup>.

Siamo negli anni quaranta e Kelsen dice, ad un dipresso, la stessa cosa di

---

<sup>12</sup> Per più ampie considerazioni rimando a NICOLA COLAIANNI, *Il Vaticano II: spunti di ermeneutica “altra”*, in [www.statoechniese.it](http://www.statoechniese.it).

<sup>13</sup> HANS KELSEN, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas libri, Milano, 1966, p. 445.

Francesco Carnelutti: “la *civitas Dei* non ha bisogno del diritto”, altrimenti “vuol dire che interessi umani si mescolano ai sentimenti religiosi, il che può essere anche necessario o almeno inevitabile; ma allora e entro questi limiti la Chiesa non è più Chiesa e diventa Stato”<sup>14</sup>. Anche l’osservazione di Carnelutti aveva sollevato nella sua perentorietà una reazione vivissima nella dottrina canonistica dominante<sup>15</sup>, ma, in apparenza stranamente, Zanchini approva Carnelutti mentre boccia Kelsen.

Sembra evidente che la diversità di giudizio attinge a precomprensioni di Zanchini, impegnato ad argomentare la “funzione chiave” dell’ordinamento canonico in ordine alla “rilevanza giuridica di regole metagiuridiche” (p. 119). In questo quadro di apprezzamento della preponderanza nell’ordinamento ecclesiastico dell’elemento sacramentale il rilievo carneluttiano ben si inserisce per la sua distanza dall’ideologia “statualistico-positivista” (p. 57), da quel *ita lex* che a Zanchini appare, giustamente, preclusivo di ogni ricerca di norme-principio, che vadano al di là dei precetti e delle regole.

Viceversa, la “bocciatura” di Kelsen sembra implicitamente maturata dalla sua ritenuta vicinanza a questa ideologia e, comunque, dal suo obiettivo agnosticismo sull’elemento sacramentale, valorizzato invece da Carnelutti. Ma non è dubbio che Kelsen non avesse visto meno giusto di Carnelutti e anzi, più lucidamente di questi, aveva previsto la forma futura che avrebbe assunto il farsi stato della Chiesa: ordinamento tra gli ordinamenti, che, se parla di norme di “diritto naturale”, “è solo per dimostrare la loro superiorità sul diritto positivo dello Stato. In realtà esse sono solo di diritto positivo”.

5. Non è così? La tendenza a fare dei principi di fede un diritto naturale immutabile, perciò superiore a quello positivo dello stato, si afferma decisamente di lì a qualche anno con Pio XII: e la “interpretazione e applicazione” della legge naturale, riguardando, “secondo la volontà di Dio, la via attraverso la quale l’uomo deve tendere al suo fine soprannaturale”, non è “al di fuori dell’autorità e della cura della Chiesa”<sup>16</sup>.

Da allora la Chiesa si presenta come depositaria dell’etica della ragione: nella quale fa rifluire come valori condivisi, o naturali, quelle che sono, almeno originariamente se non esclusivamente, opzioni di derivazione

---

<sup>14</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Il foro italiano, 1951, p. 73.

<sup>15</sup> Zanchini cita PIETRO AGOSTINO D’AVACK, *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 95 ss.

<sup>16</sup> EUGENIO PACELLI – papa PIO XII, *Allocuzione ai cardinali*, 2 novembre 1954, in *Acta Apostolicae Sedis*, 16, p. 671.

religiosa. I “valori non negoziabili” – “come il rispetto e la difesa della vita umana, dal concepimento fino alla morte naturale, la famiglia fondata sul matrimonio tra uomo e donna, la libertà di educazione dei figli e la promozione del bene comune in tutte le sue forme” – secondo Benedetto XVI “non sono verità di fede anche se ricevono ulteriore luce e conferma dalla fede. Essi sono iscritti nella natura umana stessa e quindi sono comuni a tutta l’umanità. L’azione della Chiesa nel promuoverli non ha dunque carattere confessionale, ma è rivolta a tutte le persone, prescindendo dalla loro affiliazione religiosa”<sup>17</sup>.

In realtà, che quei valori – e, in particolare, i corollari che se ne traggono – siano iscritti nella natura è, naturalmente, discutibile, se è vero che i diritti, anche se considerati fondamentali, sono sempre storici, “non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere” e sono frutto dell’attività umana di positivizzazione: la formula “diritti naturali” (o fondamentali, o inalienabili o inviolabili) appartiene al linguaggio persuasivo ed è irrilevante sul piano della teoria del diritto<sup>18</sup>.

La tendenza ad accreditare la propria visione morale come naturale, i propri valori come generali e tali da connotare una identità pubblica, trasforma la religione cattolica in una, lontanamente rousseauiana, «religione civile». La trasformazione sconta la messa tra parentesi della sacramentalità della sua funzione, dell’alterità del suo essere “comunione” rispetto ai valori e alle tendenze dominanti in una società individualistica, nel tentativo di difendere lo spazio pubblico assegnato alla Chiesa cattolica come custode della tradizione civile europea attraverso la contestazione degli indirizzi legislativi emergenti in contrasto con i valori presentati come naturali.

S’instaura così una corrispondenza biunivoca. La Chiesa cerca di oggettivare, improbabilmente, i valori evangelici nella natura, di denervarli del loro contenuto di fede fino al punto di presentare lo stesso crocifisso come un simbolo culturale e – perché no?, se conviene per continuare a tenerlo esposto nello spazio pubblico – perfino laico. Il diritto naturale diventa una “masque dont la religion se revêt pour se faire agréer de ceux qui ne veulent pas d’elle”<sup>19</sup>. Reciprocamente, come Kelsen semplicemente argomenta nel passo criticato da Zanchini, “quando cerca una certezza da qualche parte, la

---

<sup>17</sup> JOSEPH RATZINGER – papa BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al convegno promosso dal Partito Popolare Europeo, 30 marzo 2006*, in *Il regno. Documenti*, 2006, p. 209; Id., *esortazione apostolica postsinodale Sacramentum Caritatis*, n. 83, *ibidem*, 2007, p. 220.

<sup>18</sup> NORBERTO BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. XV s. (e anche pp. 9 ss., 78 ss.).

<sup>19</sup> JEAN CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 94 s.

speculazione giusnaturalistica sbocca in norme giuridiche positive, costituite sotto l'autorità di una Chiesa"<sup>20</sup>.

L'esito di queste tendenze cospiranti è la negazione del ruolo del diritto positivo, delle leggi e della stessa Costituzione civile. La laicità dello Stato non viene formalmente negata ma corretta: essa, secondo la visione ecclesiastica, "indica in primo luogo l'atteggiamento di chi rispetta le verità che scaturiscono dalla conoscenza naturale sull'uomo che vive in società, anche se tali verità siano nello stesso tempo insegnate da una religione specifica, perché la verità è una"<sup>21</sup>.

Ma una laicità rispettosa solo di una verità eteronoma non sarebbe rispettosa, com'è invece sua funzione, anche di quella parte intangibile, di contenuto non solo procedurale ma anche sostanziale, della Costituzione, che dà luogo essa sì – e in maniera vincolante perché la Costituzione è legge superiore – a "valori non negoziabili". In realtà così "la Chiesa non sceglie la maestà della legge e la vera sovranità: dice solo che le leggi di uno Stato pesano poco, e invece di usare la politica ne è usata in maniera indecente"<sup>22</sup>.

6. C'è insomma una Chiesa che punta risoluta sulla dimensione giuridica propria, dimenticando quella della carità e della comunione sacramentale, e su quella dello Stato, dimenticandone il pluralismo e la laicità. C'è anche, per vero, una Chiesa che punta sulla carità, tralasciando la dimensione giuridica, e conseguentemente sulla "stranierità"<sup>23</sup> nell'orbita statale. Lo scisma ne è l'esito. Sommerso, come scrive Pietro Prini<sup>24</sup>, ma negli ultimi tempi anche emergente. "Perché restare?" ha scritto l'ex maestro dell'ordine domenicano Timothy Radcliffe<sup>25</sup>. La sua risposta è nella consapevolezza della "vulnerabilità dell'Ultima Cena": uno tradisce, un altro rinnega, gli altri fuggono. In questo vortice agisce la Chiesa e in questo momento solo questa consapevolezza può indurla a andare avanti.

---

<sup>20</sup> HANS Kelsen, *op. loc. cit.*

<sup>21</sup> Congregazione per la dottrina della fede, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, n. 6, p. 12.

<sup>22</sup> BARBARA SPINELLI, *Il potere apparente della Chiesa*, in *La stampa*, 8 febbraio 2009.

<sup>23</sup> ENZO BIANCHI, *Ero straniero e mi avete ospitato*, Rizzoli, Milano, 2006.

<sup>24</sup> PIETRO PRINI, *Lo scisma sommerso. Il messaggio cristiano, la società moderna e la Chiesa cattolica*, Garzanti, Milano, 2002.

<sup>25</sup> TIMOTHY RADCLIFFE, *Perché restare?*, in *La croix*, 31 marzo 2009, ma ben più ampiamente le stesse considerazioni vengono svolte da ID., *Perché andare in chiesa? Il dramma dell'eucaristia*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2009, pp. 15 ss.

La narrazione di Zanchini, rivista oggi, appare un po' fuori contesto, portatrice di una visione tendenzialmente pacificata e pacificante e non vorticosa, riflessiva di una tensione tutta interna alla Chiesa, quella di riscoprire la peculiarità dell'ordinamento canonico alla luce della nuova ecclesiologia conciliare, allergica perciò alle interferenze dei pubblicisti in questo delicato cammino. Neanche tre lustri dopo il "nuovo" codice di diritto canonico avrebbe smentito l'ipotesi di un ordinamento sacramentale, ricacciato la collegialità nell'ambito della parenetica e ripristinato, se non rafforzato, il tradizionale centralismo romano<sup>26</sup>: al punto che, alla morte di Giovanni Paolo II, lo stesso predicatore pontificio ricordava ai cardinali convenuti per il conclave che il "*cum Petro e sub Petro*" caratterizzante la collegialità episcopale secondo il Concilio, si era sbilanciato troppo "sub Petro"<sup>27</sup>. Ma soprattutto la polemica contro il relativismo ha indotto sempre più la Chiesa a pretendere un'estensione dell'efficacia del suo diritto, *sub specie* di diritto naturale, nell'ordinamento dello Stato.

Se pur falsificata nel nuovo scenario, contraddetta anche nel suo ottimismo, o piuttosto speranza, di fondo, l'opera di Zanchini rimane, nella sua tesi essenziale e in disparte argomenti e referenze rivelatisi meno solidi di quanto non fossero, un punto di riferimento per lo studioso che voglia in qualche misura contribuire alla ricerca della stella polare per raddrizzare i sentieri, su cui sembra incamminata oggi la Chiesa cattolica.

Il cammino umano, anche di una Chiesa che si vuole guidata dallo Spirito divino, non è, del resto, lineare come quello che vanamente teorizzava Hegel della storia: anche ad esso si addice piuttosto l'immagine musiliana dell'individuo "che procede bighellonando, sviato da un'ombra, un gruppo di persone, uno spettacolo di piazza, giunge in un luogo che non conosceva e dove non desiderava andare"<sup>28</sup>. In quei gruppi di persone in cui naturalmente s'imbatte la ricerca degli studiosi, specialmente di quelli del diritto, io credo che, per i canonisti impegnati a capire il nucleo essenziale, ecumenico e riconciliante, di quel diritto, ci sia anche Zanchini con la sua tesi dell'ordinamento sacramentale e gli altri suoi studi ad esso correlati.

---

<sup>26</sup> Cfr. RUDOLF LILL, *Il potere dei papi. Dall'età moderna a oggi*, prefazione di ALBERTO MELLONI, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 200 ss.

<sup>27</sup> ALBERTO MELLONI, *L'inizio di papa Ratzinger*, Einaudi, Torino, 2006, p. 50.

<sup>28</sup> ROBERT MUSIL, *L'uomo senza qualità*, Einaudi, Torino, 1994, p. 349.

## *La collegialità secondo la Lumen gentium*

PASQUALE COLELLA

Il libro *La Chiesa come ordinamento sacramentale* del prof. Francesco Zanchini dell'ormai lontano 1971, conserva tutta la sua attualità in quanto non solo ha il merito di richiamare il valore giuridico primario dei principi conciliari del Vaticano II ed in particolare della costituzione «Lumen Gentium», sulla Chiesa ma anche perché propone una ecclesiologia diversa da quella gerarchico-giuridica del Concilio di Trento e del Cardinale Bellarmino in un momento in cui è aperto il dibattito sulla natura della Chiesa visibile e da molti si cerca di proporre una concezione quanto meno riduttiva e continuista rispetto al passato.

Affermare che la Chiesa Cattolica istituzionale come «societas visibilis» sia anzitutto «communio e mistero» e quindi «populus Dei» in marcia verso la salvezza (cfr. i capp. I, II, III della «Lumen Gentium»), significa non solo superare la tesi della «societas perfecta» e saldare il diritto alla riflessione teologica di studiosi di alto livello quali ad esempio Congar, Chenu, Schillebeeckx, Kung, ma proporre una concezione di una comunità che vive e si attua storicamente nella misura in cui opera per offrire agli uomini di oggi la possibilità di un incontro soteriologico di ogni soggetto con il Cristo, ponendo la Chiesa istituzionale a disposizione del culto e della profezia.

La Chiesa infatti è prima di tutto «sacramento di salvezza» ed anche organizzazione che si incarna nel temporale e che è destinata ad evolversi, perché è «una società mezzo, cioè che non ha un fine proprio ma persegue un fine che è fuori di sé e che la trascende», fine che si realizzerà compiutamente soltanto alla fine dei tempi (Giacchi); di conseguenza l'apparato e le strutture sono strumenti di diffusione storica della salvezza operata da Gesù Cristo che si è incarnato, ha vissuto, ha patito, è morto ed è risorto facendo sì che tutti gli esseri umani siano «resurrecturi» (cfr. Primo Mazzolari).

In tale senso la Chiesa nel suo aspetto visibile e istituzionale è la struttura storica indefettibile della Nuova Alleanza che come «communio e sacramen-

to», non può arroccarsi nel difendere la sua esistenza sulla terra ma deve saper cogliere e interpretare «i segni dei tempi», dimostrando di essere capace, come diceva Giovanni XXIII nell'allocuzione «Provida Mater Ecclesiae», di «aggiornarsi» in quanto «Ecclesia est semper reformanda».

Già Antonio Rosmini (censurato «post mortem» dall'allora Sant'Uffizio nella seconda metà dell'Ottocento e riabilitato tardivamente soltanto nella seconda metà del Novecento sino alla sua riabilitazione avvenuta agli inizi del Duemila con la sua beatificazione) nel volume sulle «Cinque piaghe della santa Chiesa» scriveva che «la Chiesa è una società mista di formazione e di azione, di formazione e di fruizione che comunica Iddio agli uomini, bene essenziale che non si può mai possedere compiutamente senza goderne e di azione nel senso che il Cristo precede l'azione, cioè il vigore di agire». Tale concetto, veniva ripreso e sviluppato sul finire della prima metà del Novecento da Giuseppe Capograssi (in *La Chiesa per gli altri*, vol. V delle Opere) allorché rilevava che non sempre la Chiesa ha saputo temperare la tensione tra la gerarchia esterna ed interna, tra il momento organizzativo, che è strumentale anche se rilevante giuridicamente, ed il momento escatologico, tenendo presente che solo alla fine dei tempi quando verrà di nuovo «il Signore della messe» che la Chiesa diventerà comunità di santi».

In tal senso il merito precipuo del lavoro dell'amico fraterno Francesco Zanchini è quello di aver valutato i principi conciliari del Vaticano II tenendo conto degli apporti teologici offerti prima, durante e dopo il concilio da uomini quali Journet, Congar, Chenu, De Lubac, Schillebeeckx, Karl Rahner, Kung e tra gli italiani soprattutto Giuseppe Dossetti e senza dimenticare l'aspetto giuridico, che sussiste ma non deve mai essere sopravvalutato, e conseguentemente ha incentrato la sua ricerca e il suo contributo sulla Chiesa intesa ad un tempo come «mistero e sacramento di salvezza» dal momento che la sua essenza è quella di essere «annunzio infallibile dell'Evangelo della Grazia definitiva che è offerta indistintamente a tutti gli uomini».

Zanchini infatti ritiene che «la Chiesa è sacramento primordiale, cioè epifania storica della salvezza posta tra l'Ascensione e la Parusia del Cristo» il che porta al superamento della concezione giuridico-istituzionale della stessa operata dopo il Concilio di Trento specialmente da Bellarmino e dal Suarez per prospettare una visione ecclesiologicala che proponga un rapporto autentico tra Chiesa e persona, tra ministero e fede, rapporto sanzionato in una economia incarnata di Nuova Alleanza che, come ha scritto Karl Rahner «è il nuovo patto tra Dio e il suo popolo».

Sostenere che la Chiesa è «sacramentum primordiale» significa mettere in luce che le funzioni e le strutture ecclesiastiche che pure debbono esserci essendo la Chiesa visibile una «societas», sono al servizio dell'immensa e multi-



forme serie di attività libere e lecite che sono compito dei soggetti che operano in regime di autonomia con responsabilità personale (cfr. Hans Kung).

La Bibbia infatti non ci parla di Dio che parlandoci dell'uomo e di un uomo che è nel mondo (Congar), il quale, se battezzato, vive interamente in unione costante con Dio nella visibilità operando nel temporale «santificando le cose per santificarsi» dal momento che la creazione è «Valde bona» (cfr. Genesi e per l'Italia vedansi in specie gli scritti di Giuseppe Lazzati), tutelando in essa la libertà della Chiesa e nella Chiesa e la legittima autonomia della sfera temporale, dal momento che la Grazia agisce nel mondo per la salvezza di esso come attuazione storica e gioia terrestre al di là dei limiti in cui si esercita espressamente la mediazione della Chiesa visibile, come si evince anche dalla seconda parte del lavoro di Francesco Zanchini ove si afferma, con esemplificazione calzante, che la testimonianza della Chiesa sulla terra ha bisogno solo della libertà, condizione che rende possibile anche «la sponsialità» (cfr. ancora Dossetti).

Ecco perché il lavoro di Zanchini non solo è un contributo pregevole e significativo ma è oggi assai attuale per lo studio, il dialogo, la ricerca e il confronto tenendo conto che oggi si assiste a un tentativo di ridimensionamento dei principi conciliari; perciò l'attuale incontro, promosso dall'impegno intelligente di Mario Tedeschi, costituisce per tutti un momento di riflessione e di studio che è ad un tempo «memoria e stimolo», memoria per chi ha scritto, ha lavorato e ha tempestivamente studiato questi problemi, stimolo per tutti noi ad andare avanti per realizzare una ecclesiologia nuova che risponda ai «segni dei tempi» e soprattutto alle attese e ai bisogni dell'individuo contemporaneo.

## Replica

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

Ringrazio la Facoltà ospite, e in essa anzitutto Mario Tedeschi, che ha promosso questa occasione di studio sulla natura giuridica della Chiesa, estesa agli studenti e insieme divenuta occasione di incontro amicale con colleghi illustri e benevoli. Essa richiama alla mente il canto dei fratelli di Aronne: “come è bello, come dà gioia che i fratelli stiano insieme”.

Il saggio di cui parliamo è debitore di un clima, che i giovani e meno giovani che ci ascoltano penso abbiano estrema difficoltà a percepire. Credo che non andrei molto lontano dal vero se parlassi, con tutta la sincerità di cui un vecchio ragazzo può essere capace, di un clima di vero innamoramento vissuto dai miei coetanei, in una fascia d'età dilatata per non più di un decennio. Un clima, cioè, in cui pathos e logos risultavano, nella percezione *in progress* dell'evento conciliare (senza dunque la mediazione quotidiana delle pagine, oggi ingiallite, dell'*Avvenire d'Italia* e della *Civiltà cattolica*) inevitabilmente connessi, come se l'accadere e il comprendere si fondessero davanti a noi. Al punto che, parafrasando l'enfasi di Hegel, qualcuno di noi avrebbe forse potuto immaginarsi di aver visto lo spirito del mondo passare per le strade della Roma papale.

Abbiamo sentito tutto quello che i colleghi hanno detto così bene, e non mi sembra il caso di indugiare ancora – prima di entrare nel merito dei loro rilievi – su qualcosa d'altro di personale. Salvo forse su un particolare autobiografico nel quale mi sembra si fondasse l'ingenua e cieca fiducia di allora nell'assoluta continuità del concilio che si celebrava con la tradizione postridentina (accanto alla quale oggi, viceversa, quarant'anni di studi successivi mi portano a riconsiderare quelle rotture di continuità, che ellitticamente la storiografia più avanzata esprime, con l'Alberigo, nel termine di “transizione epocale”). Certo, transizione è semantema evolutivo, esprime cioè non rottura, ma sviluppo nella continuità. Ma nel mio personale stato evolutivo, con tutto il bagaglio integra-

lista della mia formazione remota, un qualche dubbio deve essermi sorto, sia pure allo stato inconscio; se è vero, come è vero, che chiesi e ottenni il nulla osta del Vicariato prima della stampa di un volume, nel quale tanto entusiasmo romantico si sposava con riflessioni accuratamente filtrate in tre anni passati a ruminare alcuni dei testi più avanzati dell'ecclesiologia conciliare.

Ma (mi sembra già di sentire l'obiezione dei tradizionalisti) qui sta l'ingenuità fatale del movimento conciliare, nell'aver confuso lo Spirito Santo con lo spirito del mondo, le chimere del male con la dura disciplina delle antiche osservanze, il diavolo con l'acqua santa. Per fortuna, diatribe di tal genere erano allora ben lontane dalla esperienza, ancor prima che dalla consapevolezza di quel giovane canonista, diviso dal contrapporsi della lucida modernità di diagnosi di Pietro Agostino D'Avack (che sociologismo di vaglia, però, e che lezioni di storia!!) al fascino della grandiosa lettura di sistema che Pio Fedele conduceva, senza dubbi e incertezze ideologiche, sulla Chiesa posttridentina nel suo *Discorso generale sull'ordinamento canonico*: incontro fatale, credo, anche per il divorzio di Piero Bellini dal diritto internazionale.

Questo libro vedeva la luce a distanza di pochi decenni dal *Discorso* di Fedele, ma era come se fossero trascorsi altrettanti secoli. Questo non certo per suo merito, ma per essere mutato il paradigma ecclesiologico, che ai due punti di vista fa da postulato. Tutta qui la novità della monografia; ed è una novità, oltre tutto, che si va sempre più attenuando man mano che un lavoro di quarantennale erosione operato dalle critiche dell'Anticoncilio, combinate *ad intra* con quelle della sua proteiforme, più cauta sponda curiale, tenta di far impallidire la novità stessa, per omologarla di nuovo a una presunta cristianità romana eterna, che non avrebbe patito in quel concilio – si assume ormai nelle file più moderate di quel fronte avverso – che ben poche, e in fondo secondarie soluzioni di continuità: *heri dicebamus...* Frutto di tale lavoro di esorcismo dei “demoni” di quel concilio è anche la necessità paradossale, oggi in quest'aula, di situare nuovamente l'opera in un contesto (che è il suo) dal quale la pedagogia del sistema per decenni l'ha sottratta, per riservarla all'empireo delle sue manipolazioni, sorvegliate dalla ripristinata centralità dei meccanismi inquisitori della Congregazione dottrinale.

Siamo sul declinare di un “anno paolino” celebrato non senza enfasi dalla Chiesa romana. Ma tale evento celebrativo presenta contraddizioni clamorose, in termini di ermeneutica della storia, rispetto al precipitare, in alcuni episodi di riconsiderazione insistente del fenomeno dell'Anticoncilio da parte del papa attuale, di una solidarietà ideale col tradizionalismo che spesso ha connotato il ruolo di difensore della fede da costui assunto (come magistralmente ha dimostrato un recente volume del Miccoli) fin dalla sua nomina al vertice della Congregazione per la dottrina della fede.

Ma torniamo a San Paolo, ed al suo straordinario ruolo di innovazione culturale rispetto all'antico bacino ebraico della predicazione di Gesù. A mio avviso, mentre il Vaticano II si è ispirato a quello di Gerusalemme per un netto e chiaro mutamento di paradigma rispetto al nucleo originario dei destinatari dell'annuncio evangelico, il dato additivo dell'accoglimento del *milieu* greco-romano da parte di Paolo (e contro Pietro) andava bensì assunto come modello pastorale permanente del rapporto tra il *depositum fidei* e il suo annuncio; ma con senso storico, in prospettiva evolutiva e senza escluderne forme nuove e cattoliche di incarnazione.

Il che comporta che si è fedeli al modello solo se si persegue fino in fondo la linea dell'aggiornamento, senza aggrapparsi in maniera feticistica all'inveramento ellenistico e giusromanistico di un momento oramai consumato della storia cristiana, al quale papa Ratzinger è apparso viceversa manifestamente interno, fin dal discorso di Ratisbona. Perché la *jacquerie* dell'Anticoncilio ha proprio questa caratteristica fondamentale che ne esprime l'*humus* profondo (e al tempo stesso ne costituisce la forza e ne spiega la radicazione, come trent'anni fa osservava Giuseppe Caputo): quella cioè di ritenere il regime costantiniano, il regime di cristianità, un infungibile modello permanente dell'evangelizzazione successiva alle persecuzioni imperiali.

Il concilio, come scriveva *Le Monde* sullo sfondo della guerra fredda tra Est e Ovest, *se trompe de siècle* perché la Chiesa pare non aver deciso da che parte stare a seguito della follia di un papa "comunista", a Dio piacendo ben presto scomparso. Ma la Chiesa postconciliare sbaglierebbe anche oggi (temono gli stessi ambienti), se assumesse come una sfida da accettare la straordinaria novità del contesto globale su cui l'evangelizzazione andrebbe ormai forse giocata, rinunciando a chiudersi nei certi confini di quella cristianità carolingia, che così bene coincide con l'area di interesse del mondo sviluppato e che pare fatta apposta per ricostruirne una identità "nobile".

Fermarsi sulla soglia dei tempi nuovi o, peggio, arretrare a momenti consumati di scontro con civiltà diverse, è appunto rinunciare al superamento non di un modello pur glorioso come quello della Chiesa costantiniana, bensì alla sua attualizzazione etnocentrica; la quale ripeteva innegabilmente, in forme nuove, l'errore pastorale dei giudaizzanti. Questo è il nodo, questa è la vera discontinuità del Vaticano II rispetto al passato prevalente della strategia espansiva del cattolicesimo. Una discontinuità che sta dunque non nel proseguimento acritico di una *consuetudo patriae* introiettata dalla storia e confermata dalla sola logica del precedente, ma nello sforzo umile della assemblea conciliare di *autoconcentrarsi sull'essenza della Chiesa*, nel cono di luce della Rivelazione.

La dimensione del risultato della fatica spesa dal concilio in questa dire-

zione può, secondo me, ben misurarsi attraverso la frase finale di una poco nota lettera di don Lorenzo Milani ad Arturo Carlo Jemolo: “la chiesa, tutta la chiesa, non è che sacramento e parola. Il resto non è che un di più”. Pochi sanno che questa frase avrebbe dovuto comparire sul frontespizio del saggio giovanile di cui parliamo, e che il prof. Gismondi opportunamente me ne dissuase, in una logica di prudenza accademica.

Così, la discontinuità del concilio che il saggio presentava rimase inclusa nella cifra ermetica del suo titolo, pur significativo: attenuando la piena declinazione della profezia di Gesù sulla distruzione del Tempio e di quella, pasquale, che alla sua generazione non prometteva altro segno, che quello di Giona; e circoscrivendo la dimensione della fede ecclesiale all’arco di tempo intermedio tra l’ascensione e la parusia del risorto. Un tempo breve, da vivere nell’attiva speranza escatologica aperta dalla pentecoste.

Iscritto in questi confini, al tempo ecclesiale era assegnato un ruolo esattamente inverso a quello dell’Israele secondo la carne, come Paolo definisce il popolo della alleanza antica. Perché la Chiesa, Israele secondo lo spirito, non sarebbe stata connessa da vincoli di carne e di cultura (neppure dalla Torah stessa!), ma soltanto dalla fede in Gesù Cristo. Come ha sottolineato di recente Ortensio da Spinetoli, il cuore del Vaticano II è tutto in questo ritorno “paolino” alla lettera ai Romani e al prologo di Giovanni. E questo ritorno comporta necessariamente che, nell’orizzonte della storia, la Chiesa serva solo a mantenere la visibilità del passaggio epocale dalla teocrazia davidica alla comunità dei testimoni della pasqua del Cristo, glorioso sacrificio residuale dei mille olocausti cruenti dell’alleanza antica: un passaggio che tutto il Nuovo Testamento canta, dall’annunciazione di Luca al trionfo dell’agnello immolato dell’Apocalisse.

A fronte di ciò, i sistemi di cristianità (e ce ne sono di meno pagani della nostra versione gregoriana, basti pensare alla dimensione “pneumatica” della grande pasqua russa) constano, tutti e ciascuno, di una riproduzione – etnica e culturale – dell’Israele secondo la carne. E, tutti e ciascuno, risultano appesantiti dalla medesima ipoteca fortemente politica, fortemente teocratica, in grado più o meno intenso.

Al di là delle loro divergenze canoniche, mi pare che tutti questi sistemi, chi più chi meno, ben poco abbiano a che vedere col modello dell’Israele secondo lo spirito, che S. Paolo ha in mente nella lettera ai Romani, o con la comunità agapica destinataria del grande discorso eucaristico del vangelo di Giovanni.

Ne consegue inevitabilmente che, al fondo dell’autoconcentrarsi del Vaticano II sul cuore del mistero della Redenzione, significato dalla proclamazione della parola e dal rendimento di grazie del culto, al fondo di tutto ciò affiori

e si rafforzi la rinuncia a costruire altre cristianità che i poteri del secolo rafforzino, e preferire gruppi senza potere, che comunque della Redenzione facciano memoria, annunciando il Regno che viene.

Questa nuova visione è al fondo dell'acquisita consapevolezza della non identità tra Chiesa e Regno; e della nostalgia di una comunità originaria, di una unità diversa tra le Chiese *de hoc mundo*, tutte sante e peccatrici; e, anzi, della speranza di una unità del mondo umano oltre le Chiese, speranza così sinceramente testimoniata da un presidente cristiano come Barack Obama. Ecco allora perché, quando taluno afferma che l'Europa dovrebbe chiamarsi cristiana, costui è fuori di strada, è fuori dell'inclusività profonda e convinta del concilio.

Ben venga, invece, una Europa laica, una Europa del tutto secolare, una Europa dei popoli e delle patrie, una Europa delle religioni, anche di quelle non monoteiste. Forse che erano cristiani i magi venuti dall'oriente? E tuttavia, essi sono giunti subito dopo i primi, dopo i beduini del deserto, alla capanna del Natale.

Chi vi parla non è un uomo del potere, ecclesiastico o accademico, ma piuttosto un uomo del concilio imprestato all'Università. Per questo, delle cose che ho capito, o che vado scoprendo man mano, ho parlato e parlo da cinquant'anni. E dico ai giovani di farsene consapevoli, e di farne memoria ai propri figli anche ove mai i vertici del potere ordinario di una Chiesa che troppo spesso dimentica di essere petro-paolina (e non petrina soltanto) dovessero deviare dalla cose qui esposte in questa breve testimonianza.

Tra poche settimane sarà pentecoste, e verranno i cinquant'anni da che papa Roncalli annunciò la convocazione di un concilio a un collegio cardinalizio in buona parte stupito e disorientato. È necessario prepararci anche noi a stupire, con lo stesso coraggio indomito di Giovanni XXIII. Ci costasse dover invocare un altro concilio, che riporti la Chiesa romana nell'alveo dell'annuncio di un Regno, che non è di questo mondo.

A Colaianni dico oggi che ha pienamente ragione a reagire alla contestazione, che il mio libro contiene, mossa a Carnelutti e a Kelsen a proposito della loro affermazione che, quando la Chiesa decampa dal suo ambito, "diventa Stato". Quella contestazione fa parte della fase integralista della mia formazione; che oggi ripudio, dopo decenni di durissimo disincanto patito, nel vedere la mia Chiesa romana tornare a farsi, nonostante il concilio, sollecita di potere politico-economico e di influenza sociale. Anche infatti su questo punto, che ben si connette al discorso fin qui fatto, occorre tenere duro e resistere, resistere. E anche su di esso può verificarsi come il Vaticano II si ponga in discontinuità col precedente, sconvolgendo notevolmente il quadro etico-valoriale del sistema postridentino.

All'epoca di questo libro, c'era tra noi chi affrontava il tema sacramentale alla maniera indifferenziata di uno dei tanti istituti dell'ordinamento canonico, piuttosto che riferirsi ad esso come al culmine e alla fonte della vita cristiana. E non mancava chi scrivesse monografie per chiedersi quale fosse il metodo corretto di qualificazione giuridica degli atti conciliari. Ma il problema non era di ricostruzione di istituti, o di qualificazioni canonistiche. La questione, oggi come ieri, era quella della *qualificazione storico-teologica* di un evento conciliare che aveva riproposto la centralità messianica del Regno (non della Chiesa) nella vita del genere umano e per la sua salvezza integrale, e dunque anche terrestre, secondo una profonda notazione di Maritain. .

Su questo punto capitale, mi sembra che si debba stare al commento di Paolo VI, pronunciato nel pieno dei lavori dell'assemblea; dove il Vaticano II era paragonato a Nicea, cioè al sinodo fondativo della fede della grande chiesa di Costantino: un evento capitale per la storia della Tarda antichità e dell'intero Medioevo. Una storia tuttavia consumata, che chiede di proseguire in forme nuove nella società globale di oggi, nella quale tutti i popoli e tutte le culture hanno diritto di cittadinanza. L'aggiornamento, tanto caro a papa Giovanni XXIII, non aveva altro significato che questo.

Siamo – lo ammetto volentieri – in una fase storica che Rosmini avrebbe definito “di stazione”: di stanchezza e di perdita di orientamento. L'Anticoncilio ne sta approfittando e sicuramente ha un peso la circostanza che perfino nella famiglia del papa circolino influenze lefebvrisme.

Ma non sempre il diritto canonico è strumento di poteri forti e di sacri palazzi. E in tempi ancor più difficili, uno stato di emergenza ha costretto talora la grande chiesa ad autoconvocarsi, per porre limiti a crisi imputabili ad un papa *a fide devius*, o anche soltanto *inutilis* (in quanto incapace di porre mano all'attuazione di misure di riforma manifestamente indifferibili).

Sono cose che possono succedere, in quanto non è sempre detto che chi regge il governo ordinario della Chiesa lo faccia in coerenza con i principi supremi di quest'ultima, assunti nella cornice dei segni dei tempi. In questi casi, una applicazione equitativa del diritto costituzionale canonico consente – è pacifico – una sospensione cautelare della regola gregoriana *prima sedes a nemine judicatur*.

Con tutte le conseguenze del caso, anche non gradevoli, di foro esterno: delle quali la vicenda del concilio di Costanza è segno forse inquietante, ma sicuramente riparatore.

## *Profilo bio-bibliografico di Lazzaro Maria de Bernardis (1909-1996)*

GIOVANNI BATTISTA VARNIER

Accolgo volentieri l'invito del professore Mario Tedeschi, direttore di questa nuova ma già consolidata rivista, di tracciare un ricordo a cento anni dalla nascita di Lazzaro Maria de Bernardis, che fu docente di diritto canonico ed ecclesiasticistico nell'Università di Genova e sono lieto di questa opportunità perché, nel ripercorrere le tappe di quella lunga e singolare carriera egualmente divisa tra studi teorici, insegnamento accademico e opere pratiche, mi sembra di riprendere la serie dei nostri innumerevoli colloqui, rendendone partecipe con questo scritto un pubblico più vasto.

Invero per la multiforme attività che si estende per un sessantennio il de Bernardis ha titolo per essere ricordato in diverse sedi, oltre che maestro e studioso egli fu uno dei protagonisti della vita culturale, civile e politica genovese del secondo dopoguerra, ma anche un convinto europeista ed è da annoverare tra le personalità più capaci e oneste espresse dall'allora ricco cattolicesimo politico del capoluogo ligure.

Quindi, per farsi un'idea della versatile personalità e curiosità intellettuale che lo condusse ad interessarsi di teatro, di arti figurative e musicali e di giornalismo, sarebbe erroneo limitarsi a ricordare la media scelta professionale e la carriera da lui percorsa nell'ambito universitario, in quanto la notorietà è legata in non meno larga misura all'attività svolta nella vita pubblica.

Nacque e visse nella Genova, sempre tanto amata, il 28 novembre 1909 da una famiglia genovesissima, che espresse tanto nella linea paterna quanto in quella materna degli Elia, spiccate personalità della politica, della pubblica amministrazione, del clero, del foro e della musica e respirò lo spirito risorgimentale e il culto della cosa pubblica, insieme ad un cattolicesimo lontano dal clericalismo. Il bisnonno paterno, deputato al Parlamento subalpino, votò la proclamazione del regno d'Italia, il bisnonno materno fu a lungo presidente della Deputazione provinciale di Genova, il nonno avvocato Lazzaro de Bernardis consigliere comunale del capoluogo ligure e il padre Giuseppe



candidato del Partito popolare nelle elezioni del 1919 e poi antifascista. Nel 1936 si unì in matrimonio con Davidina Chiossone, appartenente ad altra famiglia genovese che diede alla città uomini di spicco a cominciare da David Michele (1820-1873), medico e letterato nonché fondatore di un istituto per ciechi che porta il suo nome.

Laureato in Giurisprudenza l'11 luglio 1933 con centodieci su centodieci e lode, presentando una dissertazione scritta che fu dichiarata dalla Commissione esaminatrice degna di stampa; seguì successivamente i corsi nella Facoltà di Lettere e Filosofia, perfezionandosi anche in Diritto canonico nell'Università Cattolica di Milano alla scuola di Vincenzo Del Giudice ed entrando in rapporto di amicizia, mai venuto meno nel tempo, con Orio Giacchi.

Dopo solo quattro anni conseguì la libera docenza in diritto ecclesiastico, materia che insegnò nelle Università di Ferrara, Pisa e Parma. Rientrato a Genova nel 1943, tenne l'insegnamento di varie discipline come supplente, incaricato, aggregato (1969), straordinario (1973), ordinario (1976); in particolare nella Facoltà di Giurisprudenza insegnò Dottrina dello Stato (1938-39 e 1946-48), Storia del Diritto romano (1943-1946) e dal 1948-49 ebbe l'insegnamento di Diritto canonico alternandolo, fino al 1960, con quello di Diritto costituzionale italiano e comparato per il corso di laurea in Scienze Politiche attivo nella Facoltà di Giurisprudenza, per concludere la carriera quale professore ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Scienze Politiche, istituita nel 1969 presso l'Ateneo di Genova e della quale fu tra i quattro docenti che composero il Consiglio di Facoltà.

Pur operando in una disciplina specialistica, dimostrò capacità di aggregare attorno al suo insegnamento l'interesse di studenti e allievi e fu anche il primo direttore dell'Istituto di Lingue Straniere, sempre della Facoltà.

Per raggiunti limiti di età lasciò la cattedra il 31 ottobre 1980, venendo collocato fuori ruolo fino al 1985 e ottenendo il riconoscimento di professore onorario.

Nell'ambito di tale attività scientifica, in circostanze nelle quali per un cattolico era difficile rifuggire dal clericalismo, la formazione civile unitamente alle tradizioni familiari, gli permisero di elaborare una visione rigidamente pattizia dei rapporti tra società civile e società religiosa. Sostenne, pertanto, il valore dello strumento concordatario e l'esigenza dell'assoluto rispetto dei patti, senza concedere nulla di più di quanto stabilito, geloso dell'autorità dello Stato e lontano da quelle interpretazioni che per parecchio tempo furono predominanti in dottrina, giurisprudenza e prassi amministrativa.

Conformemente a quest'ottica egli fu autore di circa 250 pubblicazioni, fra le quali si devono ricordare le più importanti: *Il matrimonio di coscienza* (1935); *Contributo alla dottrina generale degli enti ecclesiastici nel diritto ita-*

*liano* (1936); *I privilegia clericorum nel diritto italiano* (1937); *Le due potestà e le due gerarchie della Chiesa* (1943); *L'instaurazione della costituzione civile del clero nel dipartimento dell'Isère* (1968); *Il diritto naturale nella dottrina dell'Ostiense* (1975); *Stato e Chiesa in Italia* (1976); *I Sinodi diocesani della provincia ecclesiastica di Genova* (1986).

Ricordiamo ancora un impegno scientifico, solo apparentemente minore, quale la collaborazione a dizionari e enciclopedie, tra cui il *Nuovo* e il *Novissimo Digesto Italiano*, collaborazione particolarmente ricercata per lo stile sintetico e nel contempo esauriente.

Se fu ricco il suo contributo alla ricerca scientifica e non trascurò l'insegnamento accademico, seppe anche dar vita ad un rapporto fruttuoso con i discenti, unito a stima dei colleghi e sempre come uomo di scienza fu chiamato a far parte, risultando un assiduo frequentatore, dell'Accademia Ligure di Scienze e Lettere, dell'Accademia Olubrense, della Società Ligure di Storia Patria, della Società italiana per l'Organizzazione internazionale e delle Accademie Teatina e Tiberina e, insieme ad eminenti studiosi, del Comitato scientifico di coordinamento del Civico Istituto Colombiano.

Nel 1943 entrò nei ranghi della Resistenza, della quale fu attivamente partecipe, ricevendo tra l'altro, a nome del C.L.N., la resa del presidio tedesco di Quarto dei Mille. Socio fondatore dell'Istituto Storico della Resistenza in Liguria, ne fu consigliere e dal 1975 assunse la presidenza. Fu anche consigliere dell'Istituto Nazionale per la Storia del Movimento di Liberazione in Italia.

Iscritto nel 1944 nella Democrazia cristiana clandestina, dal 1946 al 1948 fu segretario provinciale del partito, militando sempre tra le file della sinistra. Assessore a Genova nella Giunta municipale della Liberazione alla spedalità e assistenza (1945-46), fu eletto consigliere comunale nel 1946, nel 1951 e nel 1956 e fece parte, nuovamente quale assessore al Personale e alle Belle Arti, della prima giunta guidata dal sindaco Vittorio Pertusio, che affrontò la ricostruzione della città. In tale veste promosse il restauro di Palazzo Rosso, la costruzione del Museo del Tesoro di San Lorenzo, del teatro Stabile e, infine, la creazione del Concorso internazionale di violino "Niccolò Paganini", del quale fu presidente; altresì fu eletto membro onorario della Federazione dei Concorsi internazionali di musica. Per molti anni fu anche presidente di un'altra antica istituzione culturale: l'Accademia Ligustica di Belle Arti.

Nel 1961 fu inviato dal Ministero degli Affari Esteri in Francia, a fondare l'Istituto Italiano di Cultura di Grenoble, che diresse per nove anni fino al 1970, diffondendo anche oltre frontiera i valori della cultura italiana. Non si dimentichi, inoltre, che fu un apprezzato avvocato del foro ecclesiastico e per tutti coloro che lo incontrarono e si rivolsero a lui, anche solo per ragioni professionali, si mostrò consigliere attento e disponibile. Nel campo civile per

due volte risultò scelto dal Parlamento come giudice aggregato della Corte costituzionale e dal 1948 al 1961 diresse “Il Corriere del Pomeriggio” e per un quarantennio fu consigliere e poi presidente dell’opera pia Contubernio d’Albertis.

Come si è detto fu europeista e federalista attivo e convinto, ricoprendo in tale campo cariche prestigiose, quale vice presidente dell’Unione Europea dei federalisti e presidente della Sezione Italiana dell’A.E.D.E. (*Association Européenne des Enseignants*), della quale fu poi presidente onorario. Fu insignito della medaglia d’oro ai benemeriti della scuola, della cultura e dell’arte, della croce di grand’ufficiale al merito della Repubblica e di cavaliere dell’ordine francese delle Palme Accademiche, nonché delle medaglie d’argento della *Fondation du mérite européen* della città di Parigi e della Dante Alighieri.

Dopo una lunga ma sempre lucida infermità, si spense a Genova l’11 gennaio 1996 e con la sua scomparsa quanti lo conobbero perdettero un riferimento sincero e generoso.

Fino a qui lo sguardo d’insieme, ma se dovessi sintetizzare il mio ricordo preferirei concentrarmi su tre punti: il maestro di vita e di studi; il dirigente della Resistenza ligure; l’integerrimo uomo politico al servizio degli ideali patriottici e cristiani. Tuttavia, per non cadere prigioniero del velo degli affetti, richiamerò soltanto elementi concreti, lasciando ogni valutazione ai lettori; il tutto con l’osservazione preliminare che ogni sua azione civile fu improntata ad onestà di intenti e distinzione tra fede religiosa e autonomia dell’impegno politico.

Sul primo punto desidero ricordare che, oltre ad essere maestro di vita e di studi, egli fu anche legato a grandi maestri: a Francesco Ruffini – di cui il padre fu allievo insieme a Mattia Moresco – e al filosofo Giuseppe Rensi, punto di coagulo dell’antifascismo culturale nella città di Genova.

Ruffini gli inviò un articolo dal titolo: *La parrocchia mauriziana di Stupinigi*, con la seguente dedica autografa: “All’ amico Lazzaro de Bernardis coi migliori auguri per lui e per i Suoi”; questo mentre un volumetto di aforismi del Rensi, dal titolo *Impronte*, è dedicato a Maria Ortensia Elia in de Bernardis.

Sempre in tale contesto desidero richiamare il suo insegnamento di *Diritto costituzionale italiano e comparato*, che gli permise di affrontare temi legati alla Repubblica francese e all’integrazione europea. Ma sottolineo anche che tutto il nucleo di volumi più antichi della cattedra di diritto costituzionale italiano e comparato, volumi che oggi sono nel Dipartimento di ricerche europee dell’Università di Genova, rappresentano una donazione del de Bernardis, effettuata allorché lasciò l’insegnamento di tale disciplina scientifica per passare a quella di diritto ecclesiastico più consona alla propria formazione.

Sul secondo punto: il coraggioso dirigente della Resistenza ligure, ricordo (ad indicazione di quanto ciò fu tutt’altro che secondario) che egli espresse

la volontà testamentaria di essere sepolto: “nel campo comune il più vicino possibile a quello dei caduti per la libertà, ai quali è legato il ricordo del momento più esaltante della mia vita”.

Ma c'è anche la testimonianza, che troviamo nel volume che raccoglie l'archivio resistenziale di Paolo Emilio Taviani, dove è documentato come: “Lazzaro Maria de Bernardis, delegato regionale alle attività culturali, organizzava, a sua volta, delle riunioni di studio, che si tenevano clandestinamente presso l'<Apostolato Liturgico>” (C. BRIZZOLARI, *Un archivio della Resistenza in Liguria*, Genova, 1974, pag. 401).

Circa l'uomo politico al servizio degli ideali patriottici e cristiani, non mi soffermo sull'onestà personale, che dovrebbe essere la regola nel governo della cosa pubblica, ma ricordo la sua linea politica improntata ad una visione di laburismo cristiano. Una visione che lo condusse, nel momento (a Genova particolarmente delicato) dell'apertura a sinistra, a fronteggiare l'ostilità della Curia genovese e di esponenti posti all'interno del suo stesso partito (la Democrazia cristiana), perché ritenuto un “sovversivo” di sinistra. Questo fino al punto che le mutevoli vicende partitiche lo allontanarono definitivamente dalla militanza e, lasciato per sempre ogni incarico politico, nel 1961 fondò l'Istituto italiano di cultura di Grenoble, dirigendolo fino al 1970.

L'attenzione per il cattolicesimo politico progressista è testimoniata anche dalle personalità delle quali egli scelse di stendere la biografia per il *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia*: in effetti si tratta di figure vicine ai propri ideali politico-religiosi come, tra gli altri, Giorgio Bo (1905-1980); Camillo Corsanego (1891-1963); a cui si aggiunse Maurizio Dufour (1826-1897), unito nella comunanza degli interessi artistici e nella presidenza dell'Accademia Ligustica di Belle Arti.

Sottolineo ancora la versatilità propria di un sapere non parcellizzato (nel 1932 pubblicò la sua prima opera dal titolo: *La leggenda di Turandot. Note di storia letteraria*), ma a fianco di questo lo studioso che ha illustrato filoni di indagini originali, spaziando in diversi campi di ricerca dal diritto alla storia; il protagonista della vita culturale, civile e politica della città; l'amministratore operoso negli anni della ricostruzione post-bellica.

Uomo di eccezionale trasparenza, maestro di vita e di studi, nei rapporti umani fu nemico del formalismo ed ebbe sempre la lucidità dell'uomo libero, che si esprimeva con una franchezza di giudizio, pur mitigata da un raffinato senso dell'umorismo, da risultare talvolta scomoda.

In conclusione, del Nostro desidero ricordare la religiosità lontana da ogni esibizione, il costante ottimismo e l'insegnamento libero, talvolta anticonformista, ma sempre rispettoso dell'interlocutore. Il lavoro lo aiutò a vivere e a lasciarci un esempio di esistenza intensa e positiva.



**Diritto e religioni**

*PARTE II*



## Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania Sez. IV di Napoli, 1 luglio 2009, n. 3623

**Beni culturali di interesse storico-artistico – Esistenza vincolo – Diniego autorizzazione a costruire un parcheggio – Motivazione diniego – Necessità**

**Edificio di culto – Realizzazione parcheggio – Concertazione con l'autorità ecclesiastica – Non necessità**

Fonte: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

*Non è sufficiente la mera esistenza di un vincolo di carattere culturale, ai sensi dell'art.10, comma 1, D.Lgs. n.42/04, per impedire ogni intervento sul bene in esame, pertanto, la competente autorità deve pronunciarsi sulla compatibilità del singolo intervento proposto con la tutela dei valori culturali per i quali il bene risulta vincolato. L'amministrazione deve motivare l'esito negativo del suo giudizio in riferimento ai possibili profili di pregiudizio a tali valori o a specifiche disposizioni impositive di prescrizioni e non può meramente richiamarsi alla natura culturale del bene.*

*Il parere negativo sulla realizzazione di un parcheggio nei pressi di un edificio di culto non è atto che possa interferire con l'esercizio del culto e quindi, in quanto tale, non necessita quella forma di "concertazione" prevista dall'art. 19 D. L.vo n. 490/99.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> *Precedenti giurisprudenziali* (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza 8 maggio 2008, n. 2111:

*La funzione della motivazione del provvedimento amministrativo è volta a mettere in grado il destinatario di ricostruire l'iter logico-giuridico, seguendo il quale l'amministrazione è pervenuta all'adozione di tale atto, e potere conoscere quindi le ragioni ad esso sottese.*

*Perché l'atto non risulti inficiato da censure nella sua parte motiva è necessario che in esso siano sempre esternate le ragioni che giustificano la determinazione assunta, non potendo la motivazione espressa in essa esaurirsi in semplici, generiche motivazioni. Pertanto, devono ritenersi illegittimi, perché sforniti di adeguata motivazione, gli atti di diniego di sanatoria e di demolizione delle opere abusive che non rendano facilmente comprensibile il percorso giuridico che ha condotto l'Amministrazione ad adottare i provvedimenti impugnati.*

T.A.R. Veneto, Sez. III di Venezia, 19 febbraio 2009, n. 453:

*In relazione a provvedimenti negativi in materia di nulla osta paesaggistico l'Amministrazione è certamente tenuta a motivare in modo esaustivo circa la concreta incompatibilità del progetto sottoposto all'esame con i valori paesaggistici tutelati, indicando le specifiche ragioni per le quali le opere edilizie considerate non si ritengono adeguate alle caratteristiche ambientali protette, motivazione questa che deve essere ancor più pregnante nel caso in cui si operi nell'ambito di vincolo generalizzato, onde evitare una generica insanabilità delle opere, e anche nel caso in cui il diniego di "condono" intervenga dopo molto tempo dalla presentazione della relativa domanda.*

T.A.R. Lazio, Sez. II di Roma, Sentenza 19 dicembre 2006, n. 3258:

*Le determinazioni negative in materia di denegato condono per vincolo paesistico devono essere adeguatamente motivate sotto il profilo dell'effettiva incidenza dell'opera assentita sui valori paesag-*



---

*gistici, onde evitare che si risolvano sostanzialmente in mere formule di stile, di per sé non idonee ad individuare gli elementi di fatto presupposti ed il ragionamento logico seguito dall'amministrazione per i beni culturali ed ambientali nell'assumere le proprie determinazioni, le motivazioni secondo cui le costruzioni in esame sarebbero del tutto avulse dalla tipologia edilizia del luogo per natura dei materiali, forme e sagoma, per cui la loro edificazione "comporterebbe l'alterazione dei tratti caratteristici della località protetta" (come affermato nella specie) motivazione priva di qualsiasi riferimento concreto alle specifiche e peculiari caratteristiche della zona, ritenute meritevoli di tutela.*

Relativamente all'art. 19 D. L.vo n. 490/99 si segnala Cons. Stato, Sez. V, Sentenza 27 gennaio 2006 n. 238:

*Ai sensi dell'art. 19, DPR 29 ottobre 1999 n. 490, il parere della Soprintendenza per i beni ambientali ed architettonici, ove abbia per oggetto edifici di culto della chiesa cattolica aventi rilevanza storica ed artistica deve essere concordato con l'autorità religiosa ove sussistano esigenze connesse al culto o quanto meno deve dare conto dell'impossibilità di raggiungere un accordo con detta autorità.*

Riferimenti dottrinali: FLAVIA PETRONCELLI HUBLER, *I beni culturali religiosi. Quali prospettive di tutela*, Jovene, Napoli, 2008; ALESSANDRO CROSETTI – DIEGO VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Giappichelli, Torino, 2009; OSANNA FANTOZZI MICALI – ELENA LOLLI, *Beni culturali, ambiente, paesaggio*, Alinea, Firenze, 2009; ALESSANDRO FERRETTI, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2009.

**Consiglio di Stato, Sez. I, ordinanza 23 settembre 2009, n. 6357**

**Ministro di culto acattolico – Mancata approvazione nomina – Legittima**

**Ministro di culto acattolico – Qualificazione da parte dell'ordinamento confessionale – Non vincolante per lo Stato**

**Ministro di culto acattolico – Approvazione nomina – Requisiti soggettivi ed oggettivi – Valutazione discrezionale da parte della P.A.**

**Ministro di culto acattolico – Approvazione nomina – Delimitazione ambito geografico svolgimento funzioni – Non ragionevole**

*La mancata approvazione governativa della nomina di un ministro di culto acattolico non limita la professione del culto, né la celebrazione del relativo culto, né l'assistenza spirituale ai fedeli; la c.d. approvazione in effetti amplia la sfera dei poteri del ministro, ricollegando agli atti compiuti da quest'ultimo nell'esercizio del suo ministero effetti diretti nell'ordinamento dello Stato. Pertanto, la mancata approvazione della nomina non determina alcun impedimento o interferenza dello Stato, ben potendo, il ministro di culto, continuare a esercitare liberamente l'attività pastorale in tutto il territorio nazionale in virtù dei poteri conferiti dalla chiesa di appartenenza, con l'unico limite della impossibilità di celebrazione del matrimonio con effetti civili nell'ordinamento dello Stato (1).*

*La qualificazione soggettiva di ministro di culto operata dall'ordinamento confessionale è rilevante anche per il diritto dello Stato, ma quest'ultimo non è vincolato all'accoglimento della medesima qualificazione nel proprio ordine (2).*

*La valutazione dell'amministrazione ai fini dell'approvazione della nomina di un ministro di culto acattolico si sostanzia in un apprezzamento indubbiamente discrezionale poiché si tratta di conferire poteri di natura pubblicistica non spettanti alla generalità dei cittadini. La valutazione va compiuta sotto il profilo soggettivo e sotto il profilo oggettivo. Sotto un profilo soggettivo, si richiede una verifica dell'affidabilità, serietà e moralità della persona che riveste la delicata carica pastorale cui viene consentito compiere atti produttivi di effetti giuridici fondamentali nell'ordinamento dello Stato. Sotto un profilo oggettivo è necessaria, poi, la sussistenza di una comunità di fedeli qualitativamente e quantitativamente consistente presso la quale esercitare le funzioni pastorali. Occorre infine la serietà del fine perseguito e delle esigenze che con la c.d. approvazione della nomina si intendono raggiungere (3).*

*Una volta acclarate l'affidabilità, serietà e moralità della persona, l'esistenza di una consistente comunità di fedeli e la serietà del fine, non v'è ragione giuridica per delimitare l'ambito territoriale di svolgimento delle funzioni del ministro di culto acattolico<sup>4</sup>.*

*Omissis (...)*

OGGETTO:

Ministero dell'Interno;  
Competenza territoriale dell'autorizzazione delle nomine dei ministri di culto diverso da quello cattolico. Quesito.

LA SEZIONE

VISTA la relazione del 13 luglio 2009, pervenuta il 28 luglio successivo, con la quale il Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – ha chiesto il parere sul quesito in oggetto;

ESAMINATI gli atti e udito il relatore ed estensore Cons. Mario Luigi Torsello;

PREMESSO:

Riferisce l'Amministrazione che l'art. 3 della legge n.1159/1929 dispone che le nomine dei ministri dei culti diversi dal cattolico devono essere notificate al Ministero dell'interno per l'approvazione, e che nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti del ministero compiuti dai ministri di culto se la nomina non ha ottenuto l'approvazione governativa.

L'art. 3, quindi, assoggetta tali nomine ad un provvedimento ministeriale di approvazione.

Il successivo art. 7 recita “il matrimonio celebrato davanti ad alcuno dei ministri di culto indicati nel precedente art. 3 produce dal giorno della celebrazione gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile”.

L'art. 26 del R.D. n. 289/1930, che detta norme di attuazione della legge sopra citata, stabilisce, al comma 2, che “se il ministro di culto si trasferisce nel comune del domicilio o della residenza degli sposi.....l'autorizzazione gli è data dall'ufficiale dello stato civile del comune stesso”.

Con il conforto di diversi pareri forniti, nel tempo, da questo Consiglio di Stato, il Ministero concede l'approvazione della nomina con decreto ministeriale limitando l'esercizio delle funzioni a determinate circoscrizioni territoriali, individuate nelle province (in numero massimo di tre).

L'Amministrazione ritiene, ora, di dover nuovamente interpellare questo Consiglio di Stato proponendo una diversa interpretazione della normativa vigente riguardante proprio la limitazione territoriale.

L'esigenza scaturisce, da una parte, dal riconoscimento delle istanze avanzate dalle confessioni tendenti ad ottenere un maggiore ambito di operatività e di efficacia del provvedimento ministeriale di approvazione della nomina, dall'altra dalla circostanza che numerose sentenze del giudice ordinario hanno riconosciuto, seppure con motivazioni diverse, la fondatezza dei ricorsi proposti dai ministri di culto avverso la limitazione territoriale dell'approvazione della loro nomina.

In particolare con sentenza del Tribunale di Potenza datata 21 agosto 2008, è stato considerato che il dettato normativo (art. 26 del R.D. n. 289/1930) consente al ministro di culto di trasferirsi nel luogo di residenza dei nubendi, e che spetta all'ufficiale dello stato civile di detto luogo concedere l'autorizzazione al matrimonio, salvo che sussistano situazioni ostative previste dalla legge; pertanto ha disposto il rilascio dell'autorizzazione da parte del predetto funzionario ad un ministro di culto che non possiede l'approvazione governativa alla nomina per quella circoscrizione territoriale e ha ordinato la trascrizione dell'atto di matrimonio.

Avverso dette sentenze l'Amministrazione competente non ha mai proposto opposizione. Si è, pertanto, venuta a creare una situazione di disparità nei confronti

di cittadini che si sono trovati nella situazione descritta dalla norma, a seconda che abbiano o meno adito l'autorità giudiziaria.

L'Amministrazione dell'interno ha maturato la convinzione che un ritorno ad una interpretazione più letterale della norma consentirebbe una migliore gestione delle predette autorizzazioni nella misura in cui, non individuando una competenza territoriale se non quella prevista espressamente dalla norma, potrebbe limitarne la concessione in presenza di requisiti più idonei, come quello della consistenza numerica dei fedeli, a fronte della circostanza che allo stato si vede costretta ad allargare il numero delle autorizzazioni in capo a religiosi che operano in realtà estremamente piccole, proprio per l'impossibilità dello stesso ministro di esercitare le funzioni in ambito territoriale diverso da quello per cui è autorizzato, dovendosi esso attenere ad una competenza territoriale aprioristicamente stabilita.

Secondo il Ministero non sarebbe preclusivo ad una estensione territoriale il riferimento al solo parere del prefetto in cui è compreso il comune di residenza del ministro di culto; l'intervento del prefetto di cui sopra, si ritiene, ha il solo fine di fornire, attraverso idonea istruttoria, le informazioni sulla persona, utili allo scopo di una valutazione della personalità del soggetto che deve essere idoneo a svolgere una funzione da cui scaturiscono effetti civili.

Pertanto, ferma restando l'esistenza di requisiti oggettivi previsti dal medesimo art. 21 (presenza di una comunità di fedeli nel luogo di residenza del ministro di culto), il Ministero riferente ritiene di dover eliminare, nell'atto di conferimento delle funzioni, la limitazione territoriale e far valere quella prevista dalla legge (residenza o domicilio degli sposi o residenza dell'officiante).

Ulteriori condizioni apparirebbero discriminatorie nei confronti di confessioni non munite di legge d'intesa, ma semplicemente riconosciute o operanti di fatto, rispetto a tutte le confessioni che godono di normativa propria come la Chiesa Cattolica e le confessioni con cui lo Stato ha firmato intese ai sensi dell'art.8 della Cost., che non prevedono tale vincolo.

Sull'argomento è stata interpellata la Direzione Centrale per i servizi demografici del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero, la quale non ha ravvisato impedimenti giuridici per la materia di competenza.

Si chiede, pertanto, il parere di questo Consiglio su tale nuova interpretazione della disciplina vigente.

#### CONSIDERATO:

1. La legge 24 giugno 1929, n. 1159 (Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi), all'art. 3, prevede che "Le nomine dei ministri dei culti diversi dalla religione dello Stato debbono essere notificate al Ministero della giustizia e degli affari di culto (oggi Ministero dell'interno) per l'approvazione. Nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti del proprio ministero compiuti da tali ministri di culto, se la loro nomina non abbia ottenuto l'approvazione governativa".

Il successivo regio-decreto 28 febbraio 1930, n. 289, contenente norme per l'attuazione della legge sopra detta, all'art. 21, ha poi previsto che "Gli uffici per gli affari di culto, assunte le altre informazioni necessarie per completare l'istruttoria e sentito il prefetto della provincia in cui il ministro del culto esercita il suo ufficio, trasmettono gli atti al Ministero della giustizia e degli affari di culto (oggi Ministero dell'interno)".

2. Subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione – secondo cui, com'è noto,

non esistono culti « ammessi » o « non ammessi » nello Stato, ma tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge – si dubitò della legittimità costituzionale dell'approvazione governativa, in quanto si ritenne che essa si ponesse in contrasto con il principio dell'uguale libertà di tutte le confessioni religiose.

In realtà già questo Consiglio di Stato (Sez. IV, 24 aprile 1956, n. 412) aveva ritenuto tale istituto non abrogato per incompatibilità, poiché “l'intervento del provvedimento amministrativo, in questa ipotesi, è produttivo di conseguenze giuridiche favorevoli che non potrebbero derivare dalle norme costituzionali”.

Nella medesima decisione, poi, si rilevava che “...il Ministro di un culto acattolico, in quanto sancito dalla Costituzione, può liberamente esercitare gli atti del suo Ministero senza che occorra, al riguardo, una preventiva autorizzazione governativa, ma se egli intende compiere degli atti che siano produttivi di quelle conseguenze giuridiche previste dalla legge o dal regolamento citati, occorre che chieda ed ottenga l'approvazione della nomina da parte del Ministro, prevista dall'art. 3 della legge predetta”.

Tale impostazione è stata poi sostanzialmente ripresa dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 59/1958, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 1159/1929.

A tali conclusioni la Corte è giunta partendo dalla distinzione fra la libertà di esercizio dei culti acattolici come pura manifestazione di fede religiosa e l'organizzazione delle varie confessioni nei loro rapporti con lo Stato.

Se la facoltà di regolare i rapporti con lo Stato viene effettivamente esercitata – ha ritenuto la Corte – è evidente che, dalle norme che ne risultano, così come la confessione religiosa riceve dei vantaggi, del pari deve subire i limiti che, nell'interesse dello Stato ad essi logicamente si riconnettono, limiti che a loro volta devono esser tali da non violare i diritti già assicurati dalla Costituzione.

È pienamente legittimo, quindi, che allorquando agli atti dei ministri di culti acattolici siano riconosciuti effetti giuridici (come l'efficacia del matrimonio), le nomine dei ministri di culto, a questi effetti e solo a questi effetti, “ricadano sotto la ricognizione e il controllo dello Stato, mercè i provvedimenti di approvazione”.

In definitiva, quindi, l'approvazione governativa non occorre per il compimento di atti di culto. Qualora, però, l'ordinamento generale conferisca ad un soggetto, in quanto ministro di culto, delle facoltà, dei poteri, degli esoneri da limiti cui deve sottostare ogni cittadino, allora è legittima l'approvazione della nomina.

3. Acclarata quindi la costituzionalità dell'istituto dell'approvazione alla luce delle argomentazioni appena dette – da ritenersi tuttora valide – occorre ora verificare la legittimità della prassi ministeriale secondo cui il provvedimento viene rilasciato limitando l'esercizio delle funzioni a talune circoscrizioni territoriali.

In effetti tale limitazione è stata ritenuta legittima da diversi pareri del Consiglio di Stato.

Già con parere 1° giugno 1954, n. 853, questa Sezione aveva ritenuto che il provvedimento “valuta a tutti gli effetti l'opportunità dell'approvazione” e tiene conto dei requisiti soggettivi e delle esigenze del luogo e dell'ambiente nel quale il ministero di culto deve essere esercitato.

In quel contesto non si dubitava della potestà dello Stato di limitare, all'atto di approvazione, la sfera di competenza territoriale atteso che, in base ai principi generali, l'approvazione postula un ampio potere discrezionale dell'Amministrazione; “potere che nella specie non è limitato da alcuna speciale disposizione”.

Sempre secondo tale parere “un'autorizzazione all'esercizio del ministro di culto

accordata all'intero territorio nazionale non sarebbe opportuna e forse nemmeno legittima" dato che non potrebbe essere adeguatamente valutata la convenienza della nomina del Ministro in relazione a tutto il territorio statale e "non si vede quale valore potrebbe avere a tale effetto il parere di un solo prefetto, come richiesto dall'art. 21 del R.D. n. 28 febbraio 1930, n. 289 nell'evidente presupposto che la nomina di culto abbia effetto nei limiti di una circoscrizione territoriale".

Tale orientamento è stato confermato dal successivo parere di questa Sezione 28 agosto 1959, n. 1332, richiesto all'esito di una sentenza del Tribunale di Caltanissetta con la quale, invece, era stato dichiarato valido un matrimonio di un ministro di culto diverso da quello cattolico celebrato fuori della propria circoscrizione.

Anche con il parere 27 febbraio 1970, n. 377, si ritenne legittima tale limitazione territoriale, pur in presenza della sentenza della Corte d'appello di Caltanissetta del 27 ottobre 1960.

In quella occasione si ribadì che il conferimento della funzione al Ministro di culto per una determinata circoscrizione territoriale corrispondente al luogo ove egli risiede ed esercita abitualmente il suo ufficio (anche se analoga limitazione di competenza non sia prevista dall'ordinamento confessionale per l'esercizio del ministero religioso e per il compimento degli atti di culto in quanto tali) è "perfettamente conforme ai principi del nostro diritto pubblico (in cui è normale la distribuzione quantitativa delle funzioni statuali secondo circoscrizioni territoriali)".

Anche il parere di questa Sezione 16 marzo 1984, n. 435/84 confermò tale impostazione (v. anche 7 giugno 2006, n. 1947/2006).

4. L'Amministrazione ritiene, ora, di dover nuovamente interpellare questo Consiglio di Stato proponendo una diversa interpretazione della normativa vigente riguardante proprio la limitazione territoriale.

Secondo il Ministero, ferma restando l'esistenza di requisiti oggettivi previsti dall'art. 21 del r.d. n. 289/1930, si dovrebbe eliminare, nell'atto di conferimento delle funzioni, la limitazione territoriale e far valere quella prevista dalla legge (residenza o domicilio degli sposi o residenza dell'officiante).

4.1 Al riguardo, in primo luogo è necessario sottolineare che il quesito proposto concerne esclusivamente le nomine dei ministri di culto non regolate da intese.

Nelle intese che sono state stipulate, difatti, non si richiede che il ministro di culto abbia preventivamente conseguito l'approvazione della propria nomina da parte dell'autorità dello Stato, anche quando essa è rilevante agli effetti civili.

Si veda, ad esempio, la legge 11 agosto 1984, n. 449 (Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese) il cui art. 2, comma 2, prevede che "La Repubblica italiana, richiamandosi ai diritti di libertà garantiti dalla Costituzione, riconosce che le nomine dei ministri di culto .... nell'ambito dell'ordinamento valdese, si svolgono senza alcuna ingerenza statale".

5. Ciò premesso, ritiene il Collegio di dover parzialmente rimeditare l'orientamento in precedenza espresso da questo Consiglio di Stato.

5.1 Occorre certamente ribadire (Sez. I, 2 febbraio 1995, n. 1039/90) che la cd. approvazione – come già detto – non limita la professione del culto, né la celebrazione del relativo culto, né l'assistenza spirituale ai fedeli e che essa amplia la sfera dei poteri del ministro, ricollegando agli atti compiuti da quest'ultimo nell'esercizio del suo ministero effetti diretti nell'ordinamento dello Stato.

In sostanza, la mancata approvazione della nomina non determina alcun impedimento o interferenza dello Stato, ben potendo, il ministro di culto, continuare a esercitare liberamente l'attività pastorale in tutto il territorio nazionale in virtù dei

poteri conferiti dalla chiesa di appartenenza, con l'unico limite della impossibilità di celebrazione del matrimonio con effetti civili nell'ordinamento dello Stato (Sez. I, 20 febbraio 2008, n. 238/08; 20 febbraio 2008, n. 239/2008).

Tale soluzione, con tutta evidenza, esprime un punto di equilibrio tra il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento (giuridico) confessionale e l'ossequio all'ordinamento generale, tra il riconoscimento dell'ordinamento della confessione e l'esclusività dell'ordinamento dello Stato.

In sostanza, come è stato notato, la qualificazione soggettiva operata dall'ordinamento confessionale è rilevante anche per il diritto dello Stato, ma quest'ultimo non è vincolato all'accoglimento della medesima qualificazione nel proprio ordine.

E ciò in piena aderenza all'art. 8, secondo comma, della Costituzione secondo cui "Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano".

5.2 Ne' sembra rilevante approfondire la controversa questione della qualificazione giudica della cd. approvazione.

È certo che, nel periodo politico-istituzionale in cui fu emanata la legge sui cd. culti ammessi nello Stato, l'approvazione era qualificabile in termini di atto di controllo di alto contenuto discrezionale rimesso all'apprezzamento degli organi di governo, come si desume dai lavori preparatori. Si trattava di una vera e propria preventiva autorizzazione alla libera attività del culto nello Stato.

Il mutato quadro costituzionale ha fatto sì – in ambito dottrinale – che, oltre a coloro che vorrebbero continuare ad ascrivere l'istituto alla categoria della approvazione propriamente intesa, altri lo ascrivono all'autorizzazione, in quanto diretta a rimuovere un limite all'esercizio di un potere già spettante al soggetto interessato, che determinerebbe, in relazione ad alcune funzioni ministeriali, una sorta di delegazione di pubblici poteri; e altri ancora – secondo una prospettazione che appare forse più convincente – lo ascrivono alla concessione (sub specie dell'ammissione), conferendo il provvedimento il particolare status di ministro "approvato", che non compete alla generalità dei cittadini.

In questa sede, però, ciò che conta rilevare è che – fermo restando l'accertamento dei requisiti generali perché possa esercitare la funzione, ad es. la capacità di leggere e scrivere – la valutazione dell'amministrazione si sostanzia in un apprezzamento indubbiamente discrezionale poiché si tratta di conferire poteri di natura pubblicistica non spettanti alla generalità dei cittadini.

Difatti, sotto un profilo soggettivo, si richiede una verifica dell'affidabilità, serietà e moralità della persona che riveste la delicata carica pastorale cui viene consentito compiere atti produttivi di effetti giuridici fondamentali nell'ordinamento dello Stato. Non a caso il ministro di culto – almeno secondo taluni orientamenti – assume la qualifica di pubblico ufficiale.

Per tali ragioni la Sezione ha ritenuto legittimo il diniego di approvazione della nomina di un ministro di culto, a causa dei precedenti penali risultanti a carico dell'interessato (Sez. I, 20 febbraio 2008, n. 238/08; 16 giugno 2004, n. 7499/04).

Sotto un profilo oggettivo è necessaria, poi, la sussistenza di una comunità di fedeli qualitativamente e quantitativamente consistente presso la quale esercitare le funzioni pastorali, come previsto dalle Istruzioni del Ministero riferente, Direzione Generale degli affari di culto, del 1956.

Occorre infine la serietà del fine perseguito e delle esigenze che con la cd. approvazione della nomina si intendono raggiungere (Sez. I, 2 febbraio 1995, n. 1039/90).

5.3 Ma proprio perché la cd. approvazione – alla luce dei più recenti orientamenti

di questo Consiglio – consiste nell'apprezzamento degli elementi appena detti, ne consegue che non v'è ragione per delimitare l'ambito territoriale di svolgimento delle funzioni.

Una volta acclamate l'affidabilità, serietà e moralità della persona, l'esistenza di una consistente comunità di fedeli e la serietà del fine, la delimitazione geografica dello svolgimento delle funzioni non avrebbe oggi alcuna giustificazione logico-giuridica.

Del resto, già da tempo la dottrina ha avvertito che, sul punto, nulla dice la normativa vigente, laddove una limitazione territoriale ad uno status personale, costituendo eccezione ai principi generali, richiederebbe una espressa previsione normativa.

È stato inoltre sottolineato come la prassi fin ad ora seguita si pone in contrasto con quanto prevede l'art. 26 del r.d. n. 289/1930, che contempla espressamente il caso in cui il ministro di culto si rechi a celebrare il matrimonio in un diverso comune. Anche l'elemento letterale contraddice, quindi, alla tesi fin qui sostenuta.

Residua l'argomento – cui in passato, anche da questa Sezione, è stato dato un certo rilievo ai fini della delimitazione territoriale – desunto dall'art. 21 del r.d. n. 289/1930: “non si vede quale valore potrebbe avere a tale effetto il parere di un solo prefetto, come richiesto dall'art. 21 del R.D. n. 28 febbraio 1930, n. 289 nell'evidente presupposto che la nomina di culto abbia effetto nei limiti di una circoscrizione territoriale” (Sez. I, del 1° giugno 1954, n. 853).

Orbene – e al di là di quanto appena detto in materia di status – il ruolo del prefetto, nel caso in esame, è ricondotto normativamente ad una attività endoprocedimentale, laddove il provvedimento costitutivo, in senso proprio, degli effetti è atto dell'Amministrazione centrale e pertanto, in quanto tale, esteso all'intero territorio nazionale. L'approvazione governativa viene, difatti, normalmente concessa con decreto ministeriale a firma del Sottosegretario di Stato con relativa delega.

In effetti, come osserva l'Amministrazione, il parere del prefetto ha il solo fine di acquisire le informazioni sulla persona, ai fini della valutazione della personalità del soggetto che deve svolgere le funzioni.

Ad ogni modo, è appena il caso di rilevare che – secondo gli orientamenti più recenti – la limitazione della validità dei provvedimenti amministrativi ad un luogo determinato non costituisce un principio di carattere generale, legato alla circostanza che l'atto viene rilasciato da un organo locale e non centrale dell'amministrazione, dipendendo invece, tale limitazione, dalla natura intrinseca dell'attività svolta.

Si ritiene, conclusivamente, che non v'è ragione giuridica per delimitare l'ambito territoriale di svolgimento delle funzioni del ministro di culto diverso da quello cattolico.

P.Q.M.

nei termini sopra esposti è il parere.



## Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione canonica relativa al numero secondo dell'anno 2009 della rivista *Diritto e Religioni* si articola come è ormai consueto in due sottosezioni, l'una genericamente dedicata alla legislazione di rilievo canonistico ed alla giurisprudenza dei Tribunale Ecclesiastici regionali, l'altra specificamente diretta alla pubblicazione della giurisprudenza della Rota Romana.

Nella prima sottosezione, si pubblica la Costituzione Apostolica *Anglicanorum Coetibus*, con il testo relativo alle Norme Complementari. Si tratta di un documento molto recente e molto importante, che risponde alle numerose istanze pervenute alla Santa Sede da parte di fedeli anglicani e di gruppi di fedeli, che hanno espresso il desiderio di raggiungere la piena comunione con la Chiesa cattolica. Un documento che attesta la capacità del diritto canonico e del Magistero di adattarsi alle diverse esigenze teologiche e pastorali, tenendo sempre fede ai principi del diritto canonico, umano e divino.

Di un certo interesse sono le sentenze dei Tribunali Ecclesiastici diocesani di primo e secondo grado, che trovano spazio di pubblicazione in questo numero della rivista. Si tratta di tre sentenze del Tribunale di Napoli ed una del Tribunale di Benevento. La lettura delle decisioni ci conforta nella scelta fatta sin dai primi numeri della Rivista, cioè quella di dare spazio alla pubblicazione delle sentenze dei Tribunali periferici della Chiesa. Si tratta sempre di decisioni che presentano spunti di interesse, soluzioni anche originali a problemi giuridici specifici, sempre però nel rispetto della giurisprudenza del Tribunale Apostolico della Rota Romana, che svolge il ruolo di determinazione dei principi generali del sistema giuridico canonistico.

Nella sezione giurisprudenza rotale, curata dal dott. Alessandro Riccio e dal dott. Luigi Straniero, si pubblica una interessante sentenza relativa ad una causa *iurium*, coram Sciacca, commentata dai due curatori della sezione. La sezione giurisprudenza rotale si chiude con un articolo di Mons. Giuseppe Sciacca sul tema della relazione tra tossicodipendenza, intesa in senso generale, e consenso matrimoniale canonico. Per l'argomento trattato e soprattutto per la rilevanza dell'autore, il contributo merita sicuramente una particolare segnalazione.

## **Costituzione apostolica anglicanorum coetibus circa l'istituzione di ordinariati personali per anglicani che entrano nella piena comunione con la chiesa cattolica, 09.11.2009**

In questi ultimi tempi lo Spirito Santo ha spinto gruppi anglicani a chiedere più volte e insistentemente di essere ricevuti, anche corporativamente, nella piena comunione cattolica e questa Sede Apostolica ha benevolmente accolto la loro richiesta. Il Successore di Pietro infatti, che dal Signore Gesù ha il mandato di garantire l'unità dell'episcopato e di presiedere e tutelare la comunione universale di tutte le Chiese<sup>1</sup>, non può non predisporre i mezzi perché tale santo desiderio possa essere realizzato.

La Chiesa, popolo adunato nell'unità del Padre, del Figlio e dello Spirito Santo<sup>2</sup>, è stata infatti istituita da Nostro Signore Gesù Cristo come "il sacramento, ossia il segno e lo strumento dell'intima unione con Dio e dell'unità di tutto il genere umano"<sup>3</sup>. Ogni divisione fra i battezzati in Gesù Cristo è una ferita a ciò che la Chiesa è e a ciò per cui la Chiesa esiste; infatti "non solo si oppone apertamente alla volontà di Cristo, ma è anche di scandalo al mondo e danneggia la più santa delle cause: la predicazione del Vangelo ad ogni creatura"<sup>4</sup>. Proprio per questo, prima di spargere il suo sangue per la salvezza del mondo, il Signore Gesù ha pregato il Padre per l'unità dei suoi discepoli<sup>5</sup>.

È lo Spirito Santo, principio di unità, che costituisce la Chiesa come comunione<sup>6</sup>. Egli è il principio dell'unità dei fedeli nell'insegnamento degli Apostoli, nella frazione del pane e nella preghiera<sup>7</sup>. Tuttavia la Chiesa, per analogia al mistero del Verbo incarnato, non è solo una comunione invisibile, spirituale, ma anche visibile<sup>8</sup>; infatti, "la società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, l'assemblea visibile e la comunità spirituale, la Chiesa terrestre e la Chiesa arricchita di beni celesti,

---

<sup>1</sup> Cf. Concilio Ecumenico Vaticano II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, 23; Congregazione per la Dottrina della Fede, Lett. *Communio notio*, 12; 13.

<sup>2</sup> Cf. Cost. dogm. *Lumen gentium*, 4; Decr. *Unitatis redintegratio*, 2.

<sup>3</sup> Cost. dogm. *Lumen gentium* 1.

<sup>4</sup> Decr. *Unitatis redintegratio*, 1.

<sup>5</sup> Cf. Gv 17,20-21; Decr. *Unitatis redintegratio*, 2.

<sup>6</sup> Cf. Cost. dogm. *Lumen gentium*, 13.

<sup>7</sup> Cf. *Ibidem*; At 2,42.

<sup>8</sup> Cf. Cost. dogm. *Lumen gentium*, 8; Lett. *Communio notio*, 4.

non si devono considerare come due cose diverse; esse formano piuttosto una sola complessa realtà risultante di un duplice elemento, umano e divino<sup>9</sup>. La comunione dei battezzati nell'insegnamento degli Apostoli e nella frazione del pane eucaristico si manifesta visibilmente nei vincoli della professione dell'integrità della fede, della celebrazione di tutti i sacramenti istituiti da Cristo e del governo del Collegio dei Vescovi uniti con il proprio capo, il Romano Pontefice<sup>10</sup>.

L'unica Chiesa di Cristo infatti, che nel Simbolo professiamo una, santa, cattolica e apostolica, "sussiste nella Chiesa Cattolica governata dal successore di Pietro, e dai Vescovi in comunione con lui, ancorché al di fuori del suo organismo si trovino parecchi elementi di santificazione e di verità, che, quali doni propri della Chiesa di Cristo, spingono verso l'unità cattolica"<sup>11</sup>.

Alla luce di tali principi ecclesiologici, con questa Costituzione Apostolica si provvede ad una normativa generale che regoli l'istituzione e la vita di Ordinariati Personali per quei fedeli anglicani che desiderano entrare corporativamente in piena comunione con la Chiesa Cattolica. Tale normativa è integrata da Norme Complementari emanate dalla Sede Apostolica.

I. § 1. Gli Ordinariati Personali per Anglicani che entrano nella piena comunione con la Chiesa Cattolica vengono eretti dalla Congregazione per la Dottrina della Fede all'interno dei confini territoriali di una determinata Conferenza Episcopale, dopo aver consultato la Conferenza stessa.

§ 2. Nel territorio di una Conferenza dei Vescovi, uno o più Ordinariati possono essere eretti, a seconda delle necessità.

§ 3. Ciascun Ordinariato *ipso iure* gode di personalità giuridica pubblica; è giuridicamente assimilato ad una diocesi<sup>12</sup>.

§ 4. L'Ordinariato è formato da fedeli laici, chierici e membri d'Istituti di Vita Consacrata o di Società di Vita Apostolica, originariamente appartenenti alla Comunione Anglicana e ora in piena comunione con la Chiesa Cattolica, oppure che ricevono i Sacramenti dell'Iniziazione nella giurisdizione dell'Ordinariato stesso.

§ 5. Il Catechismo della Chiesa Cattolica è l'espressione autentica della fede cattolica professata dai membri dell'Ordinariato.

II. L'Ordinariato Personale è retto dalle norme del diritto universale e dalla presente Costituzione Apostolica ed è soggetto alla Congregazione per la Dottrina della Fede e agli altri Dicasteri della Curia Romana secondo le loro competenze. Per esso valgono anche le suddette Norme Complementari ed altre eventuali Norme specifiche date per ciascun Ordinariato.

III. Senza escludere le celebrazioni liturgiche secondo il Rito Romano, l'Ordinariato ha la facoltà di celebrare l'Eucaristia e gli altri Sacramenti, la Liturgia delle Ore e le altre azioni liturgiche secondo i libri liturgici propri della tradizione anglicana approvati dalla Santa Sede, in modo da mantenere vive all'interno della Chiesa Cattolica le tradizioni spirituali, liturgiche e pastorali della Comunione Anglicana, quale

---

<sup>9</sup> Cost. dogm. *Lumen gentium*, 8.

<sup>10</sup> Cf. CIC, can. 205; Cost. dogm. *Lumen gentium*, 13; 14; 21; 22; Decr. *Unitatis redintegratio*, 2; 3; 4; 15; 20; Decr. *Christus Dominus*, 4; Decr. *Ad gentes*, 22.

<sup>11</sup> Cost. dogm. *Lumen gentium*, 8; Decr. *Unitatis redintegratio*, 1; 3; 4; Congregazione per la Dottrina della Fede, Dich. *Dominus Iesus*, 16.

<sup>12</sup> Cf. Giovanni Paolo II, Cost. Ap. *Spirituali militum curae*, 21 aprile 1986, I § 1.

dono prezioso per alimentare la fede dei suoi membri e ricchezza da condividere.

IV. Un Ordinariato Personale è affidato alla cura pastorale di un Ordinario nominato dal Romano Pontefice.

V. La potestà (*potestas*) dell'Ordinario è:

a. ordinaria: annessa per il diritto stesso all'ufficio conferitogli dal Romano Pontefice, per il foro interno e per il foro esterno;

b. vicaria: esercitata in nome del Romano Pontefice;

c. personale: esercitata su tutti coloro che appartengono all'Ordinario.

Essa è esercitata in modo congiunto con quella del Vescovo diocesano locale nei casi previsti dalle Norme Complementari.

VI. § 1. Coloro che hanno esercitato il ministero di diaconi, presbiteri o vescovi anglicani, che rispondono ai requisiti stabiliti dal diritto canonico<sup>13</sup> e non sono impediti da irregolarità o altri impedimenti<sup>14</sup>, possono essere accettati dall'Ordinario come candidati ai Sacri Ordini nella Chiesa Cattolica. Per i ministri coniugati devono essere osservate le norme dell'Enciclica di Paolo VI *Sacerdotalis coelibatus*, n. 42<sup>15</sup> e della Dichiarazione *In June*<sup>16</sup>. I ministri non coniugati debbono sottostare alla norma del celibato clericale secondo il can. 277, §1.

§ 2. L'Ordinario, in piena osservanza della disciplina sul celibato clericale nella Chiesa Latina, *pro regula* ammetterà all'ordine del presbiterato solo uomini celibi. Potrà rivolgere petizione al Romano Pontefice, in deroga al can. 277, § 1, di ammettere caso per caso all'Ordine Sacro del presbiterato anche uomini coniugati, secondo i criteri oggettivi approvati dalla Santa Sede.

§ 3. L'incardinazione dei chierici sarà regolata secondo le norme del diritto canonico.

§ 4. I presbiteri incardinati in un Ordinariato, che costituiscono il suo presbitero, debbono anche coltivare un vincolo di unità con il presbitero della Diocesi nel cui territorio svolgono il loro ministero; essi dovranno favorire iniziative e attività pastorali e caritative congiunte, che potranno essere oggetto di convenzioni stipulate tra l'Ordinario e il Vescovo diocesano locale.

§ 5. I candidati agli Ordini Sacri in un Ordinariato saranno formati insieme agli altri seminaristi, specialmente negli ambiti dottrinale e pastorale. Per tener conto delle particolari necessità dei seminaristi dell'Ordinario e della loro formazione nel patrimonio anglicano, l'Ordinario può stabilire programmi da svolgere nel seminario o anche erigere case di formazione, connesse con già esistenti facoltà di teologia cattoliche.

VII. L'Ordinario, con l'approvazione della Santa Sede, può erigere nuovi Istituti di Vita Consacrata e Società di Vita Apostolica e promuoverne i membri agli Ordini Sacri, secondo le norme del diritto canonico. Istituti di Vita Consacrata provenienti dall'Anglicanesimo e ora in piena comunione con la Chiesa Cattolica per mutuo consenso possono essere sottoposti alla giurisdizione dell'Ordinario.

VIII. § 1. L'Ordinario, a norma del diritto, dopo aver sentito il parere del Vesco-

<sup>13</sup> Cf. CIC, cann. 1026-1032.

<sup>14</sup> Cf. CIC, cann. 1040-1049.

<sup>15</sup> Cf. AAS 59 (1967) 674.

<sup>16</sup> Cf. Congregazione per la Dottrina della Fede, Dichiarazione del 1° aprile 1981, in *Enchiridion Vaticanum* 7, 1213.

vo diocesano del luogo, può, con il consenso della Santa Sede, erigere parrocchie personali, per la cura pastorale dei fedeli appartenenti all'Ordinariato.

§ 2. I parroci dell'Ordinariato godono di tutti i diritti e sono tenuti a tutti gli obblighi previsti nel Codice di Diritto Canonico, che, nei casi stabiliti nelle Norme Complementari, sono esercitati in mutuo aiuto pastorale con i parroci della Diocesi nel cui territorio si trova la parrocchia personale dell'Ordinariato.

IX. Sia i fedeli laici che gli Istituti di Vita Consacrata e le Società di Vita Apostolica, che provengono dall'Anglicanesimo e desiderano far parte dell'Ordinariato Personale, devono manifestare questa volontà per iscritto.

X. § 1. L'Ordinario nel suo governo è assistito da un Consiglio di governo regolato da Statuti approvati dall'Ordinario e confermati dalla Santa Sede<sup>17</sup>.

§ 2. Il Consiglio di governo, presieduto dall'Ordinario, è composto di almeno sei sacerdoti ed esercita le funzioni stabilite nel Codice di Diritto Canonico per il Consiglio Presbiterale e il Collegio dei Consultori e quelle specificate nelle Norme Complementari.

§ 3. L'Ordinario deve costituire un Consiglio per gli affari economici a norma del Codice di Diritto Canonico e con i compiti da questo stabiliti<sup>18</sup>.

§ 4. Per favorire la consultazione dei fedeli nell'Ordinariato deve essere costituito un Consiglio Pastorale<sup>19</sup>.

XI. L'Ordinario ogni cinque anni si deve recare a Roma per la visita *ad limina Apostolorum* e tramite la Congregazione per la Dottrina della Fede, in rapporto anche con la Congregazione per i Vescovi e la Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli, deve presentare al Romano Pontefice una relazione sullo stato dell'Ordinariato.

XII. Per le cause giudiziali il tribunale competente è quello della Diocesi in cui una delle parti ha il domicilio, a meno che l'Ordinariato non abbia costituito un suo tribunale, nel qual caso il tribunale d'appello sarà quello designato dall'Ordinariato e approvato dalla Santa Sede.

XIII. Il Decreto che erigerà un Ordinariato determinerà il luogo della sede dell'Ordinariato stesso e, se lo si ritiene opportuno, anche quale sarà la sua chiesa principale.

Vogliamo che queste nostre disposizioni e norme siano valide ed efficaci ora e in futuro, nonostante, se fosse necessario, le Costituzioni e le Ordinanze apostoliche emanate dai nostri predecessori, e ogni altra prescrizione anche degna di particolare menzione o deroga.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 4 novembre 2009, Memoria di San Carlo Borromeo.

BENEDICTUS PP XVI

<sup>17</sup> Cf. CIC, cann. 495-502.

<sup>18</sup> Cf. CIC, cann. 492-494.

<sup>19</sup> Cf. CIC, can. 511.

# **Norme complementari alla costituzione apostolica *anglicanorum coetibus***

## **Dipendenza dalla Santa Sede**

### Articolo 1

Ciascun Ordinariato dipende dalla Congregazione per la Dottrina della Fede e mantiene stretti rapporti con gli altri Dicasteri Romani a seconda della loro competenza.

## **Rapporti con le Conferenze Episcopali e i Vescovi diocesani**

### Articolo 2

§ 1. L'Ordinario segue le direttive della Conferenza Episcopale nazionale in quanto compatibili con le norme contenute nella Costituzione Apostolica *Anglicanorum coetibus*.

§ 2. L'Ordinario è membro della rispettiva Conferenza Episcopale.

### Articolo 3

L'Ordinario, nell'esercizio del suo ufficio, deve mantenere stretti legami di comunione con il Vescovo della Diocesi in cui l'Ordinariato è presente per coordinare la sua azione pastorale con il piano pastorale della Diocesi.

## **L'Ordinario**

### Articolo 4

§ 1. L'Ordinario può essere un vescovo o un presbitero nominato dal Romano Pontefice *ad nutum Sanctae Sedis*, in base ad una terna presentata dal Consiglio di governo. Per lui si applicano i cann. 383-388, 392-394 e 396-398 del Codice di Diritto Canonico.

§ 2. L'Ordinario ha la facoltà di incardinare nell'Ordinariato i ministri anglicani entrati nella piena comunione con la Chiesa Cattolica e i candidati appartenenti all'Ordinariato da lui promossi agli Ordini Sacri.

§ 3. Sentita la Conferenza Episcopale e ottenuto il consenso del Consiglio di governo e l'approvazione della Santa Sede, l'Ordinario, se ne vede la necessità, può erigere decanati territoriali, sotto la guida di un delegato dell'Ordinario e comprendenti i fedeli di più parrocchie personali.

## **I fedeli dell'Ordinariato**

### Articolo 5

§ 1. I fedeli laici provenienti dall'Anglicanesimo che desiderano appartenere all'Ordinariato, dopo aver fatto la Professione di fede e, tenuto conto del can. 845, aver ricevuto i Sacramenti dell'Iniziazione, debbono essere iscritti in un apposito registro dell'Ordinariato. Coloro che sono stati battezzati nel passato come cattolici fuori dall'Ordinariato non possono ordinariamente essere ammessi come membri, a meno che siano congiunti di una famiglia appartenente all'Ordinariato.

§ 2. I fedeli laici e i membri di Istituti di Vita Consacrata e di Società di Vita Apostolica, quando collaborano in attività pastorali o caritative, diocesane o parrocchiali, dipendono dal Vescovo diocesano o dal parroco del luogo, per cui in questo caso la potestà di questi ultimi è esercitata in modo congiunto con quella dell'Ordinario e del parroco dell'Ordinariato.

## **Il clero**

### Articolo 6

§ 1. L'Ordinario, per ammettere candidati agli Ordini Sacri deve ottenere il consenso del Consiglio di governo. In considerazione della tradizione ed esperienza ecclesiale anglicana, l'Ordinario può presentare al Santo Padre la richiesta di ammissione di uomini sposati all'ordinazione presbiterale nell'Ordinariato, dopo un processo di discernimento basato su criteri oggettivi e le necessità dell'Ordinariato. Tali criteri oggettivi sono determinati dall'Ordinario, dopo aver consultato la Conferenza Episcopale locale, e debbono essere approvati dalla Santa Sede.

§ 2. Coloro che erano stati ordinati nella Chiesa Cattolica e in seguito hanno aderito alla Comunione Anglicana, non possono essere ammessi all'esercizio del ministero sacro nell'Ordinariato. I chierici anglicani che si trovano in situazioni matrimoniali irregolari non possono essere ammessi agli Ordini Sacri nell'Ordinariato.

§ 3. I presbiteri incardinati nell'Ordinariato ricevono le necessarie facoltà dall'Ordinario.

### Articolo 7

§ 1. L'Ordinario deve assicurare un'adeguata remunerazione ai chierici incardinati nell'Ordinariato e provvedere alla previdenza sociale per sovvenire alle loro necessità in caso di malattia, di invalidità o vecchiaia.

§ 2. L'Ordinario potrà convenire con la Conferenza Episcopale eventuali risorse o fondi disponibili per il sostentamento del clero dell'Ordinariato.

§ 3. In caso di necessità, i presbiteri, con il permesso dell'Ordinario, potranno esercitare una professione secolare, compatibile con l'esercizio del ministero sacerdotale (cf. CIC, can. 286).

### Articolo 8

§ 1. I presbiteri, pur costituendo il presbiterio dell'Ordinariato, possono essere eletti membri del Consiglio Presbiterale della Diocesi nel cui territorio esercitano la cura pastorale dei fedeli dell'Ordinariato (cf. CIC, can. 498, § 2).

§ 2. I presbiteri e i diaconi incardinati nell'Ordinariato possono essere, secondo il modo determinato dal Vescovo diocesano, membri del Consiglio Pastorale della Diocesi nel cui territorio esercitano il loro ministero (cf. CIC, can. 512, § 1).

### Articolo 9

§ 1. I chierici incardinati nell'Ordinariato devono essere disponibili a prestare aiuto alla Diocesi in cui hanno il domicilio o il quasi-domicilio, dovunque sia ritenuto opportuno per la cura pastorale dei fedeli. In questo caso dipendono dal Vescovo diocesano per quello che riguarda l'incarico pastorale o l'ufficio che ricevono.

§ 2. Dove e quando sia ritenuto opportuno, i chierici incardinati in una Diocesi o in un Istituto di Vita Consacrata o in una Società di Vita Apostolica, col consenso scritto rispettivamente del loro Vescovo diocesano o del loro Superiore, possono collaborare alla cura pastorale dell'Ordinariato. In questo caso dipendono dall'Ordinario per quello che riguarda l'incarico pastorale o l'ufficio che ricevono.

§ 3. Nei casi previsti nei paragrafi precedenti deve intervenire una convenzione scritta tra l'Ordinario e il Vescovo diocesano o il Superiore dell'Istituto di Vita Consacrata o il Moderatore della Società di Vita Apostolica, in cui siano chiaramente stabiliti i termini della collaborazione e tutto ciò che riguarda il sostentamento.

### Articolo 10

§ 1. La formazione del clero dell'Ordinariato deve raggiungere due obiettivi: 1) una formazione congiunta con i seminaristi diocesani secondo le circostanze locali; 2) una formazione, in piena armonia con la tradizione cattolica, in quegli aspetti del patrimonio anglicano di particolare valore.

§ 2. I candidati al sacerdozio riceveranno la loro formazione teologica con gli altri seminaristi in un seminario o in una facoltà teologica, sulla base di un accordo intervenuto tra l'Ordinario e il Vescovo diocesano o i Vescovi interessati. I candidati possono ricevere una particolare formazione sacerdotale secondo un programma specifico nello stesso seminario o in una casa di formazione appositamente eretta, col consenso del Consiglio di governo, per la trasmissione del patrimonio anglicano.

§ 3. L'Ordinariato deve avere una sua *Ratio institutionis sacerdotalis*, approvata dalla Santa Sede; ogni casa di formazione dovrà redigere un proprio Regolamento, approvato dall'Ordinario (cf. CIC, can. 242, §1).

§ 4. L'Ordinario può accettare come seminaristi solo i fedeli che fanno parte di una parrocchia personale dell'Ordinariato o coloro che provengono dall'Anglicanesimo e hanno ristabilito la piena comunione con la Chiesa Cattolica.

§ 5. L'Ordinariato cura la formazione permanente dei suoi chierici, partecipando anche a quanto predispongono a questo scopo a livello locale la Conferenza Episcopale e il Vescovo diocesano.

## I Vescovi già anglicani

### Articolo 11

§ 1. Un Vescovo già anglicano e coniugato è eleggibile per essere nominato Ordinario. In tal caso è ordinato presbitero nella Chiesa cattolica ed esercita nell'Ordinariato il ministero pastorale e sacramentale con piena autorità giurisdizionale.

§ 2. Un Vescovo già anglicano che appartiene all'Ordinariato può essere chiamato ad assistere l'Ordinario nell'amministrazione dell'Ordinariato.

§ 3. Un Vescovo già anglicano che appartiene all'Ordinariato può essere invitato a partecipare agli incontri della Conferenza dei Vescovi del rispettivo territorio, nello stesso modo di un vescovo emerito.

§ 4. Un Vescovo già anglicano che appartiene all'Ordinariato e che non è stato



ordinato vescovo nella Chiesa Cattolica, può chiedere alla Santa Sede il permesso di usare le insegne episcopali.

## **Il Consiglio di governo**

### Articolo 12

§ 1. Il Consiglio di governo, in accordo con gli Statuti approvati dall'Ordinario, ha i diritti e le competenze che secondo il Codice di Diritto Canonico sono propri del Consiglio Presbiterale e del Collegio dei Consultori.

§ 2. Oltre tali competenze, l'Ordinario ha bisogno del consenso del Consiglio di governo per:

- a. ammettere un candidato agli Ordini Sacri;
- b. erigere o sopprimere una parrocchia personale;
- c. erigere o sopprimere una casa di formazione;
- d. approvare un programma formativo.

§ 3. L'Ordinario deve inoltre sentire il parere del Consiglio di governo circa gli indirizzi pastorali dell'Ordinario e i principi ispiratori della formazione dei chierici.

§ 4. Il Consiglio di governo ha voto deliberativo:

- a. per formare la terna di nomi da inviare alla Santa Sede per la nomina dell'Ordinario;
- b. nell'elaborare le proposte di cambiamento delle Norme Complementari dell'Ordinariato da presentare alla Santa Sede;
- c. nella redazione degli Statuti del Consiglio di governo, degli Statuti del Consiglio Pastorale e del Regolamento delle case di formazione.

§ 5. Il Consiglio di governo è composto secondo gli Statuti del Consiglio. La metà dei membri è eletta dai presbiteri dell'Ordinariato.

## **Il Consiglio Pastorale**

### Articolo 13

§ 1. Il Consiglio Pastorale, istituito dall'Ordinario, esprime il suo parere circa l'attività pastorale dell'Ordinariato.

§ 2. Il Consiglio Pastorale, presieduto dall'Ordinario, è retto dagli Statuti approvati dall'Ordinario.

## **Le parrocchie personali**

### Articolo 14

§ 1. Il parroco può essere assistito nella cura pastorale della parrocchia da un vicario parrocchiale, nominato dall'Ordinario; nella parrocchia deve essere costituito un Consiglio pastorale e un Consiglio per gli affari economici.

§ 2. Se non c'è un vicario, in caso di assenza, d'impedimento o di morte del parroco, il parroco del territorio in cui si trova la chiesa della parrocchia personale, può esercitare, se necessario, le sue facoltà di parroco in modo suppletivo.

§ 3. Per la cura pastorale dei fedeli che si trovano nel territorio di Diocesi in cui non è stata eretta una parrocchia personale, sentito il parere del Vescovo diocesano, l'Ordinario può provvedere con una quasi-parrocchia (cf. CIC, can. 516, § 1).

Il Sommo Pontefice Benedetto XVI, nell'Udienza concessa al sottoscritto Car-

*Norme complementari alla costituzione apostolica anglicanorum coetibus*

dinale Prefetto, ha approvato le presenti Norme Complementari alla Costituzione Apostolica *Anglicanorum coetibus*, decise dalla Sessione Ordinaria di questa Congregazione, e ne ha ordinato la pubblicazione.

Roma, dalla Sede della Congregazione per la Dottrina della Fede, il 4 novembre 2009, Memoria di San Carlo Borromeo.

William Card. Levada  
Prefetto

+ Luis. F. Ladaria, S.I.  
Arcivescovo tit. di Thibica  
Segretario

## **Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano – Nolana - Nullitatis matrimonii, 13 marzo 2003 – c. Casole, Ponente**

**Matrimonio – Ipospadiā balanica – Impotenza Copulativa – Dolo – Impossibilita' di consumare il matrimonio "humano modo"- Incapacita' ad instaurare il consortium coniugale aperto al bene dei coniugi e incapacità ad assumere gli oneri coniugali**

*L'impotenza concerne la capacità dell'uomo ad una copula perfetta, che consiste nella penetrazione ed eiaculazione in vagina del seme. L'impotenza può essere di natura anatomica, o strumentale, e di natura funzionale-psichica. Causa l'impotenza l'ipospadia, che è un vizio di conformazione congenito, consistente in un'apertura anormale della parte inferiore dell'uretra, il cui sbocco viene a trovarsi al di sotto del livello normale.*

*Il dolo, quale "nuova" ipotesi di nullità matrimoniale, consiste in un inganno perpetrato ai danni di uno dei due coniugi e diretto ad ottenere il consenso di costui alla celebrazione delle nozze.*

*Il dolo deve riguardare una qualità di per se atta, oggettivamente, ad indurre in errore il soggetto e, nello stesso tempo a pregiudicare in modo radicale la convivenza matrimoniale. Questo stretto legame tra errore e dolo è rilevante ai fini della valutazione circa la retroattività o meno dell'ipotesi di nullità relativa al can. 1098 del c.i.c. del 1983.*

### *Fattispecie*

(Omissis) 1. – S. S. M., (...) e L. M. F., (...) contrassero matrimonio canonico concordatario il 29.06.1966 nella chiesa di S. Maria dell'Arco in S. Anastasia (Napoli).

Il fidanzamento durò per un breve periodo e non consentì ai due giovani di conoscersi in modo approfondito prima del matrimonio.

La prima notte di nozze, l'attrice ebbe una triste sorpresa: scoprì che il L. M. era affetto da una grave forma di ipospadia, vale a dire da una malformazione del pene, che non gli consentiva di avere un rapporto sessuale completo.

Tale malformazione, infatti, gli impediva di avere un'erezione che gli permettesse la penetrazione in vagina, anche se gli rendeva possibile l'effusione del liquido seminale, grazie ad uno sbocco che si trovava alla base del pene.

In tal modo, nonostante l'esistenza della succitata affezione, si è resa possibile la fecondazione e, dal matrimonio ora accusato di nullità, sono nati due figli.

Dopo l'amara scoperta, il L. M. garantì alla moglie che si sarebbe sottoposto ad un'operazione chirurgica per correggere la sua malformazione, ma non mantenne mai la parola data.

La S. decise di restare accanto al marito e di mostrarsi sensibile e delicata verso il suo problema.

Nonostante ciò, il marito ebbe sempre nei suoi confronti un atteggiamento ar-

rogante e violento, al punto che egli la picchiò anche quando l'attrice era incinta di pochi mesi.

A ciò, si aggiungevano le frustrazioni legate ai rapporti sessuali tra i due coniugi, che arrivarono al culmine, quando lui, abbandonata ormai l'idea di sottoporsi ad un intervento correttivo, tentò di penetrare la moglie con un attrezzo.

Da quel giorno, i due coniugi smisero di dormire insieme.

Il concorrere di tanti fattori e l'impossibilità di avere un rapporto sentimentale sereno e soddisfacente comportarono nell'attrice una serie di disturbi nervosi, che, col passare del tempo, si aggravarono, obbligandola a ricercare cure, che restavano inefficaci di fronte al fatto che la sua vita non cambiava e non venivano meno le cause della sua infelicità.

In realtà, già in passato, l'attrice aveva pensato di richiedere l'annullamento del suo matrimonio, anche perché ciò le era stato consigliato dal suo ginecologo.

Questi, infatti, nel corso di una visita di controllo, eseguita durante la sua prima gravidanza, aveva rilevato che non era stata deflorata e, perciò, le aveva consigliato di ricorrere all'annullamento matrimoniale.

L'ostilità della famiglia, però, fece sì che lei desistesse dall'originario progetto e si dedicasse con tutta se stessa all'educazione dei figli.

Peraltro, una volta cresciuti i figli, e, dopo la morte del padre, che più di tutti si opponeva a una causa di nullità, la S. ha deciso di agire per la nullità del suo matrimonio, al fine di recuperare la sua dignità di persona e la sua libertà interiore.

2. - Con libello, presentato in data 18.1.1997, presso questo Tribunale, S. M. S. accusava di nullità il matrimonio contratto con L. M. F., per essere egli affetto da impotenza copulativa perpetua e antecedente al matrimonio, ai sensi del can. 1084 c.j.c. §1 e per comportamento doloso del convenuto, *ex can. 1098 c.j.c.*

L'11.02.1997 si costituiva il Collegio giudicante e, nella stessa data, veniva decretata l'ammissione del libello.

All'udienza fissata per la contestazione della lite, in data 26.06.1997, il dubbio veniva concordato nella seguente formula:

“Se consti della nullità del matrimonio nel caso:

- 1) per comportamento doloso da parte del convenuto (can. 1098)
- 2) per incapacità del convenuto ad instaurare il “*consortium coniugale*” aperto al bene dei coniugi (can. 1055) e, in subordine, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095 n. 3)”.

Stabilito l'inizio della fase istruttoria, l'attrice rendeva la sua deposizione il giorno 29.10.1997.

Il convenuto, invece, veniva ascoltato, previa rogatoria, al Tribunale Ecclesiastico di Messina, in data 08.01.1998.

Si procedeva, dunque, all'escussione dei testi.

Successivamente, veniva decretato il riascolto della parte attrice e la stessa veniva sentita il 09.03.1999.

In data 16.07.1999, su istanza del patrono di parte attrice, veniva decretata l'estensione del dubbio.

Pertanto, l'11.10.1999, si procedeva ad una nuova contestazione della lite e il dubbio veniva fissato nella seguente formula:

“Se consti della nullità del matrimonio nel caso:

- 1) per impotenza copulativa antecedente e perpetua al matrimonio da parte del convenuto (can. 1084 §1);
- 2) per comportamento doloso da parte del convenuto (can. 1098);

3) per incapacità del convenuto ad instaurare il “*consortium coniugale*” aperto al bene dei coniugi (can. 1055) e, in subordine, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095 n. 3)”.

Il giorno 01.03.2000, venivano escussi nuovamente i testi L. M. L. e L. M. S.

Successivamente, il 28.03.2000, veniva decretato il trasferimento del Tribunale a Lipari (ME), per l’audizione della parte convenuta e di tre testi.

Il 26.04.2000, il convenuto rendeva la sua deposizione e, nella stessa data, veniva ascoltata anche una teste.

Disposta una perizia per l’esecuzione di un’ispezione medico-legale sulla persona del convenuto, o, eventualmente, sugli atti acquisiti nel processo, il 14.11.2000, venivano inviati gli atti di causa al Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo, per procedere agli adempimenti richiesti.

Il 02.05.2001, la Cancelleria del succitato Tribunale provvedeva a inviare un telegramma del convenuto e la perizia effettuata sugli atti dal dott. B. L. F.

Il 24.05.2001, il patrono di parte attrice faceva pervenire a questo Tribunale le sue osservazioni critiche sulla perizia eseguita, ponendo in rilievo la necessità di procedere ad un’indagine diretta sulla persona del L. M., per poter accertare la forma di ipospadia da cui questi risultava essere affetto.

All’occasione, lo stesso patrono di parte attrice faceva istanza, perché, a questa perizia, presenziasse un perito di parte, nella persona del dott. D., il quale, però, per “*coartata tempora*”, non presenziò.

Il 18.06.2001 il dott. B. L. F., perito d’ufficio, eseguiva la perizia medico-legale sulla persona del convenuto, ma, come si è detto precedentemente, il perito di parte fu assente.

Il 24.09.2001, il patrono di parte attrice contestava la perizia di ufficio e chiedeva che fosse disposta una nuova perizia sulla persona del L. M. e che la stessa fosse eseguita in presenza di un altro perito di parte, indicato nella persona del dott. R. A.

La nuova perizia veniva effettuata in data 28.5.2002, alla presenza del perito di parte, il quale, il 3.7.2002, faceva pervenire presso questo tribunale le sue osservazioni.

Il 9.9.2002 è stata decretata la pubblicazione degli atti.

In data 13.9.2002, al patrono di parte convenuta venivano inviati gli atti e il decreto di pubblicazione, nel quale veniva specificato che si davano 30 giorni dalla ricezione per eventuali osservazioni, ma il plico ritornava al Tribunale, in data 3.10.2002, “*per compiuta giacenza*”, sebbene l’avv. C. fosse stato avvisato dal postino il 16.9.2002 e il 17.9.2002 presso il suo studio (*omissis*).

In data 23.10.2002, veniva emesso decreto di conclusione in causa, ricevuto dal patrono di parte convenuta il 28.10.2002, come risulta dalla cartolina A.R. agli atti.

In tale decreto, venivano concessi 30 giorni per presentare le difese, ma nulla è giunto in Tribunale fino al 13 dicembre 2002, quando il patrono di parte convenuta, personalmente, ha ritirato gli atti presso il nostro Tribunale.

Il 13.1.2003 veniva comunicata la data della decisione, fissata per il 13.2.2003; in tale data, l’avv. di parte convenuta, in un fax inviato, chiedeva un nuovo termine per presentare le difese. Tale richiesta veniva accolta e si concedevano 15 giorni dalla data di ricezione (21.2.2003).

In data 7.3.2003 veniva comunicata la nuova data di decisione per il 13.3.2003.

In data 12.3.2003 il patrono di parte convenuta faceva pervenire le sue difese, mentre le *Animadversiones* e il *Restrictus* di parte attrice erano stati presentati nei tempi previsti.

*In Iure*

Impotenza

3. - L'impotenza *coëundi*, o incapacità di porre atti per sé idonei alla procreazione, “*sive antecedens et perpetua, sive absoluta, sive relativa, matrimonium ipso naturae iure dirimit*” (can. 1068, c.j.c. del 1917).

Secondo la giurisprudenza comune, perché si abbia una copula perfetta, si richiede che l'uomo debba essere capace, con il suo membro virile, di penetrare e di eiaculare in vagina il seme, poiché così si esprime la norma: “*coniugalis actus, ad quem natura sua ordinatur contractus matrimonialis et quo coniuges fiunt una caro*” (can. 1015 §1 c.j.c. del 1917).

Il Codice del 1983, nel can. 1084, riferisce le stesse disposizioni; ma aggiunge al paragrafo 2: “*Si impedimentum impotentia dubium sit, sive dubio iuris, sive dubio facti, matrimonium non est impediendum, nec stante dubio, nullum declarandum*”.

Circa la causa, l'impotenza coëundi può essere di natura anatomica, o strumentale, e di natura funzionale-psichica.

Tra le prime, riscontriamo i casi di infantilismo, ipoplasia, epispadia, ipospadia o elefantiasi, cioè qualunque malformazione o processo patologico che ostacoli la capacità di erezione, di penetrazione e, di conseguenza, di eiaculazione in vagina; ecco perché il can. 1081 §1 (Codice del 1917) e can. 1057 §1 (Codice del 1983) recitano che “*matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles*”. Pertanto, le persone, che, per diritto, sono inabili, non possono adire al matrimonio. Già in questi termini si esprimeva l'Angelico dottore: “*non est conveniens obligatio, si aliquis se obligat ad hoc quod non potest dare vel facere, ita non est conveniens matrimonii contractus si fiat ab aliquo qui debitum carnale solvere non possit*” (S. Tommaso, *Summa Theologica*, Suppl., qu. 58, art. 1, uic.).

Il canone 1055 §1 c.i.c. descrive l'istituto matrimoniale come “*totius vitae consortium, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum*”. Lo stesso can. 1098, nel descrivere l'ipotesi del dolo, pone in rilievo che l'invalidità matrimoniale deriva dall'assenza di una “qualità dell'altra parte, che per sua natura può turbare gravemente la comunità di vita coniugale”.

Da quanto detto, si ricava una duplice finalità, premanente dalla stessa natura del matrimonio, e, cioè, la capacità di porre *humano modo coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem...et quo coniuges fiunt una caro* (can. 1061§1).

4. - Il caso in esame riguarda l'ipospadia, che è un vizio di conformazione congenito, consistente in un'apertura anormale della parte inferiore dell'uretra, il cui sbocco viene a trovarsi al di sotto del livello normale.

La patogenesi della malformazione è legata ad un arresto del processo di coalescenza dei vari elementi embriologici che entrano nella formazione dei diversi tratti dell'uretra e che sono variamente interessati in rapporto ai tipi anatomici dell'ipospadia: difetto di escavazione del cosiddetto muro balanico, oppure assenza di saldatura dei bordi della doccia sottopeniana e, quindi, delle pliche urogenitali o, nei casi ancora più gravi, addirittura dei tubercoli genitali.

Secondo Ombredanne, le forme dell'ipospadia non sono che differenti gradi di aplasia della faccia inferiore del pene. Ciò fa sì che alla malformazione principale se ne associno altre, venendosi a creare una varietà di aspetti quasi infinita.

L'aspetto e la forma del meato possono essere i più vari: molto grande e a valvola o a lembo, puntiforme ecc. Circa lo sbocco, questo può essere rinvenuto in ogni punto dell'uretra anteriore, distinguendosi, così, quattro varietà fondamentali di ipospadia:

balanica, peniena, penoscrotale e perineoscrotale.

A noi interessa l'ipospadia balanica, il cui orifizio uretrale si apre alla base del glande, il quale è, in genere, appiattito e scavato da una doccia, estendendosi fino a quella che sarebbe stata la sede del meato stesso. Altre volte, può invece accadere che, in questa zona, venga a trovarsi un canale a fondo cieco, che termina in vicinanza del meato ipospadico. Il pene è, in genere, ben sviluppato. La funzione urinaria viene a essere scarsamente disturbata dalla malformazione stessa, mentre la funzione fecondativa sembra essere notevolmente influenzata: il getto dello sperma non può essere diretto contro la *portio* (cfr. voce "Ipospasia", in AA.VV., *Enciclopedia Medica*, USES ..... , p. 442 ss.).

5. - Perché si possa riconoscere la nullità di un matrimonio per impotenza, questa deve essere antecedente e perpetua "*tempore celebrationis matrimonii*". La prova di questa resta difficile, anche se non impossibile.

Circa la prova dell'impotenza, così si legge in una *coram* Ewers: "*Quo autem de existentia alicuius, impotentiae et quidem antecedens ac perpetuae, sententia ferri possit, requiritur et sufficit quod actis et probatis habeatur certitudo moralis, quae utique prudens ac positivum dubium de contrario excludat, at non est mathematica et absoluta. Tandem supplicat recoluisse impotentiam seu incapacitatem ponendi copulam perfectam iudicialiter probari in primis coniugum confessione, aptorum testium depositionibus confirmata atque peritorum medicorum votis exquisitis (SRRD, diei 18 iunii 1979, vol. 71, p. 462, n. 5)*. Molto esplicativa, a tal proposito, anche la sentenza *coram* De Filippi del 17 febbraio 1995.

Si deve attribuire grande importanza alla confessione dei coniugi, perché "*de actibus, qui ex sua natura in secreto thalami ponuntur, vel saltem tempantur, unde solis coniugibus, praeterquam... , notis, ea propter in processibus de impotentia depositiones coniugum, iurisindicandi pondere firmatae, argumentum primum merito haberi debent.*

*Quod tamen ordinario vim plenae probationis obtinet tantimmodo si fulciantur adimniculis et argumentis. Index autem ex actorum complexione semper suam certitudinem effermabit*" (SRRD, *coram* Ewers, diei 16 novembris 1974, vol. 64, p. 378 n. 4).

Infine, come recita il can. 1680: "*in causis de impotentia iudex omnis periti vel plurium opera utetur*".

6. - Il perito può illustrare le condizioni anomale dell'uomo, evidenziare l'origine di queste: la gravità; se, al tempo del consenso, questa anomalia era presente; se era reversibile o meno.

Perciò il giudice "*non peritorum tantum conclusiones sed cetera quoque causae adiunctae attente perpendat*" (can. 1579 §1), et "*cum reddit rationes decidendi, exprimere debet quibus motus argumentis peritorum conclusiones qui admiserit aut reiecerit*" (can. 1579 §2).

### Il dolo

7. - Il dolo, secondo la classica definizione di Labeone, tramandataci da Ulpiano, è "*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*".

Questa definizione, più tardi, è stata perfezionata da filosofi e giuristi in questi termini: "*Deceptio alterius, deliberate et fraudolenter commissa, qua inducitur ad determinatum actum iuridicum*" (MICHIELS).

Dalle due definizioni, possiamo ricavare le note che caratterizzano la figura del dolo:

- a) il dolo interessa direttamente l'intelletto dell'ingannato e, solo indirettamente,

– e cioè mediante l'intelletto – la sua volontà, nei suoi elementi essenziali di libera scelta e determinazione. Il dolo, cioè, è rilevante solo se causa errore, cioè “*restringimento dell'opzione matrimoniale*” (cfr. SERRANO, *Ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, in AA.VV., *Il Codice del Vaticano II*, Bologna, 1985, p. 186);

b) Il dolo deve essere posto in essere, non solo con la finalità di ingannare, ma di ingannare per ottenere il consenso, giacché la persona ingannata mai avrebbe consentito, ove non fosse stata indotta in errore dal dolo altrui: deve cioè trattarsi di un dolo *dans causam* (cfr. CASTAÑO, *Il dolo nel matrimonio*, in AA.VV., *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, LEV 1986, p. 108). L'essenza della rilevanza giuridica di questo vizio sta dunque nella “*falsificazione della donazione di sé – oggetto del consenso matrimoniale – operata con il dolo*” (cfr. G. CANALE, *Primi contributi della giurisprudenza rotale alla configurazione del dolo come vizio del consenso matrimoniale*, in *Dir. Eccl.*, 1993, I, p. 344).

L'intenzione di ingannare può consistere in un comportamento commissivo o omissivo, e, cioè, può porsi in essere anche solo “*con il silenzio sleale verso l'altro contraente*” (VIANI, *Matrimonio canonico tra rinnovamento e tradizione. Il dolo nel consenso matrimoniale*, Pisa 1989, p. 18).

Cogliamo l'occasione per attardarci anche sulla questione se la sanzione di nullità, prevista dal dolo, sia solo di diritto positivo, quindi non retroattivo a norma del can. 9, oppure sia anche di diritto naturale, come sembra, allorché si riconosce che la “*deceptio dolosa ex iure naturae vitiat determinationem causalem voluntatis, sive propter defectum rectae cognitionis qualitatis, sive laesionem libertatis.... immo ob laesionem iustitiae*”, che sono di diritto naturale.

Il Castaño, in un suo studio sul dolo, opera una triplice partizione del can. 1098, ed evidenzia: 1) la finalità del dolo, mirante a carpire il consenso matrimoniale; 2) l'attribuzione della qualità al partner, anche se il dolo fosse messo in atto da terza persona; 3) l'oggettiva attitudine della qualità a perturbare la comunione della vita coniugale (J. CASTAÑO, *Il dolo nel matrimonio*, cit., pp. 101-115).

Quello che a noi interessa è il terzo punto, in quanto aiuta a individuare le qualità, che, fatte oggetto del dolo, possono stare a fondamento della nullità del matrimonio.

Si tratta di qualità oggettivamente e potenzialmente atte a perturbare la vita coniugale: naturalmente, l'attitudine oggettiva si deve relazionare al caso specifico, e la potenzialità deve intendersi come possibilità.

Nel nostro caso, la qualità è oggettiva, infatti, costituisce l'oggetto del contratto, stando al can. 1055 §1: “*Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est*” e ancora: il can. 1057 §1 che recita: “*matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles...*”.

Come si può dedurre, quindi, i coniugi, nel contrarre matrimonio, non solo devono saper percepire che cos'è l'istituto matrimoniale e arrivarci liberamente e coscientemente, ma anche bisogna che abbiano la capacità di portare a compimento i doveri essenziali del matrimonio. Non è facile dire quali siano i diritti e i doveri essenziali, diritti e doveri che possono essere chiariti, considerando la natura, i beni e i fini dello stesso matrimonio.

Il can. 1098 stabilisce che il dolo, per essere giuridicamente rilevante, deve riguardare una “*aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium*



*vitae coniugalis graviter perturbare potest...*” e cioè deve vertere “*su attributi o connotati presenti nel contraente al momento del matrimonio e non quello che si riferisce ad aspettative, previsioni, speranze disilluse poi dai fatti*” (cfr. VIANI, cit. p. 20) e la *qualitas* deve essere idonea a turbare gravemente il *consortium vitae coniugalis* (cfr. CASTAÑO, *Il dolo*, cit., p. 110).

Non si può ignorare la connessione esistente tra dolo ed errore (dolo congiunto ad errore, come dice il MICHIELS), poiché non si può intendere bene l'uno ignorando l'altro.

A motivo di questa connessione, la questione della retroattività del capo di nullità per l'errore doloso, introdotto col nuovo can. 1098, rimane apertissima. Sembra che, nell'impedimento stabilito col can. 1098, non si tratti del dolo genericamente inteso, ma dell'errore doloso. C'è dunque da ponderare bene se, nel singolo caso, la nullità deve farsi dipendere, come sanzione punitiva del “*deceptor*”, dal dolo commesso, o deve essere fatta profluire dall'errore del “*deceptus*”; e c'è da ponderare bene se la norma generale, cui fare riferimento, sia quella del canone 125, o non, piuttosto, quella del canone 126.

È giusto che si dia valore di norma relativa anche all'errore: errore magari non riguardante la sostanza del contratto in senso stretto (can. 126), ma riguardante sempre qualcosa che “*suapte natura*” incide sul matrimonio “*in facto esse*”.

Lo studio di Gangoitì (B. GANGOITI, *Error, nullatenus dolus, est causa directa nullitatis matrimonii*, in *Quaestiones de matrimonio hisce diebus controversae*, Romae, 1974), ma anche la recente e autorevole giurisprudenza rotale seguono questo orientamento, come può vedersi dalle sentenze analizzate nella Relazione Annuale dell'Attività del Tribunale Apostolico della Rota Romana, nell'anno giudiziario 1990/1991 (pp. 123-127), di Mons. Turnaturi [...].

8. - La prova giudiziaria dovrà esaminare se il *deceptus* era o no certo che la qualità desiderata esisteva o meno, al momento della celebrazione, e se il *deceptor* ha voluto ingannare “*ad obtinendum consensum*”.

Questa prova potrà raggiungersi direttamente (confessione dell'ingannato e di colui che ingannò, confermata da testi), ed indirettamente, in particolare esaminando: a) se la qualità mancava all'atto della celebrazione del matrimonio (cfr. A.R.R.T., *Madraspolitian* 25 ottobre 1990 c. Burke n. 21, in *Dir. Eccl.*, 1993, II, p. 170); b) *quanti nupturiens fecerit qualitatem*; c) il modo di comportarsi quando si scopre che il contraente è privo della qualità che, con dolo commissivo o omissivo, aveva fatto credere di possedere.

#### *Consortium totius vitae*

9. - Il canone 1013 del Codice del 1917 così recita: “*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis, secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*”.

L'oggetto del consenso, fissato nel canone 1013, è, *in primis*, la procreazione e l'educazione della prole e, come secondario, il *mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*.

Questo canone, stabilendo due distinti gradi di finalità, scindeva il nesso tra la dimensione procreativa e quella unitiva del matrimonio cristiano.

Con il Concilio Vaticano II, si nota lo sforzo di allargare i termini dell'oggetto del consenso, evidenziando una maggiore dimensione personalistica.

La stessa giurisprudenza rotale, attenta agli insegnamenti conciliari, ha cercato di dare più specifica descrizione dell'oggetto del consenso matrimoniale, prendendo

in considerazione il *consortium totius vitae*, che, per sua natura, è ordinato al *bonum coniugum* (can. 1055 §1).

Due canoni riguardano la questione del bene degli sposi: uno in modo esplicito, è il can. 1055 §1, l'altro, in maniera implicita, è il can. 1101 §2.

Il “*bonum coniugum*” racchiude in sé un senso generico e uno specifico, come si ricava anche dalla costituzione pastorale *Gaudium et Spes* n. 48, che così dice: “*Per sua indole naturale, l’istituto stesso del matrimonio e l’amore coniugale sono ordinati alla procreazione e alla educazione della prole e in queste trovano il loro coronamento. E così l’uomo e la donna che per il patto d’amore coniugale ‘non sono più due, ma una sola carne’ (Mt, 19,6) prestandosi un mutuo aiuto e servizio con l’intima unione delle persone e delle attività sperimentano il senso della propria unità e sempre più pienamente la raggiungono*”.

Possiamo dire che il senso generico deve essere rapportato a tutti quegli elementi, nei quali si realizza il bene dei coniugi, la loro felicità, la loro relazione inter-personale, la loro “*suavis societas*”, la “*conversatio domestica*” e il loro “*sexuale commercium*”.

Il senso specifico viene adoperato in modo simile alla maniera dei “tre beni” agostiniani, cioè per indicare le caratteristiche essenziali e peculiari del matrimonio, il bene dei figli, il bene della fedeltà e il bene della sacramentalità. Il bene degli sposi, in questo senso specifico, si riferisce alla comunione di tutta la vita (*consortium totius vitae*).

Tutti questi elementi hanno trovato la loro collocazione, nella revisione del codice, nei canoni 1055, 1056, 1057 §2 e nel 1061.

In una *coram* Bruno del 16.12.1988, l’eccellentissimo padre rotale, nel rilevare l’uso della frase nel canone 1055 §1, dice che il fondamento della relazione matrimoniale risiede nella unione completa (*coniunctio*) degli sposi in tutti gli aspetti della loro vita, spirituali, intellettuali, dei sentimenti, e di quelli economici, oltre che fisici e sociali. A sostegno di ciò, cita il dottore Angelico, il quale, parlando delle più alte forme di amore, dice: “*l’amore più grande si mostrerebbe essere esistente tra marito e moglie, poiché essi sono uniti non solo nell’atto della copula carnale, che anche tra gli animali produce una dolce relazione (suavis societas), ma anche nella partecipazione totale della vita di famiglia (totius domesticae conversationis consortium)*” (cfr. S. TOMMASO, *Summa contra Gentiles*, 3, 1123).

Il can. 1057 §2 recita: “*Il matrimonio nasce dal consenso delle parti, cioè dall’atto della volontà col quale l’uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio*”.

Come si può notare, oggetto, pertanto, del consenso, sono la donazione e l’accettazione reciproca, con le quali, l’uomo e la donna diventano marito e moglie, costituendo quella intima comunità di vita e d’amore coniugale che è il matrimonio.

In una *coram* Bruno del 17 giugno 1983 (in *RR.D.*, vol. 75, pp. 358-370), viene affermato che l’oggetto formale-sostanziale del consenso è non solo il diritto esclusivo al corpo per gli atti per sé idonei alla generazione della prole, ma anche il diritto al consorzio o comunione di vita con i correlativi obblighi.

L’eccellentissimo Mons. Pompèdda, circa l’oggetto integrale del consenso, in un suo articolo scrive: “*Non deve essere ristretto alla reciproca donazione-accettazione, ma abbraccia la totale communio vitae... Il diritto alla comunione di vita, pertanto, si manifesta come un elemento essenziale del consenso matrimoniale*” (M. F. POMPEDDA, *De Incapacitate adsumendi obligationes matrimonii essentielles*, in *Periodica*, 1986, pp. 145-146).

Il padre rotale Palestro arriva a dire: “*Unde matrimonii natura describitur ut intima*

*totius vitae coniunctio inter virum et mulierem ad prolis procreationem et educationem ordinatam quaeque essentialia elementa unius matrimonii constituunt ... Obiectum formale et substantiale matrimonialis consensus et potissimum et necessario ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, ius ad totius vitae consortium et communionem, quibus efficitur coniugalis status et bonum coniugum consequitur fide et vinculi perpetuitate servatis*” (in *Monitor Ecclesiasticus*, 1985, p. 330).

In una *coram* Pinto si legge: “*Odiernus personalismus exigere videtur ut praeter bona fidei, prolis et sacramenti, coniugum bonum pariter agnoscat, servata quidem naturali ordinatione ad prolem*” (cfr. *coram* Pinto, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1985, p. 330).

In una *coram* Giannecchini del 27 maggio 1983, viene evidenziato che il *bonum coniugum* appartiene, prima e massimamente, all’essenza del matrimonio stesso, con il relativo diritto ed obbligo connesso al “*consortium vitae coniugalis*”...

In un’altra sentenza, il Giannecchini, identificando il *bonum coniugum* con il *consortium totius vitae*, dice che tali doveri-diritti non vanno confusi con il difetto di coabitazione (*coram* Giannecchini, *Ludoviciana*, del 22 giugno 1984, nn. 2-4).

In una *coram* Ragni, si precisa che il diritto alla comunione di vita, con la quale, spesso, viene identificato il *bonum coniugum*, non può riferirsi semplicemente all’amore coniugale, ma deve riferirsi agli specifici atti e alle caratteristiche della relazione interpersonale tra i coniugi (*coram* Ragni, del 18 dicembre 1984, n. 4).

L’attenzione della dottrina e della giurisprudenza è rivolta ai termini personalistici forniti dalla descrizione conciliare del matrimonio e viene evidenziata, soprattutto, la relazione interpersonale degli sposi.

Il significato specifico del *bonum coniugum* sta a designare il bene degli sposi, ed esplicita tale bene in termini di relazione interpersonale e le cui caratteristiche essenziali costituiscono il *bonum coniugum* come elemento distinto nell’oggetto del consenso.

Il *bonum coniugum* rappresenta un fine oggettivo del matrimonio. La sua realizzazione avviene nella vita matrimoniale come “*matrimonium in facto esse*”.

Pertanto, il bene delle persone dei coniugi va realizzato, nella vita di coppia, dovendosi rapportare alle persone stesse dei nubendi e va, quindi, identificato in un reciproco perfezionamento psico-sessuale dei coniugi, imponendo a ciascuno di impegnarsi in vista del benessere e crescita dell’altro.

Si richiederà, quindi, nell’ambito della vita di coppia, una concreta e fattiva attenzione alla complessità delle esigenze dell’altro, non solo sotto un profilo materiale e sociale, ma, anche morale e spirituale, tendente alla realizzazione del benessere psicofisico del coniuge, attraverso anche la necessità di una retta vita sessuale, poggiante su una concezione della copula più sensibile alle esigenze psichiche e morali dei coniugi.

10. - Omettiamo di trattare il can. 1095, 3, in quanto lo riteniamo assorbito nel can. 1068 C.J.C. 1917 (can. 1084 C.J.C. 1983).

### *In fatto*

#### L’impotenza

Perché si possa addivenire ad una soluzione della questione di nullità del matrimonio per impotenza dell’uomo, è opportuno che, osservato l’ordine dei tempi, percorriamo le varie fasi di conoscenza delle parti, per far luce, poi, sulla condizione anatomica dell’uomo, che lo rende incapace ad assumere gli oneri coniugali.

Bisogna premettere anche che la vicenda si svolge in un'isola della Sicilia, ove ci ritroviamo di fronte ad una mentalità particolare.

11. - La parte attrice, infatti, comincia la sua deposizione dicendo di non aver avuto simpatia verso la parte convenuta, in quanto si sentiva attratta verso un suo cugino, ma, sua madre non voleva questo fidanzamento, sia perché erano cugini, sia perché, essendo figlia unica, questo fidanzamento l'avrebbe portata ad andare via da Lipari, per l'Australia.

Contemporaneamente, il convenuto le faceva una corte spietata e, come dice la stessa attrice, *“divenne così invadente che un bel giorno mi ritrovai con la sorella di lui in casa mia”* (43-44,8).

Ormai, l'opinione pubblica, data la mentalità del luogo, li ritenne fidanzati. L'attrice evidenzia che si incontravano da soli e, tra loro, c'erano delle affettuosità, non corrisposte da lei, ma precisa che non avevano intimità complete (44,8).

Ribadisce, inoltre, che il fidanzamento è stato imposto dalle circostanze che si sono venute a creare. È stato un fidanzamento burrascoso, litigioso (44,9), e, nonostante le molte interruzioni, la parte convenuta ritornava alla carica, usando mezzucci, per imporre la sua presenza alla parte attrice, la quale, come ella stessa dice, *“...non potevo rifiutare la sua presenza per non far capire tante cose e sbandierarle in pubblico. Possiamo dire, in ultima analisi, la riconciliazione non avveniva, ma erano i mezzucci che lui usava per imporre la sua presenza”* (45,11).

Evidenzia che *“il convenuto, prima del matrimonio non mi ha mai parlato della sua malformazione, ma lo ha detto lui a cose fatte”* (45,12).

Continuando, incalza dicendo: *“Se mi avesse detto che aveva questa malformazione non l'avrei sposato”* (45,13).

La parte attrice, avendo dichiarato che tra loro non c'erano stati rapporti intimi completi, non poteva accorgersi della deficienza anatomica del membro virile, né tanto meno avere qualche dubbio a tal proposito; infatti, in relazione ai rapporti intimi superficiali avuti, l'attrice dichiara: *“Non mi sono mai accorta, perché avvertivo una certa presenza di durezza, ma mai sono andata all'idea anche perché F. non mi aveva comunicato questa sua malformazione fisica”* (45, A.D.R.).

Cosa che ribadisce anche nella seconda deposizione (112,3).

Ed è proprio in questa deposizione che l'attrice chiarisce come è avvenuta la gravidanza prematrimoniale.

Era pasquetta, dopo la solita gita, di pomeriggio, ritornata a casa, l'attrice si pose sul letto a riposare, quando suonò il campanello della porta: sua madre andò ad aprire e l'attrice si ritrovò, sull'uscio della sua camera, il convenuto. Stava per scendere dal letto, ma lui la fermò dicendole che voleva poggiarsi un po' vicino a lei e incominciò a farle delle effusioni andando sempre più oltre.

L'attrice chiamò sua madre: questa o non c'era o non sentì o non volle sentire.

L'attrice circostanzia il rapporto dicendo che *“...ad un certo punto lui mi si mise sopra, mi alzò la veste ed io mi accorsi che con due movimenti mi sentii tutta bagnata, dicendo che lui non voleva approfittarsi di me, ma voleva solo appoggiarsi, perché una ragazza come me non l'aveva mai avuta ma era stato solo cliente di casinò. Dopo di ciò mi diede un fazzoletto per farmi asciugare. Quel giorno lo ricordo come se fosse oggi; era il 13 aprile del 1966 ed io dovevo avere le mestruazioni il 27 aprile, quindi se calcoliamo, ci troviamo nel quindicesimo giorno, nel quale io ero feconda... All'indomani, andai dal farmacista del paese, che era un mio amico, di nome S., a cui dissi l'accaduto, e lui mi diede delle pillole, perché sollecitassero le mestruazioni, ma anche dopo le pillole la mestruazione non venne. Allora lo stesso F., prese le mie urine e le portò a M., perché*

*fossero analizzate e le analisi risultarono positive, io ero incinta e quindi dovetti capitolare per il matrimonio” (112-113, 4).*

Parlando della prima notte di matrimonio, dice di aver provato una grande delusione (46, 16).

Circa la consumazione dice: “...posso dire che non c'è stata penetrazione in quanto egli non aveva erezione essendo affetto da una forma di ipospadia, ma posso dire che c'era un'abbondanza di liquido che oggi ritengo che avveniva in forma precoce...” (47,19).

Evidenzia: “*ho avuto la rottura dell'imene chirurgicamente al momento del parto. Dopo 2-3 anni, perché io potessi, secondo lui, godere, ha cercato di penetrarmi in vagina con un corpo estraneo che mi ha dato tanto fastidio, addirittura mi sono sentita offesa nella mia persona e nella mia femminilità*” (47,20).

Quanto asserisce lo ribadisce nella seconda deposizione (114,5).

Dopo che il convenuto tentò di penetrarla con un corpo estraneo, hanno dormito in stanze separate; l'attrice ha precisato che la seconda figlia era già nata.

Si rileva che la malformazione fu comunicata all'attrice la notte del matrimonio, ma questa continuò la convivenza coniugale, perché, a più riprese, il convenuto le aveva fatto credere che sarebbe potuto guarire con un intervento chirurgico, a cui, però, egli non si è mai sottoposto (47,18).

E l'attrice ha precisato che i figli sono nati per “*deposizione di sperma*” (48, 22).

12. - La parte convenuta esordisce dicendo che “*prima del matrimonio ho accennato all'attrice della mia malformazione al pene, ho dalla nascita un'ipospadia balanica che, in quanto tale, non compromette l'atto sessuale. Essa ha saputo della mia malformazione fin dal primo atto sessuale consumato e mi ha sposato*” (58, 12-13).

Ribadisce che, da parte sua, non l'ha ingannata, in quanto: “*Già prima del nostro matrimonio avevamo avuto i nostri rapporti sessuali pertanto non ci fu inganno da parte mia circa la mia malformazione al pene*” (58, 16).

Nega, poi, di aver tentato di penetrare con un attrezzo l'attrice (59, 20).

Ammette che gli fu consigliato di procedere all'operazione sia in età infantile sia dopo il matrimonio, perché dice: “*non era in uso la chirurgia plastica e c'era pericolo di insorgere di fistole*” (59, 19).

Nella seconda deposizione, il convenuto assume un tono di difesa, atto a scardinare quanto è stato depresso dall'attrice. Conferma, in questa seconda deposizione, quanto ha detto nella prima.

Inoltre, accenna alla gravidanza prematrimoniale, ma senza nulla aggiungere su come sia avvenuta, e, infine, ammette di essere affetto da un'ipospadia di tipo balanico, risolvibile con un'operazione, che, però, avrebbe potuto portare delle complicanze (141-142, 2).

Di nuovo ribadisce che “*l'erezione avviene e la penetrazione in vagina avviene*” (142, 4).

13. - La prova testimoniale è data dai figli delle parti e dalla madre dell'attrice.

N. N., madre della parte attrice, è a conoscenza del perché la figlia ha introdotto questa causa di nullità (91, 7).

È a conoscenza di come è uscita incinta sua figlia (91, 9). Dichiarò che il convenuto, prima del matrimonio, non mise al corrente della sua malformazione l'attrice (91, 11-13).

Dichiarò: “*Il convenuto promise a mia figlia che avrebbe proceduto a sottoporsi ad un intervento chirurgico, cosa che non volle fare. Mia figlia mi disse che il convenuto tentò di penetrare in vagina con un attrezzo, la qual cosa, determinò disturbo sul corpo di mia figlia e profondo odio da parte di lei contro il marito* (92,19).

Ribadisce, continuamente, che la gravidanza prematrimoniale, come la seconda, è stata per assorbimento.

Nella seconda deposizione, chiarisce in che modo la figlia è uscita incinta; infatti, dice: “*si meravigliava come questo fosse successo (la gravidanza) in quanto non c’era stato rapporto completo ma soltanto un avvicinamento del suo sesso al sesso di lui. E si meravigliava lo stesso ginecologo oggi defunto, di nome G., professore, che la trovò ancora intatta. La prima notte di matrimonio mia figlia si rese conto e lo ha accettato in quanto lo vedeva un uomo buono, ma dopo la morte di mio marito, lui ha incominciato un’evoluzione caratteriale che ha reso il L. M. un’altra persona, cioè violento e non aveva più quelle accortezze di prima e con il passar del tempo non hanno più vissuto insieme da vent’anni. Di questa malformazione del L. M. l’ho saputo solo dopo il matrimonio*” (145,3).

Circa visite specialistiche così depone: “*...sua figlia aveva esortato il L. M. ad una visita specialistica e che egli avrebbe assentito e per l’occasione il L. M. chiese di avere un altro figlio adducendo come scusa che se poi l’operazione non fosse riuscita perlomeno avevano avuto un altro figlio, ma dopo la nascita della bambina non si è voluto sottoporre a nessuna visita*” (145-146, 4).

I figli, in una prima deposizione, sono contro la madre, forse per una certa gelosia, poiché la madre dopo tanti anni, si era incontrata con una vecchia fiamma ed erano anche preoccupati che questo incontro potesse avere delle ripercussioni sul patrimonio di famiglia. Nella seconda deposizione, forse perché rassicurati, sono meno faziosi e diventano più obiettivi.

L. M. L. coglie in pieno la figura del padre. Così, nella seconda deposizione, dice: “*(Sono) consapevole oggi più che mai della vita coniugale che mia madre ha svolto con l’insoddisfazione che nutriva e la frustrazione che nutriva si spiegava con un mancato comportamento di mio padre il quale non aveva i requisiti per poter rapportarsi a livello sessuale con mia madre*” (132, A.D.R.).

Circa la conoscenza della malformazione del padre così risponde: “*Quando ero piccola inconsiamente mi rendevo conto che la vita sessuale mancava (tra loro). Quando ebbi le prime mestruazioni rimasi terrorizzata dalle affermazioni di mia madre che mi diceva di allontanarmi dai maschi poiché era pericoloso, perché si poteva facilmente uscire incinta. Poi col tempo mi spiegò la sua situazione, chiarendomi che come lei era uscita incinta, poteva accadere anche per me. In quella occasione mi disse che c’era stata una sorta di strofinio tra lei e mio padre*” (133, A.D.R.).

Circa la possibilità di un’operazione chirurgica risponde: “*all’inizio si negava per paura di non poter più avere figli; poi in seguito ha sempre rimandato le visite, trovando scuse lavorative. Non so se poi in seguito ci sono state delle visite specialistiche a questo riguardo*” (133-134, A.D.R.).

L. M. S. così depone: “*Fin da ragazzino ho notato che mio padre faceva di tutto per non rivelarsi mai interamente nudo. Da adolescente appresi da mia madre che fu vista da me piangente durante il rapporto sessuale con mio padre che mio padre era affetto da ipospadia. Ho potuto constatare personalmente tale difetto fisico a seguito di un intervento chirurgico subito da mio padre quando questi fu riportato nel lettino nudo, nella primavera del ‘96*” (136, A.D.R.).

Circa la possibilità di un intervento medico-chirurgico così risponde: “*Non si è sottoposto a visita specialistica un po’ perché era stato informato che era troppo adulto e forse anche perché si era abituato a questa sua caratteristica*” (137, A.D.R.).

14. - Circa le perizie bisogna spendere qualche parola di chiarificazione.

Come risulta dagli atti di causa, il convenuto F. L. M., convocato presso lo studio

di Messina del dott. B. L. F., andrologo e medico d'ufficio, in data 12.03.2001, non si presentava, inviando un telegramma, nel quale dichiarava di essere impossibilitato a raggiungere Messina, perché affetto da una lombalgia acuta, senza alcuna giustificazione di certificazione medica. Senza attendere la guarigione o che stesse meglio, il giudice decretò la perizia sugli atti.

La perizia sugli atti, però, risulta essere troppo generica.

In essa si evidenzia che è una patologia irreversibile, curabile con terapia chirurgica, ma vi possono essere delle complicanze (162).

Durante l'esposizione il perito dice: "...l'ipospadia balanica, dal punto di vista funzionale, non altera le funzioni urinarie e sessuali, per cui la correzione chirurgica è facoltativa. Se il paziente non è complessato da questa piccola alterazione anatomica può anche non sottoporsi ad intervento chirurgico correttivo. A questo punto possiamo definire l'ipospadia balanica quasi come una patologia estetica che non altera la funzione, ma può creare solo, in particolari soggetti, un atteggiamento di vergogna e di inferiorità con intuibili ripercussioni sul piano dei rapporti interpersonali" (163, 3). Quindi, sempre nella stessa relazione, dice: "non costituisce un'incapacità sessuale coeundi" (163,4).

Poi, diventa cauto, dicendo: "...presumibilmente ha esercitato il rapporto sessuale nella sua vita matrimoniale in 'humano modo' e cioè con la regolare successione degli eventi: erectio, penetratio e seminatio in vagina" (163, 5).

Se non costituisce incapacità coeundi, perché poi dice "presumibilmente"? Ciò fa supporre che ci sono casi, nei quali, invece, può sussistere questa incapacità. Poi, categoricamente, quasi come se avesse ispezionato la persona del convenuto, dice: "L. M., portatore di ipospadia balanica, non ha avuto nella sua vita coniugale alcun impedimento anatomico che potesse non consentire la fisiologica eiaculazione in vagina" (164, 6).

Questa perizia non si è ritenuta esaustiva, per quanto abbiamo detto poc'anzi e anche perché il perito prende in considerazione l' "ipospadia balanica", prestando fede a quanto dice il convenuto, nella sua deposizione, il quale afferma di essere affetto da ipospadia balanica.

Senza entrare nel merito delle classificazioni, senza dire che all'ipospadia tante volte sono associate altre malformazioni quali la "corda ventrale", egli trae delle conclusioni affrettate, quasi come se avesse periziato la persona.

Eppure, l'*input*, per dilungarsi sulle malformazioni che si associano all'ipospadia balanica, poteva ricavarlo da alcune espressioni del figlio e della figlia del convenuto e della stessa attrice.

15. - La seconda perizia è stata eseguita dallo stesso medico B. L. F. A questa perizia doveva presenziare un perito di parte, il dott. D., che, per "*coartata tempora*", a dire del giudice sac. Antonio Sofia, Vicario Giudiziale, non ha presenziato. In questa seconda perizia, il dott. L. F. non fa altro che ribadire quanto ha scritto nella perizia eseguita in precedenza.

Era l'occasione buona questa, per soffermarsi ad illustrare da quale tipo di ipospadia il sig. L. M. era affetto: se era di quelle medie e posteriori, di quelle anteriori, e, nello stesso tempo, spendere qualche parola sulle malformazioni che si associano all'ipospadia, e non concludere sinteticamente: "*si accompagnano a malformazioni del pene, quali, l'incurvamento ventrale congenito (corda fibrosa)*" (171), senza null'altro a aggiungere.

16. - È stata allora decretata una nuova perizia, eseguita sempre dallo stesso perito dott. B. L. F., in data 28.05.2002, alla presenza del perito di parte dott. R. A. di Napoli.

Il perito di ufficio ribadisce quanto detto nella due perizie precedenti, mentre la perizia di parte dice: *“l’ipospadia è una malformazione del pene, che consiste in un incompleto sviluppo dell’uretra anteriore. Lo sbocco può essere a diversi livelli sull’asta o sul perineo. Quanto più distalmente sbocca il meato, tanto più ci sarà facile osservare un incurvamento ventrale (corda)... Tuttavia, la gravità dell’ipospadia non sempre può essere definita in base alla sede del meato. Questo può trovarsi molto vicino all’apice del glande ed essere nondimeno associato ad un’importante corda.*

*La corda è un abnorme incurvamento ventrale del pene.... La correzione della corda è di assoluta importanza ed è cruciale per assicurare una soddisfacente funzione sessuale”* (181;182).

Ancora dice: *“L’erezione artificiale, introdotta nel 1974 da Gittes e Mec Laungblin ha rivestito un importante ruolo nell’ortoplastica. Posizionando un laccio alla base dell’asta e iniettando in un corpo cavernoso soluzione fisiologica, si gonfiano entrambi i corpi ed è così possibile determinare l’estensione della corda ed il successo della sua correzione... L’incurvamento congenito del pene senza ipospadia è in letteratura raro... lo scopo della chirurgia nell’ipospadia è quello di costituire un pene dritto con il meato più vicino possibile alla sua apertura normale, che consenta una minzione diretta in avanti e una penetrazione normale”* (182).

La patologia della corda, come si è detto, si associa a quella dell’ipospadia. Infatti, il perito di parte dice: *“Tale patologia è di grande rilevanza, producendo un’incurvamento ventrale del pene, soprattutto in erezione che può raggiungere anche gradi estremi rendendo così difficile, se non impossibile la penetrazione... Oggi non ha senso una correzione chirurgica dell’ipospadia senza l’ortoplastica, cioè il raddrizzamento penieno”* (184).

Prima di giungere a delle conclusioni, precisiamo che abbiamo approfondito l’argomento, anche se, per motivi di opportunità, siamo stati sintetici, così come si rileva nella parte accennata in diritto.

Vogliamo, inoltre, chiarire il perchè non si è decretata una super perizia: 1°) La parte attrice, per queste perizie, è stata gravata già abbastanza, economicamente; 2°) Le perizie di ufficio, sebbene sintetiche, evidenziano elementi, i quali, confrontati con gli atti di causa, ci fanno giungere ad una certezza morale.

Il perito di ufficio, infatti, nella sua relazione, sembra essere reticente, quasi a non voler toccare la suscettibilità del paziente. Infatti, come già abbiamo detto precedentemente, il perito dice: *“non costituisce un’incapacità sessuale coeundi”* (163,4), poi, continuando, *“presumibilmente ha esercitato il rapporto sessuale nella vita matrimoniale in ‘humano modo’ ”*(163). Poi dice ancora: *“l’ipotesi del concepimento per assorbimento è possibile, anche se molto rara”* (164, 6).

Questi motivi, aggiunti agli atti di causa, hanno fatto sì che si evitasse una super perizia.

In conclusione, dagli atti processuali, si rilevano elementi che fanno capire, innanzitutto, che, nel nostro caso, si tratta di un’impotenza anatomica e, quindi, irreversibile; che fu consigliato alla parte convenuta di risolvere il problema con l’intervento chirurgico, a cui, però, egli non si è mai voluto sottoporre e che, psicologicamente, anche se ciò è riferito dal perito di parte, il convenuto, dal punto di vista sessuale, si sentiva menomato: infatti, frequentava prostitute alle quali chiedeva se fosse normale (184).

La parte attrice ha sempre sostenuto che, nel rapporto prematrimoniale, a cui seguì la maternità, non vi fu penetrazione, cosa che non avvenne nemmeno successivamente, in quanto, a dire della parte attrice, la deflorazione avvenne chirurgicamente. Quan-



to dice è reso credibile anche dal fatto che, proprio per l'esperienza avuta, l'attrice raccomanda alla figlia L. di stare attenta agli uomini, perché basta solo stropicciarsi, per rimanere incinta, come era capitato a lei. In più occasioni, la parte attrice si è fatta promettere dal convenuto che si sarebbe sottoposto ad operazione chirurgica, cosa che poi non ha mai fatto, sebbene lo avesse promesso. Questo fa supporre che i rapporti sessuali erano problematici. La convivenza, di fatto, si è interrotta nel momento in cui il convenuto ha cercato di penetrarla con un corpo estraneo.

A questo, si aggiunga quanto riferisce il perito d'ufficio, il quale, come abbiamo già fatto rilevare, prima dice: “*Non constituit incapacità sessuale*”, poi aggiunge “*presumibilmente ha esercitato in modo umano*”, cosa che ribadisce nella seconda e nella terza perizia; mentre il perito di parte chiarisce che l'*erectio* poteva essere problematica a causa della “corda ventrale”.

La presunzione dell'inconsumazione, che sorge dagli atti di causa, è più accettabile, date le dichiarazioni dell'attrice, anche se smentite dal convenuto. Infatti, il fatto dell'assorbimento non è escluso: lo afferma la scienza medica, lo stesso perito di ufficio e quello di parte.

17. - L'espressione “*modo humano*”, nel nostro caso, non può avere quella interpretazione giuridico-canonica, *stricte dicte*, ma dev'essere rapportata a tutta la persona, perché, nel nostro caso, trattandosi di una mancanza di qualità necessaria, ha impedito e turbato gravemente la convivenza coniugale.

“*Modo humano*” significa che l'atto sessuale, componente importante della vita di coppia, deve ingenerare soddisfazione e armonia nella coppia, a tal punto da far realizzare “*una caro*”, da rafforzare, così, il *consortium totius vitae*, cosa che non si è verificata nel nostro caso, in quanto la penetrazione risultava essere impossibile a causa della connotazione innaturale del pene in conseguenza della corda ventrale, che il perito di parte qualifica discreta (183).

Bisogna tener presente che, con l'esame clinico, non è facile stabilire il grado di incurvamento. Sarebbe stato necessario provocare un'erezione artificiale, ma il soggetto ha 65 anni ed è pieno di acciacchi. Questo, oggi, potrebbe servire a giustificare la problematicità del rapporto, ma gli atti di causa fanno rilevare che, nella coppia, fin dall'inizio, il rapporto è stato problematico e incompleto, in quanto il convenuto era impedito a consumare.

Questo non solo lo dice l'attrice, ma, indirettamente, è ammesso anche dal convenuto, il quale, come riportato dal perito di parte, chiedeva alle prostitute che frequentava se era normale. Ciò fa concludere che egli avesse una strutturazione anatomica tale da non rendergli possibile la debita penetrazione.

### *Il dolo*

18. - Per il dolo siamo negativi, in quanto non è sufficientemente fondato e provato, ed anche perché, una volta rivelata la malformazione, l'attrice non ha interrotto la convivenza, ma ha continuato a vivere sotto lo stesso tetto, procreando anche un secondo figlio.

### *Il consortium totius vitae dei coniugi*

19. - La causa della sua non realizzazione è la mancanza nell'uomo di questa qualità necessaria di cui abbiamo esposto.

A questa, si aggiungono motivazioni, che si trovano a monte della vicenda in oggetto, e cioè la mancanza d'amore da parte dell'attrice nei confronti del convenuto, in quanto l'attrice preferiva a lui, un suo cugino, e circostanze tali, che si sono intrecciate,

a tal punto, che le parti vengono ritenute fidanzate, data la mentalità e il costume del luogo, dagli stessi parenti, e perciò, l'attrice porta avanti questo fidanzamento, che non ha mai voluto.

20. - L'attrice dice: "*ci incontravamo da soli, c'erano delle affettuosità, da parte mia non corrisposte...*" (44, 8). Ancora dice: "*Fin dall'inizio ho sempre detto a F. che lui poteva essere un amico ma mai un compagno per la vita, in quanto non l'amavo e soprattutto perché eravamo troppo diversi...*" (44, 10).

Nella sua deposizione, la parte attrice dichiara che, nonostante la delusione della prima notte di matrimonio, ha cercato di realizzare una certa relazione interpersonale con il convenuto, di aiutarlo e di dedicarsi a lui, ma riceveva solo cattiverie, che derivavano dalla manipolazione della sorella di lui (46, 11).

Continuando, approfondisce le cause delle loro incomprensioni e arriva a dire: "*...non era capace di essere coerente con le decisioni che tante volte prendevano insieme e queste decisioni venivano cambiate facilmente dall'intervento dei suoi familiari i quali avevano una presa sulla sua volontà. Voglio dire che all'epoca pur di realizzare questa piena comunione lasciai l'insegnamento*" (46, 17).

Parlando del viaggio di nozze, dice: "*... è durato circa un mese e si svolse in modo sereno, per una mia forza di volontà quasi a voler dimostrare ai parenti di mio marito che ci fosse da parte mia tutta la buona volontà di poter realizzare un rapporto sereno e pacifico*" (49, 19).

L'attrice, durante la sua deposizione, cerca di dimostrare che, nel corso della convivenza, ha cercato, con tutte le proprie forze, di realizzare un'intesa, ma non ha avuto corresponsione da parte del convenuto, infatti, dice: "*La convivenza non è mai stata serena e pacifica, con l'andare del tempo è diventato (il convenuto) violento addirittura quando ero incinta al terzo mese di mio figlio, ha alzato anche le mani. C'erano continui contrasti...*" (48, 21).

Demorde da questi tentativi di realizzare una comunione, che tra loro non si è mai realizzata, nel momento in cui, come dice la stessa attrice: "*Dopo 2-3 anni, perché io potessi, secondo lui, godere, ha cercato di penetrarmi in vagina con un corpo estraneo, che mi ha dato tanto fastidio, addirittura mi sono sentita offesa nella mia persona e nella mia femminilità*" (47, 20). Da questo momento, vivono da separati in casa e, cioè, dal 1970 circa, dopo che la seconda figlia era già nata, fino alla separazione legale.

21. - Il testimoniale addotto evidenzia la non realizzazione del *consortium totius vitae* tra loro adducendo perfino le cause.

La sig.ra N. A. dice: "*...questo suo problema (ipospadia) ha fatto sì che non si instaurasse nessun rapporto interpersonale ma anzi ha turbato gravemente la loro convivenza. Mia figlia sebbene avesse questo problema è stata una perfetta moglie e madre e non si è mai fatta parlare alle spalle*" (146, 5).

La figlia coglie in pieno la causa che turba il loro rapporto. L. M. L. dice: "*Consapevole oggi più che mai della vita coniugale che mia madre ha svolto con l'insoddisfazione che nutriva e la frustrazione che nutriva, si spiegava con un mancato comportamento di mio padre, il quale non aveva i requisiti per poter rapportarsi a livello sessuale con mia madre. Se non ha incominciato prima la causa di annullamento era per un tentativo di far funzionare agli occhi della gente questo rapporto anche se alla base non c'erano i presupposti fisiologici, anche perché noi figli eravamo piccoli*" (132, A.D.R.).

Evidenzia, poi, l'atteggiamento dispotico del padre, che voleva crearsi un'autorità e una certa potenza in "beni", quasi a compensare la sua "impotenza fisica". Infatti, così dice: "*Le sue attenzioni erano rivolte più alle persone estranee, lui era anche ossessionato dal fatto di acquistare appartamenti come una sorta di realizzare una certa*

*potenza quasi a ragione di compensazione per qualche impotenza fisica che lui aveva. Questo si è addirittura accresciuto negli ultimi tempi, anche di fronte alle piccole esigenze che la famiglia potesse avere ad esempio, quando gli si chiedeva di essere più presente in casa, vicino, di dare una mano a risolvere i problemi; lui invece si rendeva assente, anzi piuttosto inseguiva ancora di più i suoi obiettivi per acquisire una sorta di autorità e potenza e di rispetto anche attraverso le cose che acquistava. Questo atteggiamento lo aveva anche in campo lavorativo dove egli era ufficiale giudiziale e addirittura rendeva lavorative le ferie che prendeva per stendere relazioni circa il lavoro di ispettorato. Anche circa le proprietà di mia madre egli ha rivendicato quel ruolo che gli è stato negato, quando alla morte di mio nonno desiderava volerle amministrare se non addirittura appropriarsene, ma mio nonno lasciò tutto a sua moglie e alla figlia. Voglio anche aggiungere che mio padre colpito da ictus nel marzo del '96 voleva accanto una persona a cui appoggiarsi, ha trovato me e se in un primo momento era debole, vulnerabile per la malattia, dopo, ripresosi, resosi più forte anche moralmente, ha reso più palesi i suoi difetti caratteriali: il senso di possesso, la testardaggine. Questo ha reso ancora più esasperata mia madre, la quale si è decisa ad avviare anche un'azione di questo genere, cioè la causa di nullità” (132-133, A.D.R.).*

L. M. S., figlio delle parti, lascia supporre che non si è realizzato il *consortium* coniugale per motivi, come egli dice, “fisici” e caratteriali, che, come ha detto la figlia L., erano manifestazione di quella deficienza fisica.

Infatti, così depono: “*Ritengo che la vita coniugale fosse divenuta intollerabile per mia madre per assoluta incompatibilità tra i coniugi, sia per l'accentuarsi di alcuni aspetti negativi del carattere di mio padre e anche comportamentali oltre che fisici” (136 A.D.R.).*

Continuando, dice: “*Ritengo che ricercasse una posizione di preminenza. In particolare faceva di tutto perché ciascun componente della famiglia non avesse autonomia decisionale in modo che qualunque scelta e richiesta dovesse essere da lui filtrata, valutata ed eventualmente concessa. Nell'ambito della vita domestica si preoccupava poco delle esigenze psicologiche e del rapporto interpersonale con i figli e il coniuge, forse anche perché troppo occupato a ricercare all'esterno una considerazione sociale. Ritengo non fosse per niente attento alle esigenze di conforto umano dei familiari” (137 A.D.R.).*

22. - Circa l'incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095, n. 3) ribadiamo quanto è stato scritto per il capo dell'impotenza.

23. – Pertanto, considerate tutte queste cose in diritto ed in fatto, noi sottoscritti giudici, invocato il Nome del Signore ed avendo solo Dio dinanzi ai nostri occhi, dichiariamo, pronunziamo e definitivamente sentenziamo che al dubbio concordato in *limine litis*:

“Se consti della nullità del matrimonio nel caso:

si debba rispondere, come di fatto rispondiamo:

1) per impotenza copulativa antecedente e perpetua al matrimonio da parte del convenuto (can. 1084 §1);

2) per comportamento doloso da parte del convenuto (can. 1098);

3) per incapacità del convenuto ad instaurare il “*consortium* coniugale” aperto al bene dei coniugi (can. 1055) e, in subordine, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095 n. 3)”.

#### NEGATIVAMENTE

1) per comportamento doloso da parte del convenuto (can. 1098);

A F F E R M A T I V A M E N T E

1) per impotenza copulativa antecedente e perpetua al matrimonio da parte del convenuto (can. 1084 §1);

2) per incapacità del convenuto ad instaurare il “*consortium coniugale*” aperto al bene dei coniugi (can. 1055) e, in subordine, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095 n. 3)”.

e quindi CONSTARE DELLA NULLITÀ DEL MATRIMONIO in oggetto.  
(*Omissis*).

## Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano – Nullitatis Matrimonii-25 marzo 2003- coram Casole, Ponente

### Simulazione Totale – Esclusione della fedeltà – Esclusione dell'indissolubilità del vincolo

*Il matrimonio, contratto-sacramento, nasce dal consenso delle parti, cioè dall'“actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad consistendum matrimonium” (Can. 1057). Se l'atto di volontà non è diretto in modo pieno e perfetto sull'oggetto del contratto matrimoniale, il consenso resta privo di efficacia.*

*Anche se il difetto o vizio del consenso risiede in uno solo dei contraenti, viene a mancare il fondamento assolutamente necessario del negozio giuridico; pertanto, ai fini della valutazione circa l'esistenza della simulazione del consenso matrimoniale è irrilevante la presenza o l'assenza dell'accordo tra le parti.*

*Il matrimonio, per sua natura, si perfeziona con il consenso dei nubendi e consiste nella mutua donazione totale tra le parti. Esclude la fedeltà, colui che intende, con atto positivo di volontà, negare al proprio coniuge il diritto esclusivo sul proprio corpo, di non volere la piena e integra donazione di sé con l'altra parte, perchè si costituisca la comunione di tutta la vita, a cui, per sua indole naturale, è ordinato il matrimonio e cioè al bene dei coniugi, alla procreazione e alla educazione della prole*

#### *Factispecies*

(*Omissis*). 1.- S. e D. si sono conosciuti nel settembre del '77; S. aveva 19 anni, mentre D. 15. All'epoca, erano entrambi studenti dell'Istituto P. di Napoli.

D. era una ragazza avvenente, curata nel vestire, dal carattere estroverso, moderna, aperta, qualità che accesero subito in S. una passione tale da fargli iniziare una frequentazione, che sfociò in un fidanzamento, durato 13 anni, durante il quale ci sono stati dei litigi e anche rotture.

La causa dei litigi era la diversità di vedute e anche un approccio negativo di S. con la famiglia di D., soprattutto con la madre di lei, donna che aveva un grande ascendente sui figli. Infatti, a dire dell'attore, D. palesava attaccamento ai suoi familiari e competizione nei suoi confronti.

Poiché erano trascorsi tredici anni di fidanzamento, sembrò naturale che si approdasse al matrimonio. Anche se, in cuor suo, l'attore aveva timore di un esito non sicuro del matrimonio, per amore di suo padre, il quale aveva un debole per D., egli avvertì un dovere di convolare a nozze, come debito di riconoscenza nei confronti del padre. Così, il 21 luglio 1990, nella chiesa di S. P. a C., si unì in matrimonio con D.

La convivenza è durata 6 anni; nel '94, i due ebbero un figlio e, nel 1996, ci fu la

rottura definitiva, seguita da separazione consensuale, omologata dal Tribunale civile di Napoli, il 9.8.1998.

2. - È stato presentato libello presso questo Tribunale in data 21.6.98.

Si è costituito il collegio giudicante in data 1.7.1998 e, nello stesso giorno, è stato ammesso il libello.

È seguita la citazione per l'udienza della comparizione delle parti, per il giorno 29 settembre '98, poi differita all'8.10.98, giorno nel quale si è contestata la lite e si è concordato il dubbio nella seguente formula:

“Se consti della nullità del matrimonio nel caso:

per difetto di consenso matrimoniale, per totale simulazione del matrimonio, da parte dell'attore, subordinatamente, per esclusione, da parte dell'attore, della fedeltà e per esclusione dell'indissolubilità del vincolo da entrambe le parti, quantomeno da parte dell'attore (can. 1101 §2) C.J.C.”.

In data 5.11.98, si è decretato l'inizio dell'istruttoria ed è stata citata la parte attrice a comparire per il 18.1.98.

In data 23.11.98, la parte convenuta si è costituita, dando mandato procuratorio all'avv. L. C.

In data 19.1.99 si è decretata la citazione della parte convenuta a comparire presso questo Tribunale per il 4.3.1999.

In data 5.2.99 si è decretata la citazione per la comparizione dei testi.

Sono stati escussi 10 testi, dopo i quali, è giunta lettera a questo Tribunale, datata 22.12.99, con la quale, la convenuta revocava il mandato all'avv. L. C. In data 19.1.2000, la convenuta si costituiva con un altro patrono, nella persona dell'avv. D. G.

Nello stesso giorno, il patrono di parte attrice chiedeva, formalmente, di sospendere l'istruttoria a seguito anche della revoca del mandato all'avv. C., da parte della convenuta.

In data 24.1.2000, si dava comunicazione al nuovo patrono, avv. D. G., dell'istanza di sospensione, richiesta dall'avv. N. B., patrono di parte attrice.

All'istanza di sospensione del patrono di parte attrice, faceva seguito, in data 25.1.2000, un'istanza del patrono di parte convenuta, nella quale, questi chiedeva che fossero ascoltati i testi, già ritualmente citati, in attesa che il patrono di parte attrice chiarisse i termini del significato di “sospensione”.

Pertanto, in data 25.1.2000, si decretava la continuazione dell'istruttoria.

Venivano ascoltati 3 testi *ex officio*. Seguiva ricorso al Vicario Giudiziale, da parte del patrono di parte attrice, datato 9.2.2000.

A questo punto seguiva istanza del D.V., datata 25.2.2000, in cui questi esprimeva parere negativo per l'accoglimento del ricorso.

In data 28.2.2000, seguiva decreto del preside, ove si disponeva che l'istruttoria proseguisse *iuxta modum*.

Seguiva ricorso dell'avv. di parte attrice al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, in data 10.3.2000.

A questo ricorso, rispondeva il Vicario Giudiziale, in data 2.5.2000, e, in data 2.7.2001, il Preside decretava il prosieguo della causa, non essendo pervenuta risposta della Segnatura Apostolica.

Ad istanza del patrono di parte attrice, si citava il teste A. T., il quale inviava un fax, con il quale si giustificava, dicendo che, per motivi di salute, non poteva comparire presso questo Tribunale. Lo si citava nuovamente per il 26.11.2001, ma non si presentava e non giustificava l'assenza.

In data 30.1.2002, si decretava la pubblicazione degli atti.

Seguiva querela di nullità, in subordine, istanza suppletiva di indagine e soprattutto a mezzo di altro giudice, da parte dell'avvocato di parte attrice.

Seguiva decreto del preside, datato 22.3.2002, ove, esaurientemente, si rispondeva alla richiesta dell'avvocato di parte attrice. Nel dispositivo del decreto si indicavano i testi che dovevano essere citati.

Seguiva ricorso al collegio, da parte dell'avvocato di parte attrice, in data 3.4.2002.

Faceva seguito istanza di rigetto del ricorso al collegio della parte attrice, da parte dell'avvocato di parte convenuta, in data 10.4.2002.

Seguiva decreto del collegio, datato 11.4.2002, ove si confermava quanto era stato prescritto nel decreto del 23.3.2002, non accogliendosi l'istanza dell'avvocato di parte attrice, datata 3.2.2002.

Il patrono dell'attore indirizzava alla Rota Romana querela di nullità, in data 17.4.2002, in ordine al prefato decreto.

Il Preside del Collegio, vista la notevole ed ingiustificata mora processuale, in data 3.10.2002, disponeva che la causa riprendesse il suo *iter* processuale fino alla conclusione in causa.

In data 3.10.2002, veniva decretata la conclusione in causa.

Seguiva, il 4.11.2002, rinuncia all'istanza di nullità matrimoniale, da parte dell'attore, rivolta al presidente del Tribunale, il quale trasferiva l'istanza di rinuncia al preside del collegio, in data 5.11.2002.

Si dava comunicazione alla parte convenuta della rinuncia da parte dell'attore in data 8.11.2002. Seguiva istanza, datata 19.11.2002, da parte dell'avvocato di parte convenuta, di proseguire la causa.

Faceva seguito uno scritto della parte convenuta, datato 18.11.2002, nel quale, personalmente, chiedeva che il processo proseguisse.

In data 26.11.2002, veniva sostituito il Difensore del Vincolo e, il 3.2.2003, il Preside decretava il prosieguo della causa fino alla sentenza.

### *In iure*

#### *Simulazione del consenso*

3. - Il matrimonio, contratto-sacramento, nasce dal consenso delle parti, cioè dall' "*actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad consistuendum matrimonium*" (Can. 1057). Quindi, ne consegue che se l'atto di volontà non si porta in modo pieno e perfetto sull'oggetto del contratto matrimoniale, il consenso resta privo di efficacia; cosa che avviene quando si realizza quella figura giuridica che va sotto il nome di "simulazione", in quanto, esternamente, sembra che ci siano tutte le condizioni perchè possa sorgere il vincolo matrimoniale, ma l'ultima volontà del soggetto non corrisponde alle apparenze e, quindi, il consenso risulta simulato. Di ciò trattano il can. 1086 del Codice pio-benedettino e il can. 1101 del nuovo Codice.

4. - Al riguardo, conserva ancora il suo valore quanto, con molta chiarezza, fu scritto in una *coram* Pinto del 28 giugno 1971: "*Totaliter simulat qui dum exterius serio manifestat se contrahere velle, actu positivo voluntatis excludit matrimonium ipsum eo quod non habet animum contrahendi... Partialiter vero simulat qui matrimonium contrahere volens, non vult tradere alteri parti ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem (bonum prolis), aut non vult ut praedictum ius sit exclusivum (bonum fidei), aut sit perpetuum (Bonum sacramenti)*" (S.R.R.D., vol. 63, p. 589).

5. - Altre utili delucidazioni, si possono trovare nella più recente sentenza rotale coram Faltin del 9 aprile 1987. Così viene spiegata la simulazione: “*In jure simulatio seu fictio detur quando quis, quavis de causa, sive ex bona fide aut mala fide, externe et serio quidem, profert verba aut signa quae ex se sonant aut significant voluntatem ponendi negotium iuridicum, ad efficaciam iuridicam ei ad normam iuris propriam ordinatam, ideoque in veram substantiam seu obiectum essenziale negotii directam, interne autem, sive secreto ex conniventia partium non tantum caret voluntate ista, sed habet voluntatem declarationi externae positive contrariam, seu severa non vult sive totaliter sive partialiter, declarationis substantiam*” (S.R.R.D., vol. 79, pp. 254-255).

6. - Abbiamo sottolineato le parole con cui il Faltin espressamente spiega che la simulazione, cioè l'interna volontà contraria al matrimonio, può essere o un segreto atteggiamento di una parte, o una connivenza tra le due parti. Ciò è pacifico nella giurisprudenza ed è abbastanza ovvio, data la natura bilaterale del contratto matrimoniale. Anche se il difetto o vizio del consenso risiede in uno solo dei contraenti, viene a mancare il fondamento assolutamente necessario del negozio giuridico; pertanto, è un errore grave sopravvalutare la presenza o l'assenza dell'accordo tra le parti. Il Faltin torna a parlarne con maggiore forza, commentando le parole del canone: “*«Alterutra vel utraque pars»: ero relate ad nullitatem matrimonii non interest scire utrum praecesserit annon concordantia in simulatione inter contrahens, non requiretur finis malus decipiendi, nec intantionalis divergentia idest conscientia difformitatis inter voluntatem et declarationem. Ius canonicum, ut nullus et inefficax retineatur consensus praestitus, unice requirit quod, extante declaratione externa matrimonium contrahendi, coexistat cum ea actus positivus voluntatis excludentis tale matrimonium vel unum ex eius elementis substantialibus*” (S.R.R.D., vol. 79, p. 255).

7. - A proposito della distinzione tra simulazione totale e parziale, nota il Faltin, citando precedenti sentenze, che la distinzione è funzionale all'atto soggettivo della simulazione, ma non alle sue conseguenze affettive: “*Distingui autem potest simulatio partialis a simulatione totali relate ad subiectum non autem relate ad obiectum: subiectum enim, effectum ingrorans limitationis consensus, potest velle matrimonium et nam reicere suam proprietatem essentialem; at in obiecto id est in matrimonio, defectus vel unius proprietatis essentialis, obiectum ipsum seu matrimonium totaliter destruit*” (S.R.R.D., vol. 79, p. 255).

8. - Il Faltin, pertanto, osserva che la simulazione solo teoricamente è parziale, ma nei fatti è totale: “*Distinctio autem inter simulationem totalem et simulationem partialem saepe est tantum theoretica. Siquidem in praxi non raro accidit ut is qui apparenter partialem dumtaxat simulationem committit, reapse totaliter simulat matrimonium. Ita mulier quae in contrahendo bonum fidei sponso omnino denegat, quia suo amasio fidem servare intendit, atque simul sibi proponit quam primum petere et matrimonium, quamvis tantum coram magistratu civili, inire cum eodem amasio cui statim nubere non potest, theoretice quidem tantum duplicem simulationem partialem committit, sed de facto ipsum matrimonium totaliter simulare dicenda est. Effectus utique est semper idem, quocumque modo percipiatur simulatio, idest consensus matrimonialis in omni casu vitiatur*” (l.c. - cf. in una c. Wynen in SRRD vol. 27, p. 521) “ (S.R.R.D., vol. 79, p. 256).

#### *Circa l'esclusione della fedeltà*

9. - Secondo il diritto matrimoniale vigente, il patto con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura, è ordinato al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione della prole (can. 1055 §1).



Il consenso matrimoniale con il quale il matrimonio si perfeziona “*est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad consistendum matrimonium*” (Can. 1057, § 2).

Si richiede, in tal modo, che nel contratto matrimoniale venga mantenuta la mutua fedeltà dei coniugi, da essere unita con la vicendevole comunione di vita e di amore, così come si esprime il Concilio Vaticano II nella Costituzione pastorale *Gaudium et Spes*: “*Questa intima unione in quanto mutua donazione di due persone, come pure il bene dei figli, esigono la piena fedeltà dei coniugi e ne reclamano l’indissolubile unità*” (n. 48).

D’altra parte, chiunque sa bene che “*persona humana, secundum doctorum virorum nostrae aetatis aestimationem, tam penitus affici sexualitate perhibetur, ut haec in elementis annumeretur, quae hominis vitam praecipue informant. Ac revera, a sexu eae profluunt notae peculiare, quae in regione biologica, psychologica et spirituali personam ipsam efficiunt marem et feminam, quaeque propterea plurimam vim ac momentum habent ad explendam singulorum hominum maturitatem ad eosque societati inserendos*” (S. CONGRAGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Declaratio de quibusdam quaestionibus ad sexualem ethicam spectantibus*, in A.A.S., vol. LXVIII, p. 77).

Posta attenzione a queste cose, oltre al caso di anomalia psicosexuale conclamata, bisogna avere anche una profonda considerazione della costituzione psicologica del nubente, quando si parla di esclusione della fedeltà, che può configurarsi ove il contraente, per la sua costituzione psichica, o per la sua moralità corrotta, intende continuare nelle sue relazioni adulterine, negligente e immemore degli oneri assunti.

In una *coram* Pompedda del 26 novembre 1993 così si legge: “*Sane quidem distinguere semper debet ordo moralis ad ordine iuridico, iste cum versetur circa actus externos, in societate sive civili sive ecclesiali, determinandos atque iudicandos: attamen iam a priori, arctissima cum exstet connexio in ordine canonico inter ius et legem moralem, idque multiplicibus sub ad spectibus in auditum foret asserere omnimodam distinctionem seu separationem, sub poena coarctandi ius canonicum ad actus nedom externos sed insuper in sua totali materialitate*” (R.R.Dec., vol. LXXXV, p. 717, n. 3).

Ancora in un’altra sentenza del 21 giugno 1982, l’eccellentissimo padre rotale continua dicendo: “*Reapse in eo qui bonum fidei excludit, inspici debet quaedam voluntas sibi effingendi concubium extra et praeter doctrinam Christi et Ecclesiae, atque tantummodo ita celebrandi nuptias sane, in eiusmodi deordinatione a recto ordine stat radix nullitatis consensus, cuius obiectum ita substantialiter differt a notione matrimonii*” (R.R.Dec., vol. LXXIV, p. 359 n.7).

Così insegna anche il Concilio Vaticano II, nella Costituzione *Gaudium et Spes*: “*I fidanzati sono ripetutamente invitati dalla parola di Dio a nutrire e potenziare il loro fidanzamento con un amore casto e gli sposi la loro unione matrimoniale con un affetto non diviso... Proprio perchè atto eminentemente umano essendo diretto da persona a persona con un sentimento che nasce dalla volontà, quell’amore abbraccia il bene di tutta la persona, e perciò ha la possibilità di arricchire di particolare dignità i sentimenti dell’animo e le loro manifestazioni fisiche e di nobilitarli come elementi e segni speciali dell’amicizia coniugale.*

*Un tale amore, unendo assieme valori umani e divini, conduce gli sposi al libero e mutuo dono di se stessi, provato da sentimenti e gesti di tenerezza, e pervade tutta quanta la vita dei coniugi, anzi diventa più perfetto e cresce proprio mediante il generoso suo servizio.*

*È bene superiore, perciò, alla pura attrattiva erotica che, egoisticamente coltivata, presto e miseramente svanisce*” (n. 49).

In una *coram* Serrano Ruiz del 25 luglio 1980 così si legge: “*Veritas igitur, quam fides iam ex nomine innuit in quocumque foedere, in coniugio quamdam veluti novam vim recipit ex eo quod per mutuam suipsorum traditionem “caro alterius” fiat “alterius caro” et neuter servet potestatem in illam carnem unam, quam coniugium gignit.*

*Haec omnia, etsi non omnimodam generent claritatem, certo invabunt ut maior sit numerus praesumptionum ex quibus probatio procedat; eo vel magis quo partes pressius se ponunt per habitudinem ad bonum fidei “alterum et alterum”... sed extra casum revera abnormem, fidelitas semper habebitur officium “verum erga compertem; cui, iniquam, sincere debetur et totum, utpote quid “in toto” traditum”* (R.R. Dec., vol. LXXII, p. 531 s., n. 6).

Il matrimonio, dunque, per sua natura, si perfeziona con il consenso dei nubendi e consiste nella mutua donazione, o nell’offerta sostenuta dal vicendevole amore. Esclude la fedeltà, perciò, colui che intende, con atto positivo di volontà, di dare il diritto esclusivo sul proprio corpo ad altra persona, e cioè, stabilisce di non volere la piena e integra donazione di sé con l’altra parte, perchè si costituisca la comunione di tutta la vita, a cui, per sua indole naturale, è ordinato il matrimonio e cioè al bene dei coniugi, alla procreazione e alla educazione della prole.

Sotto l’aspetto della vera e autentica donazione, o della natura dell’offerta degli stessi, che si accorda nel bene reciproco, simula il consenso ed esclude la fedeltà non solamente colui che stabilisce di donare a una terza persona un qualche diritto sul proprio corpo, ma anche colui che intende donare il diritto alla comparte, ma non in modo esclusivo, o stabilisce di non dare questo diritto a nessuno, né alla comparte né ad altri, in quanto non pensa e non gli interessa costruire una vera comunione di vita e di amore con lo sposo o la sposa.

Sinteticamente, così si legge in una *coram* Funghini del 25 novembre 1987: “*Bonum fidei essenziale, praeter vinculi unitatem, amplectitur ius mutuamque contrahentium obligationem tum ad coniugale debitum exspostulandum ac praestandum tum ad exclusivitatem quoad actus vitae coniugalis proprios ponendos. Et hoc quidem diversimode ac in bono prolis intentum, i.e. non uti ius et obligatio ad actus coniugales ad vitam propagandam et ideo ad prolem gignendam necessarios, potius vero ad sexualitate modo inter coniuges exclusivo utendum”* (R.R. Dec., vol. LXXIX, p. 686, n. 3).

10. - La prova della simulazione, nel caso dell’esclusione della fedeltà, sebbene sia difficile, si può avere attraverso: la confessione del simulante; una *causa simulandi* grave e proporzionata; circostanze, antecedenti al matrimonio, concomitanti e susseguenti, che manifestano l’intenzione del nubente, la sua volontà e il suo modo consueto di agire, presentando la stessa simulazione non solo possibile o probabile, ma anche moralmente certa. Si richiede la confessione giudiziale del simulante e, ancora prima, quella extragiudiziale, ovvero quella fatta da testi degni di fede, i quali poi la riferiscono in giudizio.

Ha grande importanza e forza ciò che si attinge dalla dichiarazione delle parti per istruire la prova. Infatti, così recita il can. 1536 §2: “*In causis autem quae respiciunt bonum publicum, confessio iudicialis et partium declarationes, quae non sint confessiones, vim probandi habere possunt, a iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis, at vis plenae probationis ipsis tribui nequit, nisi alia accedant elementa quae eas omnino corroborent”*.

Sarebbe debole la tesi sia se il simulante negasse la simulazione compiuta sia se rimanesse assente dal giudizio.

Ma la difficoltà o la lacuna può essere superata, anche in caso di assenza dal giudizio del simulante, se testi degni di fede, principalmente consanguinei dello stesso

presunto simulante, presentano indizi e argomenti tali da persuadere che il contraente aveva l'animo avverso al matrimonio cristiano o non aveva una retta concezione o una disposizione precisa circa l'esclusiva donazione da dividere soltanto con l'altra parte avvertendo impulsi a coltivare relazioni e a continuarle, per mancanza di amore nei confronti della comparte.

*Circa l'esclusione dell'indissolubilità*

11. - *“Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas et indissolubilitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem”* (can. 1056). *Quapropter “si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquid elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit”* (can. 1101 §2).

Causa efficiente del matrimonio è il consenso *“l'atto di volontà con cui un uomo e una donna si danno e si accettano reciprocamente, con patto irrevocabile, per costituire il matrimonio”* (can. 1057 §2).

Ciò deve essere fatto con un positivo atto di volontà. In una *coram* Giannechini del 25 marzo 1980 così si legge: *“Actus voluntatis, quo simulatio constituitur, debet esse “positivus” seu revera positus, elicitus et perfecte humanus, qui nempe procedat ex cognitione obiecti in quod dirigitur voluntatem ...”* (R.R. Dec., vol. LXXII, 1980, p. 242).

Atto di volontà significa atto non puramente *“hominis”* ma propriamente e soltanto *“humanum”*, cioè posto da quella facoltà spirituale che, illuminata dall'intelletto, tende, appetisce, si appropria del suo oggetto *“sub specie boni”*.

L'Angelico Dottore direbbe, a tal proposito, che *“homo est dominus suorum actuum”* (*Summa Theol.*, I, II, q. 21, art. 2).

12. - L'atto di volontà deve avere come nota caratteristica la *“positivitas”*, circa la quale così si legge in una *coram* Di Felice, del 5 marzo 1980: *“Exclusio autem indissolubilitatis fieri potest vel hypothetice, quando non absolute denegatur perpetuitas coniugii, sed eam e futuro eventu pendere quis constituit. Solent enim aliquoties nupturientes, de felici exitu coniugii auxilii, decernere se idem esse abrupturos, si res male cesserint. Huiusmodi in casibus penitus perscrutanda est contrahentis voluntas. Si quis enim positivo voluntatis actu solubile intendat vinculum, sive absolute, sive hypothetice, ob denegatam essentialem matrimonii proprietatem mixta canonis praescriptam invalide contrahit”* (R.R. Dec., vol. LXXII, 1980, p. 158).

13. - Oggetto dell'atto positivo di volontà non è il divorzio da farsi – che anzi il nubente può anche augurarsi di non dover mai fare – bensì la riserva del diritto di farlo.

In una *coram* Masini si legge: *“Neque necesse est, ad vitandum consensum matrimoniale, ut contrahens se facturum divortium absolute decernat, sed satis est ut facultatem sibi reservet divortii faciendi”*.

Ciò che dà corpo all'atto positivo della volontà è soltanto la *“reservatio iuris seu facultatis solvendi vinculum si casus ferat”*, non la volontà di scioglierlo col divorzio ... basta solo questa riserva ad escludere l'indissolubilità... Anche se il divorzio non verrà mai chiesto, il consenso, invalido fin dall'inizio, tale resta (vedi in *Monitor Ecclesiasticus*, 1990, III, S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del bonum sacramenti*, pp. 379-380).

14. - La volontà di escludere l'indissolubilità si desume come si indica in una *coram* Davino del 13 marzo 1980: *“Ad probationem assequendam simulati consensus quattuor concurrere debent:*

a) *iudicialis confessio;*

*b) extraiudicialis eiusdem confessio, a testibus nempe relata fide dignis qui eam tempore non suspecto acceperunt;*

*c) gravis (subiective praesertim) et proportionata simulationis causa;*

*d) circumstantiae quae adsertam perpetuitas exclusio nem corroborent. Si una vel altera ex his deficit, probatio haud impossibilis evadit, sed, cum iam difficilis ex sese sit, difficilior evadit” (R.R.Dec., vol LXXII, 1980, p. 192).*

#### *In fatto*

##### *Esclusione dello stesso matrimonio da parte dell'attore*

15. - L'attore, in sede giudiziale, ammette di aver accettato di celebrare il matrimonio. Infatti, dice: “... ero così grato a mio padre per questo affetto che accettavo perfino le indicazioni di scelta della mia vita che potevano, come a lui sembrava, essere per un felice futuro della mia vita, infatti fu proprio lui a consigliarmi circa D.” (40, 14).

Come si può notare, egli dice: “fu lui a consigliarmi”, quindi, non si riscontra alcuna costrizione, né, tanto meno, ricatto morale. Fu un consiglio che il padre gli diede e che l'attore ha accettato, tanto che, questi, continuando la sua deposizione, spiega perché il padre gli avesse consigliato D. Infatti, dice: “...D. era la persona che poteva capire il mio carattere ribelle, che poteva sopportare il mio modo di vivere, era la persona che lui riteneva reputata, quando lui non ci fosse più stato, ad avere il ruolo di freno alla mia dissolutezza” (40,14).

Quindi, non solo accetta il matrimonio, ma, indirettamente, riconosce il motivo della scelta.

Dagli atti, risulta che, nell'89, acquista un appartamento e lo cointesta anche alla stessa D. e questo fatto avviene due anni prima del matrimonio e, a dir di lui, per dimostrare, che “potevamo fare a meno dei genitori di D.” (41, 15).

Parla di due interruzioni, avvenute nel 1983 e 1984; poi di un'altra, avvenuta nel gennaio-febbraio '90, generata da dubbi e perplessità. È il periodo nel quale, come lo stesso attore depone, “a cavallo degli anni '89” (41, 15), avevano acquistato un appartamento occupato, che fu poi lasciato nel periodo invernale.

L'appartamento era da ristrutturare: in quella occasione, sorsero dei problemi circa le porte interne. Per questo motivo, il papà di D. e la stessa sorella si portarono allo studio dell'attore, per capire come dovessero essere queste porte. Quindi, questi andarono dall'attore per fatti inerenti alla ristrutturazione e non per convincerlo ad adire al matrimonio. Così come si ricava dagli atti processuali.

Risulta vero, in senso materiale, che, nel maggio del 1990, l'attore si allontanò da Napoli per Ischia: non, però, per fuggire dal matrimonio, ma per andare a farsi una vacanza con un suo amico, che aveva fatto un acquisto speciale. Quindi, andarono in quell'isola a festeggiare.

Dagli atti processuali, quindi, non si riscontra alcun atto positivo di volontà, da parte attorea, volto ad escludere lo stesso matrimonio.

16. - La convenuta, in sede giudiziale, esordisce dicendo: “Tra di noi c'è stata intesa fin dall'inizio soprattutto per quanto riguarda il nostro futuro coniugale... avevamo le idee chiare circa il traguardo che entrambi dovevamo raggiungere, cioè il matrimonio” (55, 12).

Fa rilevare, inoltre, “come mai intestava questo appartamento a me? Avrebbe dovuto perorare la causa per se stesso o fittare un appartamento” (56-57, 16).

Continuando la deposizione dice: “In prossimità delle nozze non ci furono dubbi e perplessità circa il futuro coniugale, ma c'era solo una progettualità per mettere su famiglia, avere dei figli, e formare una vera e unita famiglia” (57, 17).

La convenuta, esplicitamente, dice che l'attore accettò il matrimonio e tutto ciò che comportava, anzi arriva a dire: “...in sede di separazione civile, disse all'Avv. L. M. che non si sarebbe mai più risposato e non avrebbe avuto altri figli e quello che stava facendo lo faceva solo per motivi fiscali. Difatti mi sollecitava a questa separazione dicendomi che altrimenti saremmo andati “sotto le scale di una chiesa” (58,20).

Ribadisce che il matrimonio è stato voluto, infatti, dice: “Entrambi abbiamo inteso legarci reciprocamente con un vincolo indissolubile” (59, 22).

17. - Dal testimoniale di parte attrice e di parte convenuta non si evince nessun atto positivo di volontà, da parte dell'attore, escludente lo stesso matrimonio, anzi, sia in modo implicito che esplicito, si rileva che l'attore ha voluto il matrimonio.

C. R., teste di parte attrice, con molta fermezza, evidenzia riserve, da parte dell'attore, circa il passo che compiva, ma, tra le righe della deposizione, si desume che l'attore, invece, ha voluto il matrimonio.

La deposizione resa, lascia perplessi, infatti, il teste è molto preciso nel descrivere le riserve, ma poi aggiunge: “...non ho mai sentito parlare di progetti e né di come avessero condotto la loro vita coniugale. La frequentazione che hanno avuto a me è sembrata essere un'abitudine” (101, 11).

Ancora, continuando, dice: “Conoscevano la dottrina cattolica sul matrimonio... il matrimonio che andava a celebrare lo avrebbe potuto sciogliere in qualunque momento...” (103, 18).

Si riscontra in questo che, nell'attore, c'è la volontà, perlomeno generica, di accettazione del matrimonio.

Il teste sa tante cose, “imminenti al matrimonio stesso”, come la stessa confessione sacramentale, ma poi asserisce: “...sono arrivato a cerimonia inoltrata, poiché lavoravo a Firenze” (103, 19).

Sa tante cose imminenti il matrimonio e poi, addirittura, arriva in ritardo in Chiesa, perchè lavora a Firenze.

C. L., sorella dell'attore, lascia intravedere, tra le righe della deposizione, che l'attore, anche se con volontà generica, ha voluto questo matrimonio. È pur vero che l'attore correva dietro le gonnelle, ma il rapporto con Daniela è durato 13 anni, (108, 12).

Dice che lo stesso suo padre favoriva il rapporto tra S. e D., perchè vedeva D. un fermo per il figlio; quindi, indirettamente, si rileva che, poi, l'attore, sposandosi, accettò il matrimonio (109, 13).

Ribadisce, inoltre, che il fratello, due anni prima del matrimonio, comprò una casa e la cointestò alla stessa convenuta. Una persona che non vuole il matrimonio non cointesta un'abitazione (109, 14).

Poi, aggiunge che, nel momento in cui il fratello fu accompagnato in chiesa, addirittura, voleva scappare per non sposarsi, e chiama in causa due testimoni: P. O., che già era stato indicato come teste di parte attrice, ma poi ritirato dallo stesso attore, e A. T., suo marito e cognato dell'attore. Testi importanti, perchè testimoni oculari di una circostanza importante. Eppure, uno viene ritirato e il sig. T., citato due volte, non si presenta.

D. D. è collega dell'attore, presso il quale lo stesso aveva una stanza, dove esercitava la sua professione di avvocato. Indirettamente, il teste, quando dice “...per rispetto della figura del padre lui si è laureato e forse si è anche sposato...”, fa rilevare che l'attore aveva una volontà generica di accettare il matrimonio. Lo stesso episodio che il teste riporta e, cioè, dell'andata del papà e della sorella presso lo studio dell'attore, per convincerlo al matrimonio, sta a significare che egli ha voluto il matrimonio

(115-116, 15). (Anche se, dagli atti, risulta che quell'andata del padre e della sorella di D. fu di diversa natura).

L. P., teste di parte attrice, faceva praticantato sullo studio dove l'attore aveva una stanza, ma, già nell'89, non si vedeva con il teste, in quanto l'attore si era trasferito nel suo studio. Il teste dice che S. era molto legato al padre e questi ci teneva che S. si unisse a D. Da ciò si desume, indirettamente, che l'attore ha accettato il matrimonio (121, 13).

Parla dell'appartamento che l'attore cointestò a D. e precisa che è stato il periodo nel quale si trasferì allo studio suo, e, cioè, due anni prima del matrimonio, (121, 14). Quindi, anche questo teste, fa rilevare che, anche se indirettamente, il rapporto era finalizzato al matrimonio.

G. G. è teste di parte convenuta e, dalle righe della sua deposizione, si rileva che l'attore ha voluto il matrimonio. Infatti, dice: *"... è stato un matrimonio d'amore. Si sono protratti in un fidanzamento che è durato circa 15 anni..."* (127, 7).

Aggiunge ancora: *"Il loro fidanzamento era orientato al matrimonio"* (127, 10).

Continuando, dice: *"Non ho avuto alcuna sensazione di dubbi e perplessità da parte di S. e di D. che non volesse più sposarsi. Anzi ci frequentavamo molto in quel periodo ed era la classica coppia che va al matrimonio"* (129, 16).

Puntualizza, inoltre, che *"S. è andato al matrimonio con la testa che si ritrovava... ma che ci andava perchè ci voleva andare... Ho partecipato al matrimonio e devo dire è stato un personaggio normalissimo come qualunque sposo che vuole sposarsi e accetta la cerimonia in Chiesa"* (129, 19).

In sintesi, dice: *"...erano arrivati coscienti al matrimonio. Questa è la sensazione che mi avevano dato"* (130, 22).

L. V., teste di parte convenuta, ribadisce che *"...per me quel fidanzamento era ordinato al matrimonio"* (133, 9).

Continuando, dice: *"Non sono a conoscenza del fatto che S non volesse più sposarsi..."* (134, 15).

E, ancora: *"In prossimità delle nozze non ho registrato alcun dubbio e perplessità in S."* (134, 16).

D. S. F., teste di parte convenuta, dice: *"...avevano un'intesa che faceva supporre che il loro cammino insieme era per il futuro matrimonio"* (139, 10).

Continuando, dice: *"Credo che essi conoscevano ed accettavano la dottrina cattolica sul matrimonio, infatti il matrimonio fu una bella cerimonia, gli sposi erano splendidi, se non vado errato, entrambi lessero le letture e animarono la celebrazione"* (139-140, 18).

T. C., amica d'infanzia della parte convenuta, dice che è sconcertata, in quanto la coppia C.-S. era così affiatata: il loro rapporto era per il matrimonio e sarebbe stato un matrimonio duraturo (144, 6).

E dichiara anche: *"Non mi risultano dubbi e perplessità in S. Erano consapevoli del matrimonio che affrontavano anche a livello sacramentale"* (145, 16).

D. M. P., amica di parte convenuta, dichiara che *"S. accettava il matrimonio e tutto ciò che esso comporta"* (151, 19).

B. B., teste di parte convenuta, dice: *"L'acquisto della casa di via Iannelli, che poi è diventata la casa coniugale, per me è stato un gesto di preparazione al matrimonio"* (156, 14).

Continuando, aggiunge: *"Non ho mai saputo che S. non voleva più sposarsi...Non sono a conoscenza di una fuga di S. per evitare il matrimonio. Se questo fosse stato vero, lo avrei saputo, perchè mio marito è cugino di S. e quindi si sentono spesso, anche per telefono"* (156, 15).

S. R., sorella della convenuta, nella deposizione, lascia intravedere che l'attore ha voluto il matrimonio. Infatti, dice: *“Tante volte S. parlava del futuro coniugale, tenendo presente la sua famiglia di origine, per evitare tutti gli errori”* (162, 11).

Continuando, dice: *“In prossimità delle nozze io non ho mai registrato dubbi e perplessità in S.”* (163, 16).

D. M. A. R., teste di ufficio, mamma della parte convenuta, depone dicendo: *“Tra di loro parlavano del loro futuro coniugale”* (180, 11).

Poi, continuando, evidenzia l'acquisto dell'appartamento fatto e cointestato e, poi, aggiunge: *“... se da parte di entrambi ci fosse stata la minima idea di volersi un giorno dividere avrebbero trovato un'altra soluzione e non si sarebbero cointestato l'appartamento”* (180, 14).

S. M., teste di ufficio e papà della parte convenuta, fa rilevare: *“Non ricordo che si abbiano avute interruzioni, ma se c'è stata è stata di poco tempo, per qualche screzio e sono ritornati subito insieme. Era sempre lui che telefonava per riconciliarsi”* (186, 12).

Continuando, dice ancora: *“La casa di via Iannelli fu acquistata da entrambi e se la cointestarono, questo dimostra che avevano entrambi intenzione di sposarsi”* (186, 14).

Aggiunge, inoltre, che *“non mi risulta che S. abbia avuto titubanze e non volesse più sposarsi. Né, tanto meno, mi risulta che per non sposarsi sia scappato ad Ischia”* (186, 15).

S. F., teste di ufficio, fratello di parte convenuta, dice: *“Negli ultimi due o tre anni di fidanzamento si parlava di matrimonio ed erano entusiasti di organizzarlo”* (191, 11).

Continuando, dice: *“Acquistarono l'appartamento di via Iannelli perchè si volevano sposare e lo cointestarono”* (192, 14).

Aggiunge anche: *“...Non mi risulta che la mattina delle nozze volesse scappare anche perchè quel giorno l'ho visto felice e contento”* (193, 25).

#### *Circa l'esclusione della fedeltà da parte dell'attore*

18. - L'attore, nella sua deposizione giudiziale, dice: *“Le riserve che io apponevo al mio matrimonio erano di non riuscire a garantire la fedeltà ...volendo essere libero a livello sessuale”* (42, 17).

Aggiunge: *“Conoscevo la dottrina cattolica sul matrimonio, ma non l'accettavo in riferimento al mio matrimonio”* (42, 19).

Nel corso della deposizione, ribadisce: *“Circa il matrimonio, sebbene io ne conoscessi la sacramentalità non accettavo le proprietà, quali l'indissolubilità e la fedeltà”* (42, 20).

Dice che la convenuta ne era al corrente e condivideva queste serie *“posizioni almeno a parole”* (42, 20).

Continuando la deposizione, cade in contraddizione. Infatti, dice: *“circa la fedeltà non ne ho mai parlato”* (43, 22).

Precisa che, al processetto matrimoniale, *“circa l'accettazione della fedeltà e dell'indissolubilità ho risposto positivamente, benché non convinto...”* (43, 23).

Non c'era convinzione, quindi, non era contrario!

Non si rileva dalla deposizione nessuna *causa simulandi* e alcun atto positivo di volontà.

19. - La parte convenuta dice: *“...Circa il fatto che io venivo considerata un porto a cui approdare ad ogni sua sbandata devo dire che sono del tutto dissenziente, poiché se io mi fossi accorta che lui andava con tante donne, io non lo avrei sposato, anche*

*perchè io avrei pensato e avrei detto a me stessa: “che me ne faccio di un uomo che non mi ama?”* (56, 14).

Continuando, dice: “...circa la fedeltà, io non ho mai avuto da parte sua confidenze, oppure anche nello scherzo che avesse un'altra donna. Anche dopo la separazione, ha sempre detto che non aveva un'altra donna e che non si sarebbe mai più risposato, nè tantomeno avrebbe avuto altri figli...” (57-58, 19).

Puntualizza, inoltre, che “ho sempre inteso dare e ricevere il diritto proprio ed esclusivo in ordine alla procreazione come lo stesso S.” (59, 21).

L'assunto attoreo non trova consenziente la parte convenuta. Questa, al contrario, fa rilevare che, soltanto un anno e mezzo prima della separazione, l'attore è diventato insofferente, atteggiamento che la convenuta relazionava al troppo lavoro, mentre invece è il tempo nel quale aveva la relazione con un'altra donna, per la quale oggi ha chiesto la nullità (58, 20; 60, 20; 61, 34).

### *Il testimoniale*

20. - C. R., teste di parte attrice e cugino dell'attore, parla di “scappatelle di S.” ed evidenzia anche che, un mese prima del matrimonio, S. scappò ad Ischia e lei andò a starlo (101, 12).

Da tutto il testimoniale, si ricava che questa scappatella coincide con la vacanza con un amico; che, all'epoca, questi aveva fatto un acquisto e se ne andarono, per divertimento, a festeggiare ad Ischia. Continuando la deposizione, il teste dice che l'attore comprò un appartamento e lo cointestò alla stessa, per dimostrare a D. che la sua famiglia non faceva nulla per lei e anche perchè voleva sollecitarla a distaccarsi dalla famiglia e soprattutto dalla madre (102, 14).

Questo lascia intravedere che l'attore voleva realizzare una piena comunione con D., a tal punto, che compra un appartamento per i motivi addotti. Poi dice “io credo” che “non si sia voluto dare fisicamente a D.” (103, 21).

Il teste dice, a giusta ragione, “io credo”; infatti, lavorava a Firenze e non poteva essere a conoscenza di tanti particolari, che, durante il corso della deposizione, ha evidenziato. Il teste non esprime nessun atto escludente la fedeltà, da parte dell'attore: parla solo di scappatelle.

C. L., dice che “...S. correva dietro a tutte le “gonnelle” (108-109, 10).

Ribadisce che portava a casa altre ragazze (108, 12).

Riporta l'acquisto dell'appartamento e i motivi per i quali lo aveva fatto e aggiunge che il fratello disse a D., in quella occasione, che “avrebbe potuto contare sempre su di lui” (109, 14).

Aggiunge che il fratello è per carattere infedele, quindi, non ha inteso ordinare gli atti alla procreazione solo con D. (110, 21).

La teste nulla dice circa una volontà escludente, ma si limita solo a constatare che al fratello piacevano le donne.

D. D. è il teste di parte attrice, presso il cui studio, come ho detto precedentemente, l'attore aveva una stanza. Il teste nulla dice circa l'esclusione della fedeltà, eccetto la frase tecnica, essendo il teste avvocato, “non ha inteso dare il diritto proprio ed esclusivo degli atti idonei alla procreazione a D.” (116, 20).

L. P., praticante presso lo studio dell'attore, durante la deposizione, dice: “non riteneva la fedeltà qualcosa di essenziale al suo matrimonio” (120, 7).

Continuando, poi, dice: “Credo che S., nel momento di sposarsi, ha inteso dare e ricevere il diritto proprio degli atti idonei alla procreazione...” (122, 21).

Aggiunge, inoltre, che “S. non è stato fedele” (123, 30).



Poi, dice che l'attuale compagna dell'attore è sua amica, ma S. non ha intenzione di sposarsi. Il teste ricorda anche la scappata ad Ischia (122, 15).

Circa la scappata ad Ischia, dagli atti, si desume che è avvenuta poco prima del matrimonio, alla fine dell'89, e, cioè, quando ormai già non si vedevano più, a dire dello stesso teste.

G. G., amico di entrambe le parti, evidenzia che è stato un matrimonio d'amore (127, 7). Poi dice: *"circa poi le sue capacità di dongiovanni devo dire che sono le solite ragazzate di chi anche se fidanzato si guarda intorno, ma il fatto che il fidanzamento è durato circa 15 anni, significa che veramente erano ragazzate e quindi il rapporto con D. era stabile"* (128, 13).

Poi, continuando, dice: *"circa le altre donne se ne parlava come si può parlare di lavoro e di altre cose o con fare goliardico"* (129, 18).

Aggiunge, inoltre: *"Stando alle battute che tante volte si fanno tra amici, ho dedotto che la vita intima tra loro era regolare"* (131, 28).

Precisa anche: *"So che lui sta con un'altra donna, che è un Pubblico Ministero, che stanno mettendo casa insieme e S. me l'ha presentata come la sua compagna. Mi sembra che questa donna ci fosse già prima, quando stava ancora insieme a D. Deduco questo da cose dettemi e che facevano capire che era una persona che già aveva, forse, nell'ultima fase del matrimonio"* (131,29).

L. V., teste di parte convenuta, parla di gelosia da parte di D., perchè aveva visto S. con altre ragazze e, dopo il matrimonio, con altre donne, ma poi dice: *"Se devo dire che ho avuto la sensazione che lui volesse avere esperienze anche dopo il matrimonio, questo non posso dirlo"* (133-34, 11).

Continuando, poi, dice: *"...che abbia voluto escludere la fedeltà o l'indissolubilità non credo proprio"* (135, 21).

D. S. F., teste di parte convenuta, dice che conosce la convenuta da 30 anni mentre S., da quando sono fidanzati (138, 8). Nella deposizione dice: *"Non so di riserve di S., poiché mi è sempre sembrato tutto normale. Era una coppia impeccabile..."* (139, 16).

Continuando, dice: *"conoscevano ed accettavano la dottrina cattolica sul matrimonio, infatti il matrimonio fu una bella cerimonia, gli sposi erano splendidi, se non vado errato, entrambi lessero le letture e animarono la celebrazione"* (139-140, 18).

Nulla evidenzia, perchè nulla ha visto di anomalo e strano.

T. C., teste di parte convenuta, esprime tutto il suo sconcerto, in quanto dice: *"... questa coppia era affiatata... il loro matrimonio sarebbe stato duraturo... essendo stata spettatrice di affezioni tra loro ed avendo visto che l'uno aveva stima dell'altro"* (144, 6).

Continuando, dice: *"Non ho proprio idea perchè questo matrimonio è fallito, perchè vedevo tutto regolare"* (141, 37).

D. M. P., teste di parte convenuta, dice: *"Io l'ho sempre visto un buon marito, a meno che non fingesse"* (149, 8).

Continuando, dice: *"Come mai aveva intenzione di separarsi ed era così premuroso nei confronti di D. e di suo figlio?"* (150, 14).

Nulla dice in merito al capo di nullità, ma, al contrario, si limita a dire di quanto è stata spettatrice e, cioè, che era una coppia normale e in comunione, a tal punto che non si chiamavano per nome, ma *"amore"*.

B. B., teste di parte convenuta, moglie del cugino dell'attore, deponendo, dice che *"il marito e S. si sentono spesso, anche per telefono"* (156, 15).

Continuando, dice: *"...ho notato una comunione profonda di vita tra loro"* (158, 26-27).

Poi, puntualizza: “...questo matrimonio è fallito perchè negli ultimi tempi c'era qualcosa alla base che non andava, ma devo aggiungere che forse c'era un terza persona” (158-159, 32).

Voglio evidenziare che la teste è la moglie del cugino dell'attore.

S. R., teste di parte convenuta, dice: “...Sergio parlava del futuro coniugale, tenendo presente la sua famiglia di origine, per evitare tutti gli errori perchè potesse avere in positivo quelle che erano state per lui solo delle esperienze negative” (162, 11).

Continuando, dice: “Non ho mai capito perchè si è giunti alla separazione definitiva. All'epoca, S. diceva frasi strane: non ce la faccio più, farò il papà e il marito a distanza. Incominciò ad avere degli atteggiamenti strani, abituato a ritornare a casa per il pranzo, poi incominciò ad avere delle evasioni” (164-165, 29).

Da elementi della deposizione, la teste fa capire che l'attore ha un'altra donna, subentrata dopo il matrimonio.

D. N. A. R., teste d'ufficio, mamma della parte convenuta, dice che l'attore non ha mai escluso la fedeltà e accettava tutto ciò che comportava il matrimonio cattolico (181, 18, 21).

Lascia intravedere che l'allontanamento, da parte di S., è iniziato dopo il matrimonio (182, 27, 30).

S. D., teste d'ufficio, papà della convenuta, nulla dice circa il merito del capo che stiamo trattando. Dalla deposizione scaturisce che è stato un rapporto, tra le parti, normale, ma, per l'intromissione di un'altra persona, dopo il matrimonio, sono giunti alla separazione (188, 29).

S. F., teste di ufficio, fratello della convenuta, evidenzia che il matrimonio è fallito perchè è entrata nella vita dell'attore, dopo il matrimonio, un'altra donna (193, 29).

Dal testimoniale si ricava che alcun atto positivo di volontà è stato formulato circa l'esclusione della fedeltà, né, tanto meno, si rileva alcuna *causa simulandi*.

#### *Circa l'esclusione dell'indissolubilità da parte della convenuta*

21. - Dagli atti processuali, non si rileva né atto positivo di volontà, né la *causa simulandi*, né *celebrandi*; al contrario, risulta una piena volontà, da parte della convenuta, ad adire al matrimonio.

#### *Circa l'esclusione dell'indissolubilità da parte dell'attore*

22. - L'attore, nella deposizione giudiziale, dice: “Il nostro fidanzamento non è mai stato sereno, è stato caratterizzato da una serie di incomprensioni e litigi, incompatibilità, frutto soprattutto delle diverse personalità ed obiettivi. Ma sebbene questo c'era dell'affetto” (39, 11).

Continuando, dice: “Desideravo che D. fosse per me una specie di buona compagna, consigliera, complice e comprensiva della mia particolare personalità” (39, 12).

Aggiunge: “Il fidanzamento... è durato circa 13 anni, dal '77 al '90... ci sono state due interruzioni, nel 1983 e 1984... D. era sempre comprensiva e attraverso questa sua disponibilità di comprensione mi invogliava a riprendere di nuovo il nostro rapporto” (39-40, 13).

Continuando la sua deposizione, dice: “Acquistai a cavallo degli anni '89 un appartamento cointestandolo, per sopperire all'essenza di partecipazione dei genitori, i quali non volevano assolutamente economicamente a questi preparativi per le nozze. Io lo feci quasi come atto di ribellione, per dimostrare la mia superiorità economica e per dimostrare che non vi era necessità del loro intervento, e per dimostrarle che in realtà

*i genitori non l'amavano come lei reputava che l'amassero. Lo feci per dimostrare a D. che potevamo fare a meno dei genitori, ma questo messaggio non fu recepito al punto che D. continuò ad avere il cordone ombelicale con la madre” (41,15).*

L'attore, poi, dice che *“sei mesi prima del matrimonio, gennaio-febbraio '90, ebbe forti dubbi circa la riuscita del matrimonio, circa la possibilità di condurre una vita autonoma senza l'interferenza della madre di lei. Questo ragionamento mi portò a prendere la decisione di recedere dall'intento di sposarmi... A questo mio comportamento, il padre di D. accompagnato dalla figlia R. ... insistettero nell'opera di convincimento nel farmi recedere dalla decisione presa, questa opera durò circa due ore, ma non sortì in me la decisione o il convincimento di recedermi” (41,16).*

Continuando, racconta di quando scappò a Ischia, nel maggio 1990, e di come fu trovato dalla convenuta, la quale lo convinse ad adire alle nozze: in quella occasione, realizzò un compromesso con lei e, cioè, la convenuta l'avrebbe dovuto lasciare libero e, in qualsiasi momento, lui si sarebbe ripreso la sua libertà (41-42, 16, 17, 18, 19, 29).

Poi, dice: *“Circa la procreazione io volevo attendere un pieno convincimento, tanto che solo dopo due anni ci fu una tentativo che naufragò con un aborto. Subito dopo sorse in me la piena convinzione di non generare più, ma nel '94 abbiamo avuto un figlio di nome E.” (43, 21).*

Dice ancora: *“Al processetto matrimoniale, circa l'accettazione della fedeltà e dell'indissolubilità, ho risposto positivamente, benché non convinto...” (43, 23).*

Poi si contraddice. Infatti, precedentemente, circa la prole, depone dicendo *“volevo attendere un pieno convincimento”* e poi dice: *“Il matrimonio fu consumato regolarmente aperto alla procreazione” (44, 26).*

Questo lascia supporre che non solo non c'è nessuna *causa simulandi*, ma anche nessuna riserva circa l'indissolubilità, essendosi determinato subito per una eventuale procreazione. Poi, ancora, aggiunge: *“Emanuele è nato il 17.3.1994. E' stato frutto di reciproco amore...”*.

Nella deposizione non si rileva atto positivo di volontà, né, tanto meno, *causa simulandi*, anzi, vi sono circostanze che lasciano intendere il contrario.

23. - La convenuta esordisce dicendo: *“Tra di noi c'è stata intesa fin dall'inizio soprattutto per quanto riguarda il nostro futuro coniugale... Egli sentiva e manifestava il bisogno di avere una famiglia...” (55, 12).*

Continuando, fa rilevare che l'appartamento a Via Iannelli fu comprato due anni prima del matrimonio; queste le testuali parole: *“...Se fosse valida la tesi dell'attore, come dice nel libello, che non si era legato a me durante il fidanzamento e che si sposava con l'intenzione di rompere questo vincolo, io mi domando: come mai intestava questo appartamento a me? Avrebbe dovuto perorare la causa per se stesso o fittare un appartamento” (56-57, 15).*

Evidenzia, inoltre, che *“in prossimità delle nozze non ci furono dubbi e perplessità circa il futuro coniugale, ma c'era solo una progettualità per mettere su famiglia, avere dei figli, e formare una vera e unita famiglia” (57, 12).*

Fa rilevare che la separazione dei beni è stata voluta da lei (59, 21) e hanno inteso legarsi reciprocamente con un vincolo indissolubile (59, 22).

Precisa anche che *“Il matrimonio è stato consumato con mutuo trasporto. I nostri rapporti erano aperti alla prole” (59, 25-26).*

Circa la procreazione dice: *“La vita intima ha avuto regolare svolgimento. È nato un figlio, E, e poi c'è stata una prima gravidanza, dove è subentrato un aborto terapeutico. La malformazione è dovuta ad una cromosomopatia e dipende dall' “Y” e cioè da lui,*

solo una persona che veramente ama è capace di avere un altro figlio” (60, 28).

Aggiunge ancora: “...E. è stato un atto di amore. Alla sua nascita egli impazzì di gioia” (60, 29).

Dalla deposizione della convenuta, scaturiscono elementi che scardinano la tesi attorea. Gli elementi che la convenuta apporta sono: la consumazione del matrimonio aperta alla prole; E. è un atto di amore; i rilievi circa l'appartamento acquistato in vista del matrimonio. Queste dichiarazioni sono condivise negli stessi termini anche dall'attore, come si rileva dalla sua deposizione (44, 15; 44, 26; 44, 29).

#### *Il testimoniale*

24. - C. R. , teste di parte attrice, cugino dell'attore esordisce dicendo: “Mio cugino ritiene nullo il suo matrimonio perchè nel momento in cui lo contraeva non aveva pieno convincimento del consenso che stava dando. Non si voleva legare ad una donna e nel caso specifico di D., sua ex moglie” (100, 7).

Dichiara, inoltre, per avvalorare la volontà solutoria dell'attore, che scelsero il regime della separazione dei beni “perchè si evitassero complicanze” (il teste conosce cose che nemmeno l'attore ha dichiarato. Infatti, circa la separazione dei beni, agli atti risulta che è la convenuta a volere il regime della separazione dei beni) (59, 21).

Continuando, dice: “Per quanto riguarda il futuro menage coniugale, io non ho mai sentito parlare di progetti e né di come avessero condotto la loro vita coniugale. La frequentazione che hanno avuto a me è sembrata essere un'abitudine” (101, 11).

Poi, si contraddice. Infatti, dichiara: “i motivi dell'interruzione erano le scappatelle di S.” (101, 12).

Ciò fa supporre che il rapporto non era un'abitudine, ma era movimentato. Evidenzia i motivi per i quali l'attore acquista l'appartamento e lo cointesta alla convenuta. Riferisce l'episodio di quando il papà della convenuta va allo studio per convincere l'attore di adire al matrimonio e di quando l'attore scappa a Ischia (102,14-15).

Ribadisce la volontà solutoria, dicendo: “conoscevano la dottrina cattolica sul matrimonio... il matrimonio che andava a celebrare lo avrebbe potuto sciogliere in qualunque momento, prendendosi la sua libertà” (103, 18).

Ricorda l'episodio dell'accompagnatore con il quale l'attore voleva scappare, per evitare il matrimonio, ma “non sa chi fosse” (109, 19).

È a conoscenza del fatto che l'attore si è rifiutato di confessarsi, perchè non era convinto. Si noti che il teste lavorava a Firenze ed è arrivato tardi alla cerimonia; infatti, è lui stesso a dichiarare: “Non ricordo dove fu celebrato il matrimonio, perchè non partecipai al rito in Chiesa” (104, 25).

Dalla deposizione, si desume che il teste lavorava a Firenze, ed è giunto in ritardo in Chiesa, quindi non poteva essere a conoscenza della confessione sacramentale, se era stata o meno fatta dall'attore; tanto meno poteva essere a conoscenza dell'episodio dell'accompagnatore in chiesa.

C. L. , esordisce dicendo che il fratello “non credeva nel vincolo indissolubile” (107, 7).

Continuando, dice: “...I motivi per i quali davanti a me mio fratello esprime la riserva che se le cose non andavano bene lui si sarebbe ripreso la libertà...sono innanzitutto il fatto che S. correva dietro a tutte le “gonnelle” e anche il fatto che la famiglia di D. era sempre presente in ogni circostanza e decisione nella vita della figlia” (107-108, 10).

Riporta l'episodio dell'acquisto della casa, dicendo che “D. avrebbe potuto contare sempre su di lui” (cioè il fratello) (109, 14).

Riporta l'episodio di P. O., che ha accompagnato l'attore in chiesa e con il quale

questi voleva scappare per non andare al matrimonio, e aggiunge: “*All’epoca a questa circostanza era presente anche il mio ragazzo oggi marito di nome A. T.*” (109, 15).

Il teste P. O. fu presentato da parte dell’attore, ma poi fu ritirato. Circa il teste, A. T., fidanzato all’epoca, come dice la teste, oggi marito, citato due volte, non si è presentato.

Riporta anche l’episodio della fuga ad Ischia (11, 27- 28- 29- 30, ADR).

D. D., teste di parte attrice, esordisce dicendo che “*S. non ha mai creduto nell’indissolubilità del matrimonio, cosa che egli diceva apertamente e si è sposato con questa convinzione*” (114, 7).

Continuando, dice: “*Tra essi non c’era discussione sul loro futuro coniugale... il fidanzamento è stato lungo*” (115, 11).

Parla di interruzioni, perchè l’attore non era idoneo ad un rapporto fisso (115, 13).

Poi, evidenzia l’episodio dell’acquisto dell’appartamento cointestato alla parte convenuta e dice: “*...per dimostrare alla ragazza che era più importante lui che la sua famiglia, ma anche per staccarla dalla stessa famiglia, la quale la condizionava*” (115, 14).

Continuando, riporta l’episodio di quando si sono recati allo studio il papà e la sorella della convenuta, “*per convincerlo a sposarsi*” (115-116, 15).

Diventa preciso, dicendo: “*L’episodio narrato è avvenuto a data di matrimonio già fissata, circa 15 giorni prima. La fuga ad Ischia, invece, è avvenuta mesi prima, forse un anno*” (*ibidem*).

Continua dicendo: “*In prossimità delle nozze ci furono gravi ripensamenti e tentennamenti, ma S. andò al matrimonio perchè ci furono pressioni da parte della famiglia di D. e anche perchè erano trascorsi tanti anni di fidanzamento, per il ricordo del padre e anche perchè lui pensava al divorzio nel caso in cui le cose non fossero andate bene*” (116,16).

Ribadisce, nel corso della deposizione, che l’attore “*conosceva la dottrina cattolica sul matrimonio, ma escludeva l’indissolubilità del vincolo*” (116, 18).

Suppone anche che la convenuta fosse al corrente di questa riserva da parte dell’attore (116, 18).

Faccio rilevare che l’attore ha avuto contatti stretti con il teste circa due anni prima del matrimonio, perchè l’attore occupava una stanza nello stesso studio. Il fidanzamento dell’attore con la convenuta risale al ‘77. Quindi, circa la fase del fidanzamento, non può conoscere i particolari.

Il matrimonio è stato celebrato il 21.7.90. L’episodio dell’andata allo studio è avvenuto, a dire dell’attore nel libello, sei mesi prima, gennaio-febbraio. Come può conoscerlo nei minimi particolari, se l’attore già era andato via da quello studio (41, 16), stando alla deposizione del teste L. P. (121, 11)?

Circa l’episodio ad Ischia, esso è avvenuto a maggio ‘90, mentre il teste dice mesi prima, forse un anno prima.

Stando agli atti di causa, la deposizione presenta contraddizioni.

L. P., teste di parte attrice, ha conosciuto l’attore in un periodo prima del matrimonio; infatti, il teste dice: “*S. andò via dallo studio sul quale lavoravamo insieme e poi dopo si sposò. Ci vedevamo in Tribunale, ma non quotidianamente come quando stavamo sullo stesso studio*” (121, 11).

Mentre asserisce che “*fu un fidanzamento litigioso. Da parte di D. questo rapporto era finalizzato al matrimonio, da parte di S. , per nulla*” (120, 10).

Le parti si sono conosciute e fidanzate nel 1977, mentre il teste si è conosciuto con l’attore, nel periodo breve prima del matrimonio.

Quindi, a giusta ragione, il teste dice: “*Il fidanzamento è durato 13-14 anni. Ci sono state delle interruzioni, cosa che io ho saputo e addirittura un’interruzione di circa un anno*” (121, 12).

Aggiunge che l’attore era molto legato al padre e il padre ci teneva molto che S. si unisse a D.: “*Io non ho conosciuto il padre in quanto è morto prima che io conoscessi S.*”. Questo lascia supporre che ciò gli è stato raccontato dall’attore.

Il teste è a conoscenza dell’acquisto dell’appartamento di via Iannelli, intestato anche alla convenuta (121, 14).

Dalla deposizione, si ricava che l’attore già era andato via dallo studio; infatti, il teste, nella deposizione, dice: “*S. andò via dallo studio sul quale lavoravamo e poi dopo si sposò*”.

Continuando, dice: “*Io ho detto a S. che se non si sentiva di sposare doveva cercare di evitarlo, ma lui mi rispondeva che c’era la scappatoia della separazione e del divorzio, se le cose non fossero andate bene. Sullo studio è capitato che si è parlato, perlomeno due o tre volte, del suo matrimonio e lui ribadiva sempre che si sarebbe separato se le cose non fossero andate bene. Ricordo anche di una scappata ad Ischia, come reazione a non volersi sposare. Non so chi andò a prelevarlo ad Ischia*” (122, 15).

Continuando, dice che entrambi conoscevano ed accettavano la dottrina cattolica sul matrimonio, ma l’attore “*non accettava l’indissolubilità*” (122, 18-19).

Precisa che non si è realizzata una comunione tra le parti (123, 27).

Il teste non sa spiegarsi come abbia fatto ad avere un figlio l’attore, dopo l’aborto terapeutico, se non amava la convenuta (123, ADR).

Poi gli sovviene che, pochi giorni prima della celebrazione del matrimonio, si sono presentati, presso lo studio, il papà di D. e la sorella R. per convincere S. al matrimonio (124, 33).

All’epoca, stando agli atti di causa, l’attore era già andato via dallo studio, perciò sorge spontanea la domanda: il papà e la sorella della convenuta a quale studio si sono recati? Si noti anche che il teste ha esortato l’attore, perlomeno due o tre volte, ad evitare il matrimonio quando erano sullo stesso studio. Inoltre, il teste ricorda anche di una scappata dell’attore ad Ischia (122, 5).

Gli atti di causa fanno rilevare che l’attore, all’epoca dei fatti narrati dal teste, era già andato via dallo studio.

G. G., teste di parte convenuta e amico di entrambi, depone dicendo che “*è stato un matrimonio d’amore... in Sardegna (dove lo avevano raggiunto, dopo il viaggio di nozze) S. e D. parlavano di progetti che avevano come obiettivo anche i figli*” (127, 7).

Continuando, dice: “*Il loro fidanzamento era orientato al matrimonio e per noi era una cosa normalissima*” (127-128, 10).

Evidenzia, inoltre, che “*l’attore acquistò un appartamento cointestato ad entrambi e questo era uno progetti di cui essi discutevano, infatti l’acquisto è stato fatto prima del matrimonio*” (128, 14).

Aggiunge anche: “*Non mi risulta che S. non voleva sposarsi più. L’avrei saputo senz’altro perchè il periodo di preparazione al matrimonio era il periodo in cui ci siamo frequentati di più*” (128, 15) ed evidenzia anche che “*non ho avuto alcuna sensazione di dubbi e perplessità da parte di S. e di D. che non volesse più sposarsi. Anzi ci frequentavamo molto in quel periodo ed era la classica coppia che va al matrimonio*” (129, 16).

Precisa anche che “*S. è andato al matrimonio con la testa che si ritrovava, cioè con tutti le caratteristiche sue, ma che ci andava perchè ci voleva andare. Ho partecipato al matrimonio e devo dire è stato un personaggio normalissimo come qualunque sposo che vuole sposarsi e accetta la cerimonia in Chiesa*” (129, 19).

Ribadisce che, per lui, “S. e D. erano una coppia che aveva superato tutta una serie di problemi e quindi erano arrivati coscienti al matrimonio. Questa è la sensazione che mia avevano dato” (130, 22).

V. L., teste di parte convenuta, nella deposizione, dice: “Conoscendo bene D., per me quel fidanzamento era ordinato al matrimonio” (133, 9).

Asserisce, inoltre, che non è a conoscenza che S. non volesse più sposarsi ed esclude che il padre di D. e la sorella siano andati allo studio per convincerlo a sposarsi (134, 15).

Dice di non aver registrato dubbi e perplessità in S. (134, 16).

Continuando, evidenzia dicendo che “S. ha inteso legarsi con D. per tutta la vita” (135, 22) e che non ha inteso escludere la fedeltà e l’indissolubilità (135, 21).

D. S. F., teste di parte convenuta, esordisce dicendo: “...Ho visto che entrambi sia in campo lavorativo che in campo di studio avevano un’intesa che faceva supporre che il loro cammino insieme era per il futuro matrimonio” (139,10).

Continuando evidenzia: “Non so di riserve di S., poiché mi è sempre sembrato tutto normale. Era una coppia impeccabile, dove si vedeva una certa armonia tra di loro” (139, 16).

Poi aggiunge: “...guardando la coppia S.-D. ogni genitore avrebbe augurato lo stesso amore, l’espressione della vita che esisteva tra i due. Io ero incantata dal loro comportamento, i quali esprimevano gioia, vita e ogni genitore lo avrebbe augurato al proprio figlio” (140, 22).

C. T., teste di parte convenuta, evidenzia: “questa coppia era così affiatata ed ero così convinta che il loro era un rapporto finalizzato al matrimonio ed il loro matrimonio sarebbe stato duraturo, essendo stata spettatrice di effusioni tra loro e avendo visto che l’uno aveva stima dell’altro” (144, 6; 144, 10).

Evidenzia che c’è stata un’interruzione nel loro rapporto di pochi mesi, durante i quali, S. la faceva chiamare tramite un’amica, per riconquistarla (145, 12).

Anche lo stesso appartamento fu comprato “in vista del matrimonio” (145, 14).

Evidenzia, inoltre, che “... Non mi risultano dubbi e perplessità in S. erano consapevoli del matrimonio che affrontavano anche a livello sacramentale” (145, 16).

Alla fine, dice: “In tutta coscienza posso dire che S. e D. si sono sposati per legarsi per tutta la vita” (146, 22).

E puntualizza: “... Non mi risulta che la mattina delle nozze, S. volesse scappare, anzi devo dire che era commosso, felice. Il ricevimento si svolse normalmente” (146, 25).

D. M. P., teste di parte convenuta, raccoglie, da parte di D., in tempo non sospetto, confidenze, sia circa il lungo fidanzamento, sia di qualche interruzione del rapporto, della casa comprata prima del matrimonio, di una barca, che portava il nome di D. “D.” e, addirittura, di una seconda barca. La teste, poi, si domanda: “Come mai aveva intenzione di separarsi ed era così premuroso nei confronti di Daniela e di suo figlio?” (150, 14).

Inoltre, dichiara: “So di un aborto terapeutico e so della nascita di E. Ritengo che E. sia nato per amore. S. era sempre disponibile per la famiglia e addirittura, loro, non si chiamavano mai per nome, ma “amore”....Quando D. è stata male S. mi telefonò e voleva il nome del migliore chirurgo per D. e lo diceva con tantissima premura e preoccupazione” (151,21-22).

B. B., teste di parte convenuta, precisa che il marito è cugino dell’attore e evidenzia che “è stato un fidanzamento sereno, affettuoso e proiettato verso il matrimonio. S. è sempre stato affettuoso con D., a tal punto che si chiamavano “amore, tesoro”. S. la copriva di continui regali: anelli, bracciali. Infatti ricordo che di tanto in tanto lei

diceva: “questo me lo ha regalato S.” (155-156, 10).

Evidenzia che “... quando comprarono la casa D. mi parlava con grande entusiasmo di questo acquisto perchè sarebbe stata la loro casa coniugale...” (156, 11).

Continuando, dice: “... Non ho mai saputo che S. non voleva più sposarsi... Non sono a conoscenza di una fuga di S. per evitare il matrimonio. Se questo fosse stato vero, lo avrei saputo, perchè mio marito è cugino di S. e quindi si sentono spesso, anche per telefono” (156,15).

Ancora ribadisce che “In prossimità delle nozze io non ho avuto modo di constatare dubbi e perplessità in S. circa il matrimonio che andava a celebrare, perchè in quel periodo era nato mio figlio, ma se questo fosse stato vero, lo avrei saputo tramite mio marito” (157,16).

Continuando dice: “Secondo me S. e D. intendevano legarsi per tutta la vita. S. dava questa impressione, se poi recitava davanti alla gente, non so. Lui se ne andò di casa, una volta, ma poi ritornò e di nuovo ed io constatavo le stesse affettuosità ed effusioni di un tempo: “amore e tesoro” (157, 22).

Evidenzia ancora: “Fino a che S. è andato via per la prima volta, ho notato una comunione profonda di vita tra loro... Devo dire che era una coppia che mi piaceva vedere, in quanto c’era in loro questa forma di manifestarsi l’affetto, cosa che tra me e mio marito non avviene” (158, 26-27).

Addirittura dice: “La vita intima ebbe regolare svolgimento fino a due anni prima che se ne andasse definitivamente. E. è nato per amore” (158, 28).

La rottura del matrimonio viene così commentata: “c’era qualcosa alla base che non andava... forse c’era una terza persona” (158-159, 32).

S. R., sorella della parte convenuta, depone dicendo: “...Il rapporto era in prospettiva del matrimonio” (161, 9).

Continuando dice: “Tante volte S. parlava del futuro coniugale, tenendo presente la sua famiglia di origine, per evitare tutti gli errori perchè potesse avere in positivo quelle che erano state per lui solo delle esperienze negative” (162, 11).

Durante la deposizione, oltre a parlare dell’acquisto della casa, chiarisce anche per quale motivo si trovò ad andare allo studio di S. (163, 15).

Dice, inoltre, che non ha mai registrato dubbi e perplessità, né riserve da parte di S., circa il matrimonio (163, 16; 164, 22).

D.N.R.A., teste di ufficio, mamma della parte convenuta, evidenzia che “il fidanzamento fu sereno ed affettuoso, c’erano degli screzi ma erano screzi comuni di normali fidanzati. Ho sempre notato che il loro rapporto era proiettato verso il futuro matrimonio” (179, 10).

Puntualizza che i nubendi parlavano con entusiasmo del futuro coniugale (180,11).

Fa rilevare, inoltre, che “L’attore ha acquistato l’appartamento a via Iannelli e se lo sono cointestato, perchè mio marito ha dato anche lui il suo contributo. Voglio aggiungere che se da parte di entrambi ci fosse stata la minima idea di volersi un giorno dividere avrebbero trovato un’altra soluzione e non si sarebbero cointestato l’appartamento” (180,14).

Continuando, asserisce che questo matrimonio è fallito perchè “si è invaghito di questa T. C., la quale frequentava anche casa di mia figlia...” (183, 32).

S. M., teste di ufficio e papà della convenuta, dice che “La casa di via Iannelli fu acquistata da entrambi e se la cointestarono, questo dimostra che avevano entrambi intenzione di sposarsi” (186, 14).

Continuando, dice che “Non mi risulta che S. abbia avuto titubanze e non volesse



più sposarsi. Né tanto meno mi risulta che per non sposarsi sia scappato ad Ischia” (186, 15).

Sintetizzando, dice: “Mia figlia e S. intesero legarsi con il matrimonio, per tutta la vita” (187,22).

Chiarisce, inoltre, il motivo per cui si è recato allo studio dell’attore (188, ADR).

S. F., teste di ufficio e fratello della convenuta, dice che “Negli ultimi due o tre anni di fidanzamento si parlava di matrimonio ed erano entusiasti di organizzarlo” (191, 11).

Evidenzia che le parti acquistarono l’appartamento di via Ianelli, perchè si volevano sposare e lo cointestarono (192, 14); poi, continuando, dice: “Non ho mai sentito che S. non volesse più sposarsi” (192, 15) e puntualizza anche che “S. non ha mai dato a pensare che un domani potesse divorziare, né tanto meno hanno parlato di divorzio” (192, 16).

Ribadisce che “S. e mia sorella decisero di sposarsi e legarsi per tutta la vita” (193, 22).

Aggiunge che il fallimento del matrimonio fu dovuto all’intromissione di un’altra donna” (193, 27; 194, 32).

#### *Causa simulandi*

25. - La *causa simulandi* non si evince, perchè non esiste. La decisione di adire al matrimonio è stata dettata all’attore dall’amore e dal desiderio di costituire insieme con lei una comunione di vita.

#### *Le circostanze*

26. - Circa le circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti alla celebrazione del matrimonio, si rileva un lungo fidanzamento; l’affetto reciproco; i progetti: l’acquisto della casa; la comune preparazione; la nascita del figlio voluto per amore; la non breve durata della convivenza.

27. – Pertanto, considerate tutte queste cose in diritto ed in fatto, noi sottoscritti giudici, invocato il Nome del Signore ed avendo solo Dio dinanzi ai nostri occhi, dichiariamo, pronunziamo e definitivamente sentenziamo che al dubbio concordato *in limine litis*:

“Se consti della nullità del matrimonio nel caso:  
per difetto di consenso matrimoniale, per totale simulazione del matrimonio, da parte dell’attore, subordinatamente per esclusione da parte dell’attore della fedeltà e per esclusione dell’indissolubilità del vincolo da entrambe le parti, quantomeno da parte dell’attore (can. 1101 §2) C.J.C.”

si debba risponde, come di fatto rispondiamo:

NEGATIVE AD OMNIA

e quindi NON CONSTARE DELLA NULLITA’ DEL MATRIMONIO in oggetto. (*Omissis*).

## **Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano- Neapolitana- Nullitatis Matrimonii- 29 marzo 2004- coram Casole, Ponente**

### **Simulazione di consenso- Esclusione della fedeltà coniugale- Valore probatorio dei “bigliettini amorosi”**

#### *Fattispecie*

1. - C. e D. si conobbero nell'86, tramite un comune amico, in discoteca.

Sorse tra di loro una simpatia che sfociò, nello stesso anno, in un rapporto sentimentale.

Era quello il periodo nel quale C. cadde in un profondo sconforto, a causa della morte della madre.

Durante questo periodo, D. lo aiutò molto, moralmente, come anche la stessa famiglia di D.

Fu sostenuto dalla stessa anche economicamente.

Il fidanzamento durò 10 anni, durante i quali, ci furono litigi, contrasti e qualche interruzione.

L'evento della morte del padre di C. creò un vuoto in lui sia materialmente che spiritualmente e, perciò, si pensò anche a concludere, col matrimonio, il rapporto con D., appena l'attore si fosse sistemato con un lavoro stabile.

Intanto, in questo periodo, a dir di C., egli “farfalleggiava” con una ragazza, conosciuta, durante il corso previo, che questa faceva per l'assunzione all'Alitalia, che poi avvenne nel novembre 1996.

Con il lavoro stabile, si innescarono i preparativi per il matrimonio.

A dir di C., non solo l'attore non lasciò la ragazza con la quale aveva intrapreso una relazione, ma si ripromise di non lasciarla mai e di continuare a frequentarla ad ogni costo, dopo il matrimonio.

Sebbene convolarono a nozze il 20.9.1999, sempre a dir di C., il rapporto con l'altra ragazza continuò.

Con la presenza dell'altra donna, il rapporto tra i due divenne traballante, a tal punto che, dopo un anno, avvenne tra le parti la separazione di fatto, che, nel maggio del 1999, si tramutò in una consensuale.

2. - È stato presentato libello presso questo Tribunale in data 24.3.2000.

Viene decretata l'ammissione del libello e si costituisce il Tribunale in data 27.3.2000.

In data 9.5.2000, vengono citate le parti a comparire, ma perviene presso il Tribunale un'istanza, datata 27.4.2000, protocollata in data 2.5.2000 con prot. n. 34, da parte della convenuta, la quale dice che non può presenziare per motivi di lavoro, perciò chiede il rinvio, anche perché intende costituirsi con un patrono.

Vengono citate nuovamente le parti il 24.5.2000 e viene concordato il dubbio nei seguenti termini:

*“Se consti della nullità del matrimonio nel caso: per difetto di consenso avendo l'uomo attore escluso il bene della fedeltà coniugale (can. 1101 §2) C.J.C.”.*

Vengono ascoltate le parti e 14 testimoni e, in data 20.10.2003, vengono pubblicati gli atti.

Trascorsi i termini, si decreta la conclusione in causa in data 2.12.2003. *In iure*  
3. - (*Omissis*)

*In facta*

4. - C. L., attore nella causa, nella deposizione, evidenzia che, nel momento in cui acquista l'indipendenza economica con l'assunzione nell'Alitalia nell'anno '96, si accorge che l'affetto che prova per D. non è vero amore e dice: *“stando lontano per 20 giorni al mese... ho incominciato a capire che per D. provavo solo affetto fraterno. Lei mi diceva che mi amava, io la rassicuravo del mio amore per lei, ma simulavo, facevo in modo di mantenerla serena...”* (45-46, 7).

Questo perché, nel gennaio '97, a dire dell'attore, conobbe l'attuale compagna e questa conoscenza sfociò in amore verso maggio '97, quando i preparativi del matrimonio già erano incominciati e perché, come egli stesso dice, *“...eravamo a preparativi inoltrati e perciò non ho avuto il coraggio di ferire D. che era felice e contenta, e dirle che non volevo più sposarla. Anzi simulavo a tal punto da farla sentire sicura del mio amore per lei, e approfittavo di questa sicurezza che davo a D. per scappare da I.”* (47, 10).

Continuando, dice: *“Io conoscevo, ma accettavo pro forma la dottrina cattolica sul matrimonio, perché era tutto pronto, ma nel mio animo non accettavo ciò che stavo facendo”* (48, 13).

Evidenzia che aveva una vita parallela e arriva a dire che *“nel momento in cui io leggevo la formula matrimoniale del consenso non intendevo legarmi con D. poiché non ho mai inteso lasciare I., infatti a questa avevo promesso che dopo il matrimonio avrei preso una soluzione definitiva”* (48, 14).

Sui preparativi del matrimonio, dice: *“anch'io quando potevo partecipavo”* (48, 15).

Continuando, parlando del giorno del matrimonio, dice: *“Apparentemente sembravo felice, ma dentro di me ero triste, perché andavo a compiere un atto in cui non credevo assolutamente... Avevamo stabilito che per un paio di anni non avremmo avuto figli, e di questo io ero pienamente d'accordo...”* (48-49, 16).

Parlando poi dei rapporti intimi, dice che sono stati pochi e cautelati questo non perché, come lascia intendere, non li volesse, ma perché la convenuta aveva problemi ginecologici (49,16).

L'attore dice che la convivenza è durata 9 mesi di fatto, dopodiché, e precisamente nell'ottobre del '98, andò via di casa, perché le continue assenze incominciarono a dare nell'occhio (49, 17).

In data 2 dicembre 2002, l'attore è stato riascoltato, anche perché ratificasse alcuni biglietti augurali e biglietti di viaggi.

L'attore, in questa seduta, riconosce i biglietti augurali come suoi e dice che sono stati scritti di suo pugno (suppl. 185).

Sono proprio questi biglietti a scardinare quanto dichiarato dall'attore. I biglietti presi in esame sono quelli dell'anno '96 e ne sono 7. Ogni biglietto è inviato per delle occasioni particolari. Sono stati presi in considerazione biglietti del '96, perché coincidono con la data della sua assunzione nell'Alitalia.

Il contenuto di questi sette biglietti augurali non manifesta per niente un “affetto

fraterno”, come lui afferma nella prima deposizione.

In questi biglietti, egli si presenta innamoratissimo e la lontananza dalla convenuta gli pesa, mentre nella deposizione aveva detto: “...stando lontano per 20 giorni al mese... ho incominciato a capire che per D. provavo solo affetto fraterno...” (45-46, 7).

Nel biglietto datato 1.1.96 egli scrive: “... poi non potrà mai mancare il mio amore che per te è immisurabile, questo penso che sia più importante, ma non si vive di solo Amore, e quindi spero che veramente presto troverò quel lavoro che possa darmi le possibilità di fare il grande passo della nostra vita cioè il matrimonio” (biglietti, pp. 46-47).

Tutti i biglietti dell’anno ‘96 sono pieni di frasi che non lasciano, per nulla, intravedere un amore fraterno. Amore che C. continua ad esprimere nei biglietti augurali dell’anno ‘97, sempre con un accento da innamorato e con frasi augurali per il “futuro insieme”.

L’attore, nella deposizione, dice che, nel gennaio ‘97, ha conosciuto un’altra ragazza.

Inizialmente, era un’attrazione fisica, poi dopo 4 mesi, si accorge che era vero amore (46-47, 10).

Se si legge il biglietto del 14 febbraio 1997 (festa di S. Valentino) e se ne analizza il contenuto, certamente, la convenuta non è configurata come un’amica, ma nemmeno si riesce ad immaginare che nella vita dell’attore ci sia un’altra persona, anzi, si evince che, nella sua mente, c’è solo la convenuta (p. 82 dei biglietti).

Infatti, si ricorda di inviarle gli auguri anche alla festa della donna, sempre nel ‘97, dove, tra le altre frasi, scrive: “... non vedo l’ora di ritornare a casa, perché io ti amo, questo è quello che sentivo e volevo dirti mio bellissimo ed unico fiore mio, gioia del mio cuore, con tantissimo amore. C. detto Ciccio. Ti amo”.

Non si dimentica del compleanno della convenuta che cade il 16.12.1997.

Voglio ribadire che ormai è un anno che l’attore ha conosciuto l’altra donna, eppure non si dimentica del compleanno della moglie, anzi dice: “... volevo farti gli auguri (e puntualizza chiamandola) Signora D. L.... sei la persona più importante della mia vita mia bellissima e unica D. ... Ti voglio bene e non voglio stare senza di te mia “S. “ (scimmietta).

Non si stanca di dichiararle il suo amore e le invia un altro biglietto il giorno di Natale; infatti, è datato il 25.12.1997. Oltre al grafico che è profondamente significativo, scrive: “cara D., questo è il mio Natale più bello della mia vita, sia perché questo Natale lo passo con il Mio Favoloso, Fantastico, Insuperabile, Giglio, cioè D. mio e Grandissimo Amore, e voglio dirti che: “Ti amo e non ti lascio”.

Ci ritroviamo con un biglietto, ultimo della serie, datato 14.2.1998, giorno di S. Valentino, ove, oltre agli auguri, ricorda alla convenuta che dovranno trasferirsi a Roma e dice: “... con te mi trasferirei in capo al mondo perché ti amo e sono felicissimo ed orgogliosissimo di avere una mogliettina come Te. Mia D., ci pensi questo è il nostro primo S. Valentino da marito e considera che lo festeggiamo a Parigi che non è da tutti quindi accetta questi baci come, un’anteprima da gustare per questa festa di domani, mio Bellissimo Amore... Qualcuno ha detto l’Amore è una cosa meravigliosa, io dico solo l’Amore per te è sempre e solo la Mia D. è questo è Meraviglioso....”.

Qui, si fermano i biglietti. L’attore nella sua deposizione, dice che la separazione di fatto è avvenuta nell’ottobre del 1998 e dice la verità, perché è proprio dopo febbraio che inizia la sua relazione, stando ai biglietti e deducendo ciò anche da dichiarazioni del 17.4.2001 dell’Alitalia-Team (Summ. p. 70).

L’attore dice di aver conosciuto un’altra donna nel gennaio ‘97 e di essersene

innamorato. Se questo rispondesse a verità, come mai chiede l'ampliamento della polizza stipulata dall'Alitalia ove designa in caso di morte come beneficiaria la sig.ra D. D.? Infatti, l'ampliamento della polizza è datato 14.10.1997 (suppl. istr. p. 177).

Ciò lascia supporre che non c'era alcun interesse amoroso ancora con quell'altra donna.

A riprova di quanto detto, si controllino anche i biglietti di volo di tutti i viaggi che hanno fatto insieme la D. con il L., parte attrice in causa (suppl. istr. p. 118) e, soprattutto, quelli delle ferie del 1998.

La testimonianza del teste qualificato, Don C. A., è da considerarsi contraddittoria, soprattutto per quanto riguarda le date; infatti, nella deposizione, il sacerdote dice: "Ho conosciuto C. nell'ultimo periodo della mia permanenza nella parrocchia di S. G. dell'A. dove ero vicario parrocchiale, e ciò risale al periodo estivo del 1997".

Poi dice che "qualche volta" C. "veniva a prendere questa ragazza: I. M." (suppl. istr. 190).

Puntualizza, poi, che non si trattava del periodo estivo, ma si trattava del periodo dopo il 1° settembre 1997 (si pensi che le parti si sono sposate il 20.9.1997), quando era stato già trasferito al "D. R." (suppl. istr. 191).

Ma precisa, inoltre, che il colloquio tra lui e C. è avvenuto nel 1999, quando si è incontrato da solo con l'attore e questo gli ha narrato la sua vicenda (suppl. istr. 190). Dice: "C. mi disse che durante il matrimonio continuava a vedere I. ..." (suppl. 191) (l'ultima asserzione è contraddittoria in quanto, il colloquio nella nuova chiesa è avvenuto nel 1999, quindi da questo rileviamo che il P. C. non riesce a ricordare bene le date).

E tiene a precisare che li ha visti insieme dopo il 1° settembre 1997, quando è stato trasferito al "D. R." (suppl. istr. 191).

5. - La convenuta, fin dall'inizio della sua deposizione giudiziale, precisa come ci sia stata sempre intesa e amore tra loro e precisa che, soltanto verso giugno del 1998, dopo il matrimonio, ha notato un cambiamento di comportamento in C. (57,8).

A tal proposito, è utile confrontare la deposizione dell'attore, ove ci si accorge che il cambiamento dell'attore veramente incomincia verso giugno del 1998, come asserisce la parte convenuta. Infatti, la convenuta dice: "quando se n'è andato di casa, l'attore mettendo sotto sopra le sue carte, ho trovato dei turni di lavoro da luglio '98 per alcuni mesi che combaciavano con quelli di questa signorina (I. M.).

*Voglio precisare che anche i riposi tante volte combaciavano con quelli della signorina di cui stiamo parlando, ma che non conosco*" (58-59,13).

Anche la certificazione conferma il cambiamento dell'attore, in quanto la signorina M. I. ha prestato servizio dal 3.4.1998 al 2.8.1998 come stagionale ed è stata poi assunta dall'1.11.1998 a tempo indeterminato dall'Alitalia (p. 70).

È pur vero che, nei periodi 15.5.97 al 4.6.97 e dal 22.8.97 al 23.9.97, ha partecipato al corso di addestramento assistenti di volo, presso il centro di Addestramento Alitalia, ma, l'attore, aveva detto di aver conosciuto, come precedentemente abbiamo rilevato, la M., nel gennaio 97 (47,10), mentre si può notare che la M. ha incominciato i corsi nel 15.5.1997.

6. - R. F., amico dell'attore, afferma che ha visto, in via Posillipo, l'attore insieme ad una ragazza, la quale non era D., nel giugno-luglio 1997. Qualche giorno dopo, il teste incontra l'attore e da questi viene a sapere che la signorina era I. M. (73-74,12).

Continuando, dichiara che C. aveva la volontà di proseguire il rapporto (74,14-15) con la ragazza (voglio far notare che il teste dichiara, nella sua deposizione, che dopo la morte della madre dell'attore, questi è scomparso dalla circolazione. La

morte della madre di C. avviene il 17.7.1986, quella di suo padre, il 5.12.95). Durante l'interrogatorio, il teste dice: "*C. mi rispose che era una cosa abbastanza seria, perchè gli piaceva la frequentava all'insaputa di tutti anche di me che ero l'amico intimo a cui riferiva tutto*" (73-74,12).

Il fatto che l'attore sia sparito dalla circolazione fa supporre che ha interrotto i rapporti con tutti. Il teste perchè lamenta che gli ha tenuto nascosta questa cosa essendo l'amico intimo? Quindi domando: quando gliel'ha riferita questa cosa?

Poi il teste dichiara che, dopo il matrimonio, si sono persi di vista (75,19). Quand'è che poi si sono rivisti?

L. G., fratello di C., dice che il fratello stava frequentando una ragazza di nome I. e che aveva stabilito una relazione con lei già prima di sposarsi... (80,12).

Ma puntualizza che questa rivelazione il fratello gliel'ha fatta un anno dopo il matrimonio (80,13).

"Presumo", ancora dice "*che C. prima del matrimonio pensasse di non essere fedele*" (80,16).

L. A., sorella di C., asserisce di essere venuta a conoscenza della relazione del fratello con I. M., alzando la cornetta del telefono, mentre parlava con questa. Dice che I. è subentrata nella primavera-estate '97 (85,13).

B. G., cognato di C., parla della relazione con I. M., ma in forma molto vaga (90-91,12 e 13).

D. A., amico di famiglia della convenuta e collega di lavoro, così depono: "*Era una coppia invidiabile, quando D. lavorava a Roma con me, lui veniva tutti i fine settimana a prenderla a poi insieme scendevamo a Napoli*" (95,6).

Continuando dice: "*La decisione di sposarsi già era da parecchio tempo nella loro mente. L'occasione per concretizzarla fu il fatto che C. fu assunto definitivamente all'Alitalia*" (96,11).

E arriva anche a precisare che "*durante il periodo dei preparativi al matrimonio ho sempre visto C. sereno e tranquillo. Non ho notato in lui timori, ripensamenti o dubbi. Quando ci incontravamo vedevo in lui entusiasmo e l'unica cosa che lo preoccupava era il fatto che lo volevano trasferire a Milano*" (96-97,15).

Continuando, dice: "*Dopo il matrimonio quando già era iniziata la convivenza ci siamo rivisti due o tre volte e non abbiamo notato nessun problema che potesse turbare la coppia*" (97,18).

A. A., amica di D. esordisce dicendo: "*È sempre stato un fidanzamento sereno, sono sempre stati legati, erano una coppia ben amalgamata, si adoravano e sono arrivati al matrimonio con queste modalità... C. è sempre stato una persona serena, romantica*" (100,6).

Continuando, dice ancora: "*...C. dopo circa 10 mesi dal matrimonio, incominciò a comportarsi in modo strano, e D. ebbe sentore di questo perchè C. cambiava turni di volo e atteggiamento nei confronti di D.*" (101,13).

M. D., amico di C. dagli inizi del '97, è amico di vecchia data di I. M.. Non ha mai conosciuto D.. Fa coincidere questa sua conoscenza col mese di gennaio '97, periodo nel quale il M. faceva le selezioni per entrare nell'Alitalia e asserisce che anche I. M., in quel periodo, faceva le selezioni con lui presso l'Alitalia (vedi p. 70 I sommario, ove risulta che le selezioni della M. sono iniziate dal 15.5.97).

Il teste evidenzia l'innamoramento di C. per I. e viceversa, e addirittura arriva a dire: "*... C. non riusciva a separarsi da I., per cui cercava di spostare anche i turni per non separarsi da lei*" (105,106, 5 II).

È soltanto dal 1998 che l'attore, incomincia a spostare i voli per incontrarsi con la

M. (vedi p. 70 Summ.: il periodo più lungo di lavoro stagionale che aveva svolto è del 3.4.98; cfr. anche i bigliettini amorosi augurali: è dal febbraio '98 che non vengono più scritti; l'ultimo datato è del 14.2.1998).

Continuando, aggiunge: *“Al ritorno dal viaggio di nozze, C. già mi disse che le cose non erano andate bene, lui senza I. non riusciva a stare e infatti dopo poco tempo lasciò D.”* (107,17) (non risponde a verità, se si vedono tutti i viaggi che hanno programmato, dopo il matrimonio, e, soprattutto, quello che lui preannunciò in uno dei bigliettini augurali e, cioè, che il S. Valentino da sposati andavano a festeggiarlo a Parigi).

S. A., è amica di D. e di C. e depone dicendo: *“... insieme vennero in agenzia da me per comunicarmi che si sposavano... Decisero di sposarsi innanzitutto perché si amavano e poi perché C. ormai aveva un lavoro stabile”* (113,11).

Continuando la sua deposizione, evidenzia che *“in un litigio C. aveva preso le sue cose e se ne era andato. Il motivo di questo litigio era il fatto che C. da un po' di tempo agiva stranamente soprattutto per quanto riguarda il cambiamento dei voli...dall'inizio dell'estate '98 non incominciò più a rendere edotta la moglie circa i cambiamenti di volo e di orari”* (113,12).

Poi, evidenzia una circostanza, infatti dice: *“...quando si sono sposati io ho accompagnato a fare le foto gli sposi, infatti io ero seduta a fianco dell'autista e la cosa mi colpì in quanto C. e D. quando il fotografo chiedeva di mettersi in posa, lo facevano così realisticamente che addirittura quando dovevano essere ripresi mentre si baciavano bisognava addirittura richiamarli alla realtà perché i loro baci erano chilometrici e appassionati...C. era così contento il giorno delle nozze, che ha dato addirittura all'autista, dopo di aver pagato l'affitto della macchina, £. 100.000 di mancia, (del vecchio conio) dicendo: “ci si sposa una sola volta nella vita”, questo perché era arcicontento”* (113-114,12).

Fa rilevare, inoltre, che non ha notato, in C., nessuna perplessità, ma soltanto esuberanza e gioia (114,15) (vedi fotografia II suppl. p. 8).

Facendo mente locale di quel giorno, la teste dice: *“Devo dire che C. ha sposato D. perché veramente le voleva bene e con il senno di poi, come ho detto precedentemente, devo dire che questa donna è subentrata dopo il matrimonio”* (114-115,16).

V. M., mamma di D., nella deposizione evidenzia una circostanza: *“...noi avevamo un calendario appeso in cucina e lui contava i giorni per dire quanto mancava per il matrimonio”* (119,12).

Evidenzia che *“...era contentissimo di sposarsi. Non ho mai notato dubbi e perplessità da parte sua per il matrimonio che andava a celebrare”* (119,15).

Continuando, dice: *“... Nell'agosto del '98 dovevano fare le ferie insieme, ma all'improvviso C. si cambiò il turno e D. incominciò a sospettare e gli chiedeva se avesse qualche altra donna. Lui ha sempre negato e poi invece prese le sue cose personali e se ne andò per non far più ritorno”* (120,18).

E. F., amico e collega della convenuta, depone dicendo: *“...C. aveva un bene morbo nei confronti di D.; nell'apprendere la loro separazione e, poi la causa di nullità, in agenzia, siamo rimasti sconvolti. Anche C. è un bravissimo ragazzo, in due anni non li ho mai visti litigare”* (123,5).

Ribadisce, durante la deposizione, l'amore di C. per D., anzi dice: *“...non ha mai smesso di essere morbo nei confronti di D. ... Io personalmente ho preso decine di telefonate, cosa che io apprezzavo moltissimo... perché vedevo come era innamorato della ragazza”* (123-124,6).

Continuando, dice: *“...i primi 8-9 mesi di matrimonio hanno vissuto una luna di miele continua...”* (126,13).

Precisa, inoltre, che ha visto gli sposi felici e raggianti nel giorno del matrimonio,

mai alcuna ombra di perplessità in C.

Poi evidenzia che incominciò a percepire in D. un po' di sconforto perchè C. *“incominciava a non darle con costanza come aveva fatto precedentemente i turni di lavoro. Ciò si cominciò a verificare verso il giungo-luglio '98”* (127,18).

D. A., papà di D., parte convenuta in causa, evidenzia che il comportamento anomalo di C. incomincia da luglio '98 e, da quel momento, iniziano i contrasti e poi la separazione di fatto (131,13; 132,22).

I. L. evidenzia alcune circostanze che non lasciano presupporre il disinteresse di C. per il matrimonio che andava a celebrare (136,11).

Continuando la deposizione, dice che D. evitava di fare apprezzamenti davanti a C., su oggetti o qualunque altra cosa, perchè questi subito esaudiva i desideri (136-137,12).

Anche la teste I. L. evidenzia che l'altra donna è subentrata nell'agosto '98 (137-138,17).

Poi narra come D. scoprì questa relazione e del cambiamento di C. nei suoi confronti, infatti, dice: *“D. frugando tra le carte, quando C. se ne andò, notò che, se non sbaglio, già dall'inizio dell'estate lui cambiava i turni facendo in modo di trovarsi insieme ad una collega di nome I.”* (138-139,19).

C. L., amico di C., confidandosi con lui, gli avrebbe detto della sua situazione e cioè che stava per sposarsi, ma si era invaghito della M. Il C. lo avrebbe distolto dal matrimonio, ma C. diceva che era troppo tardi e per lui era un dovere sposarsi.

Il teste puntualizza che egli ha conosciuto la M. nel gennaio '97, dove l'ha conosciuta lo stesso C., ad una cena. Poi precisa dicendo: *“So comunque che sebbene il matrimonio, si vedevano ancora, prima durante e dopo”* (142-143,11).

Continuando la sua deposizione, il C. dice: *“...mentre molto prima del matrimonio, quando lui veniva a Roma lo ospitavo a casa mia a volte, quando ha conosciuto I., non è più venuto”* (144,19).

La sig.ra I. M., conferma la tesi attorea (pp. 147-153).

7. - Dagli atti processuali non emerge alcuna *causa simulandi*.

8. - Considerate tutte queste cose in diritto e in fatto, noi sottoscritti Giudici, invocato il Nome del Signore e avendo solo Dio dinanzi ai nostri occhi, dichiariamo, pronunziamo e definitivamente sentenziamo che al dubbio concordato in *limine litis*:

*“Se consti la nullità del matrimonio nel caso:  
per difetto di consenso avendo l'uomo attore escluso il bene della fedeltà coniugale  
(can. 1101 §2) C.J.C.”*

si debba rispondere, come di fatto rispondiamo:

N E G A T I V E

e quindi NON CONSTARE DELLA NULLITA' DEL MATRIMONIO in oggetto. (*Omissis*).



## **Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano e di Appello di Benevento – Baren – Bituntina – coaram Carlesimo, Ponente**

### **Matrimonio Canonico – Consenso – Simulazione del consenso matrimoniale – Esclusione dell'unità matrimoniale – Rapporto tra unità e fedeltà coniugale.**

*Contrae invalidamente chi celebra il matrimonio con l'intenzione di non concedere al proprio coniuge il diritto alla fedeltà coniugale. Se in senso tecnico la fedeltà coniugale non coincide con l'unità, essendo quest'ultima diretta espressione del divieto di qualsiasi forma di poligamia e/o poliandria, la nuova visione personalista diretta conseguenza della ecclesiologia del Concilio Vaticano II induce a considerare la fedeltà come espressione di quell'unità del matrimonio quale atto d'amore unico ed irrevocabile. Per questo motivo, senza ombra di dubbio, attenta all'unità del matrimonio chiunque si sposi con la positiva intenzione di essere infedele alla propria o al proprio consorte*

#### *Fattispecie*

(*Omissis*) 1 – S. M. e V. M. A. si conobbero nel 1983, tramite un amico comune.

Sorta reciproca simpatia, i due cominciano a frequentarsi. Le rispettive famiglie vengono a conoscenza del rapporto e non sollevano alcuna obiezione.

Assolto il servizio di leva, lo S. torna a casa, ma, nel maggio del 1988, si arruola nell'Arma dei Carabinieri ed ha come destinazione prima B. e poi S. V., in provincia di N..

Nel 1990 conosce e avvia un rapporto affettivo parallelo con una ragazza di S. V., di cui si innamora follemente.

L'attore avrebbe voluto troncare il fidanzamento con M. A. V., ma non ne ha il coraggio.

Tenta, poi, ostinatamente, di sottrarsi alle celebrazioni nuziali, che viene rinviata per ben due volte, ma l'insistenza della convenuta non gli dà tregua: i due contraggono matrimonio il ... nella chiesa parrocchiale di ..., in ...

Tra loro non si realizza nessuna comunione coniugale: le parti non avranno mai una propria residenza come nucleo familiare autonomo, dal momento che la convenuta da subito tornò a vivere con i suoi genitori, mentre l'attore da S. V., periodicamente si portava a B. per incontrare la moglie presso la casa dei suoceri.

Il procedimento legale della separazione è deciso dall'attore, che intende ormai mettere la parola fine al suo inesistente matrimonio, svuotato di ogni contenuto al momento del consenso.

2 – L'attore con libello del ... accusava di nullità il suo matrimonio per esclusione della indissolubilità e della prole da parte sua.

Il Vicario Giudiziale costituiva il Collegio giudicante con decreto del ... Il Preside del Collegio con suo decreto citava le parti per il ... Durante la sessione della

contestazione della lite, fallito il tentativo di conciliazione, il Preside del Collegio concordava i dubbi di causa con la formula: “SE CONSTI DELLA NULLITÀ DEL MATRIMONIO PER: 1) ESCLUSIONE DELLA INDISSOLUBILITÀ DA PARTE DELL’ATTORE”.

La donna si opponeva alla causa e inoltrava istanza per ottenere un difensore d’ufficio. Il Vicario Giudiziale concedeva il beneficio del semigratuito patrocinio e assegnava come patrono d’ufficio l’Avv. M. P. S..

La causa era regolarmente istruita con l’interrogatorio delle parti e dei testimoni.

Il decreto della pubblicazione degli Atti era del ...

In data ..., su istanza del patrono di parte attrice, vi era una nuova concordanza del dubbio che veniva così formulato in maniera definitiva: “SE CONSTI DELLA NULLITÀ DEL MATRIMONIO PER: 1)ESCLUSIONE DELL’INDISSOLUBILITÀ DA PARTE DELL’ATTORE; 2) ESCLUSIONE DELL’UNITÀ MATRIMONIALE DA PARTE DELL’ATTORE”.

La pubblicazione degli Atti suppletivi era del .... La conclusione in causa era del ....

*Il primo Collegio, in data 23 marzo 2006, emetteva sentenza affermativa, dichiarando nullo il matrimonio in esame solo “per esclusione dell’unità matrimoniale da parte dell’attore”.*

3 –Trasmessi gli Atti e la sentenza, come da legge, al nostro Tribunale Ecclesiastico Beneventano di Appello, nella seduta del 26 settembre 2007, dopo approfondita discussione, tenendo anche conto delle Osservazioni del Difensore del vincolo di Appello, i Giudici Beneventani decidevano di rinviare il processo all’ E. O. di secondo grado, per i seguenti motivi.

In data 23 marzo 2006 il Tribunale barese emetteva declaratoria di nullità del matrimonio in intestazione per esclusione della unità matrimoniale da parte dell’attore.

Con proprio libello l’attore, in data 7 marzo 2003, aveva chiesto la dichiarazione di nullità del suo matrimonio con M. A. V. celebrato in Bari il 28 agosto 1995 1)per esclusione della indissolubilità; 2)per esclusione della prole nello stesso attore(p. 2).

Con decreto del 26 giugno 2003 il dubbio di causa è uno solo: per esclusione della indissolubilità da parte dell’attore”(p.41).

*A istruttoria conclusa, il Patrono di parte attrice, con istanza del 24 febbraio 2005, chiede che il dubbio venga ampliato con l’aggiunta di un secondo capo, e cioè “per esclusione della unità da parte dell’uomo attore”, mandando in subordine la “simulazione totale da parte dell’uomo attore”, lasciando, ovviamente, al primo posto l’esclusione della indissolubilità nello stesso attore (pp. 241-242).*

Sulla iniziativa del Patrono di parte attrice avanzano eccezione la convenuta con sue “Deduzioni” (pp. 244-247) e il Difensore del vincolo con proprie “Deduzioni” (pp. 248-249).

Dopo la rituale citazioni delle parti e del D.V, (p.250), il Ponente, in data 13 maggio 2005, emette decreto per la nuova concordanza come richiesto dal Patrono dell’attore.

L’istruttoria molto lunga, volutamente artificiosa da parte dell’attore, risulta piuttosto confusa e, a tratti, contraddittoria: lo S., ufficialmente fidanzato con M. A. V. dal ..., conosce nel giugno del ..., a S. V., dove presta servizio come carabiniere, la giovanissima G. G., e comincia a frequentarla, assicurandola della rottura del rapporto con la ragazza di ...(205/3).

Comincia così per il Nostro un modo di gestirsi, intriso di scaltrezze e promesse

da marinaio, senza mai lasciar trapelare il doppio gioco da lui abilmente posto in essere.

E il presente processo lo S. lo imbastisce, fondandolo falsamente su pressioni e minacce che lo avrebbero spinto ad un matrimonio senza amore e ad tempus.

Le pressioni o addirittura le minacce esercitate dalla famiglia V. e dalla stessa convenuta non sono state ritenute particolarmente credibili sia perché ai due giovani è rimasta la libertà di decidere per il matrimonio e sia perché F. A., il datore di lavoro di V. P., sorella della convenuta, fornisce della famiglia V. una descrizione normale: “si tratta di persone oneste, sincere, tranquille, non hanno mai avuto a che fare con la giustizia”, e, a domanda risponde: “posso asserire con certezza che la famiglia V. non è assolutamente capace di comportarsi in questo modo”, cioè di minacciare.. E la convenuta è descritta come una persona emotivamente equilibrata, che pur essendo innamorata dello S. non sarebbe mai caduta in simile gesto inconsulto”(163/e.o.).

Sia la convenuta che i testi di entrambe le parti non sono a conoscenza di alcuna volontà simulatoria dell'attore. I testi di parte attrice non riferiscono di confidenze dirette, ma di sensazioni, di percezioni, di intuizioni; non portano elementi certi, fondati, atti a darci la certezza oggettiva di un chiaro, positivo atto di volontà escludente l'indissolubilità.

Dal canto suo, la convenuta rimaneva fortemente ancorata nel suo affetto per l'attore da progettare un felice matrimonio con lo stesso(46/11).

Sogno accarezzato anche dalla G., la ragazza che si inserisce nella dinamica affettiva dell'attore, certa pure lei di poter convolare a nozze con M., credendo di essere l'unica ragazza amata dallo S. (p 206).

Un secondo affetto, che l'attore giustifica, affermando che la V. non era più innamorata di lui(136/e.o.), smentito clamorosamente dal comportamento della convenuta sia durante il fidanzamento, della durata di dodici anni, che in tutto il corso della vita coniugale, durata sei anni.

Che lo S. non sia credibile lo documenta lui stesso, perché, dopo aver mentito nel libello e nella sua prima deposizione, ora attesta con giuramento di aver allora giurato il falso.

Ma la convenuta e tutti i testi, particolarmente i familiari dell'attore, sottolineano e giurano la di lui fedeltà alla moglie ed escludono qualsiasi infedeltà coniugale.

Anche gli espedienti per un rinvio *sine die* del matrimonio con la M. A. V., come l'attore dice, sono presto dissolti..

Le pubblicazioni di matrimonio mai fatte, da lui falsamente dichiarate perdute, a seguito di un voluto incidente stradale(140/9), furono prontamente sostituite da un decreto della Curia Arcivescovile di ..., che autorizzava le nozze ai sensi dell'Art. 13 della legge 27 maggio 1929 n. 487(p. 122), perché lo stesso S. si attivò per la celebrazione secondo la data prevista.

Nell'atto di matrimonio esibito manca l'annotazione di questo decreto, mentre risultano le date delle pubblicazioni ecclesiastiche e civili (p. 5).

Nonostante il notevole sforzo del G.I. di primo grado, non si è tirato un ragno dal buco.

Nonostante tutto questo, il primo giudice accetta come prova processuale dell'esclusione della unità matrimoniale nell'attore il di lui comportamento nel suo relazionarsi con la convenuta, i suoi tentennamenti di fronte al progettato matrimonio, le sue reticenze. Non si tratta neppure di elementi indiziari.

Oltretutto, manca l'atto positivo di volontà.

È assente, quindi, la confessione giudiziale del simulante e, ovviamente, quella

extragiudiziale. E se si va alla ricerca di una solida causa della presunta simulazione, le tante carte del processo sono del tutto deludenti.

Il primo giudice, che pure dichiara di ritenere “di aver raggiunto la certezza morale sul capo in esame”, l’esclusione della unità matrimoniale appunto(22/20), in effetti, in sentenza si pone una serie di domande, che restano senza risposte, ammette quanto evidenziato dal patrono di parte convenuta e cioè che in questa vicenda rimangono dei “buchi neri” e ritiene sensate le annotazioni del D.V. di Bari.

Detto Difensore, non senza motivare le sue Osservazioni, si oppone ai capi di nullità invocati sia perché non vi è “certezza se la relazione tra lo S. e l’amante si sia consolidata prima delle nozze, né se lo S. avesse intenzione di continuare dopo le nozze con la V. la relazione con la G.”(Oss. P. 24), sia perché anche i testimoni di parte attrice nulla sanno di eventuali infedeltà dell’attrice tanto che il fratello di lui asserisce che M. “non ha progetti di nuove nozze”(91/12)(cfr. Oss. pp. 20-27) (Sent. 23/22;23/23).

Che lo S. abbia violato il dovere della fedeltà coniugale, a cui si era liberamente impegnato, non c’è dubbio, ma resta non provato che egli abbia avuto il preciso intento di dar vita ad una unione parallela, negando alla moglie il diritto esclusivo agli atti coniugali.

Non ha mai fatto alla G. promesse sul loro futuro, non si è mai espresso a favore di un progetto di vita comune, le ha abilmente tenuto nascosto il suo fidanzamento e il suo matrimonio. Non ha mai instaurato con lei un vero domicilio coniugale, si è astenuto dal procreare figli.

Noi riteniamo che in questo processo non sia stata raggiunta la certezza morale circa l’esclusione del unità matrimoniale nell’attore.

Per questi motivi, a norma del can. 1682, par. 2, i sottoscritti Giudici, riuniti in seduta collegiale, hanno deciso di rinviare il processo all’Esame Ordinario di secondo grado.

4 – Il Vicario Giudiziale di Appello, in data 03.11.2006, costituisce il Collegio Giudicante, che poi modifica con analogo decreto, in data 16 luglio 2007, per sostituire il Giudice Vito Angelo Todisco col Giudice Giancarlo Giannasso, e il Difensore del Vincolo P. Enrico Sacchetti con la Dott.ssa Alberta Del Piero.

Adempiuti questi preliminari, e concesso il gratuito patrocinio alla convenuta, con decreto del 14 gennaio 2008, il Ponente convocava, per il giorno 29 gennaio 2008, alle ore 11, le parti e il Difensore del vincolo per la concordanza del dubbio.

A detta udienza, citato ma assente il Difensore del vincolo, l’attore in causa, S. M., presente, dichiarava di essere disposto a sottoporsi ad un nuovo interrogatorio per fare piena luce sul suo caso.

La convenuta in causa, V. M. A., presente, dichiarava di opporsi al presente processo, ritenendo valido il suo matrimonio con S. M.

Tutto ciò premesso, il Ponente decideva di passare alla concordanza del dubbio, determinandolo sotto la seguente formula: “SE CONSI DELLA NULLITA’ DI QUESTO MATRIMONIO PER: ESCLUSIONE DELL’UNITA’ MATRIMONIALE DA PARTE DELL’ATTORE; ossia se debba confermarsi o riformarsi la sentenza affermativa di primo grado emessa dal T.E.R.P. in data 23 marzo 2006”.

L’attore e la convenuta erano ascoltati a Benevento. A Benevento erano ascoltati i testi dell’attore, mentre i testi della convenuta erano ascoltati a Benevento e, per rogatoria, a Bari.

Gli Atti di secondo grado venivano pubblicati in data 17.03.09, cui faceva seguito il decreto di conclusione in causa in data 21.04.09.

Chiusasi la fase discettatoria e acquisite agli Atti le memorie difensive, la causa era riservata ai Giudici per la decisione.

*In iure*

5 –Nulla da eccepire sulla parte in Iure della sentenza appellata.

Integriamo con le seguenti note dottrinali e con massime della giurisprudenza della Rota Romana.

6 – “La proprietà dell’unità non coincide con il bonum fidei, in quanto che l’unità esclude la poligamia simultanea, mentre il bonum fidei esclude anche l’adulterio. Tecnicamente sarebbe auspicabile – come infatti si fa di solito – che i pochi casi di nullità che si verificano per l’esclusione dell’unità, non rientrino tra i casi ‘ob exclusum bonum fidei, ma specificamente come casi di nullità per l’esclusione della proprietà essenziale dell’unità”(U.Navarrete, I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali, in La Nuova legislazione matrimoniale canonica, Annali di dottrina e giurisprudenza canonica dell’Arcisodalizio della Curia Romana, 1986, pag. 94;...)

Non sembra possa essere disatteso o sottovalutato l’argomento psicologico “*cum dynamicam simulationis attingat et animi umani introspectionem contineat atque ordinarie criterium constituat ad simulationem affirmandam vel negandam. Praevalens intentio enim vel positiva voluntas sese liberandi ab obligationibus necessario e legittimo matrimonio dimanantibus (a vinculo perpetuo pro bono sacramenti, a generatione et educatione filiorum pro bono prolis) fundamentum constituit pro aliis bonis*” ...

Il nuovo Codice, alla luce dell’insegnamento conciliare (Cost. Gaudium et spes, n. 48), ha cercato di valorizzare più l’aspetto personale anziché l’aspetto materiale, sottolineando la donazione reciproca dei coniugi nella comunione di vita che per sua indole naturale è ordinata al bene degli stessi coniugi e alla generazione della prole...

“*Matrimonialis consensus ideo peculiarissimum obiectum habet ipsos contrahentes quatenus mutuo se donant et accipiunt ad constituendum, ad mentem can. 1095, pae. 1, consortium totius vitae, essentialibus proprietatibus unitatis et indissolubilitatis signatum ac exclusivitate donatum, atque sua naturali indole ordinatum ad proprium bonum (bonum coniugum) et ad prolem, quod bonum prolis constituit*”.

Il suddetto principio viene del resto efficacemente e chiaramente illustrato nella Costituzione conciliare Gaudium et spes: “L’intima comunità di vita e di amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, è stabilita dal patto coniugale vale a dire dall’irrevocabile consenso personale...”

E così l’uomo e la donna che per il patto d’amore coniugale ‘non sono più due, ma una sola carne’(Matt. 19,6), prestandosi un mutuo servizio con l’intima unione delle persone e delle attività, sperimentano il senso della propria unità e sempre più pienamente la raggiungono.

Questa intima unione, in quanto mutua donazione di due persone, come pure il bene dei figli, esigono la piena fedeltà dei coniugi e ne reclamano l’indissolubile unità”(ATTIVITA’ DEL TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA – Anno Giudiziario (1 Ottobre 1991 – 30 Settembre 1992) - Relazione Annuale – pp. 186-188 passim).

7 –Leggiamo in una Rotale: “La proprietà essenziale del matrimonio che nel can. 1056 è denominata “*unitas*” in senso stretto significa “*ius ad unicum eumque solum coniugem*”. Pertanto essa in tale senso è l’opposto della poligamia. *Fidelitas autem dicit simul fiduciam, pietatem, gratiam, subsidium, adiutorium aliaque omnia quae*

*sponsus vel sponsa sperat et exspectat a comparte maritali in communionem vel consortio vitae et amoris.* In senso giuridicamente stretto la fedeltà è da intendersi “fedeltà sessuale” per cui se la comparte non ha diritto alcuno alla poligamia, ugualmente non ha diritto all’adulterio.

*Quamvis historice unitas et fidelitas ita coniunctae sint ut accipiantur pro una sola realitate, neque inter se distinguantur, nuperrime res paululum mutantur. Antiquitus enim fidelitas dicebat solummodo unitatem sensu paulo antea explicatum, recentius autem unitas ita extenditur ut amplectatur etiam fidelitatem, et quidem latiore sensu.*

*Quapropter, can. 1056 et can. 1134 cum loquuntur illic de unitate hic de vinculo esclusivo, indicant duplicem obligationem, utramque essenziale...*

Affinchè possa giuridicamente risultare la esclusione del “bonum fidei” occorre:

a) che vi sia la confessione del simulante fatta in epoca non sospetta dalla parte simulante avanti a testi degni di fede o in documenti facenti fede;

b) che vi siano chiaramente sia la causa simulandi che la causa contrahendi;

c) che circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti confermino la simulazione (cfr. Dec. coram De Lanversin, 24 iulii 1985, in una Venetiarum seu Patavina), dummodo haec “*facta sint certa plura univoca, id nempe in communi aestimatione demonstrent noluisse partem contraentem, se vinculo matrimonii astringere*” (cfr. decisio coram Felici, 24 aprilis 1956, in S.R.R.Dec., vol. XLVIII, 1956, 402)...

I giudici devono, quanto alla prova, non attenersi solamente alle dichiarazioni delle parti e dei testi ma debbono anche esaminare sia la “causa simulandi” sia la “causa contrahendi” oltretchè le “circostanze” antecedenti, concomitanti e susseguenti alle nozze onde così poter pervenire alla “certezza morale” (coram Doram, Romana, 10 marzo 1989).

#### *In facto*

8 – Il supplemento istruttorio di secondo grado ha fatto piena luce sul presente caso, che ai Giudici di Appello era apparso piuttosto confuso e, per alcuni aspetti, contraddittorio. Di qui i tanti dubbi e le tante perplessità nel Collegio Giudicante, che, opportunamente, rinviarono la causa all’E.O. di secondo grado.

Il supplemento istruttorio fatto a Benevento ha portato quei necessari chiarimenti e ha fatto piena luce sui fatti e le circostanze, che costituiscono il tessuto umano e giuridico della presente vicenda coniugale.

L’attore ammette: “...probabilmente a Bari avrò creato della confusione dal momento che tenevo che la verità, da me esposta al giudice ecclesiastico, potesse in qualche modo influire negativamente sulla causa civile, da me avviata allo scopo di ottenere la separazione consensuale dalla convenuta V. M. A.” (II, 19/1).

Non si tratta di timori infondati, perché la convenuta, appena informata dell’istanza, intesa ad ampliare il dubbio di causa, inoltrata dallo S. presso il Tribunale Ecclesiastico Pugliese, dà ricorso al Tribunale Civile “per ottenere un risarcimento per danni morali e esistenziali subiti, sentendosi ingannata dalla riserva operata dall’attore-marito.

9 – E qui la domanda è d’obbligo: “S. M., attore in questo processo, andando a nozze con V. M. A., convenuta in questo processo, ha escluso la proprietà dell’unità del matrimonio con atto positivo della sua volontà al momento, in cui ha espresso il consenso nuziale?”

La confessione giudiziale del simulante non lascia spazio a dubbi: “Per quanto

concerne la mia riserva contro la fedeltà coniugale, preciso che, andando a nozze con M. A. V., con determinazione le negai il diritto esclusivo agli atti coniugali” (Ib.).

Tale determinazione l’attore la documenta con fatti e circostanze, che nel loro insieme costituiscono un supporto probatorio di assoluta rilevanza giuridica.

Negli anni 1983-1984 lo S. avviava il suo rapporto affettivo, che realizzava il fidanzamento ufficiale, con la V.

Un rapporto, che sembrava abbastanza solido, anche perché, col tempo, i due, convinti di aver raggiunto una profonda intesa, cominciano a praticare intimità complete.

Detto rapporto, però, comincia ad accusare delle crepe, quando, nel 1990, l’attore, già inserito nell’Arma dei Carabinieri, viene destinata a Somma Vesuviana e conosce la sedicenne G. G., una ragazza del posto.

10-Con la conoscenza della G., M. vive una nuova stagione sentimentale, al punto da ritenere di aver trovato, finalmente, “la donna della sua vita”.

Questo per lui significa verifica negativa della lunga relazione con la V. e un progetto nuziale nuovo, dettagliatamente messo a punto, con G.

Lo S. non ignora che si è messo a giocare pericolosamente su un doppio fronte, ma non fa marcia indietro, tentando ogni possibile percorso per far capire a M. A. che non aveva nessuna intenzione di sposarla.

Non era certamente facile dibattersi tra la scoperta dell’amore vero, quello nutrito per la G., e il sentimento affettivo, quello nutrito per la V., ma è una sfida, che il Nostro accetta, mantenendo segreto alle rispettive parti il doppio contraddittorio rapporto, nascondendolo dietro un equilibrio affettivo, dal quale non si lasciò mai tradire.

Certo è che, quando da parte della V. e dei suoi familiari si avanza la proposta di matrimonio, emerge, a sorpresa, una strana *voluntas non contrahendi* nell’attore, giustificata dalla convenuta con la esigenza di un concorso interno nell’Arma dei Carabinieri, al quale M. partecipò (Somm., 46/10).

Anche la sceneggiata della richiesta del nulla osta per la celebrazione, negato dalla Curia di Bari per le mancate pubblicazioni a Somma Vesuviana, è vista dalla convenuta come una ferma intenzione dello S. di volere quel matrimonio (Somm. 47/11).

Ma i fatti seguono un diverso percorso.

11 – L’attore, quando conosce e si relaziona alla G., dà un taglio decisamente nuovo ai suoi orientamenti affettivi e programmatici.

Con la seguente motivazione: “La conoscenza con la G. mi dava la piena consapevolezza di aver scoperto finalmente cosa significasse essere innamorati e mi aiutava a prendere coscienza che con M. A. io nuttivo soltanto dell’affetto, ma non amore sponsale. Con questa nuova esperienza, che mi coinvolgeva totalmente, a malincuore programmavo, perché ormai non potevo sottrarmi alle tante insistenze che mi arrivavano dalla convenuta e dai di lei genitori, il matrimonio con la V., più volte rinviato” (II, 19/1).

Infatti, nella sua confessionale giudiziale barese, l’attore, a più riprese, rende nota la sua volontà di non volere quel matrimonio.

Ai genitori V., che sollecitavano o le nozze o la convivenza con la figlia, “io risposi che non era mia intenzione contrarre matrimonio e neanche convivere” (Somm. 54/e.o.).

L’attore ripete il suo no alle nozze, quando gli si prospetta la possibilità di frequentare il corso di sottufficiale: “Io in quel periodo non avevo intenzione di contrarre matrimonio perché volevo iscrivermi e frequentare...” (Somm.54/10).

E ne prende atto anche la convenuta con minacce piuttosto allarmanti: “La

V. in presenza di queste mie dichiarazioni mi disse espressamente che se l'avessi lasciata non avrebbe sopportato questo rifiuto e di conseguenza si sarebbe tolta la vita" (Somm. 55/11).

Per M. l'amore è finito, ma non riesce a variare il calendario celebrativo, ormai messo a punto in tutti i suoi particolari.

12 - Per l'attore è irrinunciabile tenere nascosta alla famiglia G. e alla stessa G. la già programmata data del matrimonio con la V.

E per impedire che a S. V. si conoscesse tale notizia, lo S. si adopera perché non vi si facesse richiesta delle pubblicazioni civili.

La Curia di Bari autorizzò il matrimonio, facendo ricorso all'art. 13 del Concordato, poiché era tutto pronto.

Fatto documentato dall'allegata fotostatica del foglio del Registro dei Matrimoni del Comune di Somma Vesuviana (II, p.26).

Vi è poi il grave surrettizio comportamento dell'attore, che non chiede l'autorizzazione al Comando centrale dell'Arma, per passare a nozze, secondo il prescritto dell'ordinamento militare dell'Arma.

Il documento della sanzione disciplinare inflitta all'attore per questa "mancanza commessa in Bari in data 28.08.1995", è riportato a p. 27 (II, p. 27).

Il supporto storico della sanzione disciplinare inflitta all'attore ci è offerto dal teste G. M., carabiniere, trasferito alla stazione di Somma Vesuviana, come sottufficiale in sottordine nel 1992, e della quale assumeva il comando rea il 1994 e il 1995.

Il teste puntualizza: "In quel periodo M. prestava servizio come carabiniere, in detta stazione. E fu allora che conoscendo tutti i componenti il locale presidio della caserma, venni anche informato dei rapporti esterni che i carabinieri stabilivano con le persone del luogo. Proprio di M. venni a sapere, e quindi ne ebbi esperienza diretta, che già da tempo frequentava la famiglia G. Seppi poi dallo stesso M. che tra lui e G., la figlia giovane dei coniugi G., era stato avviato un rapporto affettivo con finalità nuziali. Nel quartiere tutti sapevano che M. frequentava casa G. e che era il "fidanzato" appunto di G.

Tutto aveva un andamento pacifico, fino a quando non si diffuse in S. V. la notizia che S. M. doveva sposarsi con una ragazza del suo paese. La notizia aveva un fondamento certo, perché all'albo pretorio del Comune venne affissa la richiesta di pubblicazioni matrimoniali tra M. S. e V. M. A. Io stesso, come comandante della stazione, venni informato dal Comune. Si può capire bene la mia sorpresa, anche perché M. non aveva inoltrato presso il comando centrale dell'arma la richiesta autorizzazione per passare a nozze, secondo il prescritto del nostro ordinamento militare.

Quando chiamai M. per capire cosa stesse succedendo, non riuscii a capirci troppo perché M. di fronte alle mie domande fu sempre evasivo.

Io doveti rendere noto al comando centrale dell'arma la richiesta di M. di passare a nozze con l'evidente disagio da parte mia di non aver potuto segnalare il caso prima ancora che arrivasse al Comune il documento che annunciava ufficialmente il matrimonio del carabiniere S.

Certo è che per questa trasgressione fatta da M. al nostro ordinamento, egli venne sanzionato con un trasferimento nella vicina caserma di Castello di Cisterna. Non si adottò rigore nei confronti di M., perché egli era ritenuto un militare abbastanza valido" (II, 37/1).

E per concludere aggiungiamo che questo quadro di finzioni si arricchisce di un incidente stradale, volutamente procurato dallo stesso attore, con l'intento di annullare, o, quanto meno, rinviare *sine die* la data delle nozze, dal momento che l'attore



asseriva che in detto incidente era andato perduto il certificato delle pubblicazioni civili di S. V.

13 - In appello, cadute le remore di possibili rivalse da parte della convenuta, la posizione processuale dell'attore, alquanto oscura ed equivoca a Bari per tante reticenze ed omissioni, si chiarisce, finalmente, e se ne afferrano anche le ragioni.

Ammirevole il gioco di equilibri, posto in essere da M., per non creare traumi nella convenuta e nei di lei familiari, che aspettavano le nozze dopo tanti anni di fidanzamento.

E dal momento che egli aveva instaurato a S. V. un parallelo rapporto affettivo con la G., dovette egualmente controllarsi ad evitare possibili ritorsioni per le ripetute promesse e rassicurazioni di voler costruire con G. un futuro comune.

Ed è quanto ci ha detto l'attore: "A Bari ho cercato di esporre ampiamente tutte le mie vicissitudini, che determinarono il matrimonio, non omettendo di sottolineare anche le minacce fatte, allorquando mio padre convocò i genitori di M. A., per spiegare loro che sarebbe stato opportuno una pausa di riflessione, essendo il matrimonio un passo importante, decisivo della vita degli sposi, dal momento che mio padre mi vedeva titubante e poco entusiasta delle nozze già programmate. Del resto io stesso ero molto preoccupato per i riflessi che si sarebbero avuti sul mio rapporto con G. G., se avessero scoperto la mia relazione parallela, fino allora ignorata da M. A. e dai genitori di lei. Sarebbe stata messa in discussione la mia permanenza nella sede di servizio di S. V. Per questo motivo io accettai anche la pressante istanza di M. A., la quale, sentendosi a disagio in casa per quello che avevano detto i genitori in casa mia, quando ci fu il consiglio di famiglia, mi supplicava in lacrime di portarla via dal suo ambiente, perché si sentiva colpevolizzata dai suoi genitori per non essere stata determinata nella richiesta di affrettare le nozze.

M. A. fu da me portata a Napoli precisamente all'hotel Ausonia, in via Caracciolo, dove sostò per qualche giorno in attesa che i genitori si calmassero. La madre della convenuta, a seguito di questo fatto, telefonò a mio padre dicendogli quasi con sprezzo che io avrei voluto rinviare il matrimonio, ma che non avevo avuto nessuna remora nel portare M. A. con me a Napoli per ospitarla in un albergo, in una camera tutta a nostra disposizione. Aggiungendo di ricordare che qualora il matrimonio non fosse stato celebrato, il di lei marito conosceva gente buona e cattiva, e sarebbero arrivati a via Napoli (casa dei miei genitori), dove avrebbero bruciato tutto"(II,20/1).

14 -Questo scenario resta totalmente sconosciuto alla famiglia G., per la quale M. sta aspettando soltanto tempi migliori per programmare il matrimonio e realizzare le promesse fatte a G., ormai in lista di attesa per le nozze già da qualche anno.

"Per quanto concerne il mio rapporto con G. G., è l'attore che parla, voglio precisare che la ragazza ignorava l'esistenza del mio fidanzamento con la V., considerandomi da subito come l'uomo della sua vita.

Stando così le cose, era fin troppo facile formulare progetti di vita futura da realizzarsi in comune appena possibile(Ib.).

Per aggiungere di seguito: "Poiché io ho sempre tenuto all'oscuro G. del mio rapporto affettivo con M. A., non mancarono promesse da parte mia circa una nostra vita futura con prospettiva di impegni comuni. E preciso che era mia intenzione sposare la G., se fossi riuscito ad evitare il matrimonio senza esasperare né la ragazza, né i genitori di lei. Purtroppo i fatti ebbero un diverso sviluppo"(II, 20/2).

15 - Nucleo essenziale della presente sentenza è l'esclusione della proprietà essenziale dell'unità del matrimonio da parte dell'attore.

I fatti di causa documentano tale esclusione.

Sappiamo, come ci dice la dottrina giuridica, che l'unità nel matrimonio sancisce l'impossibilità della coesistenza contemporanea di più vincoli matrimoniali validi, quindi, è chiaro che detta unità postula una donazione perpetua ed esclusiva dei nubenti tra loro per costituire quell' "una caro", secondo il disegno del Creatore.

Nel nostro caso, è proprio l'attore a non volere tale perpetua ed esclusiva donazione, andando a nozze con la V., non avendo nessuna intenzione di abbandonare il suo rapporto affettivo con la G., l'altro parallelo versante, sul quale lo S. si era attestato, vivendo intensamente e intimamente quella relazione con progetti nuziali.

Non si tratta di un fatto episodico, casuale, quasi un capriccio dell'uomo, che intende dar prova della sua virilità, legandosi ad amicizie femminili.

Si tratta, invece, di un autentico rapporto affettivo, rimasto sotterraneo per la convenuta, che lo ignorerà anche dopo la celebrazione, ma pubblico e trasparente per i G., per i quali rimaneva, egualmente, sotterraneo il rapporto di M. con la V.

La dottrina Rotale, innanzi richiamata, parla di "argomento psicologico", su cui insiste la dinamica di ogni proposito simulatorio e costituisce il criterio per affermare o negare la simulazione.

Pertanto, l'atto positivo di volontà di liberarsi dalle obbligazioni, derivanti dal legittimo matrimonio, costituisce il fondamento della simulazione di tutti i beni del matrimonio.

Il caso di specie va inquadrato in queste linee giuridiche: l'attore vive la celebrazione con la V. col lacerante conflitto interiore di dover nascondere dietro le formule celebrative del rito, cui non può sottrarsi, il simulato "SI" a quelle nozze e la preoccupazione di rassicurare, telefonicamente, la G. di non preoccuparsi di niente, perché non l'avrebbe mai lasciata.

Ricorda e conferma puntigliosamente G. G., indotta come teste: "Io non sapevo che il 28 agosto del 1995 contraeva matrimonio con M. A. V., ma ricordo molto bene, facendo mente locale, perché certe cose segnano la vita, che nel corso della giornata M., col suo telefono, più volte mi telefonò dandomi questo messaggio: "qualsiasi cosa succeda, sappi che non ti lascerò mai" (II, 21/1).

I fatti le danno ragione, perché, l'attore, coniugandosi con M. A. V., non realizza la coniugalità nuziale, perché la convenuta torna ad abitare con i suoi genitori e lui continua a permanere stabilmente a S. V., dove conserva la sua residenza (Somm. 48/15).

È ancora il M. che interviene: "Per quanto concerne il suo domicilio coniugale, M. non ha mai indicato l'indirizzo al comando della caserma, il che lascia intendere che lui, tornando a Bari dopo il matrimonio, si appoggiasse presso i suoi genitori o presso i suoi suoceri" (II, 38/2).

Non è una scelta casuale, quella fatta dall'attore, perché a S. egli può vivere la sua relazione intima con la G.

Anche la disattenzione al "bonum fidei" da parte dell'attore è una chiara conferma della esclusione della proprietà dell'unità del matrimonio, intimamente connessa con la fedeltà coniugale.

16- Lasciamo, intanto, la parola allo S. per sentirlo sulle sue iniziative concernenti l'avvio del processo canonico al fine di ottenere la dichiarazione di nullità del suo matrimonio con la convenuta:

"Ero stato dall'avvocato N. B., su suggerimento di un giudice del tribunale ecclesiastico regionale campano, tre mesi dopo il mio matrimonio con V. M. A., per avviare il procedimento canonico di nullità matrimoniale.

Fa fede quanto io sto affermando la documentazione da me esibita a Bari e ripor-

tata alle pagine 69-71 da dove si evince la data del mio versamento fatto all'avvocato B. il 28.10.1995.

Iniziativa, che non fu portata a termine da me.

In quell'occasione fu ipotizzata una nullità per *vis vel metus*, come annotava il giudice campano da me consultato.

Proprio per questa traumatica esperienza, non diedi corso alla mia iniziativa, ritenendo di non poter mai sostenere le spese per affrontare un giudizio canonico.

Nell'anno 2002, trovandomi nell'ufficio anagrafe di Pompei per motivi di lavoro, ebbi modo di conoscere una ragazza, che, proprio in quel giorno, doveva presentare una sentenza ecclesiastica già delibata all'ufficio anagrafe per la trascrizione.

Profittai subito dell'occasione per venire a conoscenza delle modalità per dar ricorso al tribunale ecclesiastico, informandomi anche sui tempi tecnici del processo e sulla spesa da sostenere.

La mia interlocutrice, di cui non so il nome, mi fu larga di suggerimenti e di chiarimenti circa il suo caso, e mi indicava, per ulteriori informazioni, un giudice campano, che avrei potuto trovare in Basilica.

Qualche giorno più tardi mi riportai in Basilica, chiedendo di conferire col giudice che mi era stato indicato da quella ragazza; il sacerdote al quale mi rivolsi, mi indicò il confessionale dove detto giudice stava ascoltando le confessioni.

Mi inquadrai con fila dei penitenti e, arrivato il mio turno, andai a confessarmi.

Durante la confessione esposi al giudice il mio caso, il quale mi indirizzò al presidente del tribunale di Bari, che io consultai appena ebbi l'occasione di tornare dai miei.

Il Presidente mi accolse benevolmente e mi indicava subito il patrono stabile come mio avvocato.

Fu con l'avvocato P. S. che io ebbi il primo colloquio tecnico sul processo che io intendevo avviare e detto avvocato mi convocò subito nel suo ufficio per redigere il libello introduttorio della causa.

All'avvocato S. io dicevo che avevo sposato M. A. V., perché non ero stato capace di sottrarmi alle minacce fattemi dai suoi genitori, quando si accorsero che il nostro rapporto affettivo era entrato in una crisi irreversibile.

Per questo motivo all'avvocato S. io dicevo pure che non solo non volevo sposare la V., ma che, costretto a sposarla, l'avrei lasciata molto presto non avendo nessuna intenzione di vivere con lei e di formare con lei una famiglia con figli.

Fu redatto così il libello per la richiesta di nullità del mio matrimonio, accusato di nullità per esclusione dell'indissolubilità e della prole da parte mia" (II, pp. 23-24).

Il procedimento seguito lo leggiamo nel Sommario barese.

E, intanto, è rilevante notare come l'attore, che non voleva quelle nozze, è più convinto che mai di aver celebrato un matrimonio nullo.

17 - Dalla stessa voce dell'attore raccogliamo, in appello, le motivate ragioni del suo comportamento surrettizio, a Bari, ad evitare rappresaglie giuridiche da parte della V. Un silenzio processuale, che non raggiunse il suo scopo, perché, la convenuta, appena conosciuta la sua relazione con la G., avanzò pretese risarcitorie nei confronti di lui.

È ancora l'attore a raccontarci i fatti: "Il giorno della mia prima deposizione, il 29.04.04, io esposi i fatti facendo particolare riferimento alle minacce subite dalla mia famiglia e che praticamente determinarono il matrimonio da parte mia, specificando al giudice che io non avevo nessuna intenzione di sposare la V., tanto è vero che ripetutamente io avevo cercato di rinviare quelle nozze, riuscendo sempre a procrastinarle a data da stabilirsi.

In detta udienza io non feci mai riferimento alla mia relazione con G. G., sia perché non volevo far conoscere alla V. questo mio rapporto con detta ragazza e sia per evitare grane, per quanto concerne il mio servizio nell'arma dei carabinieri.

M. A. V., se avesse saputo di questa mia relazione, essendo lei moglie, avrebbe dato ricorso all'arma dei carabinieri, denunciandomi per adulterio e rivalendosi per le possibilità, che avrebbe avuto in virtù della ferrea disciplina militare che vige nell'arma, per farmi trasferire in sedi abbastanza lontane al fine di interrompere in maniera definitiva il mio rapporto con G. G.

D'altra parte la convenuta sapeva benissimo che avrebbe potuto poi, in sede civile, avanzare pretese di risarcimento con regolare procedimento legale per la mancata fedeltà coniugale.

Cosa che è puntualmente accaduta quando M. A. ha saputo dell'esistenza di questa mia relazione con G. G., incardinando un processo per la separazione giudiziale con richiesta di addebito...

Questi miei timori non erano infondati, perché, dal momento che M. A. ha saputo della mia relazione con G., l'ha fatta citare ripetutamente come teste a sostegno della sua causa risarcitoria.

Quando poi io mi sono reso conto di essere stato reticente davanti al tribunale sul mio rapporto con la G., ho preso atto di aver falsato parzialmente la mia vicenda, non rivelando l'episodio che avrebbe dovuto illuminare i fatti di causa, togliendo anche al giudice la possibilità di esaminare obiettivamente i fatti accaduti.

Prova ne sia che io in data 7 maggio 2004 chiesi al giudice istruttore di Bari, con mia nota sottoscritta, di essere riascoltato per fare finalmente chiarezza su ciò che io prima avevo ritenuto di tacere e che la mia coscienza mi imponeva di rivelare.

Riconvocato in tribunale l'11 giugno 2004, resi la mia seconda deposizione, che in qualche modo modificava la prima e poté sembrare una smentita della mia prima deposizione.

I fatti invece sono andati come li sto esponendo ora col supporto della documentazione cartacea che allego al processo.

Del resto che la mia posizione possa essere quella da me sposta in questo mio interrogatorio ne fa fede la mia univoca posizione processuale sia in campo ecclesiastico che in campo civile" (II, 3/24-25).

La lunga citazione, riportata per esteso, costituisce un contributo di chiarezza processuale e offre una chiave di lettura dei fatti, per cui è causa, che nella loro obiettività supportano la tesi attrice.

18 - G. G., indotta come teste a Benevento, ci dice di aver conosciuto l'attore nel 1990, quando lei aveva quindici anni e M. ne contava 24.

"Il nostro, così la teste, non fu un rapporto nato all'insegna del facile sentimento adolescenziale... È chiaro che gli credessi e gli dessi fiducia totale, conoscendo anche l'impegno da lui profuso nel prestare servizio nell'arma dei carabinieri. Questo mi dava un margine di tranquillità e anche di certezza che insieme io e M. avremmo potuto realizzare quel progetto comune, attorno al quale noi cercammo di lavorare durante tutto il nostro rapporto affettivo" (II, 24/1).

Fin da subito, dunque, per la G. il rapporto ebbe prospettive di sicurezza, attese l'età del giovane, che la interpellava, e la di lui serietà nell'assolvere il compito di responsabilità, affidatogli dall'arma.

La G. comincia a vivere momenti di grande speranza, per nulla immaginando che M., che lei già vedeva come l'uomo della sua vita, a sua insaputa, convolava a nozze con la V., con la quale era fidanzato da oltre dieci anni.

Giustamente e con amarezza G. commenta: “Io non sapevo che egli il 28 agosto del 1995 contraeva matrimonio con M. A. V., ma ricordo molto bene, facendo mente locale, perché certe cose segnano la vita, che nel corso della giornata M., col suo telefono, più volte mi telefonò dandomi questo messaggio: “qualsiasi cosa succeda, sappi che non ti lascerò mai”.

Il fatto va inquadrato in circostanze ben definite: l'attore dal 1999, anno in cui ci conoscemmo e avviammo una nostra relazione, divenuta poi di natura intima, cominciò a portare avanti due relazioni parallele, una con M. A. V. e l'altra con me. Io non so cosa M. dicesse a M. A. nel corso del suo rapporto affettivo, ma certamente a me ripeteva che non mi avrebbe mai lasciato e che desiderava unirsi in matrimonio con me, dal momento che io ignoravo il suo fidanzamento con la V.” (Ib.)

La notizia dell'inquietante retroscena delle nozze celebrate, a Bari, da M. con la V., quando arriva al Comune di S. V., mette in allarme G. e i di lei familiari; si scopriva occasionalmente che M. non chiese le pubblicazioni civili al Comune di S., né da lui fu inoltrata istanza presso il comando dell'Arma per il nulla osta alle nozze.

La teste conclude: “Questo stratagemma posto in essere dall'attore, se da una parte tendeva a non rendere noto il suo matrimonio con la convenuta nell'ambiente di Somma Vesuviana, dove era fin troppo conosciuto, confermava che egli non avesse serie intenzioni di sposare la V. M., infatti, non aveva inoltrato istanza presso il comando della locale caserma dei carabinieri per chiedere il nulla osta per le sue nozze. Un particolare significativo che attesta come e perché M. si sposò a Bari, non potendosi sottrarre a quel matrimonio, nonostante si fosse disamorato di M. A. V. Questo spiega anche la lunga durata della convivenza coniugale, perché M. è stato quasi sempre a S. V. e si inventava mille pretesti per non portare la moglie a Somma Vesuviana e non stabilire una regolare convivenza con la stessa a Bari” (22/1).

19 – Quale la posizione processuale della convenuta?

Nonostante tutte le sue acrobazie dialettiche, è proprio V. M. A. a dare man forte al surrettizio comportamento dell'attore.

In appello, la convenuta ADR: “Con l'esperienza avuta dopo il matrimonio, e nello specifico quando ebbi la copia del libello introduttorio della causa, debbo purtroppo dire che non è stato mai serio e mai sincero con me” (II, 30/e.o.8).

La convenuta ripete con vigore il suo “MAI” per ben due volte, per negare la serietà e la sincerità di M. S., cioè dell'attore.

È un “MAI” che si dilata al tempo antenuziale e a quello postnuziale, perché M. A. non ci ha spiegato, né avrebbe potuto farlo, fino a quando M. è stato “serio” e “sincero”, e da quando cominciò ad essere “NON” serio e sincero”.

Prova ne sia che, mentre veniva recapitata alla V. copia del libello, col quale lo S. invocava dal T.E.R.P. la dichiarazione di nullità del suo matrimonio, telefonava a M. A. per dirlle di non preoccuparsi “perché era uno scherzo”, e, dopo l'avvio del procedimento canonico, “M. ha continuato a telefonarmi dicendomi che mi amava ancora” (Ib.).

Lo stesso percorso affettivo, esaminato a ritroso dalla convenuta, è intriso di sotterfugi e di mascherati atteggiamenti, intesi tutti a non creare dubbi e a non destare sospetti circa la nuova relazione affettiva con la G., instauratasi, contemporaneamente, a Somma Vesuviana.

20-Va letto in questa ottica anche il tempo postnuziale.

Gli sposi non hanno una propria residenza coniugale.

La convenuta viene tranquillizzata in maniera molto piana dall'attore, capace di controllare i suoi movimenti e le sue scelte:

“Il matrimonio ha avuto la durata di otto anni circa. La residenza fu posta presso la casa dei miei genitori a Bari.

M. tornava a casa puntualmente tutte le settimane e nelle principali feste dell’anno” (II, e.o.12).

Richiesta poi del perché di questa scelta, la convenuta risponde: “Perché ripetutamente M. mi diceva che la casa dei miei genitori era abbastanza ampia e che la nostra presenza in casa dei genitori ci consentiva un risparmio sui costi di una casa presa in fitto. Quindi aggiungeva che, lavorando e risparmiando, avremmo potuto pensare alla costruzione di una casa tutta nostra, che avremmo potuto avere anche a Bari, dove lui mi diceva di volersi trasferire definitivamente” (II, e.o.13).

Anche la questione dei figli è risolta senza traumi per la convenuta, dal momento che l’attore dice di volere più figli, ma dopo otto anni non ne arriva nessuno: “M. diceva che avrebbe voluto non uno ma più figli. Praticamente però li ha sempre rinviati a data da destinarsi, ora adducendo il pretesto di voler seguire le varie fasi della gravidanza, ora presentando il problema della casa, non essendo disposto ad avere figli nella casa dei miei genitori, ora avanzando il dubbio di non avere l’economia adeguata per la nascita e la crescita dei figli. Le intimità coniugali sono state sempre cautelate col coito interrotto da parte di Michele” (II, 31-32/e.o.14).

Lo scenario ambientale familiare mai offuscato da nubi: “La nostra convivenza coniugale è stata di una serenità esemplare: non vi sono stati mai litigi o tensioni e il nostro dialogo aveva sempre come oggetto la nostra futura sistemazione” (II, 32/e.o. 15).

Un quadro idilliaco di tutto rispetto, nel quale l’ostentato equilibrio affettivo dell’attore va analizzato con la chiave di lettura, che la stessa convenuta ci ha offerto nella sua deposizione beneventana.

21 - Un ulteriore supporto probatorio la convenuta lo offre nell’altra risposta data a Benevento.

La Vno chiede di “essere risarcita per il danno ricevuto”. Quale danno? Ce lo precisa la stessa convenuta: “...col matrimonio, io volevo realizzarmi nella maternità avendo figli, e M. me li ha negati” (II, e.o.18).

L’esclusione assoluta della prole già costituisce nullità matrimoniale, ma la convenuta non solo riconosce nell’attore l’esclusione della prole, ma, attesta implicitamente la non-volontà di M. di costituire con lei una nucleo familiare con figli.

Con un risvolto messo a punto dall’attore: “È così che detta convenuta comincia a giocare su doppio fronte: sul fronte canonico sostiene che io le sono stato sempre fedele, marito innamorato, che pretestuosamente avanza richiesta di nullità matrimoniale, alla quale decisamente lei si oppone; sul fronte civile avanza pretese di risarcimento di danno morale quantificandolo in 250.000 euro” (II, 24/3).

22 - I testi della convenuta sono tutti concordi nel dirci che le parti, dopo il matrimonio, non hanno avuto mai una propria residenza coniugale, perché M. A. V. continuò a vivere in casa dei suoi genitori e S. M. in caserma, a S. V., che la convivenza è stata frammentaria, ancorché segnata da una esemplare serenità, che non hanno avuto figli, “perché M. ha sempre detto di non volerli fino a quando la famiglia non si sarebbe sistemata in una casa propria” (II, 34/7; 36/7;44/7;47/7;51/7;54/7).

23 - Incomprensibile la posizione assunta dalla D.V. di Appello, che accetta la causa simulandi, ma ritiene non provata la causa contrahendi.

Detto Difensore scrive nella sue Osservazioni: “...per quanto riguarda la causa simulandi non ci sono dubbi che potrebbe essere costituita dalla mancanza di amore sposale nei riguardi della convenuta visto che sempre il teste M. sostiene che l’attore

“era follemente innamorato della G..

Diversamente, non si comprende, in quanto non provata, quale possa essere stata la causa contrahendi, ovvero per quale motivo l'attore abbia ugualmente deciso di contrarre matrimonio con la convenuta ed architettato un piano che rasenta la follia! La tesi delle minacce e delle pressioni compiute dalla famiglia della convenuta appare non credibile visto che la dimora coniugale è stata posta proprio presso l'abitazione familiare della V., e non solo, il matrimonio è durato alla fine otto anni, troppi per provare di essersi sposato sotto pressione”(p. 3).

Concordiamo col nostro Difensore per quanto concerne la causa simulandi, dissentiamo dal suo ragionamento per quanto attiene alla causa contrahendi.

I vari sotterfugi, posti in essere dall'attore per rinviare la celebrazione, costituiscono nel loro insieme un retroterra valido e significativo per leggere la *voluntas non nubendi* dello S. Alla base vi sono motivate ragioni per questo rinvio, che per l'attore si concretizzano in “una forzatura autentica perché l'amore, nato tra noi negli anni 1983-84, era pressochè finito, attesa la distanza e il mio lavoro, che non mi consentiva di coltivare questo sentimento per la V.”(II, 19/1).

Che poi il matrimonio abbia avuto la durata di otto anni, in effetto non si è realizzato mai, perché, nel caso in esame, non si può parlare di una normale convivenza coniugale, progettata e voluta per la costituzione di una famiglia.

Per quanto concerne “l'antecedenza della relazione adulterina rispetto al matrimonio”, come annotato dalla stessa D.V., ci consentiamo di sottolineare che la testimonianza resa dal teste M. G. è precisa e puntualizzante, riportata con dovizia di circostanze, e non consente dubbi in merito

24 - Le quali cose esposte in diritto e in fatto, Noi, sottoscritti Giudici di Turno, , alla presenza di Dio, e invocato il Nome di Cristo, dichiariamo e sentenziamo:

CONSTA DELLA NULLITA' DI QUESTO MATRIMONIO PER ESCLUSIONE DELL'UNITA' MATRIMONIALE DA PARTE DELL'ATTORE.

Si risponde, pertanto, al Dubbio concordato:

A F F E R M A T I V A M E N T E

CONFIRMANDO LA SENTENZA AFFERMATIVA DI PRIMO GRADO EMessa DAL TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE PUGLIESE IN DATA 23 MARZO 2006.

(*Omissis*)

**Apostolicum Romanae Rotae Tribunal – Calatayeronensis  
– Jurium – 14 martii 2008 – Coram Mons. Giuseppe Sciacca, ponente**

**Concessione e revoca di un privilegio – *Restitutio in integrum* – “Situazioni giuridiche soggettive” – Tutela dei diritti del fedele**

*Il Legislatore ai sensi del canone 76 C.I.C definisce il privilegio come un atto speciale in favore di certe persone sia fisiche che giuridiche. Questo può essere concesso dal Legislatore o dall' Autorità esecutiva alla quale sia stato concesso questo potere. Per sua natura il privilegio è perpetuo. Esso non è concepito come una legge, ma come un favore, che modifica il diritto e va oltre lo stesso. Non è altro che una norma ad personam, pertanto non è concesso a tutta la comunità. Il possesso centenario, cioè l'esercizio continuo di un favore, fa presumere che il privilegio sia stato concesso.*

*Adumbratio casus*

(*Omissis*) 1. – Immani quassante diei II ianuarii 1693 terrae motu, omnia fere civitates, pagi, oppidulaque Siciliae in orientem versa fere ruinavere omnino; confestim denuo affabre exstructa, ad novam redierunt vitam: inter ea pagus v.d. 'Occhiola', cui novum nomen novaque et quidem peculiaris octangula species, 'Grammichele', intra dioecesis Syracusarum fines.

2. - Aedificata rursus ecclesia S. S., potiores oppidulani nonnulli in eadem denuo exstructum voluerunt, aere proprio, altare simulacrum continens Ss. Christi ad columnam patientis, summopere ab universa Sicula gente, summa pietate animique commotione exculi.

3. - Syracusanus Episcopus, R.P.D. F. F., dein, tam studiosae fidei dignum voluit conferre praemium, cum statuit praedictos oppidanos in perpetuo iure fore gavisos sollempnia apparandi pro Ss. Christi ad Columnam gerenda pompa, seu processione, vespero cadente Feriae V Hebdomadae Maioris.

4. - Episcopum inter et praeaudatos oppidanos, illa igitur peculiaris iuridica relatio instaurata est, contractualis quidem naturae, quam iurisperiti obligationem vocitant.

5. - Quippe quod privilegium - remunerationis titulo - R.P.D. J. B. A., Syracusanus Antistes, singillatim confirmavit et quidem nominatim, scilicet dominis L., A., C., D., G., S., A., V. G. atque '(ai) loro discendenti ed eredi'. Ha in Decreto diei 9 martii 1799 praedicti R.mi Episcopi.

6. - Praefatum privilegium confirmatum est, die vero 11 martii 1905, ab Exc.mo P.D. D. D. B., Calatayer. Ecclesiae, interdum institutae (12 sept.1816), Episcopo.

7. - Rite, vero, omnibus interesse habentibus auditis, et quidem ad normam iuris procedens, decreto sub die 25 ian. 1988 pro lato, Exc.mus P.D. V. M., Calatayeron. Ep.us - consentientibus 'civibus', perantiquo privilegio inintermisse fruentibus - So-



dalibus Confraternitatis a Ss.mo Sacramento, apud paroecialem S. Spiritus ecclesiam commorantis, privilegium processionis gerendae extendit.

8. - Rebus sic stantibus, Rev.dus C. P., praedictae paroeciae curio, epistula Exc.mo P.D. V. M., Calaty. Eppo die 11 nov. 1993 missa, conquaestus est “questi signori ‘civici’ (famiglie nobili-benestanti) vantano dei diritti, ma non sono inseriti nella comunità ecclesiale”, atque ab Episcopo expostulavit (di) ‘far gestire la processione di Cristo alla Colonna al parroco pro-tempore dandole (sic) facoltà di scegliere ‘i portatori del fercolo’ tra i rappresentanti di tutte le comunità ecclesiali esistenti nella Parrocchia dello Spirito Santo”.

9. - Litteris prae laudato Rev.do Parocho sub die 9 martii 1994 missis, petitioni Parochi Episcopus annuit, ita scribens: “Il Parroco, di diritto, presiede la Commissione, o qualunque altro gruppo, o Comitato, che cura lo svolgimento sia della processione del Cristo alla Colonna, sia di ogni altra processione che ha inizio dalla chiesa parrocchiale, scegliendo e aggregando membri tra persone di provata vita cristiana. “Il Parroco – prosequitur Exc.mi Episcopi epistula – a suo prudente giudizio, ha facoltà di estendere la possibilità di portare il Simulacro del Cristo alla Colonna anche ad altri membri della comunità di Grammichele, non previsti dal decreto 25 gennaio 1988 del Nostro Predecessore”.

10. - “Cives”, igitur, ab apparanda Christi solenni pompa primum a Parocho exclusi, putantes se gravem suorum iurium subiisse laesionem, supplicem libellum die 7 maii 1996 Tribunali Eccl.co Calatayeron. porrexerunt, ad propria iura tuenda ac vindicanda; Vicarius Judicialis dioecesis Calatayer., decreto diei 27 dec. 1999 libellum reiecit, cum non agnovit legitimitatem actorum standi in iudicio; quod autem decretum Appellationis Tribunal, scilic. Metropolitanum Syracusarum, die vero 29 martii 2000 confirmavit plene.

11. - Sed non acquievit inter actores unus, nempe d.nus A. S., atque iure suo fretus, ad N. Apostolicum Auditorium interposuit recursum, restitutionem in integrum petens.

12. - Constituto, per Exc.mi Decani decretum, Turno Rotali coram R.P.D. Tumaturo pon., prae laudatus Turnus, decreto die 14 nov. 2004 prolato, non concedendam, statuit, esse restitutionem in integrum.

13. - Actor, dein, strenuus quidem factus, per suum Patronum Adv. C. G. adversus praedictum decretum ad Turnus sequentem appellavit, expetens etiam ut causa apud S.Tribunal Romanae Rotae avocaretur.

14. - Varias patiente moras quaestione, suffecto R.mo Ponenti P.D. F. L. I., interdum Praelato Auditori Emerito evaso, infrascriptus D. Ponens, atque R.do Justitiae Promotori, sciI. P. Josepho F., necopinante e vita sante functo, novus P.I. Nostri Sacri Ordinis, sciI. R.P. S. P., qui die 23 martii 2005 suum emisit votum, omnibus iure servandis servatis, decreto Rotali diei 14 iun. 2005, competentia R.Rotae recognita, necnon, legitimitate partis actricis standi et agendi in iudicio, Noster Turnus decretum coram Turnaturi diei 14 Nov. 2004 reformavit, restitutionem in integrum concedendo, atque expetens ut causa ab Exc.mo Decano abhinc a prima instantia ad N. avocaretur Auditorium ad mentem art.52 NRRT collati cum epistola E.mi Card. Secretarii Status S.S. diei 21 maii 1997 ad Decanum H.A.T., quod, per ipsius Decani decretum diei 25 iulii 2005 factum est.

15. - Patrono instante actoris, sub die vero 17 oct. 2005, sequenti sub formula disceptandum dubium concordatum est: “Ad primum: Utrum, vi privilegii diei 7 martii 1799 a Syracusano Antistite concessi atque ab Exc.mo Ordinario Catalayeronensi sub die 25 ianuarii 1988 modificati, heredes quarumdam familiarum pagi

«Grammichele» (A, A, G, R, S, V) ius habeant «di organizzare il necessario per la processione del Giovedì Santo e quello di trasportare, nel corso della medesima, il Cristo» necne; et, quatenus affirmative.

Ad secundum: Utrum pars conventa, si et quatenus hoc ius conculcaverit, tenenda sit de danmis (et moralibus) abhinc ab anno 1996 provocatis, aequitative aestimandis atque reficiendis, necne”. Defensionalibus commutatis tandem scripturis: Memoriale P.J. sub die 16 ian. 2008, Restrictu pro actore sub die 13 febr. 2008 ac Restrictu pro convent die 8 martii 2008 – haud nempe sine quadam cunctatione sive propter subitanum decessum Patroni ex off. partis conventae (Adv. F. R.), sive propter substitutionem, valetudinis causa, novi pro convento constituti Patroni, vide licet Adv. Z. C., cui suffectus est Adv. E. – Nobis hodie praefato dubio onus respondendi tandem occurrit.

*In iure et in facto*

16. - Si non multa infrascripti RR.DD. Auditores censent esse expendenda circa legitimitatem partis recurrentis standi in iudicio, cum fuse lateque de hoc Nostrum Decretum diei 14 ian. 2005 pertractavit, perutile prorsus putant quaestionem, in praesentiarum elegantiozem, circa R. Rotae competentiam enodare profundius, seu de via iudiciaria, quam sunt secuti, dare rationem. Sed procedere ex ordine praestat.

17. - Quoad primum punctum, circa nempe legitimitatem actoris standi et agendi in iudicio, uti in citato Nostro decreto iam diximus, concedendo ideo restitutionem in integrum: ex plurimis supra relatis RR. Ordinariorum interventibus, expresse missis ad familias oppidanorum (“i civici”), qui iure utebantur pacifico apparandi Christi pompam, ex privilegio titulo remunerationis eisdem ab Episcopo Syracusarum concessa atque a variis Praesulibus usque ad Exc.mum D. M. per decretum diei 3 ian. 1988 confirmatum, meridiana patet luce.

Dominus Sileci, insuper, “autocertificazione” produxit, quae ab Italica lege sane admittitur inter media probationis atque, uti iam in Nostro ediximus decreto, concisa referendo verba Cl.mi Al. Chiappetta: “giuridicamente i documenti pubblici civili sono equiparati ai documenti pubblici ecclesiastici”.

Ad rem, ceterum, et quidem ad abundantiam, praefatus Sileci suae gentis propaginum produxit diagramma (“albero genealogico”), a civili auctoritate recognitum ex quo manifestum est eundem virum ab illa descendere familia cui, de quo agitur, concessum fuit privilegium.

18. - Quod autem privilegium, quod iteramus, titulo remunerationis fuit collatum, integrat quae hodiernis diebus magnae notae canonistae nuncupant iura subiectiva, innixi quidem super classica canonica doctrina: ‘privilegium facultas (est) subiectiva permanentes’, ita Cl.mus Wernz (‘Ius Decretalium’, I, Romae 1898, 175 et 178);

“Queste realtà giuridiche – facoltà, potestà, diritti – sono ciò che la moderna dottrina chiama ‘situazioni giuridiche soggettive’, in considerazione del fatto che riguardano la condizione giuridica delle persone”. Ita, perspicuo calamo, scribit cl.mus E. Labandeira, suo in ‘Trattato di Diritto Amministrativo Canonico’, Milano 1994, p.335.

19. - Privilegium rite collatum alicui personae statim ius fit subiectivum usquedum ad normam iuris revocetur ab eadem auctoritate quae ipsum concessit. Dominus autem Sileci, prouti habens interesse, una cum “i civici”, huiusmodi iuri subiectivo suo abrenunciare noluit, immo strenue voluit id defendere. “...una persona, ad esempio – tenet prae laudatus Labandeira – può rinunciare ad un proprio diritto per liberalità,

generosamente, ma sarebbe ingiusto che dovesse farlo per imposizione del superiore o dell'ambiente sociale o perché il sistema non gli offre un'adeguata protezione. Se nella Chiesa non è ammissibile che qualcuno propugni soltanto il proprio interesse ancora meno sarebbe ammissibile un' abituale rinuncia dei diritti da una parte dei fedeli, il che arrecherebbe danno a tutto il corpo sociale e costituirebbe un esempio in ciò che S. Tommaso chiama "oboedientia illicita" (S. Th., II-II, q. 104, a. 6). ( op. cit.). Qui iure suo utitur, neminem laedit. Etenim, sic dictat canonica Lex: "Christifidelibus competit ut iura, quibus in Ecclesia gaudent, legitime vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris" (can. 221 §1).

20. - Sed quidnam privilegium? Nobis praebent responsum cann. 76-84 CIC, necnon doctrina canonica sive antiquior sive recentior: paucis verbis, ita probatam doctrinam possumus resumere: "Privilegium, seu gratia in favorem certarum personarum sive physicarum sive iuridicarum per peculiarem actum facta, concedi potest a legislatore necnon ab auctoritate executiva cui legislator hanc potestatem concesserit". Privilegium actus est ergo administrativus singularis, a quo iura dimanant, positus a competente auctoritate administrativa (can. 76 §1). "Privilegium Principis - sonat perantiquus effatus - decet esset mansurum". Privilegium praesumitur perpetuum, nisi contrarium probetur (can. 78 §1). Adnotare etiam praestat quod "privilegia ad remuneranda bona opera concessa... sunt favorabilia et proinde latae interpretationis", ita C. Holbock, in 'Tractatus de iurisprudencia Sacrae Romanae Rotae' (Graz 1957, p. 16). Etenim "nell'ambito della cultura e dei sistemi politici moderni il termine privilegio viene ad assumere una connotazione generalmente negativa, in quanto esprime una situazione in contrasto col principio di uguaglianza sancito da ogni carta costituzionale. Ma nel linguaggio canonico il privilegio, che pure definisce una situazione giuridica diversa rispetto a quella determinata dal diritto comune, pone in evidenza non tanto l'aspetto discriminatorio, quanto piuttosto la capacità dell'ordinamento canonico di adattarsi con estrema duttilità alle esigenze concrete. Tanto più che in linea normale il privilegio, anche se concesso in favore di una persona singola tende a promuovere ed incrementare la vita comunitaria...

A meno che non si provi il contrario, si deve presumere che il privilegio venga concesso non temporaneamente, ma per sempre. Si estingue quindi solo con la morte o con l'estinzione del destinatario" (G. Mazzoni, 'Le norme generali', in AA.VV. 'La normativa del nuovo Codice', a cura di E. Cappellini, Brescia 1983, p.44). Roborat J. Garcia Martin cum adfirmat privilegia non esse "frutto dell'arbitrio", sed agitur de "riconoscimento della giustizia e dei diritti concreti" ('Le Norme generali del Diritto Canonico', Roma 1995, p. 243)

21. - Privilegia - quae diximus censenda esse perpetua, pariter ac leges nihilo minus variis modis cessare possunt et quidem per revocationem cum lex contraria lata sit atque ubi in ipsa lege caveatur per suetas clausulas, ex. gr. "non obstantibus privilegis quibuscumque", "non obstantibus privilegis etiamsi concessis", per modum contractus vel meritorum intuitu vel per formalem actum ex parte competentis superioris disertis verbis privilegium determinatum revocantis, quae revocatio dumtaxat obtinet effectum, quando lata seu notificata sit rite, videlicet ad normam iuris, titulari privilegii, sub dictamine can. 79 coll. can.47.

Privilegia cessare possunt et per renunciationem vel continuatum non usum. Renunciatio, quatenus actus liberus et voluntarius, requirit ut ab Auctoritate acceptetur (can. 80 §1).

'Il decreto con cui si dichiara la cessazione del privilegio, a norma del can. 51, dovrà essere dato per iscritto esponendo, almeno sommariamente, le motivazioni'. Ha

Cl.mus A. Perlasca, in ‘Un caso di cessazione del privilegio: can. 83 § 2’, in ‘Quaderni di dir. ecclesiale, 14 (2001) 381-393

22. - Sed enodanda manet – etsi in Nostro citato decreto hoc fecimus sub nn. 19-22 quibus ex integro remittimus – quaestio num Romana Rota praesentem pertractando causam limites propriae competentiae ultragressa sit, et quidem ad mentem can. 1400.

Minime infitiandum est quod sane scimus - exinde ab Apostolica Constitutione ‘Sapientii consilio’ S.ti Pii X, cuius centenaria recolitur memoria nitidissimum adesse discrimen inter eas res quae via administrativa, seu ad tramitem disciplinae sunt tractandae et eas quae iudiciaria autem via, ad tramitem nempe iuris. Primae autem in Romanis Congregationibus, alterae, vero, in Tribunalibus ac, ex sua competentia a Lege sancita, penes H. Apostolicum Tribunal.

23. - Si agitur de adserta laesione iuris quaesiti orti ex relatione contractualis naturae inter partes, seu ex obligatione, ad reparandam iustitiam via iudiciaria adiri potest. Sic ex antea actis temporibus tenuit Rota: “Si obligatio orta est inter potestatem publicam et subiectum privatum, ex contractu, vel alia fonte obligationis iuris privati, etiamsi occasione exercitii potestatis administrativae, tunc actio iudicialis institui posset penes R. Rotam (cf. unam coram Bonet, diei 9 maii 1960, in SRRD, vol. LII, pp. 265 ss, vel aliam, diei 17 iuuii 1920, coram Prior, in SRRD, vol. XII, pp. 152 ss.)”. “Ubi quod Princeps non potest alterare contractus cum ero initos etiam de plenitudine potestatis, quia Deus subiecit ei leges, non autem conventiones” (Cyriac, contro 59, n. 17).

Auctor classicus ex optimis, Pichler (lib. I, tit. 35, n. 20) sequentibus verbis depingit contractum: “Conventio ultro citroque habita, pariens per se actionem civilem”. Ex huiusmodi quaestione, controversia inter partes exoritur iudicialis, eo sensu quo Iudex, prouti tertius inter partes exstat. “Item dixi, quod privilegium concessum, quod non solum pendet ex sola voluntate concedentis, sed ex iure alteri quaesito, propter illius factum non potest revocari (Baldus, in lego’ Si cum mihi f.f. de dolo’).

24. - Ex supra in factis specie recolitis, in propatulo est quod inter Syracusanum Antistitem atque oppidanos exorta sit relatio ex natura contractuali, remunerationis titulo per quod oppidanis illis qui, aere suo, in denuo exstructa ecclesia Spiritus Sancti, sacram aedificaverunt aediculam seu capellam SS.mo Christo Columnae adstricto pientissime sacrata: privilegium dein Episcopus praefatis oppidanis concessit peculiare, solemnem videlicet Christi Patientis, apparandi processionem, vespero cadente feriae V Hebdomadae Sanctae.

Inutile est retexere quod huiusmodi privilegium usque ad Exc.mum M. qui id extendit Sodalibus Confraternitatis, ad normam iuris, rite videlicet titulares legitimos audiendo, confirmatum est.

25. - Ex hucusque disputatis palam constat quod rev.dus sac. C. P., curio parociae S.ti Spiritus (in praesenti causa rite citatus sed qui numquam coram Apostolicis Iudicibus se sistere “Censuit, quamobrem Exc.mus N.S.O. Decanus ad eius iura tuenda Patronum ex off. constituit), innixus super epistula Exc.mi Episcopi Manzella diei 9 martii 1994 – quae epistula, re quidem vera, quod notatu est dignum, vestem et naturam decreti administrativi numquam induit, immo in eadem ne verbum quidem datum est invenire de privilegio, propterea concludi debet Exc.mum Praesulem minime cogitasse de privilegio auferendo – partem actricem spoliavit iure, quo pacifice fruebatur, solemnem Christi Patientis apparandi pompam prouti per saecula evererat, nemine auditio nec nullo administrativo processu rite instructo. Privilegium dein non fuit revocatum ad normam can. 79 collo cum can. 47, auditis nempe titularibus,

iisdemque revocationem formaliter notificando, sed, e contra, iisdem omnino insciis, eorum ius quaesitum, igitur, manifesto laedendo.

26. - Ast insuper, censuere infrascripti DD. Auditores – quamvis iuridice stricte loquendo ad parandam sollemnem processionem, de qua controversitur, iuxta a legitima Auctoritate concessum privilegium et consequentem perantiquam traditionem, hoc unum requiritur: quod fideles ‘i Civici’ legitimi sint descendentes illarum familiarum quae in ecclesia S. Spiritus terraemotu a. 1693 collapsa cappellam aedificaverunt – ne ignavi vel minus digni vel communitatis paroecialis pastorali ac apostolicae actuositati omnino extranei ad socordiam, per Nostram sententiam, excitentur, eoque vel minus, ad vitae christianae negligenda vel ignoranda praecepta – quod paradoxon saperet ! – nihil vetat quominus Rev.dus Parochus pro ipsamet paranda processione, firmo manente iure de quo supra, consilio praehabito cum oppidanis (‘civici’), Ordinario adprobante, ordinem seu ‘Regolamento’ conficiat, in quo edicatur de necessariis dotibus moralibus quibus praediti esse debent oppidani praedicto privilegio gaudentes, ut inter sacra traditionalia sollernnia vera effulgeat pietas.

27. - Quoad darnna reficienda ex parte conventa spectat, Infrascripti Domini decreverunt partem conventam, Parochum nempe, darnnis reficiendis non teneri, ad reconciliationem, concordiam et communionem in paroecia fovendam animosque emulcendos, eo magis quod ipse Parochus se gessit iuxta quae Ep.us M. in epistula diei 9 martii 1994 eidem tradiderat.

28. – Quibus omnibus tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Domini Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, declaramus, decernimus et definitive sententiamus, ad propositum dubium respondententes

AFFIRMATIVE AD PRIMUM, SEU PRAEFATAS FAMILIAS (A., A., G., R., S., V.) rus HABERE “ORGANIZZARE IL NECESSARIO PER LA PROCESSIONE DEL GIOVEDÌ SANTO E QUELLO DI TRASPORTARE, NEL CORSO DELLA MEDESIMA, IL SIMULACRO DEL CRISTO”;

NEGATIVE AD IIUM, SEU PARTEM CONVENTAM NON TENENDAM ESSE AD DAMNORUM REFECTIONEM, IN CASU. (*Omissis*)

# Dipendenze psicologiche e consenso matrimoniale

MONS. GIUSEPPE SCIACCA

Ritengo che il benemerito Consiglio Direttivo del'Arcisodalizio, individuando il tempo su cui riflettere nel corso di quest'anno e, segnatamente, nell'odierno incontro, debba aver preso estremamente alla lettera le ragioni addotte dal compianto e caro Mons. B. de Lanversin allorquando, nella decisione del 10 marzo 1989<sup>1</sup> nettamente escludeva l'assimilazione fonale delle intossicazioni provocate dall'uso di psicostimolanti (per lo meno di quelle di cui all'oggetto del nostro incontro) a quelle causate dall'alcolismo, poiché si legge nella cito coram de Lanversin – solo quest'ultimo (l'alcolismo cioè) può essere considerato come una vera e propria malattia mentale, ben diversa “*ab aliis intoxicationibus (ex. gr. morphinismus, heroinismus, cocainismus etc. gravemen psychicum plectantibus)*”, poiché queste – a giudizio dell'illustre Uditore – *contra quam alcolici potus* (a differenza, cioè, delle bevande alcoliche), *laesiones in cerebro et in nervis minime inferunt*; ebbene – dicevamo – il Consiglio Direttivo deve aver condiviso siffatta posizione, se già nel titolo dell'argomento di questo nostro incontro vien tassativamente escluso ogni riferimento all'alcolismo fra gli psicostimolanti capaci di indurre disturbi di natura psichica sulla formazione del consenso matrimoniale. Probabilmente – come nota Giuseppina Canale in un suo saggio dedicato all'argomento<sup>2</sup> – ciò si deve ad una considerazione di prevalente natura sociologica, o di politica giudiziaria, dal momento che l'uso (il commercio e il consumo) di alcol – a differenza di quanto avviene per le droghe – non è penalmente perseguito, malgrado, da un punto di vista medico e psichiatrico anche l'alcol sia una droga, poiché anch'esso crea dipendenza, e siffatta considerazione ha condotto sia la dottrina sia la giurisprudenza ecclesiastica a parlare di alcolismo da una parte e tossicodipendenza dall'altra come fenomeni differenti<sup>3</sup>. Epperò – anticipando sin da adesso quelle che saranno le conclusioni sommarie di queste nostre brevi note – alla luce della prevalente giurisprudenza Rotale (della quale daremo velocissimi saggi) le intossicazioni di natura alcolica e quelle causate dall'uso di psicostimolanti, sovente presenti nello stesso soggetto, producono i medesimi effetti, così venendosi di fatto a stabilire un sostanziale parallelismo fra queste due diverse fattispecie (psicostimolanti e alcolismo). La giurisprudenza Rotale, infatti, in prevalente misura, nel decidere le

---

<sup>1</sup> RRD, vol. LXXXI, p. 182, n. 8.

<sup>2</sup> G. CANALE, *Disturbi correlati all'assunzione e alla dipendenza da sostanze e loro valutazione canonistica*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, LEV 2000.

<sup>3</sup> Cfr. A. MARTINEZ BLANCO, *Incidenza de la drogadependencia en el consentimiento. matrimonial segun la Jurisprudencia Rotal*, 375.

cause attinenti alla psicodipendenza si è plasmata sul paradigma elaborato in materia di alcolismo. Emblematica, al riguardo, la c. Sabattani del 24 febr. 1961<sup>4</sup>. Un giudizio assai severo – e, ritengo, giustamente – che si dava di predicatori e conferenzieri era che avessero preso le mosse per il loro dire 'da Adamo ed Eva'; il che – secondo taluno – sarebbe per così dire, epistemologicamente connaturato al diritto canonico per quel che è stato polemicamente definito il suo inevitabile 'bartolismo', per cui ogni libro, ogni trattato, ogni saggio finirebbe col riassumere e col ripetere tutti gli altri ...

Ebbene: sono consapevole di correre anch'io questo rischio, ma non posso tuttavia prescindere dal richiamare – seppur 'raptim' – alcune nozioni generalissime sul consenso, e quindi sul sistema matrimoniale, siccome risultato d'un processo psicologico e d'un atto umano di intelletto e di volontà, che, può, appunto, risultar compromesso anche dall'uso degli psicostimolanti.

Com'è noto '*lippis et tonsoribus*', e *millies* ripetuto, il Concilio Vaticano II – scoprendo quella che è stata definita la dimensione personalistica del matrimonio – nella costituzione pastorale 'Gaudium et Spes', al n. 48, lo ha definito '*l'intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, (quae) foedere coniugali seu irrevocabili consensu instauratur...*'.

Il can. 1055 del vigente CJC ha fatto propria, declinandola in termini giuridici, siffatta definizione conciliare, allorquando ha determinato l'essenza del matrimonio siccome *foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt*, indicandone altresì, secondo l'intrinseca natura teleologica, i fini istituzionali, e cioè '*ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum*'. e sancendone inoltre l'elevazione da parte di N.S.G.C. a dignità sacramentale, per cui '*inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum*' (§ 2 can. 1055).

Il can. 1057 afferma la natura consensuale del momento genetico o costitutivo del matrimonio; consenso, *actus voluntatis*, cioè *actus humanus* che, in quanto tale, non può essere sostituito da alcuna potestà umana. Viene pertanto ribadito il principio della necessità e insostituibilità del consenso, come incontro convergente di due libere volontà, in ordine alla previsione di una comunità di tutta la vita (*foedere irrevocabili*: § 2 can. 1057).

Il concetto giuridico di consenso – in riferimento a ciò che dev'essere conosciuto (cfr. can. 1096) e a ciò che non dev'esser positivamente escluso con atto di volontà (can. 1101 § 2) – ne integra l'aspetto meramente psicologico, purtuttavia necessario ed indefettibile.

Ancora: pur ribadendo il diritto naturale al matrimonio, che compete a ogni persona (cfr. can. 1058), il vigente ere –sull'onda lunga e preziosa di una elaborazione e di un travaglio giurisprudenziale della Rota Romana pressoché "cinquantennale, nel can. 1095 ha proceduto a quella che è stata definita la 'previsione dell'incapacità a contrarre matrimonio... Tale previsione, da parte del Legislatore Canonico, specialmente se si tiene presente il caso del tossicodipendente, non va intesa come uno strumento teso a 'criminalizzare' o a 'punire' il soggetto, ma piuttosto a tutelarlo in considerazione della natura, della complessità e delle conseguenze dell'impegno matrimoniale<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> RRD, vol. LIII, pp. 116-132.

<sup>5</sup> G. BARBERINI, in *Tossicodipendenza e consenso matrimoniale. Considerazioni giuridico-canonistiche*, in «Aggiornamenti sociali» 11/1984, pp. 693 ss.

*In cosa consiste la tossicodipendenza*

Secondo lo speciale comitato costituito presso l'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) che studia i problemi legislativi, sociali e criminologici nel loro aspetto di prevenzione, la "farmacodipendenza" è uno "stato psichico e talvolta anche" fisico risultante dall'interazione tra un organismo vivente e un medicamento, caratterizzato da modifiche del comportamento ed altre reazioni comprendenti sempre una pulsione a prendere il medicamento in maniera continua e periodica al fine di ritrovare i suoi effetti psichici e di evitare talvolta il disagio della privazione. Tale dipendenza può dunque essere psichica e anche fisica. La dipendenza psichica è uno stato caratterizzato da una soddisfazione psicologica provocata dal prodotto, e che spinge l'individuo ad abusare di quella sostanza o di una analoga, in maniera continua o intermittente, allo scopo di provocare nuovamente queste soddisfazioni o di evitare uno stato di malessere da assenza. Oltre alla dipendenza psichica, l'abuso di medicinali e, talvolta, di altre sostanze può provocare una dipendenza fisica che consiste in un corteo di disturbi, che possono apparire allorché l'uso della sostanza venga bruscamente interrotto, ovvero quando la sua azione risulti inibita da un antagonista specifico. Siffatta sindrome viene chiamata, appunto, di astinenza e scompare allorché al soggetto venga reiterata la somministrazione di quella determinata sostanza.

Perché insorga uno stato di tossicodipendenza è necessaria la convergenza di molteplici fattori: personalità debole, circostanze favorevoli, materiale disponibilità di una sostanza capace di produrre condizionamento. Tra i fattori più importanti meritano particolare attenzione due di essi: una certa predisposizione, col tempo radicatasi nel soggetto, e la disponibilità di una sostanza idonea. Le circostanze occasionali, che favoriscono l'assunzione della sostanza, il più delle volte non sono che fattori scatenanti una disposizione nevrotica soggiacente o strutturale, che viene, appunto, non 'creata', bensì solo 'slatentizzata' ...

E vorrei, qui da subito citare 3 sentenze Rotali, recenti, attinenti all'uso di uso di psicostimolanti di cui nell'oggetto del nostro tema:

– Coram. Caberletti del 25 giugno 1999: ...*usus medicamentorum stupefactorum fragilitatem psychicam plane ostendit*<sup>6</sup>;

– c. Sable 22 marzo 2002: *Quae cuncta (excessus potationis et abusus substantiarum stupefacientium pro certo denotant veram personalitatis deordinationem* (inedita);

– c. Monier 30 magg. 2003: *Facta seu adiuneta evidenti sunt quae incontestabile elementum fundant, nempe immaturitatem viri longe ante nuptiarum celebrationem fuisse gradus gravis etsi de marijuana ad cocainam progressive transisse* (inedita).

Essendo la tossicomania in senso lato piuttosto un sintomo, è la personalità con i suoi conflitti, carenze biologiche, affettive e socio-educative a costituire, per lo più, quella struttura gravemente patologica e anomala; e purtuttavia non mancano casi di personalità pressoché normali nei quali la droga e la situazione socio-ambientale costituiscono gli aspetti determinanti di maggior rilievo.

---

<sup>6</sup> RRD, vol. XCI, pp. 504, n. 14.



*Incidenza dell'uso di sostanze tossiche sulla capacità di contrarre matrimonio*

È stato affermato da taluno<sup>7</sup> che l'uso di droghe o sostanze tossiche, anche se comporta un'alterazione soltanto parziale e incompleta nella capacità di intendere e di volere dell'individuo, è purtuttavia tale da privare la persona della maturità di giudizio richiesta per contrarre valido matrimonio canonico.

Secondo siffatta impostazione si giungerebbe ad affermare che l'uso di sostanze stupefacenti rende il soggetto inabile ad esprimere un valido consenso matrimoniale, ossia che in modo automatico la tossicodipendenza causi incapacità consensuale.

Come abbiamo già accennato sopra, tale assunto non può essere accolto *sic et simpliciter*: si presta, infatti, a una seria verifica, nel senso che la tossicomania può ritenersi fonte di nullità matrimoniale soltanto laddove essa determini nel soggetto – e ciò sia peraltro riscontrabile – una forma di anomalia che, comunque la si voglia definire, vada a intaccare sostanzialmente la capacità di intendere e di volere da parte del contraente.

Occorre, infatti, salvaguardare il diritto naturale al matrimonio che compete anche al tossicodipendente, diritto intangibile per ogni persona umana, anche se si può obiettivamente individuare nella previsione legislativa del can. 1095 una tutela degli interessi dello stesso tossicodipendente, che gli impedisce, cioè, di trovarsi in una situazione più grande di lui e di fronte a impegni e responsabilità insormontabili ch'egli – per la sua particolare condizione – non sarebbe in grado di onorare.

Ne consegue che l'adozione di un criterio generalizzato per la valutazione della capacità/incapacità matrimoniale del tossicodipendente, valido per tutti i casi di assunzione o dipendenza da sostanza, non è certamente proponibile, e che va piuttosto seguita – siccome vien percorsa dalla costante Giurisprudenza Rotale – la strada che porta alla considerazione e valutazione, volta per volta, del caso concreto, come magistralmente afferma una coram Jullien del 23 febbraio 1935: *utrum vero in casu determinato tota defecerit debita deliberatio, an remanserit sufficiens lumen intellectus visque voluntatis, iudicis est aestimare...*<sup>8</sup>

Questa mi appare come non provvisoria conclusione che sin da adesso si può trarre. Appurato chiaramente che oltremodo difficile è schematizzare in termini perentori e assoluti gli effetti delle diverse droghe, risulta necessario, nel caso specifico, stabilire da una parte la connessione tra le sostanze e le dosi in cui esse vengono assunte, e, dall'altra, la struttura complessiva della persona e del suo organismo, non trascurando, altresì – ma questo, più che mai è ufficio dei Periti –, che si studi attentamente l'effetto della droga assunta sulle funzioni cerebrali ed eventualmente sulla funzione procreativa, e i danni acuti, cronici o indiretti da essa provocati. Senza tralasciare di considerare, inoltre, l'eventuale temporaneità dell'anomalia provocata dalla droga, ma incidente sull'intelletto e la volontà al momento del consenso, come indicato dalla *Dignitas Connubii* al n. 209 § 1.

In linea generale, si possono distinguere tre gradi di dipendenza dalla droga, producenti perturbazioni psico-comportamentali: dipendenza acuta, cronica e vi è anche un 3° grado in cui la tossicomania perviene ad uno stadio di autentica irreversibilità:

<sup>7</sup> FRANCESCO BERSINI, *Il matrimonio del tossicomane è valido per la Chiesa?*, in «Famiglia Cristiana» n. 38 (1991) 17.

<sup>8</sup> SRRD, vol. XXVII, p. 79, n. 6.

a) Nelle tossicomanie cosiddette *acute*, l'individuo presenta forme momentanee di perturbazione della mente: le facoltà intellettive e volitive del soggetto subiscono alterazioni temporanee, legate all'assunzione o alla mancanza della droga.

b) Le tossicomanie croniche determinano, invece, un complesso di alterazioni psichiche stabili e permanenti, con un decorso progressivo fatalmente sempre più grave. Nel caso di tossicomania cronica, infatti, si verificano vere e proprie psicosi che possono determinare il venir meno di tutti i sentimenti etici, una decadenza progressiva dell'attività intellettuale, una crescente debolezza ecc.

c) Nelle tossicomanie, infine, allo stadio terminale o *irreversibile*, il soggetto, ormai schiavo delle sostanze tossiche, finisce per cadere in uno stato di ebetismo, con ottundimento generale della sensibilità, dell'intelligenza e della volontà, palesando altresì una degradazione del pensiero sempre più acuta, nonché la crescente dissociazione psichica delle varie attività mentali: vien meno, insomma, quell' "*harmonica facultatum conspiratio*", che è presupposto necessario per la posizione d'ogni atto '*vere humanus*'.

Ma vediamo ora, brevemente, quali potrebbero essere i possibili campi d'incidenza della droga e della dipendenza da droga sul consenso matrimoniale con riferimento al can. 1095.

a) Come richiamato dal compianto Card. M. F. Pompedda<sup>9</sup>, perché sia integrata l'ipotesi prevista dal can. 1095, 1°, non si richiede una totale mancanza dell'uso di ragione, bensì già una "non sufficienza" (che non si richiedeva nel CJC 1917), in ordine alla peculiare natura del matrimonio di cui al cito can. 1055 § 1, tenuto, altresì, in debito conto quello che è il diritto nativo di ogni uomo al matrimonio stesso.

b) Ma, indubbiamente, una delle conseguenze della dipendenza da droga è la mancanza della capacità critica e di giudizio. Nello stato di intossicazione, la obnubilazione della coscienza e la sua fissazione sulle esigenze compulsive dello stato "di necessità determina la prevalenza di reazioni e attitudini di tipo istintivo su quelle di tipo razionale. La discrezione di giudizio richiesta per il matrimonio implica anche la libertà interna, cioè la capacità di determinarsi liberamente a decidere circa il matrimonio da contrarre.

Non si richiede che tale capacità di "*libere sese determinandi*" sia perfetta sì da doversi ritenere compromessa da ogni e qualsivoglia disturbo, anche lieve, in tal guisa restringendo oltre misura la schiera di coloro che sarebbero idonei al matrimonio. Invero, la libertà interna può essere compromessa non solo per la presenza di malattie mentali propriamente dette, ma anche da situazioni interiori, permanenti o transeunti, che talvolta possono essere tali da creare o stimoli "*quibus resisti nequit*", oppure dar vita ad uno stato di abulia e disinteresse che mal si concilia con la libera determinazione o, infine, ad uno stato di incertezza patologica e confusionale dal quale l'individuo non riesce a liberarsi. Laddove constasse della gravità di tali situazioni si potrebbe senz'altro arrivare a riconoscere la nullità del consenso prestato, *et quidem* ex can. 1095, 2.

e) La dipendenza da droga, può altresì costituire un chiaro fattore che provoca squilibrio della normale vita affettiva della persona.

Nel tossicodipendente (sebbene ciò dipenda molto dal grado di intossicazione) si verifica una subordinazione degli affetti alla necessità compulsiva di assumere droga:

---

<sup>9</sup> *Il consenso matrimoniale*, in AA.VV., *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Roma 1984, pp. 6 ss.

stato apatico, abulia affettiva, egocentrismo esacerbato, preoccupazioni ansiose con insicurezza e sofferenza che frenano e inibiscono il normale sviluppo della persona e producono disadattamento, pulsioni istintive poco o punto oggettivamente connesse con la razionalità; prevalenza di azioni di tipo istintivo su quelle di tipo razionale a causa dell'avvenuta obnubilazione della coscienza e completo asservimento al farmaco.

In casi estremi si può parlare di vera aridità e incapacità affettiva. È indubbio che la tossicodipendenza possa produrre una severa regressione negli stati affettivi.

Consequentemente, in ordine alla capacità matrimoniale del tossicodipendente, la sua vita di relazione è segnata dalla necessità della droga, come aspirazione e desiderio onnicomprensivo e ossessivo, che finisce coll'assorbire e annullare tutti gli altri.

In ogni caso, allorquando si tratti di tossicodipendenza grave è difficile ammettere la possibilità di un vero amore coniugale su un fondo di pulsioni prevalentemente istintive.

Così la *coram* Doran del 20 genn. 1994<sup>10</sup>.

*Idque fit* – leggiamo in una c. Stankiewicz 23 febr. 1990, che cita un *decretum confirmatorium* diei 8 maii 1984 c. Colagiovanni – *sive propter gravem defectionem iudicii practici 'cum effractione inter internum fictum mundum interiorem et realitatem socialem, persistente quidem perturbatione etiam in periodo abstinentiae', sive 'ob gravem perturbationem facultatis volitivae (cf c. Fagiolo 21 martii 1969), sive ob incapacitatem radicalem instaurandi intimissimam vitae communionem, quae est 'communitas vitae et amoris coniugalis'*<sup>11</sup>.

d) La tendenza a valutare l'intossicazione sub can. 1095 n.3 piuttosto che sotto il profilo del *defectus discretionis iudicii* emerge piuttosto distintamente nella giurisprudenza quando tale intossicazione si presenti, al momento della prestazione del consenso in forme non così gravi da incidere sull'intelletto e sulla volontà, ma già tali da minare gravemente la personalità, rendendo impossibile l'esecuzione delle obbligazioni coniugali, per cui vale il principio che ritiene nulla l'obbligazione che non può mai essere eseguita, fermo restando che l'impossibilità è sempre un '*conceptus iuris*' e non già un '*merus eventus facti*' (coram Funghini 23.11.1988); così C. Pompedda 171ug. 1989<sup>12</sup>.

Quindi, si può dire che l'assunzione di sostanze tossiche – oltre ad incidere sulla vera e propria capacità di intendere e di volere (can. 1095 n 1 e 2) – può assumere rilievo anche sotto il profilo dalla *incapacitas assumendi onera coniugalia*.

Nella sintomatologia del tossicodipendente emerge il difetto talvolta gravissimo o la incapacità radicale di instaurare la vita di relazione ed, '*eo magis*', quella "*intimissima vitae eommunio*" qual è quella matrimoniale, sia per l'ossessione che lo disturba ed opprime nella crisi o fase astinenziale, sia per l'ottundimento che lo colpisce, anche nei sentimenti, come conseguenza dell'interiore deterioramento provocato in seguito alle ripetute assunzioni di droga, come rilevato nella surriferita c. Stankiewicz del 23 febr. 1990. La perdita del senso morale, poi, con conseguenti effetti sulla fedeltà, e l'egocentrismo sono note tipiche della tossicodipendenza cronica che impediscono di formare con l'altro quel vero consorzio di tutta la vita. E così la parossistica

<sup>10</sup> RRD, vol. LXXXVI, pp. 29-41.

<sup>11</sup> RRD, vol. LXXXII, pp. 161, n. 16.

<sup>12</sup> RRD, vol. LXXXI, pp. 507-513.

tendenza ad un mendacio 'strutturale', che mina, 'ab imo fundo' ogni possibilità di autentico dialogo. Se si considera, poi – come abbiamo richiamato in apertura – che il Concilio Vaticano II e, conseguentemente, il CJC del 1983 hanno evidenziato e valorizzato gli elementi personalistici del matrimonio, per cui esso (come diceva già Leone XIII) non può avere altro fine che il bene delle persone che nel matrimonio vivono e si perfezionano, e che dal matrimonio nascono, non ci si può, non chiedere se effettivamente il tossicodipendente possa volere il bene dei coniugi, se davvero sia capace di un amore totale e completo.

Esiste, inoltre, la possibilità che alcuni tipi di intossicazione possano generare, o almeno accentuare, una tendenza omosessuale se non addirittura una *impotentia coeundi* psicogena, come avverte al riguardo S. Panizo Orallo<sup>13</sup>. Infatti, l'assunzione di sostanze, diminuendo la efficienza biologica dell'organismo, tende a diminuire le funzioni sessuali con possibili conseguenze in ordine alla capacità di adempiere gli oneri coniugali. Quanto, poi, agli oneri inerenti l'educazione della prole, è evidente che può darsi il caso dei tossicodipendenti che non sia in condizione psichica e morale di assicurarla, così venendo meno a un suo dovere gravissimo.

e) 'Obiter' diremo, con riferimento all'altra parte, che la tossicodipendenza può rilevare anche in relazione alle figure dell'errore e del dolo.

### *I diversi tipi di tossicodipendenza*

Come abbiamo detto in apertura, la Giurisprudenza Rotale, trattando delle intossicazioni da assunzione di sostanze, ha da sempre considerato l'alcolismo, ai fini del giudizio sulla capacità matrimoniale, come fattispecie a se stante, distinta dalle altre ipotesi di tossicodipendenza.

Epperò – come abbiamo sopra accennato – se si analizzano in concreto le sentenze che si sono occupate di intossicazione diversa da quella alcolica, si riscontra, nell'analisi degli effetti giuridici di tali intossicazioni sulla capacità delle parti a contrarre matrimonio, un sostanziale parallelismo con le conclusioni raggiunte in tema di alcolismo.

Il che è da ricondurre essenzialmente – soprattutto con riferimento all'ipotesi legale del n.2 del can. 1095 – alla sostanziale identità, se non di tutti, almeno di taluni effetti comuni a tutte le droghe – alcol compreso – sul fisico e sulla psiche di chi le assume. Tuttavia è indiscutibile che le conseguenze derivanti dall'assunzione o dipendenza dalle diverse sostanze presentano caratteristiche diverse. Mentre l'eroina, che si colloca fra le droghe c.d. pesanti, provoca una condizione psichica disturbata persistente anche nell'intervallo di tempo che segue e precede il momento dell'assunzione, la **cocaina** produce, negli episodi di intossicazione acuta, soltanto una sensazione di euforia e di fiducia in se stessi accompagnata da una crescita sensibilità agli stimoli sensoriali (*coram* Stankiewicz 23.2.1990), ma nello stadio di intossicazione cronica non manca di condurre ad uno stato clinico-tossico più complesso; stati di confusione mentale con quadri di angoscia e di paura, idee deliranti di persecuzione ma soprattutto sensazioni allucinatorie.

Le **anfetamine** – che consentono a chi ne fa uso seppur saltuario di avvertire meno

---

<sup>13</sup> S. PANIZO ORALLO, *Las impotencias psiquicas y el matrimonio en derecho canonico*, in «Revista Jurídica Catalana», 1983, 761-762.

la fatica fisica (accrescimento dell'attività neuromuscolare, diminuzione del bisogno di sonno) e di rendere di più nell'attività intellettuale – in caso di intossicazione cronica comportano la necessità di dosi sempre più forti ed un progressivo deterioramento della personalità che può risolversi in vera e propria psicosi<sup>14</sup>.

Per quanto ciascuna sostanza psicoattiva incida in modo peculiare sulla capacità di chi ne fa uso episodicamente o continuativamente – se non altro quanto al tempo più o meno rapido di manifestazione delle conseguenze sul fisico e sulla psiche di tali soggetti – non può disconoscersi che vi sono effetti da considerarsi comuni al consumo di molte droghe e che più o meno tutte danno luogo ad episodi di intossicazione tanto acuta che cronica. Rimane fondamentale distinzione fra fase acuta e condizione cronica, nonché il possibile passaggio del soggetto dalla prima alla seconda attraverso un processo evolutivo che gradualmente ma progressivamente destabilizza le funzioni e le capacità umane.

Dall'assunzione *iterata ac immoderata* della sostanza stupefacente deriva, quindi, una modifica dello stato fisiologico ed *infine accedit dein phasis ruinae aut dissolutionis, quae tragoediam provocat toxicorum usurpationis vitio inferti, qui non solum impeditur sponte dimittere nefastum usum venefici ac nocivi pharmaci, potius vero ad augendum impellitur, sumentem indifferenter reddendo circa ea quae non sese referant ad malam consuetudinem*<sup>15</sup>.

Gli effetti che tale progressiva intossicazione produce sulla personalità e sulle facoltà intellettive, critiche e volitive del tossicomane possono riassumersi, in una parola, nella perdita da parte sua del dominio di sé o del controllo dei propri impulsi interni; di modo che il consenso prestato in tale stato di intossicazione cronicizzata configura l'ipotesi prevista dal can. 1095 n.2. Ed è questa, infatti, la conclusione alla quale giunge la giurisprudenza. Le ripercussioni causate dall'intossicazione acuta – conseguente all'uso episodico di tale sostanza in concomitanza con la prestazione del consenso – sulla capacità matrimoniale del soggetto e sulla conseguente validità del vincolo, non differiscono da quelle individuate per l'alcolismo. Conclusivamente – come accennato sopra – in ipotesi di dipendenza da sostanze, è improponibile l'adozione di un criterio generalizzato, valido per tutti i casi di assunzione o dipendenza. Tali sostanze presentano, infatti, sia peculiarità legate alla reazione individuale al loro consumo tanto episodico che protratto nel tempo, sia un ulteriore profilo di specificità in quanto ciascuna sostanza è di per sé in grado di produrre effetti diversi dalle altre.

Massima importanza rivestirà dunque il ruolo svolto in tali cause dai periti, chiamati ad investigare in concreto, caso per caso, circa l'incidenza dell'intossicazione sulle facoltà intellettive e volitive del nubente: *...iudex his in causis unius periti vel pluriwn opera utatur (can. 1680) ad veram naturam adserti toxicomanis dignoscendam (can. 1574). Nemo enim nisi peritus, potissimum in re psychiatrica, determinare valebit, utrum nupturiens tempore initii matrimonii iam dependens a stupefactivis medicamentis laboraverit, an potius abusus drogarum deditus fuerit vel tantum oblata occasione iisdem usus sit, et quemnam effectum assumptio toxicorum in eius vitam psychica exercuerit. Quin immo, indagatio peritalis hisce in causis etiam conditionem psychicam adserti toxicomanis complecti debet, quae substratum constituere potest*

---

<sup>14</sup> Cfr. PANIZO ORALLO, *Alcolismo, droga y matrimonio*, Salamanca 1984, 233-234.

<sup>15</sup> Coram Funghini 23 nov. 1988 in RRD vol. LXXX, pp. 638, n. 4.

*orate dein a toxicis dependentiae. Tunc enim praeexistens status pathologiae ipsius contrahentis intoxicationem saltem uti concausam assertae incapacitatis habebit, cum illa facile in lucem proferat et ante oculos ponat anomaliam, quae certo gravior reddita est per toxicum veneni usum*<sup>16</sup> (c. Funghini, 23 nov. 1988, n.7).

L'incidenza dovrà valutarsi tenendo conto dell'unicità ed irripetibilità della struttura psico-somatica di ciascun individuo, nonché della sua tolleranza alle sostanze assunte, alle quali consegue – salvo casi limite –, che, invero, alquanto raramente si presentano nella pratica – l'impossibilità di giungere ad una conclusione quanto alla capacità matrimoniale del soggetto, basandosi esclusivamente sulla valutazione di dati estrinseci, quali il tipo e la quantità della sostanza assunta.

Quando all'assunzione dei mezzi di prova, ammonisce il canone 1527 § 1: *Probationes cuiuslibet generis, quae ad causam cognoscendam utiles videantur et sint licitae, adduci possunt.*

Sappiamo bene che – per la dottrina canonistica, in cui non può non rifrangersi lo spirito dell'ordinamento canonico – “non possono esistere, prove illecite che possano considerarsi utili”<sup>17</sup>.

Ciò premesso, ‘*per transennam*’ mi piace portare a conoscenza quanto è dato leggere su un quaderno di *Ius Ecclesiae* dello scorso 2007<sup>18</sup>: di fronte al silenzio-rigetto dell'Azienda sanitaria locale, il TAR della Campania aveva ammesso l'istanza di accesso – presentata dal sig. NN, che sarebbe stato attore nella causa di nullità del proprio matrimonio *ex can. 1095, 3 ex parte mulieris conventae* – a prender visione ed estrarre la cartella clinica della moglie, da molti anni in cura presso il DSM di Salerno, onde dar avvio e coltivare la azione giurisdizionale innanzi al Tribunale Ecclesiastico competente. Il TAR ammise l'istanza, poiché tra i due valore confliggenti: la riservatezza dei dati c.d. “sensibili” della controinteressata e il diritto del richiedente, veniva considerato prevalente quest'ultimo, poiché, altrimenti, il richiedente non avrebbe potuto esperire la propria azione di fronte al Tribunale Ecclesiastico e così non avrebbe potuto esercitare il proprio diritto di contrarre un nuovo valido matrimonio di fronte alla Chiesa e di fronte allo stato. s'intende se ottenuta la dichiarazione di nullità.

La controinteressata appellò contro siffatta decisione del TAR al Consiglio di Stato (21 apr 2006), che confermò la decisione del TAR per le ragioni su esposte e in forza del “principio di coordinamento interordinamentale fra giurisdizione civile ed ecclesiastica, poiché le sentenze ecclesiastiche di N.M., se munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico (cioè la Segnatura Apostolica), sono – su domanda di parte – dichiarate efficaci nella Repubblica Italiana con sentenza della competente Corte di Appello.

### *Alcuni esempi di giurisprudenza Rotale*

Se copiosa è la giurisprudenza Rotale in tema di tossicodipendenza, non sempre facile risulta, invero, l'individuazione del tipo di sostanza che ha indotto la tossico-

<sup>16</sup> Coram Stankiewicz, 23 febr. 1990, cit., n. 17.

<sup>17</sup> C. GULLO, *Questioni sulla liceità delle prove nelle cause matrimoniali*, in H. ZAPP e AA, *Jus canonicum in Oriente et Occidente*, Frankfurt I M 2003, pp. 869-871.

<sup>18</sup> *Jus Ecclesiae*, XIX, 2007, pp. 269-292.

dipendenza, ricorrendo infatti, *haud semel*, espressioni alquanto generiche come 'substantiae stupefactivae', droga etc.; assai poche, oltre alle 3 citate in apertura, le decisioni attinenti all'uso delle sostanze di cui all'oggetto del nostro tema.

E poiché identico – seppur con la fisiologica evoluzione giurisprudenziale – a me è parso il paradigma giuridico adottato in tema di droghe, in nota<sup>19</sup> indicherò alcune decisioni che, comunque, riguardano, invero genericamente, l'uso di sostanze narcotiche e stupefacenti.

Nella *coram* Doran del 20 gennaio 1994<sup>20</sup>, si legge che *attamen vir conventus aromata venenosa esset* (sic) *sumens*, egli, alla luce delle perizie, ivi compresa quella eseguita in Rota, fu giudicato schizofrenico, affetto da schizofrenia paranoide, genetico-costituzionale, antecedente al matrimonio. Il perito afferma che trattasi di persona il cui stato mentale risaliva a dieci anni prima, e che si era aggravato dopo che questa persona aveva fatto uso di LSD. La sentenza giudica il convenuto *incapax matrimonii in sensu cann.1055 et 1057, ex can.1095,3*.

La *Coram* Boccafolo del 2 dicembre 1994<sup>21</sup> in cui il capo accusato era *ex can. 1095,2 in utraque parte* – afferma che *sane, inter causas indolis psychopathologicae quae etiam gravem defectum discretionis iudicii afficere possunt existant quoque perturbationes usu substantiarum psychoactivarum inductae, quae vario nomine indicari, solent, quaeque syndromem dependentiae inducunt*.

Epperò, dal momento che l'attore accusava dipendenza alcolica, la sentenza si diffonde nella parte *in factis* nell'affrontare questo aspetto della fattispecie: non provato il quale, la decisione è stata negativa.

*Alia demum causa* – leggiamo nella *coram* Civili del 19 giugno 1996<sup>22</sup> – *gravem defectum discretionis iudicii inducens est toxicomania. In subiectis ergo tantummodo usui occasionali toxicorum deditis, plerumque non advertitur praesentia pathologiae mentalis. Sed contrarium adfirmatur de iis quae toxicomaniae proprie dictae obnoxii sunt*.

La sentenza prosegue distinguendo fra *toxicum sumentem* e *toxico obnoxium*. Ma il convenuto, tossicomane, soffriva di sindrome psicodpressiva, per cui *abusus s.d.*

---

<sup>19</sup> *Coram* Jullien 23 febr. 1935, cito *coram* Wynen, 27 febr. 1937, cit.; *coram* Wynen, 25 febr. 1941, in S.R.R.D., vol. XXXIII (1941), 144-168; *coram* Brennan, 25 nov. 1949, cit.; *coram* Fideicicchi, 20 mag. 1952, in S.R.R.D., vol. XLIV (1952), 326-336; *coram* Fagiolo, 21 mar. 1969, in S.R.R.D., vol. LXI (1969), non edita; *coram* Pompedda, 16 dic. 1970, cit.; *coram* Pinto, 14 febr. 1972, in S.R.R.O., vol. LXIV (1972) LXIV, 83-91; *coram* Rogers, 27 giu. 1972, cit.; *coram* Di Felice, 9 giu. 1973, in S.R.R.D., vol. LXV (1973), 484-493; *coram* Ragni, 11 ott. 1982, in S.R.R.D., vol. LXXIV (1982), 452ss.; *coram* Colagiovanni, 8 mag. 1984, cit.; *Coram* Funghini, 23 nov. 1988, cit.; *coram* Stankiewicz, 23 febr. 1990, cit. Vi sono sentenze sull'assunzione di sostanze stupefacenti (oppio, marijuana, cocaina: *coram* Stankiewicz, 23 febr. 1990, cit., eroina: *coram* Colagiovanni, 8 mag. 1984, cit.; morfina: *coram* Jullien 23 febr. 1935, cit.; *coram* Wynen, 27 febr. 1937, cit.; *coram* Fagiolo, 21 mar. 1969, cit.) di farmaci (psicofarmaci, optalidon, barbiturici; *coram* Pompedda, 16 dic. 1970, cit.; *coram* Rogers, 27 giu. 1972, cit.; *coram* Di Felice, 9 giu. 1973, cit.; *coram* Ragni, 11 ott. 1982; anfetamine assunte per cura dimagrante; *coram* Brennan, 25 nov. 1949, cit.), e persino di ossido di carbonio proveniente dalle fiamme di un incendio (*coram* Pinto, 14 febr. 1972, cit.). Né è estranea all'esperienza giurisprudenziale la c.d. «polytoxicomania, polyintoxicatio aut polytoxicodipendenza» (*coram* Stankiewicz, 23 febr. 1990 cit.), presente nel soggetto che fa cumulativamente uso di più sostanze psicoattive.

<sup>20</sup> Cit.

<sup>21</sup> RRD vol. LXXXVI, p. 579, n. 8.

<sup>22</sup> RRD vol. LXXXVIII, p. 472, n. 8.

*“droghe” et alcoli haberi possunt tamquam iudicium depressionis, potius quam morbus distinctus...*

Per cui, la sentenza: conclude affermativamente ex can. 1095, 2 *acclarata matrimonii nullitate ex maiore vitio consensus hucusque examinato, supervacaneafit quaelibet investigatio super effectibus politoxicomaniae vel toxicodendentiae conventi...*

Dicevo che sono poche le sentenze che trattano delle sostanze di cui nel nostro argomento. E in tutte, invero, l'uso della sostanza (cocaina, anfetamine, LSD) avviene sempre come in una sorta di 'combinato disposto' con l'abuso di alcol, ed è piuttosto l'espressione di una grave patologia, a se stante, che finisce con l'esprimersi e coll'aggravarsi e col condurre all'uso di sostanze stupefacenti.

Nella *coram* Wynen del 27 febbraio 1937<sup>23</sup> – che qui cito come emblematica di un cammino e di un travaglio giurisprudenziale, in materia di incapacità per uso di droghe, che condurrà agli esiti, anch'essi emblematici della più volte citata *coram* Stankiewicz del 23 febbraio 1990 – è interessante notare che l'illustre Uditore tedesco respinge severamente, in nome di una non moderna psicologia, quella che – nella perizia – poteva essere considerata come l'inconsapevole anticipazione del contenuto del n. 2 del can. 1095, poiché *hic Professor, adhibens modum cogitandi et terminologiam modernae psychologiae, ad valide praestandum consensum, ex parte intellectus adhuc plus exigitquam cognitionis actum... Si praemissae, ex quibusperitior hanc suam conclusionem deducit, adniitti possent et admitterentur, sequeretur – non solum debiles mente, sed omnes homines simplices et rusticos validum consensum matrimonialem ponere non posse. Quod statuere longe abest a Nobis.*

Poiché *“Ubicumque est intellectus, est liberum arbitrium”*: (S. Th., I, q. LIX, art. 3). Nella citata *Coram* Wynen, lo stato del morfinomane viene equiparato a quello di chi è lievemente brillo, sicché non è da ritenere privo, né abitualmente né in atto, della capacità di porre un atto libero. 'Porro – continua la sentenza con colorita, seppur non del tutto pertinente immagine –, quis affinnare vellet carere libera sua voluntate illum hominem, qui profecturus in ecclesiam sumit potum alcolicum, ut habeat bonum animum ad perficiendam confessionem sacramentalem, revelando omnia peccata commissa? *Quod excitat voluntatem ad agendUln, non tollit libertatem agentis*<sup>24</sup>. Nella sentenza *coram* Stankiewicz del 23 febbraio 1990 si può ravvisare un atteggiamento di analitica attenzione ai fatti provati in giudizio e alla loro interpretazione psicopatologica fornita dal perito d'ufficio. Un atteggiamento “dialogico” che consente al giudice di superare le pur ragionevoli, ma forse alquanto formalistiche obiezioni della difesa del vincolo, attestata su una visione per certi versi “atomistica” dell'atto consensuale, considerato *hic et nunc* piuttosto che nella trama del concreto vissuto delle parti. La *coram* Stankiewicz rappresenta pertanto l'esempio di una visione (se possiamo parafrasare una celebre sentenza rotale) più integrale e completa dell'atto del consenso e della stessa scelta nuziale, con le formidabili conseguenze in termini di diritti e doveri, di obblighi ed oneri che non può non subire severe distorsioni nel caso di vera dipendenza da sostanze psicoattive<sup>25</sup>. Ho sopra richiamato alcune

<sup>23</sup> RRD vol. XXIX, p. 189, n. 23.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 193, n. 27.

<sup>25</sup> La più volte sopraccitata sentenza del 23 febbraio del 1990 *coram* Stankiewicz, dichiarò nullo il matrimonio per grave difetto in materia di discernimento del giudizio in entrambe i contraenti in quanto: a) la donna aveva alle spalle una lunga storia di consumo di droghe (marijuana, LSD, cocaina



sentenze a partire. dagli Anni Trenta fin più o meno ai giorni odierni. Mi sembra d'aver colto una costante, quanto alla ribadita necessità di una considerazione del caso concreto, con l'avvertimento, direi insistito, al dovere di prescindere da impostazioni aprioristiche, quasi un letto di Procuste su cui distendere e far corrispondere le varie fattispecie; ma insieme non si possono non cogliere quel lungo travaglio giurisprudenziale sopra accennato, e gli esiti cui esso ha condotto. Si passa, in altri termini, da un'impostazione, che direi 'minimalistica', tutta concentrata nell'effato tomista, di certo perenne anch'esso come la filosofia di cui è brano: *ubicumque est intellectus, est liberum arbitriwn*, ad un'impostazione più sfumata e problematica, complessa e attenta, più coerente, in fondo, con la acquisita consapevolezza di ciò che sommariamente dicesi carattere personalistico del matrimonio cristiano.

---

ecc.) – era dunque una politossica dipendente – e sotto gli effetti della droga vedeva il suo fidanzato, nei giorni precedenti al matrimonio in modo diverso da come lui era realmente; b) il fidanzato nonostante fosse ancora più drogato della fidanzata, una volta celebrato il matrimonio continuò a fare uso di droghe – prendendo una grossa quantità di LSD, e marijuana – quando l'effetto della droga terminava lui si sentiva molto male, dovendo pure venir ricoverato come “drogato”; inoltre i due erano affettivamente immaturi in modo grave e l'uomo era anche epilettico.

## **Tribunale di Latina, Sezione Prima** **Ordinanza 4 dicembre 2007**

### **Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero – Livelli ecclesiastici – Titolo costitutivo – Opposizione ad esecuzione**

*Circa la titolarità dei livelli ecclesiastici, l'I.D.S.C. (in quanto successore ex lege n. 222/85 – tra l'altro – dei benefici ecclesiastici) deve fornire il titolo costitutivo del proprio diritto preteso sull'immobile, in quanto le risultanze catastali, come è noto, costituiscono solo un elemento indiziario della titolarità del diritto gravante sul bene, dovendo essere corroborate da altri elementi.*

*(omissis)*

Visto il reclamo proposto da Capitalia Service J.V. s.r.l. nei confronti dell'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero della Diocesi di Latina, Terracina, Sezze e Priverno, di S.G.C. s.r.l. nonché di Picarazzi Fabiola e Picarazzi Anna Maria, avverso l'ordinanza del G.E. in data 23.03. 2007 che ha sospeso la procedura esecutiva n. 150-2003 (rg. 80/2007);

Visto il reclamo proposto da S.G.C. s.r.l. avverso la medesima ordinanza del G.E. in data 23.03.2007, reclamo recante il n. 126/2007 e riunito al reclamo 80/2007; letta la comparsa di risposta dei reclamanti, viste le note difensive depositate nei termini assegnati e sciogliendo la riserva assunta all'ordinanza del 17.09.2007;

#### OSSERVA

1) eccezione di difetto di legittimazione attiva di Capitalia Service J.V. s.r.l. a proporre il reclamo (sollevato dalla difesa Picarazzi);

l'eccezione è infondata;

si contesta che Capitalia J.V. (proponente il reclamo) sia mandataria di Capitalia s.p.a., nonché che quest'ultima sia a sua volta mandataria di Trevi Finance 2 s.r.l.;

orbene, osserva il Collegio che Capitalia J.V. ha prodotto procura generale del 16.04.04 con la quale Trevi Finance s.r.l. (concessionaria di crediti di Banca di Roma, oggi Capitalia s.p.a., in base alla legge 30.4.1999 n. 130 sulla cartolarizzazione) ha conferito a Capitalia s.p.a. mandato per la gestione dei crediti ceduti sia in sede processuale che sostanziale;

è stata inoltre prodotta procura generale del 16.06.2004 in base alla quale Capitalia s.p.a. ha a sua volta delegato Capitalia J.V. s.r.l. allo svolgimento di una serie di attività di gestione dei detti crediti cartolarizzati, sia di carattere processuale che sostanziale;

ne consegue che Capitalia J.V. risulta legittimata a proporre il presente reclamo, in quanto investita dei relativi poteri anche di natura processuale, come risulta dalle procure prodotte in giudizio;

2) eccezione di difetto di prova dei poteri rappresentativi di Capitalia Service J.V. s.r.l. in capo ai procuratari speciali;

si eccepisce il difetto di rappresentanza processuale di Capitalia Service J.V. s.r.l. da parte di Barletta Miriam e Polisena Marco (che hanno conferito procura legale al difensore) deducendo che allorché la persona giuridica non sia rappresentata in giudizio da chi ne ha la rappresentanza legale appare (come nel caso di specie, in quanto i prevenuti vengono qualificati come “quadri direttivi con poteri di firma della società”) appare altresì necessario il conferimento di poteri di rappresentanza sostanziale;

il rilievo in via di principio appare corretto, tuttavia Capitalia J.V. ha fornito dimostrazione del potere, processuale e sostanziale, conferito ai predetti quadri direttivi;

dalla procura del 2.8.2006 risulta in effetti che ai prevenuti è stata conferita procura speciale sia di natura processuale (costituzione in cause civili, procedure esecutive, concorsuali ecc.) che sostanziale (atti di ordinaria gestione, cessione di crediti, rinuncia totale o parziale ecc.);

### 3) merito

passando all'esame del merito del reclamo, con una serie articolata di motivi dedotti in atti, Capitalia contesta la fondatezza dell'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione ha sospeso la procedura esecutiva n. 150/03,

orbene, osserva il Collegio che il G.E., premessa la legittimazione attiva dell'I. D.S.C. all'opposizione di terzo proposta (in quanto successore *ex lege* n. 222/85 – tra l'altro – dei benefici ecclesiastici), ha ritenuto che le risultanze catastali della successione dell'I.D.S.C. al Beneficio di Santa Croce in Priverno, costituiscano elementi indiziari idonei a supportare un provvedimento sospensivo;

l'attenta disamina degli atti rilevanti ai fini del decidere conduce tuttavia a differente soluzione della questione;

occorre in primo luogo rilevare che la supposta presenza che livello emerge esclusivamente in visura storica dell'unità immobiliare sottoposta a pignoramento;

le risultanze catastali, come è noto costituiscono solo un elemento indiziaro circa la titolarità del diritto gravante sul bene, dovendo essere corroborate da altri elementi;

nel caso in specie l'I.D.S.C. non ha fornito titolo costitutivo del proprio diritto preteso sull'immobile;

tale titolo non risulta trascritto presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari (la trascrizione richiamata dal G.E. riguarda il decreto del Ministro dell'Interno del 24.3.1987 con il quale è stato riconosciuto agli effetti civili il decreto del Vescovo della diocesi di Latina-Terracina-Sezze-Priverno in data 30.1.1987 con cui è stato eretto l'I. D.S.C. e sono stati contestualmente estinti la Mensa Vescovile, i Benefici Capitolari, Parrocchiali, ecc.; tale decreto in sostanza è correlato alla vicenda successoria nella titolarità dei diritti spettanti agli enti ecclesiastici soppressi, cui è subentrato l'I.D.S.C.);

infine la stessa visura catastale appare contraddittoria in quanto Picarazzi Anna Maria e Picarazzi Fabiola risultano al contempo proprietarie (ciascuna per  $\frac{1}{2}$ ) e livellarie (sempre ciascuna per  $\frac{1}{2}$ ) dell'immobile, sicché sembra verosimile che il livello sia stato oggetto di affrancazione;

in buona sostanza, l'unico elemento a favore della tesi dell'Istituto appare estremamente labile e oggettivamente contraddittorio, sicché l'ordinanza di sospensione dell'esecuzione deve essere revocata;

P.Q.M.

accoglie il reclamo e per l'effetto revoca l'ordinanza resa dal G.E. del tribunale di Latina in data 19-23.03.2007 con il quale è stata sospesa la procedura esecutiva n. 150/03 promossa da B.N.L. s.p.a. contro Picarazzi Fabiola e Picarazzi Anna Maria.

## **Tribunale di Latina**

### **Ordinanza 24 giugno 2008**

#### **Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero – Livelli ecclesiastici – Titolo costitutivo – Opposizione di terzo all’esecuzione**

*In caso di opposizione all’esecuzione proposta dall’I.D.S.C., in qualità di terzo (in quanto successore ex lege n. 222/85 – tra l’altro – dei benefici ecclesiastici), è necessario fornire il titolo costitutivo del livello ecclesiastico sull’immobile, poiché le risultanze catastali, come è noto, costituiscono solo un elemento indiziario della titolarità del diritto gravante sul bene, dovendo essere corroborate da altri elementi.*

(omissis)

l’acceptito difetto di *legitimatio ad processum* di Capitalia Service J.V. da parte di Barletta Miriam e Polisen Marco (che hanno conferito procura legale al difensore) è infondata.

Sostiene la difesa di Battisti Angela Maria, debitrice eseguita, che quando la persona giuridica non sia rappresentata in giudizio da chi ne ha la legale rappresentanza (come nella specie) è necessario il conferimento di poteri di rappresentanza sostanziale;

l’assunto è condivisibile ed, in effetti, come risulta dalla procura del 02.08.2006 al Polisen ed alla Barletta è stata conferita procura generale sia di natura processuale (costituzione in cause civili, procedure esecutive e cautelari, ecc.) che sostanziale (cessione di crediti, transazioni, rinuncia agli atti legali ed alle azioni, ecc.).

Nel merito Capitalia Service J.V. s.r.l. contesta l’ordinanza del G.E. che ha sospeso la procedura esecutiva del 10.03 ritenendo la verosimile fondatezza dell’opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. proposta dall’Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero, dal momento che le risultanze catastali e la nota di trascrizione della successione dell’I.D.S.C. al Beneficio di Santa Croce in Priverno costituirebbero elementi tali da far ritenere sussistenti i gravi motivi che legittimano la sospensione ex art. 624 c.p.c.

Premesso che il livello emerge soltanto dalla visura storica dell’immobile pignorato, va evidenziato che le risultanze catastali costituiscono solo un elemento indiziario in merito alla titolarità del diritto esistente sul bene e devono essere riscontrate da ulteriori elementi.

Nell’ipotesi in esame l’I.D.S.C. non ha fornito alcuna prova dell’esistenza di un titolo di acquisto della proprietà trascritto avente data certa anteriore al pignoramento. La trascrizione indicata dal G.E. riguarda il decreto del Ministro dell’Interno del 23.04.1987 che ha riconosciuto il subentro dell’Istituto agli enti dichiarati estinti dalla l. 20.05.1985, n. 222.

Da ultimo si osserva che dalla visura catastale Battisti Angela Maria risulta contestualmente proprietaria e livellaria dell’immobile, in tal modo sembrando verosimile ritenere il livello sia stato oggetto di affrancazione.

Tribunale di Latina Ordinanza 24 giugno 2008

P.Q.M.

Accoglie il reclamo e per l'effetto, revoca l'ordinanza del G.E. del tribunale di latina del 26-27.04.2007 che ha sospeso la procedura n. 10/30.

# Il livello ecclesiastico: natura giuridica attuale e prova del diritto. Una querelle antica....ma moderna

ANTONIO FUCCILLO

## 1.- *Il fatto ed il diritto controverso*

Le ordinanze del Tribunale di Latina riportate in epigrafe, ripropongono all'attenzione del giurista contemporaneo un tema, quello dei "livelli ecclesiastici", che si riteneva assegnato oramai alla "storia del diritto".

La fattispecie portata all'esame dei giudici era la seguente:

In un procedimento di esecuzione immobiliare intentato da una banca mutuante nei confronti di un mutuatario insolvente (procedimento *ex* D. lgs. 385/93 - TUB Bancario) presenta opposizione di terzo all'esecuzione l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero della Diocesi di Latina, sostenendo di vantare sui cespiti oggetto di esecuzione un diritto di proprietà assimilabile al diritto del "concedente" in un contratto di enfiteusi, rispetto alla posizione del mutuatario (datore di ipoteca) che veniva ritenuto soltanto titolare di una posizione giuridica assimilata a quella dell'enfiteuta. In concreto l'attore riteneva di essere *de iure* il proprietario del bene oggetto di esecuzione, seppure con le limitazioni derivanti dall'esistenza dei diritti dell'enfiteuta<sup>1</sup>.

A prova del proprio titolo l'I.D.S.C. esibiva una visura catastale "storica" dove risultava un ex beneficio ecclesiastico come "concedente", e null'altro, eccetto un generico decreto vescovile emesso ai sensi della L. 222/85 ove si dava atto della successione intervenuta *de iure* a suo favore, senza però indicazioni di beni né dei diritti in oggetto.

Il giudice dell'esecuzione accoglieva in via cautelare l'opposizione dell'I.D.S.C. e sospendeva il procedimento. Tale ordinanza veniva impugnata dinanzi al "collegio" che emetteva le ordinanze in sede di reclamo sopra riportate.

La "singolare" opposizione oggetto della pronuncia del Tribunale, poi, è caratterizzata da un paradosso tecnico, la riscoperta di un antico diritto di natura ecclesiastica la cui permanenza nel nostro sistema giuridico sarebbe dimostrata (e questo è il principale paradosso) soltanto da una intestazione catastale.

Inutile sottolineare come la pronuncia in sede di reclamo sia del tutto condivisibile non avendo peraltro l'IDSC dimostrato in alcun modo il diritto vantato, tuttavia l'occasione fornitaci è troppo allettante per non intervenire, ancora una volta, sulla vicenda dei livelli ecclesiastici.

---

<sup>1</sup> Tale "pretesa", tuttavia, come meglio si vedrà innanzi, non sottraeva l'attore all'onere di provare il proprio titolo costitutivo, mentre in realtà la richiesta al giudice si basava sulla sola "assonanza" terminologica contenuta nella "partita catastale".

È, infatti, frequente imbattersi, soprattutto nel Lazio (territorio geografico ove la Chiesa esercitava anche diretta sovranità politica), nella seguente intestazione catastale:

“ente ecclesiastico N.N. concedente – Tizio livellario”.

Tali intestazioni, dovute per lo più alla incuria dei proprietari nel richiedere agli uffici catastali le correzioni di ditta dovute alle vicende giuridiche che si segnalavano in seguito, sono sopravvissute fino ai nostri giorni a testimonianza, certo, di un passato storico-giuridico, ma si tratta di diritti attuali, ancora vigenti?

E se la risposta dovesse essere affermativa quale è la loro esatta natura giuridica?

Ed ancora, chi è legittimato ad esercitarlo?

A tali domande si cercherà di fornire una risposta.

## 2.- *Lo stato dell'arte*

### 2.1. - *Il contributo della dottrina*

Secondo la dottrina di gran lunga prevalente i cd. “livelli” ecclesiastici appartengono al novero degli “oneri reali”, particolare tipo di obbligazione posta a carico del possessore di un fondo. Tali oneri derivavano dalla particolare natura giuridica della proprietà ecclesiastica ante 1860, caratterizzata dalla sua assimilazione ai beni pubblici, piuttosto che ai beni privati, sicché la concessione del fondo al privato che ne faceva richiesta attraverso la “supplica alla autorità ecclesiastica” (per l'appunto il *libellum*) manteneva alla stessa il diritto di ricevere una prestazione annua dapprima in “derrate” (le cd. “decime”) successivamente in danaro. Tra tali figure di “oneri” di natura prevalentemente pubblicistica come i “censi” ed i “canoni” il “livello” si distinse per la sua assimilazione al contratto “volgare” del “precario” e per una ulteriore decisiva caratterizzazione:

mentre nel “censo” e nel “canone” la Chiesa restava proprietaria, nel livello invece la Chiesa alienava il fondo, restando titolare soltanto del diritto a ricevere la prestazione pattuita (definita, appunto “il livello”).

### 2.2. - *Lo stato della legislazione*

Da quanto *supra* affermato è evidente che i “livelli ecclesiastici” trovano la propria origine in un tempo antico, collocabile tra la fine dell'alto medio evo e la seconda decade del 1800.

È, infatti, da tale periodo che inizia un totale disfavore normativo verso tali oneri reali, che qui di seguito si riassume brevemente.

- R.D. 7 gennaio 1861 – Vengono mantenute le prestazioni fondiari perpetue a favore degli enti ecclesiastici soltanto ove costituite con titoli autentici o da giudicati antecedenti il 1860.

- L. 24 gennaio 1864 estesa anche al Lazio (ultimo ex territorio Pontificio) con (L. 17 novembre 1870 n. 6001 e R.D. 27 novembre 1879, n. 6031), ove si stabilì che le rendite fondiari a favore di enti ecclesiastici (tra cui i livelli) venivano convertiti in una prestazione in danaro, purché venisse annotata nel “gran libro del debito pubblico” in misura non superiore al 5% dell'antica prestazione.

- L. 15 agosto 1867, n. 3848, art. 2, III comma, recita: “Quanto ai canonici, censi, livelli, decime ed altre prestazioni provenienti dal patrimonio delle corporazioni religiose e degli altri enti morali soppressi dalla legge del 7 luglio 1866 e della presente legge (praticamente quasi tutti gli enti ecclesiastici) il demanio le assegnerà al fondo pel culto” (...), al comma IV, “I canonici, censi, livelli, decime ed altre prestazioni appartenenti agli enti morali soppressi seguiranno a far parte delle rispettive dotazioni a titolo di assegno. Cessato l’assegnamento agli odierni partecipanti delle chiese ricettizie e delle comunità con cura d’anime, la rendita iscritta come sopra, e i loro canonici, censi, livelli e decime assegnati al fondo pel culto, passeranno ai comuni in cui esistono dette chiese (...)”.

- L. 29 gennaio 1880, n. 5253, con la quale si prevede la facoltà per i proprietari dei fondi di affrancare i medesimi dai pesi “fondiari” ecclesiastici di qualsiasi natura e genere, attraverso una procedura semplificata che conduceva in caso di disaccordo ad una affrancazione coatta. Tale legge è poi corredata da un corposo regolamento (R.D. 18 aprile 1880, n. 5405).

- L. 14 luglio 1887, n. 4727. Si tratta di un passaggio decisivo nella evoluzione normativa dell’istituto in esame, oramai già affievolitosi in una mera prestazione pecuniaria, ove risultante da titoli certi. Con tale legge (parte II) si chiarisce definitivamente l’abolizione (definitiva) di ogni prestazione fondiaria a favore di enti ecclesiastici derivante dalla abrogata potestà pubblica della Chiesa (quindi i censi, i canonici e le decime sacramentali), mentre per le “decime dominicali” ed i “livelli” si stabilisce il principio di diritto (conformemente peraltro già a quanto fin qui detto) che proprietario del fondo è colui che lo possiede in virtù di titoli certi, e che l’ente ecclesiastico diviene titolare dell’onere reale di ricevere la prestazione in danaro (peraltro calmierata ex art. 4 della Leg.). Infine, con la previsione dell’art. 5 della legge medesima, si chiarisce che il diritto di affrancazione è un “diritto potestativo” al quale l’ente ecclesiastico non può opporsi e che testimonia ulteriormente che a favore dell’ente ecclesiastico concedente altro non può dirsi che esista se non una mera prestazione in danaro, ed una posizione giuridica di “pati”.

Da tale quadro normativo (come riassunto) e emerge che:

a) Le prestazioni fondiarie perpetue a favore degli enti ecclesiastici hanno natura di onere reale;

b) La stragrande maggioranza di esse è stata estinta per legge a seguito delle leggi “eversive dell’asse ecclesiastico” intervenute a seguito della *debellatio* dello Stato pontificio;

c) Altre sono state trasferite al “fondo per il culto” e di qui estinte (ai sensi della L. 222/85) come si vedrà in seguito;

d) Le poche sopravvissute (essenzialmente riferite ad enti ecclesiastici con cura di “anime”) si devono fondare su di un titolo certo anteriore all’entrata in vigore della legge del 1861 sopra citata.

Per fare valere, quindi, un livello ecclesiastico oggi, l’ente che presume di essere titolare a ricevere la prestazione deve, oltre a dimostrare la propria titolarità e legittimazione:

a) esibire un titolo anteriore al 1861, titolo idoneo e certo;

b) la avvenuta iscrizione nel libro del debito (da qui il termine “volgare” livello, che vorrebbe anche significare “iscritto nel libro”) ai sensi dell’art. 2 della L. 15 agosto 1867;

c) che tale diritto non rientra tra quelli (la prevalenza) estinti per legge, o attribuiti ai comuni.



Proseguendo, poi, nella disamina dei provvedimenti normativi che interessano la fattispecie, per i tempi più recenti, essenziale è la legge 22 luglio 1966 n. 607, recante “Norme in materia di enfiteusi e prestazioni fondiari perpetue”. Tale legge prevede sostanzialmente un ulteriore affievolimento delle pretese del “concedente” stabilendo un capitale di affranco calmierato alla qualificazione catastale anteriore al 30 giugno 1939, seppure tale limite è stato dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte Cost. n.37/69 ma soltanto per i rapporti costituitisi dopo il 28 ottobre 1941.

Ne deriva, quindi:

a) tale legge opera soltanto per i LIVELLI sopravvissuti al disfavore normativo sopra delineato (legislazione pre repubblicana);

b) per questi rapporti si applica il diritto potestativo del “livellario” di affrancazione a capitale calmierato, con l'unica eccezione per i rapporti sorti dopo il 28.10.41.

Secondo tale legge, quindi, la Chiesa deve dimostrare:

a) che il suo diritto è sopravvissuto;

b) che il suo titolo è certo e successivo al 28.10.41.

Il principio del capitale di affranco calmierato è stato peraltro ribadito dalla Corte Cost. con sentenza n. 441/91, ove si è stabilito che il canone dei fondi concessi in enfiteusi in epoca antecedente al 28 ottobre 1941, come determinato dalla legge n. 607/1966, e di conseguenza anche il capitale di affranco, sono debiti di valuta e come tali legati al principio nominalistico (art. 1277 cod. civ.), che esclude la possibilità di rivalutazione monetaria della somma dovuta. Introdurre limiti all'applicazione di tale principio non rientra nei poteri della Corte costituzionale, tanto più in casi come quello in esame, nel quale non si potrebbe certamente ammettere una rivalutazione piena di canoni in base agli indici di deprezzamento della moneta dal 1947 ad oggi, che porterebbe il valore nominale dei canoni relativi alle enfiteusi anteriori al 28 ottobre 1941 a livelli più elevati di quelli attingibili, pur dopo la sentenza n. 406/1988, col sistema di aggiornamento previsto dalla legge n. 1138 del 1970, per le enfiteusi costituite successivamente a quella data. (Inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 22 luglio 1966, n. 607, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 42, terzo comma, della Costituzione). Riguardo alla impossibilità, per la Corte costituzionale, di introdurre dei limiti all'applicazione del principio nominalistico: S. n. 107/1981 e O. nn. 64/1988 e 463/1989. In materia di rivalutazione del capitale di affranco per le enfiteusi costituite in epoca successiva al 28 ottobre 1941: S. n. 406/1988.

La nota sentenza della stessa Corte (143/97) che ha dichiarato la illegittimità del suddetto limite, si applica, come espressamente stabilito dalla medesima nel dispositivo soltanto “all'art. 1, primo e quarto comma, della legge 22 luglio 1966, n. 607 (Norme in materia di enfiteusi e prestazioni fondiari perpetue), nella parte in cui, per le enfiteusi costituite anteriormente al 28 ottobre 1941, non prevede che il valore di riferimento per la determinazione del capitale per l'affrancazione delle stesse sia periodicamente aggiornato mediante l'applicazione di coefficienti di maggiorazione idonei a mantenerne adeguata, con una ragionevole approssimazione, la corrispondenza con la effettiva realtà economica”. Quindi alle sole “enfiteusi” che come è noto sono contratti di diritto privato che quindi devono risultare da atti aventi data certa, e non hanno nulla in comune con i livelli ecclesiastici che sono oneri reali.

Altrettanto può essere affermato alla luce della sentenza della Corte Cost. 160/2008 che ribadisce tale ultimo principio per le sole “enfiteusi”, e non per altri diritti minori.

Difatti, la distinzione tra il contratto di enfiteusi ed altri diritti minori è stata ribadita proprio dalla stessa Corte Cost. (sent. n. 53/74), la quale ha statuito che qualsiasi assimilazione normativa tra l'enfiteusi ed altri diritti reali minori è incostituzionale.

Di conseguenza, occorre sempre dimostrare, a prescindere dalla effettiva equiparazione tra livelli ed enfiteusi fatta in qualche legge speciale, l'esatta natura del diritto in questione, essendo differenti nella genesi e nelle conseguenze giuridiche.

La natura di "onere reale" sembra, poi, ribadita anche dalla Legge 7 gennaio 1974, n. 3, che ha convertito la prestazione fondiaria in un diritto di credito da estinguere in un anno e prescrivibile in due, salvo diversa volontà del proprietario utilista, i diritti dei concedenti dei rapporti regolati dalla Legge 15 febbraio 1958 n. 74 e quelli relativi ad altre prestazioni fondiarie perpetue.

### *2.3. - I livelli ecclesiastici nell'attuale sistema giuridico*

Alla luce di quanto velocemente esposto fin qui si può affermare che il livello ecclesiastico è caratterizzato da un totale affievolimento del diritto del concedente, che resta titolare di una mera "pretesa" alla riscossione della prestazione pecuniaria annuale. Tale peculiare rapporto obbligatorio è caratterizzato nel lato passivo dalla "ambulatorietà" nel senso che l'obbligato è identificato con il proprietario del fondo, mentre nel lato attivo tale obbligazione è garantita realmente dal fondo stesso, nel senso che il concedente non è assistito dalla garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), ma esclusivamente dai frutti del fondo. Proprio la particolare costruzione giuridica del livello quale "onere reale" consente di affermare, in accordo con la dottrina prevalente, che, trattandosi di una particolare obbligazione, tale diritto:

- a) è usucapibile, attraverso lo strumento della cd. "*usucapio libertatis*" senza la necessità dell'interversione del possesso;
- b) il diritto alla riscossione del canone si prescrive nel quinquennio;
- c) l'onere è affrancabile secondo la procedura semplificata e con il capitale calmierato, essendo un diritto diverso dall'enfiteusi;
- d) tale diritto deve essere assistito da un titolo idoneo antecedente al 1860.

Particolare attenzione va poi riservata alla identificazione dell'ente ecclesiastico "concedente", in quanto a seguito della riorganizzazione di tali forme organizzative intervenuta a seguito del Nuovo concordato con la Chiesa cattolica, alcuni di detti enti si sono estinti e con essi è cessato il diritto di riscuotere la prestazione. Ove, invece, gli enti estinti hanno subito una devoluzione patrimoniale, la medesima doveva risultare dai pubblici registri (ipotecario e catastale) con l'espressa indicazione, peraltro, del tipo di diritto che si intendeva trasferito. Proprio la consapevolezza in capo a tali enti della avvenuta estinzione dei livelli a loro favore, dovuta sia alle vicende normative che si sono susseguite (sopra riassunte) che, nei pochi casi residuali, alla perdita dell'originario diritto dovuto a "non uso" e, quindi, alla intervenuta usucapione liberatoria da parte dei soggetti attualmente proprietari, ha spesso indotto le diocesi a non effettuare tali pubblicità. In molti casi, poi, trattandosi di diritti nati in epoche passate vi era la impossibilità di dimostrare il proprio titolo, passaggio indefettibile ai fini dell'esercizio del medesimo. Come si fa, infatti, ad esercitare una pretesa se non è possibile dimostrare:

- a) il titolo costitutivo;
- b) la intervenuta successione all'ente originario;

c) l'effettiva avvenuta devoluzione del diritto.

La legge n. 222/85, infatti, sottopone la validità delle operazioni di riorganizzazione del patrimonio degli enti ecclesiastici comunque alla effettuazione delle regolari pubblicità, e sulla esistenza di validi titoli anteriori all'entrata in vigore della legge stessa.

È utile, infine, richiamare anche l'art. 831, I comma, c.c., ove recita che per quanto non previsto da leggi speciali, ai beni degli enti ecclesiastici si applicano comunque le regole ordinarie e, quindi, tutte quelle relative alla opponibilità ai terzi delle vicende costitutive e traslative.

### 3.- Conclusioni

Il "livello" ecclesiastico è, quindi, un ONERE REALE (simile agli oneri delle "bonifiche") essendo il successore delle "decime dominicali" che derivavano dalla "proprietà pubblica" della Chiesa e dei suoi enti, poi debellata a seguito dell'unità d'Italia.

Tali diritti, dapprima in derrate, vennero affievoliti al punto da risultare per lo più aboliti del tutto, ed ove sono sopravvissuti il concedente altro non è che un particolare creditore di un canone annuale rapportato al "raccolto" od al prodotto del "fondo"; quindi non si tratta di "proprietà"<sup>2</sup>.

Risulta, quindi, evidente che se tale diritto non è stato esercitato per un ventennio, oppure non è assistito da un idoneo titolo giustificativo non trova più una sua valida ragione giuridica al suo esercizio.

La circostanza che nelle "visure di partita" catastale compare la dizione suddetta non costituisce in alcun modo prova dell'esistenza di un tale onere reale.

Va anche ribadita la distinzione tra i livelli ecclesiastici e le enfiteusi che ovviamente devono derivare da un contratto, e devono risultare dai pubblici registri immobiliari.

Una volta che l'ente ecclesiastico intenderà fare valere tale onere dovrà provare il proprio titolo, e la propria corretta legittimazione in base alle regole generali previste dal codice civile.

### Bibliografia essenziale di riferimento

LINA BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Giuffrè, Milano, 1984; CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico*, Barbera, Firenze, 1903, p. 329 ss.; PIO CIPRIOTTI, *Decima*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 805 ss.; COSTANTINO JANNACCONE, *Decime (dir. ecclesiastico)*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1960, p. 258 ss.; ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 407 ss.; ANTONIO FUCCILLO, *Considerazioni sulle decime ecclesiastiche*, in *Gazz. not.*, 1991, 11-12, p. 1261 ss.; ID., *Le decime e i livelli ecclesiastici e la relativa procedura d'affrancazione*, in AA.VV.,

---

<sup>2</sup> È indispensabile tale distinzione rispetto alla pretesa dalla quale siamo partiti. L'ente ecclesiastico, anche se riuscisse a dimostrare il proprio diritto, quest'ultimo altro non sarebbe che un mero diritto di credito (onere reale) e mai un diritto di proprietà.

*Vincoli di proprietà fra diritto pubblico e diritti privato*, Gaeta, 1992, p. 50 ss.; ID., *Diritto ecclesiastico e attività notarile*, Giappichelli, Torino, p. 81 ss.; ID., *Il particolare caso dei livelli ecclesiastici tra proprietà apparente ed apparenza di proprietà*, in AA.VV., *Apparenza, pubblicità, legittimazione. Studi di interesse notarile*, a cura di GUIDO e GIUSEPPE FUCILLO, Jovene, Napoli, 2004, p. 31 ss.; MARIO PETRONCELLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 433 ss.; VINCENZO SIMONCELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Audisio, Roma, 1904, p. 410 ss.; DOMENICO SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Pierro, Napoli, 1913, p. 535 ss.

## Tribunale di Napoli, 17 ottobre 2008, n. 10456

**Giudizio di nullità matrimoniale dinanzi al giudice ecclesiastico – Responsabilità processuale aggravata da lite temeraria – Richiesta di condanna al risarcimento al giudice italiano – Difetto di giurisdizione**  
**Giudizio di nullità matrimoniale dinanzi al giudice ecclesiastico – Condanna da parte del giudice ecclesiastico per responsabilità processuale aggravata – Delibazione della sentenza ai sensi dell'art. 8 l. n. 121/1985 – Ammissibile**

*I danni da responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. devono essere fatti valere nel giudizio in cui sono stati causati, rientrando il relativo potere nella competenza funzionale cd inderogabile di quel giudice. Pertanto, contemplando l'ordinamento giuridico canonico l'ammissibilità del risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata, chi intenda ottenere il ristoro dei danni che assume di avere subito da una causa di nullità matrimoniale intrapresa in mala fede o colpa grave da controparte dinanzi al giudice ecclesiastico, deve rivolgere a quest'ultimo la propria domanda risarcitoria (1).*

*Il sistema delineato alla stregua degli artt. 2 della L. 31 maggio 1995 n. 218 e 8 della L. 25.3.1985 n. 121 non appare preclusivo della delibazione, da parte della corte di appello competente, di una pronuncia del giudice ecclesiastico la cui esecutività riguardi, in ipotesi di rigetto della domanda di nullità del matrimonio, la sola condanna del soccombente, oltre che alla rifusione delle spese processuali, anche al risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata (2).*

*(omissis)*

### MOTIVI DELLA DECISIONE

L'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano adito, sollevata dal convenuto in comparsa di costituzione depositata nel termine di venti giorni prima della udienza di prima comparazione (ex art. 180 c.p.c. nel testo applicabile al presente giudizio, pendente anteriormente al primo marzo 2006), è fondata e va accolta.

Non vi è dubbio che la domanda attrice, così come proposta nell'atto di citazione, debba essere qualificata come domanda risarcitoria da responsabilità processuale aggravata da lite temeraria.

Escluso, infatti, che il mero esercizio di un diritto possa costituire fatto illecito generatore di un danno ingiusto, l'attrice ha indicato di avere subito "grave danno morale, biologico e materiale" in diretto nesso di causalità con l'iniziativa giudiziaria del N., tesa soltanto, a dire dell'attrice, "al fine di neutralizzare la giusta e fondata azione dell'esponente" (giudizio di separazione con addebito al marito, poi conclusosi con accoglimento della domanda di addebito e determinazione di assegno di mantenimento in favore dell'istante).

A seguito dell'eccezione di parte convenuta, l'attrice ha tentato di rettificare parzialmente l'originaria impostazione, dapprima rendendo le precisazioni, contestate come tardive dalla difesa avversa, in quanto contenute nella memoria depositata ex art. 184 c.p.c., sebbene fossero stati già concessi i termini di cui all'art. 183 5° comma c.p.c., nel testo allora vigente, proprio per la precisazione e/o modificazione delle rispettive domande ed eccezioni, quindi, solo in comparsa conclusionale deducendo che, sotto il profilo del danno patrimoniale, lo stesso avrebbe dovuto essere liquidato almeno con riferimento ai compensi corrisposti dalla parte al suo difensore nel giudizio dinanzi al Tribunale ecclesiastico.

Ha altresì dedotto, in memoria di replica, che, in ogni caso, un'eventuale condanna alle spese (o al risarcimento dei danni da lite temeraria) dinanzi al giudice ecclesiastico avrebbe necessitato un giudizio di delibazione che non avrebbe tuttavia potuto conferire efficacia ad *“una sentenza di condanna relativa ad un matrimonio rato e consumato per pretesa violazione del consenso di un principio morale”* quello per cui il fine del matrimonio è la procreazione, in quanto principio estraneo al nostro ordinamento positivo.

Va osservato, in primo luogo che le precisazioni di cui ai primi due capoversi memoria di cui all'art. 184 c.p.c. depositata dall'attrice il 30.3.2007, tardive, non modificano essenzialmente il *thema decidendum* così come cristallizzato nell'atto di citazione.

Diversamente, è da ritenere assolutamente tardiva l'allegazione, quale fatto costitutivo della domanda principale tesa, tra l'altro, al risarcimento del danno patrimoniale, la richiesta di ristoro dello stesso in ragione degli esborsi cui l'attrice è stata costretta in favore del suo difensore rotale per difendersi dinanzi al tribunale ecclesiastico, avanzata dall'attrice solo in comparsa conclusionale.

Ciò premesso, a parere del giudicante l'eccezione del convenuto di difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana adita è fondata e meritevole di accoglimento.

Invero – detto peraltro per inciso che la sentenza allegata in atti del giudice ecclesiastico, pur di rigetto della domanda attrice, non ne rileva affatto il carattere temerario, ponendosi piuttosto come applicativa del principio *“in dubio standum est pro validate matrimoni”* (cfr. pag. 11 della succitata sentenza) – va osservato che il codice di diritto canonico, con norma di carattere generale (can. 128 del Libro I Titolo VII) stabilisce che *“chiunque illegittimamente con un atto giuridico, anzi con qualsiasi altro atto posto con dolo o colpa arreca ad altro un danno, è tenuto all'obbligo di riparare il danno arrecato”* e con specifico riferimento alla responsabilità di natura processuale, al can. 1649 (Libro VII, Parte II, Sezione II, Titolo X), prevede che il Vescovo, al quale spetta dirigere il tribunale, stabilisca, tra le altre, norme (§ 1 n. 4) *“sulla riparazione dei danni, dovuta da chi non soltanto perse la causa, ma la fece consideratamente”*.

Di rilievo appare, in proposito, quanto osservato dal convenuto, secondo cui, nell'ordinamento canonico, la responsabilità processuale aggravata può essere sanzionata dunque anche officiosamente dal giudice adito, indipendentemente da domanda di parte, come prevede invece il nostro codice di rito (art. 96 c.p.c.) nei riguardi di chi abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

Alla stregua di tali rilievi, rilevandosi che è principio consolidato nel nostro ordinamento che i danni da responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. devono essere fatti valere nel giudizio in cui sono stati causati, rientrando il relativo potere nella competenza funzionale cd inderogabile di quel giudice (in tal senso, tra

le molte, cfr. Cass. civ. sez. III 15 luglio 2007 n. 15882; Cass. civ. sez. I 23 marzo 2004 n. 5734; Cass. civ. sez. I 7.12.1999 n. 13667; Cass. civ. sez. III 23 aprile 1997 n. 3534), deve concludersi nel senso che, contemplando l'ordinamento giuridico canonico l'ammissibilità del risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata, chi intenda ottenere il ristoro dei danni che assume di avere subito da una causa di nullità matrimoniale intrapresa in mala fede o colpa grave da controparte dinanzi al giudice ecclesiastico, deve rivolgere a quest'ultimo la propria domanda risarcitoria.

Tale conclusione sembra in linea con il sistema delineato alla stregua degli artt. 2 della L. 31 maggio 1995 n. 218 e 8 della L. 25.3.1985 n. 121, che non appare invero preclusivo della deliberazione, da parte della corte di appello competente, di una pronuncia del giudice ecclesiastico la cui esecutività riguarda, in ipotesi di rigetto della domanda di nullità del matrimonio, la sola condanna del soccombente, oltre che alla rifusione delle spese processuali, anche al risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata.

Ciò non solo in quanto il relativo istituto appare disciplinato in conformità ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico ma – secondo l'interpretazione che è propria del diritto vivente sopra ricordata – è lo stesso giudice adito con la domanda principale che, richiesto dei danni cagionati da quel giudizio che si assume essere stato intrapreso con mala fede o colpa, deve pronunciare sulla relativa domanda risarcitoria. (...)

La novità della questione affrontata giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella controversia civile come innanzi proposta tra le parti, così provvede:

a) dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano adito in ordine alla domanda proposta, che avrebbe dovuto essere formulata nel giudizio dinanzi al tribunale ecclesiastico dal quale si assumono causati i danni da responsabilità processuale aggravata (...)

# Giudizio canonico di nullità matrimoniale e condanna per responsabilità aggravata

PAOLO BUONAIUTO

## 1. *Cenni preliminari*

La sentenza sopra riportata ha ad oggetto una domanda risarcitoria da responsabilità processuale aggravata da lite temeraria. La pronuncia si presenta molto interessante anche perché, come rileva lo stesso giudicante, trattasi di questione nuova.

La richiesta di risarcimento danni avanzata dall'attrice si fonda sul presupposto che l'ex marito, al solo fine di neutralizzare le azioni da lei intraprese in sede civile, aveva dato corso ad un ingiustificato giudizio di nullità matrimoniale dinanzi al tribunale ecclesiastico. Tale giudizio canonico – che a detta dell'attrice l'aveva profondamente ferita nei suoi valori e nei suoi convincimenti, creandole uno stato d'ansia e di depressione – si concludeva con una sentenza negativa. L'attrice, quindi, assumendo che il tribunale ecclesiastico non avrebbe potuto condannare l'ex marito alle spese di giudizio ed al risarcimento dei danni per lite temeraria, adiva il giudice italiano onde ottenere la condanna del convenuto per lite temeraria.

Il convenuto, nel costituirsi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano adito, atteso che la domanda risarcitoria da responsabilità processuale aggravata doveva porsi necessariamente nel giudizio canonico. In ogni caso, il convenuto contestava che l'esercizio del diritto di agire in giudizio per fare valere una causa di nullità del matrimonio non avrebbe potuto esser fonte di responsabilità extracontrattuale.

Il tribunale, qualificata la domanda, così come prospettata dall'attrice, come domanda risarcitoria da responsabilità processuale aggravata da lite temeraria, ha accolto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano, fondandola sulla considerazione che l'ordinamento giuridico canonico contempla l'ammissibilità della domanda di risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata, e, quindi, chi intenda ottenere il ristoro dei danni che assume di avere subito da una causa di nullità matrimoniale intrapresa in mala fede o colpa grave da controparte dinanzi al giudice ecclesiastico, deve rivolgere a quest'ultimo la propria domanda risarcitoria. Inoltre, il giudicante ha sostenuto che il sistema delineato dall'art. 2 l. n. 218/1995 e dall'art. 8 l. n. 121/1985 non appare preclusivo della delibazione, da parte della corte di appello competente, di una pronuncia del giudice ecclesiastico la cui esecutività riguardi, in ipotesi di rigetto della domanda di nullità del matrimonio, la sola condanna del soccombente, oltre che alla rifusione delle spese processuali, anche al risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata.

Va detto che la decisione del Tribunale di dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano in ordine alla domanda proposta è da condividersi. Inoltre, la decisione dà lo spunto anche per altre brevi considerazioni.



## 2. *Lite giudiziaria promossa temerariamente dinanzi al tribunale ecclesiastico*

L'obbligo del risarcimento dei danni ingiustamente arrecati per dolo o per colpa grave è un principio di diritto naturale, prima che di diritto canonico o civile.

Nel codice di diritto canonico tale principio è formulato in modo generale nel can. 128 che sancisce sia per gli atti giuridici illegittimi sia per gli atti non giuridici posti con dolo o colpa l'obbligo di riparare il danno arrecato<sup>1</sup>.

L'obbligo di risarcire il danno è riaffermato, direttamente o indirettamente, più volte nel codice e precisamente al: can. 57, § 3 (per diniego illegittimo di un decreto amministrativo singolare); can. 982 (per falsa denuncia di un confessore innocente); can. 1062 (per rottura illegittima di promessa matrimoniale); can. 1281, §1 (per atti posti illegittimamente da amministratori di beni ecclesiastici); can. 1289 (per arbitrarie dimissioni di un amministratore di beni ecclesiastici); can. 1389, § 2 (per negligenza colpevole e dannosa nell'esercizio della potestà ecclesiastica e nell'assolvimento del proprio ufficio o compito); can. 1457, §§ 1-2 (per colpe commesse da giudici o da altri ministri di tribunale, nell'esercizio del loro ufficio); can. 1521 (in caso di perenzione di istanza giudiziaria, per colpa di tutori, curatori, procuratori, ecc.); can. 1729, § 1 (per danni causati da delitto).

Nel caso di lite temeraria trova applicazione il can. 1649, § 1 n. 4 che sancisce il principio che chi non solo ha perduto il giudizio, ma ha promosso la lite senza fondamento è tenuto a risarcire il danno. Pertanto, anche il processo canonico è governato dal principio di responsabilità ed in tale logica si colloca la condanna alle spese ed ai danni della parte che abbia agito o resistito in giudizio temerariamente<sup>2</sup>.

La formulazione del § 2 del can. 1649, che sancisce che contro la pronuncia circa le spese, gli onorari e la riparazione dei danni non si dà un appello distinto, deve far ritenere che anche nel diritto canonico la competenza funzionale sulla domanda di risarcimento danni spetta al giudice competente a conoscere la domanda principale.

È stato sostenuto che la condanna per lite temeraria rimane soggetta al principio della domanda e, pertanto, deve essere richiesta dalla parte che sostiene di aver ricevuto un danno dalla temerarietà del comportamento della controparte<sup>3</sup>. Per altri la condanna per lite temeraria deve essere di regola richiesta dalla parte interessata, "ma non è data da escludersi che ad essa, quando la temerarietà della lite sia evidente, il giudice addivenga anche d'ufficio"<sup>4</sup>. Poiché nei cann. 128 e 1649, § 1 n. 4 si sancisce l'obbligo di riparare il danno arrecato e che il risarcimento danni è dovuto, dal combinato-disposto dei suddetti canoni può evincersi che il giudice ecclesiastico possa anche d'ufficio disporre una condanna per temerarietà della lite.

Nell'ordinamento civile italiano l'art. 96 c.p.c., che riconosce il risarcimento del danno per responsabilità aggravata, è considerato norma speciale rispetto a quella generale rappresentata dall'art. 2043 c.c.. Si tratta di una responsabilità speciale,

---

<sup>1</sup> Cfr. LUIGI CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, Edizioni Dehoniane, Roma, 1996, p. 199.

<sup>2</sup> Cfr. sul punto RAFFAELE BOTTA, *Spese giudiziali (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 383.

<sup>3</sup> V. RAFFAELE BOTTA, *op. cit.*, p. 383.

<sup>4</sup> FERNANDO DELLA ROCCA, *Spese giudiziali (Diritto processuale canonico)*, in *Nss. D. I.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 1151.

rientrante nella categoria degli illeciti extracontrattuali, anche se non riconducibile nell'ambito dell'art. 2043 c.c., rispetto al quale si troverebbe, in definitiva, in un rapporto di *species a genus*<sup>5</sup>. È stato, inoltre, precisato che la previsione contenuta nell'art. 96 c.p.c. comprende tutte le ipotesi di atti e comportamenti processuali e copre ogni possibile effetto pregiudizievole che ne derivi, restando pertanto preclusa la possibilità di invocare, con domanda autonoma e concorrente, i principi generali della responsabilità per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., con riguardo ad una specifica conseguenza dannosa di quegli stessi atti<sup>6</sup>. Chi, comunque, agisce per il risarcimento di danni di origine processuale non si trova in una posizione peggiore e differente rispetto a chi agisce per danni extracontrattuali di diversa origine, perché “*i danni da risarcire sono di qualsiasi tipo ... purchè causati da uno dei comportamenti tipizzati nella norma*”<sup>7</sup>. Logica conseguenza di ciò è il principio che “*la domanda diretta all'accertamento della responsabilità aggravata della controparte, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., rientra nella competenza funzionale, sia per l'an che per il quantum del giudice che è competente a conoscere della domanda principale, il quale è il solo in grado di valutare la rilevanza e la consistenza patrimoniale di un illecito realizzato nell'ambito del processo svoltosi davanti a lui*”<sup>8</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, giustamente, quindi, il Tribunale nella decisione sopra riportata – rilevato che “*è principio consolidato nel nostro ordinamento che i danni da responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. devono essere fatti valere nel giudizio in cui sono stati causati, rientrando il relativo potere nella competenza funzionale cd inderogabile di quel giudice*” e che “*contemplando l'ordinamento giuridico canonico l'ammissibilità del risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata, chi intenda ottenere il ristoro dei danni che assume di avere subito da una causa di nullità matrimoniale intrapresa in mala fede o colpa grave da controparte dinanzi al giudice ecclesiastico, deve rivolgere a quest'ultimo la propria domanda risarcitoria*” – ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

### *3. Delibazione della sentenza canonica contenente la condanna del soccombente anche al risarcimento per lite senza fondamento*

Circa la questione di delibare una sentenza canonica con la quale la parte soccombente sia stata condannata al risarcimento dei danni per aver promosso la lite senza fondamento, poiché si tratta di una pronuncia accessoria rispetto a quella principale di rigetto della nullità, essa va risolta collegando la soluzione alla ammissibilità della dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana della pronuncia *pro validitate*.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, sentenza 13 marzo 1998, n. 2742, in *CED Cassazione*, 1998.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, sentenza 4 aprile 2001, n. 4947, in *Archivio civile*, 2002, 2, p. 285. Sul punto *amplius* GIORGIO CIAN – ALBERTO TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, Padova, 2002, p. 2000.

<sup>7</sup> Cass. Civ., Sez. III, sentenza 28 novembre 1987, n. 8872, in *CED Cassazione*, 1987; conforme Cass. Civ., Sez. II, sentenza 12 marzo 2002, n. 3573, in *Archivio civile*, 2003, 1, p. 89. Sul punto si segnala per l'interessante ricostruzione giurisprudenziale Trib. Bologna, Sez. Civ. II, sentenza 2 febbraio 2005, n. 379, in banca dati *Lex24 Repertorio* 24.

<sup>8</sup> Cass. Civ., Sez. III, sentenza 4 giugno 2007, n. 12952, in *Guida al diritto*, 2007, 29, p. 77.

In dottrina è stato rilevato che gli atti autoritativi compiuti nell'ambito dell'ordinamento confessionale hanno rilevanza nell'ordinamento dello Stato nei limiti del riconoscimento da quest'ultimo operato<sup>9</sup>. Pertanto, poiché l'art. 8.2 dell'Accordo di Villa Madama si riferisce alle sole sentenze pronunciate dai tribunali ecclesiastici dichiarative della nullità di matrimonio, non possono essere deliberate e sono escluse dal riconoscimento di efficacia nella Repubblica italiana, le sentenze canoniche dichiarative della validità del vincolo. Tale soluzione troverebbe, tra l'altro, giustificazione nel fatto che nessuno avrebbe interesse a far dichiarare l'efficacia civile di una pronuncia canonica *pro validitate* "perché la trascrizione del vincolo nei registri dello stato civile rimarrebbe inalterato e continuerebbe a produrre i suoi effetti"<sup>10</sup>.

Da altra parte, invece, è stata ritenuta possibile la declaratoria di efficacia di una sentenza *pro validate*, perché lo Stato ha riconosciuto alla Chiesa "un'ampia competenza esclusiva in materia matrimoniale avente ad oggetto la validità-invalidità dell'atto di matrimonio" e perché si ritiene che "la pronuncia attinente la validità possa conseguire efficacia civile sulla base dell'esistenza del comune interesse al perseguimento e stabilimento di una situazione omogenea di status matrimoniali nei due ordinamenti"<sup>11</sup>.

In giurisprudenza non sembra vi siano precedenti, per così dire, "diretti" di richieste di delibazione di sentenze canoniche *pro validitate*. I pochi precedenti riguardano casi di richiesta di dichiarazione di esecutività agli effetti civili di una sentenza canonica *pro validitate* a seguito di *retractatio* di precedente sentenza canonica dichiarativa di nullità del matrimonio<sup>12</sup>.

Le corti di merito hanno dato una risposta affermativa alla delibazione di una sentenza *pro validitate*<sup>13</sup>. La Suprema Corte ha inizialmente affermato che "l'eventuale revoca della sentenza ecclesiastica, dopo l'intervenuto provvedimento di esecuzione – ex art. 17 [l. n. 847/1929] – è improduttiva di ogni effetto nell'ambito del nostro ordinamento giuridico"<sup>14</sup>, pertanto, l'ordinanza di esecutorietà della Corte di Appello "è irrevocabile, attesa la sua natura sostanziale di sentenza, e viene rifiutata l'esecutorietà a sentenze canoniche di revoca di un'antecedente dichiarazione di nullità"<sup>15</sup>. Successivamente la Corte ha mutato il suo orientamento sostenendo che in linea di principio l'ammissibilità dell'efficacia civile di una sentenza *pro validitate* è condizionata a che "a siffatta dichiarazione di esecutività non si opponga un principio di ordine pubblico,

<sup>9</sup> Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 1995, p. 87 ss..

<sup>10</sup> FRANCESCO FINOCCHIARO, *Sentenza ecclesiastica*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 934.

<sup>11</sup> ANDREA BETTETINI, *Sulla declaratoria di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di validità del vincolo*, in *Dir. eccl.*, 1995, II, pp. 481-482.

<sup>12</sup> Una ricostruzione delle varie posizioni della dottrina sulla delibabilità di una sentenza canonica a seguito di *retractatio* di precedente pronuncia dichiarativa di nullità cfr. PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni con effetti civili*, Cedam, Padova, 2008, pp. 197-207.

<sup>13</sup> Cfr. App. Brescia, ordinanza 19 maggio 1941, in *Giur. It.*, 1942, 1, 2, p. 199; App. Napoli, sentenza 4 maggio 1995, in *Dir. eccl.*, 1995, II, p. 478 ss.. App. Roma, ord. 21 maggio 1976, in *Giur. It.*, 1977, 1, 2, p. 13 ss., diversamente intesa da FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 934 nota n. 52, e da ANDREA BETTETINI, *op. cit.*, p. 481 nota n. 2.

<sup>14</sup> Cass. Civ., Sez. I, sentenza 9 agosto 1977, n. 3638, in *Dir. eccl.*, 1978, II, pp. 131-134.

<sup>15</sup> Cass. Civ., Sez. I, sentenza 29 novembre 1977, n. 5188, in *Dir. eccl.*, 1978, II, pp. 113-122.

*qual è indubbiamente quello della certezza sullo stato delle persone*<sup>16</sup>

Invero, la possibilità di riconoscere efficacia civile ad una sentenza *pro validitate*, benché dopo la *retractatio* della sentenza dichiarativa di nullità, dovrebbe far propendere, in linea generale, per il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento statale di qualsiasi sentenza canonica *pro validitate* del matrimonio, sia essa successiva ad una *retractatio* di una precedente pronuncia di nullità, sia essa di rigetto di una richiesta di nullità.

Non si oppone a tale interpretazione neanche la lettera dell'art. 8.2, dato che il riferimento di detta norma alle “*sentenze di nullità*” non deve essere inteso come riguardante le sole sentenze canoniche affermative, ma va interpretato nel senso che ci si riferisce a tutte le sentenze canoniche aventi ad oggetto la dichiarazione di nullità del matrimonio, siano esse affermative o negative.

Pertanto, nulla sembra opporsi a che una sentenza canonica *pro validitate*, contenente anche la condanna della parte soccombente al risarcimento del danno per lite temeraria, divenuta esecutiva secondo il diritto canonico, possa essere delibata ai sensi dell'art. 8.2 l. n. 121/1985.

#### 4. Conclusioni

Sulla base delle brevi considerazioni che precedono, la sopra riportata sentenza va condivisa.

Infatti, se si considera che il diritto canonico prevede e disciplina l'ipotesi di chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni per lite temeraria, che è principio comune nel diritto civile e nel diritto canonico che la domanda diretta ad ottenere la responsabilità aggravata rientra nella competenza funzionale ed inderogabile del giudice che tratta la causa principale, deve necessariamente affermarsi che “*chi intenda ottenere il ristoro dei danni che assume di avere subito da una causa di nullità matrimoniale intrapresa in mala fede o colpa grave da controparte dinanzi al giudice ecclesiastico, deve rivolgere a quest'ultimo la propria domanda risarcitoria*”.

Alla eventuale sentenza canonica dichiarativa della validità del matrimonio, contenente anche la condanna della parte soccombente al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata, potrà essere riconosciuta efficacia nella Repubblica italiana secondo la procedura di cui all'art. 82 l. n. 121/1985.

---

<sup>16</sup> Cass. Civ., Sez. I, sentenza 13 settembre 1979, n. 4752, in *Dir. eccl.*, 1980, II, pp. 84-90.

## Corte Costituzionale, 8 maggio 2009, n. 151

### **Fecondazione assistita – Principio di eguaglianza – Diritto alla salute – Trattamenti sanitari – Dignità della persona – Embrione – Autodeterminazione – Diagnosi preimpianto**

*La Corte Costituzionale, riunitasi in Camera di Consiglio il 31 marzo 2009, ha dichiarato parzialmente illegittima la legge 40 sulla fecondazione assistita. In particolare è illegittimo l'art. 14 comma 2, della legge 18 febbraio 2004, n. 40 «limitatamente alle parole 'ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre'» embrioni. Incostituzionale anche il comma 3 dello stesso articolo «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». La Consulta ha infine dichiarato inammissibili difetto di rilevanza nei giudizi principali le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 3, e 14, commi 1 e 4.*

La Corte Costituzionale ha pronunciato la seguente  
Sentenza

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, e dell'articolo 14, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), promossi dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con sentenza del 21 gennaio 2008 e dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008, rispettivamente iscritte ai nn. 159, 323 e 382 del registro ordinanze 2008 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 22, 44 e 50, prima serie speciale, dell'anno 2008.

Visti gli atti di costituzione della Warm (World Association Reproductive Medicine), della Federazione Nazionale dei Centri e dei Movimenti per la vita italiani, del Comitato per la tutela della salute della donna, di C. S. A. ed altro, di C. M. ed altro, nonché gli atti di intervento della Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ed altre e dell'Associazione Cecos Italia, della S.I.S.Me.R. s.r.l. (Società Italiana Studi di Medicina della Riproduzione s.r.l.), della Associazione Hera Onlus, della Associazione Sos Infertilità Onlus e di C. M. ed altro, della Cittadinanzattiva Toscana Onlus e del Presidente del Consiglio dei ministri;

*udito* nell'udienza pubblica del 31 marzo 2009 il Giudice relatore Alfio Finocchiaro;

*uditi* gli avvocati Gian Carlo Muccio per la Warm e per la S.I.S.Me.R. s.r.l., Isabella Loiodice e Filippo Vari per il Comitato per la tutela della salute della donna, Antonio Baldassarre e Giovanni Giacobbe per la Federazione Nazionale dei Centri e dei Movimenti per la vita italiani, Gian Domenico Caiazza per C. S. A. ed altro, per l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ed altre e per la Associazione Cecos Italia, Ileana Alesso, Massimo Clara, Maria Paola Costantini, Marilisa D'Amico e Sebastiano Papandrea per C. M. ed altro e per l'Associazione Hera Onlus, per la Associazione Sos Infertilità Onlus e per Cittadinanzattiva Toscana Onlus e l'Avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

*Fatto*

(Omissis)

*Diritto*

1. – Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio (r.o. n. n. 159 del 2008) dubita, con sentenza, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui il loro disposto prevede, ai fini della applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, consentendo, solo per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

Il Tribunale ordinario di Firenze (r.o. n. 323 del 2008) sospetta, con riferimento ai medesimi parametri costituzionali, la illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, della stessa legge n. 40 del 2004, nella parte in cui il loro disposto impone il divieto della crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la obbligatorietà della creazione di un numero massimo di tre embrioni e dell'unico e contemporaneo impianto di embrioni comunque non superiore a tre, perché la predeterminazione di un protocollo sanitario unico comporterebbe la sottoposizione della donna a trattamento sanitario non voluto e non volto alla tutela della salute propria, né della collettività.

Lo stesso Tribunale dubita, altresì, della legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultima parte, della stessa legge, laddove prevede la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati, per violazione dell'art. 32, secondo comma, Cost., che vieta i trattamenti sanitari obbligatori, se non imposti per legge e nel rispetto della dignità della persona umana.

Il Tribunale ordinario di Firenze (r.o. n. 382 del 2008) censura l'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione; l'art. 14, comma 3, della stessa legge, limitatamente alle parole «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione; l'art. 14, comma 4, della richiamata legge, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, in quanto tale norma determinerebbe la reiterata sottoposizione della donna a trattamenti che, in quanto invasivi e a basso tasso di efficacia, sarebbero lesivi del principio di rispetto della dignità umana; creerebbe disparità di trattamento fra situazioni che eguali fra loro non sono e richiedono trattamenti differenziati, in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., violando il diritto fondamentale alla salute per il forte rischio di reiterata sottoposizione della donna a trattamenti ad alto tasso di pericolosità per la sua salute fisica e psichica.

Lo stesso Tribunale denuncia, infine, l'art. 6, comma 3, della stessa legge, nella parte in cui non contiene, in fine, le parole «e, dalla donna, anche successivamente», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

2. – I tre provvedimenti giurisdizionali sollevano questioni largamente coincidenti e ciò rende opportuna la riunione dei giudizi al fine della trattazione congiunta e della decisione con un'unica sentenza.

3. – Deve essere, preliminarmente, confermata l'ordinanza adottata, nel corso dell'odierna udienza pubblica, ed allegata alla presente sentenza, con la quale sono stati dichiarati inammissibili gli interventi dell'Associazione Cecos Italia, delle Associa-

zioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna Onlus, Madre Provetta Onlus, Cerco un bimbo, L'altra Cicogna Onlus e [www.unbambino.it](http://www.unbambino.it), nonché della S.I.S.Me.R. s.r.l. (Società Italiana Studi di Medicina della Riproduzione s.r.l.), nel giudizio introdotto con ordinanza n. 159 del 2008; gli interventi dell'Associazione Sos Infertilità Onlus, dell'Associazione Hera Onlus, nonché di C.M. e G.R., nel giudizio introdotto con ordinanza n. 323 del 2008; gli interventi dell'Associazione Hera Onlus, dell'Associazione Sos Infertilità Onlus, dell'Associazione Cittadinanzattiva Toscana Onlus, dell'Associazione Cecos Italia, nonché delle Associazioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna Onlus, Madre Provetta Onlus, Cerco un bimbo, L'altra Cicogna Onlus e [www.unbambino.it](http://www.unbambino.it), nel giudizio introdotto con ordinanza n. 382 del 2008. Ciò in applicazione del consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui non sono ammissibili gli interventi, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, di soggetti che non siano parti nel giudizio *a quo*, né siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (*ex plurimis*, sent. n. 96 del 2008, ord. n. 393 del 2008, n. 414 del 2007).

4. – Occorre ora esaminare le eccezioni di inammissibilità prospettate dalle parti in relazione ai vari provvedimenti di remissione.

4.1. – L'eccezione di inammissibilità prospettata dall'Avvocatura generale dello Stato e dal Comitato per la tutela della salute della donna per avere il TAR del Lazio sollevato le questioni con sentenza anziché con ordinanza, in violazione delle norme sul processo costituzionale, non è fondata.

Questa Corte ha, infatti, affermato – e il principio deve essere ribadito nella presente sede – che «la circostanza non comporta inammissibilità della questione, posto che, come si desume dalla lettura dell'atto, nel promuovere questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* ha disposto la sospensione del procedimento principale e la trasmissione del fascicolo alla cancelleria della Corte costituzionale, sì che a tale atto, anche se autoproclamantesi “sentenza”, deve essere riconosciuta natura di “ordinanza”, sostanzialmente conforme a quanto previsto dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953» (sentenza n. 452 del 1997).

4.2. – Altra eccezione di inammissibilità è prospettata, sempre con riferimento alla questione sollevata dal TAR, dalla Federazione Nazionale dei Centri e dei Movimenti per la vita italiani, sotto il profilo della rilevanza, per non essersi detto giudice pronunciato sulla carenza di interesse diretto della Warm (World Association Reproductive Medicine), ricorrente nel giudizio *a quo*, avendo erroneamente ritenuto che sulla relativa questione si sarebbe formato il giudicato, come stabilito dal Consiglio di Stato in sede di appello.

Neppure tale eccezione merita accoglimento, avendo il TAR non implausibilmente affermato che sulla legittimazione ad agire della Warm non vi era alcuno spazio di riesame, essendosi, sul punto, formato il giudicato, secondo quanto si evincerebbe dalla sentenza di rinvio del Consiglio di Stato.

4.3. – Parimenti non fondata è l'ulteriore eccezione di inammissibilità, sollevata dal Comitato per la tutela della salute della donna, a seguito del mutamento del quadro normativo per effetto dell'intervento delle nuove linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, di cui al d.m. 11 aprile 2008, che avrebbe determinato la estinzione del giudizio amministrativo e, con esso, avrebbe travolto il giudizio di costituzionalità.

È infatti sufficiente rilevare l'operatività delle linee guida del 2004 fino al momento della loro sostituzione e, quindi, della pendenza del giudizio amministrativo, senza

considerare che nessuna incidenza le sopravvenute linee guida possono esercitare su alcuna delle questioni sollevate.

4.4. – Con la memoria del Comitato per la tutela della salute della donna e della Federazione nazionale dei centri e dei Movimenti per la vita italiani è stata eccepita l'inammissibilità della questione sollevata dal TAR, in quanto priva del requisito della incidentalità, dal momento che l'oggetto del giudizio principale finirebbe per coincidere sostanzialmente con quello del giudizio di costituzionalità.

Anche tale eccezione non è fondata.

Ai fini dell'ammissibilità di una questione di costituzionalità, sollevata nel corso di un giudizio dinanzi ad un'autorità giurisdizionale, è necessario, fra l'altro, che essa investa una disposizione avente forza di legge di cui il giudice rimettente sia tenuto a fare applicazione, quale passaggio obbligato ai fini della risoluzione della controversia oggetto del processo principale. Nel caso di specie, non è dubbio che l'eventuale accoglimento delle questioni prospettate relativamente ai commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004 produrrebbe un concreto effetto nel giudizio *a quo*, soddisfacendo la pretesa dedotta dalle parti private, poiché dovrebbero essere accolte le doglianze mosse contro le norme secondarie censurate (nello stesso senso, sul principio, sentenze nn. 303 e 50 del 2007).

4.5. – Con riguardo alle questioni sollevate con le ordinanze n. 323 e n. 382 del 2008 dal Tribunale ordinario di Firenze, la difesa erariale ne ha eccepito l'inammissibilità in quanto sollevate nel corso di procedimenti cautelari, rilevando, da un lato, che il contenuto del provvedimento richiesto finirebbe per produrre effetti imm modificabili, con ricadute sulla rilevanza delle questioni medesime ed evidenziando, dall'altro, la mancanza di incidentalità delle questioni, in quanto la eventuale pronuncia di accoglimento concretizzerebbe la tutela richiesta innanzi al Tribunale rimettente.

L'eccezione non è fondata.

La giurisprudenza di questa Corte ammette la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce (sentenza n. 161 del 2008 e ordinanze n. 393 del 2008 e n. 25 del 2006).

Nella specie, i procedimenti cautelari sono ancora in corso ed i giudici *a quibus* non hanno esaurito la propria *potestas iudicandi*: risulta, quindi, incontestabile la loro legittimazione a sollevare in detta fase le questioni di costituzionalità delle disposizioni di cui sono chiamati a fare applicazione (sentenza n. 161 del 2008).

5. – La questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004 è stata sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con l'ordinanza del 12 luglio 2008 (r.o. n. 323 del 2008): essa è manifestamente inammissibile per carenza di motivazione sulla rilevanza.

5.1. – L'art. 14, commi 2 e 3, della stessa legge è stato censurato dal TAR del Lazio e dal Tribunale ordinario di Firenze con la ordinanza del 26 agosto 2008, con argomenti sostanzialmente coincidenti, mentre lo stesso Tribunale ordinario di Firenze, con l'ordinanza 12 luglio 2008, ha censurato – oltre al comma 1 – il comma 2 dell'art. 14, e non il comma 3.

La questione sollevata dal TAR del Lazio investe l'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40 nella parte in cui impone la creazione di un numero di embrioni da impiantare comunque non superiore a tre ed il contestuale impianto degli stessi e vieta la crio-



conservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste. Il rimettente sospetta il contrasto delle norme censurate con gli artt. 3 e 32 Cost. Sotto il primo profilo, rileva, anzitutto, una intrinseca irragionevolezza della disciplina, che, da un lato, si dichiara ispirata allo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, e, dall'altro, impone il predetto limite numerico alla produzione di embrioni, prescindendo da ogni concreta valutazione del medico sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita, e preoccupandosi solo di evitare il ricorso alla crioconservazione, che può determinare la perdita degli embrioni, rischiando, così, anche l'inutile sacrificio degli embrioni prodotti. La previsione in esame, quindi, non sarebbe in linea con quel bilanciamento di interessi che la legge n. 40 del 2004 sembrerebbe voler perseguire.

Per altro verso, tale limitazione determinerebbe, secondo il TAR, una ingiustificata disparità di trattamento in funzione delle diverse condizioni fisiche della donna che ricorre alla procreazione assistita.

Infine, il *vulnus* all'art. 32 Cost. viene ravvisato nell'assoggettamento, che la disciplina censurata determina, ad un successivo trattamento di stimolazione ovarica nella non improbabile ipotesi di esito infelice del primo tentativo di impianto, in contrasto proprio con quel principio della minore invasività che risulta espressamente indicato, nell'art. 4, comma 2, lettera *a*), della legge, tra i principi cui deve ispirarsi la tecnica in esame.

5.2. – Il Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza del 12 luglio 2008 (r.o. n. 323 del 2008), ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, Cost., nella parte in cui pone l'obbligo di creazione di un numero massimo di tre embrioni nonché dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi. La questione è stata sollevata nel corso dello stesso procedimento in occasione di emissione di ordinanza di autorizzazione alla diagnosi preimpianto, a seguito della quale i ricorrenti avevano acquisito relazioni mediche, che avevano evidenziato la possibilità di creazione di embrioni affetti da patologie pari al cinquanta per cento, sicché, nella specie, il numero di embrioni necessari ad assicurare una adeguata percentuale di successo era pari a sei.

La lesione dell'art. 32, primo comma, Cost. viene sospettata sotto il profilo del diritto della salute della donna, che dovrebbe, pur nel bilanciamento con quella dell'embrione richiesto dall'art. 1 della legge n. 40 del 2004, ritenersi prevalente sul diritto di chi ancora persona non è: la legge impone, in caso di insuccesso, la necessità di procedere a plurime stimolazioni ovariche, non consentendo la crioconservazione degli embrioni per successivi impianti e comportando seri problemi per la donna che si deve sottoporre a trattamenti ormonali plurimi, con conseguenze mediche accertate.

Si ritiene, altresì, leso il principio di ragionevolezza per il trattamento identico di posizioni soggettive del tutto dissimili e che necessiterebbero di un approccio di cura diverso, obliterandosi completamente le acquisizioni scientifiche, le quali indicano come i plurimi fattori che afferiscono alla coppia genitoriale incidono sulla scelta del trattamento da attuare, che quindi deve essere lasciato (come d'altra parte tutti i trattamenti medici salvo sempre il consenso informato) alla discrezionalità del medico, che è il depositario del sapere tecnico del caso concreto.

La violazione dell'art. 32, secondo comma, Cost., che vieta i trattamenti sanitari obbligatori, se non imposti per legge nel rispetto della dignità della persona umana, viene ravvisata nella predeterminazione di un protocollo sanitario unico, non configurato sulle necessità di cura della singola persona e di adesione allo stesso e che

comporta la sottoposizione della persona a trattamento sanitario non voluto e non finalizzato alla tutela della salute sua propria o della collettività.

5.3. – Il Tribunale ordinario di Firenze, infine, con ordinanza emessa il 26 agosto 2008 (r.o. n. 382 del 2008), sospetta che il comma 2 dell'art. 14, laddove impone la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto, rechi *vulnus* all'art. 2 Cost., determinando la reiterata sottoposizione della donna a trattamenti che, in quanto invasivi e a basso tasso di efficacia, sarebbero lesivi del principio di rispetto della dignità umana; che ingeneri disparità di trattamento fra situazioni che eguali fra loro non sono e richiedono trattamenti differenziati, in violazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.; che violi il diritto fondamentale alla salute proclamato dall'art. 32 Cost., determinando il forte rischio di reiterata sottoposizione della donna a trattamenti ad alto tasso di pericolosità. Peraltro, per evitare la assoluta libertà di produzione soprannumeraria di embrioni, che determinerebbe problematiche di natura etico-religiosa, si chiede la declaratoria di illegittimità nei limiti sopra indicati (limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»).

5.4. – Viene, altresì, censurato il comma 3 dell'art. 14, secondo gli stessi parametri di costituzionalità (quanto all'art. 32 Cost., alla luce anche della necessità di evitare che la donna, costretta ad accettare l'impianto di embrioni portatori di gravi patologie, debba dapprima iniziare una gravidanza per poi, volontariamente o meno, interromperla, con grave nocumento per la sua salute fisica e psichica), limitatamente alle parole «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile». Si intende così evitare la creazione di situazioni paradossali come quelle evidenziate nel ricorso (nell'esempio fatto, una sopravvenuta ed improvvisa sindrome febbrile potrebbe dar luogo a crioconservazione al contrario di una preesistente grave patologia geneticamente trasmissibile). Inoltre, il comma 3 in esame, implicando un trattamento sulla persona senza il consenso di quest'ultima e in assenza di superiori ragioni di interesse generale o di tutela della sicurezza ed incolumità pubbliche contemplate da espressa disposizione normativa, sarebbe altresì in contrasto con gli artt. 13 e 32, secondo comma, Cost.

A queste osservazioni si è opposto dalla difesa erariale che il legislatore ha effettuata una ragionevole comparazione tra l'interesse della donna e la tutela dell'embrione, che il limite di tre embrioni tutela la salute della donna e degli embrioni, che la legge n. 40 del 2004 opera un bilanciamento fra l'interesse della coppia e il diritto alla vita del concepito, che la salute della donna è meglio garantita da una stimolazione "soffice", che la limitazione a tre del numero massimo di embrioni impiantabili corrisponderebbe al numero massimo di embrioni suscettibili, secondo la scienza medica, di dar luogo alla gravidanza.

6. – Le sollevate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, sono fondate, nei limiti che seguono.

6.1. – Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare

un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione.

Ciò posto, deve rilevarsi che il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 determina, con la esclusione di ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza. Le possibilità di successo variano, infatti, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza.

Il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto. Ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.

Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

Le raggiunte conclusioni, che introducono una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

7. – La questione di costituzionalità dell'art. 14, comma 4, della stessa legge, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con l'ordinanza r.o. n. 382 del 2008, è manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*.

8. – Del pari manifestamente inammissibile, sempre per difetto di rilevanza, è la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della medesima legge, nella parte in cui non consente, dopo la fecondazione dell'ovulo, la revoca della volontà all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, di cui entrambe le ordinanze del Tribunale ordinario di Firenze chiedono la declaratoria di illegittimità costituzionale al solo fine di dare coerenza al sistema.

P.Q.M.

La Corte Costituzionale  
riuniti i giudizi;

*dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»;

*dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna;

*dichiara* manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 323 del 2008;

*dichiara* manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza r.o. n. 323 del 2008 e, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dallo stesso Tribunale con ordinanza r.o. n. 382 del 2008;

*dichiara* manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 4, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 382 del 2008.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 1° aprile 2009.

## Omne trinum est perfectum? Il limite dei ‘tre embrioni’ nella legislazione tedesca sulla fecondazione assistita

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

La recente sentenza n. 151/2009 della Corte Costituzionale italiana ha, com'è noto, dichiarato “l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare”.

Analogo limite, tuttavia, è ravvisabile nella legislazione tedesca sulla fecondazione assistita: l'*EmbryonenSchutzGesetz* (ESchG, promulgato nel 1990 e modificato nel 2001), infatti, recita:

“§ 1 Utilizzo abusivo di tecniche di fecondazione

1. Con la detenzione fino a tre anni, o con una pena pecuniaria, viene punito chi:

[...]

- 3. impianta in una donna più di tre embrioni durante un ciclo di fecondazione;

[...]

- 5. feconda d'una stessa donna più ovuli di quelli che le potranno essere impiantati durante un ciclo di fecondazione;

[...]”,

precisando al § 8 che: “Nell'ottica della presente legge, per ‘embrione’ si intende già l'ovulo fecondato, capace di sviluppo, a partire dal momento della fusione dei nuclei, ed anche ogni cellula totipotente prelevata da un embrione, la quale in presenza degli ulteriori requisiti necessari possa dividersi e svilupparsi fino a diventare un individuo”.

Il § 10, infine, partendo dal presupposto della delicatezza etica di queste procedure, prevede l'obiezione di coscienza: “Nessuno è obbligato a svolgere pratiche di fecondazione artificiale od a collaborare ad esse”.

L'intervento del legislatore, peraltro, ha ridotto a tre l'iniziale limite di quattro embrioni previsto dalle direttive dell'Ordine dei medici, sempre motivato dalla necessità di sottrarsi all'alternativa fra distruzione immediata o crioconservazione degli embrioni creati in sovrannumero.

La limitazione numerica in generale, e quest'ulteriore riduzione in particolare, possono essere spiegate alla luce della *Weltanschauung* costituzionale tedesca, massime ex artt. 1, comma 1 e 2, comma 2, § 1, GG.

Le sanzioni penali che accompagnano la *ESchG* sono chiara garanzia d'una protezione assicurata all'embrione da parte dello Stato, fenotipo dei principî di tutela

della dignità umana e del diritto alla vita espressi nei primi due articoli del GG. Pur non essendo impossibile ritenere che questa particolare attenzione costituzionale possa essere in parte anche frutto del desiderio postbellico di compiere un radicale *revirement* rispetto alla legislazione del periodo nazista sulla purezza della razza *etc.*, va notato come già la legislazione prussiana proteggesse i non ancora nati (*Preußisches Allgemeines Landrecht*, I, 1, 10: “I diritti generali della persona spettano anche agli uomini non ancora nati, a partire dal momento del loro concepimento”). Durante i lavori parlamentari costituenti, inoltre, venne proposto un emendamento all’art. 2 comma 2 GG che espressamente estendesse la protezione giuridica ai non ancora nati: esso non venne approvato giacché, come ha sottolineato il BVerfG (in BVerfGE XXXIX, pp. 1 ss.) la maggioranza dei parlamentari ritenne implicito che la protezione dell’art. 2 comma 2 GG ricomprendesse anche i non ancora nati. Oggetto di discussione è stato, però, se questa volontà dei costituenti possa oggi venir interpretata tanto estensivamente da inserirvi anche gli embrioni FIVET, trattandosi di procedimenti sviluppati molti anni dopo la stesura del GG.

Il BVerfG, nelle sue sentenze sull’aborto, in particolare in quelle del 1975 e del 1993, non era stato chiamato a pronunciarsi sulla situazione di embrioni FIVET, ma aveva comunque sottolineato che l’embrione è titolare di diritti autonomi rispetto a quelli della madre, potenzialmente contrari al diritto all’autodeterminazione di quest’ultima (BVerfGE, XXXIX, pp. 36 ss.), affermando: “Dove c’è vita umana, c’è dignità umana da proteggere” (BVerfGE, LXXXVIII, pp. 251 ss.), dal momento che, secondo la Corte costituzionale tedesca, l’embrione non si sviluppa per diventare persona, ma si sviluppa in quanto già persona, applicando perciò il principio: “*In dubio, pro embryone*”. Il BVerfG s’è espresso in numerose sentenze a favore della garanzia della dignità umana, via via acclarando che l’art. 1 comma 1 GG sia un “principio costituzionale fondamentale” (BVerfGE, L, p. 175), il “valore giuridico più elevato” (BVerfGE, XLVIII, p. 163) nella “scala di valori” costituzionale (BVerfGE, VII, p. 205)), cioè il valore ontologico del GG stesso (BVerfGE, XXXII, p. 108), per così dire la sua ‘*Grundnorm*’ (BVerfGE, XXVII, p. 351). Ne consegue che questi diritti fondamentali, per il legislatore tedesco, *ex art. 1 comma 1 GG* non siano solo diritti soggettivi, ma valori oggettivi ed assoluti, che valgono come *tertium comparationis* per la comparazione dei beni giuridici.

Allegato 1: Legge per la protezione degli embrioni (*ESchG*), del 13 dicembre 1990 (BGBl. I, p. 2746), modificata *ex art. 22 I. 23* ottobre 2001 (BGBl. I, p. 2702)

Il Bundestag ha approvato la seguente legge:

§ 1 Utilizzo illecito di tecniche di fecondazione.

1. Con la detenzione fino a tre anni, o con una pena pecuniaria, viene punito chi

1. impianta in una donna un ovulo non fecondato d’altra donna;
2. cerca di fecondare artificialmente un ovulo per uno scopo diverso da quello d’una gravidanza della donna dalla quale è stato prelevato;
3. cerca di impiantare in una donna più di tre embrioni durante un ciclo di fecondazione;
4. cerca, con un trasferimento infratubarico di gameti, di fecondare più di tre ovuli per ciclo di fecondazione;
5. cerca di fecondare d’una stessa donna più ovuli di quelli che le potranno essere impiantati durante un ciclo di fecondazione;

6. preleva da una donna un embrione prima del termine del suo annidamento nell'utero allo scopo d'impiantarli in un'altra donna o d'utilizzarlo per uno scopo diverso dalla sua conservazione, o

7. cerca, in una donna consenziente, di trasferirne il figlio a terzi dopo la nascita (madre sostituta), di effettuare una fecondazione artificiale o d'impiantarle un embrione umano.

2. Viene allo stesso modo punito chi

1. opera artificialmente affinché una cellula germinale umana entri in un ovocita umano, o

2. inserisce artificialmente una cellula germinale umana in un ovocita per uno scopo diverso da quello della gravidanza della donna dalla quale l'ovulo proenga.

3. Non è punibile

1. nei casi comma 1 nn. 1, 2 e 6 la donna da cui l'ovulo provenga, come pure la donna nella quale debba venir impiantato l'ovulo o l'embrione, e

2. nei casi comma 1 n. 7 la madre sostituta, come pure la persona che volesse prendere il figlio con sé.

4. Nei casi comma 1 n. 6 e comma 2, anche il tentativo è penalmente perseguibile.

## § 2 Uso abusivo di embrioni umani

1. Chi vende un embrione umano extracorporealmente prodotto o prelevato da una donna prima della conclusione del suo annidamento nell'utero o lo cede, acquista od utilizza per uno scopo diverso dalla sua conservazione, è punito con la reclusione fino a tre anni o con un'ammenda.

2. Allo stesso modo viene punito chi per uno scopo diverso dalla prosecuzione della gravidanza procura che un embrione umano si sviluppi extracorporealmente.

3. Anche il tentativo è punito penalmente.

## § 3 Divieto di selezione

Chi cerca di fecondare un ovulo umano con una cellula germinale maschile, laddove essi siano stati selezionati sulla base del loro corredo cromosomico, è punito con la reclusione fino ad un anno o con un'ammenda. Ciò non si applica nel caso in cui la selezione sia stata fatta da un medico allo scopo di preservare il nascituro dalla distrofia muscolare di Duchenne o da una simile malattia ereditaria grave, e la malattia minacciante il nascituro sia stata espressamente riconosciuta come grave dalle competenti autorità secondo la legge dello Stato.

## § 4. Fecondazione illecita, embryo-transfert illecito e fecondazione artificiale *post mortem*

1. Con la reclusione fino a tre anni od un'ammenda è punito chi

1. Cerca di fecondare artificialmente un ovocita senza che la donna dalla quale questo provenga e l'uomo il cui seme venga usato per la fecondazione abbiano acconsentito;

2. cerca di impiantare in una donna senza il suo consenso un embrione, o

3. feconda consapevolmente un ovulo con lo sperma d'un uomo deceduto.

2. Nei casi previsti dal comma 1 n. 3 non è punibile la donna per la quale la fecondazione artificiale è stata compiuta.

## § 5 Modifiche artificiali delle cellule germinali umane.

1. Chi modifica artificialmente il corredo cromosomico d'una cellula germinale umana è punito con la reclusione fino a 5 anni o con un'ammenda.
2. Allo stesso modo è punito chi utilizza una cellula germinale umana geneticamente modificata per una fecondazione.
3. Anche il tentativo è punito.
4. Il comma 1 non si applica
  1. alle modifiche artificiali del patrimonio cromosomico d'una cellula germinale che si trova al di fuori del corpo, se è escluso ch'essa venga utilizzata per una fecondazione;
  2. alle modifiche artificiali del patrimonio cromosomico d'una cellula germinale umana proveniente da un feto morto, da una persona o da un cadavere se è escluso
    - a) ch'esse venga reimpiantata in un embrione, in un feto od in una persona, o
    - b) che ne venga tratta una cellula germinale, e parimenti
  3. ai trapianti con innesto, alle radioterapie, alle chemioterapie o ad altri trattamenti che non abbiano lo scopo di modificare il corredo cromosomico della cellula germinale.

#### § 6 Cloni.

1. Chi artificialmente opera affinché un embrione umano nasca con il medesimo corredo cromosomico d'un altro embrione, d'un feto, d'una persona vivente o d'una defunta, è punito con la reclusione fino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. Allo stesso modo è punito chi impiantasse in una donna un embrione del tipo descritto nel comma 1.

#### § 7 Embrioni chimera ed ibridi.

1. Chi tenta
  1. di unire embrioni con corredi cromosomici di tipo differente, usando almeno un embrione umano;
  2. di unire ad un embrione umano una cellula con un corredo cromosomico diverso da quello dell'embrione stesso, e che tuttavia possa in seguito iniziare a differenziarsi ugualmente, o
  3. di produrre un embrione capace di in seguito di svilupparsi fecondando un ovocita umano con sperma animale, oppure un ovocita animale con sperma umano è punito con la reclusione fino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. Allo stesso modo è punito chi tenta di
  1. impiantare un embrione del tipo descritto nel comma 1 in
    - a) una donna, o
    - b) un animale, o
  2. impiantare un embrione umano in un animale.

#### § 8 Definizioni.

1. Nell'ottica della presente legge, per 'embrione' si intende già l'ovulo fecondato, capace di sviluppo, a partire dal momento della fusione dei nuclei, ed anche ogni cellula totipotente prelevata da un embrione, la quale in presenza degli ulteriori requisiti necessari possa dividersi e svilupparsi fino a diventare un individuo.
2. Nelle prime 24 ore dopo la fusione dei nuclei l'ovulo fecondato si considera



capace di svilupparsi, a meno che già prima del trascorrere di questo lasso di tempo non si accerti che questo non possa svilupparsi.

3. Nell'ottica della presente legge, per 'cellule germinali' s'intendono tutte quelle cellule che portino, in una catena cellulare, dalla cellula fecondata ad ovuli e cellule germinali della persona da esse sviluppatasi, come pure gli ovociti a partire dall'immissione o dall'inserimento delle cellule germinali, fino al momento dell'avvenuta fecondazione a seguito della fusione dei nuclei.

§ 9 Limitazioni ai non medici.

Solo un medico è autorizzato a procedere

1. alla fecondazione artificiale;
2. all'impianto d'un embrione umano in una donna;
3. alla conservazione d'un embrione umano come pure d'un ovulo umano in qui siano già state inserite od artificialmente aggiunte cellule germinali umane.

§ 10 Obiezione di coscienza.

Nessuno è obbligato a svolgere pratiche di fecondazione artificiale, né a collaborare ad esse.

§ 11 Violazioni delle limitazioni ai non medici.

1. Chi, non essendo medico,
  1. procede ad una fecondazione artificiale violando il § 9 n. 1, oppure
  2. impianta un embrione umano in una donna, violando il § 9 n. 2, è punito con la reclusione fino ad un anno o con una pena pecuniaria.
2. Non sono punibili, nel caso previsto dal § 9 n. 1, la donna che si sottoponesse alla fecondazione artificiale né l'uomo il cui seme venisse utilizzato per una fecondazione artificiale.

§ 12 Sanzioni pecuniarie.

1. Commette illecito chi, non essendo medico, violando il § 9 n. 3 conserva un embrione umano od un ovocita umano del tipo in quell'articolo descritti;
2. Tale illecito può venir punito con una ammenda fino a 2500 euro.

## Francia

### I) Consiglio di Stato, n. 286798, IIa e VIIa sottosezioni riunite, del 27 giugno 2008

Al Conseil d'État viene chiesto l'annullamento del decreto del Ministero per l'immigrazione, del 16 maggio 2005, che aveva respinto, per "mancanza d'assimilazione" (ex art. 21-4 code civil, art. 32 decreto 30 dicembre 1993), la richiesta, presentata da Mme M., d'ottenere la cittadinanza francese avendo sposato un cittadino francese. Secondo il Conseil d'État, dunque, benché Mme E. possieda una buona padronanza della lingua francese, ella "ha tuttavia adottato una pratica radicale della sua religione, incompatibile con i valori essenziali della comunità francese, soprattutto con il principio d'eguaglianza fra i sessi", non rispondendo alla condizione d'assimilazione prevista dall'art. 21-4 del code civil; e poiché il rifiuto della cittadinanza "non aveva né per oggetto né per effetto la lesione della libertà religiosa dell'interessata", esso non viola né il principio costituzionale francese della libertà d'espressione religiosa, né l'art. 9 della CEDU: per questa ragione, dunque, il Conseil d'État conferma il decreto ministeriale impugnato.

## **II) Corte Amministrativa d'Appello di Nancy, n. 08NC00100, 17 novembre 2008**

Se il velo islamico non può essere indossato in una scuola pubblica, giacché – anche se non accompagnato da nessun atto di proselitismo – non può certamente essere qualificato come ‘segno discreto’, ma al contrario ‘manifesta l’intenzione di sottolineare palesemente l’appartenenza alla religione musulmana’, sarebbe accettabile, invece, una semplice bandana.

### **III) Corte di Cassazione, Chambre criminelle, 3 febbraio 2009, n. 06-83.063, 08-82.402**

La libertà di stampa e quella d'espressione, seppur d'un uomo politico, quand'anche fosse il segretario generale d'un partito nazionale, sicché i suoi discorsi costituiscono non semplici dichiarazioni, bensì enunciazioni della linea politica del partito stesso, non sono tanto ampie da ricomprendere anche affermazioni che possono essere viste come incitamento all'odio o alla violenza per motivi religiosi. Opporre 'i francesi' ai 'musulmani', affermare che i secondi sarebbero razzisti nei confronti dei primi, esprimere sentimenti di rigetto ed ostilità nei confronti della comunità musulmana complessivamente e globalmente intesa non può rientrare nella protezione che l'art. 10 della CEDU accorda alla libertà d'espressione. Secondo la Corte "il mero timore d'un rischio di razzismo non può privare i cittadini della libertà d'esprimere le loro opinioni sulle difficoltà legate all'immigrazione, né di denunciare i pericoli cui si espone la società con l'aumento del numero di immigrati [fintantoché] non si superano i limiti d'un legittimo dibattito" politico.

#### **IV) Consiglio di Stato, Ia sottosezione, n. 305953, inedito sul Massimario Lebon, 20 marzo 2009**

Non può essere invocata la libertà religiosa per giustificare un'eccezione al divieto d'uso di sostanze stupefacenti.

L'intervento del Conseil d'État era stato invocato per far annullare un decreto del Ministero della Sanità, giacché i ricorrenti hanno fatto presente che rendere illegale l'uso di sostanze stupefacenti anche nell'ambito d'una cerimonia religiosa, allorché esse ne fossero un elemento centrale, costituirebbe violazione della libertà di pensiero, coscienza e religione garantita tanto dalla Costituzione francese, quanto dall'art. 9 della CEDU [ratificata in Italia con l. 848/1955] e dagli artt. 18 e 19 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici [ratificato in Italia con l. 881/1977].

Il Conseil d'État non nega questo assunto, tuttavia ritiene che queste violazioni non siano né "eccessive" né "sproporzionate" rispetto alle ragioni di pubblica sanità all'origine del decreto ministeriale, e per questo motivo respinge la richiesta d'annullamento.

## V) Tribunal de Grande Instance de Paris, chambre XIIIème, 27 ottobre 2009, n. 9835623114, inedito.

Sette esponenti parigini di Scientology e due sue persone giuridiche (l'Associazione spirituale della chiesa di Scientology e la 'Scientologie Espace libraire') erano state accusate di 'bande organisée' per 'escroquerie' e d'esercizio illegale della professione di farmacista.

Il Tribunale di Parigi ha condannato le due persone giuridiche ad un'ammenda di 400.000 euro la prima, e 200.000 la seconda, e le persone fisiche a varie pene detentive e pecuniarie comprese fra i dieci mesi ed i due anni di reclusione, ed i 1.000 ed 20.000 euro di sanzione.

Con riferimento all'"escroquerie": se è vero – dice la sentenza – che la libertà delle opinioni religiose è uno degli elementi fondamentali delle libertà espresse dall'articolo 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ripresa dall'art. 2 della Costituzione del 1958, è altrettanto vero che questa libertà trova un limite nell'ordine pubblico, sicché chi utilizzi una dottrina filosofica o religiosa, il cui oggetto sia di per sé lecito, a scopi finanziari o commerciali, per ingannare volontariamente i terzi, è perseguibile per 'escroquerie'. L'accertamento di queste manovre fraudolente celate dal paravento d'una pratica religiosa, peraltro, non implica un giudizio nel merito sulla dottrina professata, ma riguarda solo la liceità dei mezzi impiegati: qui ci si riferisce, nello specifico, al test sulla personalità e sull'elettrometro, presentati fallacemente come mezzi aventi valore scientifico ed impiegati da personale senza le necessarie competenze in psicologia. Di per sé, secondo i giudici, la fede stessa non è una giustificazione, e la sincerità d'una convinzione religiosa non dispensa chi la professasse dal praticarla nel rispetto della legge.

Con riferimento all'esercizio illegale della professione di farmacista: anche se le opere di Hubbard indicano l'uso di vitamine, esse sono state somministrate (agli adepti di Scientology Francia costituitisi parti civili nella causa in questione) in dosaggi tali da non poter essere qualificate come semplici 'integratori alimentari', e quindi in vendita libera, bensì come vere e proprie medicine, per le quali è necessaria la ricetta medica: anche in questo caso non si può invocare la libertà di pratica religiosa per fare a meno della prescrizione da parte d'un medico.

Il tribunale non ha, peraltro, disposto la sanzione dello scioglimento coatto delle due persone giuridiche condannate, giacché una modifica legislativa del 12 maggio 2009 ha soppresso il rinvio alla sanzione *ex art.* 131-39 1 nel caso d'escroquerie; nemmeno ha disposto l'interdizione al proseguimento delle loro attività, ritenendo che ciò avrebbe portato comunque alla loro continuazione in clandestinità; ha disposto però la pubblicazione della sentenza di condanna non solo sui principali giornali francesi, ma anche sull'Herald Tribune e su Time Magazine.

## **Germania**

### **I) Corte costituzionale federale, 2 luglio 2008**

Nella Renania del Nord - Westfalia la fuoriuscita dalla Chiesa nella quale si fosse registrati richiede, per essere efficace anche per lo Stato, una dichiarazione dinanzi ad un ufficio giudiziario di prima istanza, per la registrazione della quale vengono richiesti 30 euro. Il ricorrente ha visto in questo procedimento formale di fuoriuscita dalla Chiesa, nonché nel pagamento dei correlati 30 euro, una limitazione alla propria libertà religiosa costituzionalmente garantita. Il ricorso è stato respinto. Il procedimento amministrativo di registrazione, infatti, risponde allo scopo legittimo d'amministrare correttamente le tasse ecclesiastiche, ed è per questo motivo che la suddetta dichiarazione deve avere effetti per lo Stato. Se potesse aver luogo senza una particolare formalità, infatti, non avrebbe gli stessi effetti certi di porre fine agli effetti statali dell'appartenenza ad una determinata confessione religiosa. Parimenti perfettamente legittimi sotto il profilo costituzionale sono i 30 euro richiesti per la registrazione della fuoriuscita, che non hanno la natura di imposta, ma di rimborso dei costi. La procedura di cancellazione, infatti, richiede almeno 15 minuti, durante i quali l'ufficio cui ci si fosse rivolti verrà distolto dai suoi normali compiti al servizio della collettività per porsi al servizio d'una persona sola, ragion per cui è necessario il rimborso.

## II) Corte costituzionale federale, 28 ottobre 2008

Ricorso d'un ex professore di teologia contro la sua esclusione dalla Facoltà.

Il ricorrente era, dal 1983, professore alla Facoltà di teologia protestante d'una Università della Bassa Sassonia, incaricato dell'insegnamento di 'Nuovo Testamento'. Dopo ch'egli ebbe pubblicamente abbandonato la fede cristiana, gli venne assegnato il corso di 'Storia e letteratura del Cristianesimo antico', escludendolo dai corsi e dalle ricerche in ambito teologico. Presentato ricorso dinanzi alle istanze giudiziarie d'ogni ordine e grado, tutte gli hanno dato torto. Lo stesso fa ora la Corte costituzionale: l'esclusione d'un professore di teologia non più credente dai corsi e dalle ricerche in ambito teologico è perfettamente compatibile con la libertà scientifica. Essa è sì protetta dall'art. 5 comma 3 sottocomma 1 GG, ma questa libertà trova un limite nel diritto della Facoltà di conservare la propria identità di Facoltà teologica, e di funzionare come centro d'insegnamento della teologia. Per una Facoltà teologica, infatti, il compito di insegnamento e di ricerca viene correlato alla conformità religiosa dei docenti. Questa funzione è messa in pericolo, se i docenti pubblicamente rendono noto di non credere più nei precetti di fede della Chiesa, che pure insegnano. Per le Facoltà evangeliche va ancora aggiunto che la Chiesa affida in primo luogo a loro stesse – a differenza della Chiesa cattolica con il suo munus docendi vincolante – la conformità degli insegnamenti alle dottrine di fede. La libertà scientifica del ricorrente era perciò stata salvaguardata non espellendolo dall'Università, ma spostandolo ad un insegnamento meno basato sulla alla fede religiosa, come – appunto - 'Storia e letteratura del Cristianesimo antico'.



### **III) Tribunale amministrativo della Baviera, 30 aprile 2009**

La religione non ha rilevanza decisiva nell'assegnazione d'una cattedra. L'Università d'Erlangen può continuare la procedura d'assegnazione della cattedra di storia dei Concordati.

La nomina d'un professore di filosofia pratica all'Università 'Friedrich Alexander' di Erlangen-Norimberga richiama l'art. 3 § 5 del Concordato bavarese, il quale stabilisce che, per determinate cattedre, la nomina di professori da parte dello Stato richiama che il Vescovo diocesano non abbia sollevato obiezioni sui candidati dal punto di vista 'cattolico-ecclesiastico'. Il Tribunale amministrativo della Baviera risponde ai ricorsi presentatigli, confermando la sentenza di primo grado del Tribunale amministrativo di Ansbach, e respingendoli come infondati: è vero che l'Università nella fase preliminare della selezione aveva riconosciuto un certo rilievo alla posizione 'cattolico-ecclesiastica' dei candidati, ma non un'importanza decisiva.

## Spagna

### Tribunale Supremo, Ia sezione, 11 febbraio 2009

Chiamato a giudicare sulla legittimità del rifiuto, appellandosi all'obiezione di coscienza, di far frequentare ai propri figli i corsi di 'educazione alla cittadinanza' introdotta nei programmi scolastici dal Governo Zapatero (*Ley Orgánica de Educación – LOE, n. 2, del 3 maggio 2006, anexo II del Real Decreto 1513, del 7 dicembre 2006, anexo II del Real Decreto 1631, del 29 dicembre 2006*), il Tribunale Supremo ritiene che il diritto all'educazione obblighi lo Stato ad offrire informazioni sui valori democratici. Il Tribunale Supremo ritiene che il diritto alla libertà religiosa non sia necessariamente incompatibile con un insegnamento pluralista, ma l'attività educativa dello Stato incontra un limite: nell'ambito dei principî e della morale comuni, fondamento dei diritti fondamentali, non ha il diritto d'invadere lo spazio riservato alle convinzioni individuali, siano esse ideologiche, religiose o morali: i programmi educativi statali debbono limitarsi ad esporre i differenti punti di vista con neutralità, senza nessuna forma di indottrinamento. Tuttavia non esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza, essendo questa possibile solo nei casi previsti dalla legge.

## Voto contrario di minoranza del giudice Gonzalez Rivas

Trattandosi d'un diritto fondamentale, la Costituzione spagnola va letta in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e con i trattati ed accordi internazionali correlati, che formano parte integrante dell'ordinamento spagnolo. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dedica ai diritti educativi l'art. 26, stabilendo, al III comma, che "i genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli". Parimenti il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 riconosce all'art. 18 (III comma) il diritto dei genitori di scegliere la formazione religiosa e morale per i propri figli, precisando (IV comma), che "gli Stati membri del presente Patto s'impegnano a rispettare la libertà dei genitori o dei tutori legali per garantire che i figli ricevano l'educazione religiosa e morale in accordo con le loro convinzioni". Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, nell'osservazione generale n. 22 del 30 luglio 1993, relativamente a quest'ultimo art. 18 ha sottolineato che "un'educazione obbligatoria che includa l'indottrinamento in una religione od in una credenza particolare è incompatibile con il paragrafo IV dell'art. 18, a meno che non siano state previste forme di esenzione che siano in accordo con i desideri dei genitori o dei tutori", e, in questo caso, quando un qualche tipo di convinzione verrà considerata come ideologia ufficiale nella Costituzione, in leggi, programmi di partito o nella pratica effettiva, non vi sarà nessuna conseguenza negativa o di discriminazione contro le persone che non sottoscrivessero quest'ideologia ufficiale o che vi si opponessero.

L'art. 13 del Patto internazionale per i diritti economici e culturali, analogamente, all'art. 13, comma 3, segnala: "Gli Stati Parti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà dei genitori e, ove del caso, dei tutori legali, di scegliere per i figli scuole diverse da quelle istituite dalle autorità pubbliche, purché conformi ai requisiti fondamentali che possono essere prescritti o approvati dallo Stato in materia di istruzione, e di curare l'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni"

In ambito europeo, poi, il Primo Protocollo addizionale, del 20 marzo 1952, alla Convenzione europea per i diritti umani del 1950 stabilisce, all'art. 2, che "il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche."

E la giurisprudenza della CEDU, che è l'istanza competente per l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione (ex art. 32, I comma), ha più volte affermato che queste due espressioni debbano venir intese come tutele del diritto alla vita privata e familiare, alla libertà di pensiero, coscienza e religione, ed alla libertà d'espressione (sentenze Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen vs. Danimarca; Valsamis vs. Grecia; Folgero vs. Norvegia; Hassan e Eylem Zengin vs. Turchia). La sentenza Campbell vs. Regno Unito, in particolare, riconobbe il dovere, per lo Stato, di rispettare le convinzioni dei genitori, tanto religiose quanto filosofiche, relativamente al programma della pubblica istruzione", prevedendo possibilità di dispensa dai corsi. Le sentenze Hassan e Eylem Zengin, infine, vedono la Corte rilevare che nell'ambito della pubblica istruzione i genitori possono esigere dallo Stato il rispetto delle proprie convinzioni religiose e filosofiche, sicché è vietato allo Stato di perseguire finalità d'indottrinamento non

rispettose delle convinzioni filosofiche o religiose dei genitori.

Per questa ragione il Giudice Gonzalez Rivas è favorevole al riconoscimento del diritto d'obiezione di coscienza nei confronti del corso d'educazione alla cittadinanza.

## **Voto contrario di minoranza del Giudice Campos Sánchez-Bordona**

Il problema del conflitto fra obbedienza alla legge dello Stato od a quella della propria coscienza è già stato affrontato da Sofocle nella risposta che Antigone diede a Creonte, ove (versi 450 ss.) si invocano le 'leggi non scritte'. La presenza o l'assenza d'una previsione dell'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei presenta difficoltà molto maggiori, giacché la nostra società è sempre più eterogenea, plurale e multiculturale, ed il problema non si risolve solo verificando se l'obiezione di coscienza sia inclusa o meno in una data legge, dato che i diritti fondamentali non sono creati dalla Costituzione, ma le sono precedenti, ed il potere costituente si limita a positivizzarli in un testo. È effettivamente inaccettabile che, con carattere generale ed indeterminato, ogni individuo possa rifiutarsi di compiere qualsiasi dovere legale con il pretesto che questo andrebbe contro le sue convinzioni religiose o morali. E tuttavia, alla luce delle sentenze costituzionali 53/1985 e 154/2002, non si può affermare che l'ammissione extralegislativa dell'obiezione di coscienza sia impossibile. La sovranità dello Stato non risentirà del fatto che, senza pregiudizio di terzi, sia permesso ad un singolo individuo, ad un gruppo sociale o ad una parte significativa della società, di non compiere atti contrari contrari alle loro convinzioni più interiori, né sarà sempre necessario che questo dovere imposto venga riconosciuto come incostituzionale. Talvolta potranno aversi entrambe le cose, ma vi sono casi in cui l'obiezione di coscienza è perfettamente lecita anche di fronte a doveri perfettamente legittimi dal punto di vista costituzionale, come il caso del servizio militare.

Per questa ragione il Giudice Campos Sánchez-Bordona è favorevole al riconoscimento del diritto d'obiezione di coscienza nei confronti del corso d'educazione alla cittadinanza.

## Voto contrario di minoranza del Giudice Peces Morate

Il fatto che dell'obiezione di coscienza parli l'art. 30, II comma, della Costituzione spagnola non implica ch'essa non sia ammessa con carattere generale. L'art. 10, II comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, infatti, riconosce il diritto all'obiezione di coscienza in accordo con le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio, il che non presuppone la necessità dell'*interpositio legislatoris* per riconoscere l'esistenza di questo diritto negli ordinamenti nazionali, ma solo la necessità d'una sua regolamentazione. Ciò è confermato dalla giurisprudenza internazionale in merito, come i casi *Shebert vs. Verner*, *Wisconsin vs. Yoder*, *Gonzales, Attorney General et al.*, *Petitioners vs. O Centro Espirita Beneficent Uniao do Vegetari ed al.*, risolti dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, ed i casi *Sepe et al. vs. Secretary of State for the Home Department*, risolto dal Tribunale della Camera dei Lords, od il caso *R. vs. Crown Court at Guilford*, ex parte *Siderfin*, risolto dalla High Court of Justice (Queen's Bench Division).

Per questa ragione il Giudice Peces Morate è favorevole al riconoscimento del diritto d'obiezione di coscienza nei confronti del corso d'educazione alla cittadinanza.

## **Voto contrario di minoranza dei Giudici Frías Ponce e Martínez Micó**

Il diritto dello Stato a stabilire il contenuto dei programmi d'insegnamento della Pubblica Istruzione si deve conformare al dovere di neutralità ideologica, affermato già nella sentenza 5/1981 del Tribunal Constitucional. Questo principio non pare applicato dal corso di educazione alla cittadinanza, giacché esso presuppone che esista un'etica civica distinta da quella personale, che lo Stato può insegnare ed imporre attraverso il sistema educativo, aggirando il diritto dei genitori all'educazione morale dei loro figli. Quest'etica civica deriverebbe dall'ordinamento giuridico vigente, e sarebbe soggetta a cambiamenti come quest'ultimo. Per conseguenza l'educazione alla cittadinanza delinea l'etica come qualcosa di mutevole e relativo, presentando le procedure formali democratiche come fonte dei valori etici, il che può creare confusione fra etica e formalismi democratici, e, soprattutto utilizza la terminologia ed i concetti specifici dell'ideologia di genere.

Per questa ragione i Giudici Frías Ponce e Martínez Micó sono favorevoli al riconoscimento del diritto d'obiezione di coscienza nei confronti del corso d'educazione alla cittadinanza.

**Corte Europea dei diritti dell'uomo**  
**Deuxième section, affaire Lautsi c. Italie**  
**(Requête no 30814/06)**

ARRÊT

STRASBOURG

3 novembre 2009

*Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.*

En l'affaire Lautsi c. Italie,

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de:

Françoise Tulkens, *présidente*,

Ireneu Cabral Barreto,

Vladimiro Zagrebelsky,

Danut Jo ien ,

Dragoljub Popovi ,

András Sajó,

I il Karaka , *juges*,

et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 octobre 2009,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date:

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 30814/06) dirigée contre la République italienne et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Soile Lautsi («la requérante»), a saisi la Cour le 27 juillet 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Elle agit en son nom ainsi qu'au nom de ses deux enfants, Dataico et Sami Albertin.

2. La requérante est représentée par M<sup>e</sup> N. Paoletti, avocat à Rome. Le gouvernement italien («le Gouvernement») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Spatafora et par son coagent adjoint, M. N. Lettieri.

3. La requérante alléguait que l'exposition de la croix dans les salles de classe de l'école publique fréquentée par ses enfants était une ingérence incompatible avec la liberté de conviction et de religion ainsi qu'avec le droit à une éducation et un enseignement conformes à ses convictions religieuses et philosophiques.

4. Le 1<sup>er</sup> juillet 2008, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Se prévalant des dispositions de l'article 29 § 3 de la Convention, elle a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire.

5. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. La requérante réside à Abano Terme et a deux enfants, Dataico et Sami Albertin. Ces derniers, âgés respectivement de onze et treize ans, fréquentèrent en 2001-2002 l'école publique «*Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre*», à Abano Terme.

7. Les salles de classe avaient toutes un crucifix, ce que la requérante estimait contraire au principe de laïcité selon lequel elle souhaitait éduquer ses enfants. Elle souleva cette question au cours d'une réunion organisée le 22 avril 2002 par l'école et fit valoir que, selon la Cour de cassation (arrêt n° 4273 du 1<sup>er</sup> mars 2000), la présence d'un crucifix dans les salles de vote préparées pour les élections politiques avait déjà été jugée contraire au principe de laïcité de l'État.

8. Le 27 mai 2002, la direction de l'école décida de laisser les crucifix dans les salles de cours.

9. Le 23 juillet 2002, la requérante attaqua cette décision devant le tribunal administratif de la région de Vénétie. S'appuyant sur les articles 3 et 19 de la Constitution italienne et sur l'article 9 de la Convention, elle alléguait la violation du principe de laïcité. En outre, elle dénonçait la violation du principe d'impartialité de l'administration publique (article 97 de la Constitution). Ainsi, elle demandait au tribunal de saisir la Cour constitutionnelle de la question de constitutionnalité.

10. Le 3 octobre 2007, le ministère de l'Instruction publique adopta la directive n° 2666 qui recommandait aux directeurs d'écoles d'exposer le crucifix. Il se constitua partie dans la procédure, et soutint que la situation critiquée se fondait sur l'article 118 du décret royal n° 965 du 30 avril 1924 et l'article 119 du décret royal n° 1297 du 26 avril 1928 (dispositions antérieures à la Constitution et aux accords entre l'Italie et le Saint-Siège).

11. Le 14 janvier 2004, le tribunal administratif de Vénétie estima, compte tenu du principe de laïcité (articles 2, 3, 7, 8, 9, 19 et 20 de la Constitution) que la question de constitutionnalité n'était pas manifestement mal fondée et dès lors saisit la Cour constitutionnelle. En outre, vu la liberté d'enseignement et l'obligation d'aller à l'école, la présence du crucifix était imposée aux élèves, aux parents d'élèves et aux professeurs et favorisait la religion chrétienne au détriment d'autres religions. La requérante se constitua partie dans la procédure devant la Cour constitutionnelle. Le Gouvernement soutint que la présence du crucifix dans les salles de classe était un «fait naturel», au motif qu'il n'était pas seulement un symbole religieux mais aussi le «drapeau de l'Eglise catholique», qui était la seule Eglise nommée dans la Constitution (article 7). Il fallait donc considérer que le crucifix était un symbole de l'Etat italien.

12. Par une ordonnance du 15 décembre 2004 n° 389, la Cour constitutionnelle s'estima incompétente étant donné que les dispositions litigieuses n'étaient pas incluses dans une loi mais dans des règlements, qui n'avaient pas force de loi (paragraphe 26 ci-dessous).

13. La procédure devant le tribunal administratif reprit. Par un jugement du 17 mars 2005 n° 1110, le tribunal administratif rejeta le recours de la requérante. Il estimait que le crucifix était à la fois le symbole de l'histoire et de la culture italiennes, et par conséquent de l'identité italienne, et le symbole des principes d'égalité, de liberté et de tolérance ainsi que de la laïcité de l'Etat.

14. La requérante introduisit un recours devant le Conseil d'Etat.

15. Par un arrêt du 13 février 2006, le Conseil d'Etat rejeta le recours, au motif que la croix était devenue une des valeurs laïques de la Constitution italienne et représentait les valeurs de la vie civile.



## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

16. L'obligation d'exposer le crucifix dans les salles de classe remonte à une époque antérieure à l'unité de l'Italie. En effet, aux termes de l'article 140 du décret royal n° 4336 du 15 septembre 1860 du Royaume de Piémont-Sardaigne, *«chaque école devra[it] sans faute être pourvue (...) d'un crucifix»*.

17. En 1861, année de naissance de l'Etat italien, le Statut du Royaume de Piémont-Sardaigne de 1848 devint le Statut italien. Il énonçait que *«la religion catholique apostolique et romaine [était] la seule religion de l'Etat. Les autres cultes existants [étaient] tolérés en conformité avec la loi»*.

18. La prise de Rome par l'armée italienne, le 20 septembre 1870, à la suite de laquelle Rome fut annexée et proclamée capitale du nouveau Royaume d'Italie, provoqua une crise des relations entre l'Etat et l'Eglise catholique. Par la loi n° 214 du 13 mai 1871, l'Etat italien réglementa unilatéralement les relations avec l'Eglise et accorda au Pape un certain nombre de privilèges pour le déroulement régulier de l'activité religieuse.

19. Lors de l'avènement du fascisme, l'Etat adopta une série de circulaires visant à faire respecter l'obligation d'exposer le crucifix dans les salles de classe.

La circulaire du ministère de l'Instruction publique n° 68 du 22 novembre 1922 disait ceci: *«Ces dernières années, dans beaucoup d'écoles primaires du Royaume l'image du Christ et le portrait du Roi ont été enlevés. Cela constitue une violation manifeste et non tolérable d'une disposition réglementaire et surtout une atteinte à la religion dominante de l'Etat ainsi qu'à l'unité de la Nation. Nous intimons alors à toutes les administrations municipales du Royaume l'ordre de rétablir dans les écoles qui en sont dépourvues les deux symboles sacrés de la foi et du sentiment national.»*

La circulaire du ministère de l'Instruction publique n° 2134-1867 du 26 mai 1926 affirmait: *«Le symbole de notre religion, sacré pour la foi ainsi que pour le sentiment national, exhorte et inspire la jeunesse studieuse, qui dans les universités et autres établissements d'enseignement supérieur aiguise son esprit et son intelligence en vue des hautes charges auxquelles elle est destinée.»*

20. L'article 118 du décret royal n° 965 du 30 avril 1924 (Règlement intérieur des établissements scolaires secondaires du Royaume) est ainsi libellé: *«Chaque établissement scolaire doit avoir le drapeau national, chaque salle de classe l'image du crucifix et le portrait du roi»*. L'article 119 du décret royal n° 1297 du 26 avril 1928 (approbation du règlement général des services d'enseignement primaire) compte le crucifix parmi les *«équipements et matériels nécessaires aux salles de classe des écoles»*.

Les juridictions nationales ont considéré que ces deux dispositions étaient toujours en vigueur et applicables au cas d'espèce.

21. Les Pactes du Latran, signés le 11 février 1929, marquèrent la «Conciliation» de l'Etat italien et de l'Eglise catholique. Le catholicisme fut confirmé comme la religion officielle de l'Etat italien. L'article 1 du Traité était ainsi libellé: *«L'Italie reconnaît et réaffirme le principe consacré par l'article 1 du Statut Albertin du Royaume du 4 mars 1848, selon lequel la religion catholique, apostolique et romaine est la seule religion de l'Etat.»*

22. En 1948, l'Etat italien adopta sa Constitution républicaine.

L'article 7 de celle-ci reconnaît explicitement que l'Etat et l'Eglise catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains. Les rapports entre l'Etat et l'Eglise catholique sont réglementés par les Pactes du Latran et les modifications de ceux-ci acceptées par les deux parties n'exigent pas de procédure de révision constitutionnelle.

L'article 8 énonce que les confessions religieuses autres que la catholique «ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, en tant qu'elles ne s'opposent pas à l'ordre juridique italien». Les rapports entre l'Etat et ces autres confessions «sont fixés par la loi sur la base d'ententes avec leurs représentants respectifs».

23. La religion catholique a changé de statut à la suite de la ratification, par la loi n° 121 du 25 mars 1985, de la première disposition du protocole additionnel au nouveau Concordat avec le Vatican du 18 février 1984, modifiant les Pactes du Latran de 1929. Selon cette disposition, le principe, proclamé à l'origine par les Pactes du Latran, de la religion catholique comme la seule religion de l'Etat italien est considéré comme n'étant plus en vigueur.

24. La Cour constitutionnelle italienne dans son arrêt n° 508 du 20 novembre 2000 a ainsi résumé sa jurisprudence en affirmant que des principes fondamentaux d'égalité de tous les citoyens sans distinction de religion (article 3 de la Constitution) et d'égale liberté de toutes les religions devant la loi (article 8) découle en fait que l'attitude de l'Etat doit être marquée par l'équidistance et l'impartialité, sans attacher d'importance au nombre d'adhérents d'une religion ou d'une autre (voir arrêts n° 925/88 ; 440/95 ; 329/97) ou à l'ampleur des réactions sociales à la violation des droits de l'une ou de l'autre (voir arrêt n° 329/97). L'égalité de protection de la conscience de chaque personne qui adhère à une religion est indépendante de la religion choisie (voir arrêt n° 440/95), ce qui n'est pas en contradiction avec la possibilité d'une différente régulation des rapports entre l'Etat et les différentes religions au sens des articles 7 et 8 de la Constitution. Une telle position d'équidistance et d'impartialité est le reflet du principe de laïcité que la Cour constitutionnelle a tiré des normes de la Constitution et qui a nature de «principe suprême» (voir arrêt n° 203/89 ; 259/90 ; 195/93 ; 329/97), qui caractérise l'Etat dans le sens du pluralisme. Les croyances, cultures et traditions différentes doivent vivre ensemble dans l'égalité et la liberté (voir arrêt n° 440/95).

25. Dans son arrêt n° 203 de 1989, la Cour constitutionnelle a examiné la question du caractère non obligatoire de l'enseignement de la religion catholique dans les écoles publiques. A cette occasion, elle a affirmé que la Constitution contenait le principe de laïcité (articles 2, 3, 7, 8, 9, 19 et 20) et que le caractère confessionnel de l'Etat avait explicitement été abandonné en 1985, en vertu du Protocole additionnel aux nouveaux Accords avec le Saint-Siège.

26. La Cour constitutionnelle, appelée à se prononcer sur l'obligation d'exposer le crucifix dans les écoles publiques, a rendu l'ordonnance du 15 décembre 2004 n° 389 (paragraphe 12 ci-dessus). Sans statuer sur le fond, elle a déclaré manifestement irrecevable la question soulevée car elle avait pour objet des dispositions réglementaires, dépourvues de force de loi, qui par conséquent échappaient à sa juridiction.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1 EXAMINÉ CONJOINTEMENT AVEC L'ARTICLE 9 DE LA CONVENTION

27. La requérante allègue en son nom et au nom de ses enfants que l'exposition de la croix dans l'école publique fréquentée par ceux-ci a constitué une ingérence incompatible avec son droit de leur assurer une éducation et un enseignement conformes à ses convictions religieuses et philosophiques au sens de l'article 2 du Protocole n° 1, disposition qui est libellée comme suit:

«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera

le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.»

Par ailleurs, la requérante allègue que l'exposition de la croix a méconnu également sa liberté de conviction et de religion protégée par l'article 9 de la Convention, qui énonce:

«1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

28. Le Gouvernement conteste cette thèse.

A. Sur la recevabilité

29. La Cour constate que les griefs formulés par la requérante ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de les déclarer recevables.

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

a) La requérante

30. La requérante a fourni l'historique des dispositions pertinentes. Elle observe que l'exposition du crucifix se fonde, selon les juridictions nationales, sur des dispositions de 1924 et 1928 qui sont considérées comme étant toujours en vigueur, bien qu'antérieures à la Constitution italienne ainsi qu'aux accords de 1984 avec le Saint-Siège et au protocole additionnel à ceux-ci. Or, les dispositions litigieuses ont échappé au contrôle de constitutionnalité, car la Cour constitutionnelle n'aurait pu se prononcer sur leur compatibilité avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique italien en raison de leur nature réglementaire.

Les dispositions en cause sont l'héritage d'une conception confessionnelle de l'Etat qui se heurte aujourd'hui au devoir de laïcité de celui-ci et méconnaît les droits protégés par la Convention. Il existe une «question religieuse» en Italie, car, en faisant obligation d'exposer le crucifix dans les salles de classe, l'Etat accorde à la religion catholique une position privilégiée qui se traduirait par une ingérence étatique dans le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion de la requérante et de ses enfants et dans le droit de la requérante d'éduquer ses enfants conformément à ses convictions morales et religieuses, ainsi que par une forme de discrimination à l'égard des non-catholiques.

31. Selon la requérante, le crucifix a en réalité, surtout et avant tout, une connotation religieuse. Le fait que la croix ait d'autres «clés de lecture» n'entraîne pas la perte de sa principale connotation, qui est religieuse.

Privilégier une religion par l'exposition d'un symbole donne le sentiment aux élèves des écoles publiques – et notamment aux enfants de la requérante – que l'Etat adhère à une croyance religieuse déterminée. Alors que, dans un Etat de droit, nul ne devrait percevoir l'Etat comme étant plus proche d'une confession religieuse que d'une autre, et surtout pas les personnes qui sont plus vulnérables en raison de leur jeune âge.

32. Pour la requérante, cette situation a entre autres pour répercussions une pression indiscutable sur les mineurs et donne le sentiment que l'État est loin de ceux qui ne se reconnaissent pas dans cette confession. La notion de laïcité signifie que l'État doit être neutre et faire preuve d'équidistance vis-à-vis des religions, car il ne devrait pas être perçu comme étant plus proche de certains citoyens que d'autres.

L'État devrait garantir à tous les citoyens la liberté de conscience, en commençant par une instruction publique apte à forger l'autonomie et la liberté de pensée de la personne, dans le respect des droits garantis par la Convention.

33. Quant au point de savoir si un enseignant serait libre d'exposer d'autres symboles religieux dans une salle de classe, la réponse serait négative, vu l'absence de dispositions le permettant.

b) Le Gouvernement

34. Le Gouvernement observe d'emblée que la question soulevée par la présente requête sort du cadre proprement juridique pour empiéter sur le terrain de la philosophie. Il s'agit en effet de déterminer si la présence d'un symbole qui a une origine et une signification religieuses est en soi une circonstance de nature à influencer sur les libertés individuelles d'une manière incompatible avec la Convention.

35. Si la croix est certainement un symbole religieux, elle revêt d'autres significations. Elle aurait également une signification éthique, compréhensible et appréciable indépendamment de l'adhésion à la tradition religieuse ou historique car elle évoque des principes pouvant être partagés en dehors de la foi chrétienne (non-violence, égale dignité de tous les être humains, justice et partage, primauté de l'individu sur le groupe et importance de sa liberté de choix, séparation du politique du religieux, amour du prochain allant jusqu'au pardon des ennemis). Certes, les valeurs qui fondent aujourd'hui les sociétés démocratiques ont aussi leur origine immédiate dans la pensée d'auteurs non croyants, voire opposés au christianisme. Cependant, la pensée de ces auteurs serait nourrie de philosophie chrétienne, ne serait-ce qu'en raison de leur éducation et du milieu culturel dans lequel ils ont été formés et ils vivent. En conclusion, les valeurs démocratiques d'aujourd'hui plongeraient leurs racines dans un passé plus lointain, celui du message évangélique. Le message de la croix serait donc un message humaniste, pouvant être lu de manière indépendante de sa dimension religieuse, constitué d'un ensemble de principes et de valeurs formant la base de nos démocraties.

La croix renvoyant à ce message, elle serait parfaitement compatible avec la laïcité et accessible à des non-chrétiens et des non-croyants, qui pourraient l'accepter dans la mesure où elle évoquerait l'origine lointaine de ces principes et de ces valeurs. En conclusion, le symbole de la croix pouvant être perçu comme dépourvu de signification religieuse, son exposition dans un lieu public ne constituerait pas en soi une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention.

36. Selon le Gouvernement, cette conclusion serait confortée par l'analyse de la jurisprudence de la Cour qui exige une ingérence beaucoup plus active que la simple exposition d'un symbole pour constater une atteinte aux droits et libertés. Ainsi, c'est une ingérence active qui a entraîné la violation de l'article 2 du Protocole n° 1 dans l'affaire *Folgero* (*Folgero et autres c. Norvège*, [GC], n° 15472/02, CEDH 2007-VIII).

En l'espèce, ce n'est pas la liberté d'adhérer ou non à une religion qui est en jeu, car en Italie cette liberté est pleinement garantie. Il ne s'agit pas non plus de la liberté de pratiquer une religion ou de n'en pratiquer aucune ; le crucifix est en effet exposé dans les salles de classe mais il n'est nullement demandé aux enseignants

ou aux élèves de lui adresser le moindre signe de salut, de révérence ou de simple reconnaissance, et encore moins de réciter des prières en classe. En fait, il ne leur est même pas demandé de prêter une quelconque attention au crucifix.

Enfin, la liberté d'éduquer les enfants conformément aux convictions des parents n'est pas en cause: l'enseignement en Italie est totalement laïc et pluraliste, les programmes scolaires ne contiennent aucune allusion à une religion particulière et l'instruction religieuse est facultative.

37. Se référant à l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, (7 décembre 1976, série A n° 23), où la Cour n'a pas constaté de violation, le Gouvernement soutient que, quelle qu'en soit la force évocatrice, une image n'est pas comparable à l'impact d'un comportement actif, quotidien et prolongé dans le temps tel que l'enseignement. En outre, il serait possible de faire éduquer ses enfants à l'école privée ou à la maison par des précepteurs.

38. Les autorités nationales jouissent d'une grande marge d'appréciation pour des questions aussi complexes et délicates, étroitement liées à la culture et à l'histoire. L'exposition d'un symbole religieux dans des lieux publics n'excéderait pas la marge d'appréciation laissée aux Etats.

39. Cela serait d'autant plus vrai qu'en Europe il existe une variété d'attitudes en la matière. A titre d'exemple, en Grèce toutes les cérémonies civiles et militaires prévoient la présence et la participation active d'un ministre du culte orthodoxe ; en outre, le Vendredi Saint, le deuil national serait proclamé et tous les bureaux et commerces seraient fermés, tout comme en Alsace.

40. Selon le Gouvernement, l'exposition de la croix ne met pas en cause la laïcité de l'Etat, principe qui est inscrit dans la Constitution et dans les accords avec le Saint-Siège. Elle ne serait pas non plus le signe d'une préférence pour une religion, puisqu'elle rappellerait une tradition culturelle et des valeurs humanistes partagées par d'autres personnes que les chrétiens. En conclusion, l'exposition de la croix ne méconnaîtrait pas le devoir d'impartialité et de neutralité de l'Etat.

41. Au demeurant, il n'y a pas de consensus européen sur la manière d'interpréter concrètement la notion de laïcité, si bien que les Etats auraient une plus ample marge d'appréciation en la matière. Plus précisément, s'il existe un consensus européen sur le principe de la laïcité de l'Etat, il n'y en aurait pas sur ses implications concrètes et sur sa mise en œuvre. Le Gouvernement demande à la Cour de faire preuve de prudence et retenue et de s'abstenir par conséquent de donner un contenu précis allant jusqu'à interdire la simple exposition de symboles. Sinon, elle donnerait un contenu matériel prédéterminé au principe de laïcité, ce qui irait à l'encontre de la légitime diversité des approches nationales et conduirait à des conséquences imprévisibles.

42. Le Gouvernement ne soutient pas qu'il soit nécessaire, opportun ou souhaitable de maintenir le crucifix dans les salles de classe, mais le choix de l'y maintenir ou non relèverait du politique et répondrait donc à des critères d'opportunité, et non pas de légalité. Dans l'évolution historique du droit interne esquissée par l'intéressée, que le Gouvernement ne conteste pas, il faudrait comprendre que la République italienne, bien que laïque, a décidé librement de garder le crucifix dans les salles de classe pour différents motifs, dont la nécessité de trouver un compromis avec les partis d'inspiration chrétienne représentant une part essentielle de la population et le sentiment religieux de celle-ci.

43. Quant à savoir si un enseignant serait libre d'exposer d'autres symboles religieux dans une salle de classe, aucune disposition ne l'interdirait.

44. En conclusion, le Gouvernement demande à la Cour de rejeter la requête.

c) Le tiers intervenant

45. Le Greek Helsinki Monitor («le GHM») conteste les thèses du Gouvernement défendeur.

La croix, et plus encore le crucifix, ne peuvent qu'être perçus comme des symboles religieux. Le GHM conteste aussi l'affirmation selon laquelle il faut voir dans la croix autre chose que le symbole religieux et que la croix est porteuse de valeurs humanistes ; il estime que pareille position est offensante pour l'Eglise. En outre, le Gouvernement italien n'aurait pas même indiqué un seul non-chrétien qui serait d'accord avec cette théorie. Enfin, d'autres religions ne verraient dans la croix qu'un symbole religieux.

46. Si l'on suit l'argument du Gouvernement selon lequel l'exposition du crucifix ne demande ni salut, ni attention, il y aurait lieu de se demander alors pourquoi le crucifix est exposé. L'exposition d'un tel symbole pourrait être perçue comme la vénération institutionnelle de celui-ci.

A cet égard, le GHM observe que, selon les principes directeurs de Tolède sur l'enseignement relatif aux religions et convictions dans les écoles publiques (Conseil d'experts sur la liberté de religion et de conviction de l'organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe («OSCE»)), la présence d'un tel symbole dans une école publique peut constituer une forme d'enseignement implicite d'une religion, par exemple en donnant l'impression que cette religion particulière est favorisée par rapport à d'autres. Si la Cour, dans l'affaire *Folgerø*, a affirmé que la participation à des activités religieuses peut avoir une influence sur des enfants, alors, selon le GHM, l'exposition de symboles religieux peut elle aussi en avoir une. Il faut également penser à des situations où les enfants ou leurs parents pourraient avoir peur de représailles s'ils décidaient de protester.

3. Appréciation de la Cour

d) Principes généraux

47. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 2 du Protocole n° 1, dans l'exercice des fonctions que l'Etat assume dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, la Cour a dégagé dans sa jurisprudence les principes rappelés ci-dessous qui sont pertinents dans la présente affaire (voir, en particulier, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 23, pp. 24-28, §§ 50-54, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1982, série A n° 48, pp. 16-18, §§ 36-37, *Valsamis c. Grèce*, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, pp. 2323-2324, §§ 25-28, et *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], 15472/02, CEDH 2007-VIII, § 84).

(a) Il faut lire les deux phrases de l'article 2 du Protocole n° 1 à la lumière non seulement l'une de l'autre, mais aussi, notamment, des articles 8, 9 et 10 de la Convention.

(b) C'est sur le droit fondamental à l'instruction que se greffe le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques et la première phrase ne distingue, pas plus que la seconde, entre l'enseignement public et l'enseignement privé. La seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 vise à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentiel à la préservation de la «société démocratique» telle que la conçoit la Convention. En raison de la puissance de l'Etat moderne, c'est surtout par l'enseignement public que doit se réaliser cet objectif.

(c) Le respect des convictions des parents doit être possible dans le cadre d'une éducation capable d'assurer un environnement scolaire ouvert et favorisant l'inclusion plutôt que l'exclusion, indépendamment de l'origine sociale des élèves, des croyances

religieuses ou de l'origine ethnique. L'école ne devrait pas être le théâtre d'activités missionnaires ou de prêche ; elle devrait être un lieu de rencontre de différentes religions et convictions philosophiques, où les élèves peuvent acquérir des connaissances sur leurs pensées et traditions respectives.

(d) La seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 implique que l'Etat, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant dans les programmes soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser.

(e) Le respect des convictions religieuses des parents et des croyances des enfants implique le droit de croire en une religion ou de ne croire en aucune religion. La liberté de croire et la liberté de ne pas croire (la liberté négative) sont toutes les deux protégées par l'article 9 de la Convention (voir, sous l'angle de l'article 11, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, §§ 52-57, série A n° 44).

Le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des convictions religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci. Dans le contexte de l'enseignement, la neutralité devrait garantir le pluralisme (*Folgero*, précité, § 84).

b) Application de ces principes

48. Pour la Cour, ces considérations conduisent à l'obligation pour l'Etat de s'abstenir d'imposer, même indirectement, des croyances, dans les lieux où les personnes sont dépendantes de lui ou encore dans les endroits où elles sont particulièrement vulnérables. La scolarisation des enfants représente un secteur particulièrement sensible car, dans ce cas, le pouvoir contraignant de l'Etat est imposé à des esprits qui manquent encore (selon le niveau de maturité de l'enfant) de la capacité critique permettant de prendre distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel manifesté par l'Etat en matière religieuse.

49. En appliquant les principes ci-dessus à la présente affaire, la Cour doit examiner la question de savoir si l'Etat défendeur, en imposant l'exposition du crucifix dans les salles de classe, a veillé dans l'exercice de ses fonctions d'éducation et d'enseignement à ce que les connaissances soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste et a respecté les convictions religieuses et philosophiques des parents, conformément à l'article 2 du Protocole n° 1.

50. Pour examiner cette question, la Cour prendra notamment en compte la nature du symbole religieux et son impact sur des élèves d'un jeune âge, en particulier les enfants de la requérante. En effet, dans les pays où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, la manifestation des rites et des symboles de cette religion, sans restriction de lieu et de forme, peut constituer une pression sur les élèves qui ne pratiquent pas ladite religion ou sur ceux qui adhèrent à une autre religion (*Karaduman c. Turquie*, décision de la Commission du 3 mai 1993).

51. Le Gouvernement (paragraphe 34-44 ci-dessus) justifie l'obligation (ou le fait) d'exposer le crucifix en se rapportant au message moral positif de la foi chrétienne, qui transcende les valeurs constitutionnelles laïques, au rôle de la religion dans l'histoire italienne ainsi qu'à l'enracinement de celle-ci dans la tradition du pays. Il attribue au crucifix une signification neutre et laïque en référence à l'histoire et à la tradition italiennes, intimement liées au christianisme. Le Gouvernement soutient que le crucifix est un symbole religieux mais qu'il peut également représenter d'au-

tres valeurs (voir tribunal administratif de Vénétie, n° 1110 du 17 mars 2005, § 16, paragraphe 13 ci-dessus).

De l'avis de la Cour, le symbole du crucifix a une pluralité de significations parmi lesquelles la signification religieuse est prédominante.

52. La Cour considère que la présence du crucifix dans les salles de classe va au-delà de l'usage de symboles dans des contextes historiques spécifiques. Elle a d'ailleurs estimé que le caractère traditionnel, dans le sens social et historique, d'un texte utilisé par les parlementaires pour prêter serment ne privait pas le serment de sa nature religieuse (*Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, CEDH 1999-I).

53. La requérante allègue que le symbole heurte ses convictions et viole le droit de ses enfants de ne pas professer la religion catholique. Ses convictions atteignent un degré de sérieux et de cohérence suffisant pour que la présence obligatoire du crucifix puisse être raisonnablement comprise par elle comme étant en conflit avec celles-ci. L'intéressée voit dans l'exposition du crucifix le signe que l'Etat se range du côté de la religion catholique, qui attribue au crucifix un message fondamental. Dès lors, l'appréhension de la requérante n'est pas arbitraire.

54. Les convictions de M<sup>me</sup> Lautsi concernent aussi l'impact de l'exposition du crucifix sur ses enfants (paragraphe 32 ci-dessus), âgés à l'époque de onze et treize ans. La Cour reconnaît que, comme il est exposé, il est impossible de ne pas remarquer le crucifix dans les salles de classe. Dans le contexte de l'éducation publique, il est nécessairement perçu comme partie intégrante du milieu scolaire et peut dès lors être considéré comme un «signe extérieur fort» (*Dablab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V).

55. La présence du crucifix peut aisément être interprétée par des élèves de tous âges comme un signe religieux et ils se sentiront éduqués dans un environnement scolaire marqué par une religion donnée. Ce qui peut être encourageant pour certains élèves religieux, peut être perturbant émotionnellement pour des élèves d'autres religions ou ceux qui ne professent aucune religion. Ce risque est particulièrement présent chez les élèves appartenant à des minorités religieuses. La liberté négative n'est pas limitée à l'absence de services religieux ou d'enseignement religieux. Elle s'étend aux pratiques et aux symboles exprimant, en particulier ou en général, une croyance, une religion ou l'athéisme. Ce droit négatif mérite une protection particulière si c'est l'Etat qui exprime une croyance et si la personne est placée dans une situation dont elle ne peut se dégager ou seulement en consentant des efforts et un sacrifice disproportionnés.

56. L'exposition d'un ou plusieurs symboles religieux ne peut se justifier ni par la demande d'autres parents qui souhaitent une éducation religieuse conforme à leurs convictions, ni, comme le Gouvernement le soutient, par la nécessité d'un compromis nécessaire avec les partis politiques d'inspiration chrétienne. Le respect des convictions de parents en matière d'éducation doit prendre en compte le respect des convictions des autres parents. L'Etat est tenu à la neutralité confessionnelle dans le cadre de l'éducation publique obligatoire où la présence aux cours est requise sans considération de religion et qui doit chercher à inculquer aux élèves une pensée critique.

La Cour ne voit pas comment l'exposition, dans des salles de classe des écoles publiques, d'un symbole qu'il est raisonnable d'associer au catholicisme (la religion majoritaire en Italie) pourrait servir le pluralisme éducatif qui est essentiel à la préservation d'une «société démocratique» telle que la conçoit la Convention, pluralisme qui



a été reconnu par la Cour constitutionnelle en droit interne (voir paragraphe 24).

57. La Cour estime que l'exposition obligatoire d'un symbole d'une confession donnée dans l'exercice de la fonction publique relativement à des situations spécifiques relevant du contrôle gouvernemental, en particulier dans les salles de classe, restreint le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions ainsi que le droit des enfants scolarisés de croire ou de ne pas croire. La Cour considère que cette mesure emporte violation de ces droits car les restrictions sont incompatibles avec le devoir incombant à l'Etat de respecter la neutralité dans l'exercice de la fonction publique, en particulier dans le domaine de l'éducation.

58. Partant, il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 conjointement avec l'article 9 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

59. La requérante soutient que l'ingérence qu'elle a dénoncée sous l'angle de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 méconnaît également le principe de non-discrimination, consacré par l'article 14 de la Convention.

60. Le Gouvernement combat cette thèse.

61. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

62. Toutefois, eu égard aux circonstances de la présente affaire et au raisonnement qui l'a conduite à constater une violation de l'article 2 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 9 de la Convention (paragraphe 58 ci-dessus), la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire de surcroît sous l'angle de l'article 14, pris isolément ou combiné avec les dispositions ci-dessus.

## III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

63. Aux termes de l'article 41 de la Convention,  
«Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.»

### A. Dommage

64. La requérante sollicite le versement d'une somme d'au moins 10 000 EUR pour préjudice moral.

65. Le Gouvernement estime qu'un constat de violation serait suffisant. Subsidièrement, il considère que la somme réclamée est excessive et non étayée et en demande le rejet ou la réduction en équité.

66. Etant donné que le Gouvernement n'a pas déclaré être prêt à revoir les dispositions régissant la présence du crucifix dans les salles de classe, la Cour estime qu'à la différence de ce qui fut le cas dans l'affaire *Folgero et autres* (arrêt précité, § 109), le constat de violation ne saurait suffire en l'espèce. En conséquence, statuant en équité, elle accorde 5 000 EUR au titre du préjudice moral.

### B. Frais et dépens

67. La requérante demande 5 000 EUR pour les frais et dépens engagés dans la procédure à Strasbourg.

68. Le Gouvernement observe que la requérante n'a pas étayé sa demande, et suggère le rejet de celle-ci.

69. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, la requérante n'a produit aucune pièce justificative à l'appui de sa demande de remboursement. La Cour décide par conséquent de rejeter celle-ci.

C. Intérêts moratoires

70. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR À L'UNANIMITÉ,

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 examiné conjointement avec l'article 9 de la Convention;
3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 pris isolément ou combiné avec l'article 9 de la Convention et l'article 2 du Protocole n° 1;
4. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 5 000 EUR (cinq mille euros), pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 3 novembre 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé      Françoise Tulkens  
Greffière      Présidente

**Corte di Cassazione, Sez. penale VI, 21 gennaio 2009, n. 2735**

**Assistenza spirituale - Misura cautelare - Arresti domiciliari – Evasione - Libertà religiosa**

*«Incorre nel reato di evasione dal regime cautelare degli arresti domiciliari il soggetto sottoposto a tale regime che si allontana dal suo domicilio per partecipare ad una funzione religiosa al di fuori dei termini e senza il rispetto delle modalità fissate dall'autorità giudiziaria»<sup>1</sup>.*

Reperibile su: [www.olir.it](http://www.olir.it)

---

<sup>1</sup> Precedenti giurisprudenziali: Corte di Cassazione, Sez. penale II, 9 febbraio 1995, n. 5838: *«Il diritto di libertà religiosa non può essere esercitato con azioni contrastanti con valori e interessi aventi la stessa rilevanza costituzionale, quali il rispetto per la persona umana, la tutela della salute, i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, o, comunque, compiendo atti previsti dalla legge come reato, ovvero praticando riti contrari al buon costume. Perciò, ove più persone fondassero una confessione religiosa i cui statuti prevedessero riti o comportamenti contrari alle norme e ai principi anzidetti e, altresì, integranti fatti penalmente perseguibili, a prescindere dalla commissione di singoli reati, si renderebbero, in ogni caso, responsabili del delitto di associazione per delinquere»*; Corte di Cassazione, Sez. penale V, 3 maggio 2001 n. 27656 *«In tema di esercizio di un diritto, poichè la conversione del peccatore (anche se privato dell'ausilio sacramentale dell'eucarestia) costituisce esplicitazione del ministero spirituale del sacerdote cattolico, non occorre che quest'ultimo sia autorizzato da un suo superiore perchè si incontri con un latitante e celebri funzioni religiose nel luogo nel quale costui si nasconde»*  
Riferimenti dottrinali: AA.VV., *Il problema della libertà religiosa in Italia*, in *Quaderni dir. pol. Eccles.*, 2001, 337; Finocchiaro F., *Aspetti pratici della libertà religiosa in uno Stato in crisi*, in *Dir. Eccl.*, 2001, I, 3; Lariccia S., *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa*, in *Foro It.*, 2000, V, 273; Cavana P., *Libertà religiosa e ordinamenti democratici. Criteri per una legislazione*, in *Dir. Eccl.*, 2000, I, 497; Catalano G., *Libertà religiosa e diritti fondamentali nelle società pluralistiche*, in *Dir. Eccl.*, 1997, I, 597; Tedeschi M., *Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa*, in *Dir. Famiglia*, 1993, 272; Finocchiaro F., *Libertà religiosa (diritto canonico)*, in *Encicl. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XIX.

## Corte di Cassazione, Sez. penale VI, 28 gennaio - 29 maggio 2009, n. 22700

**Immigrazione – Stranieri - Libertà religiosa - Diritti fondamentali - Principio di uguaglianza - Attenuanti generiche - Tradizioni culturali – Religione – Famiglia - Dignità umana**

*«Il principio, sancito nell'art. 3 c.p., dell'obbligatorietà della legge penale, per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovino nel territorio dello Stato, implica che le tradizioni etico-sociali di questi soggetti possano essere osservate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale. Ciò assume particolare valore morale e sociale allorché la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale. È questo il caso della famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.) e che deve essere garantita in quanto inserita in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana (nel caso di specie, non veniva pertanto accolto il rilievo, in ordine alla mancata concessione delle attenuanti generiche, dedotto sulla base del fatto che i coniugi fossero portatori di cultura, religione e valori differenti da quelli italiani)»<sup>1</sup>.*

Reperibile su: [www.stranieriinitalia.it](http://www.stranieriinitalia.it)

---

<sup>1</sup> Precedenti giurisprudenziali: Corte di Cassazione, Sez. penale V, 2 agosto 2007, n. 31510 «Nel momento del controllo di legittimità, la Corte di Cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga effettivamente la migliore possibile ricostruzione dei fatti, nè deve condividerne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con "i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento". Nel caso di specie, in particolare, la Corte non ha rilevato alcun vizio nella sentenza di primo grado, che ha ritenuto sussistente - rispetto al delitto di sequestro di persona - la scriminante dello stato di necessità, accogliendo la tesi difensiva secondo cui gli imputati avrebbero rinchiuso e legato una propria congiunta, al fine di prevenire il suicidio minacciato dalla stessa temendo ritorsioni per il suo stile di vita non conforme alla cultura della famiglia di appartenenza».

Riferimenti dottrinali: si vedano, tra gli altri, Cavanna P., *Libertà religiosa e ordinamenti democratici. Criteri per una legislazione*, in *Dir. Eccl.*, 2000, I, 497; Vitale A., *Regolamentazione della libertà religiosa, Ius Ecclesiae*, 1997, 575; Lo Castro G., *La libertà religiosa e l'idea di diritto*, in *Dir. Eccl.*, 1996, I, 36; Tedeschi M., *Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa*, in *Dir. Famiglia*, 1993, 272; Finocchiaro F., *Libertà religiosa (diritto canonico)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XIX; Dalla Torre G., *Diritti fondamentali e libertà religiosa*, in *Arch. Giur.*, 1984, 763.

## Tribunale di Cremona, 19 febbraio 2009 - decreto di archiviazione

### Porto ingiustificato di armi – Sikh - Pugnale kirpan - Simboli religiosi - Appartenenza confessionale - Libertà religiosa – Coltello

«Il cittadino indiano, seguace della religione "sikh", è obbligato dai precetti della propria religione a portare sempre con sé in modo visibile, oltre al turbante, il pugnale kirpan, simbolo della resistenza al male. Il porto di quel pugnale deve pertanto considerarsi un segno distintivo di adesione ad una regola religiosa e, quindi, una modalità di espressione della fede religiosa, garantita dall'art. 19 Cost. oltre che da plurimi atti internazionali. Il motivo religioso del porto del suddetto pugnale a tracolla, fuori dalla propria abitazione, integra pertanto un "giustificato motivo" che esclude la configurabilità del reato di porto di armi od oggetti atti ad offendere, di cui all'art. 4, legge 18 aprile 1975, n. 110».<sup>1</sup>

Reperibile su: [www.observatoriodelosderechoshumanos.org](http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org)

---

<sup>1</sup> Precedenti giurisprudenziali: Tribunale di Vicenza, 28 gennaio 2009 «Il "kirpan", pugnale che gli indiani seguaci della religione "sikh" sono obbligati per precetto religioso a portare sempre con sé, qualora sia privo di filo di lama non è qualificabile né come "strumento atto ad offendere" (art. 4, legge n. 110/1975) né come "arma bianca" (art. 585, comma 2, n. 1, c.p.), poiché quella caratteristica ne esclude, rispettivamente, l'attitudine e la destinazione naturale ad offendere. Ne consegue che l'indiano sikh che porti con sé, fuori dalla propria abitazione o dalle appartenenze di essa, un pugnale kirpan privo di filo di lama non risponde né del reato di "Porto di armi od oggetti atti ad offendere" (art. 4 legge n. 110/1975), né di quello "Porto abusivo di armi" (art. 699 c.p.).»

Riferimenti dottrinali: E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005; Botta R. *Sentimento religioso e Costituzione Repubblicana*, Torino, 1994; Cardia C. *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1988; Dalla Torre G. *Il fattore religioso nella Costituzione*, Bologna, 1988; Lariccia S. *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, 1995; Marchei N. *Il simbolo religioso e il suo regime giuridico nell'ordinamento italiano*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005; Onida F. *Il problema dei valori nello Stato laico*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, 1996; Saraceni G. "Laico": travagliata semantica di un termine, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. Tedeschi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996.

## Corte di Cassazione, Sez. penale VI, 10 luglio 2009, n. 28482

**Simboli religiosi – Crocifisso - Aula giudiziaria - Rifiuto di atti d'ufficio - Diritto di libertà religiosa - Principio di laicità dello Stato - Libertà di coscienza**

«La norma di cui all'art. 328/1° c.p. tutela, in senso lato, il buon andamento e il normale funzionamento della Pubblica Amministrazione per la realizzazione dei suoi fini istituzionali. Il vero ed unico disvalore represso dalla norma è cioè la mancanza dell'atto d'ufficio a rilevanza esterna, mentre le inadempienze interne all'organizzazione, integranti la violazione di meri doveri di servizio, possono trovare risposta soltanto sul piano disciplinare. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha pertanto ritenuto l'insussistenza del fatto di reato ipotizzato, in quanto la condotta del ricorrente - consistente nel rifiuto di svolgere le sue funzioni di magistrato nelle aule giudiziarie recanti l'esposizione del crocifisso - si è concretizzata nella violazione di doveri funzionali, riverberatasi esclusivamente sull'organizzazione interna dell'ufficio e non sull'attività di rilevanza esterna, diretta a garantire il servizio di giustizia».<sup>1</sup>

Reperibile su: [www.apcom.net](http://www.apcom.net)

<sup>1</sup> Precedenti giurisprudenziali: Corte di Cassazione, Sez. penale III, 4 aprile 2006, n. 11919: « Il tentativo di togliere il velo, che la religione musulmana impone alle credenti, unitamente alla pronuncia di parole offensive, integra la volontà lesiva dell'integrità morale di persone appartenenti a una cultura religiosa, quale quella islamica, diversa dalla cattolica dominante nel Paese, determinando l'applicazione dell'aggravante della "finalità di discriminazione ed odio etnico razziale e religioso»; Corte di Cassazione, Sez. penale IV, 1 marzo 2000, n. 4273 «Il rispetto del principio di laicità dello Stato e di libertà di coscienza costituiscono giustificato motivo di rifiuto dell'ufficio di presidente, scrutatore o segretario di seggio elettorale qualora si individui un nesso causale tra rifiuto addotto e contenuto dell'ufficio imposto; ne consegue che costituisce giustificato motivo di rifiuto dell'ufficio di presidente, scrutatore o segretario di seggio elettorale - ove non sia stato l'agente a domandare di essere ad esso designato - la manifestazione della libertà di coscienza, il cui esercizio determini un conflitto tra la personale adesione al principio supremo di laicità dello Stato e l'adempimento dell'incarico a causa dell'organizzazione elettorale in relazione alla presenza nella dotazione obbligatoria di arredi destinati a seggi elettorali, pur se casualmente non di quello di specifica destinazione, del crocifisso o di altre immagini religiose». Riferimenti dottrinali: E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005; Botta R. *Sentimento religioso e Costituzione Repubblicana*, Torino, 1994; Cardia C. *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1988; Casuscelli G. *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e regola della precauzione*, in [www.olir.it](http://www.olir.it); Ceccanti S. *Crocifisso: dopo l'ordinanza 389/2004. I veri problemi nascono ora*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005; Chizzoniti A. G. *Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte costituzionale si interroga ma non si espone*, in [www.olir.it](http://www.olir.it), dicembre 2004; Dalla Torre G. *Il fattore religioso nella Costituzione*, Bologna, 1988; Lariccia S. *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, 1995; Manco M. *Esposizione del crocifisso e principio di laicità dello Stato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2005/1; Marchei N. *Il simbolo religioso e il suo regime giuridico nell'ordinamento italiano*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005; Onida F. *Il problema dei valori nello Stato laico*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, 1996; Saraceni G. "Laico": travagliata semantica di un termine, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. Tedeschi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996.

**Commissione Tributaria Regionale Sardegna, Sez. I,  
12/01/2008 n. 64**

**Ici - Abitazione del parroco non pertinenziale alla chiesa – Esenzione  
- Non compete.**

*In tema di ICI, non è pertinenziale alla chiesa e come tale soggetta all'imposta, l'abitazione del parroco, distante dalla parrocchia, nella quale non si celebrino attività di culto o attività complementari a quella parrocchiale come catechesi od altro.*

**Commissione Tributaria Regionale Lazio, Sez. VI,  
11/02/2008 n. 31**

**ICI - Immobili storici – Interventi di recupero - Agevolazioni - Solo per quelli direttamente oggetto di vincolo e non per gli immobili pertinenziali.**

L'abbattimento dell'Ici per gli interventi di recupero di immobili storici spetta solo a quelli specificamente sottoposti a vincolo, con esclusione dei beni solo funzionalmente connessi con i primi. Nella specie la tutela riguardava esclusivamente la Chiesa di San Giovanni decollato, ma non l'immobile pertinenziale utilizzato come albergo.

**Commissione Tributaria Regionale Emilia Romagna, Sez. I,  
15/12/2008 n. 91**

**Ici – Immobili accatastati in categoria B/1 utilizzati per fini di culto – Esenzione – Compete se utilizzati direttamente e concretamente da enti ecclesiastici o comunque non commerciali.**

*Come convincentemente deciso dai primi giudici, un immobile destinato a colonia ed accatastato in cat. B1(Collegi e convitti, educandati, ricoveri, orfanotrofi, ospizi, conventi, seminari e caserme), di proprietà di una Fondazione avente lo scopo di coltivare ed approfondire l'educazione religiosa e cristiana della gioventù diocesana è esente da*

*ICI ai sensi dell'art.7, c. 1, lett .i) del DLgs 504/92 se utilizzato da un ente non commerciale per una delle attività con fine di religione o di culto di cui all'art. 16, lett. a) della legge 222/85. Conseguentemente l'immobile era stato esentato negli anni in cui la Fondazione ricorrente l'aveva utilizzato direttamente, assoggettato pacificamente a tassazione negli anni in cui la gestione era stata affidata ad altro soggetto (ancorché anch'esso avente la natura di ente ecclesiastico) ed è stato riconosciuto assoggettabile alla tassazione comunale quando è rimasto inutilizzato. All'appello, rinunciato dalla Fondazione soccombente con accettazione del Comune per avvenuta definizione della controversia, è seguita la dichiarazione di cessata materia del contendere.*

## **Tribunale amministrativo regionale Veneto, 22 gennaio 2009, n. 985**

**Contributi concessori realizzazione opere urbanizzazione secondaria legge 29/09/1964 n. 847 - Non dovuto per sede associazione religiosa - Non equiparabilità edificio di culto ad edificio destinato ad altra finalità.**

*La richiesta di rimborso del pagamento degli oneri di urbanizzazione e del costo di costruzione di un edificio da parte di un'associazione religiosa per la propria sede associativa ex art. 4 comma II lett. e) della legge 29/09/1964 n. 847, che prevede tale esonero per gli edifici di culto, non è applicabile, trattandosi di edificio a carattere direzionale sotto il profilo urbanistico, per cui correttamente il Comune assoggetta la realizzazione delle opere di urbanizzazione al pagamento degli oneri concessori.*



## **Commissione Tributaria Regionale Lazio, Sez. I, 19/05/2009 n. 339**

### **Tarsu – Natura tributaria - Esenzione immobili di cui all'art. 16 del Trattato del Laterano – Compete.**

*La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani ha natura tributaria. L'art. 16 del Trattato lateranense stabilisce l'esenzione da qualsiasi tributo per gli immobili adibiti a sedi di alcuni istituti pontifici, tra i quali la Pontificia Università Gregoriana. Pertanto, illegittimamente il Comune di Roma richiede al citato ente la corresponsione della Tarsu.*

#### FATTO

Il Comune di Roma, verificata la mancata denuncia della superficie imponibile di mq. 8.350 per l'occupazione dell'immobile sito in Piazza della Pillotta, n. 3, notificava in data 5.1.2006 alla Pontificia Università Gregoriana l'avviso di accertamento d'ufficio TARSU rif. n. 1574, per le annualità 2001 e 2002.

La Pontificia Università proponeva tempestivo gravame eccependo l'illegittimità della pretesa del Comune.

La Commissione tributaria provinciale di Roma con sentenza n. 471/32/2007 depositata l'11.12.2007, ha respinto il ricorso.

La Pontificia Università Gregoriana - Ente Ecclesiastico per Antico Possesso di Stato -, con sede in Roma (...), in persona del rettore pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro e Alberto Mezzetta, ha proposto appello contro il Comune di Roma e (...) Spa, per la riforma della sentenza di primo grado, poiché la stessa contiene, a suo dire, affermazioni erronee, apodittiche, contrarie ad accordi internazionali ratificati e viziati sotto il profilo logico-giuridico, in base ai motivi che seguono:

1) esenzione dalla TARSU prevista per l'Università dall'art. 16 del Trattato lateranense;

2) esenzione dalla TARSU in base anche all'art. 7 della legge n. 121 del 25.3.1985, che ha apportato modificazioni al Concordato tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede;

3) invalidità e/o nullità della notifica di atti tributari, come da accordo del 20.7.2007 tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana, confermata da varie risoluzioni ministeriali in materia;

4) annullamento delle sanzioni per obiettiva incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle norme di legge (art. 8 d.lgs. n. 546 del 1992).

Conclude con la richiesta, in via principale, di dichiarare la propria esenzione soggettiva dalla TARSU e da ogni altro tributo diretto o indiretto, e conseguentemente di dichiarare la nullità e/o invalidità degli avvisi di accertamento e degli atti conseguenti; in via subordinata di dichiarare non applicabili le sanzioni amministrative; di condannare il Comune di Roma e (...) Spa, in solido, alle spese, competenze ed onorari per entrambi i gradi di giudizio.

La Società (...), nella persona dell'Amministratore delegato, rappresentato e difeso

dall'avv. Fabio Litta, con atto di controdeduzioni, rileva anzitutto che la Pontificia Università non ha riproposto in questa fase del giudizio di appello alcune questioni ed eccezioni sollevate in primo grado, con particolare riferimento alla inapplicabilità della TARSU ex art. 62, n. 2, del d.lgs. n. 507 del 1993 e all'applicazione dell'art. 3 D.P.R. n. 637 del 1972. Deduce a tale proposito l'intervenuta rinuncia ex art. 56 del d.lgs. n. 546 del 1992. Sostiene, quindi, che l'appellante ha dedotto per la prima volta la violazione dell'art. 16 del Trattato del 1929 tra lo Stato italiano e la S. Sede, reso esecutivo con la legge n. 810 del 1929, nonché la violazione di alcune norme.

Con riguardo all'eccepito mancato invio di avviso di accertamento prima della impugnata cartella esattoriale, rappresenta di avere notificato, in virtù dell'art. 19, comma 6 bis del regolamento comunale, le fatture nn. 100500021500 e 100501060827, mediante raccomandate postali.

Quindi contesta nel merito i motivi addotti dall'appellante.

Conclude con la richiesta di respingere l'appello poiché inammissibile e comunque infondato in fatto e in diritto, con vittoria di spese e competenze.

Con successiva memoria difensiva la Pontificia Università ha dedotto la carenza di procura alle liti dell'avv. Fabio Litta, la tardività della costituzione dell'(...) e quindi lo stralcio dei documenti irrualmente prodotti, poiché avvenuta oltre il termine di 60 giorni di cui agli artt. 54 e 23 del d.lgs. 546 del 1992, nonché l'esenzione dal pagamento della TARSU, peraltro già rilevata con il ricorso introduttivo.

La Società (...) ha ulteriormente dedotto con riferimento alla memoria difensiva di cui innanzi.

Anche il Comune di Roma, nella persona del dirigente dell'Unità Organizzativa Entrate Fiscali, ha prodotto atto di controdeduzioni con il quale, oltre ad eccepire l'inammissibilità dell'appello per mancata indicazione dei motivi di impugnazione, ai sensi del art. 53 del d.lgs. 546 del 1992, contesta le argomentazioni della parte appellante, ragione per cui sollecita la piena conferma della sentenza di primo grado, con vittoria delle spese del doppio grado di giudizio.

## DIRITTO

Si ritiene necessario, al fine di un corretto esame della problematica sottoposta al giudizio di questo Collegio, risalire al momento in cui normativamente è stato consentita ai comuni l'iscrizione nei propri bilanci di talune entrate mediante la istituzione di tributi, contributi e compartecipazioni.

A tale riguardo si fa riferimento al R.D. 14 settembre 1931, n. 1175 (Testo unico per la finanza locale, successivamente abrogato dall'art. 24 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112), che all'art 10 (Comuni: tributi, contributi e compartecipazioni), comma 1, n. 6), ha dato facoltà ai comuni, tra gli altri, di "imporre la tassa per la raccolta ed il trasporto delle immondizie ed in genere degli ordinari rifiuti dei fabbricati a qualunque uso adibiti (rifiuti urbani interni)".

Il successivo art. 268, ha stabilito che "per i servizi relativi allo smaltimento (nelle varie fasi di conferimento, raccolta, spazzamento, cernita, trasporto, trattamento, ammasso, deposito e discarica sul suolo e nel suolo) dei rifiuti solidi urbani interni e dei rifiuti di qualunque natura o provenienza giacenti sulle strade ed aree pubbliche o soggette ad uso pubblico, i comuni devono istituire apposita tassa annuale in base a tariffa".

Il d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 (Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei comuni e delle province, nonché della tassa

per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a norma dell'art. 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale), ai sensi dell'art. 58 (Istituzione della tassa), ha previsto che "Per il servizio relativo allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni, svolto in regime di privativa nell'ambito del centro abitato, delle frazioni, dei nuclei abitati ed eventualmente esteso alle zone del territorio comunale con insediamenti sparsi, i comuni debbono istituire una tassa annuale, da disciplinare con apposito regolamento ed applicare in base a tariffa.....".

Il successivo art. 80 ha abrogato, peraltro, gli articoli da 268 a 271 del testo unico per la finanza locale, approvato con il già citato regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175, come sostituiti dall'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, e dall'articolo 8 del decreto legge 2 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 1989, n. 144, e successive modificazioni ed integrazioni.

Il d.lgs. 5.2.1997, n. 22 (Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio), con l'art. 49 (Istituzione della tariffa), ha previsto che "la tassa per lo smaltimento dei rifiuti di cui alla sezione II del Capo XVIII del titolo III del testo unico della finanza locale, approvato con regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175, come sostituito dall'articolo 21 del D.P.R. 10.9.1982, n. 915, ed al capo III del d.lgs. 15.11.1993, n. 507, è soppressa a decorrere dai termini previsti dal regime transitorio, disciplinato dal regolamento di cui al comma 5, entro i quali i comuni devono provvedere alla integrale copertura dei costi del servizio di gestione dei rifiuti urbani attraverso la tariffa di cui al comma 2".

Siffatto riferimento normativo, è teso a stabilire se la tariffa per la quale si controverte possa essere qualificata come tributo comunale.

A tale proposito, il Collegio reputa opportuno rifarsi alle varie pronunce emesse dalla Corte di Cassazione.

Con l'ordinanza n. 3274 resa a Sezioni Unite in data 15.2.2006, la Suprema Corte ha statuito essere "pacifico in causa che la prestazione pecuniaria imposta all'utente del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, a seguito delle modifiche introdotte dall'art 49 del d.lgs. 5.2.1997, n. 22, non abbia natura tributaria".

Con la successiva sentenza n. 17526 del 9.8.2007, la Corte ha esaminato la natura della TARSU, conosciuta anche come tariffa d'igiene ambientale (TIA), stabilendo che "quando il Legislatore colloca un'entrata all'interno del sistema processuale tributario, è da presumere che – in ossequio all'art. 102 Cost. – abbia ravvisato il carattere tributario della pretesa stessa (o comunque una stretta connessione ed assimilabilità della pretesa alla materia tributaria)".

Infine, da ultimo, sono state rese dalla Corte tre identiche sentenze nn. 5299, 5298 e 5297 del 2009, chiamata a risolvere la questione se i canoni da corrispondere per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 5.2.1997, n. 22, rivestano natura tributaria o meno.

La risposta che ne è seguita è stata che "la tariffa di igiene ambientale (TIA) ha natura sicuramente tributaria, non costituendo, in senso tecnico, il corrispettivo di una prestazione liberamente richiesta e rappresentando invece una forma di finanziamento di servizio pubblico attraverso la imposizione dei relativi costi sull'area sociale, che da tale costi ricava, nel suo insieme, un beneficio".

Inoltre, "la natura tributaria della tariffa non è messa poi in discussione dalla natura eventualmente privatistica del soggetto che gestisce la stessa. Questa Corte ha infatti più volte affermato che le varie forme di attribuzione a soggetti privati di servizi (ed

entrate) pubbliche non fanno venir meno i cardini della struttura pubblicistica dei servizi (e delle entrate) stesse”.

Ebbene, prendendo a riferimento i principi affermati dalla Suprema Corte con quest'ultime pronunce, che si condividono integralmente, questo Collegio non può che stabilire il carattere tributario della TARSU, conosciuta anche come tariffa d'igiene ambientale (TIA).

Ciò posto, occorre stabilire, così come invocato dalla ricorrente Pontificia Università Gregoriana, se la stessa debba essere esentata dal pagamento della TARSU in base al Trattato del 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, reso esecutivo con la legge n. 810/29. A tale proposito, soccorre l'art., 16 del Trattato innanzi detto, il quale testualmente stabilisce che “Gli immobili indicati nei tre articoli precedenti, nonché quelli adibiti a sedi dei seguenti istituti pontifici: Università Gregoriana, Istituto Biblico, ..... non saranno mai assoggettati a vincoli o ad espropriazioni per causa di pubblica utilità, se non previo accordo con la S. Sede, e saranno esenti da tributi sia ordinari che straordinari tanto verso lo Stato quanto verso qualsiasi altro ente”. Sull'argomento è intervenuto, altresì, anche il parere del Ministero delle Finanze, Direzione Generale delle Tasse e delle Imposte indirette sugli affari, con lettera n. 176613 del 22.11.1957, che ha confermato l'esenzione tributaria degli istituti pontifici, tra i quali appunto l'Università Gregoriana.

Peraltro, è errata la convinzione manifestata dai primi giudici, laddove affermano che con riferimento agli accordi di Villa Madama del 1985, recepiti dalla legge 25.3.1985, n. 121, sarebbe venuta meno l'esenzione tributaria de qua. Ed infatti, a prescindere che con la detta legge sono state apportate solo modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, che pertanto è tuttora vigente, in ogni caso, si fa considerare che l'art. 7 stabilisce al comma 1 che “La Repubblica italiana, richiamandosi al principio enunciato dall'articolo 20 della Costituzione, riafferma che il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto di una associazione o istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività....”. Inoltre al successivo comma 3, si afferma che “Agli effetti tributari gli enti ecclesiastici aventi fine di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, sono equiparati a quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione”.

In base alle argomentazioni che precedono, si può stabilire l'esenzione soggettiva dalla TARSU della Pontificia Università Gregoriana.

Conseguentemente, in riforma della sentenza di primo grado ed in accoglimento dell'appello, l'accertamento per il quale si controverte va dichiarato illegittimo e quindi annullato, unitamente a tutti gli altri atti collegati eventualmente emanati.

Il giudizio che precede rende superflua la trattazione delle altre questioni introdotte nel presente procedimento.

Quanto alle spese processuali, si reputa opportuna ed equa la loro compensazione tra le parti, in relazione alla peculiarità della materia in trattazione.

P.Q.M.

Accoglie l'appello della Pontificia Università Gregoriana. Spese compensate.

## Risoluzione Agenzia Entrate, Dir. centr. Normativa e contenzioso, 30 ottobre 2008 n.411

### *Oggetto*

Interpello - Articolo 11, legge 27 luglio 2000, n. 212. – Deducibilità delle erogazioni liberali ai sensi dell'art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR.

Con l'interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione dell'art. 100, comma 2, lett. a), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, è stato esposto il seguente quesito.

### *Sintesi*

*Sono deducibili dal reddito d'impresa le erogazioni liberali fatte ad una fondazione avente personalità giuridica che persegue esclusivamente finalità di "solidarietà" sociale ed umanitaria, operando per il raggiungimento la realizzazione di dette finalità nei settori dell'assistenza, della sanità, dell'educazione, alle quali sono sostanzialmente riconducibili, in relazione alle concrete modalità di esplicazione, eventuali interventi di solidarietà sociale nei settori della cultura e dell'ambiente, nonché nel settore della ricerca scientifica (cui si riconduce anche quella tecnologica).*

### *Testo*

L'ALFA s.p.a. fa presente che in data 9 ottobre 2006 è stata costituita una Fondazione denominata ... (in seguito Fondazione), con sede in ..., iscritta nel registro delle persone giuridiche presso la Prefettura di ....

La Fondazione, che non ha scopo di lucro e non può distribuire utili, persegue, ai sensi dell'art. 2 dello statuto, esclusivamente "finalità di solidarietà sociale ed umanitaria" nei settori dell'assistenza, della sanità, dell'educazione, della cultura e dell'ambiente, nonché della ricerca scientifica e tecnologica, rivolgendosi a tutte le persone (fisiche, giuridiche, singole e associate) e interagendo con enti o altre organizzazioni pubblici e privati che perseguono finalità analoghe.

L'ALFA s.p.a. riferisce, inoltre, che la Fondazione costituisce "lo strumento istituzionale di cui la medesima società si avvale per le iniziative di corporate social responsibility" e che la stessa Fondazione è una realtà operativa con iniziative avviate in proprio e contribuzioni ad iniziative di altri soggetti privati e pubblici ritenute in linea con i propri obiettivi e programmi.

La società rappresenta l'intenzione di erogare alla Fondazione le risorse finanziarie necessarie per consentire a quest'ultima di integrare il proprio piano di interventi aggiungendo a quelli già previsti la contribuzione al Fondo di solidarietà sociale istituito dall'art. 81, commi 29 e seguenti, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Ciò premesso, l'interpellante chiede di conoscere se le erogazioni liberali effettuate a favore dell'anzidetta Fondazione siano deducibili dal reddito d'impresa ai sensi dell'art. 100, comma 2, lett. a), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

## SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La società interpellante ritiene che la Fondazione presenti i requisiti per poter beneficiare delle erogazioni liberali deducibili ai sensi dell'art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR. In particolare, l'istante fa presente che la Fondazione ha personalità giuridica e che le finalità dalla stessa perseguite rientrano tra quelle indicate dal citato art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR. Secondo la ALFA s.p.a., peraltro, la Fondazione persegue le finalità di assistenza sociale previste dallo statuto anche quando eroga liberalità al Fondo di solidarietà sociale di cui all'art. 81, comma 29, del DL n. 112 del 2008, atteso che il suddetto Fondo persegue esso stesso finalità di assistenza sociale "in quanto finalizzato al soddisfacimento delle esigenze di natura alimentare ed anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti, allo scopo di soccorrere le fasce deboli in considerazione delle straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari e il costo delle bollette energetiche".

### PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

L'art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR prevede la deducibilità delle "erogazioni liberali fatte a favore di persone giuridiche che perseguono esclusivamente finalità comprese fra quelle indicate nel comma 1 o finalità di ricerca scientifica (...) per un ammontare complessivamente non superiore al 2 per cento del reddito d'impresa dichiarato".

Le finalità indicate nel richiamato comma 1 dell'art. 100 del TUIR sono quelle di "educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto".

Pertanto, le erogazioni liberali previste dall'art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR sono deducibili se il beneficiario dell'erogazione:

- 1) ha personalità giuridica;
- 2) persegue esclusivamente una o più finalità fra quelle di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria, culto e ricerca scientifica.

In particolare, per quanto concerne il requisito descritto sub 2), si osserva che la disposizione in argomento delimita l'ambito dei beneficiari a quei soggetti che perseguono in via esclusiva una o più delle finalità ivi indicate.

I beneficiari delle erogazioni liberali di cui trattasi non possono, quindi, perseguire finalità diverse da quelle espressamente previste dalla norma stessa.

Dette finalità, che caratterizzano i soggetti beneficiari, devono essere verificate in forza delle norme primarie e regolamentari del settore di competenza e in base alle previsioni recate dagli statuti o atti costitutivi dei medesimi beneficiari.

In sostanza, la disposizione in esame privilegia l'aspetto "finalistico dell'erogazione", delimitando i beneficiari delle erogazioni stesse in relazione alle finalità perseguite in via esclusiva, in quanto la stessa norma vuole favorire ed incentivare erogazioni a favore di soggetti che svolgono un'attività caratterizzata da un elevato e profondo contenuto etico. Tale delimitazione dei destinatari delle erogazioni liberali sulla base delle finalità perseguite non preclude che l'ente beneficiario possa porre in essere eventuali attività che si qualificano, sotto il profilo fiscale, come attività commerciali, sempre che si tratti di attività non particolarmente significative, in diretta attuazione delle finalità indicate dalla medesima disposizione agevolativa e che non siano tali da assumere rilevanza autonoma, realizzando finalità ulteriori rispetto a quelle indicate dalla norma.

Nel caso di specie, in base alle previsioni statutarie, la Fondazione, che ha personalità giuridica, persegue esclusivamente finalità di "solidarietà sociale ed umanitaria".

Per il raggiungimento e la realizzazione di dette finalità la Fondazione effettua interventi in diversi settori che, in base alle concrete modalità di esplicazione, devono manifestare in ogni caso la predetta finalità statutaria. Nella sostanza, le finalità esclusive dell'ente di cui trattasi, ove si configurino – come sostenuto dall'istante – quali finalità di assistenza solidaristica, sociale e umanitaria, sono riconducibili tra quelle individuate dall'art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR. Né la finalità di assistenza solidaristica perseguita dalla Fondazione viene meno in considerazione della circostanza che la Fondazione stessa che realizza tale finalità intende, ora, anche destinare liberalità al Fondo di solidarietà, che in base all'art. 81, comma 29, del DL n. 112 del 2008 è diretto al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti. Ciò in quanto la formulazione dell'art. 100, comma 2, lett. a), del TUIR, non prevedendo particolari adempimenti e procedure a carico del soggetto beneficiario delle erogazioni liberali, non preclude che lo stesso possa realizzare, fra l'altro, le proprie finalità intervenendo a sostegno di iniziative di assistenza sociale direttamente realizzate da altri soggetti, quali quelle proprie del Fondo di solidarietà sociale istituito dal DL n. 112 del 2008.

**Diritto e religioni**

*PARTE III*





## Letture

Rino Fisichella, *Identità dissolta. Il cristianesimo. Lingua madre dell'Europa*, Mondadori, Milano, 2009, pp. 138.

Lo spirito con il quale mi sono accostato a questo libro di RINO FISICHELLA, *Identità dissolta. Il cristianesimo. Lingua madre dell'Europa*, Mondadori, Milano, 2009, pp. 138, durante i tristissimi giorni del terremoto dell'Aquila, era di particolare circospezione. La sua lettura mi ha però confortato perché era piacevole e non sollevava in me particolari reazioni critiche. Restava l'originario sentimento dovuto, come compresi non senza difficoltà, ad alcuni miei pregiudizi: - che parlare di Europa poteva costituire l'estrapolazione di un'unità mai politicamente attuata al di là delle invasioni islamiche (Poitiers e Vienna) e delle crociate; - che il venir meno del bipolarismo avrebbe dovuto configurare un diverso ruolo dell'Europa sul piano della politica internazionale ancora non attuatosi; - che il riferimento alle radici giudaico-cristiane – fortunatamente Fisichella non lo fa – è davvero una provocazione alla luce di ciò che in Europa gli ebrei hanno subito dai cristiani; - che la Carta europea, nel momento in cui ci si accinge ad accogliere uno Stato, come quello turco, dichiaratamente laico ma sostanzialmente musulmano, ha fatto bene a non parlarne (e, d'altra parte, cosa si poteva attendere da una Commissione guidata da un francese di tradizione liberale, come Giscard d'Estaing, figlio dell'illuminismo!); - che l'Europa non fosse altro che un'entità geografica, non avendo avuto da secoli né una storia, né una legislazione, né una cultura comune. Nessuna vena di nazionalismo in me, solo la triste constatazione che a distanza di centocinquanta anni dall'unità nemmeno l'Italia può essere considerata in modo unitario, non essendosi colmate le differenze tra Nord e Sud, né creati, come avrebbe desiderato Cavour, gli italiani.

Eppure, l'idea di Europa era ed è un'idea forte, portante. Andavo nel ricordo alle mie letture degli scritti di Chabod e di Spinelli, alla visita al Parlamento Europeo alla quale fui invitato come professore per le prime elezioni europee, ai Trattati costitutivi della CEE, firmati a Roma e poi a Messina, la mia città, quando io ero poco più che un bambino, ed avvertivo che questa idea mi aveva accompagnato per tutta la vita. La seconda guerra mondiale, ricordava Quadri, avrebbe dovuto porre fine ai nazionalismi. Se così non è stato – gli esempi sono molteplici – oggi è possibile che ciò si avveri attraverso una flessione delle sovranità nazionali e la configurazione di un soggetto nuovo e diverso, l'Europa, con una sua sovranità e una sua univoca posizione.

D'altra parte, come avverte bene Fisichella, “ le radici cristiane dell'Europa... sono talmente visibili che non meritano lo sforzo di una giustificazione” (p. 6). Ma, ed è questo il vero motivo della mia circospezione, l'Europa è mai nata o deve ancora nascere? La fede, ha ragione Fisichella, dà certezze, “quando si guarda alla storia” – egli dice – “è difficile pensare che tutto accada per caso” (p. 11), “ tutto, invece, è inserito in un piano di salvezza” (p. 12). Ma quale, quello che, partendo dall'Europa,

ha portato nel secolo appena concluso a due conflitti mondiali? Solo la resurrezione, questo lo condivido, può dare una tardiva risposta.

La novità del messaggio di Cristo è anche storicamente indiscutibile. È difficile coniugare libertà e verità quando non si ha una precisa idea di quest'ultima, ma è certamente vero che Cristo ha portato agli uomini una maggiore libertà, sconosciuta nel mondo antico, coniugandola con la carità, termine non dissimile dalla *pietas* romana ma di grande e attuale significato. Fisichella rinviene pertanto nel cristianesimo quell'unità di cui l'Europa ha ancor oggi bisogno; ricorda le parole di Rutilio Namaziano: "*fecisti patriam diversis gentibus unam*"; si rapporta all'opera svolta da Leone Magno, Gregorio Magno, Carlo Magno, Alberto Magno, tutti Magni, da Tommaso d'Aquino, da Erasmo da Rotterdam e dal monachesimo, per sottolineare che il cristianesimo ha sempre svolto un'opera di conservazione e non di distruzione. Incentra poi la sua attenzione sulla dignità della persona e su Sant'Agostino e dice una frase che sento di poter sottoscrivere anch'io, che pure riscontro tanta ipocrisia nel mondo, che "l'ipocrisia è la paura della verità, mentre la verità è la porta di accesso all'amore" (p. 28). Nell'accezione latina, infatti, il termine persona proveniva dal teatro, indicava "la maschera che copriva il volto dell'attore" (p. 27), in quella cristiana ha un significato relazionale, "si qualifica per la relazione di amore che le permette di essere ciò che è" (p. 28). Solo così un soggetto diventa persona. E questo è un indubbio portato del cristianesimo.

Per Fisichella, pertanto, un'Unione europea senza il cristianesimo è impossibile. La libertà, ricorda bene, è stata conquistata a duro prezzo, è il frutto di lotte secolari e non è stata ancora raggiunta. Il riferimento alla tradizione non significa conservazione, anche se talora ciò è avvenuto; verso le altre tradizioni religiose non basta essere accondiscendenti (p. 40), ma bisogna porle su un piano di pari dignità, di vera libertà religiosa. Il primato della cultura sulla tecnica è altrettanto condivisibile, ma io resto dell'avviso che la scienza, se vera e posta al servizio dell'uomo, debba restare neutrale, che non vi sia una biologia cattolica ed una laica. La scienza serve a svelare il mistero.

Ho molto apprezzato il riferimento alla *Dignitatis humanae* 2, sulla libertà religiosa e quanto Fisichella dice che: "più cresce la libertà religiosa, più si neutralizzano i presupposti per eventuali conflitti religiosi" (p. 53); sulla laicità positiva di Sarkozy; sul valore del rispetto, in una parola sull'opportunità di non camminare da soli.

Condivido meno il suo approccio alla laicità, non tanto per gli interessantissimi riferimenti a Tocqueville, veramente attuali, quanto perché oggi l'individuo non conta più nulla politicamente e non è credibile che tenda a edificare un suo primato, né che lo si possa temere. Non credo nemmeno che il separatismo si sia mai pienamente attuato o che sia possibile una totale autonomia della politica dalla sfera religiosa. Non si può legiferare come se Dio non ci fosse, ma non si può nemmeno far divenire Dio un legislatore e il popolo mero destinatario delle sue previsioni normative. Così come "...la Chiesa non potrebbe mai accettare una qualsiasi ingerenza dello Stato riguardo ai propri contenuti" (p. 70), sono parole di Fisichella, così è lecito che lo Stato rivendichi una maggiore libertà sul piano legislativo, posto che questo è espressione della sovranità popolare, non di Dio. Fisichella ci riporta al senso di appartenenza, ma in una dimensione pubblica, comunitaria. Non si tratta, secondo me, di volere emarginare il fenomeno religioso nella sfera del privato, ma di non negare che la religione ha una sfera di privatezza insopprimibile senza la quale è solo una comunità come tante altre, politica, economica, sociale.

Né si può contrapporre un'etica laica ad una morale cristiana. C'è anche una mora-

le laica. Non sono solo i cristiani ad avere il monopolio della morale. Il perseguimento della felicità mi ha fatto ricordare la Costituzione americana, che pure la prevede. Ma il riferimento ad Aristotele, per il quale “il più grande piacere dell’uomo è l’uomo stesso”, mi ha indotto a pensare che la più grande disgrazia dell’uomo è sempre stata l’uomo stesso. Fisichella torna sul fatto che “il Nuovo Testamento esprime... una concezione originale della libertà” (p. 89), e ricorda le parole di Paolo nella lettera ai Galati, secondo il quale “Cristo ci ha liberati alla libertà”, invertendo la comune convinzione che la libertà sia opera dell’uomo mentre piuttosto è un frutto dello Spirito. A suo avviso, riferendosi alla *Gaudium et Spes* 22, “al di fuori del mistero, l’uomo diventerebbe enigma incomprensibile”. Solo che il mistero molto spesso resta tale, non svela pienamente l’uomo.

E veniamo al capitolo che a me, giurista, interessa in modo particolare, quello su *Diritti umani e legge naturale*. Fisichella si chiede quanto della *Dichiarazione* del '48 abbia trovato applicazione in questi ultimi anni, alla luce dei genocidi e dei conflitti religiosi. Cosa dire della tortura, della pena di morte, della condizione dei rifugiati, dell’“assordante silenzio internazionale riguardo ai massacri compiuti senza alcuna ragione nei confronti dei cristiani in diverse regioni del mondo” (p. 96)? Tutto vero, ma ciò non nasce, come lui crede, dalla “estensione senza confini dei diritti individuali” (p. 95), a scapito di quelli sociali, perché sono proprio gli individui ad esserne colpiti e a dover essere tutelati. È inqualificabile che si parli sempre dell’attuazione dei diritti fondamentali quando basterebbero pochi accorgimenti per garantirli. Così si sancisce il fallimento del diritto internazionale. Fisichella cita Cotta per il quale “forse nessuna epoca meno della nostra ha saputo cosa sia il diritto. È il comando del potere oppure la decisione dei giudici”? Nessuna delle due cose, è la legge naturale. Se per Aristotele natura è “tutto ciò che esiste di per sé e non per accidente”, per Cicerone “la legge naturale è la diretta ragione, conforme a natura, universale, costante ed eterna, la quale, con i suoi ordini invita al dovere, con i suoi divieti distoglie dal male”. Per i giudei è la legge di Dio per cui il diritto è intrinsecamente giusto. Questa legge non è prodotto umano ma divino, viene donata all’uomo perché attui il bene e pratichi il giusto. Che vi siano diritti innati e inalienabili, gli *iura connata*, lo sostenevano i giusnaturalisti, ma ciò è stato nel tempo disatteso mentre dovrebbe costituire motivo di una più approfondita riflessione sulla natura dell’uomo e del mondo. Si constaterà allora che i diritti fondamentali, mai pienamente attuati e difesi, restano ancora allo stato latente, nonostante gli ordinamenti giuridici abbiano tutti i mezzi per porli in essere.

L’ultimo capitolo del libro riguarda l’emergenza educativa, aspetto importante ma che esula dalle mie precipue competenze perché, com’è agevole constatare, io ho avuto un’educazione anarchica per cui non avrei dovuto fare il professore. Fisichella parla della circolarità formativa (scuola, famiglia, comunità credente) e torna sulla necessità di educare alla verità e di coniugarla con la libertà e con l’amore. Un atto di fede che non si può non ammirare.

Per i problemi che pone e per come li affronta, questo libro di S.E. mons. Rino Fisichella merita particolare attenzione. Molti dei suoi riferimenti culturali e delle sue conclusioni sono convincenti. Non valgono per tutti, sono di parte, ed è questo il merito maggiore perché, come direbbe il giurista, sono chiari, precisi e concordanti. Il libro, come di consueto, è brillante, molto ben scritto e di piacevole lettura, per cui non resta che congratularsi con l’Autore e compiacersene.

**Mario Tedeschi**

RAFFAELE AJELLO, *Eredità medievali. Paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Arte Tipografica Editrice, Napoli, 2009, pp. XLII-452.

Di questo bel libro di Raffaele Ajello, del quale ho avuto modo di seguire lo sviluppo discutendo con l'A. alcune delle idee di fondo, che dico subito di condividere, vorrei riservarmi in questa circostanza, solo alcuni aspetti riguardanti le inframmettenze religiose e le influenze, non sempre positive, della Chiesa cattolica.

Secondo Ajello “nella dialettica italiana tra Stato e Chiesa, il primo non ardiva esprimere palesemente la propria egemonia... la seconda... non era in grado di imporla, se non *in spiritualibus*” (p. 18). Se fosse così *nulla quaestio*, perché ognuno agiva nel proprio campo, ma così non è perché l'egemonia era posta in discussione dalla Chiesa e questa non voleva limitarsi solo allo spirituale. E prosegue: “rendere centrale non l'empirismo ma il dogmatismo... e quindi sostituire il formalismo alla mancata nascita di una religione civile, fu proprio l'errore italiano” (*ivi*). Non si tratta di una scelta consapevole ma del fatto che mentre il dogmatismo è tipico della Chiesa, l'empirismo le è estraneo e non si è ancora attuato. “L'alta eredità tecnica romana rispondeva a una *ratio* che non era quella cristiana” (p. 21), dice Ajello. E qui sono pienamente d'accordo. La religione, prosegue, trasformava e giustificava la violenza del rito barbarico in ragione di una razionalità superiore per cui, come ricordava Macchiavelli, gli italiani ignoravano e disprezzavano la religione. Mentre in Francia si distingueva tra temporale e spirituale, in Italia – ma anche altrove – era consentito sottrarsi alla giurisdizione imperiale rifugiandosi in chiesa e chiedendo asilo. Non solo: la Chiesa difendeva la disciplina imperiale cristiana del sec. V, che fu accolta nella legislazione di molti Stati, nonostante fosse causa di una vera paralisi giudiziaria (p. 26). Ma non saranno poi gli Stati nazionali, mi chiedo, a dare una diversa immagine del processo, impedendo le inframmettenze chiesastiche?

Che il diritto di asilo fosse cosa riprovevole e che la Chiesa si rendesse complice di assassini e delinquenti, che altrimenti sarebbero stati condannati dalla giurisdizione imperiale o regia, può comprendersi solo nel senso che essa volesse riaffermare una propria giurisdizione indipendente. Che lo facesse per reati penali e in contrasto con la giurisdizione dello Stato non era comunque ammissibile. La paralisi giudiziaria, che ritroviamo anche oggi, ha fondamento in una diversa concezione del processo canonico, finalistica, che non poteva costituire un utile modello per quello civile, avendo scarse garanzie processuali e fini diversi, senza utilizzare gli strumenti e i riti del diritto romano barbarico, che era stato accettato solo su un piano storico, non giuridico.

Contro le pretese pontificie di esercitare un diretto controllo sulla politica interna degli Stati e di realizzare proventi fiscali, confermate da Bonifacio VIII, reagirono Filippo il Bello in Francia, e poi Edoardo III in Inghilterra, provocando le critiche di

John Wycliff, primo teorico dell'unione tra Stato e Chiesa, tra spirituale e temporale, in capo al potere regio come poi sosterrà Hobbes. L'Italia restava estranea alla svolta franco-inglese, legata com'era alle posizioni medievali spiritualiste per le quali "tutto ciò che era razionale era divino. Ergo la società era intesa come divina" (p. 46), e non in senso reale, concreto. È certamente vero come lo è il fatto che la Chiesa abbia gravi responsabilità in tal senso anche se, dal suo punto di vista, era inaccettabile la divinizzazione dei sovrani, avvenuta per di più senza la sua mediazione, come lo stemperarsi dello spirituale nel secolare. L'unione da lei concepita era del tutto opposta, era quella teocratica, al più avrebbe potuto valutare una separazione tra le due sfere.

L'anomalia italiana è costituita dalla centralità della vita religiosa che ha in qualche modo impedito alle "idealità giuridiche astratte... di tradursi nella realizzazione effettiva della giustizia;... e di pensare al diritto come qualcosa d'indipendente rispetto alla sua applicazione", creando una "frattura tra storiografia giuridica e... i drammatici problemi della giustizia pubblica" (p. 123). Sono parole di Ajello che vanno sottolineate, come il fatto che "l'illuminismo e le sue conseguenze risorgimentali sono stati cancellati dal campo del diritto" (p. 124), per il retaggio del dogmatismo altomedievale del quale la Chiesa si era fatta garante. E sono parole da condividere fino in fondo anche perché ben altre sono le posizioni della storiografia giuridica imperante. Ajello cita alcuni storici che, come Cantimori, Capitani, Del Treppo, Oexle, hanno denunciato il fondamentalismo medievalistico, che non è quindi unanimemente condiviso, e si riferisce anche ai contributi storiografici di Ernst Kantorowicz e di Denys Hay. Secondo il primo "i concetti metafisici e le idee escatologiche potevano risultare adatti al dibattito italiano" (p. 181) ma non a quello inglese, per assecondare "la tendenza degli ecclesiastici romani a porre i problemi in una dimensione universale e secondo principi in teoria assoluti" (p. 182). Ajello ricorda anche che Schlegel aveva usato la metafisica medievale dei pontefici per contrastare l'empirismo, e che Giorgio Falco aveva fatto l'apologia della romana monarchia. Denys Hay aveva invece dimostrato la mancanza di una vera religiosità delle popolazioni italiche, che si sostanzia talora in una forma di anticlericalismo, la mancanza cioè di basi comuni fino all'unità, con l'eccezione della *Storia d'Italia* del Guicciardini, che riguardava però solo quarant'anni, dal 1492 al 1532 (p. 186). Hay nota che le Facoltà di teologia si svilupparono tardivamente, non ebbero una grande fortuna (p. 188) e, vorrei aggiungere, furono chiuse molto presto, a fine '800.

A un altro grande storico si riferisce Ajello, Marc Bloch, l'autore de *Le rois thau-maturges*. Già Bossuet, nel suo *Sermon sur les Devoirs des Rois*, ricordava ai re di Francia di essere degli Dei e che la loro autorità, a differenza che in Italia dove non era mai nata, non moriva mai (p. 241). Ajello ricorda quanto uno storico a me caro per comuni conoscenze aveva scritto sulla religione civile, Ruggiero Romano, per il quale quel movimento non aveva nulla di civile perché i suoi membri non erano né liberi né eguali (p. 245).

Ajello dimostra di avere in grande considerazione Tommaso D'Aquino, anche per l'influenza sul trattato *De Potestate* di Jean de Paris che separò il diritto temporale da quello spirituale (p. 283). Il padre di Tommaso era un esponente dell'apparato giudiziario di Federico II di Svevia, che si era opposto a Gregorio VII, rivendicando al Re la facoltà di legiferare, e aveva inviato il figlio a Parigi per perfezionare i suoi studi, ove aveva dovuto constatare che le pretese pontificie apparivano contrarie agli interessi della monarchia. Anche in Italia, come poneva in evidenza con ragione Gioacchino Volpe, la Chiesa aveva costituito la maggiore forza antiunitaria del Paese (p. 286). Lo sdoppiamento tra cittadino e fedele, di cui tanto parlava Jemolo, più

cattolico che liberale, impediva la costruzione organica dello Stato, rendendo difficile la subordinazione a un potere unico.

In Francia, invece, c'era coerenza tra il potere civile ed ecclesiastico. Ciò fu compreso da Tommaso, che utilizzò la politica di Aristotele, in particolare per quel che riguarda il concetto di Stato e il carattere della costituzione. L'*anima* del mondo aristotelico diventa *anima universitatis* con Marsilio da Padova la cui opera, il *Defensor pacis*, non era comunque d'ispirazione italiana. Secondo Tommaso lo Stato non aveva un fondamento divino. Ciò consente a Jean de Paris, come si è visto, di distinguere tra temporale e spirituale, il primo sottoposto al re, il secondo al papa anche se indirettamente verteva sul temporale (p. 295).

In Italia il diritto era prevalentemente formale, e i giudici erano irresponsabili. Le tesi tomistiche incontreranno il favore della filosofia francescana inglese (Scoto, Ockham). Per i francesi il loro re era di più del pontefice, perché identificavano re e Cristo. In Francia il fenomeno della religiosità giuridica durò a lungo mentre in Italia, nota Ajello, la visibilità delle concezioni pubbliche era minima (p. 257).

Tutto giusto e tutto vero. Che la Chiesa abbia costituito nel nostro Paese un'istituzione frenante è indiscutibile, e così per le concezioni dottrinarie del diritto e la sua pratica applicazione. Paghiamo ancor oggi questo *gap* rispetto alle altre nazioni europee, anche se la recezione del diritto romano da parte del diritto canonico è servita positivamente a salvaguardare molte concezioni ed istituti. È in campo canonistico che nascono le tesi sui rapporti tra spirituale e temporale, la *potestas indirecta, directa e directiva*, come il principio teocratico e quello dualista. Il separatismo proviene al massimo dal Vinet e si attua meglio negli Stati Uniti. Cosa elaborano gli Stati nazionali, la religione civile, i re taumaturghi? Francamente non è molto e non bastano certo gli interventi dei *politiques* francesi o dei filosofi della politica inglesi a colmare un divario tanto abissale quanto sembra ad Ajello. Sono concetti politici in chiave religiosa e giuridica, ma rimangono principalmente politici, non dogmatici, né certi, né stabili. Non vorrei si eccedesse nel demonizzare la Chiesa che in tutta la sua vicenda storica è sempre riuscita a superare i propri errori arroccandosi su posizioni dogmatiche e difendendo se stessa. Avrebbe potuto fare di più e meglio ma avrebbe forse perduto – nel tentativo di una migliore comprensione del politico – le proprie connotazioni religiose. Anche oggi non sembra comprendere la realtà che la circonda, i tempi nuovi, preferendo difendere la propria dottrina e i propri dogmi.

**Mario Tedeschi**

## Recensioni

*Barnabiti Studi. Rivista di ricerche storiche dei Chierici Regolari di San Paolo (Barnabiti)*. n. 26 anno 2009, pp. 217

Il testo si propone di descrivere le origini dell'Ordine religioso dei Chierici Regolari di San Paolo, le quali sono tra le più antiche della Chiesa cattolica. Il fondatore, Sant'Antonio Maria Zaccaria (1502-1539), vissuto nella prima metà del sedicesimo secolo, decise di creare una Congregazione che avesse la capacità di accorpare tre diversi collegi: quello dei sacerdoti, quello delle religiose e quello dei laici. La casa madre fu ubicata presso la chiesa di San Barnaba di Milano (per questo motivo Barnabiti) fino al 1662, anno in cui si decise di trasferire la sede Generalizia a Roma. L'intento del fondatore era fondamentalmente quello di rianimare lo spirito ecclesiastico e quello di curare le anime dei fedeli. A pochi anni dalla loro nascita, sebbene il contesto socio-politico non fosse affatto favorevole, i barnabiti grazie al loro fervore ma soprattutto alle loro capacità organizzative, si diffusero in gran parte dell'Italia settentrionale. Agli inizi del diciassettesimo secolo, a dispetto delle opinioni pessimistiche provenienti da buona parte dell'ambiente clericale, l'Ordine di San Paolo vantava una discreta diffusione territoriale. Tuttavia i superiori della comunità, benché l'ordine avesse avuto una rapida espansione, si resero conto che nel mezzogiorno italiano non vi erano sedi barnabite, pertanto decisero sotto l'impulso del Padre regnicolo Costantino Pallamolla, di insediarsi nell'intricato tessuto clericale napoletano. L'impresa fu alquanto ardua, infatti il gruppo dei tre frati, inviato dai Superiori, dovette fare i conti con la forte refrattarietà che vi era sul territorio. A tal

proposito è opportuno ricordare, per una maggiore comprensione delle asperità che incontrarono i barnabiti per l'insediamento nel Regno di Napoli, che all'interno dell'ambiente religioso vi era un'equa ripartizione di potere e di competenze tra Ordini di spessore, quali i Domenicani di S. Domenico Maggiore, i Francescani conventuali di S. Lorenzo Maggiore, i Gesuiti del Gesù Vecchio e i Teatini di S. Paolo Maggiore. Per tale motivo un eventuale tentativo di insediamento da parte dei barnabiti nel contesto religioso sarebbe apparso come una violenta e illegittima intrusione. Nei pochi mesi di permanenza a Napoli, i Padri, malgrado le non poche difficoltà incontrate nell'ambiente ecclesiale napoletano, si distinsero particolarmente nell'aver svolto in maniera impeccabile le attività apostoliche, tali da convincere l'arcivescovo cardinal Gesualdo ad assegnare loro un alloggio alle case di Sant'Arcangelo.

Il riconoscimento di stima da parte dell'alto prelado non servì a persuadere i responsabili dell'Ordine circa la permanenza dei Padri presso la città di Napoli. Infatti, alla luce delle forti tensioni che vi erano tra le autorità ecclesiastiche e politiche nonché viste le difficoltà incontrate dal gruppo dei tre frati mandato all'avanscoperta nella capitale del mezzogiorno, i Superiori riunitisi a Milano nel Capitolo generale del 1602, invitarono i Padri a ritirarsi da Napoli. Il bilancio della missione esplorativa fu comunque molto positivo, l'Ordine era sostanzialmente riuscito nel suo intento. Gli Ordini religiosi della capitale del meridione avevano finalmente conosciuto la grande qualità dei barnabiti. L'insediamento quindi, fu solo rimandato ad un momento più favorevole, i Padri compresero i rischi che tale



iniziativa poteva comportare, così decisero che una nuova spedizione nel territorio napoletano doveva essere supportata, per avere maggiori margini di successo, da basi solide. Per raggiungere l'obiettivo, il 1° ottobre 1605, partiva da Roma una lettera commendatizia di Papa Paolo V, dove il Pontefice descriveva i pregi e le qualità dell'Ordine, evidenziando che un insediamento definitivo di quest'ultimo nel regno di Napoli non avrebbe fatto altro che dare grande prestigio alla capitale del mezzogiorno. L'intervento di Paolo V, può essere considerato come l'inizio dell'ascesa inarrestabile che l'Ordine di San Paolo ha avuto nel meridione italiano. Infatti dopo la lettera del Pontefice, seguì molto presto il benessere del viceré, il quale consentì di superare piccole e grandi difficoltà che vi erano state durante la prima missione diretta dal Pallamolla.

L'insediamento definitivo dei barnabiti nella capitale del Regno di Napoli, culminò con la sottoscrizione di un accordo tra i responsabili dell'Ordine e il patriato di Portanova. Tale accordo prevedeva l'impegno dei Padri contraenti di costituire entro pochi mesi un collegio di dodici religiosi che potessero prendere parte alla cura delle anime nella chiesa di Santa Maria in Cosmedin. La sottoscrizione della concessione tanto agognata avvenne il 1° agosto 1609. L'importanza dell'impresa fu tale da convincere il Generale Dossena a recarsi a Napoli per ratificare di persona gli atti sottoscritti dai suoi rappresentanti. Nel giro di pochi anni i barnabiti diventarono esempio encomiabile per molti ordini religiosi per le attività di apostolato.

**Luigi Straniero**

Pierluigi Consorti-Andrea Valdambri, *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi. Approcci a confronto*, (Scienze per la pace 18), Edizioni Plus, Pisa 2009, pp. 184, euro 12,00

Frutto del lavoro svolto presso l'Università di Pisa nell'ambito del Master universitario in "Gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi", il testo raccoglie i saggi di nove autori, con diverse competenze e professionalità, che si sono cimentati su un tema che, per le trasformazioni sociali in atto, appare di viva attualità.

Il conflitto è un elemento strutturale delle relazioni sociali. Essendo espressione di un'esperienza di incompatibilità di scopi, valori, comportamenti, tra due o più persone, o tra gruppi, il conflitto viene generalmente immaginato come un elemento di attrito rispetto al pacifico scorrimento dei rapporti umani.

Ecco perché, tradizionalmente, dinanzi al conflitto, la prima urgenza sembra essere quella della ricerca di una "soluzione", che possa ristabilire la pace e riportare la vita sociale su un rassicurante "piano inclinato".

La ricerca di una ragione e di un torto, peraltro, non sempre è destinata ad essere risolta in modo univoco, poiché l'adozione di un angolo prospettico non sbilanciato a favore di uno degli attori coinvolti nel conflitto può indurre a riconoscere come "giuste" le ragioni di tutti.

Nel suo saggio di apertura al volume, Pierluigi Consorti sottolinea, allora, come «ogni conflitto si presenta come un confronto tra due punti di vista, entrambi – in qualche misura – veri. Il punto non è quello di combattere chi esprime una posizione diversa dalla nostra, quanto essere in grado di mettere in relazione questi punti di vista facendo comunicare le persone che li propongono» (p. 13).

L'incontro con l'altro, con la "differenza", non ha in sé nulla di patologico e può essere guardato come un'opportunità

di dialogo, di confronto e di crescita. Se si abbandona l'idea, non rispondente del resto alla realtà, che le culture, così come le appartenenze identitarie, possano ridursi a schemi monolitici e fissi, e si accetta un approccio interculturale, diventa possibile riconoscere che «ciascun individuo è *in relazione*, tanto con la sua cultura quanto con le altre culture, pur cui si dà la possibilità di passaggi molteplici (non solo bidirezionali, ma pluridirezionali) che si sviluppano attraverso reti di relazione di tipo dinamico e selettivo» (p. 28).

La gestione del conflitto richiede, quindi, di affrancarsi dalla logica della prevalenza di una cultura rispetto a un'altra e di aprirsi ad un sistema creativo, che sappia cogliere e comprendere le ragioni dell'interlocutore.

In linea con tali riflessioni, si snodano gli altri contributi raccolti nel testo, che si soffermano sulle modalità e possibilità operative di trasformare il conflitto in occasione di incontro.

Un valore primario deve essere riconosciuto alla "comunicazione", che, però, prima di diventare relazionale, è con se stessi, con i propri sentimenti, con le proprie emozioni.

Il saggio di Ilaria Buccioni parte appunto dalla considerazione che dietro ai comportamenti delle persone vi è tutto un mondo emozionale, troppo spesso inesplorato, ignorato e sottovalutato: «La consapevolezza e la capacità di padroneggiare le proprie emozioni, i propri sentimenti sono determinanti per la nostra vita e per migliorare le relazioni con gli altri. Spesso la ragione per cui molte persone non esprimono appieno il proprio potenziale non risiede nella mancanza di un'intelligenza vivace, di una carriera scolastica brillante, di specifiche competenze professionali o di un aspetto fisico avvenente, ma in una loro incompetenza emotiva, cioè in un'incapacità di gestire le proprie emozioni, sia in ambito individuale che relazionale» (p. 41).

L'abitudine a gestire i propri sen-

timenti e le proprie emozioni, insieme a una corretta apertura verso l'altro, possono sfrondare il conflitto dalle sue potenzialità degenerative. Essere consci delle proprie emozioni determina anche attenzione alle emozioni e agli intimi bisogni dell'altro e può portare a leggere il conflitto, superando gli aspetti formali e guardando all'essenza delle situazioni che in esso vengono in rilievo. «Ogni conflitto ha comunque una sua storia... Ampliare la visione provando a guardare oltre i fatti e aspetti manifesti e ascoltare cosa nasconde nella sua origine, cogliendo, al di là delle danze potenzialmente infinite dell'offesa e della difesa, quali bisogni e quali vissuti si celano dietro a una guerra che logora i suoi attori» (p. 50).

Trasponendo il discorso al conflitto interculturale, il saggio di Sandro Mazzi analizza le potenzialità della comunicazione nell'incontro tra culture diverse. La comunicazione viene prospettata come il luogo privilegiato per la trasformazione del conflitto e anche «come potente momento di creazione di una nuova cultura, di realtà nuove e armonicamente complesse e dunque come fine della trasformazione creativa dei conflitti» (p. 72).

Sempre sulla scia della creatività nella trasformazione e soluzione dei conflitti interculturali si dispone il contributo di Paolo Nicosia che descrive, in modo analitico, il modello harvardiano di soluzione "alternativa" delle controversie. In questo caso, il discorso non si svolge più tra i due protagonisti del conflitto, ma coinvolge una terza figura, quella del mediatore, che è deputato ad aiutare le parti a giungere a una "deposizione delle armi". Per svolgere rettamente il suo ruolo, il *mediator* deve possedere alcune specifiche caratteristiche come la qualità comunicativa, l'affidabilità, la creatività, l'autocontrollo, l'etica e la tenacia e deve seguire una procedura che si articola in diverse fasi. La gestione costruttiva del conflitto potrebbe richiedere, secondo

quanto si prospetta, di aderire a «un sano relativismo, sapientemente e creativamente combinato con la convinzione delle proprie specificità identitarie, che nessuno mette in discussione in quanto tali, ma che non possono non essere gestite creativamente se si vuole sperimentare un nuovo percorso di soluzione, che viene appunto ‘creato’ dalle parti in gioco, con l’intervento del terzo e (perché no?) con la benedizione del Creatore, (comunque lo intendano le parti!)» (p. 84).

Daniele Novara si occupa, invece, del conflitto come risorsa nelle relazioni. Nella sua suggestiva analisi, Novara evidenzia come il “fattore umano” occupi un posto di primo piano nella gestione del conflitto, che viene accostato, in senso figurato, all’iceberg, «dove una punta esterna nasconde ben altra composizione sotterranea» (p. 93). Talvolta, il conflitto è un pretesto, è il segno esteriore di qualcosa che si trova nel profondo dell’intimità di una persona e che ha necessità di emergere, di venir fuori. Proprio per questo motivo, la lettura del conflitto può essere fatta seguendo un percorso emotivo che si svolge seguendo il metodo maieutico. In alcuni casi, analizzare il conflitto attraverso le domande essenziali sui “perché”, che lo hanno generato, può consentire di risolvere e gestire costruttivamente i momenti di contrasto: «Se il conflitto attiva un bisogno di risposte, più o meno immediate, ecco che la maieutica basa la sua efficacia sulla capacità delle persone di riconoscersi attraverso l’utilizzo di domande che permettano di esplicitare il conflitto nella sua dimensione evolutiva e creativa» (p. 95).

L’antropologa Pat Patfort sostiene l’esigenza di trasformare il conflitto attraverso un bilanciamento delle posizioni delle parti. Se si guarda, infatti, alle posizioni di contrasto si può giungere a due diverse letture e soluzioni. Da un lato, quella tradizionale, si potrebbe dire “ancestrale”, volta a stabilire in modo netto l’attribuzione della ragione e del

torto; dall’altro, quella dell’equivalenza, fondamentalmente imperniata sul profondo rispetto delle motivazioni delle parti coinvolte: «I conflitti crescono se si trattano le diversità secondo il modello Maggiore-minore. Se invece si adotta il modello Equivalente si prevengono e si evitano i conflitti» (p. 114).

Diverso l’approccio del metodo di trasformazione non violenta dei conflitti proposto dalla rete Trascend e descritto da Nenni Stalio. Concepito secondo il paradigma della diagnosi medica, il metodo in questione si basa su uno studio analitico del conflitto e anche sulla proposta di una terapia, che dovrebbe servire per il futuro e che viene elaborata concedendo largo spazio alla creatività dei mediatori.

Marianella Sclavi pone l’accento sull’importanza dell’Ascolto Attivo: «Se vuoi comprendere quello che un altro sta dicendo, devi assumere che ha ragione e chiedergli di aiutarti a vedere le cose e gli eventi dalla sua prospettiva» (p. 140), dedicando ampio spazio al Consensus Building, «procedimento per aiutare le istituzioni pubbliche e private a mettere in atto dei processi di indagine e decisionali esplorativi» (p. 149) e ai modelli ad esso vicini.

Chiude il volume il saggio di Andrea Valdambri, che, riconosciuta la naturalità del conflitto nelle relazioni sociali, ne pone in evidenza le capacità creative. Molto spesso l’incapacità di gestire il conflitto e di orientarlo verso esiti che siano positivi per entrambe le parti è legata ad un’idea assolutamente negativa dei contrasti, visti come qualcosa da evitare. Valdambri respinge la validità delle posizioni volte ad eludere il conflitto, insistendo piuttosto sulla necessità di adottare uno stile cooperativo nell’ambito del conflitto, che si realizza attraverso una “negoziatura integrativa”: «il conflitto non è una torta da spartire, bensì uno spazio di ricerca creativa di soluzioni innovative che rispondano a criteri di mu-

tuo beneficio. Non solo il raggiungimento dei miei obiettivi non implica la sconfitta dell'avversario, ma l'esito positivo del conflitto è possibile e sostenibile solo se permetto anche alla controparte di raggiungere i propri, nella misura massima possibile per entrambi» (p. 176).

I metodi di gestione e trasformazione non violenta dei conflitti, illustrati nel testo in modo pratico, attingendo ad esempi facilmente comprensibili, vengono sostanzialmente legati dall'attenzione dedicata all'aspetto "interculturale" del conflitto. Al di là delle diverse ipotesi proposte, in ordine alla possibile rivisitazione dei momenti di contrasto, che naturalmente segnano la vita sociale e che sono il frutto delle differenze esistenti tra le persone, appare comune lo sforzo di riconoscere un ruolo specifico alla creatività. Creatività non volta a cercare una soluzione del conflitto, ma a consentire una rilettura dello stesso attraverso l'abbandono dei propri pregiudizi e l'apertura ai bisogni e ai valori dell'altro.

Il libro, nel suo complesso, sembra lanciare un appello alla necessità di aprirsi all'altro e alle diversità senza pregiudizi. Benché non possa condividersi l'apertura che, in alcuni casi, sembra concedersi ad un relativismo etico, che potrebbe portare a una deriva nichilistica, appare evidente, che, pur nel rispetto della diversità di posizioni, l'instaurazione di un rapporto effettivamente dialogico può avere effetti sorprendenti, consentendo di realizzare nuovi equilibri, che tengano conto degli interessi di tutti.

Soffermandosi sulla gestione del conflitto, il testo suggerisce la possibilità di soluzioni senza perdenti e vincitori. È ovvio che la "trasformazione creativa", auspicata nel volume, non sempre riesce a raggiungere i suoi obiettivi, mostrando l'aspetto patologico del conflitto, che, molto spesso, richiede una soluzione giurisdizionale.

Peraltro, prima di arrivare alla fase patologica, ci sono molte possibilità

operative, che nel testo vengono passate in sapiente rassegna, nel condivisibile convincimento che la conoscenza di pratiche di gestione e trasformazione non violenta dei conflitti può contribuire alla diffusione di una più consapevole cultura della pace.

**Claudia Ciotola**

Alessandra Dino, *La mafia devota. Chiesa, religione, Cosa nostra*, Laterza, Bari, 2008, pp. 304.

Questo, più che un libro di sociologia del diritto, come sarebbe stato lecito aspettarsi, è un lavoro di antropologia culturale, di quelli che si leggono tutti d'un fiato, tanto coloriti appaiono i riferimenti, che magari sono singolarmente noti, ma che qui vengono connessi in modo da dare un quadro esemplare dei rapporti tra il mondo mafioso e la Chiesa.

In che cosa si sostanziano tali rapporti? Nulla dovrebbe essere più distante per un mafioso dell'afflato religioso. Invece così non è. Fin dall'affiliazione, v'è un rituale da dover seguire, nel quale si bruciano anche immaginette di santi, e dal quale proviene una morale non solo laica ma anche religiosa. D'altra parte, chi si arroga un diritto di vita e di morte su chi contravviene questa morale, non può non sentirsi, come nota bene l'A., un Dio sceso in terra.

I rapporti passano anche attraverso le feste e le processioni, la partecipazione di mafiosi alle confraternite, i matrimoni e i funerali, che dimostrano una diffusa religiosità, magari deviata, rispetto alla quale la Chiesa è apparsa troppe volte condiscendente e portata a sottovalutare tanto la gravità delle azioni commesse quanto la pericolosità di ciò che potrebbe svilupparsi. Più che alla preghiera la Chiesa dovrebbe indurre i mafiosi al pentimento, perché il loro comportamento lede non soltanto la giustizia umana ma

anche quella divina.

In passato si è fatto poco in tale direzione arrivando, da parte di alcuni esponenti ecclesiastici, perfino a negare l'esistenza del fenomeno mafioso. Pochi gli interventi di denuncia di tale fenomeno, molte le compromissioni anche da parte di religiosi e sacerdoti, fino all'intervento di Giovanni Paolo II, un vero grido di dolore.

D'altra parte, il clero è anche espressione della società dalla quale proviene, della sua mentalità. È difficile prescindere da una tradizione storica che costituisce un vero macigno, facendo apparire normali atteggiamenti che non lo sono proprio.

In questo quadro è agevole incontrare preti mafiosi, non solo conniventi, atteggiamenti omertosi, paura, rassegnazione, senso d'inutilità.

Non spetta alla Chiesa combattere la mafia, spetta allo Stato, ma alla Chiesa spetta sostenere la legalità e condannare, senza equivoci o remissioni, un fenomeno talmente grave.

**Mario Tedeschi**

Francesco Finocchiaro, *Saggi* (1973-1978), a cura di Sandro Albisetti, Giuffrè, Milano, 2008, pp. XVI-730.

La decisione di Sandro Albisetti di raccogliere in volume i saggi pubblicati da Francesco Finocchiaro negli anni del suo insegnamento milanese, mi sembra per ogni verso felice e densa di significato.

Nessuno più di Finocchiaro merita un ricordo, per tutta una molteplicità di ragioni che rendono unica la sua figura e di altissimo livello la sua produzione.

Mi siano consentiti alcuni ricordi personali. Io ebbi il primo incarico d'insegnamento a Catania nel '72, l'anno prima del trasferimento del prof. Finocchiaro a Milano. Mi chiamarono, con il suo consenso, Condorelli e Bellomo, nonostante a Catania ci fossero cinque assistenti

ordinari, per il semplice fatto che avevo già una monografia che a loro non era dispiaciuta. Conoscevo certamente tutti perché il mio Maestro, Catalano, aveva insegnato a Catania e tutti erano stati allievi di Scavo Lombardo, considerato giustamente come il più bravo ed esigente degli allievi di Jemolo.

Ero andato più volte a Catania per i miei lavori anche perché aveva una biblioteca particolarmente fornita, ed ero stato accolto con gentilezza e interesse. Fu per questo che, pur avendo avuto nello stesso anno un incarico anche a Messina, la mia città, preferii, anche su consiglio del prof. Martines che a Catania era stato con Biscaretti di Ruffia, andare in quella Università, per lavorare con Finocchiaro e Condorelli.

Mi dispiacque pertanto, che Finocchiaro si trasferisse così presto, ma con il tempo constatai che il rapporto instaurato era di quelli forti, perché fu Finocchiaro a portarmi in cattedra insieme a Casuscelli ed Albisetti. Anche per questa sua incredibile serietà la mia gratitudine e il rimpianto restano incancellabili.

Albisetti mi raccontò il laconico primo incontro con Finocchiaro cui accenna nella premessa. Non mi meraviglia che ne rimanesse sconcertato perché Finocchiaro era di poche parole, molto siciliano, serio, preparato, impegnato, al punto da poter sembrare a prima vista ostico, difficile. Era invece una persona sensibilissima, con una grande vita interiore, anche religiosa, nonostante si considerasse un laico, e con una sensibilità che non tutti riuscivano a captare, senza la quale non si scrivono tanti lavori e non si arriva a certi livelli.

Aveva avuto una carriera brillante, giungendo giovanissimo in cattedra dalla magistratura, autore di un libro *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (1958), di ottimo livello e ancor oggi valido, e una preparazione generale che gli consentirà di insegnare varie discipline, tra le quali il diritto amministrativo.

Tra i lavori raccolti in questo volume, diverse voci di *Enciclopedia*, il *Commento* agli artt. 7, 8, 19 e 20 Cost., poi raccolti in volume, che io adottai a Napoli, alcuni articoli in materia matrimoniale, che in quegli anni Finocchiaro aveva approfondito nel *Commentario* Scialoja-Branca, e il lavoro, ricordato giustamente da Albisetti, su Santi Romano, quanto mai opportuno e lungimirante.

Sarebbe bene ristampare anche altri saggi di Finocchiaro, quelli precedenti, relativi al periodo catanese, e quelli successivi, che segnano gli anni trascorsi a Roma. Finocchiaro interveniva anche nel dibattito giurisprudenziale, con una serie di note a sentenza che dimostrano la sua sostanziale umiltà e concretezza. Era difficile, infatti, che un professore del suo livello facesse ciò. Ma questo era Finocchiaro, un professore e un uomo raro, la cui assenza non fa che rendere più doloroso il rimpianto.

**Mario Tedeschi**

*Giornate canonistiche baresi*, Atti IV, a cura di Raffaele Coppola, Adriatica Editrice, Bari, 2007, pp. 188.

Il volume compendia le relazioni svolte negli incontri promossi dall'Università di Bari a sviluppo e testimonianza di una felice attività di studio del diritto canonico costante tempo e via via documentata, che si avvale anche di autorevoli collaborazioni: nel caso di specie, di quella del Tribunale regionale ecclesiastico pugliese.

Tutti gli scritti analizzano aspetti del diritto matrimoniale, sostanziale e processuale, affrontando temi classici e dimensioni peculiari di problematiche che si sono imposte all'attenzione in una materia che ha sempre attratto in via prioritaria la maggior parte degli studiosi del diritto canonico.

L'unità di materia giustifica la contemporanea pubblicazione di contributi che,

di fatto sono stati resi con discontinuità temporale e alcune considerazioni di aggiornamento rese dal curatore nella prefazione del volume: note di lettura che raccomandano equilibrate interpretazioni da parte del lettore, che chiedono attenti riferimenti al dettato codiciale, che mettono in guardia dall'intraprendere percorsi che, ispirati ad alcune richieste, talora insistenti, tendano a dilatare ingiustificatamente le cause di nullità matrimoniale e a tradire l'essenziale *ratio* di tutta la disciplina.

Il testo, in apertura, riproduce il tema della prima giornata di studi (16 marzo 1998), dedicata all'analisi de "*L'incapacità psicologica, quale causa di nullità del matrimonio canonico, nel contesto socio-familiare contemporaneo*", con la relazione svolta da Mons. P.V. Pinto, che supera le scelte riduttive di attestarsi in contrapposizione tra "rigorismo e lassismo giuridico, con l'indicazione di alcuni punti fermi della ricerca e la viva preoccupazione di porre al centro dell'indagine l'uomo, la famiglia e l'incapacità come autentico impedimento a rendere un consenso consapevole, non quale mera difficoltà.

La relazione di Mons. Pinto all'inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale ecclesiastico regionale pugliese del 6 marzo 1999 segna l'avvio della seconda giornata di studio considerando "*Il matrimonio come fondamento dell'istituzione familiare dall'osservatorio della giurisprudenza rotale*". E qui il Prelato Uditore della Rota Romana incoraggia a superare le allarmanti statistiche di drammaticità familiari e di disparità del loro trattamento nelle diverse Nazioni con un attento recupero del contributo della giurisprudenza rotale alla conoscenza dell'istituto matrimoniale: una realtà che invita a respingere dissoluzioni matrimoniali dettate da confusione tra l'*amor coniugalis* e la più mutevole e caduca *affectio maritalis* di stampo romanistico; a superare l'immobilismo di soluzioni che

rifutano di guardare al consenso come “causa efficiente” dell’*amor coniugalis*; a riconsiderare il ministero coniugale e a sostenerlo.

La terza giornata, anch’essa coincidente con l’inaugurazione dell’anno giudiziario del tribunale ecclesiastico pugliese (15 marzo 2001), con relazione di Mons. J. M. Serrano Ruiz, tratta de “*Il Bonum Familiae nelle cause canoniche di nullità di matrimonio: incapacità ed esclusione*”. E il relatore rappresenta il *bonum* in oggetto “come espressione naturale, culturale ed esistenziale” dei beni di cui alla codificazione. Il *bonum familiae* acquisisce così un ruolo di concorso nell’esplicitazione della capacità-responsabilità del nubente. Non si mira, quindi, certo, a una estensione dei capi di nullità, piuttosto, in modo molto pregnante, specie per quanto concerne la capacità di esprimere un valido consenso, si chiede di dare spazio alla dimensione sociale (pubblica) della scelta personale di contrarre matrimonio.

La quarta e la quinta giornata, che si sono svolte il 23 aprile 2001 e il 26 maggio 2003, affrontano rispettivamente le problematiche de “*La perizia nel diritto matrimoniale canonico: profili sostanziali e processuali*” e “*Perito e perizia di parte nelle cause matrimoniali in diritto canonico*”. Il primo tema con le lezioni del Prof. G. Zuanazzi (*Il giudizio peritale nei casi di incapacitas ex can. 1095 cic*) e di S. E. Mons: A. Stankiewicz (*La valutazione della perizia nel processo matrimoniale canonico*); il secondo con la relazione del Prof. Avv. C. Gullo.

L’incontro di studio che dà vita alla quarta giornata assicura contributi didascalici e pratici su questioni discusse e dibattute, talora anche con accenti di contrapposizione, in merito all’apporto peritale nel giudizio canonico di nullità matrimoniale, con l’attenta cura di mettere in evidenza criteri generali (dottrinalmente documentati) e circostanze specifiche, autonomia dell’indagine

del perito e necessità di dare adeguate risposte ai quesiti del giudice, nonché l’esigenza di una corretta traduzione “delle conclusioni peritali in categorie canoniche”. E a queste riflessioni e precisazioni dà riscontro la relazione della quinta giornata, dove mette in luce le dimensioni dell’atto giuridico “perizia” e i corretti connotati dei periti e consulenti tecnici di parte e della loro attività.

Tutto il volume, quindi, realizza il rilevante obiettivo di attualizzare il diritto canonico, sostanziale e processuale, nella delicata materia delle nullità matrimoniali, riuscendo anche a rendere spunti di riflessione che sollecitano l’esigenza di assicurare un maggiore approfondimento della fisiologia del matrimonio e della famiglia nella realtà contemporanea, laddove, forse con precipua attenzione ci si è spesso, primariamente, preoccupati di trovare rimedi per le dimensioni patologiche della vita coniugale.

**Flavia Petroncelli Hübler**

*Giornate canonistiche baresi*, Atti V°, a cura di Raffaele Coppola e Carmela Ventrella Mancini, Adriatica Editrice, Bari, 2008, pp. 249.

Nel proliferare delle vicende, dei dibattiti, delle pronunce giurisprudenziali e degli scritti che da qualche anno (ma non molti) sembra abbiano posto, in Italia e in altri contesti nazionali, le problematiche connesse all’uso dei simboli religiosi al centro dell’attenzione e, nella specie, delle ricerche degli ecclesiasticisti, il 17 maggio 2005, l’Università di Bari, su solerte iniziativa del Prof. Raffaele Coppola, ha dato ospitalità a una “giornata” di studio dedicata all’analisi del tema: *Simboli religiosi e istituzioni pubbliche. L’esposizione del Crocifisso nelle aule scolastiche dopo l’ordinanza n. 389/2004 della Corte costituzionale*. E il testo in oggetto dà resoconto dei contributi resi al più generale dibattito in questo incontro.

Esso si dispone, quindi, nell'ambito di un nuovo ampio raggio di indagini, quasi, per così dire, a metà di un percorso, e, nella specie, è rivolto a stabilire se l'esposizione dei simboli religiosi nei locali pubblici (in questo caso del Crocifisso nelle aule scolastiche) si scontri con i principi di laicità, di libertà e di uguaglianza difesi dalla Costituzione italiana. L'indagine muove da una vicenda che, come è noto, ha indotto la Corte a eludere la questione di fondo, con una ordinanza di inammissibilità (in ragione del fatto che le disposizioni a lei sottoposte dal TAR Veneto integravano dei regolamenti), ma anche a rendere alcune precisazioni. La questione ha poi trovato una risposta, più esaustiva, ma non pienamente convincente, nella decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 556, del 2006, con l'assunto che il Crocifisso esprime "l'origine religiosa dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana", per cui evoca valori che "soggiacciono ed emergono dalle norme fondamentali della nostra Carta". Infatti, a dissenso, il 3 novembre 2009 La Corte di Strasburgo ha affermato che la presenza del Crocifisso "potrebbe perturbare gli alunni di altre religioni o atei, in particolare se appartengono a minoranze religiose": una conclusione che ha sollevato in Italia forti reazioni e un ricorso governativo.

Tutto questo a conferma dell'attualità e delicatezza del tema; e dubbi permangono anche per l'esposizione di questo simbolo, che è comunque innanzitutto religioso, nei seggi elettorali, nelle aule giudiziarie ecc.; dubbi alimentati, tra l'altro, dall'intervento della Corte di Cassazione 15614/2006, che ha chiesto di non trascurare la valenza di un simbolo confessionale come il Crocifisso, anche "in ragione delle sempre più pressanti

esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione, del rispetto del pluralismo", e dall'ulteriore intervento della Corte costituzionale (ord. 127/2006), che ha ritenuto la presenza del Crocifisso nelle aule giudiziarie non lesiva dei diritti di libertà dei giudici.

Più ragioni, pertanto, invitano a segnalare un testo che si connota per l'interesse della problematica affrontata e per la qualità degli interventi che, per quanto resi in relazione a uno specifico episodio giuridico, segnano cardini essenziali per un ampio approccio a una tematica di crescente interesse.

La giornata di studio, dopo gli indirizzi di saluto e di apertura dei lavori, si svolge con la relazione del Prof. Coppola (*Simbolismo religioso e nuove prospettive per lo studio del diritto ecclesiastico italiano*), che fa seguire al promettente titolo indicazioni, di studio e di metodo, circa la laicità "relativa", ovvero storicizzata e ponderata, sulla necessità per le democrazie di un'etica "forte" di rispetto e comprensione della portata del fenomeno religioso, in ordine alle attese di una eguaglianza concreta e giuridica, circa il valore fondante della libertà di coscienza; per concludere con una richiesta di prudente discernimento nell'uso dei poteri statali.

A questa segue la relazione del Presidente emerito della Corte costituzionale Prof. Cesare Mirabelli (*Il simbolo del Crocifisso, "tolleranza" e pluralismo: osservazioni preliminari*), volta a segnalare (quasi anticipando la pronuncia del Consiglio di Stato) che la questione del Crocifisso non è problema di residuale confessionismo, piuttosto di tradizione identitaria di incidenza pubblica, capace di chiedere regole di "complementarietà" più che di "confine", di indurre al dialogo tra identità "anche profondamente diverse".

La relazione del Prof. Giuseppe Casu- scelli (*Il Crocifisso nelle scuole: neutralità*



dello Stato e “regola della precauzione”), constatata la tendenziale contrapposizione tra volontà di riconoscimento delle identità minoritarie e di difesa di una tradizione maggioritaria, con ampie considerazioni ritiene la decisione della Corte costituzionale corretta nel declinare la competenza sulle norme regolamentari, ma censurabile rimane il dato che si tratta di materia impropriamente disciplinata da una siffatta normativa. Considera, poi, il principio di laicità, segnalandone il portato di uguaglianza delle fedi e delle culture, di necessaria equidistanza dello Stato, che non può consentire interventi promozionali rivolti solo a qualcuno; e chiede che a tali fini si operi con la “regola della prevenzione”: nei confronti di tradizioni culturali di matrice religiosa, il principio di imparzialità e di neutralità “può e deve essere interpretato e applicato più rigorosamente”.

Le comunicazioni dei Professori Ginesio Mantuano, Salvatore Prisco, Marco Olivetti, Giovanni Cimbalò, Venerando Marano e Carmela Ventrella Mancini, contribuiscono ad arricchire l’analisi, con considerazioni diffuse, articolate e ampiamente documentate.

Le osservazioni conclusive, affidate al Prof. Nicola Colaiani (*Prospettive processuali della “Questione del Crocifisso”*) operano un momento di sintesi degli orientamenti e delle considerazioni giuridiche sollecitati dall’ordinanza della Corte costituzionale del 2004 e da altre decisioni rese in subiecta materia, e delle ulteriori possibili vie di componimento di siffatte controversie.

**Flavia Petroncelli Hübler**

Angelo S. Lazzarotto, *La Cina di Mao processa la Chiesa. I missionari del Pime nel Henan 1938-1954*, Ed. Missionaria Italiana, Bologna, 2008, pp. 1-527.

Con questo nuovo volume il Padre Angelo Lazzarotto, esperto di storia mis-

sionaria del Pime, ci offre un significativo contributo storico sui tormentati rapporti tra Cina e Chiesa cattolica. Affatto casuale l’impiego del termine «processo» per descrivere il progressivo declino e l’annullamento della libertà religiosa avvenuto nei tre vicariati apostolici (Nanyang, Kaifeng e Weihui) della vasta provincia del Henan. Le date corrono tra il 1937 (anno dell’invasione militare nipponica in Cina) e il 1954 (anno entro il quale si compie lo sradicamento totale dei missionari stranieri per opera del Partito Comunista Cinese). A decenni di distanza da quegli avvenimenti, la base della politica religiosa introdotta da Mao Zedong resta inalterata nella sua interpretazione «scientifica» e nella prassi che impone il distacco dei cattolici da Roma (p. 503), così come resta pervasivo il sostrato ideologico, sebbene non sia più ispirato al modello sovietico (p.134). La Lettera di Benedetto XVI alla Chiesa cattolica della Repubblica Cinese (del 27 maggio 2007) non fa che registrare tale clima, nella speranza di un cambiamento politico.

Tutta la storia della missione cattolica in Cina, avverte l’A., è dominata da un presupposto ideologico di fondo: la liberazione «dai condizionamenti dell’imperialismo straniero» occidentale e da una arretratezza culturale di cui i missionari cristiani erano i corresponsabili «per aver fatto causa comune con i colonialisti occidentali» (p.49) fin dall’epoca dei cd. «trattati ineguali» (p.112). Un’esaltazione culminata nel decennio della «Grande Rivoluzione Culturale» maoista (1966-1976), con la «scomparsa...definitiva di ogni traccia di vita religiosa, la crudele repressione di ogni credente e la chiusura e demolizione di tutti i templi, le moschee e le chiese» (p.17).

Il resoconto del Lazzarotto si basa su una ricostruzione puntuale di scambi epistolari dei missionari nelle tre citate diocesi, nonché sui dispacci delle pubblicazioni dell’Istituto (AGPIME) e sulle

Riviste, *China Missionary Bulletin* (CMB); *Le Missioni Cattoliche* (LMC), *Fides*; il giornale interno del PIME (*Il Vincolo*). Questi documenti pazientemente riordinati dall'A. tracciano la lacerazione della Cina segnata dalla guerra col Giappone e la questione risolta militarmente con il Governo nazionalista del *Guomindang* (p.39). Ne sortisce l'utilitarismo politico ma soprattutto quella comune aspirazione delle ideologie del «Secolo breve» al dominio psicologico delle masse.

La consacrazione di Mao come *leader* indiscusso (1° ottobre 1949) stabilizza le direttive sulla questione religiosa, percepita con gli occhi di chi «non ha mai ripudiato la posizione ideologica di fondo che era di ateismo attivo» (p.48).

Lazzarotto ricostruisce tra il 1938 e il 1945 le indicibili sofferenze della missione nel Vicariato apostolico dell'Henan e nella città di Nanyang di cui Pietro Messa diviene vescovo nel 1938 (p.69).

Egli contesta l'irrealistica normalità con la quale l'opinione politica occidentale, alla fine del conflitto mondiale, percepisce la tragedia dei missionari e ne estende il giudizio alla stessa diplomazia vaticana per l'incomprensibile diffuso ottimismo, alimentato anche dal delegato apostolico in Cina, l'arcivescovo Mario Zanin (p.77). Un ben più concreto quadro della situazione verrà fornito da una relazione del Superiore Generale, padre Luigi Rizzo, a seguito di una sua visita in Cina nel 1948: «Le condizioni attuali della Cina sono in uno stato tale che nessuna previsione si può azzardare, circa il suo avvenire e specialmente circa l'avvenire delle missioni...nel corso degli ultimi due anni e più, vescovi, sacerdoti, suore e semplici cristiani furono sottomessi a procedimenti di una crudeltà che tale difficilmente se ne potrebbe trovare di simili» (pp. 85 e 87).

Lazzarotto, attraverso le testimonianze dei religiosi, tratteggia il compiersi inarrestabile di una tragica mutazione. Nel periodo segnato dalla guerra civile

(1946-1948) la missione dell'Henan ne è investita in pieno, come denuncia Gaetano Pollio, arcivescovo della diocesi di Kaifeng (1947): «tutta l'arcidiocesi è in mano dei comunisti... nelle chiese si fanno i comizi del popolo...» (p.93).

Tra primavera ed autunno 1948, alle attese di libertà fa posto l'amara constatazione degli eventi, descritta da una lettera del padre Paolo Giusti dal Weihui: «Questa zona è veramente rossa... anche per il sangue versato... che nessuno potrebbe immaginare» (p.106). Nella primavera del 1949, l'anno «cruciale» per le cinque religioni riconosciute in Cina (taoismo, confucianesimo, buddismo, islam, cristianesimo), il Governo nazionalista di Jiang Jieshi si trasferisce a Taiwan.

La strategia di Mao si fonda su un ideologico «lavaggio del cervello» (p.116). L'art. 5 del «Programma Comune», un documento pre-costituzionale adottato il 29 settembre 1949, affermava una formale «libertà di credenza religiosa», affiancata al dovere di denunciare gli «elementi criminali».

Avverte bene Lazzarotto l'importanza di un giudizio storico obiettivo sull'operato di Pio XII e di mons. Riberi. Il fallimento diplomatico della Santa Sede e la chiusura del dialogo con Pechino (pp.124 e 133) conseguono al nuovo corso maoista, incapace di comprendere la religione come valore. Dai dispacci e fonti d'Archivio Pime si ricava che dalla primavera del 1949 la questione dei privilegi immobiliari ecclesiastici ottenuti in virtù dei «trattati ineguali» si fa stringente. Incarcerazioni pretestuose di giovani religiosi, incameramento di immobili ecclesiastici, requisizione e cambio d'uso degli edifici di culto, sono ormai all'ordine del giorno (p.136).

Nel 1950 il governo promulga una serie di leggi (agraria; matrimoniale; sulla «repressione delle attività controrivoluzionarie») per attuare la riforma dello Stato. La pubblicazione di un «Manifesto dei cristiani», sostenuto dal Primo Ministro

Zhou Enlai e preambolo alla pernicioso ed ambigua dottrina del «Movimento della Triplice Autonomia» (economica, evangelizzatrice e amministrativa) detta le condizioni sulla tolleranza religiosa (pp.151 e 190).

Osserva Lazzarotto il «pericoloso equivoco» su cui poggiava la strategia governativa che costringeva a dichiarazioni di patriottismo, dato che «nessuno poteva sottrarsi all'esigenza di esprimere la propria fedeltà alla patria» (p.157). Qui è il punto di articolazione dell'asfissiante pressione politica sui credenti, vescovi, sacerdoti e semplici fedeli, ai quali è imposta l'alternativa secca tra la Chiesa nazionale autonoma e il distacco da Roma (p.165).

Nel 1951 Mao imprime un nuovo indirizzo alla questione religiosa e crea una struttura ad hoc a Pechino: l'Ufficio Affari Religiosi (UAR) che raccoglieva direttamente le decisioni del Partito. L'Autore offre anche un crudo spaccato della burocrazia politica esemplata dal pensiero del Capo dipartimento Li Weihan per il quale la politica religiosa era «...il mezzo migliore per sradicare la religione» (p.182). Il Partito diviene la fonte teologico-dottrinale sostitutiva: «Occorre creare un sistema teologico tutto cinese: solo così manifesteremo il Vangelo di Cristo nella Nuova Cina» (p.183).

La campagna a sostegno della cd. «Chiesa scismatica» nazionale è totale, potendo contare su una sistematica disinformazione (il *Quotidiano del Henan*) e sui «corsi di indottrinamento per preti, suore e cristiani influenti» (p.218) anche nelle università cattoliche, al punto da provocare la reazione di Pio XII.

Il resoconto degli eventi prosegue con la condanna al carcere e l'espulsione del Pollio, il passaggio di consegne al giovane ed inesperto sacerdote Stefano He Chunming, ed il disorientamento della comunità cattolica (pp.294-297). Baluardo resistente rimane la Legione

di Maria (pp.272-280) e il clero cinese, ormai rimasto da solo, nel governo della Chiesa (p.283).

Nel 1952 la politica maoista vara le epurazioni di massa dei «controrivoluzionari» e la repressione dei «diffusi atteggiamenti borghesi e di destra». Si trattava delle avvisaglie della pianificazione economica ed intellettuale. Quanto alla Chiesa, la propaganda politica sferava un attacco verso Pio XII, l'«ostinato guerrafondaio» (p.304). Sottolinea l'A. i «contorni a volte tragici» che caratterizzavano i corsi di indottrinamento forzato tenuti dai commissari politici (*Xuexi*) e le verifiche psicologiche sul dissenso politico dei cristiani (p.323). Nel *Diario* del padre Lanzano è descritta la recrudescenza delle sofferenze inflitte ai cristiani nei distretti rurali; l'annullamento di ogni libertà; il controllo della corrispondenza; la privazione dei simboli: «Anche nelle chiese vengono tolti i crocefissi, e al loro posto le fotografie di Mao» (p.333).

I seminaristi sono pressati ad aderire alla dichiarazione della «Triplice Indipendenza» (p.350). Nell'ottobre 1951 la direzione del Seminario regionale di Henan passa al clero locale e i seminaristi «...partivano con in testa il berretto alla comunista» come manodopera per la Riforma agraria (p.355).

L'abbandono totale delle vocazioni era il pericolo reale, mentre con l'appellativo di «preti sotterranei» si indicavano i sacerdoti rimasti fedeli a Roma (p.369). Intanto procedeva l'operazione di conversione ideologica, la cd. «rieducazione delle masse» volta all'autoconvincimento verso nuove categorie mentali: «L'allontanamento dei missionari – dirà Mao – deve essere realizzato su richiesta degli stessi cristiani» (p.375).

Quanto alla questione delle religioni, Mao intendeva proseguire la politica del «coinvolgimento» attraverso la creazione di Associazioni istituzionalizzate (Islamica, Buddista, Taoista). Per la Chiesa cattolica si confermava per il 1953 la

strategia della «Tripla Autonomia della Chiesa», impostata sul dialogo esclusivo con i dirigenti ecclesiastici allineati (p.401). La linea maestra, così come espressa dal «Documento dei Dieci Articoli», restava il «sentimento patriottico, presentato come un dovere anche religioso» (p.404).

Avverte l'A. come il problema emergente della comunità cattolica cinese consista nel dilemma se collaborare con il Governo comunista comporti tradire la fede. Per la Santa Sede si pone la questione dell'opportunità dell'applicazione ferrea del diritto canonico per la scomunica *ipso facto* di chi aderisca alla Chiesa nazionale e al riconoscimento degli ordinari illegittimi: occorre distinguere tra «giudizio teorico e atteggiamento pratico...» (p.425).

L'estate 1955 la campagna nazionale «controrivoluzionaria» procede con l'eliminazione fisica di oppositori e dissidenti. L'anno prima, il varo della costituzione cinese, sul modello sovietico, prevedeva all'art.88 che: «I cittadini della RPC hanno libertà di credenza religiosa» con la precisazione che «combattere a parole la religione non è un reato costituzionale» (p.455). Lazzarotto sottolinea l'acriticità dell'opinione politica italiana del tempo sulle vicende cinesi (p.464) indifferente alla «cortina di bambù» che assediava la Chiesa, condotta verso lo scisma.

Pio XII con tre encicliche rivolte alla Cina denunciava il grave rischio di questa situazione giungendo a parlare di una «vera frode» (p.475) a proposito dell'Associazione Patriottica dei Cattolici Cinesi (luglio 1957) e della nomina illegittima di vari vescovi cinesi. Su questo punto nodale, il Vaticano ha espresso la sua *realpolitik* negli anni a venire, da Giovanni XXIII in poi, optando, nella mancanza di informazioni, sul «favor personae» degli eletti. Afferma Lazzarotto che, con l'era di Deng Xiaoping, l'ideologia ha ceduto al pragmatismo. Dal 1980 si è assistito a timide aperture verso la li-

bertà religiosa, alternate al ripristino delle strutture di controllo politico (p.485). Ne è prova eloquente il «Documento n.19» del Comitato Centrale del Partito (1982), ancor oggi «*Magna Charta* della politica religiosa del PCC», ispirato al principio di autonomia e indipendenza della Chiesa nazionale. I più recenti fatti di Piazza Tian'anmen (1989) confermano la via dell'accomodamento di fatto, data dalla anomalia di una gerarchia composta di vescovi cinesi riconosciuti e non, secondo le disposizioni canoniche (p.501).

L'irreparabile evento scismatico, tuttavia, è stato scongiurato e questo, ricorda Lazzarotto attraverso la sua preziosa ricostruzione storica, lo si deve all'«eroica resistenza di vescovi e sacerdoti» rimasti fedeli, anche al prezzo della vita, alla dottrina cattolica romana (p.507).

**Fabio Vecchi**

Fabrizio Mastrofni, *Ratzinger per non credenti*, Laterza Bari 2007, pp. 126.

L'agile volume testimonia bene l'esperienza dell'Autore, giornalista specializzato nell'informazione religiosa, al seguito di diversi viaggi all'estero sia di Giovanni Paolo II che di Benedetto XVI.

Il testo prende le mosse da alcune considerazioni preliminari, che evidenziano il contesto nel quale si proietta l'oggetto dell'indagine, così sintetizzato nell'Introduzione: «*Che cosa ha da dire Ratzinger, teologo e papa, ai "non credenti" di oggi?*» (p. XIV). Una domanda che si pone con accenti assai diversi dal passato, in primo luogo, perché diverso è il contenuto della stessa categoria «non credenti». In questa, fino a pochi decenni or sono, si collocava «*un partito trasversale di filosofi, scienziati, persone di cultura, che criticavano in diverso modo la Chiesa e la religione – indifferenti, agnostici, atei convinti*» (pp. X-XI). Si trattava di una «condizione statica», mentre oggi il concetto di «non credenti» si caratterizza per essere uno

*“stato ‘liquido’ da cui si può entrare o uscire o esserci un poco dentro e allo stesso tempo un poco fuori a seconda delle sensibilità, delle esperienze, degli stili di vita”* (p. XI): una “fluidità”, che non solo taglia in maniera trasversale la società, ma fende nel profondo le coscienze, in guisa che, per citare il Cardinale Martini, “ciascuno di noi abbia in sé un non credente e un credente che si parlano dentro”.

Con grande capacità di sintesi, Fabrizio Mastrofini individua nella fede e nella morale le due interfacce del dialogo tra Papa Ratzinger e questa ampia e, nello stesso tempo, sfuggente platea dei “non credenti”. Nel suo percorso, l'autore riesce con brevi battute a evidenziare sia gli elementi di continuità che danno coerenza all'opera complessiva del Prefetto della Congregazione per la dottrina della fede, successivamente Papa, sia i profili di apertura e di possibile sviluppo in riferimento a tematiche tradizionali nella vita ecclesiale.

La prima preoccupazione dell'attuale Papa nel dialogo con i non credenti è quella di cercare di superare l'antitesi tra fede e ragione, sostenuta dalla cultura illuministica. Invero, già da teologo e cardinale egli, notoriamente, aveva collaborato alla redazione dell'Enciclica *Fides et ratio*, scritta da Giovanni Paolo II nel 1998. A poco più di un anno dalla sua elezione, torna sul tema nel discorso di Ratisbona, tenuto dinanzi a un pubblico di docenti universitari, per affermare che la fede non può chiedere alla ragione di comportarsi in modo irragionevole e che l'azione di Dio, per sua natura, non si pone mai contro la ragione (pp. 4-5). La fede umanizza la ragione e le consente di passare dal puro calcolo, attento ai costi e ai benefici, all'effettiva comprensione del mondo e del senso della vita (p. 74).

È proprio questa umanizzazione il punto d'arrivo del percorso di vita del cristiano, il quale è tale non per l'appartenenza al gruppo confessionale né per l'osservanza di “un sistema di norme in

*modo servile e badando solo a sé stesso”,* ma per il fatto “che è diventato libero per la bontà semplice e umana” (p. 70): una posizione dalla quale emerge chiaramente la volontà di Joseph Ratzinger di evitare steccati con i non credenti, attutendo perfino quelli derivanti dalla canonica appartenenza confessionale.

A maggior ragione, il Pontefice si mostra molto attento ad evitare il pericolo di contrapposizioni, inevitabile conseguenza dei tentativi di politicizzazione del cristianesimo, che finiscono per esaurire l'impegno del cristiano nella dimensione storica, assolutizzandola. Di qui, la forte contrarietà del Ratzinger alla cosiddetta “teologia politica” di Johann Baptist Metz, derivante dalla nota “teologia della speranza” di Ernst Bloch, la quale finiva, sostanzialmente, per eliminare gli orizzonti trascendenti della speranza, per costringerla nello stretto recinto delle realizzazioni umane. Non meraviglia, quindi, l'avversione già manifestata, a suo tempo, dal teologo e cardinale Ratzinger per la “teologia della liberazione”, accusata di legare la liberazione dal peccato alla liberazione politica.

Tutta la questione viene ricondotta da Benedetto XVI al problema di fondo del relativismo, transitato all'interno della Chiesa. Egli rimprovera ai teologi “politici” la confusione “tra ortoprassi e ortodossia, per cui si rinuncia alla metafisica e ci si chiede in che modo dover agire, in quanto l'assoluto, il divino, è esprimibile solo agendo in maniera corretta”, cosicché la stessa figura di Gesù Cristo verrebbe relativizzata e “vista nel suo contesto storico e non più o poco nella sua identificazione con Dio” (p. 18). Per l'attuale Papa la speranza cristiana è più potente e pregnante delle ideologie della liberazione, “la lotta contro il dolore e l'ingiustizia è senz'altro cristiana, ma il pensare che attraverso le riforme sociali o l'eliminazione del potere e dell'ordinamento giuridico si possa subito raggiungere un mondo libero dal dolore, è una vera e

*propria eresia, una profonda ignoranza dell'uomo e della sua natura*" (p. 32). Questa forma di relativismo, secondo Joseph Ratzinger, va contrastata dal punto di vista ecclesiale con una decisa azione di recupero dei fondamenti stessi della fede; in altri termini, l'urgenza sociale, la quale, indubbiamente, interroga la coscienza del cristiano e lo spinge a trovare soluzioni di giustizia, non deve condurre in alcun modo a offuscare o, addirittura, a far perdere il riferimento all'assoluto, che, invece, verrebbe sostituito dalla politica, come surrogato dell'assoluto.

L'azione di Benedetto XVI non è meno decisa contro il relativismo per i danni, che esso produce nel dialogo interreligioso. Fabrizio Mastrofini ricorda l'intervento nell'anno 2000 del Cardinale Ratzinger come Prefetto della Congregazione della dottrina della fede con il documento *Dominus Iesus* sulla salvezza nelle religioni non cristiane. Vi si condanna apertamente la diffusa "*idea secondo cui ciascuno debba vivere secondo la sua convinzione e dunque che ci siano dei semi di verità nelle altre religioni accettabili dai cristiani*" (p. 82). Il dialogo e il rispetto, doverosi nel rapporto con i fedeli di altre religioni, non devono indurre i cristiani a porre le dottrine di tutte le religioni sullo stesso piano. Lo stesso dialogo con le altre religioni si basa sul riconoscimento che le stesse costituiscono "*tappe sulla via della vera rivelazione portata dal cristianesimo*" (p. 83), escludendo, quindi, qualsiasi forma di relativismo o di sincretismo. L'affermata superiorità del cristianesimo, secondo Benedetto XVI, non comporta per la Chiesa una sua pretesa di perfezione. Lo stesso Pontefice fonda il suo amore per la Chiesa sul fatto che la stessa è degna "*di un amore capace di farla giungere a ciò che deve essere veramente*" (p. 32).

Il volume sottolinea la schiettezza e la chiarezza di posizione, con le quali Joseph Ratzinger affronta i temi più cruciali. Così, passa in rassegna i pronunciamenti

in materie, oggetto di accesi dibattiti all'interno e all'esterno della Chiesa: il vincolo tra sessualità e procreazione, l'omosessualità, il rapporto tra libertà di ricerca teologica e magistero ecclesiale, l'impegno politico dei cattolici, l'ordinazione delle donne, il primato pontificio, il problema dei divorziati risposati, la tutela dei nascituri, le questioni bioetiche. Nella trattazione il Mastrofini è particolarmente attento a cogliere i possibili profili di evoluzione del magistero papale su alcuni di questi temi.

L'Autore intravede aperture in relazione ai problemi connessi alla sofferenza dei divorziati e risposati, esclusi dalla comunione, e afferma che "*il papa non pensa che si debbano rivedere radicalmente le norme canoniche; ha in mente che si possa andare incontro a tali persone per rendere meno dura l'esclusione, distinguendo tra chi è causa di separazione e il coniuge che ne è vittima*" (p. 106).

In altro luogo del testo, Fabrizio Mastrofini riporta un passo di un'intervista del Papa dell'agosto 2006, nella quale, dopo aver spiegato le ragioni dell'impossibilità dell'ordinazione sacerdotale delle donne, si aprono spiragli per una rivisitazione del ruolo femminile nella Chiesa. Rileva il Pontefice che i limiti per l'azione della donna nella Chiesa nascono da un "*problema giuridico: quello della giurisdizione, cioè il fatto che secondo il diritto canonico il potere di prendere decisioni giuridicamente vincolanti è legato all'Ordine sacro*" (p. 23); un limite che egli lascia intendere sia superabile, allorquando, subito dopo nella stessa intervista, afferma: "*Le stesse donne ... sapranno farsi il loro spazio. E noi dovremmo cercare di metterci in ascolto di Dio, per non essere noi ad opporci a Lui, ma anzi ci ralleghiamo che l'elemento femminile ottenga nella Chiesa il posto operativo che gli conviene*".

Tuttavia, l'"apertura" più interessante che il testo coglie nell'operato del Cardinale Ratzinger è il suo contributo alla reiterata adozione delle formule di

definitività dottrinale da parte di Papa Wojtila, in relazione anche a temi “caldi”, quali il celibato sacerdotale, l’ordinazione femminile, la contraccezione. Fabrizio Mastrofini si dichiara certo dell’apporto teologico del prefetto della Congregazione per la dottrina della fede “*dietro il disegno di un magistero papale che chiude tematiche invece assai aperte e destinate a riaprirsi*” (p. 67). Le formule magisteriali adottate, infatti, da una parte chiudono la discussione su determinate questioni, dall’altra, pur rivestendo la massima autorità, non impegnano il dogma dell’infalibilità papale: una soluzione di equilibrio pienamente in linea con quella sintesi tra fermezza di posizioni, rigore teologico e apertura alle istanze innovatrici, che caratterizza la personalità di Joseph Ratzinger, con riflessi di notevole portata sul dialogo con i non credenti. L’Autore del volume ha il merito di aver bene individuato le nuove frontiere di questo dialogo, che, da parte dell’attuale Pontefice, corre sul filo della ferma difesa dell’identità cristiana pur nella ricerca dell’incontro col non credente nascosto dentro ogni uomo.

**Antonio Guarino**

Raffaele Pascali, *La “dignità” del lavoro nella sollecitudine attuale della Chiesa. Riflessioni*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 202.

Che un professore mio coetaneo e quindi non più giovane, pubblici ad un tempo due volumi come questo e quello che qui di seguito si recensisce, è esempio encomiabile di una vocazione scientifica che va ben oltre le circostanze o gli interessi del momento.

Si tratta, come dice bene il sottotitolo, di riflessioni, originali come sempre, su un tema, quello della dottrina sociale della Chiesa, in favore della stabilità, sicurezza e dignità del lavoro, quanto mai attuale in questi tempi di precariato imposto che non favorisce certo i più giovani.

Pascali parte da una realtà che conosce bene, la disoccupazione a Napoli, e da quella che chiama l’opulenza del non lavoro e gli orrori di Napoli, quando invece è il lavoro storicamente ad aver reso le società opulenti. E’ il lavoro a base della nostra Costituzione, è il lavoro ad attribuire dignità all’uomo.

Non mancano riflessioni personali, sul ’68, che andrebbe ripensato in modo diverso, sulla rivoluzione giovanile, che in quegli anni sembrò potersi attuare, sul contributo che il diritto può dare in tale direzione.

C’è una lettura aggiornata, intelligente, non solo del magistero ecclesiastico ma anche dei contributi dottrinali sulla situazione odierna da parte di politologi, storici, giuristi. Un libro certamente di scienza, molto partecipato e di piacevolissima lettura.

Il volume è dedicato alla memoria di Pio Fedele, che di Pascali era un grande estimatore, cioè di uno studioso che ha dato un contributo estremamente importante all’evoluzione e allo spirito dell’ordinamento e del diritto canonico. Nonostante Pascali sia, come al solito, asistemico e disorganico nella sua originalità, il Maestro aveva sicuramente visto bene.

**Mario Tedeschi**

Raffaele Pascali, «*Divorzi*» canonici e Stato laico, Torino, Giappichelli, 2009, pp. VIII-256.

Come si evince già dal titolo, lo studio analizza la coerenza dell’ordinamento italiano imperniato sul principio *supremo* di laicità e sull’osservanza del principio di legalità, rispetto alla (presunta) impossibilità di riconoscimento civile dei provvedimenti canonici di scioglimento matrimoniale *super rato*, che l’A. definisce “divorzi” canonici per distinguerli dalle nullità canoniche. Ogni tentativo di riconoscimento di tali casi di scioglimento, re-

golati dal capitolo nono del c.i.c., sembra allo stato attuale precluso dall'assenza di una normativa che appare semplicemente *ignorare* tali fattispecie le quali restano, pertanto, efficaci solo per l'ordinamento canonico. Ciò comporta tuttavia, nel caso di matrimoni canonici trascritti, la concreta possibilità di situazioni claudicanti per i cittadini cattolici il cui matrimonio, pur essendo sciolto dall'ordinamento canonico, resta invece valido ed efficace nell'ordinamento italiano.

È pur vero che con il Concordato del 1929 era stata stabilita una equiparazione, ai fini degli effetti civili, della dispensa dal matrimonio *rato e non consumato* alle sentenze di nullità canoniche in materia matrimoniale. Tuttavia, anche in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 22 gennaio 1982 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa concordata sul punto in questione in base al rilievo che la dispensa era da considerarsi quale atto amministrativo e che nel procedimento non venivano rispettate le garanzie giurisdizionali riguardanti soprattutto il contraddittorio – tale equiparazione non verrà più riprodotta negli Accordi di Villa Madama, del 1984, modificativi del Concordato del 1929.

Tuttavia, le argomentazioni cosiddette “laiche” da parte della dottrina ecclesiasticistica sulla non delibabilità della dispensa *super rato* non appaiono all'A. del tutto convincenti, dal momento che proprio alla luce del principio di laicità il giudice italiano, in perfetta autonomia, e in ottemperanza al principio costituzionalmente garantito della distinzione degli ordini, deve considerare nei singoli casi non il *nomen iuris*, ma la natura sostanziale della dispensa che non è meramente amministrativa. D'altro canto l'istituto della dispensa spesso viene acquisito come mera prova per la concessione del “divorzio breve”, ponendo seri dubbi sulla reale assenza di rilevanza civile dell'atto canonico e soprattutto costringendo di

fatto, nel vuoto normativo specifico, i cittadini cattolici a ricorrere all'istituto del divorzio civile con evidente lesione del diritto di libertà religiosa. Interessante dal punto di vista tecnico-giuridico appare l'individuazione di una procedura, che è dogmaticamente coerente sia dal punto di vista canonistico che ecclesiasticistico, finalizzata al riconoscimento civile di una *vera* sentenza di invalidità matrimoniale, a seguito di scioglimento canonico, munita di definitività, offerta alla delibazione delle Corti d'Appello italiane (p. 164 ss.)

Del resto, il diniego di riconoscimento degli effetti civili dei provvedimenti canonici *super rato*, - acriticamente sostenuto, secondo l'A., soprattutto dalla dottrina ecclesiasticistica, - appare incongruente e lesivo del principio di eguaglianza soprattutto a seguito della riforma del diritto internazionale privato in base alla quale sono recepiti automaticamente nell'ordinamento italiano le sentenze e gli atti amministrativi “*de statu personarum*” stranieri, «formalmente civili, ma spiccatamente e irriducibilmente confessionali» (p. 193), mentre, viceversa, non sono riconosciuti effetti civili agli atti e sentenze canoniche di invalidità (p. 93). Peraltro, l'obiezione che il diritto canonico non è un diritto straniero, ma confessionale viene superata dalla considerazione, tutt'altro che peregrina, di riconoscimento in Italia, in rispetto del diritto internazionale privato, di una sentenza statale “straniera” che già abbia riconosciuto un provvedimento di scioglimento matrimoniale *super rato*.

Una tematica, pertanto, quella affrontata nel volume, di sicuro interesse per i suoi aspetti inequivocabilmente pubblicistici oltre che naturalmente privatistici, e soprattutto sviluppata attraverso una metodologia tecnico-giuridica precisa e intrinsecamente coerente che non può non “provocare” stimoli di approfondimento e di riflessione.

**Maria d'Arienzo**



Francesco Rossi, *La natura dell'impresa familiare*. ESI, Napoli, 2009, pp. 143.

Una nozione, un istituto giuridico privo di adeguata definizione legislativa. A questa sorte, purtroppo comune a tanti altri concetti giuridici, non si è sottratta la figura dell'impresa familiare, introdotta nel codice civile dalla legge che ha riformato il diritto di famiglia: la legge 19 maggio 1975, n. 121.

Difatti, l'art. 230-*bis* c.c., sotto la rubrica «impresa familiare», manca di dettare una definizione dell'istituto *de quo*. Nel codice la nozione di impresa familiare è trattata quasi incidentalmente, e l'unico dato testuale dal quale è possibile ricostruire almeno vagamente gli elementi caratteristici dell'impresa familiare è quello contenuto nel 3° comma dell'articolo 230-*bis* c.c., laddove si stabilisce che si intende per impresa familiare quella «cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo». È evidente l'insufficienza di una tale definizione. Non di maggiore aiuto è il 1° comma, il quale limitandosi ad elencare i poteri che spettano al familiare che «presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare», sembra porre l'accento sul singolo familiare piuttosto che sull'impresa familiare. Tutto ciò indubbiamente non ha favorito l'approdo ad una soluzione appagante e concordemente condivisa. Da qui gli sforzi della dottrina diretti a stabilire se l'impresa familiare abbia natura individuale (ed è questa la tesi maggioritaria)<sup>1</sup> o collettiva<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Atribuiscono natura individuale i seguenti autori: Campobasso, Costi, Corsi, Colussi, Ferri, Oppo, Panuccio e più recentemente Andrini, Bonfante-Cottino, Di Francia, Tanzi, Prosperi.

<sup>2</sup> Atribuiscono al contrario natura di impresa collettiva i seguenti autori: Graziani, Bianca, Busnelli, Maisano, Nigro e più di recente T. Auletta.

Nell'ambito di tale difficile operazione interpretativa è da collocarsi l'opera di Francesco Rossi, intitolata non a caso «La natura dell'impresa familiare». L'A. prende posizione sull'argomento sostenendo la natura collettiva dell'impresa familiare. A tal fine l'opera prende le mosse da un'analisi rigorosa della figura della comunione tacita familiare, richiamata nel 6° comma dell'art. 230-*bis*. Le comunioni tacite familiari, erano vere e proprie forme di collettivismo fondiario che miravano a garantire, attraverso l'esercizio in comune dell'agricoltura, sia la remunerazione dell'attività dei comunisti che la conservazione dei fondi, impedendo così l'eccessiva «polverizzazione» degli appezzamenti, che avrebbe reso gli stessi inidonei al sostentamento. L'analisi di tale istituto (ormai del passato) è compiuta dall'A. con la finalità di ricondurre la figura della comunione tacita nell'alveo delle associazioni non riconosciute, sottolineandosi le finalità ideali perseguite da tali organizzazioni familiari, finalità consistenti nel sostegno reciproco, nella solidarietà tra comunisti e nella equa remunerazione dei familiari impegnati nel lavoro dei campi.

Altra analisi preliminare svolta nell'opera riguarda la figura del piccolo imprenditore. In seguito alla riforma del diritto fallimentare del 2006 è stata eliminata l'incompatibilità tra piccolo imprenditore e società con la conseguenza che non residua più dubbio alcuno circa la possibilità che il familiare che presta lavoro stabilmente, ma non sulla base di un apposito contratto, possa assumere la qualifica di co-imprenditore, purchè, aggiungerei, si concretizzino i requisiti richiesti dall'art. 2082 c.c. Per cui anche la figura della piccola impresa può avere natura collettiva, richiedendo l'art. 2083 c.c. soltanto che venga esercitata un'attività professionale organizzata prevalentemente (in senso qualitativo-funzionale) con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.

Pertanto riconosciuta la natura collettiva della comunione tacita familiare e quella eventualmente collettiva della piccola impresa, sembrerebbe agevole conferire natura collettiva anche all'impresa familiare.

In questo senso si rivolge l'opinione dell'A. che, negando la natura individuale, attribuisce all'impresa familiare natura collettiva non societaria, ritenendo in particolare l'impresa familiare non un nuovo tipo di impresa, ma un sistema di regole per proteggere il lavoro familiare. Il legislatore avrebbe quindi predisposto «un'organizzazione intestina della famiglia di un ordinamento giusto», e le finalità ideali di impedire lo sfruttamento del lavoro familiare (ritenuto prestato, in passato, a titolo gratuito) nonché di spezzare la subordinazione dei figli rispetto al capofamiglia, renderebbero possibile configurare l'impresa familiare nei termini di un'associazione non riconosciuta. E potendo questa associazione di familiari (come ogni altra associazione) svolgere attività imprenditoriale, purché finalizzata al perseguimento delle finalità istituzionali non lucrative, la qualità di imprenditore spetterebbe ai familiari-lavoratori, alla stregua dei soci di un'associazione non riconosciuta.

L'A. giunge a tale conclusione dopo una puntuale analisi dei poteri riconosciuti ai familiari-collaboratori in virtù dell'art. 230-*bis*. È il diverso peso dei poteri attribuiti ai familiari che costituisce il momento in cui si assiste alla biforcazione tra sostenitori della natura individuale o collettiva.

Ai sensi dell'art. 230-*bis*, 1° comma, al familiare che presta in modo continuativo la propria attività di lavoro nell'impresa o nella famiglia (ed il riferimento alla famiglia è un dato da non sottovalutare come si vedrà oltre) sono riconosciuti: il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia, il diritto di partecipazione agli utili dell'impresa familiare in proporzione alla quantità ed

alla qualità del lavoro prestato, la gestione straordinaria dell'impresa, in quanto le decisioni concernenti gli indirizzi produttivi e la cessazione dell'impresa sono assunte a maggioranza e, infine, il diritto sui beni acquistati con gli utili e sugli incrementi di valore dell'azienda, anche dovuti ad avviamento.

Ebbene, l'opinione minoritaria della dottrina sostenuta dall'A. nella sua opera, ritiene che tali diritti e poteri siano così incisivi da richiedere necessariamente l'acquisto della qualità di co-imprenditore a favore del familiare che, senza che si configuri un altro rapporto, presta il proprio lavoro in modo stabile. In particolar modo si sostiene che i poteri sulla gestione straordinaria dell'impresa, andando ad incidere sulla libertà di iniziativa economica privata, non potrebbero far capo a semplici lavoratori. Ossia si richiederebbe un *quid pluris* in capo ai familiari-collaboratori per minare una libertà costituzionalmente garantita dall'art. 41 Cost. E tali poteri, d'altro canto, sarebbero espressione del potere dei lavoratori di collaborare alla gestione delle aziende *ex art.* 46 Cost. Per cui ai familiari dovrebbe riconoscersi la qualifica di contitolari dell'impresa familiare, con la conseguente natura collettiva della stessa. Inoltre, la dottrina minoritaria sostenuta dall'A., rimprovera alla dottrina maggioritaria un timore ed un eccesso di prudenza nel mitigare la forza dirompente delle innovazioni legislative.

Infatti, la preoccupazione maggiore dei sostenitori della natura individuale dell'impresa familiare è quella di impedire che le conseguenze del fallimento ricadano anche sui familiari. Al riguardo l'A. ribatte che la giurisprudenza attraverso la creazione, fortemente contestata dalla dottrina, della figura dell'imprenditore apparente già permette che le conseguenze del fallimento gravino su chi pone in essere una condotta (si pensi al familiare stabile collaboratore) tale da indurre i terzi a ritenerlo imprenditore.

Di conseguenza venuta meno la finalità protettiva sottesa alla natura individuale dell'impresa familiare, per l'Autore verrebbe meno il più solido argomento utilizzato dalla dottrina maggioritaria a sostegno della propria opinione.

In definitiva l'impresa familiare avrebbe natura collettiva, nella forma di un'associazione non riconosciuta in cui la qualità di imprenditore spetterebbe a tutti i familiari-collaboratori.

Ma a questa ricostruzione appare doveroso replicare.

Come già evidenziato dalla dottrina maggioritaria, il codice, pur conferendo poteri incisivi in capo ai familiari lavoratori, nulla dispone in ordine alla gestione ordinaria dell'impresa che, al contrario, rimane nella totale disponibilità del familiare imprenditore, titolare dell'impresa individuale. Di conseguenza sembra problematico configurare una contitolarità in capo ai familiari.

Altro argomento a sostegno della natura individuale si deduce dal 5° comma dell'art. 230-*bis*, in cui viene sancito a favore dei familiari il diritto di prelazione sull'azienda in caso di trasferimento della stessa. Il diritto di prelazione, infatti, postula l'alterità rispetto al prelazionario del bene oggetto di prelazione. Il testo normativo è quindi alquanto chiaro nell'affermare che l'impresa familiare non fa già parte della sfera giuridica dei familiari collaboratori, ai quali residua in caso di vendita dell'impresa, pur se deliberata a maggioranza, il solo diritto di essere preferiti a terzi nell'acquisto della stessa.

Un ulteriore elemento a favore della tesi maggioritaria si deduce dal recente intervento legislativo che, derogando al divieto di patto successorio, ha introdotto nel nostro codice civile l'istituto del "patto di famiglia". L'art. 768-*bis*, cui si riferisce l'art. 2 della legge 14 febbraio 2006, n. 55, definisce il patto di famiglia come il contratto, che deve essere stipulato necessariamente da tutti i legittimari, con cui l'imprenditore, compatibilmente

con le disposizioni in materia di impresa familiare, trasferisce in tutto o in parte l'azienda ad uno o più discendenti. Il riferimento all'impresa familiare sembra saldare le vicende del patto di famiglia al 4° comma dell'art. 230-*bis* c.c., che prevede la liquidazione in danaro a favore del familiare in caso di cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione di lavoro. Per cui così come la cessazione dell'attività lavorativa fa sorgere un diritto di credito in capo ai familiari, il trasferimento *ex* art. 768-*bis* (avente causa donativa e gli effetti della successione anticipata) a favore di uno o più discendenti deve prevedere la liquidazione, che può avvenire anche in natura, a favore degli altri legittimari: così dispone l'art. 768-*quater*. È chiaro che una simile disposizione non avrebbe senso in presenza di co-imprenditori, e lo stesso dicasi per la liquidazione in danaro del lavoro del familiare disciplinata dall'art. 230-*bis*, 4° comma. In tal caso, il familiare vanta un semplice diritto di credito ad una liquidazione. Pare indiscutibile che il riconoscimento di un tale diritto sia incompatibile con l'assunzione della contitolarità dell'impresa.

Oltretutto, non è da sottacere che attribuire la qualifica di imprenditore al familiare in virtù della sua collaborazione, rappresenterebbe un indebito superamento di un articolo fondamentale del nostro codice civile, l'art. 2082 c.c., che detta precisi requisiti per il riconoscimento della qualifica di imprenditore. Allo stesso tempo non verrebbe dato adeguato conto della diversa intensità e qualità del lavoro prestato dai vari familiari, sterilizzando tutte le diverse sfumature tra le varie collaborazioni. Oltretutto, in una società come quella attuale, dominata dalla precarietà delle relazioni matrimoniali e dal dissolvimento della famiglia patriarcale, sembrerebbe anche fuori luogo estendere tale contitolarità fino ai parenti entro il terzo grado ed agli affini fino al secondo.

Ma oltre ai tradizionali argomenti

addotti dalla dottrina maggioritaria, soccorrono per confutare la tesi della natura collettiva dell'impresa familiare anche argomenti di natura pratica e teleologici.

Infatti, l'attribuzione della natura collettiva porta con sé la necessità di chiarire una serie di interrogativi alquanto problematici e dalla dubbia utilità pratica. In particolare, e l'Autore nella sua esaustiva opera affronta anche questa tematica, si discute se le norme in materia di impresa familiare possano essere applicate solo alle società di fatto e alle società di persone, o anche alle società di capitali. La risposta che esclude l'applicabilità alle società di capitali, consentendone invece l'applicazione per le società di persone, è solo uno dei segni delle complicazioni in cui si incorre quando si intende far dire al legislatore *plus quam voluit*. Attribuire all'impresa familiare natura collettiva significherebbe interporre tra le società e l'impresa individuale, un autonomo tipo produttivo governato da proprie regole, senza che ciò sia supportato da finalità meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Infatti, se è indiscusso che lo scopo dell'introduzione della nozione di impresa familiare è quello di impedire che la gratuità delle prestazioni lavorative rese *affectio familiaris* consentisse forme di sfruttamento del lavoro dei familiari, se è indiscusso che si intende tutelare la famiglia come organizzazione produttiva governata da regole giuste, verso tali pregevoli intenzioni non conduce la teoria della natura collettiva dell'impresa familiare. Tali finalità possono essere raggiunte nell'ambito delle imprese collettive attraverso le forme societarie. Anzi, nella società il lavoro di eventuali familiari troverebbe addirittura maggiore tutela. E ciò anche nella stessa società di fatto. Posto che secondo la tesi collettiva, si deve attribuire la qualifica di co-imprenditori ai familiari-collaboratori, questi ultimi, alla stregua di quanto già accade nella

società di fatto, sarebbero responsabili per le obbligazioni sociali ed eventualmente assoggettati al fallimento, salvo i casi di imprenditore agricolo e piccola impresa naturalmente. Inoltre, le regole di funzionamento dettate per le società di fatto (quelle della società semplice) consentirebbero ai familiari, imprenditori *ex art.* 2082 e non in virtù di una mera presunzione di collaborazione, poteri maggiori e maggiormente incisivi: si pensi ai poteri in materia di gestione ordinaria. Tali regole sarebbe più efficaci rispetto a quelle dettate dall'*art. 230-bis c.c.*, che invece detta solamente una disciplina di garanzia a tutela dei lavori privi di ogni protezione.

Di conseguenza, attribuire natura collettiva all'impresa familiare oltre che criticabile, sembra essere non particolarmente utile, visto che la *ratio* ispiratrice dell'intervento del 1975 sembra essere meglio soddisfatta dalle forme societarie, che anzi, favorirebbero anche forme di protezione dal fallimento dei familiari-collaboratori: si pensi al tipo societario della S.A.S.

Un argomento testuale, spesso trascurato ma che può essere illuminante per la risoluzione della questione, concerne anche l'*incipit* della *art. 230-bis*, 1° comma. Il 1° comma si apre con una clausola di salvezza, laddove è disposta l'applicabilità delle regole di protezione del lavoro familiare, «salvo che non sia configurabile (tra familiare e imprenditore) un diverso rapporto». Appare chiaro l'intento del legislatore di sottolineare il carattere residuale di tali regole di salvaguardia della dignità del lavoro svolto dai familiari.

In altri termini, tali regole dovrebbero intervenire solo laddove la mancanza di un altro rapporto tra lavoratore ed impresa del familiare, metta in pericolo l'equa remunerazione del lavoratore, senza che allo stesso si voglia attribuire la qualifica di imprenditore.

È questo il principio guida da seguire. Tale esigenza si pone soltanto in riferi-

mento alle ipotesi di impresa individuale ed è questo il motivo per cui appare opportuno attribuire natura individuale all'impresa familiare. Ma occorre rimarcare una importante precisazione, sottolineata spesso dalla dottrina. Ogni volta che è presente l'esigenza di tutela del lavoro di un familiare non bisogna essere restii nell'applicare il trattamento garantito al lavoratore familiare dall'art. 230-*bis*. Si pensi all'ipotesi di una società di fatto, di cui titolari siano due o più familiari, alla quale collabora un altro familiare. In tal caso, se non è possibile configurare alcun diverso rapporto tra lavoratore e società di fatto, anziché lasciare il familiare sguarnito di tutela è preferibile applicargli le norme di garanzia poste dall'art. 230-*bis*. Ed è questo il senso in cui occorre ampliare il portato normativo.

Fortunatamente di ciò è ben conscia la dottrina maggioritaria, che pur attribuendo natura individuale all'impresa familiare, non dimentica di assolvere alle superiori finalità di tutela del lavoro familiare applicando la disciplina *ex art.* 230-*bis* anche ad altre ipotesi in cui emerge la necessità di protezione.

Soltanto in questi casi sorgono le esigenze di tutela e protezione del lavoro familiare. Negli altri casi configurare l'impresa familiare come impresa collettiva non fornisce protezione e tutela ulteriore rispetto a quella offerta da una società di fatto o di persone.

Tale interpretazione sembra essere più aderente alle esigenze sottese all'intervento legislativo. Impostata su questi basi, la questione sembra acquisire sconosciuta semplicità, e sembra attenuarsi anche l'importanza della discussione circa la natura dell'impresa familiare.

Il legislatore del 1975, quasi a compensare la portata rivoluzionaria per l'epoca della 898/1970 sul divorzio, ha inteso garantire la compattezza della famiglia nello svolgimento dell'attività di impresa del familiare. Ha inteso impedire che l'esercizio dell'attività di impresa

divenisse momento di isolamento, divisione, sfruttamento, discriminazione (ed eloquente è il 2° comma dell'art. 230-*bis*), riconoscendo agli altri membri della famiglia i poteri di cui all'art. 230-*bis*, tenendo anche conto che in base all'art. 143 c.c. spetta al coniuge l'assistenza materiale dell'altro coniuge e la collaborazione nell'interesse della famiglia. Inoltre in base all'art. 147 c.c. i coniugi devono tenere conto della capacità, dell'inclinazione e delle aspirazioni dei figli. E sembrano essere queste le fondamenta dei poteri riconosciuti ai familiari nell'ambito dell'impresa familiare: è su queste basi che si assiste ad una modesta limitazione dell'iniziativa economica privata dell'imprenditore a vantaggio di una perdurante armonia del gruppo familiare impegnato nella collaborazione finalizzata al perseguimento di un miglioramento del benessere familiare. La limitazione è ben giustificata dalla necessità di salvaguardare altri valori costituzionali, quali la dignità del lavoro e l'equa remunerazione dello stesso, sebbene prestato nell'ambito della famiglia. È così da ascrivere all'art. 230-*bis* il valore di norma di chiusura, il valore di norma che rende completa la tutela del lavoro dei familiari, dettando una disciplina minima inderogabile solo nei casi in cui manchi una qualsiasi forma di protezione, senza inutili fraintendimenti. È questo il senso dell'intervento legislativo, ed in quest'ottica appaiono meno censurabili le imperfezioni e le lacune di tale intervento.

Di più al legislatore evidentemente non si può far dire. Ed è anche vero che se lo stesso legislatore avesse voluto dire di più, probabilmente lo avrebbe fatto intervenendo non certo nel libro I del codice, ma nel libro V.

Ciò non toglie che il lavoro recensito sia per ogni verso bene impostato sul piano metodologico e che le tesi avanzate siano certamente degne di considerazione.

**Fabio Balsamo**

G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma, 2009, pp. 121

L'opera di Gaetano Silvestri si presenta molto interessante, senza dubbio attuale, ed estremamente propositiva nell'ambito dell'elaborazione del concetto di costituzionalismo, inteso come tecnica delle istituzioni a garanzia delle libertà.

L'A. costruisce le premesse, per poi successivamente articolare un approfondito discorso sul rapporto a suo avviso "indivisibile" tra libertà ed uguaglianza, partendo dal giusnaturalismo e quindi dal ruolo che i valori hanno storicamente svolto e devono continuare a svolgere nel continuo progredire della società.

È una visione dinamica e pragmatica quella che l'A. dimostra di riconoscere ai valori, i quali sarebbero idonei ad orientare l'azione ed il pensiero degli uomini, sempre che progressivamente riescano ad adeguarsi alle diverse condizioni in cui storicamente si svolge la situazione dell'umana esistenza (p. 5).

Molto interessante, oltre che di rilevante pregio tecnico, il discorso affrontato dall'A. circa le c.d. "clausole di eternità", che rappresentano espressioni, scritte e non scritte, della "sostanza" dei singoli sistemi costituzionali, e fondamentale strumento di traduzione dei valori in norme giuridiche positive.

Altrettanto pertinente ed esaustivo quanto argomentato, nella prima parte dell'opera, circa l'attuale costituzionalismo multilivello e la tutela dei valori e dei diritti comuni attraverso lo strumento dei Trattati internazionali.

Tuttavia, il vero punto focale del primo capitolo, che ha suscitato nel lettore vivo interesse e notevoli spunti di riflessione, è quanto sostenuto sulla funzione dei valori e sulla capacità di questi di caratterizzare storicamente una determinata società.

Secondo l'A. il movimento dei valori non è che il riflesso del movimento dell'esistenza, per cui, se in determinati momenti storici vi è stata l'affermazione di totalitarismi, a discapito di movimenti e correnti politiche e di pensiero democratiche, questo non è accaduto per opera di *elites* oppressive ed estranee ai popoli da esse dominati, ma è stato il risultato di una pratica interpretazione dei valori dominanti nell'ambito di quel determinato contesto collettivo.

Per chi è nato e cresciuto da sempre in un contesto democratico, non è semplice comprendere subito quanto affermato dall'A., e cioè che finanche una dittatura non sarebbe il risultato di un potere imposto, ma il frutto di una generale condivisione di determinati valori che incondizionatamente comportano la diminuzione della libertà.

Successivamente, però, le seguenti pagine del libro riescono a chiarire questo concetto, e si comprende come i valori se lasciati "fluttuare" senza regole, sulla scia di suggestioni di massa, possono in vero dare luogo a caratterizzazioni estreme della società.

Svolte queste dovute argomentazioni sul sistema dei valori nell'ambito di un contesto sociale, l'A. indirizza la sua attenzione sul concetto di libertà.

In primo luogo cerca di definirne il contenuto, rilevando che nel suo senso più puro, quello astratto, «La libertà consiste nella mera astensione dei terzi, sia pubblici che privati, da ogni intervento pratico nella sfera di autodeterminazione del soggetto» (p. 44). Chiaramente tale libertà, senza la libertà concreta finisce con l'essere pura mistificazione. Ed è lo stesso A. a chiarire che seppure nella proiezione concreta del diritto, l'ideale astratto non sarà mai compiutamente realizzato, e tuttavia l'istanza di libertà astratta deve restare la stella polare della politica e del diritto.

Vero è, infatti, che la libertà è una cosa e le condizioni per la libertà sono

un'altra, ma secondo l'A. per evitare che l'ideale di libertà sia completamente sfigurato dal potere, e subito dal popolo come un'imposizione, un grande ruolo viene e deve essere svolto nel merito dal costituzionalismo.

Gli strumenti del costituzionalismo rappresentano, infatti, l'alveo legittimo ed equilibrato nel quale lasciare fluire tutti i principi, i valori e gli ideali costituenti una società civile in un determinato momento storico. Essi, pure essendo nati e cresciuti a vantaggio di minoranze di popoli e di Stati, possiedono una grande capacità espansiva e legittimante per chi è al potere. In molti Stati dell'Africa e dell'Asia, afferma l'A., «la democrazia senza il costituzionalismo è soltanto la tirannia della maggioranza etnica» (p. 55).

Ebbene, se per attuare i valori fondanti di una determinata società, senza deformare l'ideale primario di libertà, che necessariamente deve essere preservato e sviluppato, occorrono gli strumenti del costituzionalismo, cosa occorre per realizzare il diritto di libertà?

A questo interrogativo, che riassume per grandi linee tutta la premessa sin qui analizzata, l'A. risponde entrando nel vivo dell'argomento primario di questa trattazione, e cioè il rapporto tra libertà ed eguaglianza: «Per realizzare la libertà occorre creare i presupposti dell'eguale libertà; in questo senso l'eguaglianza non è antagonista della libertà, ma suo elemento costitutivo essenziale» (p. 56).

L'idea secondo la quale l'eguaglianza sarebbe un elemento costitutivo essenziale dell'ideale di libertà, affonderebbe le sue radici nel dato essenziale che non esisterebbe alcuna contrapposizione tra i due ideali, sostenendo l'A. la tesi di Sen secondo cui «La libertà è uno dei possibili campi di applicazione dell'eguaglianza e l'eguaglianza è una delle possibili configurazioni della distribuzione della libertà».

Questa tesi dell'A. però non convince chi scrive, per la semplice constatazione

che il fatto che due termini non siano in contrapposizione, non significa anche che questi siano necessariamente l'uno costitutivo dell'altro.

Va inoltre osservato, in sintonia con quanto sostenuto da parte autorevole della dottrina, che libertà ed eguaglianza sono termini concettualmente ed assiologicamente molto diversi, e che, differentemente dall'eguaglianza, la libertà rappresenta una qualità, o meglio una proprietà della persona, un valore assoluto che solo ha già pieno significato compiuto.

Pertanto, a mio sommesso avviso, valutare libertà ed eguaglianza come principi supremi indivisibili può rappresentare un errore, non necessitando la libertà dell'eguaglianza, quale tipo di relazione formale, per caratterizzarne il senso del valore che gli è universalmente riconosciuto.

L'A. prosegue rilevando che nel contrasto metodologico tra i sostenitori della eguaglianza in funzione della libertà o, al contrario, della libertà in funzione dell'eguaglianza, le costituzioni contemporanee sembrano aver superato, in un senso o nell'altro, l'univocità del rapporto: si deve essere liberi per essere uguali, e si deve essere uguali per essere liberi. Libertà ed eguaglianza, in sintesi, si rafforzerebbero vicendevolmente.

La necessaria proporzionalità tra libertà ed eguaglianza, secondo l'A. offrirebbe «la migliore garanzia che siano evitati gli estremi del liberismo senza regole e dell'egualitarismo imposto» (p. 76).

La massima libertà della persona che, nello stesso tempo, garantirebbe anche il massimo grado di eguaglianza, sarebbe da ritrovarsi nel concetto universale di "merito", che secondo l'A. garantirebbe il potenziamento sociale dell'individuo e quindi della sua personalità.

Quanto alla natura della stessa eguaglianza, secondo l'A. essa non è solo dei singoli, ma anche dei singoli nelle formazioni sociali e delle formazioni sociali

tra loro. Ne conseguirebbe un'inevitabile parziale relativizzazione della stessa eguaglianza, assoluta nel primo caso, mediata nel secondo.

Trovare un giusto equilibrio tra libertà ed eguaglianza, e ritenere che lo stesso sia fondamentale ai fini dell'effettiva sussistenza di una società democratica e pluralista, a giudizio di chi scrive non significa come ritenuto dall'A. che i due termini costituiscano un *unicum*, l'uno in funzione dell'altro, ma significa riconoscere ai due termini autonomia categoriale e funzionale, e soprattutto indipendenza, tale per cui occorre uno strumento terzo, quello del costituzionalismo, per mediarne e limitarne il raggio d'azione.

Non condivido, pertanto, quanto in chiusura sostenuto dall'A. circa l'esistenza di un rapporto direttamente proporzionale tra libertà ed eguaglianza, per il

quale al diminuire dell'una si avrebbe necessariamente una diminuzione anche dell'altra, perché credo che i due termini siano completamente indipendenti, e che l'equilibrio e l'armonia tra questi può ritrovarsi soltanto nell'ambito di un contemperamento di tutti i valori costituenti una società democratica in un dato momento storico, proprio grazie all'opera garantista ed equilibratrice del costituzionalismo contemporaneo.

In vero, ci si sarebbe aspettati che l'A. addivenisse alla medesima conclusione, proprio in virtù di quanto dallo stesso argomentato in premessa in merito alla funzione ed al ruolo del costituzionalismo. Ed è per questo, che nonostante un lettura piacevole, e l'utilizzo di una dialettica molto immediata, in chiave argomentativa l'opera risulta ridimensionata rispetto alle aspettative.

**Fabio Falanga**



## Schede

G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Bruno Mondatori, Milano, 2005, pp. XI 1-210.

Il testo analizza attraverso un *excursus* storico e teorico, nonché agile ed essenziale, i principali elementi che caratterizzano le diversità di posizioni ideologiche in materia di bioetica, cercando di verificare se sussista una bioetica cattolica contrapposta ad una laica. La dicotomia tra i due punti di vista è compiuto da Giovanni Fornero, allievo del grande filosofo esistenzialista Nicola Abbagnano, partendo dalla premessa del “bisogno” odierno di bioetica che affonda le radici nelle grandi tematiche su cui si sono cimentati tutti i pensatori nel corso dell’umanità: la vita, il senso della morte, il dolore, e argomenti correlati.

Già da questo si comprende che la bioetica è una branca filosofica nel senso che cerca di dare risposte ai bisogni più profondi dell’uomo e per dirla con le parole di Ugo Scarpelli, riportate dall’autore la bioetica è un “luogo critico di una cultura intera”, o con Engelhardt è “l’elemento centrale per l’autocomprensione delle società odierne”. Ovviamente, l’oggetto della disciplina non si limita alla speculazione filosofica sul significato della vita, secondo approcci culturali rispettabili e antropologie diverse, ma postula un legame inscindibile con l’utilizzo della “tecnica” e della “medicina”, da parte dell’uomo. Quello che emerge è che il paradigma sotteso alla bioetica non è più “cercare se è giusto scegliere ciò che si vuole”, ancorandolo all’ineliminabile libertà di ogni uomo, ma “se è giusto compiere ciò che si può” sulla base delle conquiste scientifiche suindicate, perché l’uomo potrebbe non avere limiti al proprio operare o addirittura perché ontologicamente non vi sono limiti nella ricerca bioetica che incide nella vita umana.

In realtà, la vocazione filosofica della bioetica discende dalla complessità della posta in gioco – la vita umana –, ma la nascita della disciplina è squisitamente medica a partire dal 1970 alludendo al “tentativo di coniugare le scienze della vita con un’etica della vita in grado di fungere da scienza della sopravvivenza” (pag.1). Quindi, è connaturale alla bioetica una riflessione sul valore della vita, tant’è che a ragione si può affermare che il punto centrale del suo oggetto scientifico è, se la vita umana sia un bene disponibile o meno.

Qui s’innesta la diversità d’impostazione tra una scelta “della disponibilità” o “dell’indisponibilità” della vita che ha un riverbero in ogni settore del vivere associato, già affrontato dai giuristi e prima ancora da filosofi e pensatori. Ed ecco che vengono alla mente tematiche come l’aborto, la manipolazione genetica, o altre che pur non richiamando direttamente il binomio vita/morte ne sono un corollario, vale a dire, l’inseminazione artificiale, la maternità surrogata, le mutilazioni corporee, oltre alla sempre attuale questione sulla pena di morte. In definitiva, la riflessione poggia su posizioni filosofiche diverse la cui scelta comporta esiti profondamente opposti e da cui può nascere il legittimo dubbio se innanzi a tante difficoltà etiche non sia improduttivo verificare la sussistenza di un’etica ancorata solo al movente religioso.

In tal modo, si potrebbero creare degli steccati tra cattolici e non, origine di grossolane pretermissioni di opinioni in nome della laicità “di alcuni” o di insopportabili ingerenze in nome della fede “di altri”! Infatti, Fornero, cita più volte il concetto di laicità (pag. 67) che per lui coincide con “pluralismo”, nel senso che in bioetica (ma *mutatis mutandis* ovunque) non v'è spazio per atteggiamenti dogmatici, tant'è che egli riconosce che potrebbero non essere laici proprio coloro i quali si professano tali. Viceversa, riporta il pensiero di autori cattolici che sono abbastanza distanti dalle posizioni ufficiali “romane”, onde per cui la vera dicotomia in bioetica dovrebbe essere quella tra “etica della sacralità della vita” ed “etica della qualità della vita”.

In questo percorso di diversità antropologiche in cui si snodano i capitoli 3 e 4 l'autore non propende per alcuna parte, o meglio gli sta a cuore il ricercare una *koinè* etica il cui fondamento è dato proprio dall'autonomia della ricerca, che è la garanzia di una salda comunità sociale.

Il prosiegua del testo è proprio finalizzato a delineare le diversità d'impostazioni tra laici oltranzisti e cattolici possibilisti (più precisamente tra fautori della “sacralità” o della “qualità” della vita), al cui interno le comunanze di posizioni religiose non comportano una comunanza di scelte in ogni settore della bioetica, per cui si potranno avere autori che sono per l'applicazione dell'eutanasia ma non lo sono per altre scelte capitali o per argomenti come l'aborto. In questo modo, viene sempre più suffragata l'ipotesi dell'autore, vale a dire le conquiste mediche impongono ai bioeticisti, nonché alla società tutta, il “dialogo”, senza imposizioni ideologiche di una parte su un'altra, perché diversamente la scienza retrocede a semplice tecnica che può essere utilizzata dalla parte ideologica più forte che sicuramente è sorda a posizioni diverse dalle proprie.

A noi pare che in una società, anzi al plurale, in società così frammentate o pluraliste (dipende dai punti di vista) il *discrimen* dicotomico che una volta era individuato tra “scienza” e “fede” su cui anche il Magistero pontificio si è espresso più volte (si pensi all'enciclica *Fides et ratio* di Giovanni Paolo II, citata dall'autore) oggi è dato dal binomio tra “tecnica” e “ideologia”, perché la scienza ha una sua etica che non è data dal binomio della disponibilità-indisponibilità della vita, ma dal bene “della” persona umana che per sua “inclinazione naturale” (leggermente diverso dall'autore che parla di coesistenza forzata pag. 199 ss.) è in “dialogo” con gli altri uomini.

**Mauro Iavarone**



## COLLANA

### *Diritto e Religioni*

diretta da MARIO TEDESCHI



1. Piero Bellini - *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato Condizioni e limiti di contributo da parte della dottrina statualistica [1954]*. ISBN: 88-8101-339-8 Anno: 2006 - pp. 266 - Euro 20,00

A distanza di oltre cinquant'anni da quando fu scritto, il volume di Piero Bellini sulle Relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato, inaugura la Collana annessa alla nuova Rivista *Diritto e religioni*, per l'importanza e l'attualità che ancor oggi rappresenta per tutta la dottrina canonistica ed ecclesiasticistica. Il lavoro ha una coerenza, una linearità e un'onestà esemplari, ed è svolto con una logica stringente, su un aspetto centrale per un giurista di formazione laica, che pone in rapporto il diritto canonico con il diritto dello Stato, su un piano di teoria generale del diritto.



2. Mario Tedeschi (a cura di) - *Comunità e soggettività*. ISBN: 88-8101-346-0 Anno: 2006 - pp. 624 - Euro 40,00

Il volume raccoglie gli atti del Convegno tenutosi a Napoli dal 14 al 16 novembre 2005 a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici. Alle relazioni iniziali, divise per sezioni, si aggiungono alcune comunicazioni che danno la misura della vivacità del dibattito.



3. Sabrina Martucci - *Riflessioni preliminari su tolleranza, dissenso e attuazione della libertà religiosa*. ISBN: 88-8101-316-9 - Anno: 2006 - pp. 80 - Euro 10,00

Il cammino ininterrotto dell'idea di libertà segnala l'opportunità di un lavoro sui nuovi percorsi dialettici del diritto di libertà religiosa in cui lo spazio per l'indagine scientifica sia maggiore di quello occupato dalle riflessioni di taglio pratico. Il progresso degli studi ne ha favorito la rappresentazione come diritto garantito, a livello legislativo primario, in regime di eguaglianza giuridica e laicità. Le carenze dei sistemi di attuazione stimolano la concrezione di mezzi suppletivi di tutela che, nel ridisegnare un clima di tolleranza, non di rado animano forme inedite di dissenso religioso.



4. Salvatore Tolone - *Diritto privato globale, Objective Pluralism e libertà di religione*

ISBN: 88-8101-345-2 - Anno: 2006 - pp. 176 - Euro 15,00

Lo studio esamina il Value Pluralism, secondo la tesi dell'Objective Pluralism, come carattere del globalismo nel diritto privato, ed evidenzia la sua idoneità a mutare lo statuto ontologico dell'ordine giuridico, a rendersi cioè, precipuamente mercé il carattere della Incommensurability, un Complexity Maker.



5. Giuseppe Leziroli (a cura di) - *La Chiesa e l'Europa*

ISBN: 978-88-8101-383-8 - Anno: 2007 - pp. 448

Euro 35,00

Il volume raccoglie gli atti del Convegno svoltosi nell'Università di Ferrara nei giorni 28-29 ottobre 2006.



6. Stefano Testa Bappenheim - *Il danno da uccisione di religio, negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano*

ISBN: 88-8101-397-5 - Anno: 2007 - pp. 608 - Euro 40,00

De qua agitur? Si tratta di stabilire se ad un Istituto religioso possa spettare un risarcimento per la perdita d'uno dei suoi componenti, ucciso colposamente o – a fortiori – dolosamente. Se è già difficile una concordanza di opinioni sulla natura dei collegamenti fra le norme dell'ordinamento canonico e quelle statali, più complesso ancora è il consequenziale problema sull'ammissibilità della diretta risarcibilità del danno subito dall'Istituto religioso per la perdita d'un proprio componente, indipendentemente dall'azione a cui sono, senza dubbio, legittimati gli eventuali parenti superstiti della

vittima. La risarcibilità di questo danno rientra fra i molteplici, possibili fenotipi del danno aquiliano o extracontrattuale: in Francia, il problema è regolato dall'art. 1382 code civil; in Germania, dagli artt. 823, 844 ed 845 BGB; in Italia, dagli artt. 2043 e 2059 c.c., e 185 c.p.



7. Mario Tedeschi - *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*

ISBN: 978-88-8101-432-3 - Anno: 2007 - pp. 134

Euro 12,00

Vengono raccolti in questo volumetto una serie di saggi sulla tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico italiano, pubblicati nel corso degli anni in varie Riviste, volti a definirne l'oggetto e il suo sviluppo storico. In particolare, si fa riferimento ai contributi di Ruffini, Simoncelli, Coviello, Condorelli, De Luca, Bellini, Catalano e Dossetti, ai problemi didattici delle discipline ecclesiasticistiche e alle relative polemiche dottrinali, con riferimento anche ai contributi canonistici più recenti.



8. Mario Tedeschi (a cura di) - *Religione e Rivoluzione nel Mezzogiorno preunitario: Carlo Pisacane*

ISBN: 978-88-8101-437-0 - Anno: 2007 - pp. 128

Euro 12,00

Il volume raccoglie gli atti del convegno di studi sul tema Religione e rivoluzione nel Mezzogiorno preunitario: Carlo Pisacane, presso la Scuola Militare "Nunziatella" di Napoli.



9. Ahmad Vincenzo - *Islamica crisi e rinnovamento di una civiltà*

ISBN: 978-88-8101-500-9 - Anno: 2008 - pp. 184

Euro 15,00

Il fondamentalismo è uno dei problemi del mondo moderno, forse il principale. Si manifesta come ideologia radicale e, allo stesso tempo, come movimento politico estremista. Nato sul modello dei partiti totalitari occidentali, ha assunto progressivamente una colorazione religiosa. Finora pochi sono stati i rimedi efficaci contro tale pericolo, particolarmente in ambito islamico, poiché i molti pregiudizi che gravano sui musulmani hanno impedito una presa di coscienza della sua reale ampiezza e gravità. L'Europa rappresenta oggi un'im-

portante frontiera del confronto tra Islam e fondamentalismo. Il senso dello Stato e la democrazia, la libertà religiosa e i diritti umani, il carattere e l'organizzazione della comunità, sono il terreno in cui avverrà uno scontro decisivo.



10. Antonio Guarino - *Le chiese e gli ordinamenti giuridici*  
ISBN: 978-88-8101-530-6 - Anno: 2008 - pp. 120  
Euro 16,00

A fronte del ruolo sempre più incisivo delle confessioni religiose nel mutato scenario delle relazioni tra i popoli, il diritto internazionale non ha ancora definito in modo soddisfacente, sotto il profilo formale, le coordinate, all'interno delle quali questa attività si sviluppa.

Il volume prende le mosse della ricostruzione dei termini nei quali il problema si pose per la Santa Sede all'indomani della *debellatio* dello Stato pontificio nel 1870, per giungere ad analizzare la posizione delle confessioni religiose a livello internazionale, e coglierne la compatibilità con categorie giuridiche, quali la soggettività o l'ordinamento.



11. Giuseppe Leziroli - *Atti del convegno di Ferrara. La Carta e la Corte. La tutela penale del fatto religioso fra normativa costituzionale e diritto vivente*  
ISBN: 978-88-8101-556-6 - Anno: 2009 - pp. 320  
Euro 25,00

Sono riunite in questo volume alcune relazioni e comunicazioni presentate al convegno svoltosi nell'Aula magna del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Ferrara nei giorni 26-27 ottobre 2007 sul tema: "La Carta e la Corte". I problemi da trattare avevano ad oggetto la tutela penale del fatto religioso presente nel Codice Rocco in rapporto sia alla Carta costituzionale, sia alle interpretazioni proposte e imposte negli ultimi trenta anni dalla Corte costituzionale. La pluralità e le diversità delle opinioni sono state l'alimen-

to vitale del dibattito e la giustificazione del convegno stesso a dimostrazione della perdurante attualità della materia ecclesiasticistica e della centralità in Italia del fatto religioso nelle sue varie articolazioni.



12. Claudia Ciotola - *I ministri di culto in Italia*  
ISBN: 978-88-8101-613-6 - Anno: 2009 - pp. 208  
Euro 18,00

La nuova configurazione religiosa della società italiana, contrassegnata dalla forte espansione dell'Islam e dalla diffusione di culti e credenze al confine tra religione e psicologia, ha inevitabilmente inciso sull'interpretazione delle categorie giuridiche collegate al fenomeno religioso. Se la dottrina e la giurisprudenza si erano già imbattute nei problemi legati alla mancanza di una nozione di confessione religiosa, un certo disorientamento si è registrato allorché si è ritenuto di dover ripensare, anche per attribuirle un contenuto giuridico definito, alla figura dei ministri di culto che, nel panorama religioso sempre più complesso che caratterizza la realtà

sociale, è apparsa eccessivamente sfuggente.

Il volume, partendo dall'analisi del dato normativo, propone una ridefinizione della nozione di ministro di culto, mettendone in rilievo l'importanza nell'attuale dinamica dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose.





Stampato da  
Pellegrini Editore - Cosenza

ISSN 1970-5301