

diritto & religioni

Semestrale
Anno VI - n. 2-2011
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

12



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VI - n. 2-2011
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

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

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, F. Facchini
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, 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. Stefanì
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
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 Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

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

Redazione:

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

Napoli 80134 - 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. Possono ordinare estratti a pagamento.

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

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

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

ISSN 1970-5301

INDICE

<i>Presentazione</i>	9
----------------------	---

Parte I

Diritto canonico

MATTEO NACCI

<i>Historia docet: la ricezione della comunità e la giustificazione delle regole matrimoniali e processuali</i>	13
---	----

RAFFAELE PASCALI

<i>Le leggi informatiche e le latae sententiae</i>	31
--	----

MARIO TEDESCHI

<i>Chiesa e diritti della persona</i>	68
---------------------------------------	----

Diritto Ecclesiastico

FABIO BALSAMO

<i>Volontà dei nubendi e trascrizione post mortem del matrimonio canonico con effetti civili</i>	73
--	----

DOMENICO BILOTTI

<i>Indagine funzionale sui ministri di culto nell'ordinamento italiano. Crescenti profili di atipicità</i>	100
--	-----

FABIO FRANCESCHI

<i>Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nell'insegnamento di Benedetto XVI</i>	136
--	-----

RAFFAELE PASCALI

<i>L'assistenza religiosa alla Polizia di Stato (nel sistema delle fonti)</i>	168
---	-----

MARIA JOSÉ PAREJO GUZMÁN

<i>Neutralità e pluralismo religioso nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo</i>	266
---	-----

ANGELA PATRIZIA TAVANI

<i>"Frate sole" e il fotovoltaico. Il ruolo della parrocchia e la tutela dell'ambiente tra normativa statale e magistero della chiesa cattolica</i>	305
---	-----

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

<i>Brevi cenni introduttivi alla fattispecie del Kirchenaustritt in Germania</i>	327
--	-----

Relazioni tenute al Convegno "La laicità e gli ordinamenti giuridici: principi, valore e regole", Università della Calabria Facoltà di Scienze politiche, 5 maggio 2011

PEJMAN ABDOLMOHAMMAD

<i>L'Iran Contemporaneo: tra islamismo politico e laicità</i>	339
---	-----

MARIA D'ARIENZO	
<i>La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?</i>	354
NICOLA FIORITA	
<i>L'insostenibile leggerezza della laicità italiana</i>	369
DONATELLA LOPRIENO	
<i>Laicità ed ateismo</i>	381
ANTONINO SPADARO	
<i>I valori dello Stato "laico" (...o "costituzionale"?)</i>	402

Diritti confessionali

CATERINA GAGLIARDI	
<i>L'Institut Catholique de Paris e l'inedita formazione secolare degli imam: il Diploma Universitario "Interculturalité, laïcité et religions" nel contesto della laicità francese</i>	417
ROSA ANNA PELLICCIA	
<i>L'istituto del waqf nel diritto islamico</i>	437

Storia delle istituzioni religiose

ORAZIO CONDORELLI	
<i>Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi</i>	450
ANTONINO MANTINEO	
<i>I prodromi della questione cattolica in Italia. Note intorno al difficile dialogo tra la Chiesa cattolica e lo Stato unitario in Italia</i>	487
FABIO VECCHI	
<i>L'attualità del metodo sistematico del cardinale Francesco Saverio Roberti nella modernizzazione del processo canonico</i>	502

Argomenti, dibattiti, cronache

<i>Omaggio al prof. Franco Bolognini</i>	534
RAFFAELE COPPOLA	
<i>La Nunziatella e gli ideali unitari</i>	537
NICOLETTA DE LUCA	
<i>L'ultima lezione romana di Giorgio Peyrot</i>	546
PAOLO DI MARZIO	
<i>Esiste una tutela della vittima nel processo italiano?</i>	552
PAOLO DI MARZIO	
<i>In memoria di un Maestro di vita e di dottrina: Gaetano Catalano</i>	563
FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER	
<i>Gli insegnamenti del Diritto Canonico ed Ecclesiastico nell'Università di Napoli: la storia</i>	574
CESARE PINELLI	
<i>Relativismo e principi non negoziabili. Risposta a Fabio Vecchi</i>	590
PATRICK VALDRINI	
<i>Saint Louis des Français – Présentation des tableaux du Caravage de la Chapelle Saint-Matthieu Commentaires des tableaux</i>	603

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO	
<i>Evangelo, impero, cristianità. Ambiguità di un incontro</i>	615
ANDREA ZANOTTI	
<i>Ricordo di Giuseppe Caputo. A vent'anni della sua scomparsa</i>	

Parte II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa	
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. III, 25 marzo 2011, n. 546</i>	631
- <i>Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 263</i>	633
Giurisprudenza e legislazione canonica	
- <i>Presentazione</i>	636
- <i>Lettera apostolica in forma di motu proprio «Quaerit Semper» del Sommo Pontefice Benedetto XVI</i>	637
- <i>Indicazioni concernenti le Determinazioni circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici, degli uditori laici, e dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani</i>	639
- <i>Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici e degli uditori laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani</i>	640
- <i>Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani</i>	643
- <i>Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano e di Appello, sentenza 9 maggio 2011, coram Leone, ponente</i>	644
Giurisprudenza e legislazione costituzionale	
- <i>Corte Costituzionale sentenza 25 luglio 2011, n. 245</i>	654
- <i>Corte Costituzionale, sentenza n. 245 del 25 luglio 2011. Illegittimità costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'articolo 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94(Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano»</i>	655
Giurisprudenza e legislazione civile	
- <i>Presentazione</i>	663
- <i>Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili sentenza 14 marzo 2011, n. 5924</i>	664
- <i>Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili sentenza 6 luglio 2011, n. 14839</i>	665
- <i>Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili sentenza 1 agosto 2011, n. 16847</i>	665

- Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile sentenza 10 giugno 2011, n. 12738	666
- Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile sentenza 16 giugno 2011, n. 13240	666
- Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile sentenza 22 agosto 2011, n. 17465	667
- Corte di Cassazione, Sezione Lavoro sentenza 19 agosto 2011, n. 17399	668
- Tribunale Civile di Padova ordinanza 30 luglio 2010	669
- Tribunale Civile di Latina – Sez. di Gaeta sentenza 25 marzo 2011	670
- Tribunale Civile di Roma sentenza 11 aprile 2011	674
- Tribunale Civile di Piacenza decreto 05 maggio 2011	674
- Tribunale Civile di Roma ordinanza 09 maggio 2011	675

Giurisprudenza e legislazione internazionale

<i>Presentazione</i>	676
----------------------	-----

Legislazione

TURCHIA

- Decreto sulla restituzione alle minoranze religiose dei beni confiscati, KHK/651, pubblicato sulla Resmî Gazete n. 28038, del 27 agosto 2011	677
--	-----

Giurisprudenza

GERMANIA

- Bundesarbeitsgericht, 8 settembre 2011, n. 2 AZR 543/10 Verwaltungsgericht di Berlino, sentenza del 30 agosto 2011, n. VG 1 L 285.11 BayVerwG, sentenza n. 9 BV 09.2892, del 22 luglio 2011	678
---	-----

- Tribunale Amministrativo d'Amiens, 16 novembre 2010,

FRANCIA

- Conseil Constitutionnel, sentenza n. 2011-155, del 29 luglio 2011	679
- Conseil Constitutionnel, sentenza 2011-157, del 5 agosto 2011	679
- Conseil Constitutionnel, sentenza 2011-157, del 5 agosto 2011	679
- Conseil d'État, n. 308544, del 19 luglio 2011	679
- Conseil d'État, n. 308817, del 19 luglio 2011	679
- Conseil d'État, n. 309161, del 19 luglio 2011	680
- Corte d'Appello di Bordeaux, VIa chambre civile, n. 10/06281, del 14 giugno 2011 HCI (Haut Conseil à l'intégration), parere dell'11 settembre 2011	680

PERÙ

- Tribunal Constitucional, sentenza n. 0P5416-2009-PA/TC, del 27 giugno 2011	681
- Corte Europea per i Diritti dell'Uomo Grande Chambre, affaire 'Bayatyan vs. Armenia', n. 23459/03, sentenza del 7 luglio 2011	683
- V Sezione, affaire 'Dojan et alii vs. Germania', n. 319/08, decisione sull'ammissibilità del 13 settembre 2011	683

- II sezione, affaires 'Ouardiri vs. Svizzera', n. 65840/09, e 'Lega dei musulmani di Svizzera vs. Svizzera', n. 66274/09, decisione sull'ammissibilità del 28 giugno 2011 684
- V sezione, affaire 'Associazione dei Testimoni di Geova vs. Francia', sentenza del 30 giugno 2011, n. 8916/05 684

Giurisprudenza e legislazione penale

- *Presentazione* 685
- *Corte di Cassazione, Sez. penale V, 23 febbraio 2011, n. 7017* 686
- *Corte di Cassazione, Sez. penale I, 25 febbraio 2011, n. 20979* 688
- *Corte di Cassazione, Sez. penale IV, 17 agosto 2011, n. 31132* 690

Giurisprudenza e legislazione tributaria

- *Ministero dell'Economia e delle Finanze - Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa - Circolare 1 agosto 2011 n. 38* 692
- *Corte di Cassazione civile, Sezione Tributaria, 28 gennaio 2011 n. 2080* 701
- *Corte di Cassazione civile, Sezione Tributaria, 15 aprile 2011 n. 8643* 703

Parte III

Lecture

- HAROLD J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione* (ALDO MAZZACANE) 707
- ANTONIO G. CHIZZONITI E MARIACHIARA TALLACHINI (a cura di) *Cibo e religione: diritto e diritti* (FABIO BALSAMO) 711
- SERGIO LARICCIA, *Battaglie di libertà* (MARIO TEDESCHI) 716
- *Il fenomeno religioso. Note a margine di Agostino Marchetto - Chiesa e migranti. La mia battaglia per una sola famiglia umana* (LUIGI NOTARO) 718
- LAURA MAI, *Per una rilettura del concetto di tolleranza* (FABIO FALANGA) 722

Recensioni

- *Istruzione e libertà religiosa. Le scuole delle organizzazioni di tendenza* (a cura di N. FIORITA E A. VISCOMI) (FABIO FALANGA) 726

Presentazione

Anche questo numero della Rivista viene alla luce con la consueta puntualità. Il volume è particolarmente corposo nonostante sia stata rinviata la pubblicazione di alcuni articoli e recensioni, ma ciò deriva dal fatto che si sono accettate cinque relazioni tenute a Cosenza il 5 maggio 2011 al Convegno “La laicità e gli ordinamenti giuridici: principi, valori e regole”, dal fatto che alcuni autori hanno inviato più di un articolo, dalla lunghezza degli stessi che si prega di contenere, e dalla molteplicità di avvenimenti, dall’omaggio al prof. Franco Bolognini, ai ricordi di Peyrot, Catalano e Caputo. Alcuni articoli, quelli di Condorelli e di Valdrini, sono corredati da fotografie che non è stato possibile, dai i costi, pubblicare a colori. Certamente abbelliscono il volume e corredano i testi di supporti necessari e rari.

La Rivista comincia ad aprirsi al dibattito culturale e non solo accademico. L’ampiezza della prima parte ha reso necessario limitare le altre due ma solo occasionalmente. Senza la collaborazione della Casa Editrice, del Comitato di redazione e della Segreteria di redazione, tutto ciò non sarebbe possibile. Grazie a tutti, autori e collaboratori, e ... *ad multos annos*.

Diritto e religioni

PARTE I

Historia docet: la ricezione della comunità e la giustificazione delle regole matrimoniali e processuali¹

MATTEO NACCI

1. *Introduzione*

Tra le più interessanti sollecitazioni che nell'attuale momento delle ricerche giuridiche propone lo studio del diritto canonico nel contesto dell'*utroque iure*, si trova la sfida di presentare, in termini di testimonianza culturale, i valori dell'esperienza giuridica della Chiesa all'interno della più ampia esperienza giuridica umana. Questa sfida culturale ben può essere sintetizzata riconducendola alla tensione che si racchiude nel rapporto tra *ius* (come dimensione sostanziale che esprime l'aspirazione alla giustizia) e *lex* (come espressione formale ma necessaria alla persona e ai gruppi sociali)². Detta tensione non compete solo alla teoria generale del diritto, né si esaurisce nelle note riflessioni dallo spessore prevalentemente metagiuridico. Compete anche alla storia come approccio specifico all'esperienza di giuridicità concreta, dove la suddetta tensione tra *ius* e *lex* è protagonista di un faticoso cammino rispetto alla giustificazione delle norme formali.

Quello della storia del diritto canonico è un contributo molto ricco

¹ Conferenza tenuta in occasione del XV Incontro di Aggiornamento del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo (Castellamare del Golfo, Trapani, 14-17 giugno 2011).

² Sul rapporto fra *ius* e *lex* si veda, ad esempio, il dialogo condotto da Guido Alpa a Paolo Grossi nel quale, al momento in cui Alpa chiede al Maestro fiorentino in quali termini si pone la legge rispetto al diritto egli risponde così: «legge e diritto non sono termini e concetti equivalenti, anche se nella nostra modernità continentale lo statalismo imperante ha tentato di farli coincidere. La legge ha in sé, inevitabilmente sempre, quella carica di autoritarità che il diritto non ha e non deve avere. La riduzione moderna – grazie a Dio, appartenente al recente passato – del diritto a legge è consistita in uno scellerato riduzionismo, cioè in un enorme impoverimento: diventando il diritto lo specchio riflettente il potere, si riversavano su di esso tutte le miserie e le vergogne di questo. La voce del diritto perdeva la sua coralità per ridursi ad un solo timbro monistico» [GUIDO ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, Bari, 2011, 260].

poiché permette di cogliere, in mezzo alla riferita fatica, alcuni valori che oltre ad essere punti fermi per l'ordinamento della Chiesa, possono risultare anche di interesse nella riflessione sulla legittimazione e i limiti di qualsiasi ordinamento³. Sul versante interno, come ordinamento materiale, legittimazione e limiti del diritto canonico discendono dalla pretesa che si ravvisa sin dalla sua nascita, quella cioè di costituire un ordinamento originario, la cui giustificazione risiede nella volontà di assicurare la missione evangelizzatrice e dove la coerenza con l'esperienza che diede origine alla Chiesa, la cosiddetta volontà fondazionale, è criterio strutturante e discriminante nel discernere eventuali sviluppi non legittimi. In tali sforzi, emerse presto la consapevolezza di dover distinguere tra ciò che si ritenne appartenente alla volontà divina sulla Chiesa (il c.d. diritto divino) da ciò che si considerò, altrettanto presto, rimesso alla responsabilità della stessa Chiesa dopo i dovuti discernimenti. Tutta questa esperienza originaria è volta alla missione evangelizzatrice sicché, nella sua condizione di ordinamento anche formale, il principale criterio di legittimazione delle norme canoniche è risultato essere sempre l'efficacia dei suoi contenuti rispetto alle necessità della vita e del sentire della comunità.

Lo studio delle fonti antiche del diritto canonico, nella loro pluralità e varietà (canoni conciliari, decretali pontificie, *capitula episcoporum*)⁴, e la loro inclusione entro un diritto con vocazione universale, mostra che sono state diverse le strategie utilizzate nel corso della storia della Chiesa per eliminare le inevitabili discordanze e contraddizioni tra i contenuti normativi (Sant'Ivo di Chartres⁵,

³ Sul tema della legittimazione e i limiti degli ordinamenti giuridici in rapporto alla ricezione della comunità si consenta il rinvio a MATTEO NACCI, *A recepção da comunidade como critério de legitimação do ordenamento jurídico: a contribuição da história*, in *Suprema Lex. Revista de Direito Canônico*, 1 (2001), 129-151.

⁴ Per uno studio sulle fonti del diritto canonico si veda, *ex multis*, BERTRAND KURTSCHIED – FELIX ANTONIUS WILCHES, *Historia iuris canonici*, I, *Historia fontium et scientiae iuris canonici*, Officium Libri Catholici, Romae, 1943; IVO A. ZEIGER, *Historia iuris canonici*, I, *De historia fontium et scientiae iuris canonici*, apud aedes Universitatis Gregoriana, Romae, 1947; ALPHONSUS MARIA STICKLER S.D.B., *Historia iuris canonici Latini. Institutiones academicae*, I, *Historia fontium*, Pas-Verlag, Taurini, 1950; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del derecho canónico*, I, *El primer milenio*, Calatrava, Salamanca, 1967; JEAN GAUDEMET, *Le sources du droit canonique, VIII-XX siècle. Repères canoniques. Sources occidentales (Droit canonique)*, Editions du Cerf, Paris, 1993; BRIAN EDWIN FERME, *Introduzione alla storia delle fonti del diritto canonico*, I, *Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Pontificia Università Lateranense, Mursia, 1998; PÉTER ERDŐ, *Storia delle Fonti del Diritto Canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2008.

⁵ IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS, *Panormia*, in JACQUES PAUL MIGNE (a cura di), *Patrologia Latina* (PL), CLXI, coll. 1039-1344. Cfr. JEAN WERCKMEISTER, *Le premier «canoniste»: Yves de Chartres*, in *Revue de droit canonique*, 47/1 (1997), 53-70.

Algero di Liegi⁶, Pietro Abelardo⁷, Bernoldo di Costanza⁸, Graziano⁹). Ma, ciò che soprattutto mostra lo studio delle fonti del diritto canonico, è che al di là della strategia utilizzata soltanto un nucleo molto ridotto risulta stabile. A tale nucleo si affianca un altro molto più ampio, caratterizzato dalla flessibilità e dall'adattamento alle esigenze della missione e dei fedeli.

In tal senso, senza nulla diminuire al posto prioritario che appartiene ai fondamenti teologici stabili del diritto canonico, la prospettiva culturale che emerge dalla sua evoluzione storica è l'altrettanto imprescindibile esigenza di assicurare l'utilità delle norme ai bisogni della comunità cristiana. In altre parole, ciò che in termini teologici si chiama *sensus fidelium*, in termini giuridici può essere formulato come ricettività comunitaria delle norme. A mio avviso, tale ricettività deve essere considerata un criterio di primo livello nel discernere la legittimità ed efficacia delle norme canoniche; perciò ho pensato di proporre questo criterio, alla luce della storia, poiché lo ritengo una sfida culturale particolarmente insidiosa nei confronti di alcuni aspetti del vigente diritto matrimoniale e processuale canonico.

2. *Il criterio di ricettività delle norme nell'esperienza giuridica antica: il senso della promulgazione*

Può sembrare anacronistico richiamare come valore culturale per l'esperienza giuridica odierna il concetto della ricettività quale criterio di legittimazione. In effetti, è da molto tempo che la legittimità di una norma viene quasi automaticamente accostata alla sua valida promulgazione e vigenza. La storia, però, offre l'opportunità di recuperare, sin dal diritto romano, il senso primitivo che aveva l'atto di promulgazione. A differenza di oggi, dove promulgare una legge significa pubblicarla dopo essere stata creata dal legisla-

⁶ ALGERUS LEODIENSIS, *Liber De misericordia et iustitia*, in PL, CLXXX, coll. 857-968. Cfr. ROBERT KRETZSCHMAR, *Alger von Lüttichs Traktat "De misericordia et iustitia"*, Thorbecke, Sigmaringen, 1985.

⁷ PETRUS ABAELARDUS, *Sic et non*, in PL, CLXXVIII, coll. 1329-1610. Cfr. BLANCHE B. BOYER – RICHARD MCKEON, *Peter Abailard: Sic et non. A critical edition*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

⁸ BERNOLDUS CONSTANTIENTIS, *De excommunicatis vitandis, de reconciliatione lapsorum et de fontibus iuris ecclesiastici*, in PL, CXLVIII, coll. 1231-1236.

⁹ DECRETUM MAGISTRI GRATIANI, in AEMILIUS FRIEDBERG (a cura di), *Corpus iuris canonici*, I, *Pars prior*, Akademische Druck-V. Verlagsanstalt, Graz, 1959. Su Graziano e il *Decretum* si veda, *ex multis*, CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2003; PÉTER ERDÖ, *op. cit.*, con numerosi riferimenti bibliografici.

tore, in diritto romano promulgare una legge significava proporre al popolo un progetto legislativo: il magistrato che presiedeva l'assemblea proponeva la legge ed era il popolo in essa rappresentato che la accettava. *Lex publica* e *lex privata* nascevano, quindi, da un patto (*conventio*); il che significa che il ruolo dei cittadini romani non era solo eleggere i loro rappresentanti perché fossero gli unici creatori delle leggi; era lo stesso popolo a legiferare, sebbene su proposta del magistrato o del tribuno della plebe al quale spettava convocare i comizi legislativi¹⁰.

Un ulteriore richiamo alla sfida culturale che rappresenta il recupero dell'equilibrio tra promulgazione formale delle leggi e ricettività dei destinatari si ricava, con maggiore chiarezza, dal Decreto di Graziano, quando alla ormai consolidata affermazione secondo cui «*leges instituuntur, cum promulgantur*», il *Magister* aggiunge immediatamente «*firmantur, cum moribus utentium approbantur*»¹¹, chiarendo in seguito che a causa di ciò tante leggi sono state abrogate da consuetudini contrarie¹².

3. *Tratti principali dell'epoca medievale e moderna nel rapporto tra vigenza formale della norma e ricezione della comunità*

I due suaccennati brevi richiami sono sufficienti per passare a presentare, sinteticamente, le tappe dell'evoluzione storico-giuridica che hanno visto il

¹⁰ Nel Diritto romano il concetto di promulgazione della legge si distanziava notevolmente sia da quello dei moderni Stati civili sia da quello dell'ordinamento canonico a causa della differenza strutturale del procedimento di formazione della legge, risultato dell'accordo fra il magistrato proponente e il popolo che accettava la *rogatio* (disegno di legge) compiuta dal magistrato stesso, che prendeva il nome di *promulgatio*. Il disegno di legge, a sua volta, veniva preventivamente approvato in Senato ed affisso in un luogo pubblico affinché il magistrato potesse convocare il popolo per discutere su di esso e giungere, così, alla votazione e alla conseguente proclamazione del risultato, produttore l'immediata entrata in vigore della legge. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a MARCELINO CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canonico*, I, La Editorial Católica, Madrid, 1963, 105; ROLF DANNENBRING (trad.), *Roman private law*, Butterworths, Durban, 1965, 21-28; FELICIANO SERRAO, *Legge (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII (1973), 794-850, in part. 826-828.

¹¹ D. IV, C. III, *Dictum Gratiani*, in AEMILIUS FRIEDBERG (a cura di), *Corpus iuris canonici*, I, *Decretum Magistri Gratiani, Decreti Prima Pars*, Akademische Druck-Verlagsanstalt, Graz 1959, 6. Sul concetto di promulgazione della legge e ricettività della stessa nell'ordinamento giuridico canonico in rapporto a Graziano, si veda PATRICK VALDRINI, *La ricezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, estratto da *Diritto e Religioni*, V (1-2010), 141-159, in part. 142-151.

¹² D. IV, C. III, *Dictum Gratiani*, cit., 6: «*Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur. Unde illud Thelespbori Papae (quo decrevit, ut clerici generaliter a quinquagesima a carnibus et deliciis ieiunent) quia moribus utentium approbatum non est, aliter agentes transgressionis reos non arguit*».

riferito equilibrio tra comando giuridico e accettazione comunitaria percorrere un cammino non sempre lineare. La sintesi dell'esperienza giuridica medievale la presento riferendomi a quattro figure significative: Sant'Agostino d'Ipbona, Alberto Magno, San Tommaso d'Aquino e Ugo da San Vittore.

Nella cultura medievale, ogni speculazione giuridica, teologica e filosofica mette in evidenza il binomio 'imperfezione del singolo – perfezione della comunità'. Ciò è chiaro in Sant'Agostino d'Ipbona, il cui pensiero si colloca temporalmente nel V secolo, per il quale la singola creatura si inserisce all'interno di un tessuto sovraordinato, che prescinde dal 'singolo' e che costituisce una realtà perfetta che si sostanzia in un ordine altrettanto perfetto perché formato dall'insieme di più soggetti che volontariamente abbandonano la loro individualità per formare un *corpus* tendente al bene della collettività¹³.

Sul ruolo fondativo della comunità nell'ordinamento giuridico è emblematico il contributo di Alberto Magno, maestro di San Tommaso, secondo il quale la legge è estranea, per quanto concerne la creazione, alla *voluntas principis*; egli afferma, infatti, che essa è una realtà complessa cui concorrono tre soggetti: un soggetto determinante, il *populus*, che la accetta, svolgendo una funzione attiva, e la osserva in quanto promulgata per la sua utilità; il *iurisconsultus*, che redige la legge, dopo averla individuata, mediante tecniche giuridiche adeguate; il *princeps*, il cui ruolo consiste esclusivamente nel conferire autorità formale alla norma¹⁴. Il ruolo del detentore del potere, quindi, è assai modesto, con una funzione che rimane esterna al processo di formazione della norma, all'interno del quale il vescovo domenicano non esita ad inserire 'comunità' e 'scienza giuridica'.

San Tommaso¹⁵, massimo esponente dell'antropologia medievale, presenta

¹³ AURELIUS AUGUSTINUS HIPONENSIS, *Sancti Aurelii Augustini Enarrationes in psalmos CI-CL* (in *Corpus christianorum – Series latina*, XL, pars X, 3), in *psalmum CXLIV*, n. 13: «[...] ista contextio creaturae, ista ordinatissima pulchritudo, ab imis ad summa conscendens, a summis ad ima descendens nusquam interrupta sed dissimilibus temperata».

¹⁴ ALBERTUS MAGNUS, *De bono*, in HENRICUS KÜHLE, CARL FECKES, BERNHARD GEYER, WILHELM KÜBEL (a cura di), *Sancti doctoris Ecclesiae Alberti Magni ordinis fratrum praedicatorum episcopi Opera omnia*, in aedes Aschendorff, Monasterii Westfolorum 1951, Tom. XXVIII, Tract. V, *de justitia*, q. II, *de legibus*, art. I, *quid sit lex*: «lex est constitutio populi per consensum et utilitatem et observationem, iuriconsulti autem est per inventionem et ordinationem, et principis per auctoritatis sanctionem».

¹⁵ Fra le numerose opere monografiche sulla speculazione filosofico-teologica del Santo Dottore della Chiesa si veda, MARTIN GRABMANN, *San Tommaso. Una introduzione alla sua personalità e al suo pensiero*, Vita e Pensiero, Milano, 1920; ANTONIN GILBERT SERTILLANGES, *La philosophie morale de St-Thomas d'Aquin*, F. Alcan, Paris, 1947; CARLO GIACON, *Le grandi tesi del tomismo*, C. Marzorati, Milano, 1948; CARLO GIACON, *Itinerario tomistico*, La goliardica editrice universitaria, Roma, 1983; MAURO LA SPISA, *San Tommaso e il pensiero post-moderno*, Massimo, Milano, 1983; BATTISTA MONDIN, *Il sistema filosofico in Tommaso d'Aquino: per una lettura attuale della filosofia tomista*, Massimo,

il rapporto ‘*unus homo – communitas*’ come un rapporto ‘*imperfectum – perfectum*’¹⁶; é la comunità, nelle sue singole manifestazioni, la sola protagonista di questo impianto teologico-politico-giuridico¹⁷. Nel Medioevo è tangibile

Milano, 1985; AGOSTINO SELVA - TITO S. CENTI (a cura di), *San Tommaso d'Aquino. Compendio di teologia e altri scritti*, UTET, Torino 2010.

¹⁶ S. THOMAS, *Summa Theologiae, Secunda Secundae*, ex officina Christophori Plantini, Antuerpiae 1585, q. 47, art. 10: «[...] Videtur quod prudentia non se extendat ad regimen multitudinis, sed solum ad regimen sui ipsius. Dicit enim philosophus, in V Ethic., quod virtus relata ad bonum commune est iustitia. Sed prudentia differt a iustitia. Ergo prudentia non refertur ad bonum commune. Praeterea, ille videtur esse prudens qui sibi ipsi bonum quaerit et operatur. Sed frequenter illi qui quaerunt bona communia negligunt sua. Ergo non sunt prudentes. Praeterea, prudentia dividitur contra temperantiam et fortitudinem. Sed temperantia et fortitudo videntur dici solum per comparationem ad bonum proprium. Ergo etiam prudentia. Sed contra est quod dominus dicit, Matth. XXIV, quis, putas, est fidelis servus et prudens, quem constituit dominus super familiam suam? Respondeo dicendum quod, sicut philosophus dicit, in VI Ethic., quidam posuerunt quod prudentia non se extendit ad bonum commune, sed solum ad bonum proprium. Et hoc ideo quia existimabant quod non oportet hominem quaerere nisi bonum proprium. Sed haec aestimatio repugnat caritati, quae non quaerit quae sua sunt, ut dicitur I ad Cor. XIII. Unde et apostolus de seipso dicit, I ad Cor. X, non quaerens quod mihi utile sit, sed quod multis, ut salvi fiant. Repugnat etiam rationi rectae, quae hoc iudicat, quod bonum commune sit melius quam bonum unius. Quia igitur ad prudentiam pertinet recte consiliari, iudicare et praecipere de his per quae pervenitur ad debitum finem, manifestum est quod prudentia non solum se habet ad bonum privatum unius hominis, sed etiam ad bonum commune multitudinis. Ad primum ergo dicendum quod philosophus ibi loquitur de virtute morali. Sicut autem omnis virtus moralis relata ad bonum commune dicitur legalis iustitia, ita prudentia relata ad bonum commune vocatur politica, ut sic se habeat politica ad iustitiam legalem, sicut se habet prudentia simpliciter dicta ad virtutem moralem. Ad secundum dicendum quod ille qui quaerit bonum commune multitudinis ex consequenti etiam quaerit bonum suum, propter duo. Primo quidem, quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis aut regni. Unde et maximus Valerius dicit de antiquis Romanis quod malebant esse pauperes in divite imperio quam divites in paupere imperio. Secundo quia, cum homo sit pars domus et civitatis, oportet quod homo consideret quid sit sibi bonum ex hoc quod est prudens circa bonum multitudinis, bona enim dispositio partis accipitur secundum habitudinem ad totum; quia ut Augustinus dicit, in libro Confess., turpis est omnis pars suo toti non congruens. Ad tertium dicendum quod etiam temperantia et fortitudo possunt referri ad bonum commune, unde de actibus earum dantur praecepta legis, ut dicitur in V Ethic. Magis tamen prudentia et iustitia, quae pertinent ad partem rationalem, ad quam directe pertinent communia, sicut ad partem sensitivam pertinent singularia». Si veda, sul punto, PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari, 1997, 79-80.

¹⁷ S. THOMAS, *Summa Theologiae, Prima Secundae*, q. 90, art. 2: «[...] Videtur quod lex non ordinatur semper ad bonum commune sicut ad finem. Ad legem enim pertinet praecipere et prohibere. Sed praecepta ordinantur ad quaedam singularia bona. Non ergo semper finis legis est bonum commune. Praeterea, lex dirigit hominem ad agendum. Sed actus humani sunt in particularibus. Ergo et lex ad aliquod particulare bonum ordinatur. Praeterea, Isidorus dicit, in libro Etymol., si ratione lex constat, lex erit omne quod ratione constiterit. Sed ratione consistit non solum quod ordinatur ad bonum commune, sed etiam quod ordinatur ad bonum privatum. Ergo lex non ordinatur solum ad bonum commune, sed etiam ad bonum privatum unius. Sed contra est quod Isidorus dicit, in V Etymol., quod lex est nullo privato commoda, sed pro communi utilitate civium conscripta. Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, lex pertinet ad id quod est principium humanorum actuum, ex eo quod est regula et mensura. Sicut autem ratio est principium humanorum actuum, ita etiam in ipsa ratione est aliquid quod est principium respectu omnium aliorum. Unde ad hoc oportet quod principaliter et maxime pertineat lex. Primum autem principium in operativis, quorum est ratio practica, est finis ultimus. Est autem ultimus finis humanae vitae felicitas vel beatitudo, ut supra habitum est. Unde oportet quod lex maxime respiciat ordinem

la forte diffidenza nei confronti del singolo e del principe, ed è la comunità il ‘soggetto collettivo’ che incardina la supremazia socio-politico-giuridica. Questa concezione medievale, è rappresentata splendidamente nella celeberrima definizione di *lex* di San Tommaso d’Aquino, sintetizzatore supremo e universalmente riconosciuto del pensiero giuridico medievale: «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»¹⁸.

La legge è, quindi, un ordinamento razionale, rivolto al bene comune, promulgato da chi ha il governo della comunità. Il *Doctor angelicus* indica

qui est in beatitudinem. Rursus, cum omnis pars ordinetur ad totum sicut imperfectum ad perfectum; unus autem homo est pars communitatis perfectae; necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem. Unde et philosophus, in praemissa definitione legalium, mentionem facit et de felicitate et communiione politica. Dicit enim, in V Ethic., quod legalia iusta dicimus factiva et conservativa felicitatis et particularum ipsius, politica communicatione, perfecta enim communitas civitas est, ut dicitur in I Polit. In quolibet autem genere id quod maxime dicitur, est principium aliorum, et alia dicuntur secundum ordinem ad ipsum, sicut ignis, qui est maxime calidus, est causa caliditatis in corporibus mixtis, quae intantum dicuntur calida, inquantum participant de igne. Unde oportet quod, cum lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune, quodcumque aliud praeceptum de particulari opere non habeat rationem legis nisi secundum ordinem ad bonum commune. Et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur. Ad primum ergo dicendum quod praeceptum importat applicationem legis ad ea quae ex lege regulantur. Ordo autem ad bonum commune, qui pertinet ad legem, est applicabilis ad singulares fines. Et secundum hoc, etiam de particularibus quibusdam praecepta dantur. Ad secundum dicendum quod operationes quidem sunt in particularibus, sed illa particularia referri possunt ad bonum commune, non quidem communitate generis vel speciei, sed communitate causae finalis, secundum quod bonum commune dicitur finis communis. Ad tertium dicendum quod, sicut nihil constat firmiter secundum rationem speculativam nisi per resolutionem ad prima principia indemonstrabilia, ita firmiter nihil constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune. Quod autem hoc modo ratione constat, legis rationem habet».

¹⁸ S. THOMAS, *Summa Theologiae*, Prima Secundae, q. 90, art. 4: «[...] Videtur quod promulgatio non sit de ratione legis. Lex enim naturalis maxime habet rationem legis. Sed lex naturalis non indiget promulgatione. Ergo non est de ratione legis quod promulgetur. Praeterea, ad legem pertinet proprie obligare ad aliquid faciendum vel non faciendum. Sed non solum obligantur ad implendam legem illi coram quibus promulgatur lex, sed etiam alii. Ergo promulgatio non est de ratione legis. Praeterea, obligatio legis extenditur etiam in futurum, quia leges futuris negotiis necessitatem imponunt, ut iura dicunt. Sed promulgatio fit ad praesentes. Ergo promulgatio non est de necessitate legis. Sed contra est quod dicitur in decretis, IV dist., quod leges instituuntur cum promulgantur. Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, lex imponitur aliis per modum regulae et mensurae. Regula autem et mensura imponitur per hoc quod applicatur his quae regulantur et mesurantur. Unde ad hoc quod lex virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione. Unde promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem. Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata. Ad primum ergo dicendum quod promulgatio legis naturalis est ex hoc ipso quod Deus eam mentibus hominum inseruit naturaliter cognoscendam. Ad secundum dicendum quod illi coram quibus lex non promulgatur, obligantur ad legem servandam, inquantum in eorum notitiam devenit per alios, vel devenire potest, promulgatione facta. Ad tertium dicendum quod promulgatio praesens in futurum extenditur per firmitatem Scripturae, quae quodammodo semper eam promulgat. Unde Isidorus dicit, in II Etymol., quod lex a legendo vocata est, quia scripta est».

l'importante 'ruolo' della comunità quando afferma «*ad bonum commune*», espressione dal pregnante valore finalistico, mancando la quale si avvera l'invalidità del comando giuridico. In tale visione, il ruolo di colui che è preposto alla comunità è molto limitato, poiché ai suoi poteri si assegna una funzione di natura solo dichiarativa e, come conseguenza logica, la componente volitiva e creativa – che si tradurrebbero in un potere di tipo legislativo – è ridotta al minimo, se non inesistente.

San Tommaso, quasi a voler marcare profondamente il ruolo esclusivamente 'ordinatorio' del detentore del potere, a più riprese individua l'*instrumentum ordinationis*, la ragione, consistente in una attività principalmente conoscitiva che mette in evidenza la profonda umiltà con la quale il detentore del potere si muove, in assoluto rispetto, per 'leggere' i dati normativi già iscritti nella 'natura delle cose' e che la società, in quanto primaria fruitrice, utilizza ancor prima di divenire norma giuridica¹⁹.

¹⁹ S. THOMAS, *Summa Theologiae, Prima Secundae*, q. 90, art. 1: «[...] Videtur quod lex non sit aliquid rationis. Dicit enim apostolus, ad Rom. VII, video aliam legem in membris meis, et cetera. Sed nihil quod est rationis, est in membris, quia ratio non utitur organo corporali. Ergo lex non est aliquid rationis. Praeterea, in ratione non est nisi potentia, habitus et actus. Sed lex non est ipsa potentia rationis. Similiter etiam non est aliquis habitus rationis, quia habitus rationis sunt virtutes intellectuales, de quibus supra dictum est. Nec etiam est actus rationis, quia cessante rationis actu, lex cessaret, puta in dormientibus. Ergo lex non est aliquid rationis. Praeterea, lex movet eos qui subiciuntur legi, ad recte agendum. Sed movere ad agendum proprie pertinet ad voluntatem, ut patet ex praemissis. Ergo lex non pertinet ad rationem, sed magis ad voluntatem, secundum quod etiam iurisperitus dicit, quod placuit principi, legis habet vigorem. Sed contra est quod ad legem pertinet praecipere et prohibere. Sed imperare est rationis, ut supra habitum est. Ergo lex est aliquid rationis [...]»; Ivi, q. 91, art. 2: «[...] Videtur quod non sit in nobis aliqua lex naturalis. Sufficiens enim homo gubernatur per legem aeternam, dicit enim Augustinus, in I de Lib. Arb., quod lex aeterna est qua iustum est ut omnia sint ordinatissima. Sed natura non abundat in superfluis, sicut nec deficit in necessariis. Ergo non est aliqua lex homini naturalis. Praeterea, per legem ordinatur homo in suis actibus ad finem, ut supra habitum est. Sed ordinatio humanorum actuum ad finem non est per naturam, sicut accidit in creaturis irrationabilibus, quae solo appetitu naturali agunt propter finem, sed agit homo propter finem per rationem et voluntatem. Ergo non est aliqua lex homini naturalis. Praeterea, quanto aliquis est liberior, tanto minus est sub lege. Sed homo est liberior omnibus animalibus, propter liberum arbitrium, quod prae aliis animalibus habet. Cum igitur alia animalia non subdantur legi naturali, nec homo alicui legi naturali subditur. Sed contra est quod, Rom. II, super illud, cum gentes, quae legem non habent, naturaliter ea quae legis sunt faciunt, dicit Glossa, etsi non habent legem scriptam, habent tamen legem naturalem, qua quilibet intelligit et sibi conscius est quid sit bonum et quid malum. Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, lex, cum sit regula et mensura, dupliciter potest esse in aliquo, uno modo, sicut in regulante et mensurante; alio modo, sicut in regulato et mensurato, quia in quantum participat aliquid de regula vel mensura, sic regulatur vel mensuratur. Unde cum omnia quae divinae providentiae subduntur, a lege aeterna regentur et mensurentur, ut ex dictis patet; manifestum est quod omnia participant aliquo modo legem aeternam, in quantum scilicet ex impressione eius habent inclinationes in propriis actus et fines. Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens. Unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur. Unde cum Psalmista dixisset, sacrificate sacrificium iustitiae,

Un altro punto fermo nello sviluppo del pensiero teologico-filosofico medievale, circa la supremazia della *communitas* sull'*unus homo*, si ritrova nelle argomentazioni di Ugo di San Vittore il quale afferma chiaramente che i singoli beni si manifestano appieno non nei soggetti considerati nella loro individualità, ma nell'ordine gerarchico che costituisce l'*universitas*²⁰.

Inoltre, per giustificare ancora meglio quanto affermato, il filosofo e teologo parigino afferma che la Grazia, anche se opera nei singoli soggetti, trova nella 'unità complessiva' (formata, cioè, da tanti singoli soggetti che rinunciano alla propria individualità per il bene comune superiore) il suo campo di effusione privilegiato. Ne consegue che al di fuori di questa 'unità complessiva' il singolo soggetto non può fruire della Grazia, che invece esplica la sua efficacia in capo al singolo solo ed esclusivamente in quanto membro della *universitas*, cifra caratterizzante e determinante tutto l'ordine giuridico medievale²¹.

Possiamo individuare, quindi, tre principi fondanti l'esperienza giuridica

quasi quibusdam quaerentibus quae sunt iustitiae opera, subiungit, multi dicunt, quis ostendit nobis bona? Cui quaestioni respondens, dicit, signatum est super nos lumen vultus tui, domine, quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis. Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura. Ad primum ergo dicendum quod ratio illa procederet, si lex naturalis esset aliquid diversum a lege aeterna. Non autem est nisi quaedam participatio eius, ut dictum est. Ad secundum dicendum quod omnis operatio, rationis et voluntatis derivatur in nobis ab eo quod est secundum naturam, ut supra habitum est, nam omnis ratiocinatio derivatur a principiis naturaliter notis, et omnis appetitus eorum quae sunt ad finem, derivatur a naturali appetitu ultimi finis. Et sic etiam oportet quod prima directio actuum nostrorum ad finem, fiat per legem naturalem. Ad tertium dicendum quod etiam animalia irrationalia participant rationem aeternam suo modo, sicut et rationalis creatura. Sed quia rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter, ideo participatio legis aeternae in creatura rationali proprie lex vocatur, nam lex est aliquid rationis, ut supra dictum est. In creatura autem irrationali non participatur rationaliter, unde non potest dici lex nisi per similitudinem»; Ivi, q. 91, art. 3: «[...] Videtur quod non sit aliqua lex humana. Lex enim naturalis est participatio legis aeternae, ut dictum est. Sed per legem aeternam omnia sunt ordinatissima, ut Augustinus dicit, in I de Lib. Arb. Ergo lex naturalis sufficit ad omnia humana ordinanda. Non est ergo necessarium quod sit aliqua lex humana. Praeterea, lex habet rationem mensurae, ut dictum est. Sed ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso, ut in X Metaphys. dicitur. Ergo ex ratione humana nulla lex procedere potest. Praeterea, mensura debet esse certissima, ut dicitur in X Metaphys. Sed dictamen humanae rationis de rebus gerendis est incertum; secundum illud Sap. IX, cogitationes mortalium timidae, et incertae providentiae nostrae. Ergo ex ratione humana nulla lex procedere potest. Sed contra est quod Augustinus, in I de Lib. Arb., ponit duas leges, unam aeternam et aliam temporalem, quam dicit esse humanam. Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, lex est quoddam dictamen practicae rationis [...]».

²⁰ HUGO DE S. VICTORE, *Commentariorum in Hierarchiam coelestem S. Dionysii Areopagitae*, in PL, CLXXV, lib. IV, coll. 1003-1004: «Hoc autem diligenter attendendum est, quod non singulis quibusque, sed hierarchiae, id est universitati, bona illa manifestata dicuntur, ita tamen ut a singulis in universitate imitationis studio exercentur, quia gratia ad universos effunditur et in singulis operatur. Extra unitatem nullus illam accipere potest, et in unitate alteri data nulli sufficere potest. Propterea hierarchiae manifestantur ad possibilem imitationem Deum diligentium animarum deducendam».

²¹ *Ibidem*.

medievale: 1) innanzitutto il potere politico non ha progetto totalizzante, né pretende di irretire e controllare il sociale mediante lo strumento ‘legge’²²; il ruolo del detentore del potere non è quello di ‘creatore della legge’ ma di ‘interprete dei fattori sociali’ che si trovano quotidianamente sotto i suoi occhi e nei confronti dei quali deve essere abilmente capace di porsi sul naso gli ‘occhiali della *iurisdictio*’, intesa, quest’ultima, come un *modus operandi* mediante il quale il *princeps* si deve limitare a ‘leggere’ i comportamenti della società degni di tutela e regolamentazione²³; 2) in secondo luogo, la sfiducia nei confronti del singolo operatore è proporzionale al valore acquisito dalla comunità. È in questo senso che si può parlare, senza temere di esagerare, di una *mens* medievale contraria ad ogni individualismo, che vede con grande sfiducia il soggetto in sé e per sé considerato ma che assegna a quest’ultimo, viceversa, una grande importanza in quanto collocato all’interno di un tessuto sociale, assolutamente protettivo ma allo stesso tempo totalizzante²⁴; 3) infine, conseguenza logica del fatto che *ius* e *lex* siano distinti, è che lo *ius* possa essere anche contenuto nel costume o nella consuetudine. Il diritto, cioè, appartiene alla società ancor prima della venuta del potere politico, è l’insieme di quei dati iscritti nella natura delle cose, che costituiscono i *mores* e le *consuetudines*, e che creano l’imprescindibile ‘database’ al quale il detentore del potere politico deve conformarsi²⁵.

²² In questo senso vogliamo mettere in evidenza che in gran parte degli Stati monarchici dell’Europa medievale (Francia, Portogallo, Spagna) sono estremamente rari, se non assenti, gli interventi dei detentori del potere politico. A tal proposito si veda PAOLO GROSSI, *L’ordine, cit.*, 130-135.

²³ Il tema del ‘ruolo’ del potere politico nell’ordinamento giuridico medievale e della sua ‘incompletezza’, nel senso di carenza di ‘vocazione’ totalizzante tesa a controllare ogni forma del sociale è mirabilmente spiegato da Paolo Grossi quando afferma chiaramente che «il medioevo (...) è un terreno storico dove il diritto appare svincolato dall’abbraccio del potere politico, se si eccettua quella porzione del ‘giuridico’ che serve all’esercizio delle supreme potestà e alla salvaguardia dell’ordine pubblico» [GUIDO ALPA (a cura di), *op. cit.*, 259]. Cfr. PAOLO GROSSI, *L’Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007, 11-18; PAOLO GROSSI, *L’ordine, cit.*, 41-52 e 135-144. In questo senso, un esempio ben rappresentativo del compito ‘ordinatorio’ e non ‘creativo’ del detentore del potere politico si trova nella *Lex Visigothorum*, o *Liber iudiciorum*, del 654 d. C., in cui il re Recesvindo si limita a raccogliere i *mores*, già esistenti e provenienti dal tessuto sociale del Regno dei Visigoti, ed a ‘vestirli’ di giuridicità affinché diventino norme giuridiche (in senso contrario, AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, vol. I, Signo, Barcelona, 1992, che identifica il «monarca como creador del derecho», 225). Dal carattere meramente ‘ordinatorio’ della funzione del re, nella determinazione di questo testo legislativo, discende la peculiare ‘cifra’ della *lex*, identificata come «*anima totius corporis popularis*» in quanto «*boni mores inveniens adque componens*» (*Monumenta Germaniae Historica-Leges nationum germanicarum*, vol. I, lib. I, tit. II, *De lege*, § II, *Quid sit lex*).

²⁴ Sulla centralità della comunità, nell’ordinamento giuridico medievale, rispetto al ruolo marginale del singolo soggetto in sé considerato, secondo il binomio ‘imperfessione del singolo e perfezione della comunità’, si veda PAOLO GROSSI, *L’ordine, cit.*, 75-80 e 195-201.

²⁵ Ivi, 56-60 e 182-195.

L'ordinamento giuridico medievale – poco sopra delineato – dove il principe appare relativamente indifferente alla creazione del diritto, mentre la comunità svolge un ruolo ontico, muta nel Trecento, quando il singolo si sente 'liberato' dal tessuto, tanto protettivo quanto condizionante, della società: è l'inizio dell'individualismo moderno che investe tanto il settore antropologico quanto quello politico-giuridico²⁶.

Dal punto di vista antropologico, si assiste ad un vero e proprio stravolgimento strutturale consistente nella distruzione violenta di ogni apparato sociale per sostituirlo al singolo soggetto, l'individuo, che in quanto tale è portatore di una volontà propria, capace di relazionarsi senza la *communitas* quale filtro intermedio e, purtroppo, escludente 'l'altro diverso da sé'²⁷.

Questo processo di individualizzazione, momento primo e allo stesso tempo spinta propulsiva dell'epoca moderna, è il frutto della riflessione teologica e filosofica dei secoli XIII e XIV. Ed infatti, nel tentativo di liberare l'uomo dalle 'incrostazioni' medievali, viene minato – sin dalla base – l'impianto filosofico-teologico aristotelico-tomista, caratterizzato dalla costruzione armonica del rapporto triadico Dio/uomo/natura; una costruzione armonica dove l'uomo si rapporta costantemente, con grande umiltà, al creato e da questo è condizionato nei suoi atti conoscitivi.

Dal punto di vista della sfera politica, in un rinnovato panorama in cui l'individuo agisce da sé e per se stesso senza bisogno della 'veste' – tanto protettiva quanto limitante – della *communitas*, si plasmerà un nuovo soggetto politico, il principe, capace di proiettare all'esterno la sua volontà perfettamente costituita e assolutamente incapace di relazionarsi con la comunità. Il *princeps*, quindi, – ed ecco il riflesso della 'mitizzazione' dell'individualismo sul piano giuridico –, comincia a porre la sua attenzione sulla produzione del diritto e, tentando di recidere alla base il pluralismo sociale e giuridico, si appropria del diritto come strumento di governo per fare del suo potere una «puissance absolu et perpétuel», come afferma Jean Bodin, alla fine del Cinquecento, nei *Six livres de la Republique*²⁸.

²⁶ Per una perfetta sintesi della *mens* propria della modernità giuridica si rinvia a PAOLO GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 26-39.

²⁷ Un esempio della 'nuova' speculazione filosofico-teologica, che investe come un fiume in piena la dimensione antropologica della nascente epoca moderna e che vede l'individuo in posizione di 'dominazione' nei confronti del mondo esterno, si ha con il francescano Pierre de Jean-Olieu il quale, alla metà del Duecento, afferma che la personalità dell'uomo è «*existentia dominativa et libera et in se ipsam possessiva reflexa vel flexibilis*» (PIETRO DI GIOVANNI OLIVI, *Quaestiones in secundum librum Sententiarum, quas primum ad finem codicum edidit*, ex Typ. Collegii S. Bonaventurae, Ad Claras Aquas, Quaracchi, Prope Florentiam, 1924, II, q. 52, 200).

²⁸ JEAN BODIN, *Le six livres de la Republique*, Scientia, Aalen, 1977, 122.

L'epoca moderna rappresenta la mortificazione del pluralismo giuridico e, come conseguenza, l'esaltazione del monismo, in cui il potere politico – identificato in uno Stato sovrano proteso ad annientare le comunità intermedie cariche di norme consuetudinarie e di prassi specifiche – si rispecchia ed opera attraverso la legge, *longa manus* della sua struttura totalizzante ed unificante, e dai contenuti astratti, inelastici e insindacabili.

La legge diventa, quindi, pura esternazione formale, un atto in cui non sarà il contenuto a conferire legittimazione, ma sempre e solo la provenienza dall'unico soggetto detentore del potere politico: il *legislator*. I nuovi ed unici protagonisti del palcoscenico storico, progettati nel 'laboratorio giuridico' del giusnaturalismo²⁹ e liberati dalle 'incrostazioni' medievali, sono l'individuo e lo Stato, entrambi risultato di un medesimo processo, entrambi 'alleati' contro l'ideologia medievale – presente nel tessuto sociale almeno sino alla fine del Cinquecento³⁰ –, la prassi corporativa e il ruolo creativo del giurista.

4. Ricettività comunitaria come sfida dell'esperienza giuridico-canonica attuale

L'esperienza giuridica della Chiesa, obbligata ad incarnarsi nel mondo e a partecipare delle sue vicissitudini, non rimane al margine dei cambiamenti strutturali degli ordinamenti giuridici moderni. Un segno di adeguamento all'evoluzione della maggioranza dei sistemi giuridici è stato l'opera di codificazione con la quale si unificò l'intero diritto della Chiesa in un unico testo

²⁹ Per spiegare lo stravolgimento di prospettiva dal mondo giuridico medievale a quello moderno, Paolo Grossi utilizza la felicissima espressione 'progetto giusnaturalistico', «un progetto – perché dell'impresa progettuale serba il carattere indubbio di struttura pensatissima –, ma anche una strategia – perché non nasconde la sua tensione a irretire la concretezza della vita quotidiana e a farsi prassi; progetto e strategia che si presentano agli occhi dello storico del diritto soprattutto nell'aspetto di un tentativo – ammirevole nella sua perspicuità – di identificare storia, società, istituzioni come artifici opprimenti e di cominciare a costruire *più in là*, in un terreno sgombro da ipoteche, dove l'individuo privato e l'individuo politico si potessero finalmente stagliare nella loro netta individualità. Il programma sembrava essere: astrarre e semplificare; lo strumento: una massiccia destoricizzazione e, conseguentemente, desocializzazione; il risultato: un palcoscenico storico ridotto a due sole individuazioni forti [...] l'individuo solitario e lo Stato» (PAOLO GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, estratto da *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII (1998), 13-39, in part. 31-32). Sul Giusnaturalismo si veda, *ex multis*, HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vadenhoeck e Ruprecht, Göttingen, 1951; ENRICO DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, Giappichelli, Torino, 1954; LEO STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (a cura di Nicola Pierri), N. Pozza, Venezia, 1957; EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIERREZ, *Ius naturae*, 2 voll., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1961; NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972; ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980.

³⁰ Si veda, sul punto, PAOLO GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, cit., 36-39.

normativo e con il quale furono ordinate, evitando il più possibile le incoerenze, le norme del *Corpus Iuris Canonici* fino ad allora vigenti³¹.

Pur senza cadere totalmente nel positivismo giuridico, dal punto di vista culturale l'opera di codificazione comportò anche per la Chiesa riporre la legittimazione più immediata delle sue norme e, di conseguenza, la più sicura fonte della loro obbligatorietà nello stesso meccanismo utilizzato dagli Stati moderni: la legittima promulgazione da parte dell'autorità.

Malgrado ciò, la codificazione del diritto canonico non ha comportato la totale scomparsa del ruolo riconosciuto alla comunità quale soggetto detentore di un'importante funzione nel riconoscere la legittimità delle norme. Di ciò sono riflesso non solo la permanenza di alcune fonti giuridiche interne allo stesso ordinamento canonico (la consuetudine)³², ma anche la condotta critica che le interpretazioni dottrinali e l'opera giurisprudenziale dei tribunali delle chiese locali possono promuovere di fronte all'eventuale incongruità di alcune leggi positive o quantomeno di alcune delle loro interpretazioni più uniformi.

³¹ Avvertiamo il lettore che non ci soffermeremo sulla codificazione piano-benedettina rimandando, su questo tema, ai moltissimi studi in merito fra i quali ALPHONSUS MARIA STICKLER S.D.B., *op. cit.*, 371-395; CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, tomo II, *Il codex iuris canonici* (1917), Giuffrè, Milano, 2008. Per quanto riguarda il processo di revisione della legislazione piano e la struttura del codice giovanneo-paolino si veda, fra molti, PAOLO MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2001, 63-67; GIORGIO FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2002, 38-44; CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, *cit.*, 261-269; LUCIANO MUSSELLI, *Storia del diritto canonico. Introduzione allo studio del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Giappichelli, Torino, 2007, 107-115.

³² La *canonica consuetudo*, come fonte del diritto, era disciplinata nei canoni del Codice piano-benedettino (cann. 25-20) ed è presente sia nel vigente Codice di Diritto Canonico latino (cann. 23-28) sia nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (cann. 1506-1509). Fra i moltissimi studi sulla consuetudine nel diritto canonico si veda, ALPHONSE VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense in codicem iuris canonici, editum a magistris et doctoribus universitatis Lovaniensis*, vol. I, tom. III, *De consuetudine*, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1933, 3-237; PIO FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Giuffrè, Milano, 1937; GOMMARUS MICHELS, O. F. MIN. CAP., *Normae generales juris canonici, Commentarius libri I codicis iuris canonici*, vol. II, tit. II, *De consuetudine*, Typis societatis S. Joannis Evangelistae Desclée et Socii, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, 1-220; MARIO FORNASARI, *La Consuetudine dalle collezioni canoniche gregoriane all'Ostienese*, in PIO FEDELE (a cura di), *Studi in onore di Marcello Magliocchetti*, vol. II, Officium Libri Catholici, Roma, 1975, 565-600; FRANCISCO JAVIER URRUTIA, S. J., *Reflexiones acerca de la costumbre juridica en la Iglesia*, in AA. VV., *Investigationes theologico-canonicae*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1978, 449-479; FRANCISCO JAVIER URRUTIA, S. J., *De consuetudine canonica novi canones studio proponuntur*, in *Periodica de re morali, canonica, liturgica*, LXX (1981), fasc. 1, 69-103; GIUSEPPE COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 1993; EDUARDO BAURA, *La consuetudine*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, Edizioni Glossa, Milano, 2001; GIORGIO FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in *Ius Ecclesiae, Rivista internazionale di Diritto Canonico*, XLX 2 (2007), 333-346; PIERO BELLINI, *Tradizione e consuetudine nella esperienza del movimento cristiano principale*, in LUCIO BOVE (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Jovene Editore, Napoli, 2008, 167-189.

In ogni caso, sarebbe sciocco negare che l'impressione più frequente e abbondante sia di segno opposto, cioè che il ruolo critico della comunità nell'accogliere le norme positive e le interpretazioni di autorità sia secondario, vale a dire non risulti un ruolo intrinseco all'ordinamento giuridico della Chiesa. Per lo storico del diritto, però, è d'obbligo mantenere una prospettiva più equilibrata. In tal senso ritengo che ci siano, nel momento attuale, linee di tendenza volte ad un necessario recupero del protagonismo comunitario di fronte alla quasi esclusiva rilevanza del potere legislativo. Questi segni sono molto evidenti nell'ambito del diritto che si sta formando nell'era della globalizzazione giuridica, dove l'utilità ai soggetti reali della società globale appare il criterio essenziale nella produzione del diritto³³.

In effetti, è ormai abituale ritenere che la globalizzazione a livello giuridico comporti la rottura del monopolio dello Stato sulla produzione del diritto con una conseguente partecipazione di nuovi soggetti, quelli privati, che producono diritto; un diritto le cui norme sono caratterizzate da una spiccata intelligibilità e flessibilità, intese come adattamento creativo alle diverse situazioni che si prospettano nei nuovi e significativi rapporti giuridici. Detto in negativo e applicandolo all'attività giudiziale, il soggetto dell'era globale è quello che non sopporta di dover aspettare tempi biblici per ottenere giustizia, che non è disposto a subire costruzioni giuridiche astratte ed obsolete, che preferisce addirittura altre vie extragiudiziali – ad esempio l'arbitrato³⁴ – per comporre le eventuali controversie.

Ci chiediamo ora che conseguenza possa derivare da questa caratteristica della globalizzazione giuridica per un ordinamento, come quello della Chiesa, dove l'accresciuto nuovo protagonismo della comunità e delle persone, nel

³³ Sulla globalizzazione, in particolare giuridica e sociologica, si veda, *ex multis*, PAOLO GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, CXXV (2002), 151-164; SPENCER ZIFCAK (ed.), *Globalisation and the rule of law*, Routledge, London-New York, 2005; MARIA ROSARIA FERRARESE, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma, 2006; FRANCESCO GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del Diritto*, XXX (2003) 7-17; ISABEL TRUJILLO, *Giustizia globale: le nuove frontiere dell'eguaglianza*, il Mulino, Bologna, 2007; SERGIO MAROTTA, *Le nuove feudalità: società e diritto nell'epoca della globalizzazione*, Istituto italiano per gli Studi filosofici, Napoli, 2007; SASKIA SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Einaudi, Torino, 2008; PAOLO GROSSI, *Il ruolo del giurista, oggi*, excerptum ex *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXVI (2010), XI-XXI, in part. XIX-XXI; VITTORIO COTESTA, *Sociologia del mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2010; JEAN BERNARD AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, L.G.D.J., Paris, 2010.

³⁴ Per una ricostruzione storico-giuridica dell'istituto dell'arbitrato, tenendo in considerazione anche l'ordinamento giuridico canonico, si consenta il rinvio a MATTEO NACCI, *Decidere 'per ragioni': l'arbitrato. Profili storico-giuridici*, in corso di pubblicazione in *Atti della VI Giornata Canonistica Interdisciplinare, Decidere e giudicare nella Chiesa*, Città del Vaticano, Pontificia Università Lateranense (8-9 marzo 2011), ed ivi i riferimenti bibliografici indicati.

regolare i rapporti degni di tutela, sembrerebbe molto in linea con il *sensus fidelium* e la ricettività delle norme. Come abbiamo detto, la storia mostra che questi sono tra i principali contributi culturali della tradizione giuridica canonica. Ora, la sfida della società e della Chiesa dell'era globale rimane immutata ed oserei esprimerla in termini di "fedeltà creativa"; vale a dire, riscatto e valorizzazione del riferito valore culturale permanente ma al tempo stesso ineludibile sforzo della dottrina e degli operatori del foro per rinnovare, con costruzioni giuridiche nuove ed intellegibili, quelle che possono essere obsolete ed incomprensibili per i destinatari dell'attività giudiziale.

In tale ottica, pongo alcune riflessioni aperte a mo' di interrogativi che possono sollecitare gli operatori del diritto e la dottrina in ambito matrimoniale e processuale. In ambito matrimoniale, indico tre questioni potenzialmente obsolete e non facilmente comprensibili per il fedele di oggi.

In una Chiesa che si è tanto sforzata nel purificare la tradizionale idea dell'*ex opere operato* rispetto all'accesso ai sacramenti, dando il giusto rilievo all'importanza dell'*ex opere operantis*, la prima questione è se sia così pacifico affermare (come la più pigra giurisprudenza continua a fare) che tra la dignità sacramentale ed il contratto matrimoniale non vi siano differenze specifiche di sorta. In tal senso, può continuare a dirsi valido il tradizionale schema di Gasparri "*volo matrimonium sed nolo sacramentum*"?³⁵ È davvero così poco rilevante per la validità del patto matrimoniale il positivo rifiuto degli aspetti sacramentali?

Una seconda questione matrimoniale si ravvisa nell'ambito del capitolo delle esclusioni: si può ancora ricorrere pacificamente ed in modo comprensibile per i fedeli alla distinzione tra esclusione del diritto ed esclusione dell'esercizio del diritto? Che diritto si concede quando si esclude l'esercizio del diritto alla fedeltà?³⁶

³⁵ PIETRO GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Typis polyglottis Vaticanis, Romae, 1932, vol. II, p. 46, n. 827: «*Quod si pars mentali intentione excludat tantum rationem Sacramenti, dicens positive in mente sua: volo matrimonium sed nolo sacramentum, valet matrimonium et est verum sacramentum. Ratio est quia intentio ministri est necessaria ad ritum sacramentalem ponendum (in casu nostro contractum matrimoniale) sed hoc posito, quod ille ritus habeat sacramenti rationem, et effectus sacramentales producat, non pendet ab intentione ministri, sed ab institutione Christi. Quid vero iuris si pars non interpretative tantum, sed positive diceret in mente sua: volo matrimonium sed nolo Sacramentum et si Sacramentum fieret tunc nolo matrimonium, vide n. 907*».

³⁶ Senza entrare nel merito di questioni di diritto matrimoniale canonico che esorbiterebbero dalle specifiche competenze di chi scrive, ciò che vogliamo evidenziare è il fatto che la distinzione tra *ius* ed *exercitium iuris* nell'ambito dell'esclusione del *bonum fidei* e del *bonum prolis* è difficilmente percepibile dal ceto più ampio dei *christifideles*, nonostante gli utili obiettivi che tale distinzione intende perseguire. Cfr. Coram De Iorio, sent. 30 octobris 1963, RRDec., vol. LV, 718-719, n. 5; ANTONI STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*,

Una terza questione, infine, riguarda i capitoli di nullità dove un difetto di intenzione si riconduce alle cosiddette qualità della persona; mi riferisco soprattutto all'errore e al dolo. Sento ogni tanto insistere ardentemente che questi capitoli sono fruibili solo ed esclusivamente in situazioni in cui il falso giudizio o l'inganno vertano su vere qualità, non invece su fatti o circostanze. È davvero comprensibile, questo, per i fedeli? Si può sbrigativamente giustificare la presunta irrilevanza di certe situazioni di errore e di inganno asserendo che il loro oggetto è desiderato e voluto da tutti?³⁷. Identica situazione si può presentare per alcune norme del diritto processuale canonico. Prescindo da alcune già troppo dibattute, tra le quali occupa un posto di rilievo l'obbligatorietà di ottenere una seconda decisione quando contro la prima non hanno presentato appello nessuna delle parti private e pubbliche (cann. 1682-1683)³⁸. Sappiamo quanto sia delicata la questione, per cui preferisco limitarmi a due dettagli collegati al concetto di giusto processo, di particolare incidenza nella sensibilità giuridica dell'uomo e del fedele dell'età globale. Come si sa, tra le note integranti il concetto di giusto processo, si annovera quella delle garanzie di difesa tecnica e in un adeguato contraddittorio.

In tale prospettiva, il primo interrogativo processuale che propongo è se sia ammissibile una norma come quella che autorizza il giudice, pur in via eccezionale, ad escludere i patroni dagli interrogatori (cann. 1559 e 1678)³⁹.

in *Monitor ecclesiasticus*, CXXII (1997) III-IV, 425-512, in part. 479-485; FRANCESCO CATOZZELLA, *Distinzione tra ius ed exercitium iuris. Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del bonum prolis*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2007; GIUSEPPE SCIACCA, *Bonum fidei*, in AA. VV., *La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908-2008)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, 159-173, in part. 167-173.

³⁷ È vero che qualche uditore rotale si sta sforzando per superare questa interpretazione equivoca del concetto 'qualità' non più ricevibile per i fedeli di oggi; per una analisi della giurisprudenza rotale sul punto cfr. DOMENICO TETI, *La nullità del matrimonio per errore sulle qualità della persona: aspetti sostanziali e processuali*, Lateran University Press, Roma, 2006. Ogni tanto, però, continua ad emergere lo scrupolo di non confondere le qualità con disposizioni, circostanze e fatti; a riguardo si vedano gli avvertimenti di GREGOR MCKAY, *Errore sulle qualità della persona. Errore dolosamente provocato: le prove*, in AA.VV., *La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, 196, nota 14.

³⁸ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 1682: «§ 1. *Sententia, quae matrimonii nullitatem primum declaraverit, una cum appellationibus, si quae sint, et ceteris iudicii actis, intra viginti dies a sententiae publicatione ad tribunal appellationis ex officio transmittatur.* § 2. *Si sententia pro matrimonii nullitate prolata sit in primo iudicii gradu, tribunal appellationis, perpensis animadversionibus defensoris vinculi et, si quae sint, etiam partium, suo decreto vel decisionem continenter confirmet vel ad ordinarium examen novi gradus causam admittat*»; can. 1683: «*Si in gradu appellationis novum nullitatis matrimonii caput afferatur, tribunal potest, tamquam in prima instantia, illud admittere et de eo iudicare*».

³⁹ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 1559: «*Examini testium partes assistere nequeunt, nisi iudex, praesertim cum res est de bono privato, eas admittendas censuerit. Assistere tamen possunt earum advocati vel procuratores, nisi iudex propter rerum et personarum adiuncta censuerit secreto esse pro-*

Non è ancor più inammissibile che l'Istruzione *Dignitas Connubii*, allontanandosi dal codice, abbia creato una disparità tra il patrono della parte privata ed il difensore del vincolo impedendo che quest'ultimo possa essere escluso (art. 159, § 1, n. 1)⁴⁰?

Il secondo interrogativo riguarda la pubblicazione degli atti. Fino a che punto è ammissibile che possa il giudice decidere di non pubblicare un atto (can. 1598)⁴¹? Cosa mai sarà questo gravissimo pericolo da evitare con la non pubblicazione, in una cultura in cui ci si muove nell'orizzonte di assumersi ciascuno le responsabilità di ciò che si afferma, soprattutto se si fa in un processo con rilevanza pubblica? Quando mai si potrà dire che rimane integro il diritto alla difesa, come esige la legge, quale condizione per pubblicare un atto?

5. *Riflessioni conclusive*

Non è infrequente considerare – distaccandosi lo scrivente in modo assoluto da questa affermazione – gli studi storici una sorta di 'attività da museo archeologico' o, se si vuole, di esercizio di pura erudizione. Nel caso della storia del diritto tali potenziali limiti non resisterebbero ad un approccio minimamente onesto⁴². Più che in altri settori, nel caso del diritto la storia è vera

cedendum»; can. 1678: «§ 1. Defensori vinculi, partium patronis et, si in iudicio sit, etiam promotori iustitiae ius est: 1° examini partium, testium et peritorum adesse, salvo praescripto can. 1559; 2° acta iudicialia, etsi nondum publicata, invisere et documenta a partibus producta recognoscere. § 2. Examini, de quo in § 1, n. 1, partes assistere nequeunt».

⁴⁰ PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii: Dignitas Connubii* (25 ianuarii 2005), art. 159: «§ 1. Defensori vinculi et partium advocatis ius est: 1° examini partium, testium et peritorum adesse, nisi iudex, ad advocatos quod attinet, propter rerum et personarum adiuncta censuerit secreto esse procedendum».

⁴¹ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 1598: «§ 1. Acquisitis probationibus, iudex decreto partibus et earum advocatis permittere debet, sub poena nullitatis, ut acta nondum eis nota apud tribunalis cancellariam inspiciant; quin etiam advocatis id petentibus dari potest actorum exemplar; in causis vero ad bonum publicum spectantibus iudex ad gravissima pericula evitanda aliquod actum nemini manifestandum esse decernere potest, cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat. § 2. Ad probationes complendas partes possunt alias iudici proponere; quibus acquisitis, si iudex necessarium duxerit, iterum est locus decreto de quo in § 1».

⁴² Chi scrive si trova totalmente in accordo con Paolo Grossi quando rivendica, con forza encomiabile, una 'funzione educativa fondamentale' della storia del diritto per i cultori del diritto positivo. Il giurista fiorentino, infatti, si riferisce non alla mera erudizione che serve «a imbalsamare cadaveri e che si auto-condanna all'esilio di un cantuccio appartato», ma al necessario sguardo comparativo fra presente e passato, un continuo e fruttuoso collegamento scientifico che serve, grazie alle categorie giuridiche del passato, ad una migliore comprensione del presente e, senza ombra di dubbio,

maestra di vita⁴³, e lo è di più nel caso del diritto canonico proprio ora dove la più limitata operatività del medesimo, anziché una *capitis diminutio*, diventa una sfida che aumenta le sue responsabilità: quella di rendere testimonianza di valori di fondo. Tra questi, occupa un posto di rilievo il valore della ricettività delle norme da parte della comunità, richiamo culturale imprescindibile in un'era sempre tentata di adeguarsi alla povertà del positivismo giuridico e di rassegnarsi ad un diritto aridamente creato nei palazzi lontani dal popolo.

Affrontare tale testimonianza, come abbiamo proposto, in termini di fedeltà creativa non deve intendersi nemmeno come esercizio di uno 'spirito avventuriero'. Si tratta, piuttosto, di non eludere la permanente sfida del rinnovamento e di avere la capacità di leggere i segni dei tempi sulle realtà oggetto di regolamentazione giuridica. La rivalorizzazione del matrimonio come alleanza interpersonale e sacramento della maturità cristiana, così come la qualificazione dell'attività processuale secondo i parametri del giusto processo, non possono lasciare indifferenti gli studiosi e gli operatori del foro canonico. Ne va di mezzo qualcosa di più di uno strumentale aggiornamento: si tratta di garantire sempre la centralità della missione salvifica che cammina di pari passo con il ruolo centrale della comunità e della persona quale cittadino e fedele.

Nessuna risorsa è superiore a quella che confida nelle persone, quindi nel loro protagonismo e, di conseguenza, nella loro capacità di comprendere adeguatamente le questioni che direttamente le riguardano. Tra queste, non possono essere escluse nemmeno quelle dall'obbligato spessore giuridico, poiché il senso di giustizia viene dall'Alto, appartiene a tutti e non è appannaggio delle istituzioni. Diversamente, il rischio è che la giustizia ecclesiastica appaia lontana e finisca per essere abbandonata dai fedeli stessi che potrebbero sentirsi spinti a ricorrere al solo giudizio della loro coscienza; ciò arriverebbe a costituire un impoverimento individualistico, del tutto estraneo al fatto che il senso di giustizia appartiene a tutti.

delle necessità del futuro. Il ruolo della storia e, nel nostro caso, della storia del diritto, quando è «intimamente giuridica (...) sottolinea che il diritto vigente è solo un punto della linea storica che nasce ieri, tocca l'oggi e si proietta nel domani; che è pernicioso e falsante lasciarsi monopolizzare da quel punto, assolutizzarlo, gigantizzarlo oltre misura» [GUIDO ALPA (a cura di), *op. cit.*, 266].

⁴³ Cfr. PAOLO GROSSI, *Il punto e la linea. L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista*, in PAOLO GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, 3-12; PAOLO GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in PAOLO GROSSI, *Società, Diritto, Stato, cit.*, 13-25; nonché, PAOLO GROSSI, *Quale spazio, oggi, per lo storico del diritto?*, in PAOLO GROSSI, *Società, Diritto, Stato, cit.*, 27-41.

Le leggi informatiche e le latae sententiae

RAFFAELE PASCALI

«La rivoluzione è cominciata e sarà digitale»
(The Guardian).

«In quarto luogo le leggi sono onnipotenti. Niente sfugge loro: hanno un potere assoluto. Sono anche, in un certo senso, onniscienti»
(Paul Davies, *La mente di Dio*, Milano, 2008, p. 94)

0. Prefazione.

Il lavoro si propone di sviluppare la ricerca alla luce dei seguenti presupposti, punti da considerare e passaggi logici, che si indicano di seguito: A) La sentenza «informatica» (emessa in linguaggio algoritmico e originata da testi di legge, pur essi espressi in forma di algoritmo) astrattamente (in tesi) dovrebbe essere in grado di assicurare (con effettività) l'uniformità nel trattamento dei dati, la velocità delle decisioni, la censura preventiva e automatica verso (tecnicamente impossibili) interpretazioni «originali» e inconsuete del dettato normativo, viste dagli Autori dell'ipotesi di scuola che qui si studia, come almeno potenzialmente 'abusive' o finanche 'arbitrarie', in relazione alla 'certezza' della norma (fissata, una volta per tutte, in termini algebrici immutabili, salvo revisioni o modificazioni del legislatore). B) La tesi della sentenza informatica (che rammenta le 'latae sententiae' canoniche, dalle quali si differenzia) si confronta col tema della tradizionale separazione trina dei poteri (e pone l'esigenza di esaminare – mediante esse – l'opportunità o l'inopportunità e i modi di un suo possibile mantenimento o superamento). C) La sentenza informatica ricorda evidentemente la (reiteratamente auspicata, in mille modi, in mille ordinamenti diversi,

in ogni epoca)¹ concezione, specie illuministica, del magistrato come mitica «bocca della legge». D) Sull'interpretazione «autentica» di una norma. E) Sulla legge-algoritmo. F) Algoritmi e traduzione dei valori. G) I valori e la certezza del dettato costituzionale. H) Algoritmo e conoscenza legale (rapporti tra algoritmo e scrittura). I) Volontà del legislatore e necessità di una sua traduzione in forma di algoritmo. Il problema dell'intermediazione tra la decisione del Parlamento e la produzione (la 'traduzione') della norma in algoritmo: Chi media e cosa si media? L) «Coscienza e volontà» del software. M) Algoritmo e dinamica normativa (nuove leggi, nuove interpretazioni, pronunce costituzionali e altro).

1. Le norme latae sententiae nel diritto dell'informatica

«Presolo con loro, lo condussero sull'Areòpago e dissero: “Possiamo dunque sapere qual è questa nuova dottrina predicata da te? Cose strane per vero ci metti nelle orecchie”».

(At. 17, 19-20)

1. Le sentenze informatiche come *latae sententiae*. Titolo provvisorio (di servizio, per così dire) del manoscritto: *Le 'latae sententiae' in salsa informatica*; titolo forse chiaro, forse no, che sarebbe stato certo idoneo, almeno inizialmente, a meglio incuriosire, per poi magari interessare, il lettore, ma che avrebbe sicuramente richiesto comunque delle immediate precisazioni a rettifica, perché non sono le *latae sententiae* come istituto canonistico a essere manipolate e conformate ossia, in qualche modo, tradotte (o, se si vuole, ridotte, attraverso appositi interventi tecnici *riduzionistici*, appunto) a dimensione informatica, ma sono «le leggi», le leggi tutte o una parte di esse (quelle più tecniche? Quelle meno coinvolte nelle dichiarazioni di principio, forse 'di valori?') quando espresse in forma di algoritmo, a voler pretendere, nella teoria di riferimento, di essere strutturate in guisa di *latae sententiae* (da cui la ritenuta perfezione del riferimento e, forse, dell'espressione stessa, almeno astrattamente, almeno *formalmente*; e non è poco). Diremo anzi, per farla breve, che le sentenze informatiche, *incorporate* nella legge informatica, per come vengono proposte e ipotizzate, in un'ottica di vera coerenza, da una parte assai ristretta degli studiosi di diritto dell'informatica, null'altro sono, a parer nostro, che *latae*

¹ Sul punto, cfr. RAFFAELE PASCALI, *Il presidio costituzionale come categoria necessaria al processo di legalizzazione del potere*; in: AA.VV., *Studi in onore di Guido Saraceni*, Jovene, Napoli, 1988, pp. 467-492.

sententiae (almeno all'apparenza, salvo precisazioni non marginali).

È troppo noto tra gli studiosi di diritto canonico e troppo peculiare per i non ecclesiasticisti il concetto di *latae sententiae*. Variamente interpretate, esse, a parer nostro, rappresentano, anche alla luce del *codex iuris canonici*, un istituto organico di salvezza costituzionale (ordinaria e non solo estrema). Il codice di diritto orientale sembra ignorarle e, non a caso, infinite sono le riflessioni canonistiche, in ordine alla loro necessità o mera eventualità, relative alla loro fisionomia, con riferimento ai rapporti tra sanzione e processo. Parlare di *latae sententiae* in dimensione informatica potrebbe sembrare ed essere una mera provocazione. In realtà, quell'istituto così specifico (e così essenziale, a parer nostro, nel diritto ecclesiastico, codificato o no, che sia), viene oggi qui richiamato per le caratteristiche *estrinseche* del dettato normativo emanato in forma di algoritmo, che si proietta (in tesi) *automaticamente* sulla fattispecie considerata e sull'individuo sanzionato. Anzi, ogni rapporto giuridico sembra essere virtualmente *pre-giudicato* (mi spingerei forse provocatoriamente a dire e pure in assenza dell'attivazione di un procedimento), pre-ordinato (pre-regolato), senza scampo, dalla mente algebrica di un Legislatore informatico. Il processo poi non sarebbe che una conseguenza, una mera eventualità, sul piano degli effettivi accadimenti, essenziale però per innescare (e ciò a differenza delle *latae sententiae*) il meccanismo di *attuazione* della legge, nei confronti di ciascuna parte e dell'ordinamento stesso.

Il Grande Fratello sarebbe così sfuggito (nelle peggiori previsioni) ai set televisivi, alle loro vacuità e irridenti mistificazioni (non meno perniciose, forse, per le coscienze, ma in altro modo) per riassumere le vesti proprie e originarie di Grande Fantoccio, Dominatore unico del sistema e dell'anima di ciascun suddito, ognuno condizionato e tenuto *spontaneamente ad amarlo*, sin nel recesso della propria intimità.

I fautori della sentenza informatica non parlano però di questo, ma sono presi da altre incombenze, a favore dell'umanità.

Intanto, cerchiamo solo pacatamente di capire di che si tratta, senza pregiudizi, senza anatemi. Capiamo e discutiamo. Convochiamo i fautori della sentenza informatica, che strane idee ci mettono nella mente e con loro sediamo e parliamo. Discutiamo (ossia *contiamo*), questo è l'essenziale. Anzi (ma è lo stesso) calcoliamo² e decidiamo (noi o altri per noi).

² Pure, il *computer* sarebbe un «confrontatore (paradossalmente non un calcolatore)», che verrebbe «al risultato del calcolo pur senza svolgere una vera e propria attività di calcolo in senso tradizionale», RENATO BORRUSO, *Informatica giuridica*, in *Enc. diritto* [voce del], I° Aggiornamento, Giuffrè Editore, Milano, 1997, nota 15 p. 646.

I lettori di questo testo, rivolto a un pubblico canonicamente educato, conoscono certo bene la complessità e la suggestione delle *latae sententiae* ecclesiastiche e i problemi gravi che pongono, per esempio in tema di diritto di difesa, di rapporto tra processo ed esecutività, di pubblicità e riservatezza, sino ai conflitti, spesso insondabili, di *foro interno*. Esse sembrano incarnare la *concordantia oppositorum*, mentre riflettono (spesso in una concretezza e con una tragica diffusione, di regola inavvertita: si pensi all'aborto) il conflitto tra valori supremi. Quanto alla delicatezza di tale materia, si pensi solo al fatto che non a caso, come s'è detto, il codice di diritto canonico di rito orientale non prevede *latae sententiae*, ma dubito assai che in caso di reale conflitto coinvolgente la *salus animarum* o anche, se fosse possibile, la sola *salus Ecclesiae* (valore, per certi versi subordinato, come intuì Pio Fedele; il che pone il problema, tutto da risolvere, del metodo di *gradazione* di valori, pure, in astratto, egualmente supremi), l'autorità ecclesiastica non si possa avvalere, nell'immediatezza e nell'urgenza (*omisso medio*) di cautele disciplinari (e forse penali)³ a tutela dell'intero ordinamento (contemplate o no espressamente dalla legge).

³ Il diritto penale canonico viene ritenuto dagli studiosi assai prossimo a un diritto di tipo disciplinare, ma niente affatto coincidente con esso (cfr. in tema, DOMENICO SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1905, p. 614 ss.; ARTURO CARLO JEMOLO, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Cedam, 1933, Padova, p. 732 ss.; PIO FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, spec. Cap. IX, *Peculiarità del diritto penale canonico*, Cedam, Padova, 1962, p. 775 ss.). Le peculiarità si accentuano in tema di *latae sententiae*. Pure, anche nel processo canonico penale ordinario pubblico, volto spesso a regolare minute controversie, talora di mero principio, ciascuna parte conserva gelosamente la consapevolezza delle proprie prerogative. Non sarà inutile riflettere su un episodio di cronaca minore riferito da Andreotti, già specializzato dopo la laurea in Diritto canonico, che di Papi se ne intende e che li ha conosciuti da vicino. Il Papa è certamente nell'*ordo canonicus* titolare della *suprema potestas*. Pure, le sue insistenze (reiterate e pubbliche) perché l'organo previsto provvedesse a esprimersi su una delicata controversia tra un sacerdote e un cardinale (in tema di ingiuria) trovava resistenza perché ogni parte rimaneva ferma sulle proprie posizioni di principio, nell'imbarazzo del Collegio, che, a sua volta geloso delle proprie prerogative, rinviava la propria decisione. Nonostante il Pontefice sembrasse propenso all'emanazione di una sentenza che sanzionasse l'ingiuria subita dal cardinale da parte del prete, «non era possibile ad uomini da alta coscienza come i giudici rotali concludere con una condanna» del prete, della cui innocenza essi sembravano persuasi. Lo stesso mons. Jullien, componente, quale decano, del Collegio rotale cui era stata affidata la causa, «non intendeva uscire dall'obiettività». Nel caso era in qualche modo implicato anche il principio della *salus Ecclesiae*, per «il grave rischio (tasto cui [il Papa] era sensibilissimo) di una campagna scandalistica nella stampa italiana». La controversia fu composta bonariamente, con reciproca soddisfazione dei protagonisti e con sollievo dei magistrati, anche per opera di Andreotti che riferisce dell'episodio (GIULIO ANDREOTTI, *Ad ogni morte di Papa*, Rizzoli, Milano, 1982, p. 52, s.). La ricerca e l'accettazione della conciliazione, ogni volta che sia possibile, è peraltro un atto evangelicamente dovuto (Lc. 12, 54-59).

Chi scrive non rifugge certo dal nuovo⁴, ma si sforza di avere una memoria lunga e accorta sintonia, quanto a esperienze e tradizioni antiche (d'altra parte il diritto stesso sembra normalmente avere memoria *d'elefante*). Certo, persino *Yesterday*, nell'esecuzione di Daniel Jordan mediante uno strumento antico come l'arpa, può dare esiti di grande suggestione. Non è detto però (tutt'altro) che il nuovo, specie nel mondo del diritto, persino se astrattamente suggestivo, possa, di per sé, essere (di regola e sempre) correttamente proposto e soprattutto rispondente alle promesse (anche se all'apparenza confezionato in forme tecniche sofisticate, magari accademicamente paludate).

In ogni caso, non esito a ripetere che le leggi informatiche, per come vengono ipotizzate e proposte, null'altro sono che *late sententiae* in un contesto assolutamente e sorprendentemente nuovo, in quell'*ordo informaticus* che – *sicut sagitta* – si appresta a innervare, con le regole sue, i destini del mondo.

Piaccia o no, nel bene e nel male, «la rivoluzione è cominciata e sarà digitale» (*The Guardian*).

Pure, il nodo delle peculiarità e delle distinzioni dalla tradizionale figura canonica ruota sorprendentemente, ancora una volta, intorno al ruolo dell'*esecutività*, immediata e automatica per le *latae sententiae* ecclesiastiche, gravante sul reo con la sola commissione della violazione; necessariamente a seguito di un processo, ancorché minimo (assai più che sommario), nel caso delle ipotizzate sentenze informatiche. Non è infatti pensabile in un ordinamento civile, come l'attuale, che la sanzione possa operare ancor prima di una sentenza che si stenta a poter credere (e anche a concepire) meramente *dichiarativa*, specie in materia penale.

Eviterei per ora anche di parlare di algoritmo *normativo*, in considerazione del fatto che, secondo l'opinione di una parte della dottrina (da noi non con-

⁴ Quanto al 'nuovo', non a caso, nel presentare un nostro scritto notavamo: «Sarebbe bello, se questa comune riflessione, a più voci, su temi aspri e severi, assumesse, nella compromissione irrituale con l'attualità, un'elevatezza analoga a quella di altre e più sublimi contaminazioni», per cui, a Napoli, la sera del 3 giugno 2008, nelle delizie dei Giardini di Villa Doria d'Angri, per i prodigi dei Maestri del Conservatorio di San Pietro a Majella, che formò la valentia di Riccardo Muti e di infiniti musicisti virtuosi, strumenti antichi, come le arpe, riuscirono a interpretare i più arditi brani musicali moderni e la musica jazz contemporanea, in forme così inaspettatamente perfette da far pensare che le arpe stesse fossero state create esclusivamente perché splendesse l'armonia del jazz» (RAFFAELE PASCALI, *La sollecitudine della Chiesa per la libertà del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2009, p. VII). Nel testo originale il computer, essendo stata attivata la funzione preordinata di revisione lessicale, si ostinò a correggere in *Gloria* il nome *Doria* del complesso monumentale, fino a imporre *d'ufficio* (*motu proprio*), nelle bozze definitive, in forma di (ostinata ed errata) correzione, il refuso, ancorché infinite volte emendato (RAFFAELE PASCALI, op. loc. cit.). Certo, si poteva ordinare alla sua *logica* di astenersi dalla correzione di fronte all'intervento sul testo dell'autore, ma vi è sempre, almeno all'inizio, qualcosa di apparentemente irrefragabile e fatale negli innocenti errori (eppure apparentemente caparbi, ostinati o grossolanamente ottusi) di un computer (del suo 'intelligente' algoritmo).

divisa, ma questo è un dettaglio) è possibile, addirittura fisiologico, ‘estrarre’ (correntemente) più norme da un medesimo testo legislativo.

A rigore sarebbe opportuno parlare, almeno inizialmente, solo di ‘leggi informatiche’ non di ‘norme informatiche’, per non ingenerare ambiguità, perché il senso della ‘riforma’ è nel segno di far coincidere perfettamente il trinomio: {legge – norma – sentenza}.

Ciò, volendosi serbare la tradizionale terminologia vigente, per un processo, che ben si intuisce come *diverso*, compresso e virtualmente ridotto al fantasma di se stesso, secondo le finalità prevalenti e pressoché indefettibili, della legge informatica, che in assenza di compressione e riduzione a meri automatismi dell’intera fase (e di ogni fase) processuale, perderebbe molto del suo significato e dei suoi fini (certezza assoluta e assoluta tempestività delle sentenze).

Questo, salvo ulteriori *saltus*, tutt’altro che imprevedibili. Non bisogna infatti essere figli della Sibilla per comprendere che, una volta che si sia imboccata la strada dell’informatizzazione automatica delle sentenze, al fine di semplificare e rendere più veloce la durata del processo, ma soprattutto allo scopo di ‘inchiodare’ il magistrato al rispetto letterale della volontà del legislatore, il passo immediatamente successivo è quello della sua graduale marginalizzazione, in vista di un suo progressivo (progressivo?) esautoramento. Si dirà che il giudice è una figura comunque troppo grande, troppo importante, troppo ingombrante per essere immiserita in compiti minori e agevolmente delegabili, magari avvalendosi di appositi processi di semplificazione, di snellimento burocratico, di delegificazioni e quanto altro. Iniziando, naturalmente, con impalpabile garbo, con prevedibile gradualità, dalla giustizia minore civile e poi da quella penale ‘bagattellare’; dal penale ‘bianco’, dai decreti penali, già oggi di incerta costituzionalità e assai poco garantisti, ove si scommette una condanna certa e più indulgente contro una sentenza vera. Si dirà che una soluzione tempestiva, alternativa al processo tradizionale, è la più idonea ad essere utilizzata per gli ‘infortuni’ sul lavoro; ‘infortuni’ appunto ossia sfortunate disgrazie, eternamente senza dolo, eppure così moleste, soprattutto alle imprese, datrici (e perché non donatrici?) di lavoro, su cui tali disgrazie finiscono fatalmente con ricadere; ditte già tanto assediata da fisco, concorrenza, ‘tangenti’, talora; già gravate dalla necessità di innovazione tecnologica, senza cui le aziende obsolete rischiano di morire ossia fallire (specie in paesi acefali, come il nostro, che si priva della ricerca scientifica, come di un lusso⁵, e preferisce procedere senza di essa, ‘a fronn’ e

⁵ GIULIO TREMONTI, «Di cultura non si vive, vado alla buvette a farmi un panino alla cultura, e comincio

limon', ossia senza cervello, senza criterio, come si direbbe a Napoli, città mai sufficientemente criticata, quasi sempre a ragione⁶, benché figlia di Atene; perché nell'espressione '*a fronn*' e *limon'*, dall'etimologia incerta, i limoni non c'entrano affatto, mentre c'entrerebbe sicuramente il significato corrente: 'senza saggezza', 'senza discrezione',⁷ senza cervello appunto).

Non v'è dubbio infatti che oggi l'Italia si manifesti come un paese industriale, tuttora dalle intense potenzialità (con gravi squilibri territoriali) ma complessivamente in decrescita non solo economica, ma qualitativa, con un'accademia malata, infestata prima da una demagogia moltiplicatrice di

dalla *Divina Commedia*.», in Repubblica, Gruppo Editoriale L'Espresso, Milano, 14 ottobre 2010.

⁶ I demeriti della città di Napoli sono noti e giustamente le sono attribuiti. Non così i meriti, pochi o molti che siano, di cui sarebbe bene non si appropriasse una generica Italia, perché le più pregiate scarpe del *made in Italy* sono tradizionalmente create nel cuore della 'Pignasecca' e non lo si dice (come accade per l'eccellenza sartoriale e la pelletteria in genere in molti siti anche della provincia); mentre ogni merito, scoperta, impresa, tradizione pregiata di quella città (si pensi alla fisica teorica, all'Istituto Motori, alle importanti ricerche dei diversi istituti del C.N.R. di via Castellino, dall'esistenza sconosciuta ai più; alla tradizionale eccellenza negli studi giuridici, romanistici, storici; alla vivacità artistica e culturale; alla dedizione per studi filosofici) viene sempre attribuito, quando emerge, all'Italia come nazione e non alla città.

⁷ A parere (scritto, come di seguito riportato, ma non ufficialmente, nel senso che non lo ha formalmente sottoscritto, per aver dettato la spiegazione all'impronta, in una *e-mail*) del sacerdote ANTONIO ROMANO, professore di diritto amministrativo presso la Federico II di Napoli e insigne grecista, *afronnos* significa: "senza ragione, folle, furioso, stolto; dissennato, insensato, irragionevole, impudente ecc."; mentre "*alemon-onos*" indica un errante, un vagabondo. Sommando le due parti si avrebbe: "chi vagabondando canta" (Si tenga conto che '*alemon*' è con l'*eta* e secondo l'itacismo si pronunciava come I. Inoltre potrebbero considerarsi delle varianti: '*A-limos*' indica uno che è sazio (= senza fame); '*leimon-onos*' pronunciato *reuklianamente* '*imon*' indicava anche il sesso femminile sicché si potrebbe ipotizzare un pazzo bramoso di sesso. Inoltre, '*leimma-tos*' darebbe '*afron-leim.on*', un pazzo a mezzo tono di voce; se poi il '*on*' finale si considera un participio di '*mao*' indicherebbe chi smania... Si consideri anche che l'espressione '*a fronn*' e *limon'* indica altresì un tipo di canto. Dice Roberto De Simone: «La 'Fronna' o più esattamente la 'fronn' e 'limone' (fronda di limone), è una particolare forma di canto campano, eseguito a distesa e senza accompagnamento strumentale. Per quel che riguarda i testi, in genere si attinge ad un vasto repertorio di 'fronne' che però, a seconda della circostanza, possono essere variate, rimescolate o improvvisate in parte dall'esecutore (e ciò avviene massimamente quando le 'fronne' sono articolate tra due o tre persone che si rispondono e dialogano con tali canti). Per questa loro disponibilità al dialogo, le 'fronne' sono state anche utilizzate come comunicazione con i carcerati. Infatti per il passato, era abbastanza frequente sentire il cantare sotto le carceri alcuni tipi di 'fronne', articolate da parenti o amici di reclusi. Spesso erano informazioni che si davano al carcerato, messaggi d'amore, parole di conforto, il tutto articolato con un linguaggio oscuro e gergale che sfuggiva anche alla comprensione dei secondini. Nella tradizione più classica, esiste come già detto, un repertorio di 'fronne' più ritualizzate, le cui tematiche si riferiscono all'amore, a fatti sessuali e alla morte.» (ROBERTO DE SIMONE, *Canti e tradizioni popolari in Campania*, Lato Side Editori, Roma, 1979). Troppo onore, forse, per un legislatore semplicemente troppo rozzo, abile nella demagogia mediatica, che ignora e odia così tanto la cultura, da apparire dissennato. Il ministro, definito 'somaro', non conosce Goebbels («Quando sento parlare di cultura metto mano alla pistola») e, seppur egualmente nefasto in altri modi, non è egualmente cruento. Si accontenta, insieme al Mercante populista, di usare, anziché la pistola, le forbici.

cattedre periferiche, 'a costo zero' e quindi talora (per casi limite, almeno) con *professori finti per finte università*; e poi da innovazioni normative 'alla Gelmini', la cui legge Rodotà aveva pudore a definire 'riforma'⁸, mentre un effimero sovrano, alla periferia dell'impero, col suo corteo di fate ignoranti, danza come efemeride nel cuore della notte. Trae stabilità e linfa dalla paura dei sudditi per un futuro prossimo peggiore, «se vi è un individuo esperto, lo allontana, chiunque egli sia, per gelosia, perché vuole che tutto sembri opera sua (oltre il resto anche la sua ambizione è smisurata). Se invece vi è una persona moderata, o in qualche modo retta, che non riesce a sopportare una vita spesa ogni giorno negli eccessi, nell'ebbrezza smisurata e nelle danze orgiastiche e lascive, lo pone in disparte e non lo tiene in alcuna considerazione»⁹. Sfida le correnti regole sociali per rincuorarsi e dar segni di superiore potenza.

In parallelo, operativamente, pregiudizi e discriminazioni minano alla radice ogni possibile sviluppo organico della cultura. Le discipline umanistiche non esistono per i nuovi governatori della Repubblica del *duemilaundici*, «non esiste la storia. Non esiste l'italianistica. Non esiste lo studio dell'arte e dell'archeologia. Non esistono la filosofia e l'estetica. Non esiste, in sostanza, quella tradizioni di saperi che conserva il patrimonio e la memoria»¹⁰ dell'intero Paese. Non esiste o non dovrebbe esistere a rigore neppure questo

⁸ La cosiddetta 'Riforma Gelmini' ha in ogni caso almeno un elemento astrattamente positivo. *L'abilitazione* preventiva per accedere al concorso attributivo dell'insegnamento, accanto a un elemento disdicevole, volto a ritardare lo svolgimento delle procedure concorsuali (si potevano 'abilitare' i candidati non vincitori, già all'interno di un concorso, dando all'abilitato la prerogativa di poter essere 'chiamato' successivamente), ha almeno un elemento positivo: non è a numero chiuso, per cui il candidato bravo, ma non 'coperto' dal potere accademico, può essere egualmente 'abilitato'; sì che possa (se abbiamo compreso bene) essere 'chiamato' al conferimento dell'insegnamento anche da altra università, che non sia quella dalla quale o per la quale il concorso sia stato bandito (o in un momento successivo, quando se ne riscontrino le esigenze e le possibilità). In realtà, le cose sono un po' più complesse, perché il dominio accademico, fondato comunque (e forse necessariamente sulla cooptazione: chi decide sulla qualità scientifica?) può ben negare l'accesso all'abilitazione anche a studiosi capaci e meritevoli (o per ragioni di principio o anche cautelativamente, la prudenza non essendo mai troppa, specie se i capaci sono potenzialmente in concorrenza con meno capaci e meno meritevoli). Gli sgradevoli esempi negativi potrebbero essere innumerevoli, ma, peculiari ingiustizie a parte, il sistema dell'università, mediamente elevato, con diffuse punte di eccellenza, resiste al degrado ed è, complessivamente, niente affatto un monolite cementato solo da degrado e corruzione (mancherebbe).

⁹ DEMOSTENE, *Seconda Orintica*, 18, Fabbri Editore, Milano, 2000, ristampa 2004, p. 219.

¹⁰ SIMONETTA FIORI, *La rivolta degli umanisti discriminati*, in Repubblica, Gruppo Editoriale L'Espresso, Milano, 25 gennaio 2011: «Dal consiglio direttivo dell'ANVUR (l'agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca), nominato dal Consiglio dei ministri, sono stati esclusi gli studiosi delle scienze umanistiche. Ed è stato escluso l'intero Mezzogiorno, nel senso che non vi figura nessun rappresentante delle facoltà collocate a Sud di Roma»

studio, che, seppure riguarda una materia cara¹¹ ai tecnici ministeriali, quella dell'informatica giuridica, si avvale anche di una formazione umanistica, senza la quale, con ogni probabilità, non lo si sarebbe potuto scrivere, almeno non nei medesimi termini.

Nel frattempo, all'alba del secondo decennio del nuovo millennio, hanno già cominciato ad apprestare i tavoli – di confronto e di mediazione e infine di distribuzione di provvedimenti, condivisi o forse imposti – gli ordini professionali e i mediatori (mentre si attendono prevedibili figure di garanzia come notai o ex magistrati e professori universitari, forse funzionali alle innovazioni, forse superflui) consulenti qualificati e, più o meno titolati, camere di commercio e sindacati (la Fiom, no, esclusasi da sola o da Marchionne), mentre le sentenze veloci, forse informatiche, forse no, comunque camuffate e strutturate, son già dietro l'angolo, a comprimere quel che resta della nostra giustizia.

(Quanto ai metalmeccanici, si sa che essi hanno propensioni nichiliste e talora suicide, come i tessili di qualche secolo fa, al tempo del *luddismo*. Tra *Eros* e *Thanatos* preferiscono il secondo, amano il rischio e il *cupio dissolvi*, si giocano il salario e la fabbrica come fossero a Montecarlo).

In ogni caso, tornando alle comparazioni tecniche, mentre il diritto canonico ha una propria peculiarità incomparabile (che consente solo singole proiezioni, comunque ultronee, per mere assonanze, magari importanti e formali, di carattere astratto e strutturale, beninteso, come nel caso, ma pur sempre *estrinseche* rispetto allo spirito di ciascun diverso ordinamento) e si pensi, a riguardo, ai soli conflitti di *foro interno* che ben spiegano *latae sententiae*, come le scomuniche, magari occulte o riservate, per peccati che sono, per il codice penale canonico, anche delitti, pur essi sovente brulicanti nell'occulto, come l'aborto (peccato, in confessionale, e reato, per il codice, compiuto normalmente senza apparenti tracce, ogni tavola *abrasa*, ma tutt'altro che perfetto); gli studiosi del diritto dell'informatica solo per una serie incredibile di coincidenze (e ad altri fini) ipotizzano un nuovo e singolare e, ripeto, assai suggestivo tipo di produzione normativa e decisionale, che rammenta al canonista – nei limiti anzidetti – la struttura e la tipologia propria delle *latae sententiae*. Qui si controverte sulla «prospettiva della *legge-software*. Si chiede infatti questa dottrina: “Non potrebbe il legislatore provvedere egli stesso a formulare la legge sotto forma di *software* applicativo della medesima, eliminando, così, non solo qualsiasi incertezza di interpretazione, ma l'interpretazione stessa come operazione intellettuale a sé stante? (...) Il legislatore

¹¹ Informatica ed inglese sono ritenute da tempo tra le materie formative più importanti per l'istruzione pubblica.

interagirebbe direttamente col destinatario della norma bypassando, per quanto attiene all'interpretazione della legge, non solo l'avvocato e il pubblico funzionario, **ma il giudice stesso**¹²» (rilievo aggiunto)¹³.

Di fronte a tali pretese, a tali sorprendenti prospettive, il diritto, dalla memoria antica, ma dal passo lento, certamente arranca (e forse c'è anche del bene nella sua lentezza, tanto delicata è la materia) ad adeguarsi al controllo del fenomeno informatico, magari tentando di mortificarne la preziosa libertà. Sempre più spesso improvvisi spiragli si aprono a ogni ipotizzabile elusione, manipolazione, sfruttamento improprio, un tempo impensabile, della forza virtualmente irrefragabile del diritto stesso, mentre un nuovo contratto sociale, dalle mille forme (spesso ingannevoli, talora no) viene ininterrottamente studiato, sollecitato e proposto, non di rado *imposto* e *di fatto* (magari spacciato come *diritto vivente*, appunto *imposto*, aggiungiamo noi, o che si pretende di imporre), in nome del nuovo e della razionalità più spinta (in genere da forze occhiate dominanti, spesso mercantili) sotto l'usbergo di un'asettica tecnica necessaria.

Questo avviene talora, per una politica di dominio, nella generalità dei casi, per ragioni di (miglior) sfruttamento economico (insomma, per denaro, brutalmente inteso; ma il denaro, piaccia o no, è, di regola, già di per sé, specie nel mondo del diritto, un'ottima motivazione). La rete informatica è uno strumento di informazione e di confronto, di libertà e di verità, ma, per il potere politico-economico, viene diversamente intesa. Molto temuta dai potenti, può divenire, a seconda delle mani che la reggono, una camicia di Nesso per i dissidenti, un vello d'oro per abili ed insaziabili mercanti.

Nonostante tutto, Achille si dice vittima e mostra il tallone dolente per i dardi di Assange.

Solo gli ingenui possono veramente credere ai manuali che narrano, per fare un solo esempio, che il *bancomat* sia uno strumento semplice e privo di sorprese. Certo, l'uso è semplice, ma ogni semplicità svanisce come il denaro, una volta che sia stato fraudolentemente sottratto.

La cronaca tuttavia non aiuta, perché il tema in esame propone riforme così alte e audaci da sovrastarla infinitamente, con la suggestione apparentemente impeccabile di una dogmatica giuridica perfetta (quale mai prima era stato possibile immaginare). Fatte salve, beninteso, le sorprendenti previsioni di

¹² RENATO BORRUSO, *op cit.*, p. 664.

¹³ MICHELANGELO PASCALI, *Indennità «meccanografica» e videoterminali (Riflessioni in tema di «applicazione senza interpretazione» del dettato normativo)*, in *Innovazione e diritto*, Laboratorio *Larigma*, Dipartimento di Scienze Internazionalistiche e Studi sul Sistema Politico ed Istituzionale Europeo, Napoli, 2005, n°4 e n°5, pp. 61 ss. e pp. 53 ss.

Orwell, che però era un intellettuale presbite, mentre affrescava il futuro con il terzo occhio e le fosche tinte possedute solo dai profeti.

Venendo al nodo della questione, certamente l'*imprinting* delle sentenze informatiche richiama alla mente, di chi sia avvezzo allo studio del diritto canonico, la struttura e, in qualche modo, la funzione stessa delle *latae sententiae*. Solo che quello che nell'*ordo canonicus* è peculiarità raffinata e soprattutto circoscritta a determinate materie che veramente coinvolgono i principi supremi (della *salus animarum* e della *salus Ecclesiae*), nella teoria di riferimento a un nuovo e diverso ordine del sistema giuridico viene proposto come disciplina generale sulla produzione e sull'applicazione della legge. Naturalmente, dopo aver scorto (e dopo che avremo minutamente precisato) le assonanze e persino le sorprendenti coincidenze astratte (quanto a funzione e struttura; il che non è poco) tra leggi informatiche e norme canoniche *latae sententiae*, dovremo soddisfare l'esigenza di tracciare *scrimina certa* per non ingenerare equivoci e impensabili confusioni. In assenza di esperienza storica, occorrerà avvalersi di caute proiezioni e di percorsi futuribili e incerti, desumibili dalla relativa dottrina, ma non è pensabile di poter dissipare, come d'incanto, ogni dubbio a riguardo. Solo a seguito di migliori e più dettagliate ricostruzioni di provenienza certa, magari formulate dagli stessi autori delle controverse ipotesi analizzate, sarà possibile tracciare *scrimina certa* tra leggi informatiche e *latae sententiae*, forse prevalenti sulle sorprendenti suggestioni iniziali, forse a conforto di precise assonanze.

Ogni cautela è d'obbligo negli studi. Qui si saggia del vino *nuovo* – se di vino si tratta e non di una suggestiva sofisticazione – che difficilmente inganna il vignaiolo veramente esperto, ma chi è veramente esperto nel diritto *nuovo*? D'altra parte, eccetto che per l'assaggio beneaugurante del mosto (che è altra cosa), il contadino in genere mostra diffidenza, spesso sufficienza, verso il vino *novello* (ed il giurista pure, nel campo suo).

È opinione diffusa (e certamente fondata) tra i tecnici della materia che l'informatizzazione della norma sia tema classico dell'informatica giuridica. È una verità questa che potrebbe essere sottoscritta da *Monsieur de Lapalisse* in persona. Pure, le *latae sententiae* informatiche (o, se si vuole, *latae leges*, per dirla, ma impropriamente, con Tito Livio) sono un'altra cosa. Vi è un salto di qualità che non può attribuirsi a naturale (naturale?) evoluzione dell'informatica giuridica. Se *natura non fecit saltus*, le sentenze informatiche sono, *di per loro*, a prescindere dalla (eventuale) gradualità della formazione del pensiero che ne *supporta* la proponibilità e la genesi, comunque strutturata, di una novità inaudita e sconvolgente, che non può ulteriormente essere sottaciuta, per le finalità che esse perseguono e per la proposizione (chiara, ma sconosciuta) della loro natura.

La loro estrema suggestione poi sembra idonea a potenzialmente sedurre qualsiasi operatore (e forse studioso) del diritto: una sorprendente quadratura di cerchio idonea a soddisfare le esigenze più diverse (persino attuali e antiche) con l'impeccabile oggettività formale di un *servomeccanismo* perfetto. Non ci risulta che i giuristi normalmente soffrano di ingenuità, tutt'altro, ma non è male forse se tutti loro intanto, almeno cautelativamente e per tempo, vengano debitamente turbati, 'squietati', per dirla con termine caro a Camilleri, ma anche partenopeo¹⁴. La forma assai suggestiva e accattivante e i toni normalmente assai dimessi, rispetto alla natura autenticamente rivoluzionaria (eversiva) dell'innovazione e della *mutazione*, non ci traggano in inganno, perché, in realtà, le cose non stanno veramente come *prima facie* vengono fatte apparire.

Ciascuno dei tre tradizionali fini oggetto della ricerca *giurimetrica* (archiviazione e reperimento elettronico delle informazioni giuridiche, *previsioni* delle decisioni giuridiche, *formalizzazione* del diritto secondo la *logica simbolica*) sembra *naturale* premessa (fatale, conseguente) per la formalizzazione delle sentenze informatiche (che però, ripeto, sono altra cosa): un'autentica *mutazione* nella civiltà del diritto (qualunque sia la vostra opinione in materia, qualunque sia il grado e l'intensità della loro proposizione effettiva). Nessun allarmismo, nessuna esagerazione, per quello che è *allo stato* un mero (lungamente incubato) *parto della mente*, esso sì veramente artificiale, che intanto propone (e per questo, a parer nostro, il tema va approfondito), un diritto *altro*, un diritto diverso.

2. *Sull'applicazione automatica della norma da parte del computer.*

La sentenza «informatica» (tradotta in linguaggio cibernetico) è determinata esclusivamente dalla legge informatica, espressa in forma di *algoritmo*. La legge algoritmo è la madre, la sentenza informatica il frutto del parto. Essa astrattamente assicura (con effettività) l'uniformità nel trattamento dei dati, la velocità delle decisioni, la censura verso interpretazioni «originali» e inconsuete del dettato normativo, viste dagli Autori dell'ipotesi di scuola che

¹⁴ 'Squieto' è termine per il vero raro anche a Napoli (ricordo un 'con animo squieto' di Sergio Bruni, di cui non riesco a rintracciare la fonte), rarissimo in lingua italiana. Lo usa sicuramente e normalmente Camilleri in più scritti, nel senso di inquietare (ma più intensamente: «*nirbùso e squieto*»). Qui non è nel senso di innervosire, ma nel significato testuale del termine, ossia nel senso – più pacato e lieve, ma fermo, con una sfumatura di sommo rimprovero – di *svegliare, avvertire, sottrarre alla quiete, turbare*.

qui si studia, come, almeno potenzialmente, ‘abusive’ o finanche ‘arbitrarie’, in relazione alla ‘certezza’ della norma. Quest’ultima, fissata, una volta per tutte, in termini algebrici immutabili, dal legislatore (salvo ovviamente revisioni o modificazioni, sempre correttamente *riservate* al legislatore stesso)¹⁵.

Il concetto è di per sé (astrattamente) chiaro come sono egualmente chiari i problemi che pone e i vantaggi che arrecherebbe l’informatizzazione giuridica nella produzione di atti, documenti (specie amministrativi), persino (in ipotesi) decisioni (ordinanze; decreti, a loro volta ordinatori o decisori, sentenze, atti intermedi e/o di volontaria giurisdizione).

Naturalmente, ognuno comprende come ogni parola appena espressa a riguardo e qualunque esito voglia farsi dell’informatica giuridica siano suscettibili di infiniti approfondimenti (taluni poi veramente essenziali). Dubbi possono sorgere con riferimento al livello di automatismo preteso dalla macchina. Quando si tratti di ricerca di dati e di produzione di documenti (un atto di nascita) già oggi appare *naturale* (naturale?) avvalersi dell’automatismo informatico (che comunque, sempre già oggi, colpisce, per cieco automatismo, debitori presunti, ossia appunto ‘automatici’, veri o no che siano [esempio perfetto, per noi, di *cittadino profilato*, per dirla con Stefano Rodotà]). Pure la discriminazione automatica (per errore) del *computer*, quando si tratti di mero errore, anche se fosse di difficile o impossibile estirpazione, non può essere veramente comparata con le discriminazioni di un passato (mai veramente trascorso) per razzismo degli ebrei e ancora degli zingari, i *rom*, dai quali soli si è ventilato *hic et nunc*, qui da noi, di

¹⁵ Per un primo approccio (anche generico e più ‘datato’) ai riferimenti bibliografici, vedasi: AA.VV. a cura di LUIGI CARLO UMBERTAZZI, *La legge sul software*, Giuffrè, Milano, 1994; MAX ASCOLI, *L’interpretazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1991; MAURIZIO BARBARISI, *Diritto e informatica*, Esselibri, Napoli, 1997; RENATO BORRUSO *La legge, il giudice, il computer*, Giuffrè, Milano, 1998; RENATO BORRUSO, CARLO TIBERI, *L’informatica per il giurista*, Milano Giuffrè, 2001; la *Rivista: Il diritto dell’informazione e dell’informatica*; GINO CAPOZZI, *Filosofia, scienza e «praxis» del diritto*, Jovene, Napoli, 1992, pp.65 ss. Più in generale, sul fenomeno del *riduzionismo*, si veda la voce «*Riduzionismo*» dell’*Enciclopedia della filosofia*, Garzanti, Milano, 2003; GIANFRANCO CARIDI, *Introduzione alla elaborazione automatica dei dati per le decisioni economiche e finanziarie*, E.S.I., Napoli, 1995; GIANLUIGI CIACCI, PAOLA DI SALVATORE, PAOLO GALDIERI, MASSIMILIANO MINERVA, *Prospettive giuridiche delle tecnologie dell’informazione*, E.S.I., Napoli, 2000; VITTORIO FROSINI, DONATO LIMONE, *L’insegnamento dell’informatica giuridica*, Napoli, Liguori, 1990; RODOLFO PAGANO, *Introduzione alla legistica*, Milano, 1999; GIOVANNI PASCUZZI, *Cyberdiritto*, Zanichelli, Bologna, 1999; GIANCARLO TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica*, Simone, Napoli, 2003, p. 9; FRANCESCA TARISSI, *Nostro fratello robot (Colloquio con Ronald Arkin)*, ne *L’Espresso* del 7 ottobre 2004, Gruppo Editoriale L’Espresso, Milano, p. 182 ss. Più specificatamente: RENATO BORRUSO, *Informatica giuridica*, op cit., p. 640 ss.; MICHELANGELO PASCALI op. cit.; MARCO COSSUTTA, *Note sul processo come algoritmo*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione* - A. II (2010) n.1 (gennaio-giugno), Trieste, p.76 ss. *Rivista Tigor online*, edita dalla Facoltà di Scienze della Formazione (sita appunto in via Tigor a Trieste), www.rivistatigor.scfor.units.it. Trieste, 2010.

pretendere il rilievo delle impronte, neanche farlo a posta, *digitali*, perché nel primo caso, è evidente, si presuppone l'involontarietà dell'evento, ogni volta che sia determinato appunto da *confusione* della macchina. Quando però si richiegga al *computer* un'operazione più delicata, la mente rimane sconcertata. Peraltro (insistiamo, perché occorre essere precisi) anche le operazioni più semplici non sono immuni da rischi di semplificazione automatica, diciamo così (come nei casi, di cui diremo per cenni, in aggiunta al debitore presunto, dell'omonimia, del bambino terrorista ecc.). Su di un piano generale si può comunque vedere come, in molti modi, cominci ad insinuarsi «nella vita quotidiana il germe di nuove discriminazioni, [mentre] nasce il cittadino non più libero, ma “profilato”, prigioniero di meccanismi che non sa o non può controllare»¹⁶. La matematica computazionale o, appunto, algoritmica studia intanto «la digitalizzazione delle scienze e di riflesso anche della nostra vita»¹⁷. Attraverso l'imperio dell'algoritmo, proprio «con l'algoritmo, anzi con le molteplici forme che questa tecnica assume, e con le reti neurali, con l'“autonomic computing”, con tutto ciò che affida alla tecnologia la costruzione della nostra identità e così produce nuove, spesso invisibili, gerarchie sociali» sembra insediarsi «l'algoritmo al potere»¹⁸. Le preoccupazioni assumono allora sfumature oracolari eppure non solo legittime, ma previdenti, mentre ci si interroga su «quali siano gli effetti su libertà e diritti, quali le conseguenze sullo stesso funzionamento democratico di una società»¹⁹, «se e come la società dell'algoritmo possa essere democratica»²⁰.

Quella digitale è (stata) una rivoluzione *breve* (almeno sinora), fulminea. Ed è forse «proprio la rapidità del cambiamento a produrre una sensazione di disagio: sarà veramente possibile ridurre tutto a numeri e algoritmi? O

¹⁶ STEFANO RODOTÀ, *Una formula ci seppellirà, La dittatura dell'algoritmo*, Repubblica, Gruppo Editoriale l'Espresso, Milano, 27 marzo 2010.

¹⁷ PIERGIORGIO ODIFFREDDI, *Nell'universo che Pitagora sognò per noi*, Repubblica, Gruppo Editoriale l'Espresso, Milano, 27 marzo 2010.

¹⁸ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.: «Non lo sappiamo, ma è possibile che, quando telefoniamo a un *call center* e ci sentiamo rispondere di “rimanere in linea per non perdere la priorità acquisita”, siamo già nelle mani di un algoritmo che ci ha classificati come clienti poco interessanti e ci fa attendere all'infinito, mentre è fulminea la risposta per il “buon” cliente» (*ibi*).

¹⁹ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.

²⁰ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.: «Quando la relazione tra i poteri pubblici e privati e le persone viene basata su di un ininterrotto “data mining”, sulla raccolta senza limiti di qualsiasi informazione che le riguarda, e affidato poi all'algoritmo, le persone sono trasformate in astrazioni, la costruzione della loro identità viene sottratta alla loro consapevolezza, il loro futuro affidato al determinismo tecnologico. Tutto questo incide sui diritti fondamentali, mette in discussione la libera costruzione della personalità e l'autodeterminazione» (*ibi*).

non faremo la fine dei Pitagorici che un giorno si svegliarono e dovettero far fronte alla scandalosa scoperta dell'irrazionale?». S'insinua il dubbio che forse la complessità del reale non possa essere «compresa all'interno di una formula o di un algoritmo»²¹. Ci si avvede così, d'improvviso, che «nella società dell'algoritmo svaniscono garanzie che avrebbero dovuto mettere le persona al riparo dal potere tecnologico, dall'espropriazione della loro individualità da parte delle macchine»²².

L'algoritmo diviene, di per sé, quasi *motu proprio*, saremmo indotti a dire, «il fondamento stesso del potere esercitato da un soggetto [(...) Quando] tutto ciò che lo riguarda è avvolto dalla massima segretezza, allora siamo davvero di fronte alla nuova versione degli *arcana imperii*, che non tutelano soltanto l'attività d'impresa, ma si impadroniscono, direttamente o indirettamente, della vita stessa delle persone»²³. messe sotto accusa le “macchine”, che non possono difendersi e così diventano un comodo capro espiatorio. Ma l'imputazione impersonale del potere ad una entità esterna non può divenire la via per esercitare un potere senza responsabilità. Vengono allora «messe sotto accusa le “macchine”, che non possono difendersi e così diventano un comodo capro espiatorio. Ma l'imputazione impersonale del potere ad una entità esterna non può divenire la via per esercitare un potere senza responsabilità»²⁴, perché il nodo vero su cui siamo chiamati a confrontarci e forse a soccombere (proprio noi, che abbiamo scritto, solo alla luce dell'incredulità per l'interprete, il *Presidio costituzionale*²⁵, proprio noi, legalisti convinti e diffidenti, non meno degli illuministi, quanto alle *variabili* giurisprudenziali costanti, e che subiamo fin nel midollo il fascino di un sogno che deresponsabilizzi finalmente l'interprete e lo renda vero strumento inerte della volontà intangibile del legislatore, autentica – automatica – *vox legis*, mediante l'innovazione delle *sentenze informatiche*, gravate sin dall'origine da *latae sententiae, iuridice perfectae*) consiste in ciò: che l'algoritmo è un calcolo previsto che però non si può misurare e non si misura con «l'ampiezza delle variabili da considerare, i caratteri imprevedibili degli accadimenti, quella variabilità storica che ha indotto a dire che “un cavallo non corre mai due volte”»²⁶. Non par dubbio che «il determinismo tecnologico incida sui diritti fondamentali, metta in

²¹ PIERGIORGIO ODIFREDDI, *Nell'universo*, op. loc. cit.

²² STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.

²³ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.

²⁴ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.

²⁵ PASCALI RAFFAELE, *Il presidio costituzionale*, cit.

²⁶ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.

discussione la libera costruzione della personalità e l'autodeterminazione, imponendo così di chiedersi se e come la società dell'algoritmo possa essere democratica»²⁷.

La legge è astratta ed è uguale per tutti, come proclama la Costituzione, ma le sentenze riguardano gli individui, diversi l'uno dall'altro, operanti in contesti infinitamente diversi tra loro, molto più diversi dei percorsi infinitamente diversi attraversati dai diversi, infiniti puledri. C'è spazio per tutti, dice il raffinato geometra²⁸, ma al mondo del diritto, così diverso da quello matematico, ma non meno complesso e raffinato, lo schema, geometrico o no, va comunque stretto.

Non a caso, la stessa Costituzione, pur Essa, viene chiamata a misurarsi con se stessa, in un conflitto apparentemente impossibile, interno pur esso, per l'impegno progressivo a misurare l'assolvimento del compito dello Stato a rimuovere, come preteso e *dettato* dal Costituente, le diseguaglianze di ordine economico e sociale, che limitano, *di fatto*, la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana e (non sarà male ricordarlo in tempi dominati da Padroni delle Ferriere in maglione) «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Non sembra proprio a noi (che però non siamo giuslavoristi togati, in parte legittimamente impegnati – e non di rado - nei *cori angelici* di supporto) che il prezzo del lavoro possa essere, almeno secondo i fondamentali costituzionali, un prezzo di (rinuncia alla) libertà e di Rappresentanza sindacale monca. Sembra una questione di 'pause' e tecnicamente lo è, ma è forse in gioco (un gioco tutt'altro che occulto) la dignità del lavoro. È solo quello (chi vuol capire, capisca) il vero prezzo preteso dagli Amministratori delegati, cui va tecnicamente stretta persino Confindustria.

Su altri tavoli, allora, l'insostituibile Sisifo, prezioso e costruttivo interprete (costituzionale e non), misura ogni volta e sempre meglio, di fronte a infinite fattispecie, principio e principio; contrappone norma a norma, comma a comma; compone, ogni volta provvisoriamente, un conflitto interno, tutt'altro che apparente, tra principi, ancorché appunto «supremi», alla ricerca della pronuncia *ius iudice perfecta*.

Mai più, allora «*Summum ius summa iniuria*»? Difficile crederlo, difficile pensare che, dopo millenni, i tormenti dell'insigne latino possano essere veramente leniti, le sue 'avvertenze' ignorate. Ci sarà però uno strumento

²⁷ STEFANO RODOTÀ, op. ult. cit., loc. cit.

²⁸ PIERGIORGIO ODIFREDDI, *C'è spazio per tutti*, Mondadori, Milano, 2010.

tecnico (ulteriore), quello dei principi conflittuali, di possibile composizione dei contrasti (uno strumento peraltro, pur sempre virtuale, beninteso, essendo l'*ordo iuridicus*, una realtà che resta irriducibilmente sovrastrutturale, a dirla, in tempi di profitto sovrano, col linguaggio obsoleto, della dialettica marxista classica).

Intanto, più correntemente, già oggi rapine 'in bianco' (come altrimenti definirle?), in forma di mera sottrazione indebita, malafede, pigrizia e automatismo gravano su destinatari indifesi (è il caso del *consumo previsto* per i fornitori di energia che sistematicamente elude, per disconoscimento, sempre *presunto*, degli sgravi per le fasce sociali di minor pagamento), mentre, anche in forza di una giurisprudenza informativa automatica (ma non solo per essa), ieri come oggi, molti casi di patologia matrimoniale vengono gravati dalla difficoltà, quasi irreversibile, ma tutt'altro che tale, per la *legge*, di modificazione o rimozione di provvedimenti presidenziali *sommari*, mentre la pigra digestione (la normalmente assente reinterpretazione) di sentenze costituzionali *manipolative*, concorre impropriamente con le funzioni del legislativo²⁹, col tacito consenso di una Cassazione, che normalmente 'latita', sul punto, dalle funzioni censorie sue proprie.

Il problema centrale tuttavia, per il caso in esame, è nello scrimine, è (nel bene e nel male) nella sua astratta *ineluttabilità*. Nel bene, perché l'algoritmo, al pari del bambino, può indicare la *nudità* del sovrano, nel male per

²⁹ Tema delicato, che ci vede sempre più isolati, oltre che normalmente ignorati, quello delle sentenze manipolative, a loro volta correntemente non reinterpretate e censurate per la parte in cui divergono dal *dettato* normativo, sopravvissuto alla censura costituzionale. La dottrina 'cuce le sedie', con raffinati virtuosismi logici, per mostrare coerenza in ciò che è intrinsecamente contraddittorio. Le sentenze *manipolative*, intese ed applicate acriticamente, sono (a parer nostro, beninteso) espressione di un'abusiva dilatazione delle importanti funzioni censorie della Corte costituzionale, chirurgo che «non legifera né formula letture vincolanti; che amputa i prodotti invalidi. L'elemento controvertibile esce intatto o cade, tutto ovvero in parte, *tertium non datur*». «Ovviamente, lo interpreta, attribuendo un senso alle parole, ma dove non dichiara illegittimo il tale articolo o comma, i suoi discorsi sono un'opinione più o meno persuasiva. Fossero vincolanti, sarebbe interpretazione autentica ossia atto legislativo». «Le cosiddette sentenze additive rientrano nella seconda classe [in cui la norma invalida 'cade'] perché rimuovendo limiti espressi o impliciti, estendono l'effetto normativo. Così lavora la Corte, su formule testuali o enucleabili dal testo» (FRANCO CORDERO, *La scienza dei mostri*, in Repubblica dell'11.1.11, Gruppo Editoriale L'Espresso, Milano). In realtà, è vero che l'ordinamento è in grado di ricostruire il tessuto normativo sopravvissuto all'amputazione *testuale* (quando è *testuale*), ma quando la manipolazione *crea* integrazioni normative (audaci o pacate che siano, ancorché solitamente espressione di grande saggezza comune; per esempio mediante la formula, "dichiara l'incostituzionalità [della legge] nella parte *in cui non dice*", lasciando inalterato il testo) la Corte opera (a parer nostro) *ultra vires*, in concorrenza col legislatore, il che non (ci) sembra coerente con la divisione dei poteri e con il *dettato* costituzionale (espressione forte quest'ultima, sostituita solitamente da eufemismi come 'lettura sopra' o 'un po' sopra le righe', testualmente asseriti più volte anche da Giudici ed ex Giudici della Corte costituzionale, naturalmente fuori Aula, come puntualmente registrato in diversi nostri scritti).

l'assenza, nel *computer*, di quella flessibilità (virtualmente infinita) propria della mente umana.

Procediamo ordinando i concetti appena espressi, perché intanto abbiamo accomunato (e non con intenzione specifica, ma per come il tema si presentava alla mente) concetti e funzioni assai diverse e che vengono correttamente presentate, nel diritto dell'informatica, almeno come distinte e, talora, in qualche modo, persino contrapposte tra loro): il primo dato (quello della ricerca e [ri]produzione di documenti) appartiene infatti alla sfera dell'elaborazione *informativa*, il secondo coinvolge (in tesi, con simile automaticità) le *prescrizioni* normative, rientrando nelle spinose peculiarità di quella che gli informatici, non senza una certa dose di ottimismo e forse di presunzione si ostinano a chiamare 'intelligenza' artificiale e che è lungi dall'essere stata elaborata (e neppure rozzamente abbozzata).

Il *computer* può, su predisposizione artificiale, tentare di imitare il comportamento umano, emettere brusii, il suono di un pianto, come già le bambole artigianali, il rumore modulato di un riso (ovviamente, previa debite istruzioni, che gli consentano di distinguere il sostantivo dal participio passato di ridere e, soprattutto, dal frutto delle graminacee e poi dal *Riso amaro* come opera cinematografica, dal riso di Talete, da Val di Riso e dal Riso torrente, da Riso come compositore, dal *punto riso* della *lavorazione a maglia* e via dicendo) e, se si vuole, si potrà tentare di fargli configurare l'espressione artefatta di un sorriso, ma la consapevolezza dell'atto, frutto di un'*intelligenza*, è un'altra cosa, come pure l'*intelligenza* stessa.

L'*intelligenza*, in particolare, è, a parer nostro, una parte dell'*anima*, concetto già di per sé di difficile definizione. Si può probabilmente convenire su un *minimum* formativo per parlare di esistenza di un'*anima*. Questo minimo, sempre a parer nostro, deve consistere nell'individuazione di almeno due requisiti: *coscienza* e *volontà*. In considerazione di una sorta di *sospensione del giudizio*, in relazione al tema trattato, si prescinde, almeno per ora (altrimenti di che parliamo?) dalla comune convinzione che l'*intelligenza* o l'*anima*, complessivamente intesa, sia *riservata* al solo essere umano. In astratto, taluno può convenire che solo per una sorta di pigrizia, di semplice abitudine, l'uomo trova difficoltà ad ammettere che altri esseri *animati* (e persino gli *animali*; il che dimostra che le parole talora sembrano voler confondere più che chiarire) o esseri *inanimati* (a cominciare proprio dal *computer*) possano avere una propria *anima* (a prescindere dall'evoluzione e persino dall'*evoluitività*, forse, nel primo caso, quello degli animali [uomo compreso?] e dalla sicura *artificialità*, per il caso dei *computer*, del processo formativo).

In realtà, a parer nostro, le cose sono ancora più complesse, perché forse non basta accontentarsi di *coscienza* e *volontà* per essere a cospetto di una

‘vera’ *anima*, non potendosi (ad ogni apparenza) prescindere da quell’autentico *mare magnum* costituito dall’inconscio. Lo aveva capito bene – con l’intuizione e la rappresentazione esclusiva, che solo l’arte può attingere - il soggettista (l’autore dell’idea specifica) di *2001: Odissea nello spazio*, quando rappresenta la paura e poi il terrore e gli ammiccamenti infantili e grotteschi di un *computer*, che vuole (continuare a soprav) vivere ed è consapevole che sta irreversibilmente esaurendosi (spegnendosi di uno spegnimento non strumentale e occasionale, ma irreversibile e fatale, coincidente in pratica con la propria fine, con la propria morte).

Ora, un passo indietro, perché se è vero che l’informatica *informativa* è diversa dall’informatica *cognitiva*, pure la prima, nel suo automatismo acritico, non è esente da errori e talora da danni, anche gravi (e, quel che è peggio, *di sistema*): Quanti bambini fermati agli aeroporti come terroristi per un ingombrante cognome? Quanti *Espositi* affrettatamente inquisiti a Napoli? ma, soprattutto, quanti potenziali inquilini non troveranno casa o potenziali mutuatari non avranno credito (spesso, senza neppure saperlo) perché erroneamente inseriti nella lista dei *cattivi* da uno ‘stupido’ *computer* dalla memoria di elefante? Di fronte a un nome appena sospetto un assicuratore accorto (e questo specie negli U.S.A.) rifiuta cautelativamente la polizza. È la legge dei numeri e a Napoli le polizze automobilistiche hanno importi smisurati che coprono il rischio presunto di un ambiente potenzialmente infruttuoso (se gestito con criteri egalaritari e senza importanti distinzioni specifiche dirimenti all’interno del contesto, sì che anche il virtuoso paghi per il ‘causidico’ e per l’incauto). Dettagli, naturalmente, anche se non sempre veramente tali. Più delicati e probabilmente assai più gravi i casi astrattamente ipotizzabili come conseguenza di un’informatica *cognitiva* insoddisfacente (con la differenza fondamentale che i danni della ricerca *informativa* sono attuali, mentre quelli determinati da una fatale *cognizione* iniqua possono solo essere prospettati (e per questo stiamo studiando)).

In ogni caso, non v’è dubbio che la materia, di cui qui si discute, forse sommariamente, forse no, rientri a pieno titolo nei dubbi, nelle ipotesi, di indubbia suggestione, dell’informatica *cognitiva* (comunque voglia essa intendersi). Appare infatti eccessivo al momento intrigersi nei riferimenti tecnici ai due (almeno) diversi metodi di intendere l’intelligenza artificiale: se essa debba strutturarsi prendendo a modello il paradigma *razionalista* o *simbolico-mentale* ovvero quello *empirico* o *neurorale-cerebrale*³⁰, entrambi ipotizzati nel noto congresso di Darmouth del 1956, nel quale informatici,

³⁰ GIANCARLO TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica*, Simone, Napoli, 2008, p. 49.

psicologi e filosofi convennero al fine di studiare, in un approccio e confronto multidisciplinare, l'eventualità di riprodurre, attraverso il calcolo informatico, le attività intellettuali proprie dell'uomo. *Contare, raccontare, numerare* forse³¹ le idee e le loro conseguenze, anche quelle informaticamente dedotte (o indotte?) da una logica fatale. Più agevole e più realistico allora riferirsi ancora, ad oltre mezzo secolo da quel memorabile Incontro (dando segno di opportuna modestia) solo al semplice e collaudato schema del tradizionale sillogismo e tentare di imporlo alla logica elementare del *computer* (ingessandola, in qualche modo, ma cautelando noi stessi da imprevedibili esiti, virtualmente fatali): A) Tutti gli uomini sono mortali; B) Socrate è un uomo; C) Socrate è mortale. Naturalmente, una cosa è il tema complesso dell'intelligenza artificiale, come idealmente abbozzato nel 1956, e altra cosa è la *regressione* (ma forse non è solo tale) allo schema nudo del sillogismo elementare (con cui comunque ogni metodologia deve confrontarsi, come mezzo a fine, almeno prossimo, almeno immediato).

In una raccolta di saggi del 1977 a tema (vagamente, impertinentemente, religioso), *Per tutti i diavoli dell'Universo*, viene chiesto al *Supercomputer* universale se esiste Dio. Un fulmine blocca per sempre la manovrabilità del *computer*, mentre una voce risponde: «Adesso sì»³². Una riflessione severa, largamente condivisibile, fondata sulla leggerezza e la superficialità, con la quale si è soliti parlare e ancor più pensare (spesso del tutto infondatamente) alla cosiddetta "intelligenza artificiale", viene rivolta proprio contro questo tipo di terminologia³³. In realtà, per ora e non si sa fino a quando, il computer rimane uno *stupido veloce*, perché esso non ha (non può avere) coscienza alcuna del significato del suo calcolo. Non è affatto vero che dare

³¹ TULLIO DE MAURO, CARLO BERNARDINI, *Dialogo sulle due culture*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Cfr. altresì: TULLIO DE MAURO, CARLO BERNARDINI, MARIA GIOVANNA GARRONI-PLATONE, *Incontro a tre voci sulla cultura scientifica e linguistica*; a cura dell'Istituto del Lessico Intellettuale Europeo e Storia delle Idee – CNR, presso l'Istituto Montessori di Roma, «per pensare l'unità e le articolazioni del sapere», 2010. Per un precedente, MICHELE EMMER (a cura di), *Matematica e cultura*, Sprinter, Milano, 2007, pp. 336: «Contare è il modo più semplice e primitivo di raccontare – 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 – una storia con un principio, un centro, una fine, e un senso della progressione».

³² FREDRIK BROWN, *La risposta*, in AA.VV., *Per tutti i diavoli dell'Universo*, Editoriale Corno, Milano, 1977, p. 320: «La leva avrebbe collegato le calcolatrici elettroniche di tutti i paesi abitati dell'universo – novantasei miliardi di pianeti – formando il supercicuito (...) un'unica macchina cibernetica racchiudente tutto il sapere di tutte le galassie. (...) Dwar Reyn [cui era toccato l'onore di porre la prima domanda, chiese allora]: - C'è Dio? L'immensa voce rispose senza esitazione: "Sì: adesso, Dio c'è". Il terrore sconvolse la faccia di Dwar, che si slanciò verso il quadro di comando. Un fulmine sceso dal cielo senza nubi lo incenerì, e fuse la leva inchiodandola per sempre al suo posto».

³³ JARON LANIER, *Non possiamo trasformare i computer in un Dio*, in Repubblica, 11 agosto 2010, Gruppo Editoriale L'Espresso, Milano.

dello stupido al computer significa dare dello stupido al suo creatore, che viceversa ha *informato* l'elaboratore incosciente (nel senso che gli ha dato forma)³⁴. In considerazione della delicatezza del tema, quando si parli di «sentenze informatiche», così tra virgolette greche, non si può pretendere, come forse nelle attese più diffuse dell'informatica *cognitiva* generale, che la *nuova* conoscenza, *diversa* dalla conoscenza di base, operi oltre le colonne d'Ercole (la soglia minima, insomma) del sillogismo. Se ogni norma è in qualche modo predittiva, quando essa si configuri con forza esecutiva irrefragabile come per il caso delle sentenze informatiche (e bisogna vederne la configurabilità e gli eventuali limiti, astrattamente non consentibili, oltre la *chiusura* della previsione, per non incorrere in una fatale contraddizione, perché la sentenza informatica è una monade, conchiusa appunto, senza finestre, che, per definizione, non colloquia con l'interprete, eccetto che per la *numerazione* dei presupposti *di fatto*) non è ipotizzabile inferenza di sorta e la garanzia del rispetto delle regole (nel bene che rappresentano e negli elementi di insoddisfazione, su cui rifletteremo) è dato *solo* dalla fedeltà al «ragionamento concatenato».

Tecnicamente non appare poi (troppo) complicato tradurre il comando astratto della legge in un algoritmo. La cosa è 'elementare' e 'complessa' nello stesso tempo, come nelle osservazioni di Sherlock Holmes a Watson (e la contraddizione tra i due attributi è solo apparente). È 'elementare' per la genialità della logica algebrica *booleana*³⁵, che è una 'semplice' logica binaria

³⁴ *Contra*: «Chi dà dello stupido a un computer rivolge l'offesa, in sostanza, a chi lo ha programmato ed è quindi responsabile, anche giuridicamente, del suo operato» (RENATO BORRUSO, *Informatica giuridica*, op cit., p. 647).

³⁵ Algebra di Boole (da *Wikipedia*, 11 dicembre 2010): «In *matematica*, *informatica* ed *elettronica*, l'*algebra di Boole*, anche detta *algebra booleana* o *reticolo booleano*, è un ramo dell'*algebra astratta* che comprende tutte le algebre che operano con i soli valori di verità 0 o 1, detti *variabili booleane* o *logiche*. La *struttura algebrica* studiata dall'algebra booleana è finalizzata all'elaborazione di espressioni nell'ambito del *calcolo proposizionale*. Essendo un *reticolo* dotato di particolari proprietà, l'algebra booleana risulta *criptomorfa*, cioè associata *biunivocamente* e in modo da risultare logicamente equivalente, ad un *insieme parzialmente ordinato* reticolato. Ogni algebra booleana risulta *criptomorfa* ad un particolare tipo di anello, chiamato *anello booleano*. Tale algebra permette di definire gli operatori logici AND, OR e NOT, la cui combinazione permette di sviluppare qualsiasi funzione logica e consente di trattare in termini esclusivamente algebrici le operazioni insiemistiche dell'*intersezione*, dell'*unione* e della *complementazione*, oltre a questioni riguardanti singoli *bit* 0 e 1, *sequenze binarie*, *matrici binarie* e diverse altre funzioni binarie.

L'algebra di Boole, sviluppata nel 1854 da George Boole, un matematico inglese dell'University College di Cork, assume un ruolo importante in vari ambiti, in particolare nella *logica matematica* e nell'*elettronica digitale*, dove nella progettazione dei circuiti elettronici riveste grande importanza il *teorema di Shannon*, introdotto da Claude Shannon intorno al 1940 e utilizzato per suddivire una *funzione booleana* complessa in funzioni più semplici, o per ottenere un'espressione canonica da una *tabella della verità* o da un'espressione non canonica» (l'originario carattere corsivo è stato

(vero-falso); è ‘complessa’ perché ogni significato non va semplicemente ‘presupposto’, ma va debitamente ‘spiegato’. Se si istruisce il *computer* insegnandogli che “l’omicidio va punito con x anni di reclusione”, bisogna anche dirgli, nella *programmazione del calcolo*, almeno, che per *omicidio* si intende la *soppressione di una vita* che appartenga ad un essere *umano*, non relativa ad altro essere *vegetale* o *animale* e che riguardi non solo un *uomo*, ma anche una *donna*. Si può peraltro contare (o *contare* ?) sul fatto che il *computer* ha grande capacità e velocità di apprendimento (di calcolo).

3. *La legge e il Sospetto: La concezione illuministica del magistrato come mitica «bocca della legge».*

La legge e il Sospetto. La Legge nasce, vive e muta e infine regredisce e muore nel regno del Sospetto. Infido è il sovrano agli occhi dei destinatari della norma, ma anche i sudditi sono infidi per il Legislatore (e quando il sovrano è lui stesso il destinatario della norma è paradossalmente infido a se stesso). Un ministro, alla vigilia di un (possibile) mutamento di governo giura che non vuole un P.M. alle dipendenze dell’Esecutivo. Nessuno gli crede, perché è una riforma lungamente voluta, ‘incubata’ e sostenuta dal suo partito e dal suo governo, ma il ministro è sincero. Abbiamo già scritto che i giornalisti sono anche legittimati a scrivere quel che non hanno necessariamente (esaustivamente) approfondito (come - pare - nel caso). Pure, bastava che avessero ascoltato il suono esatto delle sue parole, la *voce dal sen fuggita*, in una sorta di *lapsus*, freudianamente sincero. Il Guardasigilli: «Non vogliamo sottoporre il Pubblico Ministero al potere esecutivo, né intendiamo arrivare surrettiziamente a questo risultato intervenendo sulla polizia giudiziaria. Ma come lo debbo dire?» «Ripeto che non intendiamo violare il sacro recinto della giurisdizione, perché non siamo certi che chi verrà dopo di noi non abuserà di quella violazione»; «Non sappiamo se il 14 dicembre [2010] avremo la fiducia e continueremo a governare». Il Guardasigilli legittimamente avanza dei sospetti, si preoccupa (ma sino ad allora non se ne era preoccupato, né se ne preoccuperà a fiducia ottenuta dal Parlamento) che chi si appresta (eventualmente) a sostituire il governo in carica possa fare un uso “distorto”, come si dice, della giustizia inquirente. Sembra (ed è) una preoccupazione legata alla cronaca, ma è anche un frammento, che vale un esempio, del senso

liberamente confermato o aggiunto, il carattere evidenziato - cosiddetto ‘grassetto’ – che in *Wikipedia* ha di regola funzione ‘di rimando’ alla specifica voce – è stato eliminato).

costante di preoccupazione (perfino) del Potere verso la Giustizia e La Legge stessa (ma ancor più verso l'interprete e l'esecutore della norma).

Una delle infinite opinioni sull'origine del diritto, ma non l'ultima per importanza, lega la sua nascita al Potere e alla violenza del potere stesso. La regola nuova nasce dalla violazione della regola (antecedente). Il potere originario supremo (assoluto) dalla violazione del supremo tabù (l'incesto). Presto però sopravviene, dopo il silenzio-assenso che consacra il potere *nuovo* e il diritto *nuovo*, la necessità di un consenso pur esso nuovo, diverso, consolidato che rafforzi nella stabilità il diritto e il potere. Viene osservato come «Il seme del dominio (parliamo di quello supremo) non offre spiegazioni e viola le regole 'sacre' più delicate, nasce dal sangue, si palesa con l'*incesto* (diffuso in alcune tipologie di società ancestrali: attestazione della autoreferenzialità e chiusura della sessualità comunicativa nell'ambito della cerchia personale); si presenta con la provocazione dell'ossimoro»³⁶. L'universalità dell'arte lo consacra e lo rappresenta: «Chinatevi, romani, chinatevi; tuffiamo le nostra braccia sino ai gomiti nel sangue di Cesare e arrossiamone le nostre spade; poi, usciamo, mostriamoci sulla pubblica piazza, e brandendo sul capo le nostre armi insanguinate, gridiamo: Pace, libertà, rigenerazione!» (William Shakespeare, *Giulio Cesare*)³⁷. «Il fatto silenzioso lo consacra (il silenzio-assenso); ama essere *assoluto*, libero da ogni vincolo e, in una bulimia di sviluppo, si avvale di tutto ciò che può espanderlo e rafforzarlo senza però richiedere nulla, perché tutto gli è dovuto e niente gli è necessario. Anche la potestà di imperio e di governo nasce così da un primitivo atto predatorio, che a mano a mano si decanta (serbando comunque il seme dell'originaria violenza) e diviene norma condivisa e magari contratto sociale»³⁸.

I più ingenui, i più romantici, ma pure noi, che non siamo né l'uno né l'altro, si spingeranno a credere (o a fingere di credere) che *il diritto è il potere di chi non ha potere* (o, meglio, è 'anche', forse, *potere di chi non ha potere*; anche, talora, quando non si scontri con poteri ancora più forti di lui, quando venga proposto con equilibrio e, magari, prudenza [dove nasce la

³⁶ MICHELANGELO PASCALI, *Teoria e prassi della "dominazione finanziaria"*, Francoangeli, Milano, 2009, p. 10.

³⁷ WILLIAM SHAKESPEARE, *Giulio Cesare*, in *Tutto il teatro*, vol. IV, Newton, Roma, 1990, p. 363 (traduzione di Carlo Rusconi). Della versione qui riportata, sono state solo preferite alle parole "Pace, indipendenza, libertà" le parole "Pace, libertà, rigenerazione", secondo la traduzione del testo preferito dall'Autore citato nella prossima nota.

³⁸ MICHELANGELO PASCALI, op. loc. cit. Anche il passo di Shakespeare è riportato nel testo citato, ma in una diversa edizione (non precisata) e, ovviamente, con una diversa e pur essa imprecisata traduzione.

prudencia iuris ?]), magari l'ultimo potere, cui ricorrere, l'unico concesso ai deboli, nonostante Master³⁹:

*«Io vidi una donna bellissima con gli occhi bendati eretta
sui gradini di un tempio di marmo.
Grandi moltitudini passavano davanti a lei,
sollevando la faccia ad implorarla.
Nella mano sinistra teneva una spada.
Brandiva quella spada, colpendo a volte un bimbo, a volte un operaio,
ora una donna che tentava sottrarsi, ora un folle.
Nella destra teneva una bilancia;
nella bilancia venivano gettati pezzi d'oro
da quelli che schivavano i colpi della spada.
Un uomo con la toga nera lesse da un manoscritto:
"Non guarda in faccia a nessuno".
Poi un giovanotto col berretto rosso
balzò al suo fianco e le strappò la benda.
Ed ecco, le ciglia erano corrose
dalle palpebre imputridite;
le pupille bruciate da un muco latteo;
la follia di un'anima morente
le era scritta sul volto;
ma la moltitudine vide perché portava la benda».*

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, sul filo delle *garanzie*. Il silenzio-assenso segna la nascita del potere (naturalmente fondato sulla forza e/o sul contratto sociale) ma non garantisce né il potere (neppure quello assoluto), quanto alla sua conservazione, né i sudditi e/o consociati destinatari della potestà di imperio. Per un bisogno di certezze, la transizione dall'oralità alla legge come testo scritto, come *dettato*, segna la ricerca, per quanto possibile, di una reciproca ricerca di stabilità (astrattamente fissa, di fatto sempre precaria); indi, lo Stato di diritto; e, poi velocemente, alla legge garantita dalla Costituzione, prima flessibile, poi rigida; sino ai *principi supremi*, a tutela delle somme antinomie costituzionali (queste ultime non di rado in conflitto con se stesse, molto più di quanto generalmente riconosciuto) mentre incombono, come inappagate categorie formali ricorrenti, supreme perplessità: *Summum*

³⁹ EDGAR LEE MASTER, *Spoon River Anthology*, (Il passo riportato costituisce inoltre epitaffio sulla tomba dell'anarchico Pinelli). Macmillan, New York, 1916.

ius summa iniuria (Cic., *De officiis*, I, 10, 33), tuona o suggerisce l'oracolo; e poi, *Quis custodiet custodes?*

I Magistrati poi, il vero potente li ha sempre temuti (e a ragione), mentre li avrebbe sempre voluti come autentici automi, operatori di sostegno, in funzione ancillare, non più liberi delle *serve-robot*, cantate da Omero, strumenti d'oro (preziosi, ma pur sempre metallici) che si affaticano a sostenere il Signore «al pari di fanciulle vive»:

«Due ancelle d'oro si affaticavano a sostenere il Signore,
simili a fanciulle vive:
avevano mente nel petto e avevano voce e forza,
sapevano l'opere per dono dei numi immortali»
(Omero, Iliade. Libro XVIII. v. 417-421)

Viceversa, Fedeltà e Potere costituiscono un binomio scindibile, ci ricorda Giovenale, perché anche la moglie *controllata*, al pari del suddito, anche se silente (e soprattutto allora) è astuta (testualmente *cauta*) e forse (ancora testualmente) *'comincerà da essi'* (dai custodi). Percentuali note e significative, statisticamente *certe*, di padri occulti (muti, ma non sempre inconsapevoli quelli anagrafici) arricchiscono così tuttora la famiglia, ancorché sempre più esigua, stremata da precarietà e da omessa assistenza, dalle violazioni di una Costituzione che mente, perché assicura di tutelare la maternità e l'infanzia e non lo fa (ma questo è un altro discorso). Ad ogni modo, in qualche modo, *pater numquam*, anche in tempi di chiarezza genetica, di DNA. La violazione e l'elusione della regola sono mere eventualità, ma che non di rado divengono accadimenti. Nessun custode della Costituzione, mitico o designato, ha veramente retto a lungo al peso della storia, nessuno ha onorato sino in fondo, del tutto incorrotto, la funzione affidatagli. Checché se ne pensi, il potere logora non solo “chi non ce l'ha”, secondo la caustica definizione di un cinico uomo di Stato, ma anche il suo detentore⁴⁰. Persino la nostra Corte costituzionale, così attenta ed equilibrata e sapiente, “manipola” l'interpretazione della norma e, ogni volta che lo voglia, sembra scrivere “sopra le righe”, tracciate per la funzione. Nonostante gli angeli plaudenti in coro, che questo sia veramente fisiologico è tutto da dimostrare.

⁴⁰ L'espressione è stata attribuita a Talleyrand, ma in Italia è più nota per averla riferita Giulio Andreotti, autentica incarnazione del potere politico in Italia nella seconda metà del novecento. Di lui Montanelli scrisse che quando andava a messa con De Gasperi, «De Gasperi parlava con Dio, Andreotti col prete».

Il «contenuto della legge è sempre un comando: e il comando è per definizione un atto arbitrario, un atto di onnipotenza e come tale non può non essere rivoluzionario rispetto a un atto anteriore, a un ordine anteriore»⁴¹. Nei percorsi della storia nessun impegno, per quanto costituzionale, solenne, formale e (di regola, almeno di frequenza) cementato da patti sottoscritti col sangue, è veramente sacro e inviolabile, «poiché certo non ci si può illudere che il fragile articolo» di una «nuova Costituzione che vieta di istituire tribunali o giudici straordinari impegni la storia e valga a mutarne il corso sanguinoso. Queste promesse che gli uomini, paurosi l'uno dell'altro, si scambiano in una carta più o meno solenne sono come le promesse di eterna fedeltà nell'amore: valgono finché valgono, *rebus sic stantibus*, finché la natura, la passione, la follia non prendono il sopravvento»⁴².

Intanto, le parole, inventate *lacaniamente* per dire il contrario del pensiero, fanno scrivere di 'Tutela della maternità' per disciplinare l'aborto e mentre cerchi la voce *Matrimonio* nel Dizionario giuridico, ti vien suggerito: "Vedi alle voci: *Separazione e Divorzio*". Solo nel paese di Lilliput, «le leggi scritte non superano mai il numero delle ventidue lettere dell'alfabeto e sono pochissime quelle che raggiungono una simile lunghezza. Inoltre sono formulate in parole semplici e piane, perché queste persone non sono abbastanza acute da scoprire più di un senso in una parola, tanto è vero che commentare una legge è un delitto capitale» (Swift).

Questo passo bisogna tenerlo a mente, perché ricorda, per ragioni opposte, Orwell e la logica del potere, nella tecnica della legislazione.

Swift (o, meglio, il suo interlocutore) contrapponeva la laconicità della legge e la sua comprensione unidimensionale alla realtà di un'interpretazione illusoria, cangiante, avvertita come tremendamente abusiva: «Sua Maestà desiderava sapere molte cose a proposito dei nostri tribunali, domande a cui io ero in grado di rispondere con cognizione di causa, perché in passato ero stato mezzo rovinato da un lungo processo in cancelleria, per il quale avevo dovuto pagare le spese. Mi chiese quanto tempo e quanto denaro ci voleva per risolvere una causa; se gli avvocati potevano difendere cause apertamente ingiuste, vessatorie e oppressive; se i partiti politici e le fazioni religiose avevano peso sulla giustizia; se gli avvocati erano persone educate al senso universale della giustizia o solamente esperti degli usi e dei costumi nazionali, provinciali o puramente locali; se costoro o i loro giudici avevano collaborato alla stesura di quelle leggi che poi interpretavano e glossavano

⁴¹ SALVATORE SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 16

⁴² SALVATORE SATTA, *op. cit.*, p. 13.

a loro piacimento; se era mai accaduto che costoro avessero avuto, in tempi diversi, il ruolo di difensori e di accusatori nella medesima causa, costringendo i testi a dimostrare il contrario di quanto avevano testimoniato; se la loro fosse una corporazione ricca o povera; se ricevevano parcelle in denaro per difendere le cause o esprimere pareri; se, infine, venissero ammessi a far parte della Camera dei Comuni». Le risposte, com'è noto, non furono accolte con favore dal sovrano straniero, che finì col dedurre che nel Paese di Swift, «le qualità essenziali per diventare un legislatore sono l'ignoranza, l'ozio e il vizio; che le leggi sono spiegate, interpretate ed applicate in maniera ineccepibile da quanti hanno interesse e abilità nel pervertirle, confonderle ed eluderle». Tutte cose che pare potessero succedere un tempo, ma naturalmente solo nel paese d'origine di Swift⁴³, non certo qui e nel mondo contemporaneo. Chi fece tesoro dei tesori di Swift fu il Grande Fratello di Orwell. La sua Neolingua pretendeva «parole brevi e scattanti, di significato esattissimo, che potessero essere pronunziate rapidamente e soprattutto che ridestassero il minimo possibile di echi nella mente di chi parlava (come anche di chi ascoltava)»⁴⁴. In un contesto lontanissimo da quello di Orwell e forse non meno cupo, Swift rivive in altri epigoni non meno critici. Sacerdoti dell'ordine informatico, dimentichi del 1984, ormai trascorso, dopo infiniti anni, ripetono gli stessi auspici di Gulliver, pervasi da antiche nostalgie, per i medesimi laudatissimi fini: «Occorrerebbe imparare finalmente a esprimersi col minor numero di parole possibili e nella maniera meno equivoca possibile, e al tempo stesso più facilmente comprensibile da tutti»⁴⁵. Di che ti duoli, allora, cipiglioso narratore? Non eri tu che or ora ti corrucciavi pubblicamente perché concetti chiari come il lavoro, vengono inspiegabilmente connessi allo sciopero, che del lavoro è il suo esatto contrario (anche se forse non è proprio così), mentre con indignazione oracolare ti dicevi certo che nelle nostre università la disciplina del Diritto del Lavoro, espressione di per sé neutra nella sua apparente oggettività, dovrebbe più coerentemente denominarsi, in una buona parte dei casi, per un'inspiegabile evoluzione (o involuzione) della materia, quale Diritto del Datore di Lavoro?

D'altra parte gli intellettuali sono teste d'uovo, la loro neutralità non è immune, come notava Gramsci, dall'influsso del potere e l'avvento dei mercanti nel Palazzo non poteva rimanere senza conseguenze nel mondo della

⁴³ JONATHAN SWIFT, *I viaggi di Gulliver*, 1726 (<http://www.albertomelis.it/nuovotestogulliver2.htm>). Per il testo cartaceo, cfr. l'edizione pubblicata, dalla Newton & Compton Editori, Roma, 2008.

⁴⁴ GEORGE ORWELL, 1984, Mondadori, Milano, 1997, p. 323.

⁴⁵ RENATO BORRUSO, *Informatica giuridica*, op cit., p.658.

dottrina del diritto, per quanto pura la si possa concepire. I giuristi, sacerdoti e custodi della Legge, hanno le chiavi dell'interpretazione e quando debbono, talora quando vogliono, lacci implacabili per sciogliere e legare.

Analogamente, in ogni ordinamento giuridico, il Potere Negativo, che connota, spesso nell'ombra, l'opposto del Potere positivamente espresso, soffre di una valenza che, ancorché imponente (si pensi alla Corte costituzionale, alla Giustizia amministrativa, alla stessa Cassazione) viene avvertita dai suoi detentori, e non di rado, come un intollerabile limite.

La cosa naturalmente non vale per la Cassazione, specie italiana, con una sua spiccata funzione censoria. Pur essa peraltro sempre più spesso, troppo spesso – quasi di regola - indulge, quasi rassegnata, a non censurare, come la sua elementare funzione imporrebbe, le manipolazioni normative della giustizia costituzionale. V'è forse un barlume di verità nelle doglianze che il potente Guardasigilli, oracolo della Seconda Repubblica, rivolge alla Magistratura, compresa quella costituzionale (anche se più corposi, più fondati forse, appaiono – almeno *prima facie*, beninteso - i dubbi espressi nei debiti avvisi di garanzia).

Possiamo anzi dire che l'intera evoluzione della civiltà del diritto (dal silenzio-assenso della comunità sino alla complessa raffinatezze delle tutele) può essere percorsa sui sentieri delle garanzie (esito legale dei presupposti percorsi della paura del potere, inteso secondo reciproci canoni diretti e inversi). Un interminabile processo di conquista (o, meglio, di conquista/erosione/perfezionamento) della certezza garantita, nell'interpretazione della norma, sembra alla base della civiltà del diritto.

D'altra parte, la Cassazione (la '*cassation*' del re di Francia) è nata proprio come supremo tribunale incaricato di far osservare le leggi da parte di tutte le giurisdizioni. Il re si preoccupa, a giusta ragione, della fedeltà dei giudici, che si arrogano il diritto di modificare la legge, il diritto, a proprio talento, *sub specie interpretationis*; ma si preoccupano dei giudici anche i rivoluzionari francesi, persino i giacobini e poi quelli partenopei, nell'effimera Repubblica del '99. Tutti vogliono i giudici, come mera 'bocca della legge'. La Rivoluzione non rimuove la Cassazione, né l'avvento (in Francia come in Italia) delle Repubbliche, ancorché costituzionali. Un fenomeno nuovo, una opportunità nuova e inaspettata, assai più potente della Cassazione, sembra rimescolare le carte tra potere legislativo e interpretativo. Il sovrano finalmente sembra poter abolire del tutto l'infida funzione interpretativa dei giudici. Rimarranno essi, ma solo ad alimentare il freddo fuoco dei dati e a pronunciare ciò che è già scritto – *omisso medio* – nelle *latae* sentenze informatiche. L'*algoritmo* già incorpora la sentenza. Il magistrato ha il mero compito, non maieutico, ma (forse) *dichiarativo*, di rendere pubblico, ciò che è già scritto (molto più

che astrattamente previsto come ipotesi, molto più che semplicemente pre-costituito; che sarebbe già tanto), di pronunziare ciò che è già virtualmente esecutivo, già *deciso*: Ora, veramente, si può convenire con Davies, «Le leggi sono onnipotenti. Niente sfugge loro: hanno un potere assoluto. Sono anche, in un certo senso, onniscienti».

Sono anzi, quando emanate come *latae sententiae* informatiche, onniscienti in ogni senso. Sono, appunto, *latae sententiae*.

4. *Verso un superamento della separazione dei poteri?*

*«La società nella quale non è assicurata la garanzia dei diritti, e non è stabilita la separazione dei poteri, non ha Costituzione»
(Art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino, 1789).*

Come in una favola, complice Zagrebelsky, Senofonte⁴⁶, interroga ancora una volta Pericle, per bocca di Alcibiade: «Dimmi, Pericle, che cos'è la legge?»⁴⁷. Recuperando antichi valori unitari tra narrazione e calcolo, avrebbe potuto dire: «Contami (ossia, *raccontami*), Pericle, che cos'è la legge?». L'abisso, forse artificiale, forse no, tra discorso e numerazione sarebbe stato colmato. Leibniz ne sarebbe stato felice. La risposta però ancora una volta è insoddisfacente. Il fatto è che Pericle, che pure è il tutore di Alcibiade e che a sua volta ha indugiato sul tema, quand'era piccolo, è oggi il potente capo della *polis* ed ha facile gioco nel rispondere, eludendo, con serena sufficienza, da vero rettore politico, ogni domanda e ogni contestazione: «Certo, Alcibiade – avrebbe detto Pericle – quando avevo la tua età, anch'io ero bravissimo in questo genere di discussione: facevo pratica di arte sofistica applicata a questi stessi temi a cui ti applichi tu, a quanto vedo». E Alcibiade: «Magari ti avessi conosciuto allora, Pericle, quando su questi temi superavi te stesso!». È quello, per il pupillo, il Pericle primo e prevalente, ma la politica ha altre incombenze.

Nel gioco del potere in cui ogni risposta, ogni *soluzione*, per rimanere in tema di calcolo, deriva dalla consequenzialità dei presupposti logici, il concetto di legge non può essere esso stesso presupposto estraneo alla contesa. In contrasto con lo splendore del tre, numero perfetto, per eccellenza (ma

⁴⁶ SENOFONTE, *Memorabili*, I 2,40-46.

⁴⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Pericle, insegnami che cos'è la legge*, in *Repubblica*, 26 settembre 2008.

non in senso matematico), *omnia trina malandrina*, osavano dire i blasfemi dell'ottocento, alludendo – si capisce – a concetti teologici, che sarebbe stato giusto non evocare neppure ora, pur mancando, va da sé, qualsiasi propensione irrispettosa, neppure casuale⁴⁸.

In contrasto con la visione hegeliana dello Stato etico, fine supremo e assoluto, nella trinità del potere attuale dello Stato (contaminato dalla relatività, ma forse non astrattamente, dove sopravvive, sempre più stancamente, una concezione di perfetta primazia inalterata) c'è una continua distinzione senza eguaglianza e ogni potere, legislativo, giudiziario, esecutivo, si sente costantemente insidiato e, almeno potenzialmente, eroso dall'altro (che pure, legittimamente o no, ama lambire, talora sino a circoscritte condivisioni). Un po' come – se il paragone regge – ogni vera donna, per quanto bella, potente, affascinante possa apparire, si vuole che non si senta mai tanto sicura, rispetto a ogni altra signora, da non temerne il potere, la concorrenza, l'insidia. A modo suo, ogni potere è una entità gelosa (e v'è chi dice che il potere sia *femmina*). I poteri, i principi, le norme stesse, elevate o graduate e subordinate, che siano, sono comunque in perenne conflitto tra di loro.

Se da sempre ci si interroga su chi sia *veramente* il custode della Legge, il potente sovrano ha però sempre diffidato soprattutto dell'interprete togato. Il grande Mercante poi, politico o meno, onnivoro sempre, principe (tutt'altro che splendido) di un paese alla periferia dell'impero o espressione anonima di una potente multinazionale teme a un tempo la Legge, per quanto compiacente gli appaia o se la sia apprestata, e l'interprete (anche se di regola le vere multinazionali, quando non si avvalgono delle norme o le aggirano e le ignorano).

Non a caso, nel nuovo millennio, qui da noi è tutto un fiorire di mediazioni, di preclusioni all'accesso diretto al tradizionale processo, di regole dimenticate, di statuti del lavoro traditi: «Nel vuoto lasciato dai soggetti nazionali, e nell'assenza di soggetti pubblici che possano prenderne il posto, si insediano soggetti privati che divengono, insieme, legislatori e governanti, controllori e controllati». In un solo giorno qualunque di fine d'anno, sfogliando un solo quotidiano «si parla di accordi storici, di svolte epocali oppure vengono

⁴⁸ Perché indulgere allora in allusioni non opportune? Per completezza nei riferimenti (per mera accuratezza nei riferimenti, con l'esimente del dovere), probabilmente, certo non per *vana* ed irrilevante esibizione espositiva (e senza dimenticare che, se la vanità è il peccato preferito da Satana, in sicura assenza di intenzioni irriverenti, chi sbaglia, per ciò solo, al massimo dovrebbe poter essere collocato nel girone dei 'poveri diavoli', come vien fatto di notare, quasi per deformazione professionale, in un barlume di auto-coscienza della mente che sembra insieme una *excusatio non petita* e una perversa riflessione incidentale di foro interno).

invocati diritti fondamentali calpestati e violazioni della Costituzione. Tutte parole fuorvianti, pericolose - aggiunge l'attento cronista (che è un raffinato economista) - perché di mezzo ci sono i posti di lavoro e i redditi di migliaia di lavoratori e delle loro famiglie»⁴⁹. Non gli sfugge (è qui il tema sovrasta la cronaca) che «il nodo vero è sempre quello delle regole della rappresentanza»⁵⁰, anzi della rappresentatività sindacale violata. Gli *imput* derivano dai destini del mondo. La fine delle ideologie ha di fatto sciolto come neve al sole le grandi confederazioni internazionali del lavoro, i proletari del mondo non sono più uniti (se mai in passato lo siano stati); gli agnelli e la loro ereditata creatura, allattata ininterrottamente sin dalla nascita, per oltre un secolo, da ogni governo della Repubblica, compresi gli ultimi, sono diventati Marchionne e possono giocare a *monopoli* sulla scacchiera del mondo. *Cronos* ha per ora divorato i figli suoi e non sa che sarà costretto a sputarli. Non sa il blasfemo amministratore⁵¹ di essere, al pari di tutti noi, come una foglia al vento, né sa di «globalizzazione attraverso i diritti e non solo attraverso il mercato» (Rodotà). Intanto, *di spalla*, sul medesimo foglio, altro cronista, il leggendario Cordero, lamenta il ritorno, della legge di Bertoldo, che consente al condannato di dettare le regole per la conduzione del processo e per il suo impedimento. Non sarà necessario non trovare un albero che possa reggere il peso dell'impiccato, quando manca persino il legno per costruire lo scranno del giudice, mentre i tribunali – complice l'informatica - smarriscono la memoria. Volendo, quella digitale è a corrente alternata (nel significato semantico del termine)⁵².

⁴⁹ TITO BOERI, *Le regole dimenticate*, in Repubblica, 29 dicembre 2010.

⁵⁰ Proprio non può, «non deve essere il datore di lavoro a decidere quali sono le rappresentanze dei lavoratori. Non possono che essere i lavoratori, con il loro voto, a scegliere chi li rappresenta» (TITO BOERI, cit.).

⁵¹ FRANCO BERARDI, detto BIFO: «All'inizio dell'autunno 2010 Sergio Marchionne ha dichiarato che lui vive nell'epoca dopo Cristo, e non può stare ad ascoltare le considerazioni che provengono da gente che vive nell'epoca prima di Cristo. La blasfema metafora di Marchionne vuol dire che da quando esiste la globalizzazione non si possono rivendicare quei diritti e quelle garanzie sociali che vivevano prima della globalizzazione» (<http://www.rednest.org/tag/franco-berardi-bifo/>). Sorprende la metafora, ma anche la fonte della critica riferita (Berardi fu esponente di 'Potere operaio'). Certo, l'incauta blasfemia (con un confronto ripugnante) è sembrata veramente eccessiva non solo a noi, ma anche a un'anima ritenuta incredula. Occorreva, nelle intenzioni di chi l'ha proposta, un'immagine forte che indicasse una separazione radicale come quella determinata dall'Avvento. Metafore altrettanto crude (per entrambe le parti) e meno eccessive erano ben disponibili, ma non sarebbero state forse di pari gravità ed efficacia. Si ha l'impressione che, nella vicenda, si sia preso a pretesto una vertenza, peraltro molto importante, per esibire soprattutto la radicalità della svolta e la prevalenza del dominio (al di là forse della stessa riduzione dei diritti).

⁵² MARIA ELENA VINCENZI, *Giustizia, stop alle banche dati La rivolta delle procure: sarà paralisi*, perché «mancano i fondi per i servizi informatici e rischiano il blocco milioni di atti giudiziari», Repubblica, 30 dicembre 2010.

Uno Stato immemore assiste impotente a una nuova «rifeudalizzazione dei poteri»⁵³, mentre l'osservazione politica scade nell'irrisione e la stampa può impunemente dare del *somaro* a due Ministri della Repubblica, uno dei quali (ma guarda!) Ministro dell'Istruzione pubblica⁵⁴.

Pare evidente che un discorso, come quello appena introdotto, della *legge-algoritmo*, che non solo raffronta, ma tende, almeno di fatto e forse in termini formali, a rendere *athona* la linea d'ombra, più che di demarcazione, se non la diversa funzione, tra poteri, pone il problema della coerenza con il principio, tutt'altro che sacro e indiscusso, ma certamente largamente condiviso, sia pure in modi e forme variamente intesi (si pensi ai temi generali della gerarchia e della competenza delle *fonti*), della distinzione e separazione *attuale* tra poteri, nello Stato costituzionale.

C'è comunque una importante distinzione qualitativa, di immediata evidenza, tra i tentativi di elusione ed erosione dell'imperio della legge - oggi quanto mai diffusi - e la logica formale sulla perfetta coincidenza tra *voluntas legis* e *lex scripta*, mediante l'ipotizzata produzione di norme-algoritmo. Anche se non bisogna sottovalutare la stessa incultura (nel significato elementare del termine)⁵⁵ di una classe politica al potere, forse solo le difficoltà tecniche di

⁵³ STEFANO RODOTÀ, *Quando il fango cancella la politica*, Repubblica, 29 dicembre 2010: «Mai, nella storia della Repubblica, gli scontri istituzionali erano stati così violenti, ripetuti, quotidiani, emblematicamente riassunti dagli attacchi continui del Presidente del consiglio a tutte le istituzioni di garanzia. Mai s'era avuta una legge elettorale che, come quella attuale, consegna la selezione dei parlamentari ad oligarchie ristrettissime e manipola la rappresentanza. Mai s'era vissuto un periodo di sostanziale instabilità come quello cominciato nel 2006, che sembra aver fissato in due anni la durata possibile d'una legislatura. Mai la vita pubblica era stata attraversata da tanti "mostruosi connubi", dalla riduzione d'ogni cosa all'interesse privato, con irrisione palese di moralità e legalità». «La Seconda Repubblica ci consegna gli attacchi allo stesso Presidente della Repubblica; alla Corte costituzionale, descritta come un manipolo di reduci della sinistra che viola le prerogative del popolo sovrano; ad una magistratura all'interno della quale si troverebbe una vera "associazione per delinquere"; al Parlamento in sé, volta a volta considerato come un intralcio o come luogo di spregiudicati reclutamenti». Ancora una volta, una vicenda specifica diviene, per l'attento osservatore, una *cartina di tornasole*: «La vicenda Fiat Mirafiori si presenta come un caso esemplare di quello che viene chiamato "neomedievalismo istituzionale". Proprio perché viviamo in un mondo senza centro, si dice, il governo dei processi, e la creazione delle regole che li accompagnano, sono ormai appannaggio degli specifici soggetti che agiscono in presa diretta nelle situazioni considerate. Questo legittimerebbe la Fiat, come ogni altro soggetto transnazionale, ad essere insieme imprenditore e legislatore, giudice non solo delle convenienze ma pure dei diritti, a Chicago come a Torino. La domanda è: l'indubbia crisi della sovranità nazionale, determinata dalla globalizzazione, può legittimare il ritorno ad una logica feudale, ad una società delle appartenenze e degli status, dove la pienezza della cittadinanza in fabbrica, ad esempio, è subordinata all'appartenenza a un sindacato? Non è un ritorno agli anni '50 quello che si vuol realizzare, è un tuffo profondo in età lontane, prima della rivoluzione dei diritti dell'uomo» (*ibi*).

⁵⁴ V. nota successiva.

⁵⁵ FRANCESCO MERLO, Repubblica, 7 agosto 2010, pag. 1: [Il ministro] «non vuole premiare Umberto

una produzione legislativa in confezione cibernetica (o forse anche il timore ignoto del pericolo di una disposizione non interpretabile) non hanno reso più attuale un'ipotesi coltivata per ora solo in sede accademica, soprattutto dai filosofi del diritto (informatico).

Naturalmente il mistero delle sentenze informatiche si snoda attraverso una serie di tappe egualmente misteriose, ciascuna autonoma in sé, ma ognuna di difficile qualificazione sia per il legislatore sia per i diversi destinatari del dettato normativo proposto in confezione cibernetica. Sorprende anzi quanto impudentemente gli studiosi osino proiettare inquietudini soggettive (forse poco più che intuizioni, ma raramente solo intuizioni) su una costruzione, da tempo ipotizzata, ma sinora mai veramente abbozzata.

In tema, per così dire, sembrano confrontarsi, naturalmente con la debita dignità scientifica, immeritevole di affrettate qualificazioni impertinenti, i 'semina-dubbi' e gli 'sputa-sentenze' (ma l'originale espressione colorita, identificativa dei primi, i 'semina-dubbi', è assai più colorita e venne espressa da Mario Petroncelli all'orecchio di chi scrive, che gliel'ha *carpita*, mentre indicava – con un' affettuosa *battuta*, quasi paterna – un eccellente studioso, suo assistente del tempo, invero assai meritevole, per essersi dotato di una metodologia scientifica impeccabile).

In tal guisa, poco manca, tra 'semina-dubbi' e 'sputa-sentenze', che i diversi nodi, le diverse *poste* del processo formativo delle sentenze informatiche non vengano apprezzati, al pari dei *misteri* religiosi, come *gloriosi* e come *dolorosi* (tutti egualmente o variamente tali).

Certo è che, se, com'è noto, basta la modifica di una virgola a una legge, per far sparire (o piuttosto rendere obsoleti) e poi rinnovare (se i fondi, sempre più rari, lo consentono) interi settori delle biblioteche (che si sperano non solo informatizzate, ma cartacee, essendo i *dati* cibernetici, erroneamente considerati immortali, destinati viceversa a morte precoce, talora infantile, tanto che si parla sempre più spesso di *archeologia informatica*, mentre gli stessi *computer* vengono distinti dai tecnici in due categorie: quelli che hanno perso i *dati* e quelli che li perderanno e gli stessi dati che si conservano diventano come morti per lo smarrimento inarrestabile del relativo *hardware*) l'informatica,

Bossi con il dito medio d' argento, ma vuole che l' università lo laurei *honoris causa*. La ministra Gelmini, definitivamente rivelandosi come la principessa del Parnaso, propone all' Accademia italiana di dargli il tocco e la toga. Basti pensare alla *lectio magistralis* che dovrebbe tenere nell' aula magna e all'anello che gli verrebbe donato per sposarlo con la Scienza. Chissà, potrebbe partire da lì il movimento delle "dislauree" *ad honorem*, dottori che vengono sdottorati per non meritare quel che ha meritato Bossi...È insomma della Gelmini che parla la proposta di laurea molto più che di Bossi: *asinus asinum fricat* (e questa non la traduciamo per non fargliela capire)».

applicata alla struttura della legge e/o al processo o a parte di esso o, persino, alla pubblicità della legge stessa o agli atti del processo o alla notificazione dei medesimi, apre e in parte ha già aperto, varchi innovativi nella scienza giuridica e forse autentiche voragini, tutt'altro che esplorate.

I vantaggi di una sentenza informatica sono già di per sé evidenti e consistono nella certezza e nella velocità, gli svantaggi sembrano riguardare soprattutto la rigidità (assoluta, è evidente) e il disequilibrio dei poteri.

5. *Il problema della traduzione della norma in forma di algoritmo.*

Se il *potere digitale* è nelle dimensioni, il potere della sentenza informatica è pur esso nelle dimensioni. Il *Guardian* parla di *rivoluzione* digitale per fenomeni di sempre e perfino costituzionalmente contemplati (Dichiarazione Universale, art. 21) e si riferisce certamente alle dimensioni (abnormi, planetarie, mostruose, alluvionali) dell'informazione e diffusione di notizie e anche – s'intende (anche se non sempre si dice, almeno adeguatamente, almeno 'a chiare lettere', in termini di tassatività e forse irreversibilità) – alla fine della riservatezza. Del potere della sentenza informatica nessuno parla, nessuno avverte di una possibile e diversa 'rivoluzione', che è pur essa nelle dimensioni, ma in senso opposto, nella *compressione* delle dimensioni. Una volta però che la decisione informatica sia stata introdotta, essa troverà sicura applicazione (nei confronti dei singoli e, forse, dei popoli) con la meticolosità, gravità e oppressione implacabile, propria della, ormai consueta, forza digitale. Mentre gli Stati (in primo luogo gli Usa, modello di democrazia) possono proclamare una *cyber war* su tutti i fronti, il Dipartimento della "Homeland Security" può chiudere senza preavviso 82 siti in una notte⁵⁶ (non solo portali di *e-commerce* accusati di ricettazione e siti sospetti di terrorismo) e la Cina può indurre allo sfratto un motore di ricerca dell'importanza di Google, attaccando i suoi *server* negli Usa e 'avvertendo' i suoi dirigenti con intimidazioni credibili. Il tutto, contro il potere informatico e la tutela reale della riservatezza (altro che *clamor fori*). Poco sinora possono i cittadini, come singoli, ma anche (sinora) operando in forma associata.

Occorre allora distinguere i problemi dalla (miglior) sede per la risoluzione degli stessi. È ovvio che, dinanzi a interrogativi così delicati, così tecnici e così proiettati verso una società *futuribile*, come quelli prospettati, il primo strumento per l'approfondimento e la risoluzione dei dubbi (primo, in senso temporale,

⁵⁶ Cfr. VALERIO MACCARI, Repubblica, 6 dicembre 2010, p. 6 di *Affari & finanza*.

ma soprattutto imprescindibile) debba necessariamente fondare sull'autorità della vera ricerca. La ricerca tuttavia non fa stato (non sempre e soprattutto non ufficialmente). I problemi sono intanto problemi ed essi premeranno in ogni sede per essere risolti. Pure, il processo è il luogo formale d'eccellenza per la loro *ufficiale* delibazione. Subito dopo quella scientifica, allora, pare a noi certo, ancorché legalisti convinti (ma che pure non sacrificheremmo l'uomo all'imperio astratto della legge, perché la legge è per l'uomo e non l'uomo per la legge) che (astrattamente, sempre che non venga pur esso compresso sino a trasmutarlo) la miglior sede per la trattazione e delibazione degli interrogativi, non possa non essere che quella, ufficiale e competente, del processo, sempre che se ne lascino realmente sopravvivere (non senza una qualche contraddizione di fondo) i principi informatori fondamentali (e non un suo mero e vuoto simulacro), pur dopo l'eventuale avvento della sentenza informatica.

Tuttavia, un processo così aperto alla delibazione degli interrogativi sostanziali e formali, prospettati, come in precedenza, non è poi un insormontabile muro alla funzione e al potere della sentenza informatica?

6. *Il mistero del processo*

Dalla tipologia del processo e dai suoi rapporti con le sentenze informatiche non può prescindere alcuno che voglia approfondire il tema delle leggi espresse in forma algoritmica, a meno che egli non ritenga che, per la natura e le finalità propria delle sentenze informatiche, il processo non debba ridursi a così poca cosa (assai meno di una formalità, perché, com'è noto, in diritto le formalità contano, eccome), a un mero simulacro o poco più (rispetto al processo classico; ma anche il 'poco più' in diritto conta, per cui occorre poi precisare nelle distinzioni); un fantasma, così evanescente e burocratico, da poter essere ritenuto, secondo il relativo modello, meritevole di essere del tutto 'vaporizzato', rispetto alla tradizionale istituzione, dalla ipotizzata *riforma* delle sentenze informatiche, non meno di quanto fossero 'vaporizzati' i dissidenti dal Potere nella visione orwelliana del Grande Fratello. Il *mistero del processo* è il titolo di un bel libro di Salvatore Satta⁵⁷. Ai due volti del processo, quello *dialettico*, fondato sul *contraddittorio* (secondo un'elaborazione ripresa dal Fazzalari⁵⁸, che distingue procedimento e processo o,

⁵⁷ SALVATORE SATTA, *Il mistero del processo*, cit..

⁵⁸ ELIO FAZZALARI, voce *Processo (teoria generale)*, in *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, Utet, 1966, p. 1067 ss..

se si vuole, processi e processo, quello *giurisdizionale e dialettico*, garantito dalla partecipazione paritaria delle parti in causa a un tipo di contraddittorio virtualmente perfetto⁵⁹) e quello *algoritmico*, è dedicato un recente saggio, che si avvale di un'impostazione ripresa dal Borruso-Tiberi e delle originali riflessioni già espresse dalla non cospicua letteratura successiva⁶⁰.

D'altra parte a che scopo introdurre una riforma così radicale, volta a incardinare il magistrato alla mera pronuncia di quanto già predeterminato dall'algoritmo legislativo, senza comprimere, sino a trasformare in mera evanescenza e vapore, la natura tradizionale del processo giurisdizionale, mediante apposite operazioni *riduzionistiche*, già implicite e compiute dalla matematica del *processo* (ma guarda!) binario? Su questo crinale non sarà inutile comparare l'eventuale processo informatico (e le sue differenziate forme, almeno *trine*, distinte per assenza radicale di contraddittorio, pressoché radicale, processo dalle guarentigie serbate, in guise nuove) con il processo proprio (dichiarativo, magari *sommerso*, ma, di per sé, non superfluo) relativo alle *latae sententiae* ecclesiastiche. Quanto alla possibilità di una rinascenza del contraddittorio in forme nuove, essa ci pare perfettamente plausibile, anche se non in linea con le tesi originarie (e con le derive, apparentemente fatali) relative a un testo legislativo, ipotizzato come espresso in forma di algoritmo. Non bisogna infatti per nulla sottovalutare la capacità di resistenza e innovazione dell'uomo, nato libero, della sua mente e della sua anima, rispetto al Potere, per quanto manipolatore di coscienze, dominante, invasivo, seduttivo e totalizzante possa esso apparire o costitutivamente essere. Ciò, specie negli spiragli eventuali, magari assai angusti, sopravvissuti o rivelatisi all'interno di un processo *compresso* dalla legge algoritmica (che però in tal guisa fatalmente finirebbe col contraddire i suoi presupposti più radicali, ossia più coerenti).

A ben guardare, forse, anche per i garantisti più avanzati, specie quelli parimenti (o diversamente) diffidenti sia del Giudice quale custode della legge sia del Legislatore, quale incarnazione del Potere *tout-court*, la riflessione sulle sentenze informatiche è tutt'altro che chiusa.

Spazio e tempo sono infiniti, ma quelli dedicati al contenuto di un articolo sono di necessità ristretti, non potendone nessuno abusare. Ci avviamo così rapidamente alla conclusione e ci avvediamo che molte delle domande formulate nella prefazione si inseguono tuttora senza risposta o senza risposta soddisfacente:

- Sull'interpretazione «autentica» di una norma;

⁵⁹ ELIO FAZZALARI, cit., § o punto n. 7, p.1072., a proposito del contraddittorio.

⁶⁰ MARCO COSSUTTA, op. loc. cit.

- Sulla perfezione della legge-algoritmo;
 - Sugli algoritmi e la traduzione dei valori;
 - Sui valori e la certezza del dettato costituzionale;
 - Sull'algoritmo e la conoscenza legale (rapporti tra algoritmo e scrittura);
 - Sulla volontà del legislatore e la necessità di una sua traduzione in forma di algoritmo.
- Sul problema dell'intermediazione tra la decisione del Parlamento e la produzione (traduzione?) della norma in algoritmo: Chi *media* e cosa *si media*?
- Su «Coscienza e volontà» del *software*.
 - Sull'algoritmo e la dinamica normativa (nuove leggi, nuove interpretazioni, pronunce costituzionali e altro).

Intanto, la favola bella è finita e i nodi sono rimasti insoluti, pallide luci diffuse da una benevola sfinge sui percorsi del sapere. Il cerchio si è chiuso su se stesso e le domande sono rimaste pressoché intatte, appena meglio intraviste. La scienza giuridica è stata però avvisata. Occorrerà ancora incidere e ripercorrere il disco di silicio sui medesimi temi, che ci appaiono oggi solo un po' più familiari: non certo *carte conosciute*, come direbbero al Sud, ma meno ignote (almeno un po', almeno all'apparenza), note però a sufficienza per consentire a tutti e ad ognuno di poter giocare, ciascuno a suo modo, il proprio principio di partita.

Chiesa e diritti della persona*

MARIO TEDESCHI

Il tema affidatomi, *Chiesa e diritti della persona*, non è stato scelto casualmente perché mi consente di sottolineare alcuni aspetti privatistici del diritto ecclesiastico e canonico ai quali ho sempre attribuito particolare importanza ma soprattutto perché questa sessione è presieduta dal prof. Rescigno che è il maggiore studioso dei diritti della persona e del rapporto tra persona e comunità¹, in una dimensione non solo privatistica ma soprattutto comparatistica e, in senso lato, pubblicistica. In un periodo in cui i privatisti trovavano particolari difficoltà nel passare dal soggetto alla persona e scoprivano, con altrettanta difficoltà, la Costituzione e la dottrina anglosassone, Rescigno, al quale mi legano antichi sentimenti di stima ed ammirazione, si muoveva in modo diametralmente opposto. Io, che avevo studiato con Falzea, che al soggetto aveva destinato una giovanile monografia riprendendo poi il tema della capacità², e con Pugliatti, che da un punto di vista metodologico era inappuntabile³, compresi tardivamente che si poteva, anzi si doveva, andare oltre gli schemi dogmatici che su tematiche come questa risultavano asfittici. Di questo ringrazio il prof. Rescigno e perciò ho voluto partecipare a questa sessione con una certa incoscienza, non più giovanile, tenuto conto che alcune delle cose che verrò a dire non potranno trovare il consenso del Rescigno cattolico, rispettoso delle posizioni della Chiesa e del suo diritto.

* Relazione tenuta al ciclo di incontri tenutisi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Federico II" di Napoli dal titolo: «*La Costituzione repubblicana: l'ordinamento e il progetto dell'unità d'Italia*», 26-30 settembre 2011.

¹ Cfr. PIETRO RESCIGNO, *Persona e comunità*, il Mulino, Bologna, 1966.

² Cfr. ANGELO FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939; ID., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, p. 8 ss.

³ Cfr. SALVATORE PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, II, 1937-1947, III, 1947-1957, IV, 1958-1964, Giuffrè, Milano, 2008, 2010, 2011.

Il fatto che mi sia occupato di associazionismo spontaneo e di associazioni nell'ambito del diritto canonico⁴ non mi dà alcun titolo per ritornare sul tema, né è quanto io voglio fare. Pienamente consapevole che la disciplina che io insegno avrebbe trovato una più facile collocazione in altre delle sedute precedenti, soprattutto quelle di carattere più tipicamente costituzionale, per la natura pubblicistica che si vuole dare al diritto ecclesiastico e perché tale, cioè pubblico, è il fattore religioso di cui si occupa e che ne costituisce l'oggetto principale⁵, ritengo che il concetto di persona è talmente centrale nell'ambito delle scienze umane e di quelle giuridiche, per cui resto stupito che con molto ritardo si sia parlato dei diritti dell'uomo, anche a livello internazionale, e che la Chiesa avrebbe qualcosa in più da dire al riguardo.

È altresì del tutto evidente che si dovrebbe parlare non solo degli individui ma anche delle persone giuridiche, tema anche questo centrale per le mie discipline, e dei diritti degli individui al loro interno. Ruffini diceva che il diritto ecclesiastico era una materia di enti⁶, ai suoi tempi soppressi o conservati, viventi di fatto o giuridicamente strutturati, e aveva dedicato un celebre saggio a Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) che, a suo avviso, aveva dato un contributo decisivo al concetto e alla sistematica delle persone giuridiche non solo nel campo del diritto canonico, perché aveva finito con influenzare anche gli ordinamenti statuali⁷. Posizioni riprese in senso critico da Lo Castro⁸, ma certamente importanti anche se io credo che il maggior contributo al concetto di persona giuridica si debba alla scienza romanistica, alla sua capacità di astrazione e di creazione di centri di riferimento - siano essi fondazioni che istituzioni - diversi dall'uomo⁹.

Un fatto è certo, che anche il diritto canonico attribuisce una particolare attenzione alle persone giuridiche, siano esse erette, cioè di diritto pontificio, o semplicemente *commendatae vel laudatae*, su decreto dell'ordinario

⁴ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁵ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 43 ss.

⁶ Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1930, che compendia una serie di Corsi di Lezioni raccolti dagli studenti e dai collaboratori dal 1908 al 1915.

⁷ Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti in onore di Francesco Schupfer*, vol. II, Torino, Bocca, 1898, pp. 315-393, e in *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da Mario Falco, Arturo Carlo Jemolo, Edoardo Ruffini, vol. II, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 3-30.

⁸ Cfr. GAETANO LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁹ Cfr. RICCARDO ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, I, Torino, 1968.

diocesano (can. 114 § 1 c.i.c.)¹⁰, il che espande molto la loro configurazione creando nuove e diverse forme di persone giuridiche più attinenti al diritto vivente. Non è questa la sede per approfondire un discorso così complesso ma il diritto canonico si è rapportato al diritto vivente con una maggiore elasticità di quanto non abbia fatto il diritto dello Stato.

Lo stesso non è avvenuto per le persone fisiche. Ha indubbiamente ostacolato a ciò la configurazione gerarchica della Chiesa, le diverse competenze e attribuzioni conferite al ceto dei chierici e a quello dei laici, il non avere la Chiesa una *lex fundamentalis*, la sua diffidenza verso i principi democratici, che hanno reso oltremodo difficile configurare nell'ambito del diritto canonico un diritto soggettivo¹¹, pienamente sviluppatosi in capo agli ordinamenti civili e, in precedenza, in diritto romano, per cui la persona è stata riguardata più come oggetto dell'attenzione della Chiesa, come destinataria dei suoi precetti e delle sue norme, che come elemento centrale del suo ordinamento¹². E ciò sia da un punto di vista pubblicistico, che va posto in relazione al sistema gerarchico, che privatistico. Non è l'uomo la misura di tutte le cose ma tutto dipende e deriva da Dio, l'ordinamento canonico è sovraordinato e finalizzato spiritualmente per cui l'individuo è solo espressione della volontà divina non ha una dimensione sua propria.

Anche qui il discorso andrebbe molto approfondito e mi aspetto che sia fatto. Se il fine dell'ordinamento canonico è la *salus animarum* si può confidare che, nei limiti in cui anima e persona possano identificarsi, direi meglio dal momento che le persone hanno un'anima, anche la Chiesa finisca con il porle, in modo diverso, al centro della propria attenzione.

Basti pensare al diverso ruolo dei laici all'interno dell'ordinamento canonico, come auspicato dal Concilio Ecumenico Vaticano II, e ad una loro maggiore presenza anche in ambito sacramentale¹³. Non è possibile attribuire loro minori diritti degli *ordinati in sacris* per cui secondo l'ordinamento canonico per essere soggetti *pleno iure* dovremmo essere tutti chierici.

Per divenire a tutti gli effetti una scienza giuridica, il diritto canonico si è rapportato alle scienze laiche, ritenendo che fosse possibile contribuire ad una

¹⁰ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Preliminari...*, cit., p. 2 ss.

¹¹ Cfr. GUIDO SARACENI, *Fedeli (associazione di fedeli)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 755 ss.

¹² Cfr. *Personne*, in *Dictionnaire de droit cononique*, dir. R. Naz., Tomo VI, *Interferences-Pittoni*, Letouzey et Ané, Paris, 1957, c. 1355 ss.

¹³ Cfr. ALVARO DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1999.

comune teoria generale del diritto¹⁴. Era una scelta in un certo senso obbligata, per scrollarsi di dosso il crisma di scienza sacra. Bene, occorre proseguire in tal senso e comprendere che lo stesso individuo non può essere riguardato diversamente da parte dell'ordinamento canonico, di quelli statuali e nell'ambito del diritto internazionale, tenuto anche conto che il diritto canonico è inter-ordinamentale e, in un certo senso, universale.

Il prof. Villone, che insieme al prof. Donisi qui presente ha organizzato questi incontri, ha pubblicato pochi mesi fa un volume dal titolo, me lo consenta, un po' macabro, *Il diritto di morire*, nel quale ricostruisce, con grande precisione, sulla base di una completa documentazione, i casi Schiavo, Welby ed Englaro¹⁵. La Chiesa ritiene di dover intervenire, là dove può – perché negli USA per Maria Theresa Schiavo ciò non avviene –, negando a Welby le esequie religiose perché il suo comportamento contrastava con la dottrina cattolica, difendendo le proprie posizioni ideologiche -anche se il Card. Martini si dichiarava contrario all'accanimento terapeutico-, e nonostante il medico curante, che aveva sospeso la ventilazione meccanica staccando l'interruttore, risultasse assolto. Tale atteggiamento viene sostanzialmente confermato nel caso Englaro.

In questi casi la Chiesa interviene sui diritti della persona e nessuno può impedirle di esprimere le proprie opinioni anche se queste contrastano con disposizioni normative e sentenze dello Stato. Resta da chiedersi se interviene in difesa di tali diritti o in ragione di una visione religiosa della vita che inizia al momento del concepimento e finisce solo quando non l'uomo ma Dio lo stabilisce. La persona così non solo non è più al centro dell'ordinamento ma non è più padrona di decidere di se stessa.

Solo un esempio, questo, di come la Chiesa si rapporta con i diritti delle persone, che divengono così destinatarie della sua attenzione senza che sia riconosciuta loro una posizione autonoma né, tantomeno, i loro diritti soggettivi, nella fattispecie quello di poter decidere il termine della propria vita. Ma è un esempio importante, che chiarisce le difficoltà nelle quali gli individui si trovano ad operare nell'ambito del diritto canonico.

E dire che al concetto di persona, così come configurato nella Costituzione repubblicana e nel nostro ordinamento, molto hanno contribuito i costituenti e i giuristi di matrice cattolica¹⁶!

¹⁴ Cfr. ATTILIO MORONI, *Sulla necessità di costruire una dottrina generale di diritto canonico*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza Università di Macerata*, vol. XXX, n. 8, vol. I, 1971, p. 219 ss.; ID., *Appunti sul concetto di incapacità giuridica nel diritto canonico*, *ivi*, p. 235 ss.; ID., *Riflessioni per una premessa allo studio del diritto canonico*, *ivi*, vol. XXXII, n. 8, vol. III, p. 373 ss.

¹⁵ Cfr. MASSIMO VILLONE, *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli, 2011.

¹⁶ Cfr. GIUSEPPE LIMONE, *Tempo della persona e sapienza del possibile. Per una teoretica, una critica*

La Chiesa può e deve fare di più ed avere una maggiore fiducia nell'uomo, che non è solo un peccatore che va redento e ricondotto a Dio ma un soggetto degno di considerazione e perno essenziale di ogni ordinamento.

e una metafora del personalismo, ESI, Napoli, 1991; ID., *Il sacro come la contraddizione rubata. Prolegomeni a un pensiero metapolitico dei diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2001; ID., *Dal giurisprudenzialismo al giurpersonalismo. Alla frontiera geoculturale della persona come bene comune*, Graf, Napoli, 2005; ID., "Persona", *la pietra scartata dai costruttori di teorie. La paradoxia di un'idea radicale come contraddizione virtuosa*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, XCVIII, 2006, n. 2, p. 215 ss.

Volontà dei nubendi e trascrizione post mortem del matrimonio canonico con effetti civili

FABIO BALSAMO

1. *Trascrizione e principio della volontarietà degli effetti civili del matrimonio religioso*

L'introduzione, ad opera dell'art. 34 del Concordato Lateranense, della trascrizione come strumento necessario a conferire al matrimonio religioso effetti civili, come «momento di collegamento»¹ tra due istituti, quello del matrimonio canonico e del matrimonio civile, profondamente diversi e difficilmente assimilabili tra loro per natura ed essenza², richiese l'emanazione di una legge specifica. Non è un caso che la legge n. 847 del 1929, meglio nota come legge matrimoniale, dedicatesse buona parte dei suoi articoli alla regolamentazione del procedimento di trascrizione, nel tentativo di rendere il meno macchinoso possibile il raccordo tra effetti civili e celebrazione religiosa delle nozze. Così, accanto alla trascrizione tempestiva (art. 8) ed alla trascrizione cd. tempestiva ritardata (art. 13), trovava spazio una *tertia species* di trascrizione, quella tardiva (art. 14), suscettibile di assumere, in caso di morte di uno o entrambi i coniugi, le fattezze di una trascrizione *post mortem*³. Difatti la formulazione letterale dell'art. 14 della legge matrimoniale, consentendo che la richiesta di trascrizione potesse essere proposta «in ogni tempo da chiunque» ne avesse interesse, permetteva

¹ MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 296.

² MARIO TEDESCHI, *ivi*, pp. 297, 325-334.

³ Tuttavia, sulla base di una interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 13 della legge matrimoniale, era possibile ammettere una trascrizione *post mortem*, non solo nel caso di trascrizione tardiva, ma anche nell'ipotesi di una trascrizione cd. tempestiva ritardata, dato che nel testo dell'articolo menzionato non si faceva alcun riferimento né al termine entro cui la richiesta avrebbe dovuto essere inoltrata, né al ministro di culto come soggetto incaricato alla presentazione della stessa, come avviene nel caso di trascrizione tempestiva. Sul punto si ritornerà con maggiore precisione nel paragrafo 4.

che il matrimonio religioso acquisisse gli effetti civili, a partire dal giorno della celebrazione, quand'anche tale richiesta fosse presentata dal coniuge superstite o da altra persona interessata, dopo la morte di uno o di ambo gli sposi. Di frequente la richiesta di trascrizione *post mortem* era presentata dai figli naturali – anche per ottenere lo *status* di figli legittimi prima del 1975 – o dagli eredi degli sposi, spesso dai loro creditori che avevano un interesse economico concreto a vedere riconosciuto il vincolo coniugale. Non meno inusitati erano i casi in cui promotrice della domanda di trascrizione era la stessa autorità ecclesiastica, che si muoveva ignorando la diversa volontà dei contraenti o addirittura in aperto contrasto con essa⁴. Di conseguenza, sebbene al matrimonio si attribuisse valore di negozio avente natura squisitamente personale⁵, la titolarità del diritto di disporre degli effetti non rimaneva circoscritta ai soli coniugi, poiché, sulla base di un interesse semplice, si consentiva ai terzi, anche estranei a vincoli parentali, di richiedere l'attribuzione degli effetti civili alla celebrazione religiosa *praeter voluntatem et contra voluntatem* degli sposi. La compressione della sfera privata che ne derivava appariva davvero intollerabile. La stessa libertà matrimoniale⁶ ne usciva fortemente mutilata poiché la libera scelta degli sposi di realizzare un matrimonio solo religioso – non facendo trascrivere l'atto di matrimonio nei registri dello stato civile – poteva essere facilmente sovvertita attraverso la richiesta proveniente da terzi di attribuire alle nozze efficacia civile: di conseguenza gli sposi erano vincolati ad un tipo di matrimonio, quello concordatario, diverso dalla tipologia matrimoniale prescelta.

Tuttavia sarebbe stato difficile ipotizzare un diverso approdo per la legge matrimoniale. Infatti il Concordato veniva concluso dallo stesso Stato che nel primo articolo del Trattato, rifacendosi all'art. 1 dello Statuto Albertino, definiva la religione cattolica come la sola religione dello Stato. Nello stesso Concordato in cui si riconosceva la giurisdizione esclusiva dell'autorità ecclesiastica sulle cause matrimoniali, la legge matrimoniale non poteva discostarsi dall'idea che la Santa Sede voleva imporre allo Stato fascista: ossia la volontà di creare un sistema in cui la celebrazione del matrimonio canonico avrebbe dovuto produrre anche tutti gli effetti civili poiché tutti i matrimoni validi per la Chiesa dovevano necessariamente essere considerati validi anche dallo Stato⁷. In altre parole si codificava

⁴ PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, CEDAM, Padova, 2008, p. 70.

⁵ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 306.

⁶ Per una definizione di libertà matrimoniale si veda MARIO TEDESCHI, *La volontà degli effetti civili nel regime della trascrizione del matrimonio canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1972, II, p. 36.

⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Profili problematici del riconoscimento civile del matrimonio canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, p. 29 ss.

un incondizionato principio di *favor matrimonii* (*rectius: favor transcriptionis*⁸) non inteso nel comune senso canonistico⁹, ma riferito all'obbligo per lo Stato di garantire in ogni modo ed in ogni tempo che un matrimonio religioso, regolarmente celebrato *in facie Ecclesiae* e quindi valido per la Chiesa, avesse efficacia civile. Da qui la necessità di una legge matrimoniale con cui introdurre la trascrizione tempestiva ritardata, in grado di sanare la mancanza delle preventive pubblicazioni in spregio del disposto dello stesso art. 6 della legge matrimoniale, e soprattutto la trascrizione *post mortem* che attribuiva anche ai terzi il potere di richiedere la trascrizione senza incontrare ostacolo né nella diversa volontà degli sposi, né nella morte di uno di essi o di entrambi. Lo Stato confessionale, predisponendo questi diversi tipi di trascrizione, sicuramente offriva una gamma ampissima di strumenti idonei a far riconoscere l'efficacia civile ad ogni matrimonio religioso effettivamente celebrato, rendendo trascrivibili anche quei matrimoni non ancora trascritti che, a causa della morte del coniuge, avrebbero dovuto essere considerati sciolti per il diritto canonico (can. 1141).

Inevitabilmente la Costituzione del '48, la legge n. 898 del 1970 sul divorzio, la riforma del diritto di famiglia del 1975, produssero un'insanabile frattura tra il tipo matrimoniale civile e canonico rendendo ancor più farraginoso ed anacronistico il procedimento di trascrizione delineato nel 1929. Il rilievo accordato al singolo ed alla sua personalità nella nostra Costituzione favorì l'affermazione del principio della volontarietà degli effetti civili del matrimonio religioso, ossia la necessità che solamente i coniugi fossero titolari del diritto di disporre degli effetti della celebrazione del matrimonio¹⁰. È evidente che tale principio mal si conciliava con un meccanismo di trascrizione che prescindeva, nel caso della trascrizione tardiva, dall'effettiva volontà dei contraenti il negozio matrimoniale¹¹. Una modifica (o anche un'invocata abrogazione) dell'impianto normativo diveniva così un'esigenza avvertita con crescente urgenza ma fu soddisfatta soltanto molti anni dopo, precisamente nel 1985.

Infatti, la legge n. 121 del 1985 di esecuzione degli Accordi di Villa Ma-

⁸ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 56.

⁹ Secondo il principio del *favor matrimonii*, nel diritto canonico, ogni matrimonio celebrato nelle forme previste si considera valido fino a prova contraria, dando quindi vita ad una presunzione di validità *iuris tantum*.

¹⁰ Per maggiori riferimenti al principio della volontarietà degli effetti civili si veda RAFFAELE SANTORO, *La trascrizione tardiva del matrimonio canonico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 119 ss.

¹¹ GAETANO LO CASTRO, *La trascrizione del matrimonio canonico su sentenza del giudice italiano in luogo dell'atto di matrimonio non trasmesso*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, II, p. 302 ss; LUCIANO GUERZONI, *La volontà degli sposi e la trascrizione civile del matrimonio canonico negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, 1966, p. 173 ss.

dama di modifica del Concordato del '29, tuttora vigente, ha modificato il regime della trascrizione all'art. 8, punto 1), 4°, 5° e 6° comma. Dall'analisi dei commi emerge, in primo luogo, che non è riprodotta alcuna disposizione in ordine alla trascrizione tempestiva ritardata. Al contrario, il 4° comma prevede la fattispecie della trascrizione tempestiva, invariata rispetto alla legge matrimoniale del 1929. Il 6° comma dedicato invece alla trascrizione tardiva, sostituisce l'art. 14 della legge matrimoniale con il seguente testo: «la trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro...». Nella formula attualmente vigente non vengono quindi riprodotte le espressioni «in ogni tempo», anche *post mortem*, e «da chiunque vi abbia interesse» contenute nella legge del 1929, con la conseguenza che la richiesta di trascrizione tardiva non è più proponibile da chiunque, essendo la presentazione della domanda riservata alla sola volontà dei coniugi, in ossequio al principio della volontarietà degli effetti civili.

Per quanto concerne la trascrizione tempestiva ritardata non vi sono dubbi che essa sia stata espunta dal sistema in quanto abrogata per mancata riproduzione nell'art. 8 della l. 121/1985¹², così come stabilito dall'art. 13, punto 1) della legge di esecuzione degli Accordi dell'84.

Per addivenire alla medesima conclusione in ordine alla sorte della trascrizione *post mortem* occorre, stanti i dubbi che permangono in dottrina circa la sua sopravvivenza, effettuare un'analisi dettagliata e rigorosa delle fonti attuali della materia matrimoniale: la “vecchia ma ancor viva”¹³ legge matrimoniale del 1929 così come emendata dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 del 1971 e nn. 16 e 18 del 1982 e nelle parti in cui non è stata abrogata dall'art. 8 della legge 121/1985¹⁴.

Infine, considerando che con la novella del 1985 non è venuto meno l'obbligo delle preventive pubblicazioni - al contrario, la mancanza delle pubblicazioni oggi impedisce la trascrivibilità del matrimonio in seguito al venir meno del tipo della trascrizione tempestiva ritardata - diventa indispensabile attingere anche alle norme del codice civile, non sempre tenute nella debita considerazione¹⁵.

¹² MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 304-305.

¹³ Nello stesso senso si veda PAOLO DI MARZIO, *op. cit.*, p. 12 ss.

¹⁴ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 40.

¹⁵ Difatti è il solo Cardia a far riferimento al termine previsto dall'art. 99, 2° comma c.c. in CARLO CARDIA, *Ordinamento religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 216.

Tuttavia, prima di procedere ad argomentare approfonditamente la tesi, qui condivisa, dell'inammissibilità della trascrizione *post mortem* nel vigente ordinamento, appare doveroso dedicare brevi cenni alla natura giuridica della trascrizione e dell'atto di matrimonio. Un corretto inquadramento di tali problematiche infatti si mostrerà di grande utilità per il prosieguo della trattazione.

2. La natura giuridica della trascrizione e dell'atto di matrimonio

Sulla base della definizione di procedimento amministrativo inteso come una serie di attività «tanto di un agente quanto di una pluralità di agenti, coordinate e preordinate per il raggiungimento di un effetto giuridico di una data fattispecie¹⁶», la migliore dottrina ecclesiasticistica, a partire dall'intuizione del Magni, ha inquadrato il procedimento di trascrizione nell'ambito del procedimento amministrativo, con la conseguenza di dover necessariamente distinguere *l'iter* procedimentale dall'atto finale¹⁷ avente la natura di provvedimento amministrativo. La trascrizione intesa come «*l'iter* procedimentale tipico del matrimonio concordatario¹⁸», viene quindi costruita come un procedimento caratterizzato da una prima fase preparatoria (che ha inizio con le pubblicazioni¹⁹ e si conclude con il rilascio del nulla osta alla celebrazione religiosa) e da due fasi successive, quella della celebrazione (dinanzi al ministro del culto cattolico) e quella della trascrizione nei registri dello stato civile (a cura dell'ufficiale di stato civile)²⁰. Dalla costruzione della trascrizione come procedimento amministrativo ne derivava che ogni invalidità dei singoli atti del procedimento si sarebbe riverberata sulla validità dell'atto finale²¹. Questa conclusione, d'altronde, trovava conferma negli effetti delle sentenze di nullità matrimoniale emesse dai tribunali ecclesiastici, in grado di travolgere anche gli effetti del provvedimento di trascrizione per la sopravvenuta declaratoria di invalidità del presupposto della trascrizione stessa, costituito dalla valida

¹⁶ ALDO MARIA SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 36.

¹⁷ CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, CEDAM, Padova, 1965, p. 24.

¹⁸ CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 448. Chi scrive preferisce all'espressione "matrimonio concordatario" l'utilizzo della locuzione "matrimonio canonico civilmente riconosciuto", su cui si ritornerà nel paragrafo 4 della presente trattazione. Allo stesso modo RAFFAELE SANTORO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 306.

²⁰ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 23 ss.

²¹ LORENZO SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 165 ss.

celebrazione del matrimonio religioso. Ciò premesso, si può definire il procedimento di trascrizione come quel procedimento amministrativo che si snoda attraverso la successione logica nel tempo di tutti gli atti tipici previsti dalla legge (le pubblicazioni, il rilascio del nulla osta, la celebrazione del matrimonio, la richiesta di trascrizione da parte del parroco o dei coniugi, ed infine l'atto finale di trascrizione) che ha la finalità di accertare, attraverso l'intervento di diversi soggetti agenti (l'ufficiale di stato civile per le pubblicazioni, il sacerdote per la celebrazione e nuovamente l'ufficiale di stato civile per la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile), l'esistenza di tutte le condizioni necessarie affinché il matrimonio, valido nell'ordinamento canonico, possa avere piena validità anche nell'ordine dello Stato²².

La trascrizione come atto conclusivo dell'omonimo procedimento invece si configura come un negozio giuridico autonomo e volontario²³ che, lungi dal fungere da conseguenza automatica della celebrazione o da condizione sospensiva dell'atto di matrimonio, da un lato accerta una serie di presupposti e requisiti che qualificano un matrimonio canonico trascrivibile e, dall'altro, costituisce il vincolo coniugale, attribuendo pubblica fede al documento che attesta la celebrazione del matrimonio trascrivibile²⁴. Se ne deduce che sarebbe incompleto attribuire al provvedimento di trascrizione natura solamente costitutiva, così come sarebbe errato attribuirgli natura esclusivamente dichiarativa. La natura dell'atto di trascrizione non è dichiarativa non solo perché la trascrizione produce i suoi effetti retroagendo al momento della celebrazione del matrimonio, ma soprattutto perché costituisce, non limitandosi ad una mera declaratoria di esistenza, il vincolo coniugale civile, fino a quel momento inesistente nell'ordinamento dello Stato. In modo analogo non si può ritenere esaustivo qualificare l'atto di trascrizione come atto avente carattere esclusivamente costitutivo, poiché in tal modo verrebbero estromessi dal contenuto del provvedimento finale tutti i risultati di quell'attività, profusa dall'ufficiale dello stato civile, volta ad accertare l'avvenuta celebrazione del matrimonio religioso. È tale accertamento, di volta in volta compiuto, che impedisce di configurare la trascrizione come conseguenza automatica²⁵, seppur avente efficacia costitutiva, della celebrazione del matrimonio. Ancora una volta appare a chi scrive da condividere la tesi del Magni che non esitava a configurare l'atto di

²² In questo senso CARLO CARDIA, *op. ult. cit.*, p. 448.

²³ In questi termini MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 304.

²⁴ Così CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 23 ss.

²⁵ Come invece avrebbe voluto la dottrina di stampo curialista assistita dalla giurisprudenza di fine degli anni '50.

trascrizione come un atto di accertamento costitutivo²⁶. In tal modo si riesce a mettere in risalto la “compenetrazione della funzione costitutiva nella funzione di accertamento del negozio di trascrizione”, in quanto gli effetti costitutivi retroagiscono al momento della fattispecie accertata: la costituzione del vincolo civile è ancorata al momento della celebrazione del matrimonio, oggetto di specifico accertamento nell’ambito del procedimento di trascrizione.

Accolte tali premesse in ordine alla natura del procedimento e dell’atto di trascrizione, diventa particolarmente arduo conferire natura di atto pubblico all’atto di matrimonio ancor prima della trascrizione, come pur autorevole dottrina sosteneva²⁷. Altra dottrina²⁸, infatti, attribuiva all’atto di matrimonio una natura diversa, e tale orientamento avrebbe conservato una sua coerenza sistematica anche quando, in seguito alla riforma del diritto di famiglia, la possibilità di inserire nell’atto di matrimonio le dichiarazioni relative al regime patrimoniale dei coniugi sembrava porre tale atto sullo stesso livello dell’atto notarile, facendo apparire il ministro di culto celebrante alla stregua di un pubblico ufficiale.

Al riguardo occorre sgombrare il campo da argomenti fuorvianti. È indubbio che in base alla riforma del ’75 nell’atto di matrimonio sia possibile inserire le dichiarazioni accessorie di cui agli artt. 162 e 254 c.c. con la conseguenza che possa apparire verosimile equiparare la figura del sacerdote a quella del pubblico ufficiale: sembrerebbe così plausibile la tesi di chi all’atto di matrimonio attribuisce valore di atto pubblico. Tuttavia appare preferibile ritenere che la scelta del legislatore del 1975, lungi dal significare un’implicita affermazione della natura di atto pubblico da assegnare all’atto di matrimonio, sembri maggiormente orientata a realizzare «una semplificazione delle forme richieste» per tali dichiarazioni²⁹. In altri termini, per le dichiarazioni in esame «il legislatore non avrebbe ritenuto inderogabili le forme dell’atto pubblico in senso stretto, considerando sufficiente l’inclusione³⁰» delle stesse nell’atto di matrimonio. A conferma di questo orientamento vi è la difficoltà di assoggettare la disciplina dell’atto di matrimonio a quella dell’atto pubblico, così

²⁶ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ Tra tutti si ricorda ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, Utet, Torino, 1961, p. 389 ss.

²⁸ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 99 ss.; LORENZO SPINELLI, *op. cit.*, p. 77 ss.

²⁹ MARIO FERRANTE, *Considerazioni sulla natura giuridica dell’atto di matrimonio redatto dal Ministro di culto cattolico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Tomo II, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, p. 619 ss.

³⁰ SALVATORE BORDONALI, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia e l’atto di matrimonio redatto dal sacerdote celebrante*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 977 ss.

come regolata dalla legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89, considerata dalla dottrina maggioritaria non solo come la «legge generale per gli atti notarili, ma» piuttosto come la «legge generale per gli atti pubblici in genere³¹». La stessa giurisprudenza ha sottratto l'atto di matrimonio dall'assoggettamento alla disciplina dettata dalla legge notarile nel caso di assenza di testimoni o di mancata menzione di essi nell'atto di matrimonio da trascrivere. Difatti, mentre l'applicazione della legge notarile avrebbe comportato come sanzione per l'assenza dei testimoni la nullità dell'atto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere, al contrario, che tale mancanza non impedisca la trascrivibilità del matrimonio, perché «tali difetti non modificano l'identità giuridica dell'atto»³².

Sembra dunque preferibile, sulla base di questi argomenti, considerare l'atto di matrimonio non un atto pubblico, ma una certificazione amministrativa in grado di diventare atto pubblico con la trascrizione³³. Soltanto con la trascrizione l'atto di matrimonio, pur essendo già atto pubblico per il diritto canonico, produce gli effetti propri dell'atto pubblico nell'ordinamento civile. La trascrizione diventa quindi «una forma *ad substantiam* senza la quale il negozio tra le parti rimane civilmente inefficace³⁴». Ebbene, sembrerebbe quantomeno bizzarro, se non del tutto irragionevole, attribuire all'atto di matrimonio valore di atto pubblico per poi negargli una propria autonomia effettuale. A conferma di quanto detto c'è la circostanza che la richiesta di trascrizione, in mancanza di uno dei due originali dell'atto di matrimonio, possa essere accompagnata da un certificato sostitutivo prodotto dal sacerdote. In definitiva l'atto di matrimonio, prima della trascrizione, costituisce atto pubblico solo per l'ordinamento canonico, assumendo invece per l'ordinamento civile esclusivamente il valore di una certificazione amministrativa cui si attribuisce il valore di piena prova, di fronte all'ufficiale civile, di quanto in esso contenuto, fino a querela di falso. Si tratta quindi di un atto, che pur non avendo natura di atto pubblico, produce, seppure sul solo piano probatorio, effetti ad esso simili. Tuttavia sarà solo con la trascrizione che l'atto di matrimonio produrrà tutti gli effetti propri dell'atto pubblico. Di conseguenza al celebrante si deve attribuire la qualifica di incaricato di pubblico servizio piuttosto che quella di pubblico ufficiale.

³¹ GIOVANNI CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 347 ss.

³² Così Cassazione 17 luglio 1969, n. 2634, in *Giurisprudenza civile*, 1969, I, p. 1600 ss. Altri casi sono segnalati da MARIO FERRANTE, *op. cit.*, p. 629.

³³ CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 99 ss.

³⁴ CESARE MAGNI, *ivi*, p. 5.

In sintesi, l'inquadramento del procedimento di trascrizione nell'ambito del procedimento amministrativo appare coerente con il carattere di negozio autonomo riconosciuto all'atto di trascrizione. La non automaticità dell'atto di trascrizione rispetto alla celebrazione del matrimonio, allo stesso modo, è coerente con la costruzione dell'atto di matrimonio come certificato amministrativo suscettibile di diventare atto pubblico soltanto con la trascrizione stessa.

È da tali premesse, in virtù della loro coerenza, che si procederà all'analisi della trascrizione *post mortem*, senza prima aver dedicato brevi cenni alle recenti pronunce giurisprudenziali in materia.

3. *L'inammissibilità della trascrizione post mortem nella dottrina e nella giurisprudenza: l'interpretazione del requisito della "conoscenza e della non opposizione" alla richiesta di trascrizione presentata da un solo coniuge.*

L'art. 8, punto 1), comma 6, della l. 121 del 1985, nel regolare l'ipotesi della trascrizione tardiva, prevede che la trascrizione possa «essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi». Sulla base della formulazione normativa si è innestata una giurisprudenza che, chiamata in via diretta – ma soprattutto incidentale – a pronunciarsi sull'ammissibilità o meno della trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento, è stata costantemente impegnata a concentrare lo sforzo ermeneutico sull'interpretazione dell'inciso «con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro».

Infatti, la restante parte della disposizione, dando piena applicazione al principio della volontarietà degli effetti civili del matrimonio, non lascia alcun dubbio in ordine alla titolarità degli stessi, rimessi all'esclusivo apprezzamento degli sposi, i soli a poter validamente proporre richiesta di trascrizione tardiva congiuntamente o separatamente. Tuttavia, nel caso di richiesta proveniente soltanto da uno degli sposi, il legislatore pattizio impone il rispetto della condizione della «conoscenza» e della non opposizione dell'altro contraente. Pertanto ai fini della trascrizione tardiva, decorso il termine di cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio canonico – entro cui trascrivere tempestivamente il matrimonio su richiesta del ministro di culto –, il legislatore, per assicurarsi che permanga ancora la volontà delle parti di riconoscere civilmente il matrimonio religioso, richiede in via alternativa o che la domanda

sia proposta all'ufficiale di stato civile congiuntamente dai due contraenti, o che venga inoltrata da uno solo degli sposi con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro. Ebbene, appare evidente che in caso di premorienza di un coniuge, la richiesta di trascrizione proposta successivamente dal coniuge superstite difficilmente possa rispettare le condizioni imposte congiuntamente dal legislatore. In tal caso, la condizione della conoscenza, da parte del coniuge defunto, dell'inoltro dell'istanza volta ad ottenere la trascrizione, non si configura per evidenti motivi: è impossibile per un defunto la conoscenza di un fatto avvenuto dopo la sua morte! Per quanto concerne il requisito della non opposizione alla richiesta di trascrizione, è evidente che il coniuge premorto non possa opporsi a tale atto in quanto non più in vita. Tale ipotesi formalmente configura una non opposizione, ma non certo per aderenza ad una scelta che il defunto non può più fare, bensì per la mancanza di vita che gli impedisce ogni forma di manifestazione della propria volontà. Una non opposizione così intesa non può integrare una forma di consenso esplicito³⁵, come invece sembra richiedere la legislazione bilateralmente contrattata. Oltretutto è da sottolineare che i due requisiti sono imposti congiuntamente, e ciò trova spiegazione nel fatto che la non opposizione debba necessariamente qualificarsi come una non opposizione cosciente, tale da presupporre la conoscenza della presentazione dell'istanza, condizione chiaramente irrealizzabile per un defunto.

Ancor prima della novella legislativa del 1985, quando la giurisprudenza e la dottrina erano concordi nel ritenere ammissibile la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico, non mancava in dottrina chi si opponeva a questa ricostruzione rilevando l'illogicità di un sistema che se da un lato escludeva la possibilità di trascrivere tardivamente le nozze in cui uno dei contraenti fosse una persona dichiarata interdetta per infermità mentale dopo la celebrazione, dall'altro lato acconsentiva alla trascrizione anche quando, dopo la morte di uno dei contraenti, lo sposo cessava di esistere come soggetto di diritto³⁶».

Cambiata la disciplina, si ebbe un mutamento anche nella giurisprudenza. Il nuovo filone giurisprudenziale, in ossequio al modificato testo normativo, esigeva, per accertare i requisiti della «conoscenza e della non opposizione», una nuova manifestazione di volontà degli sposi, espressa ed attuale, insuscettibile di essere integrata dalla dichiarazione resa dagli stessi al momento

³⁵ FRANCESCO GAZZONI, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, I, p. 511.

³⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, Bologna-Roma, 1971, p. 599.

della celebrazione³⁷. Di conseguenza la morte di uno degli sposi impediva una nuova manifestazione di volontà, ritenuta dal legislatore invece necessaria per verificare in capo ai contraenti il patto nuziale la permanenza della volontà di trascrivere il matrimonio religioso; una simile manifestazione di consenso non si sarebbe potuta presumere «qualora nelle more uno dei coniugi» fosse «decaduto³⁸». In altre parole non sembrava potersi attribuire valore giuridico alla dichiarazione manifestata in vita dal coniuge premorto, in quanto un consenso alla trascrizione così espresso avrebbe difettato del requisito dell'attualità³⁹. L'ammissibilità della trascrizione *post mortem* veniva parimenti esclusa dalla sentenze della Cassazione, Sezioni Unite, del 4 giugno 1992, n. 6845⁴⁰ e del 6 febbraio 1997, n. 1112⁴¹. Al di là del fatto che nelle sentenze richiamate si utilizzasse in modo quasi beffardo il termine “coniuge” per indicare quegli sposi ai quali la stessa Corte, negando l'ammissibilità della trascrizione *post mortem*, precludeva gli effetti civili propri del vincolo coniugale, le sentenze vanno a comporre un consolidato quadro giurisprudenziale, privo di sbavature: la richiesta di trascrizione tardiva, presentata posteriormente alla morte di uno degli sposi, confliggeva con la necessità della certezza di un consenso attuale e di una non opposizione. Tutto ciò perché la morte del coniuge impedisce di acquisire certezza in ordine alla sussistenza dei due requisiti richiesti dal legislatore.

Parte della dottrina ha cercato di erodere il consolidato orientamento giurisprudenziale attraverso la formulazione di ipotesi, tratte a dir il vero anche da casi osservati nella realtà, ritenute in grado di soddisfare il requisito del consenso e della non opposizione nel caso di premorienza di uno degli sposi. Si tratta di ipotesi tutte riconducibili alla tesi dell'ammissibilità della trascrizione *post mortem* effettuata a iniziativa del coniuge premorto⁴². Secondo questa

³⁷ Così Corte di Cassazione, sentenza del 24 marzo 1994, n. 2893, in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 1857. Per una sintetica ma esauriente rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione si veda MARCELLA FIORINI, *Commento alla sentenza della Corte di Cassazione – Sezione II civile del 4 maggio 2010, 10734 in Guida al diritto*, 40, Il Sole 24 ore, ottobre 2010, p. 62.

³⁸ Così Corte di Cassazione, sentenza del 12 luglio 2002, n. 10141, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 2888.

³⁹ STEFANO CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, in *Famiglia, Persona e Successioni*, Anno VII, aprile 2011, p. 280.

⁴⁰ Corte di Cassazione, sentenza del 4 giugno 1992, n. 6845, in *Giustizia civile*, 1992, I, p. 1702.

⁴¹ Corte di Cassazione, sentenza del 6 febbraio 1997, n. 1112, in *Giustizia civile Massimario*, 1997, p. 192.

⁴² In tal senso si veda la nota di FELICE CENTINEO CAVARRETTA alla sentenza della Corte di Cassazione del 1° dicembre 2000, n. 15397, pubblicata in *Il Diritto ecclesiastico*, 2002, I, p. 3 ss. nonché DANIELA BIANCHINI, *Brevi riflessioni critiche sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio*

teoria si ritiene assecondato il requisito imposto dall'ultimo comma dell'art. 8 della l. 121/1985 ogni volta che il "coniuge" compia, quando è ancora in vita, un atto dal quale emerga in modo inequivocabile la volontà di procedere alla trascrizione del matrimonio canonico. Al riguardo si evidenzia che mentre non si può procedere alla trascrizione quando la richiesta è inoltrata successivamente alla morte del coniuge «senza che questi abbia manifestato la sua volontà in tal senso, poiché manca in questo caso la certezza in ordine alla conoscenza e alla non opposizione», al contrario, nell'ipotesi di «dichiarazione manifestata in vita dal coniuge premorto sorgono fondati dubbi circa il valore giuridico e l'ammissibilità di un accordo che si forma e perfeziona in un periodo successivo, per adesione del coniuge superstite⁴³». Per cui, ancora oggi sussiste in dottrina un vivace dibattito circa l'ammissibilità della trascrizione *post mortem* in presenza di una donazione o di un testamento⁴⁴ contenenti l'esplicita volontà del *de cuius* di procedere, in futuro, alla trascrizione del matrimonio.

Chiamata a *ius dicere* in riferimento al caso di una donazione la cui efficacia veniva subordinata dal donante all'esperimento, da parte della donataria, della richiesta di trascrizione del matrimonio canonico che li legava, richiesta inoltrata però solo dopo la morte dello sposo-donante, la Corte di Cassazione, sezione II, con sentenza del 4 maggio 2010, n. 10734⁴⁵, a conferma del consolidato orientamento giurisprudenziale poc'anzi ricordato, ha riaffermato l'inammissibilità della trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico sulla base dell'impossibilità di verificare con certezza la sussistenza, in capo al coniuge non richiedente, di un consenso attuale alla domanda di trascrizione. Nella stessa decisione la Corte sottolinea che la cristallizzazione della volontà degli sposi che si ha nei cinque giorni successivi alla celebrazione delle nozze non può protrarsi indefinitamente, «per cui trascorsi i cinque giorni senza la richiesta di trascrizione, il matrimonio non è più suscettibile di immediato e sicuro riconoscimento, ma occorrerà una più specifica valutazione sulla sua effettiva idoneità ad acquisire efficacia civile, soprattutto con riguardo all'esistenza della volontà delle parti in ordine a tale efficacia». Accogliendo la tesi della natura negoziale dell'atto di trascrizione e della sua non automaticità

canonico, in *Diritto di famiglia*, 2007, p. 1956 ss. e GUIDO LAGOMARSINO, *Sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico-concordatario*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 2, p. 418 ss.

⁴³ MARCELLA FIORINI, *op. cit.*, p. 66 che si esprime in questi termini per sintetizzare la tesi di BIANCHINI, *op. cit.*, p. 1957.

⁴⁴ Da ultimo RAFFAELE SANTORO, *op. cit.*, p. 165 ss.

⁴⁵ Il testo integrale della sentenza è consultabile in *Famiglia, Persona e Successioni*, Anno VII, aprile 2011, pp. 272-277.

rispetto alla celebrazione del matrimonio, la Corte opportunamente afferma la necessità di tenere separata e distinta la volontà di celebrare il matrimonio canonico dalla volontà di farne derivare gli effetti civili con la trascrizione, anche se tale volontà sembrerebbe confermata dagli adempimenti concordatari che accompagnano la celebrazione del rito religioso. Ebbene, il legislatore presume la sussistenza di questa volontà, implicitamente desumibile dal comportamento degli sposi, ma soltanto per un lasso di tempo limitato: cinque giorni. Decorso tale termine occorre un impulso della parti, alle condizioni previste dall'art. 8, 6° comma della legge 121/1985, affinché la celebrazione religiosa produca anche gli effetti civili. Senza le condizioni imposte dalla novella del 1985 ciò non può avvenire e certamente questo accade, come detto, nel caso di un'istanza di trascrizione inoltrata successivamente alla morte di uno degli sposi. Non manca, nella sentenza in esame, anche un accenno alle problematiche di carattere pratico-burocratico connesse all'attribuzione dello stato civile di coniugato ad un soggetto che con la morte perde la capacità giuridica. Infine, nell'ultima parte della motivazione la Corte applica in modo rigoroso gli artt. 782 c.c., 2° comma e 1329 c.c., 2° comma. Al fine del perfezionamento del contratto di donazione si richiede che vi sia una coesistenza tra la volontà del donante e la notifica dell'accettazione del donatario poiché l'art. 782 c.c., 2° comma, prevede che la donazione non è perfetta «se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante»: di conseguenza la volontà del donante deve perdurare fino al momento in cui avviene la notifica dell'accettazione. È chiaro che la morte del donatario (in questo caso lo sposo che sottoponeva l'efficacia della donazione alla presentazione della richiesta di trascrizione) impedisce il perfezionamento della donazione stessa, in quanto l'accettazione della proposta donativa sarà in questa ipotesi *post mortem*. Il mancato perfezionamento del contratto di donazione travolge anche la condizione inserita nello stesso, ossia la richiesta di trascrivere il matrimonio canonico. Inoltre, così come per i contratti in generale, salvo quelli dell'imprenditore, anche per la donazione vale la regola secondo cui ogni proposta cade con la morte del proponente. La regola trova eccezione soltanto nei casi di proposta irrevocabile ex art. 1329, 2° comma c.c. per i quali la morte non toglie efficacia alla proposta. Tuttavia l'eccezione di cui all'art. 1329, 2° comma c.c. non può applicarsi alla donazione giacché la clausola dell'irrevocabilità da un lato «contrasta con la natura della donazione come atto a carattere strettamente personale» e, dall'altro, non tiene conto del disposto di cui all'art. 782, 3° comma, il quale, stabilendo che «prima che la donazione sia perfetta sia il donante che il donatario possono revocare la loro dichiarazione», conferisce tanto alla proposta che all'accettazione della stessa un carattere di «cronica precarietà» manifestamente incompatibile, in

caso di morte, con quel consenso attuale e con quella non opposizione alla richiesta di trascrizione del coniuge superstite costituenti i requisiti previsti dall'art. 8, 6° comma della legge 121/1985⁴⁶.

Nel caso in esame la presentazione della richiesta di trascrizione, integrante una condizione sospensiva meramente potestativa, è senz'altro configurabile come accettazione implicita della proposta donativa. Tuttavia tale richiesta è fatta dopo la morte dello sposo-donante con la conseguenza che la proposta non può ritenersi ancora sussistente al momento dell'accettazione. Di conseguenza il contratto di donazione non si perfeziona e ciò travolge ogni manifestazione di volontà contenuta nello stesso. Oltretutto la morte del coniuge non richiedente impedisce ogni possibilità di accertare un consenso attuale ed esplicito o una non opposizione alla richiesta. Al contrario, qualora l'accettazione fosse stata manifestata attraverso l'esperimento di una domanda di trascrizione, inoltrata all'ufficiale di stato civile e notificata al donante ancora in vita, non ci sarebbero stati dubbi in ordine all'ammissibilità di richiedere una siffatta trascrizione, salvo revoche intervenute *ex art. 782, 3° comma*, prima del momento perfezionativo del contratto di donazione.

In estrema sintesi, la donazione può rappresentare uno strumento efficace solamente nell'ambito della trascrizione tardiva, potendo produrre i suoi effetti esclusivamente *inter vivos*. All'opposto, la sua efficacia deve assolutamente negarsi con riferimento all'ipotesi di una trascrizione *post mortem*.

4. *Altri argomenti a sostegno dell'inammissibilità della trascrizione post mortem*

La possibilità di trascrivere tardivamente il matrimonio canonico è subordinata all'ininterrotta conservazione, da parte di «entrambi» i nubendi, dello «stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione» (art. 8, ultimo comma, l. 121/1985). In base al testo normativo, ai fini dell'ammissibilità di una trascrizione presentata *post mortem*, bisognerebbe ipotizzare l'esistenza di una *fictio iuris*, sostenendo:

– che la vita dello sposo deceduto prima della richiesta di trascrizione venga fatta protrarre, attraverso una finzione giuridica, fino al giorno della presentazione della stessa. In tal modo soltanto troverebbe soddisfazione la condizione della conservazione dello stato libero da parte di «entrambi» i contraenti;

⁴⁶ L'unico rilievo negativo che è possibile muovere alla sentenza 10734/2010 concerne la decisione di compensare le spese di giustizia tra le parti. Al riguardo si veda STEFANO CHERTI, *op. cit.*, p. 277.

– che nonostante il decesso, al nubente deceduto debba riconoscersi la persistenza dello stato libero anche dopo la sua morte;

– che all’evento morte si debba negare ogni efficacia interruttiva in ordine allo stato civile del defunto, il quale, al contrario, dovrebbe ritenersi «libero» senza soluzione di continuità, almeno – si badi bene – fino alla data di presentazione della richiesta di trascrizione.

L’inaccettabilità di tali conclusioni, utilizzate da chi scrive soltanto per costruire una *reductio ad absurdum*, confermano l’inammissibilità di una richiesta di trascrizione presentata *post mortem*.

Anche i requisiti della conoscenza e della non opposizione di cui all’art. 8, 6° comma della legge 121/1985 divengono un ostacolo invalicabile alla configurabilità di una trascrizione *post mortem* nell’ordinamento vigente, alla luce dell’interpretazione operata dalla dottrina prevalente. In primo luogo, sebbene non si richieda una manifestazione esplicita di consenso alla trascrizione tardiva da parte di entrambi i coniugi, si ritiene però necessario che uno degli sposi proponga l’istanza e l’altro non si opponga «manifestando la propria volontà in forma implicita⁴⁷». Di conseguenza il requisito della non opposizione, avente in origine natura negativa in quanto consistente semplicemente in un *non facere*, viene caricato di un carattere positivo in quanto, richiedendo la manifestazione di una volontà in forma quantomeno implicita, sembrerebbe soddisfatto soltanto con l’esecuzione di un *facere*, con la realizzazione di un fatto concludente. È chiaro che la realizzazione di un comportamento significativo non possa essere pretesa da un defunto, ormai privo di vita. Inevitabilmente questa interpretazione, collegando la non opposizione alla necessità di realizzare un comportamento in qualunque modo, implicitamente o esplicitamente, compatibile – o meglio non incompatibile – con la volontà di ottenere il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio, demolisce ogni possibilità di considerare ammissibile nel nostro ordinamento una trascrizione *post mortem*. Dall’inattività di chi è privo di vita non è possibile isolare alcun atto che possa assumere il senso di un’azione volontaria e significativa.

Una tale lettura sembra trovare conferma anche nella circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 26 febbraio 1986 recante “Istruzioni agli ufficiali dello stato civile per l’applicazione, allo stato, dell’art. 8, n. 1, dell’accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede⁴⁸”. Con riferimento alle attività

⁴⁷ Cfr. PAOLO DI MARZIO, *op. cit.*, p. 71 nonché PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 83.

⁴⁸ Il testo integrale della circolare nei suoi quindici punti è consultabile sul sito dell’Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose www.olir.it.

istruttorie dell'ufficiale dello stato civile, il paragrafo XIII delle Istruzioni impone al pubblico ufficiale di acquisire «l'assoluta certezza che l'istanza sia portata a conoscenza dell'altro coniuge». La dottrina, chiamata sul punto a chiarire le modalità con cui ritenere soddisfatta questa esigenza, ha ritenuto sufficiente l'applicazione degli artt. 139 e 140 c.p.c. in tema di notifica degli atti giudiziari. Tuttavia, secondo altra dottrina, lo scopo potrebbe ritenersi raggiunto soltanto con una notifica effettuata nelle mani del coniuge non richiedente⁴⁹. Una tale ricostruzione offre un ulteriore argomento a sostegno dell'inammissibilità di una trascrizione *post mortem*. È infatti evidente che le citate formalità, non potendo essere esperite nel caso di premorienza del coniuge destinatario della richiesta di trascrizione, impediscono il soddisfacimento del requisito della “conoscenza” richiesto dalla legge 121/1985.

Autorevole dottrina, inoltre, sostiene che la manifestazione della volontà di opporsi alla richiesta di trascrizione tardiva del matrimonio canonico sia sempre revocabile⁵⁰. Il limite di una tale ricostruzione è dato soltanto dall'impossibilità di fissare un termine decorso il quale l'opposizione diventi definitiva. Tuttavia, tale tesi sembra trovare conferma nel testo dei disegni di legge che avrebbero dovuto portare all'emanazione di una nuova legge matrimoniale, in luogo dell'ancora vigente legge 847/1929. Il disegno di legge n. 1831/1987, mai approvato, all'art. 12, 2° comma prevedeva un termine di quaranta giorni entro cui il coniuge non richiedente era tenuto a far pervenire la sua opposizione. Spirato tale termine avrebbe funzionato il meccanismo del silenzio-assenso⁵¹; al contrario, nel termine dei quaranta giorni sarebbe stato possibile l'esercizio di uno *ius poenitendi* nei confronti di una precedente opposizione eventualmente già depositata. Sulla base di quanto emerso dall'analisi del disegno di legge, la tesi sopra riportata sembra da condividere. In tal senso attribuire al contenuto della non opposizione, come corollario, anche il diritto di revocare – in termini non definiti, ma sicuramente strettissimi a mio avviso – la precedente opposizione, è un ulteriore motivo di inammissibilità della trascrizione *post mortem*, perché allontana il requisito della non opposizione dai caratteri propri di una inerte attesa, avvicinandolo ad un comportamento “attivo anche quando implicito perché consistente in un fatto concludente, sicuramente meditato al punto da ammettere, seppur in termini stretti, ripensamenti e correzioni”. Così costruito il requisito della

⁴⁹ FRANCESCO GAZZONI, *op. cit.*, p. 532.

⁵⁰ FRANCESCO GAZZONI, *ibidem*, p. 532.

⁵¹ Il testo del disegno di legge n. 1831/1987 è consultabile sul sito dell'Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it.

non opposizione da un lato sembra maggiormente espressivo del principio di volontarietà degli effetti civili. Dall'altro diviene del tutto incompatibile con l'evento morte, espungendo dal sistema le ipotesi di trascrizione *post mortem*.

Siffatte conclusioni precludono l'ammissibilità della richiesta di trascrizione *post mortem* anche nell'altra ipotesi di trascrizione effettuata su iniziativa del "coniuge" premorto. Si tratta precisamente del caso in cui la richiesta di trascrizione venga effettuata dal "coniuge" superstite in aderenza a quanto dichiarato dal *de cuius* in un atto testamentario, alla presenza di un notaio e di due testimoni⁵². Senza dubbio il testamento, per la sua natura di atto di ultima volontà, rivolge la sua efficacia al tempo in cui il testatore «avrà cessato di vivere» ed, in tal senso, sembrerebbe idoneo a rappresentare una volontà ancora sussistente al momento dell'apertura della successione. Tuttavia il rigore della novella del 1985 e l'interpretazione altrettanto rigorosa che viene data dalla dottrina ai requisiti della conoscenza e della non opposizione - necessariamente da contestualizzare al momento della presentazione dell'istanza, in quanto non presumibili da atti o comportamenti antecedenti alla richiesta per una precisa scelta del legislatore pattizio - impediscono di ammettere una richiesta di trascrizione posteriore alla morte di uno degli sposi. Ove si accettasse una tale ipotesi verrebbe svilita di significato la disciplina relativa alla trascrizione tardiva, ben potendosi, a quel punto, ricavare la non opposizione da un qualunque atto antecedente alla morte dal quale risulti una volontà conforme al riconoscimento civile delle nozze religiose. Allora non troverebbero più necessità di esser posti i requisiti *ex art. 8, 6° comma l. 121/1985*, potendosi dedurre la non opposizione anche dalla stessa richiesta di pubblicazioni o addirittura dalla mera celebrazione del matrimonio canonico. Anzi, tali atti garantirebbero anche una maggiore stabilità rispetto all'atto testamentario, per sua natura revocabile. La non automaticità dell'atto di trascrizione rispetto agli antecedenti adempimenti concordatari – comprese le nozze come detto *supra*⁵³ –, non consente tali presunzioni, ma richiede, decorso il termine fissato per la tempestiva trascrizione del rito religioso, una nuova manifestazione di volontà, anche di un solo coniuge, a cui segua la non opposizione dell'altro da manifestarsi esplicitamente o anche implicitamente. Tutto ciò, come detto,

⁵² ANTONIO FUCCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, in *Diritto e religioni*, 1-2, 2006, p. 279, secondo il quale l'impiego di un regolare testamento può ritenersi un'ipotesi «assolutamente plausibile, in quanto un consenso manifestato attraverso un veicolo giuridico idoneo, è forse sufficiente a suffragare l'ipotesi della non opposizione».

⁵³ Vedi paragrafo 2.

non è realizzabile nel caso di premorienza di uno degli sposi, quand'anche una siffatta volontà emerga dal testamento. Contro tale osservazione non è efficace aggrapparsi alla particolare natura e forza dell'atto testamentario redatto nella forma del testamento pubblico, suscettibile di produrre i suoi effetti dopo la morte del testatore e come tale in grado di rappresentare una volontà ferma e perdurante nel tempo. Infatti l'art. 587, 1° comma c.c., per prima cosa si preoccupa di definire il testamento come atto revocabile. Anzi, il testamento è l'atto revocabile per eccellenza tanto che in presenza di più testamenti prevale quello posteriore. Il criterio cronologico travolge ogni rilevanza del requisito della forma: tra un testamento redatto nella forma dell'atto pubblico alla presenza di due testimoni ed un successivo testamento olografo scritto di proprio pugno dal *de cuius* su un qualsiasi foglio prevale quest'ultimo. In questo senso perde anche di importanza che la dichiarazione di volontà in ordine alla trascrizione sia contenuta in un testamento pubblico o in quello olografo, essendo i due tipi equipollenti dal punto di vista della loro efficacia rispetto allo scopo, senza dimenticare chiaramente la diversa efficacia probatoria del testamento pubblico *ex art. 2700 c.c.*. Che il testamento sia uno strumento davvero poco adatto a consentire di postulare l'ammissibilità della trascrizione *post mortem* lo si comprende dallo stesso art. 587, 1° comma, che lo definisce come l'atto «revocabile, con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse». Da tale nozione emerge il carattere normalmente patrimoniale dell'atto testamentario, sicuramente adatto a consentire di disporre dei propri beni, meno duttile, invece, a veicolare dichiarazioni di volontà aventi carattere personale come quella relativa alla trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico. Il 2° comma dell'art. 587 c.c. conferma quanto detto: infatti la possibilità di inserire efficacemente dichiarazioni di carattere non patrimoniale nell'ambito del testamento è ammessa soltanto quando «la legge consente che siano contenute in un testamento». Si tratta quindi di ipotesi tassativamente previste dal legislatore, per le quali si richiede un'espressa possibilità di essere destinate a produrre effetti nell'ambito del testamento⁵⁴. Davvero illuminante, al riguardo, è la lettura del combinato disposto degli artt. 254, 1° comma e 256 c.c.. Mentre l'art. 254 espressamente consente che il riconoscimento del figlio naturale sia fatto in un testamento, qualunque sia la forma di questo (ad

⁵⁴ È questo il caso delle dichiarazioni di cui agli artt. 254 e 256 (riconoscimento del figlio naturale), 285 (legittimazione del figlio naturale), 348 e 355 (designazione del tutore e del protutore), 466 (riabilitazione dell'indegno), 629 (disposizioni in favore dell'anima) che comunque richiedono ai fini della loro efficacia la predeterminazione della somma di denaro o dei beni da impegnare, 700 (nomina di esecutori testamentari), 2735 (confessione stragiudiziale).

ulteriore conferma dell'indifferenza della forma rispetto agli effetti), l'art. 256 c.c. sancisce, con una norma di carattere chiaramente eccezionale, e quindi non suscettibile di applicazione analogica, che «il riconoscimento è irrevocabile», avendo effetto dal giorno della morte del testatore anche quando il testamento sia stato revocato. Per cui si può agevolmente sostenere che il testamento sia un atto *mortis causa* di carattere patrimoniale che può ammettere, in caso di ipotesi tipiche aventi carattere eccezionale e come tali espressamente previste dal legislatore, anche disposizioni di carattere non patrimoniale. È evidente che se il legislatore avesse voluto consentire nel testamento l'inserimento di quella manifestazione di volontà diretta a richiedere la trascrizione *post mortem* del matrimonio religioso, lo avrebbe fatto prevedendo un'apposita disposizione di carattere eccezionale⁵⁵. Ciò non è avvenuto e quanto detto esclude alla radice la possibilità di configurare una trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento anche in presenza di volontà testamentarie dirette a richiederla. Tali dichiarazioni infatti sarebbero prive di efficacia.

La volontà del legislatore del 1985 di espungere dall'ordinamento giuridico ogni forma di trascrizione *post mortem* trova una indiretta ma chiara conferma anche dalla abrogazione, per mancata riproduzione, dell'art. 13 della legge 847 del 1929. Nel delineare quel tipo di trascrizione che la dottrina⁵⁶, in modo riduttivo secondo chi scrive, aveva indicato come trascrizione tempestiva ritardata, l'art. 13 prevedeva che «se la celebrazione del matrimonio non» fosse «stata preceduta dalle pubblicazioni o dalla dispensa, la trascrizione» poteva «aver luogo soltanto dopo l'accertamento» dell'inesistenza degli impedimenti indicati all'art. 12. Nel testo della disposizione riportata non si faceva menzione né di un termine entro cui presentare la richiesta, né della circostanza che tale richiesta dovesse provenire dal ministro celebrante il rito religioso, come invece si richiedeva ai fini della trascrizione tempestiva. Sulla base del suo tenore letterale, quindi, l'art. 13 della legge matrimoniale avrebbe ammesso, in assenza delle preventive pubblicazioni, anche una richiesta di trascrizione non tempestiva,

⁵⁵ In tal senso potrebbe trovare ragion d'essere l'inerzia del legislatore in ordine all'emanazione di una nuova legge matrimoniale. Probabilmente, anche si tratta di una semplice riflessione di chi scrive, la discussione e l'approvazione dei disegni di legge avrebbe fatto sorgere dilanti contrapposizioni la cui difficile composizione avrebbe suggerito al legislatore di ritornare sui propri passi. È evidente che la mancata emanazione di una nuova legge matrimoniale costituisce un ulteriore argomento a sostegno della volontà del legislatore di non ammettere la trascrizione dopo la morte di uno degli sposi. Al riguardo, è significativo riportare le parole del Finocchiaro che con riferimento a tali disegni di legge afferma che la loro «perdita nel limbo delle proposte legislative mai approvate non suscita rimpianti» in FRANCESCO FINOCCHIARO, *Profili problematici del riconoscimento civile del matrimonio canonico*, cit., p. 39.

⁵⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 567 ss.

presentata successivamente al termine dei cinque giorni dalla celebrazione delle nozze religiose. In tal modo sarebbe stato possibile presentare una richiesta di trascrizione tardiva o addirittura *post mortem* a prescindere dalle pubblicazioni. In altri termini, un'interpretazione letterale dell'art. 13 non avrebbe impedito di configurare un'ipotesi che potremmo definire di "trascrizione ritardata *post mortem*" allorquando, in assenza delle pubblicazioni, la richiesta di trascrizione fosse stata presentata, dopo la morte di uno o di ambo i coniugi, dal coniuge superstite o da terzi interessati al riconoscimento civile del vincolo coniugale. A fronte di tali richieste, l'ufficiale di stato civile, verificata l'assenza dei casi di intrascrivibilità di cui all'art. 12 e dopo aver provveduto alle pubblicazioni, avrebbe dovuto procedere alla trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile. Per impedire una tale interpretazione, ossia "per evitare di far dire all'art. 13 quanto avrebbe potuto dire", la dottrina impose una lettura, forzatamente restrittiva, dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 8, 2° comma della legge 847 del 1929, sostenendo che si sarebbe potuto far ricorso alla trascrizione ritardata soltanto quando il ministro di culto avesse inoltrato l'atto di matrimonio entro il termine dei cinque giorni dalla celebrazione⁵⁷. Il legislatore, non riproducendo la disposizione di cui all'art. 13, ha eliminato ogni dubbio circa l'inammissibilità di procedere ad una trascrizione *post mortem* in mancanza di pubblicazioni, senza che sia più necessario, a differenza di quanto fatto in passato, elaborare sofisticate operazioni ermeneutiche a sostegno di tale conclusione. L'eliminazione dell'art. 13 ad opera della legge 121 del 1985 può e deve essere letta in quest'ottica. Ben si può ritenere, quindi, che con essa il legislatore pattizio abbia inteso neutralizzare ogni possibilità di procedere alla trascrizione sulla base di una richiesta presentata *post mortem*. Per ragioni di coerenza sistematica, il legislatore del 1985 non avrebbe potuto escludere dall'ordinamento giuridico ogni caso di trascrizione *post mortem* per poi far salva l'ipotesi di una trascrizione "*post mortem* ritardata". In buona sostanza, l'eliminazione dell'art. 14 della legge matrimoniale non poteva non coinvolgere anche l'art. 13. Infatti la sola eliminazione dell'art. 14 sarebbe stata incapace di eliminare ogni forma di trascrizione *post mortem* senza la contestuale espulsione dall'ordinamento di quella disposizione (l'art. 13 appunto) potenzialmente in grado di configurare un'ulteriore ipotesi di trascrizione (ritardata) *post mortem*: in questo senso la congiunta soppressione degli artt. 13 e 14 della legge matrimoniale, oltre a confermare l'inammissibilità delle ipotesi di trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento, costituisce una delle operazioni di maggiore coerenza e lucidità nell'ambito della novella del 1985.

⁵⁷ Cfr. PAOLO DI MARZIO, *op. cit.*, p. 60.

Come già accennato sul finire del primo paragrafo, un ulteriore argomento a sostegno dell'inammissibilità della trascrizione *post mortem* deriva dall'applicazione delle norme dettate dal codice civile in materia di pubblicazioni. L'inquadramento del procedimento di trascrizione nell'ambito della figura generale del procedimento amministrativo, alla luce in particolar modo della legge 241/1990, richiede che lo stesso, lungi dal poter assumere una durata indefinita, debba svolgersi ed esaurirsi in un tempo definito. L'art. 6 della legge matrimoniale n. 847 del 1929, non abrogato dalla legge 121/1985 in virtù del riferimento da essa operato alla necessità delle preventive pubblicazioni nella casa comunale (non si fa più cenno alle pubblicazioni presso la Parrocchia), prevede che le pubblicazioni «debbono essere fatte a norma degli [artt. 93 e seguenti c.c. e degli artt. 50 e seguenti del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396]⁵⁸. Per questo motivo tra gli adempimenti che è necessario promuovere per ottenere il riconoscimento civile del matrimonio canonico permangono le pubblicazioni, così come disciplinate dagli artt. 93 ss del codice civile. Tale assunto trova conferma anche nel Decreto Generale della CEI sul matrimonio canonico del 5 novembre 1990⁵⁹ che pur richiedendo le pubblicazioni canoniche, sebbene non più necessarie a norma dell'art. 8 della legge 121/1985, in quanto rispondenti ad «una esigenza di bene comune» (art. 12 Decreto), ritiene altresì necessarie le pubblicazioni civili. La disciplina del codice civile conferma la bontà dell'assimilazione del procedimento di trascrizione al procedimento amministrativo. Infatti l'art. 99, 2° comma c.c. prevede che se il matrimonio non è celebrato nei centottanta giorni successivi, la pubblicazione si considera come non avvenuta. In altri termini la mancata celebrazione delle nozze nel termine di 180 giorni dalle pubblicazioni, essendo considerata dal legislatore un'intollerabile inerzia, impedisce ai nubendi di dar seguito all'*iter* procedimentale, proprio perché produce come conseguenza il venir meno delle pubblicazioni, l'atto iniziale del procedimento di trascrizione costituente il presupposto per ottenere la trascrizione in senso stretto. Accogliendo il termine dei 180 giorni come termine di validità delle pubblicazioni⁶⁰, se ne può dedurre che per procedere alla trascrizione tempestiva occorra comunque esaurire l'intero procedimento di trascrizione nel termine massimo di 185 giorni (180 giorni per la celebrazione del matrimonio religioso e 5 giorni per l'inoltro della richiesta di trascrizione

⁵⁸ La modifica riportata nelle parentesi quadra è opportunamente inserita da SALVATORE BERLINGÒ – GIUSEPPE CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, IV edizione, Giuffrè, Milano, 2003, p. 524.

⁵⁹ Il testo del Decreto è consultabile sul sito www.chiesacattolica.it

⁶⁰ CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato*, cit., p. 216.

all'ufficiale dello stato civile). Venendo meno le pubblicazioni intese come presupposto della trascrizione, la celebrazione delle nozze al di fuori del termine dei 180 giorni non rende possibile che si proceda alla trascrizione del rito religioso e ciò trova conferma anche nell'eliminazione, ad opera della novella del 1985, della trascrizione tempestiva ritardata in grado di sanare la mancanza delle preventive pubblicazioni. Il regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile di cui al d.P.R. 396/2000, pur abrogando numerosi articoli relativi al Libro I, Titolo VI, Sezione II (Delle formalità preliminari del matrimonio), ha lasciato intatta la disciplina esaminata, caratterizzata quindi da una scansione temporale netta entro cui svolgere le varie fasi del procedimento di trascrizione. Se è stata prevista una tale rigidità, ulteriormente rafforzata dalla mancata modifica ad opera del d.P.R. 396/2000, è perché il legislatore ha scelto di conservare l'efficacia degli atti costituenti gli adempimenti concordatari per un periodo di tempo limitato, allo scopo di garantire una certezza delle situazioni giuridiche soggettive nell'interesse dei contraenti e dei terzi. I contraenti devono essere ben consci di tali formalità, perché sono le pubblicazioni ad assicurare alle parti che il matrimonio sarà trascritto⁶¹.

Il legislatore mette a disposizione degli sposi che intendono attribuire al rito religioso gli effetti civili la forma della trascrizione tempestiva e la forma della trascrizione tardiva. Al riguardo occorre segnalare che alla base della scelta di trascrivere tardivamente il matrimonio debba sussistere un accordo tra sposi e ministro di culto in base al quale i nubendi vengono ammessi a celebrare un matrimonio solamente canonico senza che però venga impedita loro la possibilità di chiederne in un secondo momento la trascrizione⁶². Ciò non avverrà in ogni caso, ma solo per fondati motivi «certamente valutati dall'autorità ecclesiastica⁶³». Ebbene, lo Stato detta delle condizioni ben precise affinché il matrimonio canonico possa diventare civilmente riconosciuto. Di conseguenza, la scelta di trascrivere tardivamente le nozze – scelta sempre cosciente per le modalità con cui si realizza – comporterà l'assunzione in capo agli sposi di un onere alquanto rischioso: se vorranno attribuire effetti civili al matrimonio canonico dovranno farlo alle condizioni stabilite dal legislatore, avendo piena consapevolezza del fatto che ove sopravvenga la morte di uno di loro la trascrizione non sarà più realizzabile; ciò perché la scelta di postici-

⁶¹ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 303.

⁶² LUCA IANNACCONE, *Il matrimonio davanti ai ministri di culto cattolico*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da GILDA FERRANDO, volume primo, Zanichelli, 1988, p. 360.

⁶³ MARIO TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 304.

pare il riconoscimento civile del matrimonio canonico produce «una frattura temporale tra gli atti espressivi della volontà indirizzata agli effetti civili e gli atti conclusivi del procedimento» di trascrizione, con la conseguenza che gli adempimenti già compiuti (pubblicazioni, rilascio del nulla osta, celebrazione religiosa), proprio «perché compiuti a distanza di tempo, non possono essere considerati manifestazioni di una sicura volontà di entrambi» gli sposi di ottenere «gli effetti civili⁶⁴».

Tale conclusione è coerente anche con la natura dell'atto di matrimonio inteso come certificato amministrativo suscettibile di diventare atto pubblico⁶⁵. Pur non avendo la natura di atto pubblico, il legislatore attribuisce all'atto di matrimonio un valore probatorio identico a quello dell'atto pubblico. Tuttavia tale equiparazione in ordine agli effetti non ha durata indefinita, e ciò emerge in modo indiretto dal testo del paragrafo XIII delle Istruzioni agli ufficiali dello stato civile. Infatti, mentre nel caso di trascrizione tempestiva gli ufficiali possono presumere la volontà degli sposi di conferire effetti civili sulla base dell'atto di matrimonio allegato alla richiesta di trascrizione, nel caso di trascrizione tardiva occorre che essi verifichino che quella volontà sia divenuta attuale.

La previsione di un termine entro cui la volontà dei nubendi si presume costante ed attuale, e al di fuori del quale deve essere accertata di volta in volta, è confermata dall'art. 111 c.c. L'art. 111 c.c. sotto la rubrica «celebrazione per procura», pur prevedendo che la procura debba essere fatta per atto pubblico, al 5° comma dispone che il matrimonio non possa essere più celebrato quando siano trascorsi centottanta giorni da quello in cui la procura è stata rilasciata.

In definitiva, l'inserimento del procedimento di trascrizione nell'ambito del procedimento amministrativo, ben giustifica la necessità di termini rigorosi, entro cui presumere la permanenza della volontà desumibile dagli adempimenti concordatari, ed oltre i quali richiedere una nuova manifestazione della stessa volontà in ordine al riconoscimento degli effetti civili al matrimonio canonico. Al di fuori di tali termini, la morte di uno degli sposi si configurerà come un evento idoneo a rendere impossibile l'attribuzione degli effetti civili.

D'altronde, l'adozione stessa della nozione di matrimonio canonico civilmente riconosciuto chiarisce in modo limpido la natura non automatica del provvedimento di trascrizione, chiamato a dare rilevanza civilistica ad una celebrazione religiosa sulla base dell'osservanza di condizioni imposte dal

⁶⁴ Così STEFANO CHERTI, *op. cit.*, p. 280.

⁶⁵ Si veda il paragrafo 2.

legislatore pattizio. In questo senso tale locuzione è da preferirsi a quella di matrimonio concordatario che, al contrario, sembrerebbe apparentemente ridurre ad un'unica entità la celebrazione religiosa e gli effetti civili, *reductio ad unum* non più rinvenibile dopo gli interventi legislativi del 1970 e del 1975.

Infine, appare particolarmente interessante, dedicare una breve riflessione ai motivi che spingono gli sposi a decidere di ritardare la trascrizione del matrimonio canonico per ravvisare eventuali ambiti di meritevolezza. Alla base della scelta di rinviare ad un momento successivo la richiesta di trascrizione del matrimonio possono esserci diverse ragioni. In primo luogo, «l'esigenza di non affrontare immediatamente un contrasto familiare, o più semplicemente di non recare dolore a genitori che non approverebbero il matrimonio, può indurre le parti a sposarsi solo religiosamente dando al matrimonio poca o nessuna pubblicità⁶⁶». In secondo luogo, la scelta di trascrivere il matrimonio tardivamente può derivare dalla necessità di eludere divieti temporanei di matrimonio, come quelli tuttora imposti ai militari impegnati in servizio permanente effettivo. In altri casi il ricorso alla trascrizione tardiva avviene con l'intenzione di non rinunciare a vantaggi economici connessi allo stato libero, come nel caso della pensione di reversibilità⁶⁷. Se nei primi due casi è possibile rinvenire un interesse quantomeno suscettibile di un tiepido apprezzamento, quale quello di non arrecare dolore ai familiari o quello di promettere fedeltà alla persona amata in attesa del superamento del divieto temporaneo di nozze, nell'ultimo esempio di apprezzabile c'è ben poco. In questa circostanza, infatti, l'ipotesi della trascrizione tardiva viene utilizzata strumentalmente con il fine di sottrarsi, finché possibile, agli effetti giuridici conseguenti alla costituzione civile del vincolo coniugale, quali la perdita della pensione di reversibilità o la perdita del diritto di abitazione riconosciuto in determinati casi in capo al coniuge superstite. La presenza di tali situazioni costituisce ancora un ulteriore argomento a sostegno dell'opportunità di escludere l'ammissibilità della trascrizione *post mortem* nel nostro ordinamento. Troppe sarebbero le strumentalizzazioni di tale istituto (si pensi ai possibili devastanti risvolti in tema di pensioni sociali), troppe le distorsioni dell'intera materia matrimoniale. Ed il principio di volontarietà degli effetti civili, anziché a servizio della genuina volontà dei contraenti il patto nuziale, diverrebbe soltanto un indigesto espediente con cui soddisfare interessi di carattere esclusivamente patrimoniale.

⁶⁶ Così CARLO CARDIA, *op. ult. cit.*, p. 213.

⁶⁷ LUCIANO GUERZONI, *op. cit.*, p. 173 ss.

5. *Riflessioni conclusive e prospettive di tutela dei contraenti in caso di impossibilità di procedere alla trascrizione.*

Il paragrafo XIV delle Istruzioni agli ufficiali dello stato civile prevede che «la trascrizione *post mortem* di entrambi i coniugi» sia «possibile, ove sia stata da entrambi richiesta prima del decesso». In realtà quella che la circolare incautamente chiama trascrizione *post mortem*, altro non è che una richiesta di trascrizione tardiva presentata congiuntamente dai due coniugi o da uno solo con la conoscenza e la non opposizione dell'altro, ancora in vita al momento della richiesta. Infatti è possibile che tra la richiesta di trascrizione presentata da uno o da ambo i coniugi⁶⁸ e l'iscrizione nei registri dello stato civile dell'atto di matrimonio trasmesso - da effettuarsi a cura dell'ufficiale dello stato civile nelle successive ventiquattro ore -, uno o entrambi i contraenti possano perdere la vita. In tali casi, pur essendo effettuata l'iscrizione nei registri civili dell'atto di matrimonio dopo la morte di uno o di ambo i coniugi, la trascrizione non potrà considerarsi inammissibile in quanto effettuata *post mortem*. Infatti, elemento costitutivo della trascrizione *post mortem* è che la richiesta di trascrizione delle nozze religiose sia successiva e non anteriore al decesso dei nubendi. Nel caso di cui al paragrafo XIV, in modo del tutto evidente, la richiesta è invece presentata prima della morte, non andando così ad integrare la fattispecie della trascrizione *post mortem*, non ammessa nel nostro ordinamento. Per cui un'istanza presentata dai coniugi in vita, congiuntamente o separatamente, volta a trascrivere tardivamente il rito religioso produce gli effetti propri della trascrizione, anche quando prima del provvedimento di trascrizione in senso stretto uno dei contraenti, o addirittura entrambi, perdano la vita. In tali casi infatti è stato possibile accertare in modo attuale sia il requisito della conoscenza che della non opposizione e non vi sono quindi ostacoli alla costituzione degli effetti civili del matrimonio canonico.

Acclarata nei passi precedenti l'inammissibilità della richiesta di trascrizione presentata successivamente alla morte di un coniuge, occorre interrogarsi in merito ad eventuali vuoti di tutela esistenti nella disciplina vigente.

Per indagare su tale problematica si partirà da un esempio, tanto macabro quanto non del tutto improbabile. Immaginiamo il caso di due sposi che, dopo aver contratto il giorno sabato 18 dicembre 2004, matrimonio canonico in una piccola parrocchia di montagna alla presenza di un anziano prete, partono il giorno successivo per trascorrere dieci giorni di luna di miele in

⁶⁸ In questo caso si utilizza il termine coniuge per evidenziare l'ammissibilità della trascrizione, essendo ambedue i coniugi in vita al momento della richiesta.

una rinomata isola della Thailandia. La sera di domenica 19 dicembre 2004 si spegne improvvisamente il sacerdote senza che abbia inoltrato la richiesta di trascrizione tempestiva, a causa della chiusura domenicale degli uffici comunali. La stessa sorte, davvero avversa, colpisce gli sposi il 26 dicembre 2004 a causa dello tsunami che si abbatte sulle coste dell'isola.

L'esempio, volutamente estremizzato ma non lontano da fatti tragicamente accaduti, realizza un'ipotesi di sopravvenuta impossibilità oggettiva di inoltrare tanto la richiesta di trascrizione tempestiva quanto una successiva richiesta di trascrizione tardiva, impossibilità non imputabile affatto ad alcuno dei contraenti e tantomeno al sacerdote⁶⁹. In questo caso il matrimonio è come se non fosse stato mai celebrato alla luce dell'ordinamento vigente. Tornando all'esempio precedente, alla stessa conclusione si deve pervenire anche nell'ipotesi in cui uno degli sposi riesca a salvarsi dalla furia del mare: la morte di uno degli sposi andrebbe a concretare, nel caso in cui lo sposo superstite decida comunque di richiedere la trascrizione del matrimonio, l'ipotesi di una trascrizione *post mortem*, che in base alla disciplina vigente deve ritenersi inammissibile.

La mancanza di una o più disposizioni, di carattere necessariamente eccezionale, destinate alla tutela di queste situazioni caratterizzate dall'impossibilità oggettiva – non imputabile al comportamento o ad una colpevole inerzia dei contraenti in quanto dovuta a caso fortuito o a forza maggiore – di procedere alla trascrizione sia tempestiva che tardiva, costituisce un vuoto di tutela notevole nell'ambito del nostro ordinamento, sicuramente meritevole di essere colmato da un intervento del legislatore. Ebbene, solo e soltanto in ipotesi analoghe a quella indicata nell'esempio, caratterizzate da una sequenza di eventi idonei a rendere oggettivamente impossibile tanto la trascrizione tempestiva quanto la trascrizione tardiva nonostante la volontà dei contraenti di riconoscere effetti civili alle nozze, potrebbe forse ammettersi una trascrizione *post mortem*.

Tale vuoto di tutela non è presente in Francia, dove è ammesso, a partire dal 1959, l'istituto del *mariage posthume*. La modifica del *code civil* ha preso le mosse dalla tragedia del Fréjus del dicembre del 1959, in cui persero la vita ben 420 persone. Tra le vittime vi fu anche un uomo che a distanza di pochi giorni si sarebbe dovuto sposare. Il legislatore francese, constatando il vuoto normativo che colpì profondamente l'opinione pubblica francese,

⁶⁹ In caso di ritardo colpevole del sacerdote è ammessa l'azione di risarcimento dei danni nei confronti del ministro celebrante.

apportò rilevanti modifiche all'art. 171 c.c.⁷⁰. L'art. 171 del *code civil* nella sua formulazione attuale prevede che il Presidente della Repubblica, ove ricorrano gravi motivi, possa «*autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement*⁷¹». Il provvedimento è rimesso alla discrezionalità del Presidente della Repubblica che è chiamato a valutare l'esistenza di gravi motivi e di comprovate ragioni quali la richiesta delle pubblicazioni o l'esistenza di un progetto di vita in comune. In tal modo il *partner* superstite, pur non acquisendo automaticamente diritti successori, ottiene il diritto di portare il cognome del fidanzato scomparso, di beneficiare di assicurazioni già stipulate e di donazioni o disposizioni testamentarie⁷².

A conclusione dell'intero lavoro, alla luce anche di quanto previsto dal legislatore francese, pur ribadendo l'inammissibilità della trascrizione *post mortem* all'interno del nostro ordinamento ed i rischi di strumentalizzazione che deriverebbero da una sua introduzione nel sistema, non si può non evidenziare un vuoto di tutela in presenza di fattispecie caratterizzate dall'impossibilità di procedere alla trascrizione sia tempestiva che tardiva. Tale lacuna dovrebbe condurre ad un intervento legislativo in grado di far salvi gli effetti civili del matrimonio religioso, una volta che sia stata accertata, nonostante la sussistenza in capo ai contraenti della volontà di procedere alla trascrizione, l'assoluta impossibilità di procedere al riconoscimento civile del matrimonio canonico, come avviene nell'esempio riportato. Soltanto in questa prospettiva *de iure condendo* - lontana dalla realtà attuale - si potrebbe valutare, caso per caso, con un meccanismo analogo a quello del *mariage posthume*, l'ammissibilità di una richiesta di trascrizione *post mortem* proveniente dallo sposo superstite.

⁷⁰ Quanto riportato è rinvenibile in STEFANO CHERTI, *op. cit.*, p. 280.

⁷¹ Ai sensi dell'art. 171 del *code civil* il Presidente della Repubblica francese può autorizzare la celebrazione di un matrimonio se uno dei futuri sposi è deceduto dopo la realizzazione di formalità ufficiali espressive in modo inequivoco del suo consenso.

⁷² STEFANO CHERTI, *op. cit.*, pp. 280-281.

Indagine funzionale sui ministri di culto nell'ordinamento italiano. Crescenti profili di atipicità

DOMENICO BILOTTI

1. *Le categorie della legislazione come precipitato storico-giuridico. La "crisi" dei ministri e il "caso" del diritto canonico*

La terminologia usualmente adottata dal Legislatore per descrivere particolari figure istituzionali, che rilevano sia sotto il profilo associativo loro riferibile sia dal punto di vista del *derecho del estado*¹, non è mai neutra²: essa è frutto di strutture linguistiche ed ideologiche che sedimentano nelle culture e nelle coscienze. In più, non è mai una terminologia realmente inclusiva: tende a disconoscere modelli organizzativi che non costituiscono riflesso o conseguenza immediata dell'esperienza giuridica. La non adeguata attitudine inclusiva si traduce anche in una bassa capacità rappresentativa delle definizioni: spesso

¹ Circa la singolare tensione terminologica che si trova, per la scienza giuridica italiana, nella distinzione tra norme organizzative di diritto confessionale e norme di diritto negoziato o unilaterale e statutale, "può essere opportuno precisare [...] che sarebbe un errore tradurre alla lettera i vocaboli *Kirchenrecht* o *ecclesiastical law*, con l'espressione *diritto ecclesiastico*, perché nella nostra lingua quest'ultima denominazione è usata per designare non già il diritto interno o proprio di una chiesa (e, in particolare, delle chiese cristiane o, più specificamente della chiesa cattolica = *diritto canonico*), bensì il diritto dello stato a proposito delle chiese o del fenomeno (sociale) religioso (in tedesco appunto: *Staatskirchenrecht*; o, in spagnolo, analogamente: *Derecho eclesiástico del Estado*)" (sottolineato mio). Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Diritto Canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, 20. Ancor prima, su queste e altre specificità del rapporto tra le due tipologie di ordinamento, dello stesso A., *Giustizia e carità nell'economia della chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991. Per un possibile contraltare, in merito alla cristianità orientale, cfr. DIMITRIOS SALACHAS, *Istituzioni di diritto canonico delle chiese cattoliche orientali. Strutture ecclesiali nel CCEO*, EDB, Roma-Bologna, 1993.

² Il tema dell'intersezione tra statuti scientifici, plasmati in assetti mono-categoriali, e progressiva parcellizzazione del materiale legislativo di riferimento sembra trovare una prima, valida, risposta in RAFFAELE BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Giappichelli, Torino, 2002, 31 e ss. Per una acuta comparazione intra-abramitica, che spesso viene presunta o, all'opposto e peggio, negata, cfr. SILVIO FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002.

risultano indistinte le peculiarità intraconfessionali, uno degli ambiti dove le “etichette” convenzionali risultano naturalmente più sgradite e scarsamente sensibili al pluralismo di orientamenti, specie religiosi, che caratterizza le composite società contemporanee³.

Il sintagma “ministro di culto” sembra una chiara esemplificazione dei limiti teorici testé evidenziati in merito all'estetica della politica legislativa ecclesiastica in Italia⁴. Esso nasce nell'alveo di un particolare retroterra culturale, quello specificamente cattolico-romano. Si riferisce a una nozione di confine, dove l'indicazione che si tratti di un ministro fa pensare allo svolgimento di un ruolo almeno sostanzialmente amministrativo del soggetto che si trovi incaricato in una data struttura ecclesiale. La specificazione “di culto” può esser letta in senso soggettivo: ministro deputato al culto, che si occupa del culto⁵. Nondimeno è interessante valutarla in senso oggettivo: ministro prescelto in funzione del culto, da parte di organi a lui sovraordinati⁶. Questa sovraor-

³ Cfr. sul punto ANTONINO MANTINEO, *Associazioni religiose e “nuovi movimenti” religiosi alla prova del diritto comune in Italia e del diritto comunitario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (<http://www.statoe chiese.it>), ottobre 2009, 5-15. Sembra confermare la validità di uno studio comparato tra pluralismo statutario e pluralismo confessionale VALERIO TOZZI, *Società multi-culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in (a cura di) Id, *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Giappichelli, Torino, 2002, 143-165. Mette in guardia dalla strutturazione dei gruppi religiosi come gruppi di pressione rispetto all'attività lato sensu legislativa GIANFRANCO MACRÌ, *La rappresentanza degli interessi religiosi nel processo costituente europeo*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, (<http://www.olir.it>), gennaio 2005, 7-11.

⁴ “[...] nell'auspicio che il comune [...] avvenire possa essere reso più lieve da una stagione di produzione normativa più felice di quella che si sta in atto registrando”. Cfr. (a cura di) SALVATORE BERLINGÒ, GIUSEPPE CASUSCELLI, (con la collaborazione di) ANGELO LICASTRO, MARCELLO TOSCANO, *Codice del Diritto Ecclesiastico*, in *Prefazione alla V Edizione*, Giuffrè, Milano, 2009, XVIII.

⁵ Circa una pluralità funzionale della figura, nonostante la pur pretesa unitarietà di disposizioni normative cui riferirsi, cfr. ANGELO LICASTRO, *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 2005. In particolar modo, sulla configurabilità della struttura associativa come ente munito di personalità giuridica anche in assenza di una previsione statutaria circa i ministri –ma criticamente, *ibidem*, 127.

⁶ Sull'incardinamento gerarchico, che può inficiare la funzione ministeriale nel culto, criticamente, in LEONARDO BOFF, trad. it. P. Brugnoli, *Chiesa: carisma e potere*, Borla, Roma, 1984, 91-92, “[...] san Giovanni Bosco poteva scrivere: “il papa è Dio sulla terra... Gesù ha posto il papa sopra i profeti, sopra il suo precursore... sopra gli angeli... Gesù ha posto il papa allo stesso livello di Dio”. È singolare constatare come simile eresia non abbia costituito nessun argomento contro la canonizzazione del santo. Mentre, se avesse fatto qualche affermazione limitativa del potere papale, essa avrebbe costituito certamente un motivo sufficiente, agli occhi dei detentori del potere ecclesiastico, per provare la sua mancanza di ortodossia, e quindi di santità ufficiale. L'esagerazione nell'esaltare il potere, fino alla sua esasperazione eretica, è dal potere stesso benevolmente compresa e discolpata. Questa ideologia del potere ha inaugurato il caposaldo ecclesiologico durato negli ambienti teologici fino al secolo XIX; anzi, nella mentalità della gerarchia più alta, praticamente fino ai giorni nostri. Il potere assoluto del papa ha determinato il corso posteriore della storia ecclesiastica e civile: la storia o sarà storia di questo

dinazione può avere natura e giustificazione teologiche. Oppure rispondere a dei criteri esclusivamente tecnico-strumentali, che la confessione religiosa si sceglie *ex se* nella larga riserva statutaria che si evidenzia nel combinato disposto degli artt. 8 e 19 della Costituzione⁷. Si chiarisce ulteriormente un dato operativo: posto che ciascuna confessione religiosa avrà un proprio

potere assoluto -dei suoi successi, della sua conferma e sedimentazione- oppure sarà una storia che, per essere autonoma e per poter proseguire, dovrà contestare questo stesso potere. Nasce qui un dilemma terribile: o la chiesa domina, o sarà dominata. Il potere assoluto della chiesa-istituzione andrà svolgendo l'argomentazione giustificatrice della propria vigenza, come lo fa qualunque altro potere totalitario. La ragione abdiccherà alla sua funzione critica per farsi un semplice strumentario del sistema. Anche la teologia diventerà un puro e semplice sentire cum Ecclesia, intendendo per Ecclesia -evidentemente- l'istituzione, come fu evidenziato in modo paurosamente convincente dalla teologia ufficiale ai tempi di Pio XII e dalla teologia curiale che preparò i testi per il Concilio Vaticano II, poi massicciamente rigettati perché non traducevano la fede viva della chiesa-Popolo-di-Dio. La chiesa, in pratica, sarà un'unica ed enorme diocesi, nella quale il papa, dal momento che non può arrivare a tutti, istituisce dei vicari (vices suas agentes) che partecipano del suo potere. I dogmi saranno letti giuridicamente e i canoni giuridici dogmaticamente. L'unità, intesa come conformità e uniformità, impedisce di vedere la conflittualità come un segno di varietà e di vita, degradandola ad elemento patologico, governatore di divisioni e di scismi. La soluzione più semplice e facile sarà quella di eliminarla. È tipico di ogni struttura di potere di tagliar corto su tutto quanto non si inquadra nel sistema. La chiesa, sorta come rottura della sinagoga, corre il rischio di trasformarsi essa stessa in una sinagoga, in una grande setta chiusa in se stessa e controllata in tutto dal clero" (sottolineato mio).

⁷ Sul delicato tema dei rapporti tra autonomia confessionale e tensione critica tra sfera spirituale e sfera politica, si segnala SARA DOMIANELLO, ALESSANDRO MORELLI, *Alle radici della laicità civile e della libertà confessionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (<http://www.statoechiese.it>), aprile 2007. In modo inconsueto, il tema dell'appartenenza confessionale (comunque considerata), come riferimento valoriale che si spande ed irradia anche nella cittadinanza, trova alcune esemplificazioni molto particolari nella stessa giurisprudenza costituzionale. Così, sull'assoluta meritevolezza, anche a fini emancipativi, delle prestazioni lavorative individuali, "[...] la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, "evidenzia la necessità che le pene abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale". Orbene, funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positivistiche secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole. L'ordinanza prosegue: "sembra che l'ergastolo sia in contrasto con la morale esigenza di tutela e con il senso di umanità al quale debbono ispirarsi le pene, essendo obbligatoria per i condannati a tale pena l'esplicazione di un'attività lavorativa. Infatti, al condannato che non adempie all'obbligo del lavoro sono applicabili misure coercitive, disciplinari, che non appaiono certo ispirate ai fondamentali principi di umanizzazione della pena". Deve subito dirsi che il lavoro, ben lungi dall'essere in contrasto con la morale esigenza di tutela e rispetto della persona, è gloria umana, precetto religioso per molti, dovere e diritto sociale per tutti (art. 4 Cost.)", (sottolineato mio), cfr. C. Cost. n. 264/1974.

sacerdos (con propri *officia* non necessariamente soltanto teologici⁸), le differenze tra “ministri di culto”, da culto a culto, sono indifferenti ai precetti del diritto positivo⁹? Influenzano la normazione ecclesiastica o da questa sono influenzate?

Queste incertezze definitorie hanno evidenti ricadute in recenti, problematiche, pronunce giurisprudenziali. Contribuiscono a determinare applicazioni disomogenee del quadro normativo di riferimento e non predispongono elementi idonei a formulare una nozione più ampia o alternativa rispetto a quella di “ministro di culto”, che mantiene gran parte delle proprie ambiguità ed inefficienze operative. Al contrario, si aprono ulteriori spazi di discriminazione tra ministri del culto cattolico-romano e “ministri” – ma quanto questa denominazione è rispettosa delle peculiarità confessionali? – delle “confessioni religiose diverse da quella cattolica”¹⁰.

Per altro verso, la questione sembra restare avvinta entro due dei limiti

⁸ Commentando una recente pronuncia della Corte di Cassazione, GERALDINA BONI, *Giurisdizione matrimoniale ecclesiastica e poteri autoritativi della magistratura italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (<http://www.statoechiese.it>), settembre 2007, 4, osserva: “*la Suprema Corte ha reputato che è consentito all'autorità giudiziaria italiana, davanti alla quale sia stato instaurato un procedimento penale per asserita diffamazione commessa in occasione di dichiarazioni rese nel corso di un giudizio ecclesiastico di nullità matrimoniale, acquisire copia dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni, come pure ammettere e pretendere la testimonianza degli ecclesiastici davanti ai quali esse siano state rese*”. Per una ricostruzione, anche in prospettiva comparata, circa prerogative processuali dei ministri di culto, cfr. *ibidem*, 12-40. Quanto alla possibilità che il segreto in ragione dell'ufficio nuoccia all'andamento della giustizia delle Chiese e degli Stati, risultano lungimiranti le osservazioni di PATRICK VALDRINI, *Église et pédophilie: les risques du silence*, in *Croire aujourd'hui*, 113, 15 mai 2001, 5.

⁹ Annoso il dibattito sulle radici giudaico-cristiane della cultura europea, che si volevano proclamare dapprima nel “*Trattato che adotta una costituzione per l'Europa*” (anche noto come “*nuovo trattato di Roma*” o, più semplicemente e con una certa arbitrarità, “*Costituzione europea*”) e, successivamente, nel Trattato (di riforma) di Lisbona. Per quanto la vicenda non solleciti più la stessa, talvolta morbosa, attenzione che attirava prima della stesura del nuovo Trattato, una formulazione di questa istanza “euro-cristiana”, più moderata e approfondita di altre, può rinvenirsi in ERNESTO GALLI DELLA LOGGIA, CAMILLO RUINI, *Confini. Dialogo sul cristianesimo e il mondo contemporaneo*, Mondadori, Milano, 2009, 194.

¹⁰ Questo particolare sintagma è ancora dibattuto in dottrina, sulla scia delle questioni poste dalla sentenza costituzionale n. 203/1989. La pronuncia in esame può esser rinvenuta, con un essenziale corredo bibliografico riassuntivo anche di talune posizioni critiche, in SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999, 597 e ss. Una troppo spiccata problematicizzazione della scelta lessicale operata dal Legislatore costituente, tuttavia, potrebbe non corrispondere a reali esigenze dell'ordinamento, laddove si consideri che la, pur non felice, prospettazione fatta propria dall'art. 8 dovrebbe essere reindirizzata proprio per garantire quella *eguale libertà*, proclamata nel primo comma del medesimo articolo. Con enfasi critica, cfr. ENRICO G. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Einaudi, Torino, 2000 e, ancor più, in una prospettiva di teoria del diritto pubblico, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Lo Stato e la Chiesa*, Gruppo editoriale l'Espresso, Roma, 2007, (particolarmente) 65-74.

sui quali tradizionalmente si misura la scienza ecclesiasticistica. Dal punto di vista metodologico, essa ha potuto misurare sul campo la vetustà di nozioni che erano andate maturando nel periodo liberale prima e in quello concordatario poi, giungendo addirittura sino alla non felice formulazione di talune disposizioni costituzionali. Difatti, l'espressione "ministro di culto", in quanto identificativa di una particolare categoria di persone fisiche, non è meno incerta e fraintendibile di "confessione religiosa", come *nomen* comune per indicare fenomeni associativi di prevalente ispirazione religiosa, contraddistinti da particolari tradizioni e ritualità. Dal punto di vista normativo, inoltre, l'*empasse* sembra aver prestato il fianco a un ulteriore profilo discriminatorio, relativo all'applicazione della legge n. 1159/1929 e ai correlati provvedimenti attuativi¹¹: quella legge (sui "culti ammessi") è ancora in vigore per le confessioni che non abbiano stipulato Intesa con lo Stato e detta norme di specifico rilievo per quel che riguarda i "ministri di culto"¹². Al non semplice problema di misurarsi con una categoria generale che mal si presta a descrivere la complessità dell'associazionismo religiosamente connotato, si aggiunge la non immediata trasferibilità della disciplina relativa ai soggetti che la caratterizzano (i "ministri" di/del "culto") in esperienze confessionali che rimangono sottoposte alla legislazione generale del periodo fascista. Tale disciplina generale non solo non consente all'Interprete di farsi realmente garante del vasto *panorama* di riti e convinzioni religiose che vorrebbero trovare un qualche riconoscimento nel diritto dello Stato, ma, soprattutto, dispiega la propria efficacia soprattutto in quei settori – riti, matrimonio, persone fisiche e persone giuridiche – che più la coscienza avverte come specificamente propri di una data scelta di vita religiosamente ispirata.

¹¹ Tra questi sembra doversi ricordare soprattutto il regolamento dell'anno successivo, R. D. n. 289/1930, in *G. U.* n. 87/1930, che infatti si richiama *expressis verbis* alla legge di poco antecedente (*Norme per l'attuazione della legge 24 giugno 1929, n. 1159, sui culti ammessi nello Stato e per il coordinamento di essa con le altre leggi dello Stato*).

¹² Cfr., sulla consequenzialità tra provvedimento legislativo e regolamentazione complementare, MARIO TEDESCHI, *Studi di Diritto Ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 2004, 177 e ss. *Ibidem*, 183, ove si valutano criticamente i rapporti tra legislazione ecclesiastica e politica fascista, anche in merito a precedenti disposizioni particolari, riguardanti ministri di culti ammessi [*rectius*, ancora: tollerati]: "[Giacchi] [...] ammette che l'art. 1 dello Statuto era stato vanificato dalla legislazione bilaterale (lettere patenti ai valdesi, legge Sineo, garanzie dei diritti civili e politici per gli israeliti, codice penale del 1889 che "veniva ad attuare nella forma più piena il principio della "parità dei culti", considerando i delitti contro i culti (art. 140-143) solo dal punto di vista della "lesione della libertà"). Giacchi ricorda anche le disposizioni nei confronti dei greci-albanesi in Sicilia e dei greci-ortodossi scismatici di Napoli e Messina; quelle riguardanti gli israeliti, l. 4 luglio 1857, n. 2323, con annesso regolamento, e sottolinea che la Chiesa valdese non aveva personalità giuridica ma che questa spettava alle antiche gerarchie delle valli valdesi per possesso di stato".

Il ripensamento su una concezione ecclesiale troppo sbilanciata sulla sua costituzione gerarchica si è evidenziato non soltanto nella lacunosità del diritto pubblico, e di quello ecclesiastico in particolare, ma anche nella riflessione del diritto conciliare¹³. Il modello che si era autoalimentato tra il Concilio di Trento e il Concilio Vaticano I veniva messo in discussione dal Vaticano II¹⁴: la rigida bipartizione laici/chierici, oltretutto spesso assunta come rilevante dagli stessi ordinamenti profani¹⁵, meritava delle critiche e la risposta di autentici progetti riformisti. Le speranze si muovevano lungo due distinte direttrici, tra loro, tuttavia, speculari. Porre nuova enfasi sull'universalità della Chiesa e del "popolo di Dio" significava indiscutibilmente ridimensionare quella netta distinzione, che riverberava per esempio nella inamovibilità dei parroci sancita dal can. 454 del *Codex* del '17¹⁶: laddove il principio di inamovibilità

¹³ Sia pure tenendo conto anche di altre possibili riletture del Concilio, cfr. GILLES ROUTHIER, trad. it. ABBAZIA BENEDETTINA "MATER ECCLESIAE", *Il Concilio Vaticano II. Ricezione ed ermeneutica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, 105-112; 133-141. Richiamandosi all'insegnamento di alcuni dei teologi più influenti, cfr. ANTONINO MANTINEO, *La Chiesa nella società contemporanea. Ripensando a Rahner: echi teologici e profili canonistici*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, (<http://www.olir.it>), giugno 2005, 10-13. Con meditati accenti pastorali, v. FELICE SCALIA, *Il Cristo degli uomini liberi*, la Meridiana, Molfetta, 2010, 45-48.

¹⁴ Il che, ad avviso di autorevole dottrina, potrebbe costituire il presupposto per una riflessione ecumenica che conduca alla convocazione di un nuovo appuntamento conciliare. Cfr. LUIGI SARTORI, *Il linguaggio del Vaticano II*, in (a cura di) ASSOCIAZIONE TEOLOGICA ITALIANA, *Il linguaggio teologico oggi*, Edizioni Ancora, Milano, 1970, 233-264; sul rinnovamento che ha accompagnato la promulgazione dei decreti, e che potrebbe portare in futuro a modificare le procedure di elaborazione e pubblicazione, cfr. SILVIA SCATENA, *La filologia delle decisioni conciliari: dal voto in congregazione generale alla Editio typica*, in (a cura di) JOSEPH DORÉ, ALBERTO MELLONI, *Volti di fine Concilio. Studi di storia e teologia sulla conclusione del Vaticano II*, il Mulino, Bologna, 2001, 53-97.

¹⁵ Il regime punitivo canonico, elaborato intorno alla figura del chierico apostata, dimostra(va) riflessi di immediata visibilità, quanto alla incompatibilità coi principi costituzionali e alla troppo evidente limitazione di capacità giuridica che derivava da detto regime sanzionatorio (proibizione o ingiunzione a dimorare in un luogo, privazione di ufficio, incarico, potestà, privilegio, grazia, facoltà, titoli e insegne anche ove onorifici, dimissione dallo stato clericale in ipotesi di prolungata contumacia e gravità dello scandalo). L'art. 5 del Concordato del Laterano, recependone gli effetti nell'ordinamento giuridico interno per il successivo tramite della legge di ratifica dei Patti, si sarebbe dimostrato incompatibile con le previsioni della Carta Costituzionale (artt. 3, 21 e 51: uguaglianza sostanziale, libera manifestazione del pensiero, uguaglianza sostanziale nell'accesso alle cariche pubbliche). Secondo altro avviso, tuttavia, almeno alcune delle limitazioni derivanti dal vincolo religioso troverebbero forme di tutela e riconoscimento nel reticolo complesso dei valori costituzionali. In ordine a una prospettabilità delle monacazioni di clausura nell'alveo dell'art. 4 della Costituzione, cfr. CESARE MIRABELLI, *Sussidiarietà e solidarietà come principi costituzionali*, relazione tenuta in occasione dell'incontro *Solidarietà e sussidiarietà in Calabria alla luce del Magistero Sociale della Chiesa. Verso la Settimana Sociale dei Cattolici*, ISSR-Reggio Calabria, 8 maggio 2010.

¹⁶ Il che trovava tuttavia un qualche temperamento, nella stessa interpretazione letterale del canone richiamato. Cfr. **Can. 454** – *Qui parociae administrandae praeficiuntur qui proprii eiusdem rectores, stabiles in ea esse debent; quod tamen non impedit quominus omnes ab ea removeri queant ad normam iuris. § At non omnes parochi eandem obtinent stabilitatem; qui maiore gaudent, inamovibiles;*

manifestava una certa intangibilità dell'istituzione in quanto tale, la più tiepida formulazione del vigente can. 519 (in combinato disposto con il can. 522)¹⁷ aveva, soprattutto, lo scopo di fornire al parroco una presunzione di stabilità idonea a fargli svolgere appieno la sua attività pastorale, “anche con la collaborazione di altri presbiteri o diaconi e con l’apporto dei fedeli laici”.

Se non fossero bastati i mutamenti socioculturali registratisi tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta del secolo scorso, la stessa autorità ecclesiastica riconosceva nel ruolo del laicato e nella sua attitudine promozionale i semi di un discorso partecipativo in ordine alla vita ecclesiale, che piegava le categorie su cui si era poggiata la Chiesa in quella linea di continuità che si è identificata col “Concilio Lateranense IV-Concilio di Trento-Concilio Vaticano I”¹⁸. D'altra parte, l'implementazione del vicariato parrocchiale e di strutture infradiocesane come le unità pastorali aveva, e ha lo scopo precipuo di realizzare un avvicinamento del *ministro*, nel concreto, alle istanze territoriali dei “filiani”, concorrendo a costituire, per seguire l'intuizione di Martini, un “diritto della collaborazione pastorale”, riconosciuta istituzionalmente¹⁹.

qui minore, amovibiles appellari solent. § Paroeciae inamovibites nequeunt amovibiles reddi sine beneplacito apostolico; amovibiles possunt ab Episcopo, non autem a Vicario Capitulari, de Capituli cathedralis consilio, inamovibiles declarari; novae quae erigantur, sint inamovibiles, nisi Episcopus, prudenti suo arbitrio, attentis peculiaribus locorum ac personarum adiunctis, audito Capitulo, amovibilitatem magis expedire decreverit. § Quasi-paroeciae sunt omnes amovibiles. § Parochi autem, ad religiosas familias pertinentes, sunt semper, ratione personae, amovibiles ad nutum tam loci Ordinarii, monito Superiore, quam Superioris, monito Ordinario, aequo iure, non requisito alterius consensu: nec alter alteri causam iudicii sui aperire multoque minus probare tenetur, salvo recursu in devolutivo ad Apostolicam Sedem.

¹⁷ Cfr. **Can. 519** — *Parochus est pastor proprius paroeciae sibi commissae, cura pastoralis communitatis sibi concredita fungens sub auctoritate Episcopi dioecese, cuius in partem ministerii Christi vocatus est, ut pro eadem communitate munera exsequatur docendi, sanctificandi et regendi, cooperantibus etiam aliis presbyteris vel diaconis atque operam conferentibus christifidelibus laicis, ad normam iuris. Can. 522* — *Parochus stabilitate gaudeat oportet ideoque ad tempus indefinitum nominetur; ad certum tempus tantum ab Episcopo dioecese nominari potest, si id ab Episcoporum conferentia per decretum admissum fuerit.*

¹⁸ Per quanto risulti, certamente, apprezzabile l'accento posto sull'austerità, morale e comportamentale, che dovrebbe connotare la figura, altrettanto può osservarsi come paiano limitati i riferimenti alla collocazione di questa al servizio presso, e per, una (la) comunità. Cfr. **Can. 284** — *Clerici decentem habitum ecclesiasticum, iuxta normas ab Episcoporum conferentia editas atque legitimas locorum consuetudines, deferant. Can. 285* — § 1. *Clerici ab iis omnibus, quae statum suum dedecent, prorsus absterneant, iuxta iuris particularis praescripta. § 2. Ea quae, licet non indecora, a clericali tamen statu aliena sunt, clerici vitent. § 3. Officia publica, quae participationem in exercitio civilis potestatis secumferunt, clerici assumere vetantur.*

¹⁹ L'esercizio dell'attività pastorale come costante ricerca di collaborazione, apertura e pubblica riflessione, permea profondamente l'intera opera di Martini. Ciononostante, almeno per gli aspetti evidenziati nel testo, cfr., per tutti, (a cura di) Acli Milano, CARLO MARIA MARTINI, *Educare alla solidarietà sociale e politica. Discorsi, interventi e messaggi (1980-1990)*, EDB, Roma-Bologna, 1990; come seguito ideale di queste riflessioni, cfr. anche ID, *Dove arde lo Spirito. Esercizi spirituali*

Un diritto del “parroco” – chi somministra, aiuta, dispensa, distribuisce l’elemosina- più che del “ministro” – colui che gestisce, procura, regge, governa. Nel periodo che separa il Concilio Vaticano II dalla promulgazione del nuovo *Codex* sembra essere più spesso il diritto particolare a mostrarsi restio all’attuazione di un vero disegno evolutivo, di speranza e di inclusione relazionale e conviviale delle diversità²⁰. Lo statuto giuridico del chierico, per come tratteggiato dai canoni 284-289, sembra risentire di questa prospettiva di “normalizzazione” rispetto al messaggio conciliare²¹. Accanto ad obblighi di elevata valenza simbolica, ed essi tutelati pure da specifiche disposizioni statuali (l’uso dell’abito ecclesiastico, una condotta personale conveniente, l’inammissibilità al servizio militare volontario²²), gravano sul chierico precetti che ne realizzano un progressivo distacco dal “mondo”, tanto come possibile fucina della corruzione dei costumi quanto come “ambiente” prescelto per lo svolgimento della propria funzione. Nella prima accezione potrebbe essere interpretato il divieto di dedicarsi all’amministrazione di beni di laici, come l’omologa prescrizione concernente le attività di rendiconto -il che produce nell’ordinamento laico-civile l’impossibilità di fornire fideiussioni su propri beni, firmare cambiali, svolgere attività affaristica e commerciale (attività questa che può esser, però, oggetto di specifica licenza dell’autorità ecclesiastica). Nella seconda, sia consentito di ricomprendere il divieto di assumere uffici pubblici, che pare interiorizzare nella costituzione

predicati dal Cardinale Arcivescovo Carlo Maria Martini alla diocesi di Milano (dal 13 al 17 ottobre 1997), Centro Ambrosiano, Milano, 1998.

²⁰ Questo approccio può esser riletto da numerosi punti di vista e applicato, ovviamente, in una pluralità di campi del “sapere” e del “normare”. Cfr. sul punto LEONARDO BOFF, trad. it. P. Crespi, *Spiritualità per un altro mondo possibile. Ospitalità-Convivenza-Convivialità*, Queriniana, Brescia, 2009.

²¹ Perplesità potevano giungere sin dalla promulgazione dei documenti conciliari; alcune di esse uscivano a maggior ragione rafforzate dalla regolamentazione giuridica del *Codex* e autorevoli ministri di culto tentarono di avanzare talune proposte alternative, non necessariamente antitetiche rispetto alle vigenti disposizioni canonistiche. Recentemente, in tema di maggiore valorizzazione del “diritto particolare”, cfr. mons. FELIPE ARIZMENDI ESQUIVEL, *Iglesia Autòctona*, in *Consejo Episcopal Latinoamericano*, 01/05/2002.

²² Questa previsione innegabilmente contrasta con un’interpretazione storico-sistematica del diritto della chiesa nei confronti della guerra e dei conflitti armati in genere. Un inquadramento della questione, in un’ottica che si riferisca alla peculiarità “gerarchico-posizionale” del ministro di culto senza perder di vista lo spessore più ampio dell’intera vicenda, specie nella corrente attualità internazionale, può esser rinvenuto in PIERLUIGI CONSORTI, *La rivincita della guerra? Le ragioni di Bush a confronto con quelle di Wojtyła*, Plus, Pisa, 2003. Suggestisce un approccio particolare, tra disarmo ed evangelizzazione, FULVIO DE GIORGI, *Mai più la guerra! La Chiesa della giustizia e della pace dopo l’11 settembre*, Studium, Roma, 2008. Senza enfatizzare il luttuoso spartiacque dell’attacco alle Torri, cfr. anche DANIELE MENOZZI, *Chiesa, pace e guerra nel Novecento. Verso una delegittimazione religiosa dei conflitti*, il Mulino, Bologna, 2008.

della Chiesa il principio di separazione, e l'astensione da attività sindacali e politiche, retaggio delle disposizioni primo-conciliari²³, peraltro, talvolta, disattese nella prassi, anche quando tale violazione non si sostanzi o non si sia sostanziata in un atto di iscrizione formale presso un partito²⁴. Tra le riserve che gli sono proprie, il diritto particolare può stabilire diversamente -alleggerendo la precettività di tali obblighi- in merito al diaconato permanente. In questo caso, più che a una fonte scritta di diritto particolare, può farsi comunemente riferimento a una qualche consuetudine particolare che determini una meno stretta equiparazione, nei termini di *ius quia iussum*, tra il diacono permanente ed il chierico²⁵.

Queste prime osservazioni consentono di rilevare come, alla crisi operativa

²³ Nonostante l'influenza del Concilio Vaticano I, la politica della Santa Sede progressivamente cambia volto, parallelamente -potrebbe osservarsi- alla perdita di aggressività della legislazione eversiva, la cui stagione crispina pare l'atto conclusivo. Nota bene Jemolo, "dopo il lunghissimo pontificato di Pio IX, troppo ipostatizzato sulla questione del potere temporale, troppo irrigidito sullo spunto delle deplorazioni, delle condanne, del rimpianto e della rivendicazione di quanto era andato perduto, quello di Leone XIII sembrò -più che in realtà non seguisse- battere vie nuove, far risuonare nuovi accenti: costituire un periodo di dinamismo che succedesse ad uno di stasi. Anche per questo la figura del pontefice colpì tanto la fantasia dei contemporanei. Nel campo opposto, la persona di Crispi fu essa pure incitamento a tentativi di raffigurazione artistica", riferendosi, nel seguito dello scritto, a possibili riferimenti all'uomo politico in opere di D'Annunzio, Pirandello e di Altri. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1963, 271-272. Una analisi della legislazione crispina può esser rinvenuta in ANTONINO MANTINEO, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, 2008, 81, ove si osserva come "in tre settori i governi della Sinistra lasciarono, comunque sia, una traccia di rilievo: con le norme cioè inserite nel codice penale Zanardelli sugli abusi dei ministri di culto: con la legge del 14 luglio 1887, n. 4727 sull'abolizione delle decime ed altre prestazioni fondiarie congeneri e con la legge del 17 luglio 1890, n. 6972, con la quale entrò in vigore la nuova disciplina sulle istituzioni pubbliche di beneficenza" (sottolineato mio).

²⁴ Nell'attualità politica e giuridica italiana questo argomento si manifesta assai più spesso proprio nel senso "latente" e, apparentemente, informale di cui si è parlato nel testo. Cfr., sul tema, BARTOLOMEO SORGE, *La Chiesa, i sacerdoti e la politica*, in *Agg. Soc.*, 2008, 325. Per un'applicazione di specie della problematica, che potrebbe richiamare il combinato disposto degli artt. 19 e 21 della Costituzione (libertà religiosa e libera manifestazione del pensiero [all'interno del gruppo religioso]), cfr. PIETRO LO IACONO, *Ulteriori considerazioni in tema di impegno politico, libertà di coscienza e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico (analizzando la documentazione relativa alle vicende di un parroco)*, in *Dir. fam. Pers.*, 2008, 1490 e ss.

²⁵ Militano contro una pedissequa e distratta assimilazione delle due figure e delle rispettive funzioni le stesse norme canoniche di riferimento. Cfr. al riguardo *Sacrum diaconatus ordinem* (18 giugno 1967), *Ad pascendum populum Dei* (15 agosto 1972), entrambi "motu proprio" di Papa PAOLO VI. Alcuni elementi utili, invece, a riproporre l'attualità del laicato nel diritto post-conciliare, anche come espressione più vasta dei due statuti del diaconato e del diaconato permanente, trovansi in ERMINIA CHIZZONITI, *Riflessioni giuridico-teologiche sulla disciplina ecclesiastica del laicato post Concilio Vaticano II*, in *Diritto e Religioni*, 01/2009, 139-206. Quanto a un bilancio attuativo e critico della stagione conciliare nel laicato, cfr. ANTONINO MANTINEO, ... *Ma i laici come stanno attuando il Concilio Vaticano II? Riflessioni a margine di un saggio di Fulvio De Giorgi*, in *Diritto e Religioni*, 02/2009, 389-398.

della nozione identificativa del “ministro di culto”, progressivamente sia andata corrispondendo una diversificazione peculiare delle persone giuridiche nella stessa tradizione giuridico-confessionale che la aveva inizialmente originata, producendo una ulteriore crisi concettuale del sintagma in esame: incompletezza definitoria nel diritto della Chiesa, inidoneità inclusiva nel diritto delle Chiese, ambiguità pratica e procedurale nel diritto dello Stato.

2. Non ricomponibilità di esperienze plurali e pretesa monotematizzazione delle scelte negoziate più recenti

Quando l'indagine si sposta sul terreno della normazione bilaterale, i profili problematici si moltiplicano. Le fonti negoziate dovrebbero presumibilmente essere le più attente alle istanze di tipo religioso: esse, nascendo dalla *contrattazione* tra la rappresentanza confessionale e l'autorità civile, potrebbero consentire di valorizzare le singolarità di ciascun culto, favorendo lo Stato nell'instaurazione di rapporti leali, non competitivi e non conflittuali, con minoranze significative e radicate della propria popolazione. Questa pretesa pluralistica è puntualmente secondata da disposizioni costituzionali che, pur nella non neutralità culturale dei concetti a cui si riferiscono, attribuiscono al fenomeno religiosamente orientato uno spazio di autonomia statutaria ampio e una previsione di “eguale libertà”, ben diversa dalla asserita eguaglianza formale dei modelli neutralisti, indifferentisti e rigidamente separatisti. L'art. 8 della Costituzione realizza un bilanciamento equilibrato tra le esigenze autonomistiche di natura confessionale e la centralità del potere legislativo nella produzione delle norme rivolte alla generalità dei consociati. L'accordo tra parti, sia pure non ordinate tra loro in modo realmente paritetico, anche ove si riconosca l'*originarietà* della personalità giuridica del gruppo religioso stipulante²⁶, non può che costituire il fondamento di un provvedimento, formalmente e materialmente, legislativo; ogni emendamento parlamentare che

²⁶ Con l'espressione utilizzata nel testo non si intende, evidentemente, *originarietà* in senso proprio, né formulazioni quale quella del primo comma dell'art. 7 della Costituzione (“[...] ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani”). Semmai si cerca di ricomprendervi quelle ipotesi di riconoscimento di personalità giuridica per via legislativa che lasciano, tuttavia, intendere come la sanzionata personalità giuridica operasse anche prima dell'entrata in vigore della legge di approvazione delle Intese e anche prima dell'entrata in vigore della stessa Carta Costituzionale. Cfr. in tema, art. 2, I comma, l. n. 449/1984; art. 14, I comma, l. n. 517/1988. In modo difforme, cioè relativamente ad ipotesi di *originarietà* in senso proprio, cfr. art. 18, I comma, l. n. 101/1989 (ove si definiscono le Comunità ebraiche, pur prima diversamente denominate “israelitiche”, “*istituzioni tradizionali dell'ebraismo in Italia*”, “*formazioni sociali originarie*”).

mutasse inequivocabilmente e innovativamente il contenuto del testo comporterebbe o l'intervenuta necessità di riaprire le trattative o la caducazione del progetto di accordo bilaterale²⁷. All'Operatore Giuridico non sfugge come queste condizioni favorevoli siano rimaste soprattutto ipotesi cartolari. La concreta esperienza giuridica, soprattutto a seguito della cospicua tornata di Intese concluse nel 2007²⁸, ha dimostrato che esse posseggono una struttura del tutto sovrapponibile (il che fa pensare più al principio di [mera] uguaglianza formale che non a quello di eguale libertà), incentrata su pochi "punti forti", sottolineati dalla pratica giuridica: finanziamento otto per mille, costituzione degli enti e possibili profili patrimoniali, norme matrimoniali e -ma in misura ancor meno diffusa- "ministri di culto" e tutela del fattore religioso nei rapporti di lavoro subordinato²⁹. Conferme a questo quadro d'insieme

²⁷ Il meccanismo descritto, che pure dovrebbe presumersi frequente in ipotesi di accordo tra soggetti che hanno diverso -ma speculare- interesse a far valere le proprie ragioni, è, in realtà, meno consueto. Basti pensare alle due Intese del 20 marzo 2000 (ancora una volta, stipulate con UBI e Congregazione cristiana dei testimoni di Geova) e, non bastasse, al non rilevante tasso di modifiche che le Intese del 2007 rappresentano rispetto alle loro dirette antecedenti. Cfr. SILVIA ANGELETTI, *La nuova Intesa con l'Unione Buddhista Italiana: una doppia conforme per il Sangha italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (<http://www.statoeChiese.it>), maggio 2008.

²⁸ "Alcuni cambiamenti intervenuti negli ultimi sette anni, dall'introduzione dell'euro alle novità nella disciplina del servizio militare, hanno reso necessario rivedere talune formule contenute nell'accordo con l'U. B. I. senza, peraltro, modificarne sensibilmente l'originaria struttura. Del resto, qualsiasi modifica sostanziale si sarebbe potuta avere solo all'esito di una nuova trattativa con i legali rappresentanti dell'U. B. I., mentre, in realtà, è stato richiesto a questi ultimi unicamente di sottoscrivere il nuovo testo aggiornato, senza reputare necessario istituire un precedente tavolo di consultazione", cfr. *ibidem*, 2.

²⁹ A forme di tutela più avanzate era giunta anche la giurisprudenza sorta a seguito dei decreti legislativi n. 286/1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) e n. 216/2003 (*Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*), i quali prevedevano un'azione civile in capo al prestatore di lavoro oggetto di discriminazioni. La procedura così individuata consentiva di realizzare una sintesi "sul campo" delle forme di tutela che più plasticamente si adattano alle esigenze della parte più debole del rapporto. Il procedimento, infatti, si svolge secondo le regole del rito camerale e può prevedere, oltre al risarcimento in forma specifica, la risarcibilità del danno anche non patrimoniale ingiustamente patito. La giurisprudenza di merito ha individuato la carica innovativa d'un tale strumento (Trib. Bologna 25 ottobre 2007), senza dimenticare che una forma di tutela, nella materia in esame, non può non riconnettersi alla salvaguardia di diritti fondamentali. La quantificazione della lesione non patrimoniale viene determinata in via equitativa, quale che sia la controparte del soggetto che ha subito la discriminazione (Trib. Milano ord. 30 marzo 2000). Più problematica resta la disciplina del riposo settimanale e la sua collocazione all'interno della settimana medesima. La legislazione negoziata ha sin qui offerto soluzioni non omogenee. Il riposo settimanale potrà svolgersi nel giorno di sabato per fedeli ebraici e seguaci avventisti (individuando per tale ultimo gruppo la decorrenza del riposo dal tramonto del venerdì al tramonto del sabato). Tuttavia, solo nel caso dell'Unione delle Comunità ebraiche italiane, si è provveduto a riconoscere una serie di festività religiose ebraiche di rilevanza civile; per di più, in entrambi i casi, il riconoscimento, volto a far coincidere il rispettivo giorno di riposo con la sua consacrazione alle prassi rituali confessionali, si svolge nel rispetto della *flessibilità dell'organizzazione del lavoro* (si considerino, in proposito,

possono giungere dalla analisi testuale dei punti delle varie Intese involventi tali aspetti, con l'ovvia avvertenza che lo studio si concentrerà soprattutto sulle disposizioni relative allo statuto giuridico dei *ministri*, per come di volta in volta osservabile alla luce del dato *lato sensu* normativo.

Nell'Intesa con la Chiesa Apostolica in Italia, pur venendo richiamate disposizioni relative a funzioni proprie dei ministri di culto (soprattutto in tema di assistenza spirituale), la disciplina generale risulta delineata sin dagli artt. 1 e 2. Laddove nel secondo comma del primo, la Chiesa si preoccupa prevalentemente di veder tutelate le proprie libertà e la libertà di nomina del ministro è correttamente inquadrabile nell'ambito delle libertà organizzative di ciascuna "chiesa", il secondo articolo contiene le linee fondamentali di quella che è la natura giuridica del "ministro di culto", comune alla maggior parte delle "confessioni" stipulanti. Cessazione e nomina dei ministri sono insindacabili prerogative del Consiglio Nazionale della Chiesa Apostolica in Italia³⁰. Il termine "insindacabilità" dovrebbe riassumere in sé la non censurabilità del provvedimento intraconfessionale in sede giurisdizionale³¹,

l'art. 7 della l. n. 516/1988 e l'art. 4 della l. n. 101/1989; disposizioni affini potranno, ad esempio, riguardare la festa religiosa induista del "Dipavali", ai sensi dell'art. 24 dell'Intesa). Ciononostante, funzionalizzare la possibilità di astenersi dalle prestazioni lavorative alla preventiva ricognizione delle esigenze previste (o imposte?) dalla flessibilità del lavoro sembra contraddire lo spirito stesso [della tutela] di festività religiose. Una riconsiderazione in positivo degli spazi del "libero mercato", ad onta di più risalenti tendenze antiggiuridiche ed antieconomiche, sembra coinvolgere, nonostante talune problematicità, anche i vertici della Chiesa cattolica. "Nel contesto di questo discorso è utile osservare che l'imprenditorialità ha e deve sempre più assumere un significato plurivalente. La perdurante prevalenza del binomio mercato-Stato ci ha abituati a pensare esclusivamente all'imprenditore privato di tipo capitalistico da un lato e al dirigente statale dall'altro. In realtà, l'imprenditorialità va intesa in modo articolato. Ciò risulta da una serie di motivazioni metaeconomiche. L'imprenditorialità, prima di avere un significato professionale, ne ha uno umano. Essa è iscritta in ogni lavoro, visto come "actus personae", per cui è bene che ad ogni lavoratore sia offerta la possibilità di dare il proprio apporto in modo che egli stesso "sappia di lavorare in proprio". Non a caso Paolo VI insegnava che "ogni lavoratore è un creatore". Proprio per rispondere alle esigenze e alla dignità di chi lavora, e ai bisogni della società, esistono vari tipi di imprese, ben oltre la sola distinzione tra "privato" e "pubblico". Ognuna richiede ed esprime una capacità imprenditoriale specifica. Al fine di realizzare un'economia che nel prossimo futuro sappia porsi al servizio del bene comune nazionale e mondiale, è opportuno tenere conto di questo significato esteso di imprenditorialità. Questa concezione più ampia favorisce lo scambio e la formazione reciproca tra le diverse tipologie di imprenditorialità, con travaso di competenze dal mondo non profit a quello profit e viceversa, da quello pubblico a quello proprio della società civile, da quello delle economie avanzate a quello dei Paesi in via di sviluppo", in BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, 65-66 (par. 41).

³⁰ In questo senso, il primo comma dell'art. 2 del testo d'Intesa. Il fatto che la "cessazione" sia definita "eventuale" spinge a ritenere che, ove si realizzasse il caso in esame, si sarebbe in presenza d'una revoca per violazione di norme statutarie.

³¹ Tuttavia, su alcune applicazioni di specie, apprezzabili per entrambi gli ordinamenti coinvolti, quello laico e quello confessionale, cfr. FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La tutela giurisdizionale negli ordinamenti delle formazioni sociali e delle confessioni religiose. Principi costituzionali e "giustizia*

amministrativa³² e legislativa³³. Una simile esclusività, per quanto spesso riprodotta nella legislazione di derivazione bilaterale, dovrebbe prestarsi ad alcune puntualizzazioni, necessarie non a circoscriverne l'ambito di applicabilità, bensì a suggerirne la corretta applicazione. Alla nomina di ministro di culto e allo svolgimento delle attività correlate sono strettamente connesse posizioni giuridiche facilmente riconducibili alla situazione del "diritto soggettivo"³⁴, in particolar modo – e non solo – in tema di remunerazione della persona fisica, per l'attività svolta nel contesto di un contratto di lavoro dipendente, e nel caso di limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero del singolo ministro di culto da parte dell'autorità ecclesiale gerarchicamente competente – quel che si dice per il Consiglio Nazionale della Chiesa Apostolica in Italia vale più generalmente per ogni altro organismo che svolga lo stesso ruolo rispetto ai "ministri di culto" inseriti in una determinata struttura religiosa. Quanto

interna", in (a cura di) SALVATORE BERLINGÒ, VINCENZO SCALISI, *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1994, 37. Particolarmente interessante, anche se ancora sulla particolare materia della "giustizia interna" applicata all'istituto matrimoniale, l'orientamento di Trib. Milano 5 ottobre 1991, ad avviso del quale il divorzio, ottenuto presso il tribunale rabbinico romano dallo straniero coniugato con una cittadina italiana, potesse essere ricostruito come "divorzio ottenuto all'Estero" (qui, ovviamente, si tratta di "ordinamenti stranieri": il limite interpretativo della pronuncia sta, più che nella innovatività della statuizione, nella ardua comparazione "ordinamento straniero"/"ordinamento confessionale", poggiando [anche] sulla differente provenienza dei due coniugi).

³² In questo caso, in realtà, possono essere evidenziate alcune ipotesi liminari, che riguardano, più che la sindacabilità del provvedimento intraconfessionale o la censurabilità della scansione del relativo procedimento, tecniche di difesa di determinati diritti. Cfr., sul punto, ANGELO LICASTRO, *Contributo allo studio della giustizia interna alle confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1995, 39-68.

³³ Questo tema sembra inevitabilmente più controverso. Si potrebbe, infatti, pensare al provvedimento "interno" adottato da un'associazione religiosa che, costituita in ente, inneggi all'odio razziale. Il provvedimento di scioglimento in forma di decreto ministeriale, adottato dall'autorità civile, caducherebbe gli effetti del provvedimento interno alla disciolta associazione? E in che termini, ammesso che quel provvedimento non fosse connotato dai requisiti che hanno portato allo scioglimento del gruppo e alla confisca dei beni? Su queste e altre problematiche, cfr. PAOLO CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, 169-172.

³⁴ Il "diritto soggettivo" nasce in modo sorprendente nella teoria generale del diritto. Il "diritto soggettivo", infatti, etimologicamente ed assiologicamente, per estrinsecarsi nel concreto della vita sociale, dovrebbe presupporre, almeno nella sua fase genetica, uno *status subjectionis* da parte del soggetto considerato (rispetto a un'autorità, formale, religiosa, costituzionale...). Da conto di questo tormentato passaggio MASSIMO LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo Bari, 2006, 138-161 (a proposito di Rudolf Smend); 104-129 (a proposito di Hermann Heller). Si veda anche, dello stesso A., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996. Quale che sia la prospettiva adottata, non può non notarsi come il ragionamento "paradossale" sembri particolarmente interessante proprio per lo studio delle prerogative dei ministri di culto: essi si trovano in una posizione spesso avvantaggiata nel diritto dello Stato, il cui presupposto è una posizione gerarchica intermedia nel diritto confessionale (diversità funzionale dalla posizione del fedele, subordinazione gerarchica a una persona – fisica o giuridica – sovraordinata rispetto al singolo ministro).

alla insindacabilità per via legislativa del provvedimento, dovrebbe ribadirsi che essa sembra ammissibile in regime di bilateralità e attuale vigenza degli artt. 7 e 8 della Costituzione. Qualora si accettasse la tesi della loro rivedibilità, tesi controversa e non all'ordine del giorno della politica ecclesiastica in Italia³⁵, il provvedimento (o una classe di provvedimenti intraconfessionali identicamente censurabili) potrebbe ben essere revocato da un atto normativo di natura legislativa o persino regolamentare. Tuttavia, ipotesi del genere non sembrano le più opportune per garantire il difficile bilanciamento tra libertà della *confessione*, prerogative dello Stato e libertà del *ministro di culto*.

Il comma II del richiamato art. 2, pur non segnalandosi per chiarezza espositiva, né per la specificità delle previsioni, sembra richiamare le disposizioni di diritto processuale che riguardano i ministri di culto, per informazioni “*di cui siano venuti a conoscenza per motivo del loro ministero*”³⁶. Le lettere a) e b) del successivo terzo comma attribuiscono al ministro di culto la facoltà di ottenere l'esonero dal servizio militare o l'assegnazione al servizio civile, *nel caso di ripristino del servizio obbligatorio di leva*. La disposizione richiama da vicino quelle, sovrapponibili, emerse in altre Intese, con l'eccezione, su cui *infra*, di induisti e buddhisti. *Ex parte ecclesiae*, si prende atto del mutamento della disciplina statutale sulla leva, ma -data anche la facile e frequente riformabilità della legislazione ordinaria in un ambito così lungamente

³⁵ Di contrario avviso, cfr., tra gli altri, LUCIANO MUSSELLI, VALERIO TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Laterza, Roma-Bari, 2005; in prospettiva comparata, circa le diverse scelte effettuate da altri legislatori costituenti in Europa, v. anche GIANFRANCO MACRI, MARCO PARISI, VALERIO TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

³⁶ Norme siffatte troverebbero il loro fondamento (e forse anche ragione di una loro presumibile tautologia) nell'art. 200 del c. p. p., giacché “*non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero*” i “*ministri di confessioni religiose i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano*”. Ma, al di là dell'apparente chiarezza della disposizione codicistica, i profili controversi sono numerosi. Innanzitutto, resta operazione interpretativa, rispondente a criteri di politica religiosa, l'individuazione del non contrasto con l'ordinamento giuridico italiano, specie per quanto riguarda confessioni religiose che non abbiano stipulato alcuna Intesa e che non abbiano trovato riconoscimento giuridico formale (usualmente riscontrabile nella forma del decreto presidenziale). Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso italiano*, in *Diritto e Religioni*, 01/2009, 413-429, specialmente considerando come “*l'implementazione delle Intese fatta così è predisposta alla previsione di trattamenti giuridici differenziati con la collocazione delle new entry nella tradizionale architettura delle relazioni ecclesiastiche*. Più che uno strumento per rimarcarne le identità, l'accesso all'Intesa è una prova di affidabilità da superarsi da parte delle Chiese. Oltre la quale si accede ai ticket della sub-negoziazione con lo Stato su singole materie, per misure di favore fiscale o l'accesso a risorse economico-finanziarie di natura pubblica”, *ibidem*, 428-429. Ma si pensi anche alla operazione immediatamente successiva all'individuazione di affidabilità dello statuto confessionale: la determinazione della strumentalità degli elementi penetrati nella sfera conoscitiva del ministro di culto rispetto allo svolgimento del proprio ministero. Cfr., ancora, GERALDINA BONI, *Giurisdizione matrimoniale ecclesiastica e poteri autoritativi della magistratura italiana*, cit.

controverso³⁷- si prefigura la possibilità per il ministro di culto di non dover incorrere nell'eventuale, rinnovato, inasprimento della normativa generale. La genuinità del fine perseguito e la, tuttavia, visibile imperizia tecnica sono segnalate dalla possibilità dell'opzione (servizio civile o esonero) in luogo di una statuizione diretta (il servizio civile; l'esonero; la chiamata obbligatoria). Diversamente, la lettera *b*), più nettamente, prevede la dispensa dalla chiamata per i ministri di culto "con cura di anime"³⁸, riprendendo l'omologa *sub*-categoria maturata nella disciplina ecclesiasticistica, in riferimento ai ministri del culto cattolico-romano. Il quarto comma impone alla Chiesa Apostolica in Italia il rilascio di apposita certificazione attestante la qualifica soggettiva del ministro di culto: date la non sindacabilità delle nomine e la autonomia sul punto da parte del Consiglio Nazionale, tali garanzie sembrano estendersi anche all'espletamento di questo compito, coi limiti e le osservazioni precedentemente proposti. Tuttavia l'elenco dei ministri di culto deve esser tenuto dalla Chiesa, qualora questo dovesse venir *trasmesso alle competenti amministrazioni* in attuazione degli artt. 3, 5, 6 e 12 dell'Intesa. La veridicità delle attestazioni e la corretta compilazione degli elenchi sovrintendono, infatti, alla efficace attuazione della normativa favorevole al ministro di culto³⁹. Fintantoché non si sarà affermata una legislazione generale di libertà religiosa, il positivo riscontro di questa qualifica in capo ad un determinato soggetto costituisce l'unica possibile strada per evitare abusi, speculazioni e falsificazioni. Una serrata analisi delle proposte di riforma e/o abolizione

³⁷ In Italia non esiste una disciplina generale dell'obiezione di coscienza; data la delicatezza del tema, si è preferito adottare un criterio casistico-prudenziale, rivolto all'individuazione delle circostanze in cui, volta per volta, ambito per ambito, si ammetta o non si ammetta l'obiezione. Ciò ha determinato, d'altra parte, un più difficile coordinamento delle disposizioni di legge -basti pensare al problematico raccordo degli elementi normativi a partire dalla l. n. 772/1972 (*Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza*) sino alla recente l. n. 130/2007 (*Riforma dell'obiezione di coscienza*). Le lacune normative e la progressiva residualità dell'obiezione in tema di servizio militare non impediscono di ritenere proprio questo settore il più mutevole (e storicamente drammatico) nella vita civile italiana. Cfr. RODOLFO VENDITTI, *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, Milano, 1999. Per un'analisi sui profili medico-scientifici e professionali, anch'essa antecedente alla tornata *reformistica* dei primi anni Duemila, cfr. MARIA LUISA DI PIETRO, MADDALENA PENNACCHINI, MARINA CASINI, *Evoluzione storica dell'istituto dell'obiezione di coscienza in Italia*, in *Medicina e morale*, n. 51/2001, 1093.

³⁸ Cfr., diffusamente, n. 49; con l'avvertenza che il restringimento, nella concreta applicabilità della bipartizione in esame, non opera soltanto per la Chiesa cattolica, ma per tutte quelle confessioni stipulanti che accettano e praticano una simile dualità funzionale, al momento "positivizzata" soltanto per le Chiese avventiste del VII giorno.

³⁹ Sebbene antecedenti alla corrente prospettazione dello strumento giuridico, probabilmente non valorizzata adeguatamente nella negoziazione bilaterale giunta a maturazione nel 2007, risultano interessanti e, in gran parte, significativamente attuali le riflessioni di ANTONIO G. CHIZZONITI, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 2000.

della Legge sui Culti Ammessi, per altro verso, spinge a credere che un simile obbligo di corretta registrazione dei propri ministri dovrebbe comunque continuare a gravare sulle organizzazioni religiose⁴⁰, stavolta col diverso fine di proteggere la persona da illeciti proselitismi e forme di settarismo finalizzate alla commissione di reati (“sapere chi rappresenta che cosa”; “conoscere per decidere”; “conoscere per deliberare”)⁴¹.

Profili di tipicità della Chiesa Apostolica in Italia si evidenziano in merito agli artt. 20 e 21 dell'Intesa. L'art. 20, al primo comma, tratteggia una disciplina favoristica in materia di raccolta delle offerte nei luoghi di culto e nelle loro pertinenze -anch'essa usuale nel diritto ecclesiastico italiano!-. Nel secondo, invece, riconosce agli incaricati della Chiesa (comunque denominati: cioè, non necessariamente ministri) la libertà di distribuire gratuitamente Bibbie e altro materiale di carattere religioso, senza specifica autorizzazione e senza *il pagamento di alcun tributo locale*. Si ripropone nell'art. 21 il medesimo meccanismo: disposizione bilaterale [concepita anche] in deroga a disposizioni regolamentari di ente esponenziale. Nel primo caso operava per esentare gli incaricati da tributi e sottrarli dai regimi autorizzatori, in ogni caso *more solito* sufficientemente elastici, normalmente propri dell'attività in luogo pubblico nei vari comuni italiani; nel secondo, consente ai “colportori” della Chiesa, in possesso dei requisiti di legge, di iscriversi agli elenchi comunali dei venditori ambulanti, pure quando in sovrannumero rispetto ai limiti fissati dal Comune. Al di là della peculiarità della norma, due riflessioni si impongono. Innanzitutto, non v'è traccia di una nozione giuridica di “colportore” nell'or-

⁴⁰ Si faccia caso, a margine di C. Cass. n. 1239/1997, che: “*la Corte Costituzionale, nel riaffermare il principio per cui non può essere sufficiente (nel caso concreto a fini tributari) la qualificazione che un'associazione dia di sé (c.d. autoqualificazione) come confessione di carattere religioso, forniva alcuni indici, asseritamente non esaustivi, utili al fine di un oggettivo riconoscimento delle realtà confessionali. In mancanza di un'Intesa con lo Stato, ai sensi dell'art. 8 Cost., i criteri di riferimento devono essere anzitutto i precedenti riconoscimenti pubblici, in secondo luogo l'esistenza di uno statuto che esprima con chiarezza i caratteri dell'associazione e, infine, la comune considerazione*”, tuttavia ciò non impedendo che la qualifica *alunde* conseguita determini responsabilità penale, personale, del ministro di culto che abbia commesso un illecito, a prescindere dalle corrette o mendaci identificazione ed indicazione dello stesso nei registri tenuti dal gruppo religioso. Cfr. MASSIMO JASONNI, MARIA VITTORIA GALIZIA, *La legittimazione giudiziaria di una confessione religiosa. Il caso Scientology alla luce dei più recenti indirizzi della Corte di Cassazione*, in *Diritto & Diritti*, Rivista Telematica, (<http://www.diritto.it>), segnatamente, non datato, <http://www.diritto.it/materiali/penale/jasonni.html>. D'altra parte, “*eventuali condotte illecite, pertanto, non sarebbero state altro che comportamenti devianti dei singoli, al di fuori di qualsiasi direttiva generale dell'associazione*”, ivi compresa, è da credere, la certificazione della qualifica intranea rivestita. Cfr. *ibidem*.

⁴¹ I presupposti dell'informazione e della trasparenza, anche in tema di libertà religiosa, sono particolarmente cari al gruppo suffragista del cattolicesimo francese. Si potrebbero citare quegli intellettuali legatisi intorno al periodico *l'Avenir*, poi condannato dall'enciclica *Mirari Vos* di Gregorio XVI, e comprendente personalità quali Félicité de Lamennais, Henri Lacordaire e Philippe Gerbet.

dinamento italiano ed essa andrà reperita a norma delle disposizioni *lato sensu* statutarie confessionali, nel consueto gioco di rimandi ammesso dall'art. 8 della Costituzione. Non solo: è lo stesso diritto bilaterale che non definisce questa peculiare figura. Questo fenomeno è meno consueto, giacché dovrebbe essere interesse dei contraenti specificare in modo apprezzabile qualifiche e denominazioni di “comune accordo”. In più: lo Stato sembra collocarsi in un'ottica di “analisi economica” degli effetti dell'Intesa eventualmente approvata con legge⁴². Nell'art. 20 (attività gratuita) non si cura di inserire alcun significativo limite e la sua politica legislativa sembra addirittura munirsi di un carattere indifferentista.

Nel caso dell'art. 21, all'indiscutibile agevolazione *pro confessione et eius sodalibus*, si affianca però la pretesa di possesso dei requisiti di legge, comunque idonea – ritorno del *favor religionis* – ad ammetter deroghe nella complessa materia dei limiti comunali⁴³.

3. (segue)... *Il raccordo tra organizzazioni religiose estere e Chiese in Italia. Il caso della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni*

In riferimento alla Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, alcune delle critiche alla possibile disciplina bilaterale, emergente dal testo dell'Intesa, possono esser traslate dalla breve analisi svolta in merito alla Chiesa Apostolica in Italia: posizione del “ministro” nei confronti della Chiesa di riferimento; non felice armonizzazione degli aspetti di favore pur previsti con le normative, le consuetudini e le prassi concretamente osservabili nei territori,

⁴² In realtà, almeno alcuni degli ambiti più battuti dalla disciplina ecclesiasticistica sembrerebbero potersi prestare ai criteri valutativi dell'analisi economica del diritto, sia pure per contrastarne le interpretazioni più evidentemente mercatistiche. Conforta su entrambi questi rilievi, (a cura di) ALESSANDRO ALBISETTI, GIUSEPPE CASUSCELLI e NATASCIA MARCHEI, EDOARDO DIENI, *Diritto & Religione vs. “Nuovi” Paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, Giuffrè, Milano, 2008, 16-19. I limiti dell'approccio economicistico si delineano più chiaramente nell'osservazione dei presupposti scelti per l'esercizio della libertà religiosa (alternativamente: stato di natura, costituzione, efficienza, neutralità). Cfr. *ibidem*, 21-23.

⁴³ Non è casuale che il tema della vendita ambulante e la relativa disciplina giuridica siano state tra le prime materie oggetto di specifici “conferimenti” nei confronti della legislazione regionale, anche prima della riforma del 2001 (cfr. d. lgs. n. 114/1998). Tuttavia, la distribuzione e la vendita di opuscoli a carattere religioso possono soddisfacentemente integrare i presupposti della legislazione generale, specie per quanto riguarda l'individuazione “spaziale” delle attività di vendita, in ordine alle licenze di tipo “B” (rilasciate, appunto, dal comune di residenza), che consentono il commercio itinerante su tutto il territorio nazionale [la funzione di proselitismo propria del colportore non incontra, in effetti, limiti di natura geografica], in fiere [fiere librerie, fiere artigiane, ecc.], in mercati, per posteggi provvisoriamente vacanti.

dove è più significativa e radicata la minoranza confessionale⁴⁴...

Oltre a questi rilievi, però, vanno sottolineate talune peculiarità che riguardano la Chiesa in esame e che insistono sul lato definitorio ed identificativo della qualifica di “ministro di culto”. Il riferimento è agli artt. 3 e 4 dell’Intesa, che si segnala per una certa ridondanza nel reiterare la garanzia di non porre limiti alla collaborazione tra Chiesa in Italia e sede centrale statunitense, ma anche per disposizioni di più largo e meritorio respiro, come la previsione dell’art. 6. Tale articolo, nel ribadire un’accezione ampia di “libertà religiosa”, forse più vasta e, comunque sia, meno definita di quella ricavabile dall’art. 19 della Costituzione italiana, si candida a rappresentare una “norma cornice” in almeno due sensi:

-nella prospettiva di una bilateralità avanzata, e collaudata, alla stregua della previsione degli artt. 26, 27 e 28, simili alle analoghe prescrizioni di cui sono fornite le altre Intese, essa costituirà il riferimento necessario per la adozione di provvedimenti, sia intraconfessionali sia statuali, in materia;

-nella stessa struttura dell’Intesa, essa si premura di anticipare quali saranno i motivi ispiratori della disciplina assistenziale *ex* artt. 7, 8, 9 e 10 (anch’essi assimilabili alle prescrizioni analoghe verificabili per altre Intese e tuttavia anch’essi connotati da una certa enfasi linguistica di cui testi d’Intesa più anodini non sono muniti).

Gli artt. 3 e 4 dell’Intesa hanno, inoltre, il merito di fornire dei ragguagli sulle strutture organizzative della “Chiesa”, facendone apprezzare all’Interprete gli aspetti più singolari: anche questo è un dato che è più difficile rinvenire in altri testi di Intesa, tanto quelli già approvati con legge quanto quelli non ancora al vaglio delle Camere e probabilmente destinati ad ulteriori modifiche.

Ministri di culto della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni sono: i Presidenti di palo e i Presidenti di distretto; i Vescovi e i Presidenti di ramo, in questo assetto organizzativo responsabili di congregazioni assai più ridotte; i Presidenti del tempio; i Presidenti di missione, responsabili del lavoro svolto dai “missionari” in Italia. Il termine, nel linguaggio comune, potrebbe indurre sovrapposizioni con la nozione canonistica di “missione”⁴⁵,

⁴⁴ Nessuna attività di una confessione religiosa è concepibile a prescindere dalle condizioni concrete in cui l’attività viene effettivamente svolta. Ciò influisce ineluttabilmente anche su confessioni quantitativamente molto più diffuse e sulle modalità relazionali e comunicative del loro operato. Cfr. GERALDINA BONI, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (<http://www.statoechiese.it>), settembre 2009, 78-106 (sulla più avvertita questione di modelli matrimoniali teologico-culturali).

⁴⁵ La più avvertita dottrina canonistica è, però, da decenni impegnata nell’elaborazione di un

ma in realtà, nel caso di questa Chiesa, tale espressione esplicita la propria valenza soprattutto nel caso del proselitismo, più che nel lavoro volontario o nelle attività *stricto sensu* pastorali o di “dialogo ecumenico”. L’evangelizzazione, appunto, è *senza limiti territoriali*. Più stringata e solenne sembra anche la previsione del terzo comma, che non richiama neanche *de relato* le disposizioni del codice della procedura sui ministri di culto, ma ne interiorizza il fine ultimo: il mantenimento del segreto *su quanto conosciuto per ragione del proprio ministero*. Sebbene l’attività dei Presidenti di missione non sia sostanzialmente riconducibile al volontariato⁴⁶, e probabilmente non nei termini del requisito teleologico dell’utilità sociale⁴⁷, i missionari, a norma dell’art. 4, restano sottoposti alle disposizioni vigenti in materia di volontariato e le certificazioni rilasciate dalla “Chiesa” sono rilevanti, ai fini dell’applicazione nello Stato della disciplina vigente in tema di immigrazione e condizione dello straniero, sembrando possibile un certo *favor* nei confronti del missionario nell’ottenimento del permesso di soggiorno⁴⁸. Questo, nelle disposizioni in esame, pare connotarsi, e *latere ecclesiae*, come il semplice presupposto giuridico-formale della regolare presenza dell’operatore missionario in Italia;

concetto positivo di “missione”, che ne riassume la spiccata valenza cooperativa anche nelle società secolari. Cfr. JOSÉ COMBLIN, *Attualidade da teologia da missão*, in REB, 33/1973, 582 e ss.

⁴⁶ La reciproca interferenza funzionale (e la convergenza di aspetti pluridisciplinari nei due tipi di associazionismo) tra enti ecclesiastici ed enti non profit trova una prima esplicitazione in ANTONINO MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2001, 3-23; 36-48. Giustamente l’A. pone in forma dubitativa la possibile instaurazione di una disciplina omogenea e pienamente onnicomprensiva tra le due figure associative. Cfr. *ibidem*, 48 e ss. Per un inquadramento relativo alle soluzioni formali più vantaggiose, ai fini dell’ottenimento delle relative agevolazioni, cfr. PIERLUIGI RONZANI, *Il regime tributario degli enti ecclesiastici*, Cedam, Padova, 2000, 213-224. Sembra che alcune tematiche affini venissero prospettate già in STEFANO MARCHESE, *In tema di commercialità degli enti non societari e di riduzione dell’Irpeg alla metà*, in *Dir. e prat. trib.*, II, 1992, 520-554. Per un’analisi comparata delle norme invocate dei due ultimi saggi ricordati, v. ancora ANTONINO MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit*, cit., 93-205.

⁴⁷ Sulla, comune e oggettiva, apprezzabilità di tale requisito si veda ANTONINO MANTINEO, *op. ult. cit.*, 41-48.

⁴⁸ Il “volontariato”, secondo dottrina maggioritaria, è connotato da un’eccedenza valoriale della prestazione rispetto all’apprezzamento economico-materiale della stessa, che ne giustifica forme di protezione più avanzate. Pur riconoscendo che si tratta di uno dei possibili strumenti giuridici per attuare determinati fini, perciò non l’esclusiva forma negoziale cui riferirsi per lo svolgimento di attività caratterizzate in senso solidaristico, esso trova un significativo apprezzamento, anche per la realizzazione di scopi che tradizionalmente apparterrebbero alla sfera pubblica e, più concretamente, alle Pubbliche Amministrazioni. Per la configurabilità e il raggiungimento di obiettivi siffatti anche nel campo dell’autonomia dei privati, cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *Legislazione del terzo settore. Le norme sul nonprofit, il volontariato, la cooperazione sociale ed internazionale*, Plus, Pisa, 2005; ANTONIO FUCCELLO, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, Torino, 2008. Profili di rilevante interesse vengono segnalati in VALERIO DONATO, *Contributi di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2004, 91-122.

dal punto di vista sostanziale, però, il tempo della permanenza resta avvinto nelle esigenze e nella tempistica della missione. In caso di variazioni, esse dovranno essere tempestivamente comunicate dall'autorità religiosa.

Si noti, in ultima analisi, che questa specifica Intesa non sembra aderire in modo del tutto coerente alla bipartizione "ministri di culto"/"ministri di culto con cura di anime"⁴⁹, dal momento che, in forza del combinato disposto degli ultimi commi di ciascuno dei due articoli richiamati, la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni rilascia, sì, certificazioni differenziate, ma tra "ministri di culto" (ancora: Presidenti di palo, Presidenti di distretto, Vescovi, Presidenti di ramo, Presidenti del tempo, Presidenti di missione) e "missionari" e "Presidenti di missione". Soltanto questa ultima categoria di persone fisiche sembra integrare entrambe le fattispecie e, proprio per tale ragione, rileva particolarmente nel testo dell'Intesa, specie in riferimento alla disciplina dei permessi di soggiorno, come prima accennato.

⁴⁹ In merito alle soglie di diversa rilevanza giuridica delle qualifiche, "in conseguenza, per il diritto italiano, sono chierici i diaconi, perché è con il diaconato che si entra nello stato clericale (can. 266 c. j. c.); ma sono "ecclesiastici" i presbiteri e i vescovi (can. 1009 c. j. c.) ossia solo gli appartenenti a questi due ulteriori ordini. Invece, non sono rilevanti i gradi che precedono il diaconato, ossia il lettorato e l'accollitato (can. 1035 c. j. c.), perché anche nel diritto canonico tali qualifiche non importano l'appartenenza allo stato clericale; tuttavia ha rilevanza l'essere studente di teologia o degli ultimi due anni di propedeutica alla teologia ovvero l'essere novizio di un'associazione religiosa (art. 4. 3)", per come osservato in FRANCESCO FINOCCHIARO, (aggiornamento a cura di) ANDREA BETTETINI e GAETANO LO CASTRO, *Diritto Ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2007, 277. Quanto, poi, all'ulteriore distinguo, "l'espressione "ministro di culto con giurisdizione o cura d'anime" designa una parte dei sacerdoti della Chiesa cattolica. Nel nostro ordinamento, infatti, il riconoscimento della "giurisdizione in materia ecclesiastica" è effettuato in riferimento alla Chiesa cattolica (art. 2. 1 Accordo 18 febbraio 1984: l. n. 121 del 1985), nella quale la potestà ordinaria di giurisdizione appartiene ai vescovi diocesani e agli altri titolari di uffici previsti nel can. 134 [...] sotto la cui autorità i parroci esercitano la cura pastorale, ossia la cura d'anime (can. 515 e 519 c. j. c.). Analoga cura esercitano i vicari parroccchiali (can. 548 c. j. c.), i vicari foranei (can. 553 e segg. c. j. c.); curati sono anche da considerare i rettori di chiese (can. 556 e segg. c. j. c.) e i cappellani (can. 564 c. j. c.). Perciò, quando le leggi statuali menzionano i ministri di culto "con giurisdizione o cura d'anime", fanno riferimento, come chiarisce il n. 2 lett. a del Protocollo addizionale dell'Accordo ult. cit., ai vescovi, ai parroci e agli altri ministri della Chiesa cattolica, sopra menzionati, e non agli altri appartenenti al clero cattolico non rivestiti da quelle qualifiche o ai ministri di altri culti, salvo che si tratti dei ministri delle Chiese avventiste, per i quali, quando abbiano "cura d'anime", è prevista una specifica esenzione", (sottolineato mio) *ibidem*, 279. Lo spunto, in Finocchiaro, per cui i ministri delle Chiese avventiste possano esser ritenuti una eccezionale applicazione del sintagma "ministri di culto con cura d'anime", altrimenti riferito a particolari posizioni del clero cattolico, ha una sua evidente veridicità nel tessuto della legislazione positiva; l'espressione ritorna, infatti, negli accordi del 2007, ma non essendo questi divenuti "leges", dal punto di vista della normazione statale, la bipartizione "ministri di culto"/"ministri di culto con cura d'anime" si palesa, oltre il crinale del credo cattolico-romano, solo al dato della legge di approvazione dell'Intesa con le Chiese avventiste.

4. (segue)... Ministerialità e congregazionismo “cristiano”. I Testimoni di Geova

Quanto, poi, al caso della Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, le tematiche che meriterebbero di esser portate alla luce eccedono il discorso, in sé già problematico, relativo ai ministri di culto. Questa Congregazione, infatti, ha subito nell’ultimo secolo un diffuso ostracismo da parte di altri raggruppamenti di ispirazione cristiana: non tutti le conferiscono l’aggettivo, mai così *qualificativo*, di (congregazione) “cristiana”⁵⁰. Tuttavia, essa si definisce tale e la disputa teologica, finché le controversie teoretiche non influenzano almeno *prima facie* il contenuto normativo sul quale l’Operatore si misura, pare restare indifferente alle modifiche giuridiche⁵¹. In più, dal momento che lo statuto confessionale viene redatto in modo tendenzialmente libero, e con limiti sostanziali e procedurali più significativi della mera indicazione del *nomen*, la Parte statutale eventualmente stipulante non può che ritenere

⁵⁰ Il movimento, comunque sia, non si presta a letture univoche, che vedano apprezzabili punti d’incontro tra gli studiosi. Per restare a bibliografia essenziale sulla “Congregazione”, si vedano le note, aspramente, critiche svolte in FRANZ V. RAYMOND, *Crisi di coscienza - Fedeltà a Dio o alla propria religione*, EDB, Roma-Bologna, 2005, ove si registra, però, una nozione di “religione” evidentemente plasmata su aspetti organizzativo-ecclesiali, pure non ignoti allo stesso gruppo dei testimoni di Geova. D’altra parte, una propensione scismatico-congregazionalista sembra caratterizzare anche la componente italiana del movimento, ove si faccia caso alla circostanza per cui svolgono, pur limitate, attività di proselitismo e predicazione sul territorio nazionale la Chiesa Cristiana Millenarista e la Chiesa del Regno di Dio, provenienti – appunto – dal filone congregazionalista dei testimoni di Geova. In particolar modo, la prima organizzazione sembra adottare una professione di fede più rigida di quella della pristina “chiesa madre”; la seconda, al contrario, ne critica gli eccessi rigoristici. Per un raffronto si vedano i periodici di riferimento dei due gruppi; nel primo caso, *La Nuova Creazione* e, nel secondo, *Il Monitore del Regno della Giustizia*. Per una visione d’insieme di talune esperienze eterodosse internazionali, un ineliminabile riferimento in materia è costituito da JERRY BERGMAN, *Jehovah’s Witnesses and Kindred Groups: A Historical Compendium and Bibliography*, Garland, London-New York, 1984.

⁵¹ Più delicata è la questione, se si prendono in esame le “nuove tendenze religiose”. Per quanto riguarda Scientology, ad esempio, la Cassazione Penale sembra avere avanzato una sua configurabilità (para)confessionale: sostanzialmente religiosa, anche se non formalmente riconosciuta (quale) confessione religiosa. Cfr. Cass. Pen., sez. III, 2081/2000; C. Cass., sez. trib., 12871/2001. Quanto alla prima pronuncia si osservi che “[...] Visti gli artt. 523 e 544 c.p.p. 1930, decidendo in sede di giudizio di rinvio riguardante il capo della sentenza Tribunale di Milano 27/26-7 1991 relativo all’associazione a delinquere contestata al capo 42, conferma la suddetta sentenza nei confronti degli imputati sopra indicati”. Cfr. http://www.cesnur.org/2001/scient_01.htm et ENRICO MANZONI, ADRIANO MODOLO, a cura di, *Rassegna della Cassazione Tributaria (III Quadrimestre 2001)*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 02, 2002, 183-199, risultando confermate talune ipotesi delittuose e venendo meno, invece, la configurazione generale dell’associazione a delinquere ex art. 416 c. p.; per un indirizzo simile, ma forse più rigido quanto ai profili punitivi, cfr. Tribunal de Grande Instance de Paris, chambre XIIème, 27/10/2009, n. 9835623114, in *Diritto e Religioni*, 02/2009, 653.

quale sua controparte la “Congregazione cristiana dei testimoni di Geova”⁵². Questa organizzazione, inoltre, è stata, spesso, chiamata in causa, nel recente dibattito dottrinario e giurisprudenziale, come possibile paradigma di gruppo notoriamente di connotazione religiosa⁵³, ben al di là della qualificazione che trarrebbe da un provvedimento governativo, da un procedimento amministrativo o dall'espressa indicazione di una disposizione legislativa. Il tema ha, comunque sia, risvolti ancor più controversi in Italia, dal momento che la Congregazione adotta una serie di scelte comportamentali che hanno destato stupore, interesse e qualche diffidenza, specie in materia di obblighi alimentari e trattamenti sanitari (segnatamente le emotrasfusioni⁵⁴). Si ricordi ancora

⁵² Contiene argomenti di assoluto interesse TAR Puglia, sez. II, 14 aprile 2008, n. 2290, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 03/2008, 760, in base alla quale la consistenza numerica dei seguaci di una confessione non costituisce criterio idoneo a discriminare i trattamenti concreti delle confessioni religiose. La pronuncia ha accolto il ricorso proposto dalla Congregazione, che non aveva ottenuto i finanziamenti pur dovuti in base alla legislazione regionale, ai fini della costruzione di una Sala del Regno. Nel corredo motivazionale della decisione del giudice amministrativo pugliese si scorgono riferimenti a C. Cost. n. 195/1993, diffusamente commentata in dottrina. Cfr., anche per ulteriori spunti bibliografici, VALERIO TOZZI, *Osservazioni a Corte Costituzionale 19-27 aprile 1993, n. 195*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 03/1993, 691. A conclusioni ugualmente animate dalla superiore esigenza della tutela pluralistica delle diverse confessioni religiose giunge ANTONINO MANTINEO, *La legislazione sull'edilizia di culto alla prova della giurisprudenza (nella Regione Calabria e altrove)*, nei medesimi *Quaderni*, 03/2005, 675-705.

⁵³ Argomenta sul punto, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 31 ottobre 2008, I, n. 40825/98, in merito al riconoscimento di personalità giuridica della Congregazione, in *Diritto e Religioni*, 01/2009, 719; per il debito corredo bibliografico, *ibidem*-720.

⁵⁴ Più che il principio tuziorista dell' “*in dubio pro vita*” (*extrema ratio* nell'individuazione della necessità del trattamento), al rango di regola fondamentale nella disciplina della materia, dovrebbe assicurare la libertà del consenso (o del dissenso) informato del paziente interessato, rilevante, oltre che sotto il profilo negoziale che riguarda la manifestazione libera, revocabile e consapevole, della propria posizione rispetto alle cure, anche ai fini dell'utile messa in atto dell'opera del medico. Cfr. TAR Lombardia, n. 214/2009 -sull'indifferenza del *locus*, pubblico o privato, *praestationis*; Cass., sez. III, n. 7027/2001, dalla quale, però, si ricava una nozione esclusivamente prudenziale del consenso informato (fondato sulla ponderazione degli elementi informativi, per quanto resi in forma analitica, relativi all'intervento medico, ai rischi connessi, agli effetti giovevoli conseguibili). Sugli effetti prodotti dal consenso, v. anche Cass., sez. III, n. 5444/2006. Ulteriori aspetti problematici riguardano segnatamente il caso della Congregazione, la cui interpretazione dei passi evangelici relativi al divieto categorico di cibarsi di sangue è accolta come “lecita” nella prassi giurisprudenziale. Accanto a questo riconoscimento indiretto della possibilità di rifiuto delle trasfusioni, l'ordinamento giuridico prevede due eccezioni che possono esser giustificate da un'analisi sistematica delle norme in materia: in un primo caso (stato di necessità *ex art. 54 c. p.*), la peculiare *vis* drammatica dello stato di necessità esclude ipotesi di responsabilità medica per pratiche contro la volontà del paziente; successivamente, la giurisprudenza, allargando i confini già tracciabili in senso estensivo a partire dall'art. 54, ha valutato che l'indefettibile urgenza possa subentrare in un momento successivo rispetto all'iniziale prospettazione del quadro clinico. Si richiede che la sopravvenienza non fosse prevedibile in sede di “prime cure”. Cfr., in argomento, Cass. sez. III, n. 4211/2007. Opera una efficace sintesi delle diverse situazioni giuridiche coinvolte, GIUSEPPE PLACANICA, *Nota a Conseil d'Etat, Section du contieux, 26 ottobre 2001, n. 198546*, (già) in *Quad. dir. e pol. eccl.* 03/2002, in *Panorami*,

che la Congregazione ha un atteggiamento prudente, per non dire ostile, nei confronti delle consultazioni elettorali e della partecipazione politica. *Quid iuris*, in caso di riconoscimento di una legittima astensione dal voto per motivazioni religiose? Sarebbe configurabile, in termini giuridici, omologa a quella che nasce dalla semplice disaffezione politica⁵⁵? E come aggirare l'evidente problematica del voto sancito costituzionalmente come diritto-dovere, diritto alla partecipazione politica e dovere alla compartecipazione nella vita sociale? Né l'Intesa sin qui formulata sembra prendere in considerazione gli aspetti più controversi del rifiuto categorico alle trasfusioni ematiche o le misure igienico-alimentari, in ordine alle quali un seguace della Congregazione potrebbe avvertire il bisogno di una qualche forma di tutela giuridica⁵⁶.

Sintetiche appaiono le disposizioni dell'Intesa relative ai ministri di culto, il che non migliora, né chiarisce, lo stato delle incognite poc' anzi evidenziate. In assenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati e ugualmente ben accettati per le parti [rappresentanti degli interessi] sociali tra loro in tensione, in mancanza di una affidabile legislazione *speciale* e nelle lacune che sono presenti nella legislazione generale, il ministro di culto, nella sua concreta attività quotidiana, può esercitare il ruolo efficace di cerniera tra le istanze del suo gruppo di riferimento, espressione dei convincimenti confessionali, e le esigenze, in questi campi comprensibili, dell'autorità pubblica. Ruolo purtroppo supplente, ma nella supplenza, appunto, necessario⁵⁷. L'incertezza

2001/2002, 287, ove si conclude che: “*anche se il paziente, in qualità di Testimone di Geova, rifiuta per propria convinzione religiosa le trasfusioni di sangue, non è perseguibile il medico che vi faccia ricorso quando le emotrasfusioni rappresentano l'unica terapia per salvare la vita del malato, anche in considerazione del fatto che la sottoposizione a tale terapia non costituisce una privazione del diritto di libertà, ai sensi degli artt. 3 e 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”.

⁵⁵ Sulle radici storico-giuridiche della questione, VINCENZO TURCHI, *Obiezione di coscienza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, vol. XII, 1995, 529; il possibile *divide* tra obiezione di coscienza individuale e obiezione di coscienza “politica” è evidenziato, in ordine a un caso di specie, da ROBERTO MAZZOLA, *Obiezione di coscienza “totale” e principio di ragionevolezza: il caso dei Testimoni di Geova*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 01/1993, 167 e ss. Anche sull'obiezione “elettorale”, specie in rapporto a profili di disobbedienza civile, ma in riferimento a un diverso assetto normativo (legge elettorale di tipo [principalmente] proporzionale) SALVATORE PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Jovene, Napoli, 1986.

⁵⁶ Se hanno ancora un qualche fondamento euristico le risultanze della giurisprudenza costituzionale di fine anni Cinquanta (cfr. C. Cost. n. 125/1957; n. 79/1958) – criterio quantitativo e criterio sociologico nella qualificazione di meritevolezza giuridica delle tutele predisposte –, la Congregazione manifesta da entrambi i punti di vista le connotazioni distintive del fenomeno religiosamente organizzato. Cfr. ANTONINO MANTINEO, *Associazioni religiose*, cit., 4.

⁵⁷ Nel riconoscere la delicatezza del ruolo, fuori e dentro l'ambito canonico, convergono opzioni di studio, per altri aspetti radicalmente in contraddizione. Lo svolgimento dell'azione ministeriale apre enormi spazi di discrezionalità, in capo al singolo ministro, che, innegabilmente, nel misurarsi

sembra intollerabile proprio in Italia, stante la sussistenza e crescita ultradecennale della Congregazione, l'elevato numero di fedeli e la loro configurazione demografica come prima minoranza "cristiana" nell'intero Paese. L'inerzia legislativa, probabilmente unita a talune ritrosie confessionali, non si ritiene abbia creato condizioni più favorevoli per la risoluzione degli snodi più dibattuti, sinteticamente riferiti.

Tuttavia, nella progressiva ricostruzione di uno statuto giuridico unitario in merito alla posizione dei ministri di culto, l'Intesa con la Congregazione presenta dei punti meritevoli di autonoma trattazione, con particolare riferimento ai commi terzo e quarto dell'art. 2.

Dal punto di vista previdenziale, la costituzione del rapporto tra ministro e gerarchie confessionali, che pure ha la usuale legittimazione statutaria, si risolve nella facoltà dei ministri di iscriversi al Fondo speciale di previdenza e assistenza per i ministri di culto⁵⁸. La previsione arricchisce lo schema che si era tratto dalle due Intese precedentemente analizzate: nel caso della Chiesa Apostolica essa era del tutto pretermessa, ma a ragion veduta l'inquadramento del ministro restava soggiacente alle maglie di un "rapporto di lavoro dipendente"; nel caso della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, al contrario, il carattere volontaristico della prestazione, pur non direttamente ed integralmente assimilabile alla disciplina del lavoro volontario (si veda ancora la tematica dei permessi di soggiorno), avrebbe reso meno coerente la possibile generalizzazione

con un'autorità politica o nell'esser riconosciuto egli stesso come tale, rischia di smarrire il senso più profondo della sua "chiamata". Per una lettura "storica" del tema, cfr. LEONARDO BOFF, trad. it. P. Brugnoli, *Chiesa: carisma e potere*, cit., 78-79: "L'autorità ecclesiale, che si situa nella tradizione di Gesù, deve fondarsi nell'uguaglianza dei fratelli (Gal 3, 26-29: *siete tutti uno nel Cristo*; Mt 23, 8: *voi siete tutti fratelli*; Gc 2, 2-4: *non fate nessuna distinzione tra voi*), nella fraternità che si oppone a qualsiasi culto della personalità, con le qualificazioni di maestro, padre, ecc. (Mt 23, 8-9) e in un servizio che escluda ogni dominazione e pretesa di ultima istanza (Mc 10, 42-45; Lc 22, 25-27; Gv 13, 14). Tale autorità si è incarnata in modo diverso nella chiesa primitiva: nelle comunità paoline (Corinto) era strutturata carismaticamente; nelle comunità di Gerusalemme aveva una struttura sinagogale (consiglio di presbiteri); nelle comunità delle epistole pastorali aveva una struttura centralizzata su dei delegati apostolici con il loro presbiterio, riducendo di molto la partecipazione di ciascun battezzato, che per Paolo era portatore dello Spirito. Ma poco importa la forma, si trattava sempre di un servizio. La linea che ha predominato, però, è stata quella delle lettere pastorali, dove compare la figura del ministro dotato di un potere ricevuto mediante l'imposizione delle mani e si dà origine, in tal modo, ai diversi ordini della chiesa" (sottolineato mio).

⁵⁸ La materia previdenziale è caratterizzata da frequenti modificazioni *una tantum*, che, pur senza ridisegnare organicamente la disciplina, introducono elementi di contraddizione e moltiplicano i regimi differenziati. Sebbene antecedente all'Intesa del 2007 (ma successivo al progetto, poi caduto, del '99/'00), un affidabile orientamento sul tema, anche con profili di comparazione rispetto ai trattamenti cui accedono [i ministri del]le diverse confessioni religiose, può rinvenirsi in NICOLA FIORITA, *Remunerazione e previdenza dei ministri di culto*, Giuffrè, Milano, 2003.

della facoltà dell'iscrizione al Fondo⁵⁹. Quanto alla attestazione rilasciata dalle competenti autorità confessionali, la certificazione delle qualifiche, a norma del susseguente quarto comma, sembrerebbe svincolata da particolari oneri formali: emerge con chiarezza che l'apprezzamento delle tipicità statutarie conduce al risultato di una certa "atipicità" del sistema, visto nel suo insieme. Difatti, se libera è la nomina, libera la determinazione dei requisiti che consentirebbero il raggiungimento della qualifica del "ministro di culto", l'atto derivato e relativo alla documentazione dello *status* non potrebbe risultare gravato da peculiari oneri procedurali⁶⁰. La questione è di meno semplice lettura di quanto appaia. La nomina ha una rilevanza giuridica "esterna", dal momento che esser ministri di un (qualunque) culto determina una serie di facoltà, dalla previdenza alla leva, dalle eccezioni processuali opponibili allo svolgimento delle proprie attività, ma la determinazione del *cursus honorum* del soggetto può esser ritenuta esclusiva competenza confessionale, sempre che tale formazione non sia in nessuna fase del suo *iter* lesiva del *superno* valore della dignità umana⁶¹. La certificazione, proveniente dalla autorità confessionale ma destinata alla visione di una autorità pubblica, per esser utilmente ottenuta e universalmente ammissibile, dovrebbe,

⁵⁹ Si pensi a quanto lo stesso A. afferma, presentando un *dossier* relativo al trattamento previdenziale dei ministri: "la tutela previdenziale dei ministri di culto, nata inizialmente a ricalco della legislazione generale, è andata assumendo, nel corso del suo sviluppo, caratteristiche del tutto peculiari, tese a valorizzare e assecondare la specificità della categoria in questione.

Dopo un primo momento in cui la tutela previdenziale veniva assicurata da due distinti Fondi, il primo valevole per i soli sacerdoti della Chiesa Cattolica e il secondo per i ministri di culto delle confessioni di minoranza, con la l. n. 903 del 1973 è stato predisposto un trattamento previdenziale unico di cui possono usufruire tutti i soggetti interessati. In realtà, l'iscrizione al Fondo è subordinata, per i ministri di culto non cattolici, alla conclusione di una mini-intesa tra l'autorità amministrativa competente e il gruppo religioso di appartenenza. Con la l. n. 488 del 1999 sono stati introdotti (art. 42) una serie di aggiustamenti tecnici che hanno sensibilmente migliorato il funzionamento del Fondo, senza però affrontare i profili maggiormente problematici, come l'esclusione dei religiosi dal Fondo, e accentuando le tradizionali incertezze della dottrina sulla ratio complessiva del regime previdenziale predisposto in favore dei ministri di culto", in *La previdenza dei ministri di culto*, per Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (<http://www.olir.it>).

⁶⁰ Sia consentito riferirsi a C. Cost. n. 18/1982, ove si delineano i contenuti operativi del controllo *eventuale* sugli atti di derivazione confessionale, sia pure con specifico riferimento al giudizio ecclesiastico di nullità matrimoniale. Difatti, si richiedono "l'effettivo controllo che nel procedimento, dal quale è scaturita la sentenza, siano stati rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e resistere a difesa dei propri diritti, e la tutela dell'ordine pubblico italiano onde impedire l'attuazione nel nostro ordinamento delle disposizioni contenute nella sentenza medesima, che siano ad esso contrarie"; ora (anche) in LUCA MEZZETTI, a cura di, *Diritto Costituzionale Casebook. La Costituzione italiana annotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Simone Editore, Napoli, 2007, 226.

⁶¹ Ancora, con gli adattamenti *supra* osservati, "La constatata violazione del supremo principio del diritto alla tutela giurisdizionale, desunto dai parametri costituzionali invocati dai giudici a quibus, che vuole siano in ogni caso assicurati, a chiunque e per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio [...] comporta la dichiarazione della illegittimità costituzionale delle denunciate norme [...]", *ibidem*, 227.

invece, rispettare determinati oneri formali che le parti stipulanti delle varie Intese sembrano non aver tenuto in debita considerazione. Probabilmente, una simile lacuna origina dalla impossibilità di adottare un procedimento *standardizzato* e, se esso fosse stato troppo puntualmente disegnato dal Legislatore, sarebbe potuto apparire come una ingiustificata limitazione alla libertà religiosa e al riconoscimento costituzionale dell'autonomia confessionale⁶², nel limite del buoncostume⁶³.

Interessante pure l'ipotesi di commissione paritetica prevista dall'art. 18 dell'Intesa, anche se essa si riferisce alla revisione dell'importo deducibile ai sensi degli artt. 16 e 17 della medesima Intesa: la commissione paritetica appare investita di competenze di natura tecnico-amministrativa, ma confinarne il ruolo ad aspetti gestionali, specie per i profili problematici osservati in merito ai precetti seguiti dalla Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, non è forse una scelta troppo felice e a poco vale eccepire che, mutasse il quadro politico-giuridico, le parti potrebbero nuovamente riunirsi, senza troppo stringenti vincoli formalistici, a norma dell'art. 21. Il senso di un'ennesima occasione sprecata, per giungere a una definizione esaustiva dei rapporti tra lo Stato e una delle sue più cospicue componenti confessionali, non può esser taciuto. Si noti, inoltre, che le medesime rappresentanze intraconfessionali, competenti alla stipulazione delle Intese in base all'art. 8 della Costituzione, potrebbero rivestire il carattere di "ministri di culto", qualora lo statuto della confessione medesima le individui come tali, idonee a dare rilevanza giuridica

⁶² Sull'attuazione concreta del principio, nel quadro delle prassi parlamentari e dei recenti interventi giurisprudenziali, "il risultato è una sorta di "doppio filtro" di controllo, forse ispirato a criteri di opportunità, sul quale è lecito interrogarsi: un criticabile fenomeno di "congelamento" del sistema di promozione, attraverso il diritto negoziato, del pluralismo confessionale, in cui le Intese sembrano quasi considerate meri "atti politici"", in JLIA PASQUALI CERIOLI, *Il progetto di legge parlamentare di approvazione delle Intese con le confessioni diverse dalla cattolica: nuovi orientamenti e interessanti prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (<http://www.statoechiese.it>), marzo 2010, 2.

⁶³ La legislazione del 1929/1930 conservava, come noto, il doppio limite del "[la tutela del] "buon costume"/ [e dell']"ordine pubblico", con conseguenze rilevanti in tema di intervento pubblico nella reazione agli illeciti: essa s'atteggiava con modalità di controllo preventivo nel disegno di quel Legislatore, che aveva così facilità a monitorare in modo complessivo lo svolgimento del fenomeno religioso nel Paese. Il sistema delineato dalla Costituzione e dall'approvazione delle prime Intese, invece, consente la sola configurabilità di interventi repressivi successivi (alla commissione dell'illecito). Tali interventi ricadrebbero nel campo del diritto penale comune, non nella specifica tutela, confessionalmente ispirata, di una religione riconosciuta come "propria" dallo Stato. Ove si intendesse far valere questa peculiare differenza, anche in rapporto al regime delle libertà associative, potrebbe citarsi NADIA GIMELLI, *La libertà religiosa in forma individuale e associata*, la Sapienza, Roma, 2006; per un'applicazione di specie nel diritto della Chiesa e sulle vicendevoli ripercussioni tra questo e il diritto dello Stato, v. GIUSEPPE RIVETTI, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento della Chiesa tra libertà ed autorità*, Giuffrè, Milano, 2008.

esterna alla volontà pattizia della Congregazione in questo caso, ma più generalmente di ogni confessione intenzionata a denunciare la legislazione sui Culti Ammessi e la sua regolamentazione attuativa⁶⁴. Le stesse rappresentanze, anche qualora il dato non emergesse dal tenore letterale dell'Intesa, sarebbero in via di principio competenti ad accordarsi con la controparte statale per eventuali modifiche, prima o dopo il termine decennale sovente previsto per il rinnovo degli accordi.

5. (segue)... *I ministri di culto e l'Ortodossia. L'opzione (non) avanzata dalla Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale*

Relativamente meno problematico appare il testo dell'Intesa con la Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale⁶⁵. I profili

⁶⁴ È sostenibile l'ulteriore ipotesi che l'espressa denuncia, nel corpo dell'Intesa, della legislazione preigente incompatibile o fortemente limitativa (come quella del '29/'30), potrebbe non essere necessaria, giacché le norme di derivazione negoziata potrebbero essere del tutto inconciliabili col regime precedente, realizzando in sostanza un'ipotesi di abrogazione tacita. Il fatto, poi, che la denuncia in esame possa trovare esplicitazione o nelle norme conclusive dell'Intesa o nei *considerata* della stessa -che spesso svolgono una breve ricognizione formale dei presupposti materiali dell'accordo-, spinge a ritenerla un prerequisito nelle intenzioni dei "contraenti" e non, obbligatoriamente, oggetto di un contenuto autonomo di disposizione espressa.

⁶⁵ La fondazione dell'Arcidiocesi Ortodossa d'Italia è il primo atto canonico ufficiale (ancora: atto giuridico canonico in senso proprio) del Patriarca Ecumenico Bartholomaios I (22 ottobre 1991); il riconoscimento per il consueto tramite del decreto presidenziale avviene circa sette anni dopo (cfr. DPR 16 luglio 1998). Comunque sia, il Patriarca, nel relativo Tomo, spiega le ragioni tecnico-organizzative della fondazione, nonché l'esigenza di avvicinare l'Arcidiocesi alle esigenze dei fedeli, riproponendo la già avanzata duplicità funzionale del "ministero del culto" e sancendo tutte le opportune modificazioni giuridiche al fine del distacco dalla Sacra Metropolia d'Austria. "Giacché, dunque, in merito alle comunità ortodosse in Europa - anche dopo la loro opportuna costituzione alcuni anni fa, prima quella delle quattro diocesi a sè stanti di Tiatira e Gran Bretagna, Francia, Germania ed Austria, con loro esarcati, e poi la formazione, in seguito al distacco di alcune parti da esarcati di dette eparchie, anche delle diocesi a sè stanti di Belgio, Svezia e Svizzera - è stato evidente che le questioni ecclesiastiche della Santa Grande Chiesa di Cristo in Europa, avrebbero avuto, dal punto di vista sia pastorale che più generale, un più stabile beneficio e governo, se vi fosse stato anche un nuovo riordinamento, attraverso il distacco, in particolare, del paese d'Italia, sottoposta quale esarcato alla Sacra Metropolia d'Austria e con la costituzione in tale paese di una eparchia a sè stante. Di modo che, tenuto conto dell'esigenza di affrontare e soddisfare le necessità spirituali dei fedeli ortodossi ivi viventi e della gioventù ortodossa studentesca, nonché per la particolare importanza di questo paese in cui ha sede la veneranda Chiesa Romano-Cattolica, noi nella nostra pochezza, insieme agli eminentissimi metropoliti affiancanti, a noi dilette fratelli nello Spirito Santo e concelebranti, avendo deliberato sinodalmente circa questa necessità, abbiamo deciso allo scopo, come già detto, del più vantaggioso ordinamento delle nostre questioni ecclesiastiche in Europa e in vista di un maggiore beneficio del gregge, di distaccare l'Esarcato d'Italia dalla Sacra Metropolia d'Austria e di creare una eparchia a sè stante, denominata anch'essa dal paese". Cfr. P.E. BARTHOLOMAIOS I, *Tomo di Fondazione della Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia*, prot. n. 876.

più interessanti che potrebbero osservarsi esulano dalla regolamentazione giuridica della posizione dei ministri di culto e finirebbero per coinvolgere, ad esempio, la tutela del patrimonio storico-artistico⁶⁶. È d'uopo segnalare, in ogni caso, che neanche questo aspetto trova un troppo puntuale contro-canto nella legislazione di derivazione bilaterale. Non sfugga, però, che tale parziale omissione potrebbe derivare da un'opzione meramente prudenziale delle due parti: la confessione religiosa intenzionata a non mettere a rischio la conclusione dell'Intesa, pena la reiterazione d'efficacia della legislazione del Ventennio, gli attori governativi (ovvero: la Presidenza del Consiglio dei Ministri) non interessati a costituire un tessuto normativo dai troppo spiccati contenuti di favore, sia pure in un ambito altamente specialistico come quello descritto dall'intersezione delle norme relative all'edilizia di culto e alla tutela del bene storico-artistico⁶⁷.

Accanto alla ovvia menzione della commissione paritetica *ex art.* 22 del testo dell'Intesa, per la composizione della quale giova ribadire che la rappresentanza confessionale sarà costituita verosimilmente da [soggetti che rilevano anche come] ministri di culto, presenta un profilo sin qui atipico la compresenza di tutti e tre gli aspetti operativi qualificanti relativi alla regolamentazione giuridica dei ministri di culto:

- facoltà di iscrizione al Fondo speciale (come *supra* osservato per i ministri di culto riferibili alla Congregazione cristiana dei testimoni di Geova);
- trattamento degli assegni corrisposti dall'Arcidiocesi, ai fini fiscali, alla

⁶⁶ Vi è da rilevare come questa esigenza non sempre si imponga, in sede di bilanciamento dei valori, alle altre. Ad esempio, in materia di sepolture, coglie nel segno TAR Veneto, sez. I, 26 febbraio 2009, n. 1192, che distingue – schematicamente, ma opportunamente – le diverse opzioni valoriali insite nel diritto canonico occidentale (che sul punto esprime una carica assiologica comparabile a quello orientale), quali sacralità del luogo, benedizione e dedicazione, e le esigenze pubblicistiche che, ormai opponendo una residuale diversità regolamentare tra collocazioni cimiteriali pubbliche e collocazioni cimiteriali private, sovrintendono soprattutto alla salubrità e all'igiene dei luoghi. Per un approccio “sul campo”, che restituisca la *ratio* unitaria dell'interesse confessionale e di quello statale, si rinvia ancora a ANTONINO MANTINEO, *La legislazione sull'edilizia di culto alla prova della giurisprudenza (nella Regione Calabria e altrove)*, cit., non solo nel settore specificamente evidenziato dalla pronuncia amministrativa veneta.

⁶⁷ Simili forme di tutela presentano degli aspetti liminari meritevoli di autonoma trattazione. Difatti, su di esse, convergono istanze di carattere generale (dalla tutela della libertà religiosa in forma associata sino alla salvaguardia di “beni” che costituiscono patrimonio intergenerazionale ed inter-religioso), ma anche disposizioni attuative di comprensibile portata tecnico-specialistica. La protezione di tale tipo di beni, nella vigenza di disposizioni precostituzionali (cfr. l. n. 1089/1939), manifestava forme di “tutela anticipata”, almeno sulla carta particolarmente penetranti, dal momento che il regime sanzionatorio diveniva irrogabile a prescindere dal giudicato di condanne penali e dall'elemento soggettivo del dolo nella trasgressione (conformemente, TAR Lazio, sez. II, n. 1585/1987). Una assai significativa panoramica di insieme su dette questioni in SALVATORE BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, il Mulino, Bologna, 1992.

stregua di quelli derivanti da rapporto di lavoro dipendente, con versamento dei contributi assistenziali e previdenziali previsti dalla vigente legislazione speciale (nel caso della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni si erano osservate, come più spesso riscontrabile nel diritto privato statunitense, forme assicurative totali o parziali a vantaggio dei missionari);

-certificazione relativa allo *status* di competenza dell’Arcidiocesi, testimoniante le qualifiche di appartenenza canonica del proprio clero (questa dicitura richiama il primo comma dell’art. 2 dell’Intesa: “*i chierici dell’Arcidiocesi sono ministri di culto e godono pertanto del libero esercizio del loro ministero*”).

6. (segue)... “Unione” e confessione religiosa: due nozioni non sovrapponibili. L’esperienza buddhista...

Quanto all’Unione Buddhista Italiana, ancor prima dell’esegesi del testo dell’Intesa, sarebbero da richiamare, innanzitutto, alcuni rilievi preliminari, quelli avanzati da una parte della dottrina, secondo cui, nel caso di specie, sia pure in modo talora parossistico, non si tratterebbe di una “confessione” religiosa⁶⁸. Si osservi che la valutazione potrebbe valere in almeno due sensi, uno più propriamente fenomenologico, l’altro sostanzialmente “teologico-culturale”. In base al primo aspetto, l’UBI non ha la rappresentanza, né formale né sostanziale, di tutto l’ampio spettro di quelle tendenze religiose che, muovendo dagli assunti tipici della cultura buddhista, hanno poi dato vita, nel concreto, a forme sia organizzative che di ricerca spirituale molto diverse tra loro⁶⁹. Come a dire: l’Unione Buddhista non riassume tutte le tendenze

⁶⁸ Soprattutto, l’indiscutibile dato di fatto circa una non piena spendibilità del concetto di “confessione”, ai fini di una comprensione complessiva del fenomeno religiosamente connotato, non deve e non può impedire il tentativo di applicare le norme vigenti in modo pluralistico e paritetico. Si fa portavoce di questo “moderato scetticismo”, aperto anche alle soluzioni che giungono dal diritto comparato, SILVIO FERRARI, *La nozione di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in (a cura di) VITTORIO PARLATO, GIOVANNI B. VARNIER, *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Giappichelli, Torino, 1995, 19-47.

⁶⁹ Si pensi, a questo riguardo, all’istituto Soka Gakkai, il cui statuto recentemente ha avuto modifiche relative proprio ai ministri di culto. Sintetizza il sito web dell’istituto “*La principale innovazione riguarda il Consiglio nazionale dell’IBISG, che prende il posto del precedente Consiglio dei ministri di culto. Il Consiglio nazionale, pur essendo sempre composto in larga maggioranza dai ministri di culto che rappresentano i principali responsabili della conduzione dell’Istituto, prevede anche la presenza dei responsabili nazionali delle quattro Divisioni, nonché del coordinatore della Consulta nazionale e del segretario generale. In questo modo l’organismo direttivo principale assume una composizione più ampia, collegata con la Consulta e con i responsabili delle quattro Divisioni. In questo modo esso è in grado di cogliere meglio, e tempestivamente, i bisogni, le esigenze, i suggerimenti che possono arrivare dal livello locale e comunitario. Anche la composizione della Consulta nazionale, quale organo*

osservabili nel buddhismo e – anche, e qui più pertinentemente- nei seguaci buddhisti italiani. Pure in caso di approvazione legislativo-parlamentare del contenuto dell’Intesa, le altre “scuole” di ascendenza buddhista, se non stipulanti in proprio, resterebbero soggette alla tante volte deprecata normativa unilaterale, al più epurata dalle disposizioni di contenuto comprovatamente incostituzionale. Si aggiunga che il buddhismo in sé sembra non potersi rileggere alla luce della categoria antropologica e, soprattutto, giuridica di “confessione religiosa”, dovendosi ritenere che esso non ne possenga alcuni elementi caratterizzanti – come la conformazione ecclesiale – e invece ne abbia altri – come l’ambizione a costituire un orientamento filosofico trascendentale di più vasto respiro – che esulano da quel che comunemente qualifica e definisce la “confessione religiosa”. Entrambe queste eccezioni metodologiche hanno ricadute pratiche ineliminabili. Innanzitutto, l’eventuale disciplina giuridica cui fossero soggetti i ministri di culto dell’UBI non si estenderebbe, neanche a seguito di una forzosa e qui sconveniente interpretazione analogica, ai ministri di culto incardinati in altre tendenze religiose di ispirazione buddhista. Secondariamente, la difficoltà (e, peggio, l’impossibilità) di inquadrare l’Unione come “confessione religiosa” renderebbe più problematica l’identificazione di quelle nozioni che discendono da strutture confessionali, comparabili invece alla Chiesa Cattolica Romana, ivi compresa quella di “ministro di culto”. Queste riflessioni spingono a credere che l’illegittimità costituzionale della legge, che approvasse il contenuto dell’Intesa, non dovrebbe operare *tout court*, nella prospettiva formalistica di un’asserita eccedenza rispetto allo strumento dell’Intesa, in quanto stipula tra Stato e confessione⁷⁰. Non si potrebbe ritenere la legge di approvazione incostituzionale, nel suo

consultivo, risulta più ampia e diversificata rispetto a quella prevista dal precedente statuto. In particolare essa è composta dai responsabili regionali e dai responsabili nazionali dell’Istituto, e ancora dai rappresentanti regionali in proporzione al numero dei fedeli di ciascuna regione. Inoltre, sono membri di diritto della Consulta gli ex presidenti dell’Istituto e gli ex direttori del Comitato direttivo finanziario. Il Consiglio nazionale può infine nominare membri aggiunti della Consulta in numero non superiore a dieci, scegliendoli tra i fedeli ritenuti idonei a dare un contributo in termini di esperienza e di saggezza e a costituire un qualificato raccordo tra l’Istituto e la comunità. Questa ampia partecipazione vuole garantire nell’organismo consultivo una pluralità di vedute e di esigenze che colleghino le esperienze locali con i principi e gli obiettivi nazionali nel rispetto della storia e dei valori fondanti della Soka Gakkai. La Consulta diventa, in questo modo, l’organismo partecipativo più ampio che può riflettere, discutere, esaminare i problemi che l’IBISG vive quotidianamente anche in relazione ai mutamenti della società” (sottolineato mio). Cfr. SGI-ITALIA.ORG, sez. Notizie Online (<http://www.sgi-italia.org/notizie/index.php>); v. anche, per i correlati provvedimenti a carattere normativo, DPR 20 marzo 2009, in G. U. n. 168/2009.

⁷⁰ Su questa linea interpretativa, peraltro non sempre condivisibile ma attenta nella sua radicalità, FABRIZIO GIULIMONDI, *Intesa Stato italiano-Unione budd[h]isti italiani: ma questa intesa è costituzionale?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 2000, 936-937.

complesso, asserendo che all'UBI non potrebbe essere applicata alcuna delle norme costituzionali a garanzia del pluralismo confessionale. Se così si ritenesse, l'obiezione dovrebbe riguardare numerosi altri casi di Intese stipulate e ancora in corso di approvazione: in tutti i casi ove il soggetto stipulante non sia costituito da una confessione religiosa, ma da una "unione" o "comunità" di Chiese, *gruppi*, *congregazioni*, che scelgono rappresentanti comuni, sulla base di affinità teologiche, culturali, organizzative. Semmai, la valutazione andrà circostanziata alle eventuali disposizioni che, pur di ricalcare percorsi già tracciati nella prassi della politica religiosa italiana, finiranno per profilarsi come intollerabili violazioni alla libertà religiosa del singolo seguace, dei suoi referenti nel culto o dell'Unione, come struttura organizzativa religiosamente orientata, nel suo insieme. La legge di approvazione dell'Intesa, allora, non manifesterà profili di incostituzionalità sulla base delle difficoltà che sorgono nel ricomprendere l'UBI tra i "gruppi" religiosi che possono stipulare un accordo con lo Stato. Alcuni suoi singoli profili, nondimeno, potranno puntualmente esser ritenuti in contrasto con disposizioni costituzionali, ma non necessariamente perché l'UBI non avrebbe diritto a stipulare uno degli accordi di cui all'art. 8 della Costituzione. Il rilievo non può esser taciuto e le incerte formulazioni di talune parti dell'Intesa ne sono diretta conseguenza. Basti pensare alle norme relative al servizio militare. Restano verificati tutti i presupposti appena osservati...

L'UBI è per motivi spirituali contraria all'uso delle armi, la Repubblica ne prende atto e in caso di ripristino dell'obbligo "*gli appartenenti agli organismi da essa rappresentati*" (categoria di persone fisiche più ampia di quella dei "ministri di culto") dovrebbero esser assegnati al servizio civile, su loro richiesta⁷¹.

Tale ultimo inciso, dietro l'apparente evanescenza, porterebbe in realtà a conseguenze estreme: l'appartenente dell'UBI che non richiedesse di

⁷¹ L'UBI realizza una significativa rassegna, aperta a segmenti e a soggetti di altre realtà sociali, dal titolo "Passi in Pace". La presentazione del progetto, nato nelle forme attuali nel 2004, può chiarire il contenuto "antimilitaristico" degli insegnamenti buddhisti, difficilmente riconducibili allo schematico dualismo della cultura giuridica e politologica occidentale "pacifismo"/"nonviolenza". "*Per iniziativa dei discepoli del Maestro Thich Nhat Hanh e con il sostegno della Rete Buddhista dell'Italia Centro-Meridionale, si è ormai instaurata la tradizione di organizzare a Roma, a fine ottobre di ogni anno, la manifestazione "Passi in Pace, camminata in consapevolezza". Si tratta di una meditazione camminata, pratica insegnata dal Buddha come rimedio alla confusione mentale che genera i conflitti interiori ed esteriori. L'UBI ha deciso di patrocinare l'iniziativa, condividendo appieno le motivazioni che ne stanno alla base e considerandola un esempio di come il Buddha-Dharma possa in pratica contribuire a costruire le cause condizioni per un mondo più pacifico. Di fatto quindi "Passi in Pace" diviene uno degli eventi a cadenza regolare in cui la comunità Buddhista italiana si può ritrovare a praticare in unione*", in questi termini il sito ufficiale dell'evento, <http://www.passinpace.it>.

svolgere il servizio civile, in caso di ritorno al servizio militare obbligatorio, perderebbe, forse, il diritto a far parte dell'Unione? La Repubblica ha riconosciuto la contrarietà ideologico-spirituale all'utilizzo delle armi: essa è costitutiva dell'adesione all'UBI e non può pensarsi ad adesione all'UBI se non si accetta il presupposto concettuale pacifista. Il singolo resterebbe ad un bivio: o esercitare l'obiezione di coscienza o perdere il senso della propria appartenenza all'Unione. Ancora: qualora un appartenente all'UBI scegliesse di svolgere il servizio militare, evidentemente l'Unione dovrebbe prenderne atto e probabilmente allontanarlo dal gruppo nel quale il soggetto svolgeva i riti del culto e le relative pratiche (dalla meditazione alla condivisione d'esperienze con altri seguaci)⁷². La sindacabilità del provvedimento disciplinare interno non trova favorevole accoglimento nell'ordinamento giuridico italiano; anzi, essa sembra poter configurarsi come eccezionale, sol nel caso in cui il procedimento adottato dalle autorità confessionali fosse lesivo dei diritti inviolabili della persona⁷³. La lesione diverrebbe rilevante non già per ammettere un "rigurgito giurisdizionalista" degli organi giudiziari, semmai per la celebrazione di riti contrari al buoncostume o, magari, per il mantenimento di condotte che potrebbero rilevare sotto il profilo del diritto penale comune... Ma anche ove si giungesse ad ammettere un controllo diretto di un'autorità laico-profana (civile o giudiziaria), in questo caso il riconoscimento, nel testo dell'Intesa – ed eventualmente nel successivo provvedimento legislativo, del carattere assolutamente pacifista dell'Unione, non potrebbe che portare a ritenere legittimo il possibile provvedimento d'espulsione per il *fedeles* che, rinnegando l'elevata valenza simbolica del rifiuto delle armi, non s'astenesse da un eventualmente ripristinato servizio militare obbligatorio o, peggio, in rapporto agli insegnamenti confessionali, scegliesse la carriera militare su base volontaria.

⁷² Il ripudio della belligeranza sembra accomunare le tendenze fondamentali della cultura buddhista; anzi, sarebbe da notare come la usuale tetrapartizione (Buddhismo dei Nikāya, Buddhismo Mahāyāna, Buddhismo cd "tantrico", Buddhismo Theravāda) non fotografi appieno la complessità degli insegnamenti buddhisti. Di questa insoddisfazione verso la rilettura categoriale, ma non negandone una fondamentale utilità pratica, si dà conto in (a cura di) GIOVANNI FILORAMO, *Buddhismo*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁷³ Del resto, la dottrina non è unanime nel riconoscere universale "forza cogente" al sintagma "diritti inviolabili della persona", ora soffermandosi sulla natura formalistica di siffatta concezione giuridica (cfr. MICHELE SURDI, *Diritto*, in (a cura di) LIBERA UNIVERSITÀ METROPOLITANA, *Lessico Marxiano*, il Manifesto, Roma, 2008, 95-103), ora contestando la piattaforma gnoseologica costituita dal concetto di "persona" (cfr. MICHEL ONFRAY, trad. it. T. Ferrero, *La politica del ribelle. Trattato di resistenza ed insubordinazione*, Fazi, Roma, 2008, 130-131), ora, infine, avanzando dubbi sul carattere precettivo della presunta inviolabilità (cfr. SLAVOJ ŽIŽEK, trad. it. C. Capararo, A. Zucchetti, *La violenza invisibile*, Rizzoli, Milano, 2007, 15-29).

Solo parzialmente diverso si profila il caso di un appartenente all'UBI, che già avesse prestato servizio militare, prima di avvicinarsi a questi insegnamenti pacifisti, e rischiasse di incorrere nel richiamo: egli comunque, per esser coerente con le convinzioni spirituali abbracciate, dovrebbe procurare di farsi assegnare al servizio civile o ai servizi sanitari. Ambigua la specificazione "*in relazione alle esigenze di servizio*": sarebbe da svolgersi in base a dette esigenze l'opzione tra servizio civile e sanitario o quella tra servizio civile e servizi sanitari, da un lato, e risposta al richiamo, dall'altro? Benché la seconda ipotesi potrebbe esser sostenuta considerando l'avvicinamento al buddhismo successivo allo svolgimento del servizio militare, resta più fedele ai convincimenti dell'UBI privilegiar la prima.

L'amplessima, e perciò atipica, disposizione del comma primo dell'art. 3 trova un contrappunto di "specie" nel secondo comma dell'art. 7, relativo ai soli "ministri", e perciò già osservato in altri casi. Si mantiene, alla stessa maniera, l'identità di disposizioni sugli assegni destinati ai ministri di culto da parte dell'UBI, sulla natura strettamente "economico-gestionale" dell'eventuale commissione paritetica componibile *ex art. 20* del testo d'Intesa, nonché sulla possibile iscrizione al Fondo di previdenza ed assistenza per il *clero* (tale dicitura, come già visto per quella di "ministro di culto", non sembra tra le più attente nella diversa valorizzazione concettuale che contraddistingue la tendenza buddhista nel suo insieme e, comunque sia, dell'UBI nel caso particolare⁷⁴).

7. (segue)... e quella induista

L'Intesa con l'Unione Induista Italiana consente di recuperare molte delle riflessioni svolte in merito all'UBI e, più in dettaglio, può affermarsi che:

-l'Unione Induista Italiana non racchiude al proprio interno tutte le possibili *declinazioni* dell'induismo, per come praticato e seguito nel nostro Paese⁷⁵;

⁷⁴ Non appaia fuor di luogo ricordare come, etimologicamente, la parola venga dal verbo greco *klàō*, nel senso di distruggere, spezzare, separare. Progressivamente diviene, infatti, una porzione di terra ("separata" dalle altre), assegnata agli spartati tramite sorteggio. Si conserva l'origine del termine nel linguaggio vetero- e neotestamentario, ove indica la *parte* dei fedeli eletta da Dio. La conformazione ecclesiale della parola "clero", tuttavia, si fa presto strada anche nel Cattolicesimo delle origini. Sul punto, qualche utile elemento orientativo in JEAN-PIERRE MOISSET, trad. it G. Perrini, *Storia del cattolicesimo*, Landau, Torino, 2008, 34-38.

⁷⁵ La comunità di Mirapuri -un possibile caso di eterodossia rispetto all'induismo per come praticato dalla UII, ad esempio, pur affiancando ad alcuni convincimenti di natura induistica più

-l'induismo e, in linea generale, le dottrine mistico-trascendenti orientali, in quanto più complessi sistemi di valori, di convincimenti filosofici, spirituali e culturali, mal si prestano ad essere rigidamente analizzati secondo gli stilemi di derivazione occidentale della "confessione religiosa". Tale prospettiva, di definizione giuridica ed impronta politica, oltre a poter essere riferita più specificamente all'ambiente socioculturale euro-occidentale, non è del resto ravvisabile come "tipicamente neutra" dal punto di vista religioso, derivando essa stessa da una visione d'ascendenza cristiana, se non quando più strettamente cattolico-romana;

-conseguentemente gran parte degli elementi costitutivi d'una confessione religiosa (gerarchia, chiesa, credo, ministri di culto), in quanto scelte terminologiche e definitorie, va adoperata con la massima cautela e attenzione nel non traslare, senza spirito critico, categorie proprie a "fatti sociali" altrui⁷⁶;

-tuttavia, anche in tempi di bassa qualità estetica della produzione legislativa e di imbarbarimento del confronto tra opzioni politiche in campo, il ruolo della giurisprudenza può fornire indicazioni significative per dar nuovo nerbo a quelle scelte lessicali e di politica legislativa che sembrano meno inclusive e partecipative⁷⁷;

frequenti richiami al fenomeno "New Age" e alla cultura *beat*, non è assimilabile che in parte agli insegnamenti fatti propri dall'Unione.

⁷⁶ Il riferimento è qui a JEAN CAZENEUVE, *Sociologie de Marcel Mauss*, Presses Universitaires de France, Paris, 1968, 116 e ss. La posizione di Cazeneuve è riferita anche in SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, 54.

⁷⁷ Un tale equilibrio è (o dovrebbe essere) richiesto anche nell'attuazione di altre libertà costituzionali. Sull'art. 21 è ancora degna di interesse C. Cost. n. 368/1992, che fissa limiti all'offensività a danno del "buon costume" compatibili col materiale normativo di riferimento. "*Se, dunque, la "pubblicità" – intesa come reale o potenziale percezione da parte della collettività, o comunque di terzi non consenzienti, del messaggio trasmesso per mezzo di scritti, disegni, immagini o rappresentazioni – si configura come un requisito essenziale della nozione del "buon costume", considerato quale limite costituzionale al diritto fondamentale di libera manifestazione del proprio pensiero, non v'è dubbio che da ciò derivi un vincolo anche per chi sia chiamato a interpretare le leggi ordinarie attuative di quel valore costituzionale, nel senso che questi è tenuto a determinarne il significato adeguandone il senso ai principi appena ricordati. Sicché il giudice che si trovi ad applicare la norma contenuta nell'art. 528 del codice penale, la quale punisce chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione, detiene scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, deve aver presente, come ha precisamente avvertito la più recente giurisprudenza di legittimità, che la misura di illiceità dell'osceno è data dalla capacità offensiva di questo verso gli altri, considerata in relazione alle modalità di espressione e alle circostanze in cui l'osceno è manifestato*", tuttavia, non "si può sostenere, come ha fatto il pretore rimettente, che rispetto a tale interpretazione "adeguatrice" sia preferibile, sotto il profilo dell'osservanza dei precetti costituzionali, una pronuncia di accoglimento. Questa Corte ha, infatti, costantemente affermato che il principio di conservazione dei valori giuridici – tanto più in casi in cui la dichiarazione d'illegittimità costituzionale comporterebbe, quantomeno per qualche tempo, l'impunità anche di comportamenti che il legislatore considera inequivocabilmente come illeciti penali – impone il mantenimento in vita di una norma di legge quando a questa possa esser riconosciuto almeno un

-anche l'Interprete, edotto o di una fase di imperizia tecnico-legislativa, quale quella contemporanea, o di una non riconducibilità ad *unicum/unum* della pluralità delle esperienze di vita in un paradigma legalista, consolidatosi in meno complessi contesti sociali, deve assumere come spazio per la propria azione la possibilità di realizzare le disposizioni costituzionali col materiale legislativo di riferimento: altrimenti, persino la sua proposta di riforma sembrerà non sufficientemente fornita dei debiti addentellati con la pratica giuridica osservabile nei codici e nei tribunali⁷⁸;

-in merito all'Intesa con UBI e UII, la Repubblica italiana ha riconosciuto la fondamentale componente pacifista volta al rifiuto delle armi, anche come espressione del potere dello Stato-apparato e non solo di una prevaricazione diretta tra privati⁷⁹. Per tali ragioni, ai propri appartenenti in ogni caso – e ai propri ministri di culto in particolar modo, come del resto ben più frequente nelle previsioni della legislazione bilaterale –, è riconosciuta l'astensione dal servizio militare, anche nel caso di ripristino della previgente normativa obbligatoria. Benché il combinato disposto del quinto comma dell'art. 4 del testo d'Intesa con la UII e del primo comma dell'art. 4 del testo di Intesa con l'UBI rendano ipotizzabile, dal punto di vista logico-giuridico, la presenza di militari in servizio appartenenti ad organismi rappresentati nelle due "unioni", la posizione del singolo seguace davanti agli obblighi di leva resta problematica sia nel diritto statuale che in quello confessionale. Tale si dimostra la situazione nel primo caso – il diritto dello Stato –, poiché questo riconosce la vocazione pacifista delle due "unioni" (e anzi la riferisce, in modo in realtà vago, ai convincimenti più ampi e diffusi che ne hanno portato alla formazione); nel secondo, invece, perché un'eccessiva propensione del singolo fedele a riconoscere un qualche valore all'uso della forza potrebbe determinare la

significato conforme a Costituzione", (sottolineato mio), ripreso sul sito ufficiale della Corte, <http://www.cortecostituzionale.it>.

⁷⁸ Si ricordi, del resto, che un ruolo promozionale di particolari esigenze riformistiche può parimenti esser svolto da autorità giudiziarie. In materia di tutela penale del sentimento religioso, pur avendo in un primo tempo avvalorato interpretazioni di "compatibilità costituzionale" della disciplina del Codice Rocco (cfr. C. Cost. n. 125/1957; C. Cost. n. 79/1958), fu la Corte Costituzionale a rivolgere i più pressanti inviti al Legislatore ordinario per la modifica delle norme in esame, attraverso un complessivo riassetto della materia (cfr. C. Cost. n. 14/1973).

⁷⁹ Le linee fondamentali di una convergenza possibile, su alcuni aspetti teoretici, tra buddhismo e induismo andrebbero sottoposte ad un attento vaglio critico, che non è qui il caso di riproporre. Tuttavia, piace ricondurre l'eventuale affinità ideologica tra (alcuni) insegnamenti buddhisti e (alcuni) insegnamenti induisti alla varietà culturale della vasta regione geografica di provenienza. E un primo approccio, esplicativo anche per la sensibilità del lettore laico-occidentale, può esser costituito da GIUSEPPE TUCCI, *Storia della filosofia indiana*, Laterza, Roma-Bari, 2005. *Ibidem*, alcuni complementi bibliografici che manifestano la diversità di vedute in ambito intra ed extra-confessionale.

reazione di correlati provvedimenti *lato sensu* disciplinari da parte della/e competente/i autorità confessionale/i. L'efficacia di detti provvedimenti sarebbe difficilmente attaccabile dal punto di vista giuridico, stanti appunto *considerata* ed articoli delle Intese in questione.

Quanto, più in dettaglio, alla posizione dei ministri di culto, identicamente risultano inverate e riproponibili osservazioni già svolte. Cioè:

-i ministri di culto dell'UII possono mantenere il segreto d'ufficio su quanto appreso in ragione della propria funzione⁸⁰;

-hanno facoltà di iscriversi al Fondo di previdenza ed assistenza per il clero;

-dal punto di vista fiscale, gli assegni da loro ricevuti dalla UII e dagli organismi da essa rappresentati sono equiparati ai redditi da lavoro dipendente, in ottemperanza alle vigenti disposizioni tributarie e previdenziali;

-la UII redige un elenco dei propri ministri e rilascia, a richiesta, certificazioni circa la qualifica ricoperta dal soggetto.

Ciononostante, dal testo d'Intesa con la UII giunge anche una nota, "redazionale", particolarmente positiva, quanto meno nel consentire una più puntuale ricostruzione della disciplina giuridica da osservare: il riferimento, nell'art. 7, all'art. 26 dello Statuto della confessione, per l'identificazione dei soggetti idonei a divenire ministri del culto. Lungi dal teorizzare una diretta trasposizione della disposizione confessionale nel diritto dello Stato, in questo caso si osserva come la previsione statutaria, specie per lo statuto giuridico dei ministri di culto, costituisca, tuttavia, presupposto per l'applicazione di talune norme contenute in provvedimenti legislativi (come tale è da qualificarsi la legge di approvazione delle Intese) o in accordi di carattere non tipicamente confessionale (come tale è da classificarsi l'Intesa non approvata, che è presupposto indefettibile nella legislazione bilaterale, ma che, appunto, nasce dalla contrattazione tra le parti, non da un atteggiamento supino del rappresentante governativo nei confronti della "confessione" stipulante).

⁸⁰ Per quel che riguarda il segreto ministeriale, si veda recentemente DANIELA MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro di culto e fedele*, EUPress-FTL, Lugano, 2008. Forse ad analoghe conclusioni, critiche ma sostanzialmente "garantiste", potrebbe giungersi in tema di comunicazioni tra chiese particolari e Chiesa centrale. Similmente si è osservato analizzando il testo dell'Intesa con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni.

Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nell'insegnamento di Benedetto XVI

FABIO FRANCESCHI

1. *Profili introduttivi. Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nel magistero ecclesiastico post-conciliare*

È frequente, nell'ambito della riflessione magisteriale di Benedetto XVI, trovare richiami ai concetti di *libertas Ecclesiae* e di laicità dello Stato: sia singolarmente considerati, nella pluralità di possibili accezioni e di utilizzi concreti che agli stessi possono riferirsi, sia congiuntamente, nelle loro specifiche interazioni, a sottolineare, in specie, lo stretto nesso esistente fra i medesimi, e la necessità che essi siano impiegati al fine di ispirare e di favorire una sana collaborazione fra lo Stato e la Chiesa in vista della promozione della persona umana e della crescita della società, nel rispetto dell'autonomia delle reciproche competenze.

Una attenzione, quella manifestata dall'attuale pontefice per i concetti (e per le problematiche agli stessi sottese) di libertà della Chiesa e di laicità dello Stato, che riecheggia, riprendendole e sviluppandole, posizioni già emerse nel corso del pontificato di Giovanni Paolo II, e che rimanda, in ultima analisi, al rinnovamento registrato nelle posizioni del magistero (e al diverso apprezzamento dal medesimo manifestato) sui temi in questione successivamente, e in conseguenza, di quell'evento di straordinaria importanza per la vita della Chiesa che è stato il Concilio ecumenico Vaticano II.

È difatti noto, al riguardo, come alla luce dei principi teologico-giuridici affiorati durante il dibattito conciliare e solennemente sanciti in fondamentali documenti del supremo magistero ecclesiastico, e specialmente nella dichiarazione *Dignitatis humanae* sulla libertà religiosa, i concetti di *libertas Ecclesiae* e di laicità dello Stato siano stati profondamente innovati nei loro termini e nei loro presupposti di fondo. Con una significativa rettificazione di prospettiva rispetto al passato, il Concilio ha invero posto la libertà religiosa (di cui la *libertas Ecclesiae* costituisce una specificazione ed una puntuale applicazione)

e la laicità dello Stato a fondamento di un magistero aperto alla modernità e allo Stato pluralista. Sopra tali concetti, in specie, sono state impostate, a muovere dal Vaticano II, le relazioni giuridiche fra la Chiesa e gli Stati (a volere essere più precisi, fra società religiosa e società civile, con le rispettive potestà), così superandosi quella sistematizzazione basata nella distinzione e quella contrapposizione tra le due società, riconducibili ai dettami del *ius publicum ecclesiasticum*, che erano state tipiche dell'epoca precedente¹.

Una strada, quella segnata dall'insegnamento conciliare, lungo la quale si è poi mosso il magistero ecclesiastico successivo, che, in attuazione dell'ufficio suo proprio «di interpretare autenticamente la parola di Dio scritta e trasmessa»² e per effetto dell'incessante crescita nella comprensione del *depositum fidei* connessa al fatto che la Chiesa si muove ed opera nella storia, rapportandosi con la società del suo tempo, si è sforzato di approfondire e di presentare la dottrina della Chiesa in modo adeguato ad affrontare i problemi del presente, adattando, in particolare, le prospettive offerte dal Vaticano II circa le relazioni della Chiesa con le comunità politiche, delle quali i concetti di *libertas Ecclesiae* e di laicità dello Stato costituiscono punti cardine, alle mutate circostanze delle società contemporanee.

Non a caso, ai temi della libertà della Chiesa e della laicità dello Stato, nonché al rapporto fra le categorie concettuali in questione risultano dedicati, durante i pontificati di Paolo VI e di Giovanni Paolo II, diversi pronunciamenti magisteriali, contenuti in documenti ufficiali quali lettere encicliche, costituzioni apostoliche, esortazioni, *Motu proprio* ecc., ma anche in omelie e discorsi pontifici, nonché in atti di magistero ordinario provenienti da soggetti di rango inferiore. Dalla disamina di tali pronunciamenti si ricavano per un verso la conferma dell'importanza del riconoscimento e della tutela della

¹ Cfr., in proposito, CONCILIO VATICANO II, dich. *Dignitatis Humanae*, n. 13; cost. past. *Gaudium et Spes*, nn. 36 e 76; cost. dogm. *Lumen Gentium*, n. 36. Per approfondimenti, si rinvia a MARIO CONDORELLI, *Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nel recente Magistero ecclesiastico*, in *La Chiesa dopo il Concilio*, Atti del Congresso Internazionale di Diritto canonico (Roma, 14-19 gennaio 1970), II, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 351-373; LUCIANO MUSSELLI, *Chiesa cattolica e comunità politica: dal declino della teoria della potestas indirecta alle nuove impostazioni della canonistica post-conciliare*, Padova, Cedam, 1975, pp. 69-83; LORENZO SPINELLI, *Libertas Ecclesiae. Lezioni di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1979, spec. pp. 9-114; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica*, Roma, A.V.E., 1996, pp. 101-110. Sulla evoluzione del concetto di *libertas Ecclesiae* nell'insegnamento magisteriale più recente, e sui suoi rapporti con il principio della laicità della sfera pubblica, cfr. LUIS OKULIK, *La libertà della Chiesa nel contesto attuale*, in *Libertà religiosa e rapporti Chiesa-società politiche*, Quaderni della Mendola, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Edizioni Glossa Srl, 2007, pp. 69-119.

² CONCILIO VATICANO II, cost. dogm. *Dei verbum*, n. 10.

libertas Ecclesiae quale possibilità per la Chiesa di essere se stessa, di vivere e di esprimere in piena autonomia e senza impedimenti la propria originalità culturale ed etica, esercitando liberamente la propria missione spirituale fra gli uomini³; per l'altro lo sforzo teso a far emergere in maniera netta la distinzione fra laicismo e laicità, e, all'interno di tale ultima categoria, la precisazione della nozione di "sana laicità" (quest'ultima caratterizzata dal rigoroso rispetto della indipendenza e della sovranità di ciascuna delle due autorità nel proprio ambito, ma anche dall'impegno alla reciproca collaborazione fra le stesse a vantaggio della vocazione personale e sociale delle persone umane)⁴.

Nel solco di questi insegnamenti si colloca ora il magistero di Benedetto XVI, che anche riguardo a tale aspetto appare caratterizzato da quella che lo stesso pontefice definisce "l'ermeneutica della riforma", la quale, da una parte rispetta e custodisce fedelmente la dottrina della Chiesa senza attenuazioni o travisamenti, dall'altra, però, si sforza di approfondirla e di presentarla in modo adeguato alle esigenze del tempo presente⁵. In ragione di ciò, pur senza che al riguardo possa parlarsi di "discontinuità" rispetto alla riflessione magisteriale precedente, dall'insegnamento di papa Ratzinger emergono, con specifico riferimento alle questioni della rivendicazione e della difesa della *libertas Ecclesiae* (e delle teoriche volte a giustificarle), nonché della laicità della sfera pubblica, profili originali, *in primis* riconducibili alla formazione e alla peculiare sensibilità di teologo e di giurista dell'attuale Pastore della Chiesa universale. Profili su cui vale indubbiamente la pena di soffermarsi,

³ Al riguardo, cfr. PAOLO VI, *Messaggio ai governanti*, 8 dicembre 1965 in occasione della chiusura del Concilio Vaticano II; ID., esort. apost. *Evangelii nuntiandi*, 8 dicembre 1975, nn. 29 e 30; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al Convegno della Chiesa italiana*, Loreto, 11 aprile 1985; ID., lett. enc. *Sollicitudo rei socialis*, 30 dicembre 1987, n. 8; ID., lett. enc. *Centesimus annus*, 5 gennaio 1991, n. 45; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, 3, 24 novembre 2002, Città del Vaticano, 3, (Lev, 2002); PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, LEV, 2004, nn. 424 e 426. Salvo diversa indicazione, il testo di tutti i documenti magisteriali che saranno citati nel presente studio è rinvenibile all'url: www.vatican.va, cui pertanto si rinvia fin d'ora, omettendo ogni ulteriore richiamo, per la consultazione degli stessi.

⁴ In proposito, cfr. PAOLO VI, *Udienza generale*, 22 maggio 1968; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al IX Colloquio internazionale romanistico canonistico organizzato dalla Pontificia Università Lateranense*, 11 dicembre 1993; ID., *Discorso al Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede*, 12 gennaio 2004; ID., *Lettera a Mons. Jean-Pierre Ricard, Arcivescovo di Bordeaux, Presidente della Conferenza dei Vescovi di Francia, e a tutti i Vescovi di Francia, in occasione del 100° anniversario della legge di separazione tra Stato e Chiesa*, 11 febbraio 2005; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, cit., n. 6; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa cattolica*, cit., n. 571.

⁵ In proposito, cfr. BENEDETTO XVI, *Le ermeneutiche del Vaticano II. Discorso alla Curia romana*, in *Regno-doc* 1 (2006), p. 7.

per cogliere il punto d'arrivo cui è pervenuto nel momento attuale il pensiero cattolico sulle tematiche in questione.

2. *L'insegnamento di Benedetto XVI fra continuità e rinnovamento. La libertas Ecclesiae e il suo radicamento nella dignità della persona umana*

Alla guida della Congregazione per la Dottrina della Fede, già nel novembre 2002, il cardinale Ratzinger aveva espresso la posizione della Chiesa (e la sua personale) circa il modo di intendere e di rapportarsi della Chiesa stessa con le problematiche concernenti la *libertas Ecclesiae* e la laicità dello Stato nella «Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica». All'interno di tale documento, in evidente continuità con l'insegnamento conciliare, si trova ribadito il diritto/dovere della Chiesa, espressione della sua *libertas*, di intervenire nelle realtà temporali quando ciò sia richiesto dalla fede o dalla legge morale (n. 3), e ricordata la legittimità per la dottrina morale cattolica di una laicità intesa come autonomia della sfera civile e politica da quella religiosa ed ecclesiastica, ma non da quella morale (n. 6)⁶.

Già nella parte finale del pontificato di Giovanni Paolo II, dunque, era emersa, all'interno del magistero ecclesiale, una crescente attenzione nei riguardi delle dinamiche evolutive dei rapporti tra la Chiesa e gli Stati (e delle problematiche alle stesse connesse, *in primis* quelle concernenti la libertà della Chiesa e la laicità dello Stato, percepite come le condizioni indispensabili per la costruzione del rapporto fra comunità politica e religione nelle democrazie contemporanee).

È stato, tuttavia, con l'avvio del pontificato di Benedetto XVI che la riflessione intorno ai concetti in esame ha ricevuto rinnovato impulso, in uno con l'impegno dal pontefice profuso nel contrastare l'idea di modernità come emancipazione dalla religione sempre più diffusa – e che sempre più va diffondendosi – nella società contemporanea, specie in quei Paesi dell'area occidentale ove maggiore risulta l'influsso dei processi di secolarizzazione e di laicizzazione delle istituzioni⁷.

⁶ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, cit. Sui contenuti e sui limiti della potestà di Magistero della Congregazione per la Dottrina della Fede si vedano le considerazioni di BRIAN EDWIN FERME, *La competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede e il suo peculiare rapporto di vicarietà col Sommo Pontefice in ambito magisteriale*, in *Ius Ecclesiae*, 1999/2, p. 44 ss.

⁷ Sulla secolarizzazione e sui suoi effetti cfr. RÉNE RÉMOND, *La secolarizzazione. Religione e società*

Il richiamo, seppure con modalità e accenti differenti, alla libertà della comunità ecclesiastica di esercitare la propria missione evangelizzatrice senza intromissioni da parte dei poteri civili e, contestualmente, all'esigenza di una laicità dello Stato che sottolinei la vera differenza e autonomia fra le diverse componenti della società, ma che conservi anche le specifiche competenze in un contesto di comune responsabilità rappresenta, invero, un motivo ricorrente nel magistero dell'attuale pontefice.

In più occasioni, in specie, Benedetto XVI ha sottolineato la necessità e l'importanza del riconoscimento alla Chiesa di uno statuto che sia tale da assicurarle, nell'esercizio della sua missione, la piena indipendenza di organizzazione interna e di azione pastorale, tanto a livello locale quanto a livello universale; e ciò non solo in astratto, ma anche in concreto, giacché se è vero che il concetto di *libertas Ecclesiae* si deduce dalla natura e dalle finalità della Chiesa, è altrettanto vero che i contenuti concreti di tale libertà non possono che determinarsi, storicamente, nel rapporto con la comunità politica, nella quale la Chiesa stessa, in quanto realtà facente parte del mondo, è chiamata ad operare⁸.

Una libertà, quella evocata da Benedetto XVI, che senza rivendicare alla Chiesa una qualche forma di supremazia autoritaria sullo Stato e sugli altri gruppi sociali, sia tale da consentire alla medesima di vivere la propria missione nel (e per) il mondo, in linea con la propria autocomprensione quale verità e prassi salvifica d'origine trascendente e con finalità trascendente. Libertà, dunque, essenzialmente intesa (e da intendere) quale possibilità per la Chiesa di essere viva e presente nella società, e di porsi all'interno della stessa come soggetto dotato di rilevanza pubblica (nel rispetto, naturalmente, della originarietà e della indipendenza della società politica)⁹. Una libertà che,

nell'*Europa contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1999, spec. p. 175 ss; ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, ed. it. a cura di Michele Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2006, *passim*. ID., *Diritto e secolarizzazione dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di Geminello Preterossi, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2010; AUGUSTO DEL NOCE, *L'epoca della secolarizzazione*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁸ Sul punto, cfr. BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, 25 dicembre 2005, n. 28; più di recente, v. anche ID., *Discorso a S.E. Charles Ghislain, ambasciatore del Belgio presso la Santa Sede*, 24 aprile 2010.

⁹ Occorre, peraltro, precisare come con ciò la Chiesa non rinunci affatto a comprendere se stessa come potere «che non è appunto politico, ma *auctoritas sacrata*. Autorità sacra, perché attraverso il ministero della parola e l'amministrazione dei sacramenti rende presente l'azione redentrice di Cristo in questo mondo; e perciò autorità morale che influisce sulle coscienze dei credenti e d'ogni persona capace di farsi illuminare dalla sua dottrina; un potere profetico, infine, il quale pretende di potere emanare dei giudizi morali, critiche e valutazioni sull'esercizio del potere temporale, alla luce della vocazione integrale e al destino eterno di ogni essere umano. E per questo chiede anche

sul piano concreto, si traduca nella possibilità per la Chiesa di dare il proprio giudizio morale anche su questioni attinenti l'ordine politico, qualora ciò si riveli necessario, nonché di intervenire su tematiche di rilevanza etica, che interpellano la coscienza di tutti gli esseri umani (dei legislatori in particolare) e, in ogni caso, ovunque lo richieda la tutela dei diritti fondamentali della persona umana, giacché la Chiesa, nel riconoscere allo Stato la sua competenza nelle questioni sociali, politiche ed economiche, assume tuttavia come proprio dovere, derivante dalla propria missione evangelizzatrice, «la salvaguardia e la diffusione della verità sull'essere umano, il senso della sua vita e il suo destino ultimo che è Dio»¹⁰.

Nella visione dell'attuale pontefice, la salvaguardia della *libertas ecclesiae* viene, allora, percepita come la condizione indispensabile per difendere e per promuovere la libertà della persona umana e dei popoli, nonché per indicare la linea di formulazione, teorica e pratica, di un'autentica democrazia sociale. Difendendo la propria libertà, la Chiesa difende la persona umana, la sua dignità e i suoi diritti fondamentali.

Di qui l'insistenza di Benedetto XVI sulla necessità che l'esercizio di tale libertà sia garantito in modo da consentire alla Chiesa di fronteggiare con «determinazione e chiarezza d'intenti il rischio di scelte politiche e legislative che contraddicono fondamentali valori e principi antropologici ed etici, radicati nella natura dell'essere umano, in particolare riguardo alla tutela della vita umana in tutte le sue fasi, dal concepimento alla morte naturale, e alla promozione della famiglia fondata sul matrimonio»¹¹; nell'adempimento di quello che è il compito della *societas Ecclesiae* di proclamare sempre e dovunque, attraverso il proprio magistero, i principi morali, anche di ordine sociale, ed esprimere il giudizio *de quibuslibet rebus humanis* non solo quando ciò sia richiesto dalla *salus animarum*, legge suprema della Chiesa, ma anche quando

libertà e indipendenza, inclusa quella organizzativa, che la rende capace di esercitare senza impedimento e senza riguardi politici (...) tutto ciò che è convinta di avere l'obbligo di realizzare "per mandato divino": "andare in tutto il mondo e predicare il Vangelo ad ogni creatura" (DH, 13), un messaggio, cioè, che le è stato affidato non da uomini, dalla società o dal popolo, ma da Dio»: MARTIN RHONHEIMER, *Democrazia moderna, Stato laico e missione spirituale della Chiesa: spunti per una concezione politica «sana» della laicità*, nel vol. *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, a cura di Pierpaolo Donati, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 120.

¹⁰ BENEDETTO XVI, *Discorso in occasione della presentazione delle credenziali di S.E. Alfonso Rivero Monsalve, nuovo ambasciatore del Perù presso la Santa Sede*, 16 marzo 2007. Sul punto, v. specificamente ID., lett. enc. *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, n. 51.

¹¹ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al IV Convegno Ecclesiale Nazionale della Chiesa italiana di Verona*, 19 ottobre 2006.

a richiederlo siano i diritti fondamentali della persona umana¹².

3. (segue) *Le diverse possibili accezioni della laicità dello Stato. Laicità "positiva" e laicità della "neutralità"*

Proprio al fine di garantire il rispetto e l'effettivo esercizio di tale libertà, minacciata da quell'integralismo laicista che mira ad allontanare la Chiesa dalla vita pubblica e sottometerla al controllo dello Stato, rendendola irrilevante, Benedetto XVI ha ripetutamente posto l'accento, nel suo insegnamento, sul principio di laicità delle istituzioni politiche (o, per meglio dire, sull'importanza di una corretta comprensione di tale principio).

Il pontefice, in particolare, ha sottolineato come sia da reputare certamente legittima una laicità dello Stato in virtù della quale le realtà temporali si reggono secondo le norme loro proprie, nel rispetto dell'autonomia che alle stesse compete (e che la Chiesa rispetta), senza, tuttavia, che da ciò discenda l'esclusione di «quei riferimenti etici che trovano il loro fondamento ultimo nella religione, giacché l'autonomia della sfera temporale non esclude un'intima armonia con le esigenze superiori e complesse derivanti da una visione integrale dell'uomo e del suo eterno destino»¹³.

La laicità dello Stato non implica, difatti, l'irrilevanza delle realtà religiose: non implica, cioè, una separazione, che sarebbe di per sé artificiosa, tra aspetti di una realtà unica e indivisibile, qual è la realtà umana. Essa, perciò, deve essere intesa, e concretamente vissuta, non come ostilità alla religione, bensì come impegno a garantire ad ogni cittadino, nel rispetto delle esigenze del bene comune e nel contesto di una società dove convivano pacificamente tradizioni, culture e religioni diverse, «il diritto di vivere la propria fede religiosa con autentica libertà anche in ambito pubblico»¹⁴.

¹² Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. past. *Gaudium et Spes*, n. 76. Per ciò che concerne, specificamente, il piano giuridico, cfr. can. 747, §2 CIC 1983. In dottrina, cfr. LORENZO SPINELLI, *Libertas ecclesiae*, cit., p. 179; ORIO GIACCHI, *La Chiesa e le cose mortali dopo il Concilio*, in *Coscienza*, 1967, p. 69 ss.; RENATO BACCARI, *Il Magistero ecclesiastico sulle scelte politiche dei fedeli*, in Studi in onore di Lorenzo Spinelli, I, Modena, Mucchi, 1989, p. 37; DAVIDE CITO, *L'assenso al Magistero e la sua rilevanza giuridica*, in *Ius Ecclesiae*, 11 (1999), p. 480.

¹³ BENEDETTO XVI, *Discorso pronunciato in occasione dell'incontro con il presidente Ciampi durante la visita ufficiale al Quirinale*, 24 giugno 2005. Formulazioni analoghe si rinvencono nel di poco successivo *Messaggio al Presidente del Senato Marcello Pera in occasione del Convegno di Norcia "Libertà e Laicità"*, 15-16 ottobre 2005 (il messaggio porta la data dell'11 ottobre), che si può leggere nel vol. *Libertà e laicità*, a cura di Marcello Pera, Siena, Cantagalli, 2006, pp. 5-6.

¹⁴ BENEDETTO XVI, *Messaggio al Presidente del Senato Marcello Pera*, cit. Più di recente, in senso

Quella auspicata da Benedetto XVI è, dunque, una laicità positiva, aperta, sana. Una laicità che – riconoscendo il giusto spazio ad una fondamentale dimensione dell'essere umano, l'apertura alla Trascendenza – impegni lo Stato a rispettare il fatto religioso come un aspetto essenziale della vita umana anche nella sua dimensione sociale e pubblica; che, in altri termini, porti i pubblici poteri a cogliere nella religione una risorsa e un potenziale di civiltà, anziché solo un vincolo e una limitazione dell'umano.

La consapevolezza, tuttavia, dell'esistenza nel mondo d'oggi di molteplici maniere di intendere e di attuare la laicità, talora opposte e persino in contraddizione tra di loro, induce il pontefice a sottolineare la necessità di una riflessione profonda sul significato autentico e sull'importanza che la stessa riveste nell'odierno scenario culturale (e, dunque, nell'economia dei rapporti fra comunità politica e religioni).

Costante, in particolare, l'invito a contrastare quell'accezione ideologica assai diffusa nel mondo d'oggi tesa a intendere la laicità come l'ambito della sola ragione o della ragione che non tiene in conto la fede o le fedi religiose, reputandole irrazionali e come tali non meritevoli di entrare nel dibattito pubblico.

Si tratta di un'accezione fondata su di una visione della realtà rigorosamente razionale, sulla presunta assolutezza della conoscenza razionale, la quale tende a considerare il fatto religioso come un semplice sentimento individuale, confinabile al mero ambito privato, e che tende, perciò, ad escludere la religione dai vari ambiti della società, ignorando la dimensione pubblica necessaria della stessa (non tenendo, cioè, conto del fatto che la religione, essendo anche organizzata in strutture visibili, come avviene per la Chiesa, richiede di essere riconosciuta come presenza comunitaria pubblica). Accezione secondo la quale, per utilizzare le parole di Benedetto XVI, la laicità «si esprimerebbe nella totale separazione tra lo Stato e la Chiesa, non avendo quest'ultima titolo alcuno ad intervenire su tematiche relative alla vita e al comportamento dei

analogo, v. anche ID., *Discorso agli Eccellentissimi Membri del Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede per la presentazione degli auguri per il nuovo anno*, 11 gennaio 2010. Tale accezione della laicità delle istituzioni politiche non sembra, invero, troppo dissimile da quella che emerge dalla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 203 del 1989 (in *Foro it.*, 1989, I, c. 1333), punto fermo per la individuazione della vigenza e della operatività del principio di laicità nell'ordinamento italiano (definito, in quella sede, “principio supremo dell'ordinamento”), nella quale i giudici diedero atto del fatto che «l'attitudine laica dello Stato-comunità (...) risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini». Sul punto, cfr. per tutti, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed. a cura di Andrea Bettegini e Gaetano Lo Castro, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 45 ss.

cittadini»¹⁵; la quale dunque, lungi dal caratterizzarsi come una posizione di indifferenza “politica” dello Stato e delle persone pubbliche rispetto alla verità religiosa, ossia come legittima “neutralità”, risulta in definitiva fondata su di «una visione a-religiosa della vita, del pensiero e della morale: una visione, cioè, in cui non c'è posto per Dio, per un Mistero che trascenda la pura ragione, per una legge morale di valore assoluto, vigente in ogni tempo e in ogni situazione»¹⁶.

La pretesa di una laicità senza Dio, della illimitatezza della conoscenza razionale, neutra da assoluti religiosi, finisce, tuttavia, a sua volta con il costituire una presa di posizione assoluta e dogmatica, non meno della supposta assolutezza delle religioni da cui mira a preservarsi¹⁷. Diviene, in sostanza, una sorta di “religione laica”, che nel tentativo di eliminare ogni rapporto con la fede e basarsi su di una razionalità puramente funzionale giunge a proclamare il relativismo, ossia l'idea che nulla esista di stabile e di permanente, ma che tutto sia relativo ai tempi, ai luoghi e alle circostanze, e finisce, non senza un'intima contraddizione con le sue premesse, con l'imporre lo stesso, «proponendolo come l'ultima e finale forma della razionalità moderna e come ultimo e finale fondamento della libertà»¹⁸.

Per tale via, difatti, si arriva a sostenere l'inesistenza di valori oggettivi assoluti su cui fondare l'agire morale, così come di norme comuni, con validità universale per tutti i consociati: l'inesistenza di qualcosa che sia bene o male in se stesso, oggettivamente, e la necessità, di contro, che tutto sia subordinato alle opzioni personali dell'individuo, ai suoi desideri, automaticamente trasformati in “diritti di libertà” (cosiddetta assolutizzazione del diritto dell'individuo). Supremo criterio etico e giuridico, in tale visione, viene ad essere la

¹⁵ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, 9 dicembre 2006.

¹⁶ *Ivi*.

¹⁷ In proposito, si vedano le considerazioni dell'allora cardinale J. Ratzinger contenute nel vol. ID., *Fede Verità Tolleranza. Il cristianesimo e le religioni nel mondo*, Siena, Cantagalli, 2003, p. 27.

¹⁸ Così GIAMPAOLO CREPALDI, *Laicità e verità. Cosa ci sta insegnando Benedetto XVI*, Verona, Fede & Cultura, 2007, p. 15. Per approfondimenti sul tema del relativismo si rinvia a MARCO PAOLINELLI, v. *Relativismo etico*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa: scienze sociali e magistero*, a cura del Centro di ricerche per lo studio della dottrina sociale della Chiesa, Milano, Vita e Pensiero, 2004, pp. 543-547; MARCELLO PERA-JOSEPH RATZINGER, *Senza radici. Europa, relativismo, cristianesimo, islam*, Milano, Mondadori, 2005; COSTANZO PREVE, *Verità e relativismo: religione, scienza, filosofia, politica nell'età della globalizzazione*, Torino, Alpina, 2006; MAURIZIO BRUNETTI-SALVATORE SORRENTINO, *Relativismo: una sfida per i cristiani*, Napoli, Cattolica Ecclesiae Domus, 2007; MAURIZIO DE INNOCENTIIS, *Le sfide del relativismo: religione e pensiero laico di fronte alla modernità*, Pescara, Opera, 2008; GIUSEPPE SAVAGNONE, *Laicità, relatività e relativismo*, in *Laicità e relativismo nella società post-secolare*, a cura di Stefano Zamagni e Adriano Guarnieri, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 113-141.

libertà individuale, mentre la volontà di potenza dell'individuo e dei gruppi diviene, in pratica, l'unica legge della società, con conseguente esclusione, almeno a livello pubblico, non solo delle norme etiche del cristianesimo e di ogni altra tradizione religiosa, ma anche delle istanze etiche che si fondano sulla natura dell'uomo, cioè sulla realtà profonda del nostro essere.

4. *Libertà individuale e "dittatura del relativismo". Critica di tale concezione*

La logica di questo dinamismo porta a quella che Benedetto XVI ha in più occasioni definito "dittatura del relativismo"¹⁹.

Si tratta, a giudizio del pontefice, di una concezione propugnatrice di modelli antropologici del tutto incompatibili con la natura e con la dignità dell'uomo, sulla base della quale risulta impossibile costruire o mantenere la vita sociale, giacché essa, negando l'esistenza di una norma morale, radicata nella natura stessa dell'essere umano, al cui giudizio sottoporre ogni concezione dell'uomo, del bene comune e dello Stato, toglie in definitiva – come ebbe a sottolineare Giovanni Paolo II – «alla convivenza civile ogni sicuro punto di riferimento morale e la priva, più radicalmente, del riconoscimento della verità»²⁰.

Una concezione che, sul piano politico, conduce ad un uso strumentale della laicità. Non ammettendo la trascendenza dei valori rispetto alla politica, essa porta, difatti, ad affermare la necessità della indifferenza dello Stato rispetto alla morale, di una legge svincolata da quelle istanze etiche che trovano il loro fondamento nell'essenza stessa dell'uomo, dell'ammissione di un sostanziale politeismo etico da affiancare al politeismo religioso. La laicità, in tal modo, smarrisce il suo significato autentico, tende ad identificarsi con il laicismo – con quella concezione, cioè, che giudicando le credenze religiose un fatto di natura esclusivamente privata, privo di concreto riscontro nella vita pubblica, ritiene di poter prescindere, nell'edificazione della città terrestre,

¹⁹ Quello del relativismo etico, e della sua ferma condanna, è tema caro all'attuale pontefice, che già nell'omelia pronunciata in qualità di Decano del Collegio cardinalizio il 18 aprile 2005 in occasione della *Missa pro eligendo Romano pontifice*, ebbe a denunciare, sviluppando posizioni già sancite nella costituzione conciliare *Gaudium et Spes* ed in alcune encicliche di papa Giovanni Paolo II, il costituirsi di «una dittatura del relativismo che non riconosce nulla come definitivo e che lascia come ultima misura solo il proprio io e le sue voglie». La posizione di Benedetto XVI sul relativismo si trova poi ribadita e precisata in numerosi successivi interventi e pronunciamenti, e particolarmente nel noto discorso ai rappresentanti del mondo scientifico nell'Aula Magna della Università di Regensburg: «*Fede, ragione e università. Ricordi e riflessioni*» del 12 settembre 2006, e nell'enciclica *Spe salvi* del 30 novembre 2007, n. 23.

²⁰ GIOVANNI PAOLO II, lett. enc. *Veritatis splendor*, 6 agosto 1993, n. 101.

dai dettami della rivelazione cristiana, negando alla Chiesa la sua superiore missione spirituale orientatrice, illuminatrice, vivificatrice nell'ordine temporale²¹ – e in esso, inevitabilmente, finisce per confondersi.

Ma è sul piano etico, prima ancora che su quello politico, che la dittatura del relativismo si rivela pericolosa per l'uomo. Impedendo, difatti, allo stesso di usare a pieno della ragione come elemento distintivo e costitutivo della propria identità, essa «mortifica la ragione, perché di fatto arriva ad affermare che l'essere umano non può conoscere nulla con certezza al di là del campo scientifico positivo» (cosiddetta auto-limitazione della ragione)²². Ciò porta ad escludere dal campo d'indagine della ragione tutto ciò che non è dimostrabile empiricamente e scientificamente, a cominciare dalla fede e dagli interrogativi che essa pone, i quali non essendo sperimentalmente misurabili, risultano superflui alla comune ragione descritta dalla scienza e non meritano, pertanto, di essere presi in esame. Viene, in tal modo, reciso ogni nesso dell'uomo con la natura e con la creazione, e si smarriscono i valori e il senso della vita propri della tradizione cristiana.

E non è ancora tutto: riducendo la possibilità di conoscenza dell'uomo alla sola razionalità scientifica, basata sull'esperienza e sul calcolo, si arriva a formulare e ad imporre il principio della auto-autorizzazione dell'agire umano, ossia il principio secondo cui la capacità dell'uomo è l'unica vera misura del suo agire, per cui ciò che l'uomo è capace di fare, può anche liberamente fare. Così argomentando, la dittatura del relativismo inevitabilmente conduce al “nichilismo della tecnica”: all'affermazione, cioè, del primato indiscusso delle scienze empiriche e delle tecnologie, di quella “tecnoscienza” che mira a trasformare l'uomo in Dio facendo dell'arbitrarietà il proprio sistema di comportamento,

²¹ Sulla differenza fra laicismo e laicità cfr. LORENZO SPINELLI, *Libertas Ecclesiae*, cit., p. 98 per il quale «il principio del laicismo ha origine in un certo senso da quello di laicità, pur sostanzialmente distaccandosene: il primo si realizza in uno spirito di ostilità dello Stato nei confronti della Chiesa, mentre l'altro si concreta nel rigoroso rispetto della competenza delle due autorità nel proprio ambito, allo scopo di garantire l'indipendenza e la sovranità di ciascuna nella propria sfera di azione». Risulta, peraltro, opportuno ricordare che tanto “laicità” quanto “laicismo” sono termini (e concetti) semanticamente mutevoli, non sempre utilizzati, nel corso della storia, con il medesimo significato, anche ad opera del magistero ecclesiastico; per approfondimenti al riguardo si vedano le voci *Laicismo* di TULLIO GOFFI e GIUSEPPE DALLA TORRE e *Laico-Laicità* di GIUSEPPE DALLA TORRE nell'*Enciclopedia Filosofica*, a cura della Fondazione Centro Studi Filosofici, VI, Milano, Bompiani, 2006, p. 619 ss.

²² BENEDETTO XVI, *Udienza generale* del 5 agosto 2009, nella quale il Santo Padre ricordava la figura di S. Giovanni Maria Vianney. Parole non dissimili a condanna del relativismo etico sono state dal pontefice pronunciate anche nelle successive Udienze generali del 30 settembre 2009 al ritorno dal viaggio apostolico nella Repubblica Ceca, e del 16 dicembre 2009 in ricordo della figura di Giovanni di Salisburgo.

con tutte le conseguenze che, sul piano pratico, ne possono discendere²³.

Di qui la ferma e ripetuta condanna di tale concezione da parte del pontefice, e l'invito ad ogni cristiano a combattere la stessa e i pericoli che essa comporta per le sorti dell'uomo contemporaneo "allargando gli spazi della ragione": rammentando, cioè, che la ragione umana non è in grado di conoscere solo ciò che risulta scientificamente sperimentabile (e, perciò, solo ciò che gli uomini possono tecnicamente realizzare), ma è, invece, naturalmente aperta alla Trascendenza. La ragione vera – sottolinea Benedetto XVI – è unicamente quella «che si interroga su Dio», la «ragione della fede»²⁴. Solo riconoscendo il nesso relazionale, profondo e ineliminabile, che esiste tra fede e ragione è possibile, secondo il pontefice, superare «la limitazione autodecretata della ragione a ciò che è verificabile nell'esperimento», così da dischiudere «ad essa nuovamente tutta la sua ampiezza»²⁵, e, sovvertendo l'assioma del relativismo etico, ossia l'inesistenza di una verità universalmente valida circa ciò che è bene o male, contrastare le minacce morali dello scientismo, del naturalismo evolucionistico darwiniano, della prevaricazione delle biotecnologie.

Religione e ragione devono, perciò, disporsi ad un atteggiamento di reciproco apprendimento. «Solo assieme – scrive Benedetto XVI nella enciclica *Caritas in veritate* – salveranno l'uomo. Attratta dal puro fare tecnico, la ragione senza la fede è destinata a perdersi nell'illusione della propria onni-

²³ JOSEPH RATZINGER, *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Siena, Cantagalli, 2005, pp. 50-51. Circa la possibilità che il progresso tecnico si trasformi in una minaccia per l'uomo e per il mondo, cfr. BENEDETTO XVI, lett. enc. *Spe Salvi*, cit., n. 22. La posizione di Benedetto XVI sul tema della relazione fra il sapere della fede (teologia) e il sapere delle scienze si trova ora compiutamente illustrata nel vol. Id., *Fede e scienza. Un dialogo necessario*, a cura e con un saggio introduttivo di U. Casale, Torino, Lindau, 2010.

²⁴ BENEDETTO XVI, *Fede, ragione e università*, Discorso ai rappresentanti del mondo scientifico nell'Aula Magna dell'Università di Regensburg, cit. Sulla complementarità essenziale tra fede e ragione, che deriva dall'essere le stesse chiamate alla reciproca chiarificazione e a dover far uso l'una dell'altra, riconoscendosi reciprocamente, Benedetto XVI si era soffermato già prima dell'elezione al soglio pontificio: cfr. in proposito, JOSEPH RATZINGER, *Ragione e fede. Scambio reciproco per un'etica comune*, in JÜRGEN HABERMAS-JOSEPH RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, ed. it. a cura di Giancarlo Bosetti, Venezia, Marsilio, 2005, p. 80. Sul tema l'attuale pontefice è poi tornato successivamente in diverse occasioni; si può, anzi, rilevare come l'invito ad allargare gli orizzonti della ragione ricorra in maniera costante nel suo magistero. In proposito, oltre al già citato discorso all'Università di Regensburg, cfr.: *Visita alla Sede Romana dell'Università cattolica del Sacro Cuore in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Accademico*, 25 novembre 2005; *Discorso ai partecipanti al IV Convegno Ecclesiale Nazionale della Chiesa italiana di Verona*, cit.; *Discorso ai partecipanti all'Incontro Europeo dei Docenti Universitari*, 23 giugno 2007; *Allocuzione per l'Incontro con la comunità della Università «La Sapienza» di Roma*, 17 gennaio 2008; lett. enc. *Caritas in veritate*, cit., n. 56. Sul tema, diffusamente, cfr. LORENZO LEUZZI, *Allargare gli orizzonti della razionalità. I discorsi per l'Università di Benedetto XVI*, Milano, Paoline, 2008, *passim*.

²⁵ BENEDETTO XVI, *Fede, ragione e università*, cit.

potenza. La fede senza la ragione, rischia l'estraniamento dalla vita concreta delle persone»²⁶.

L'opposizione alla dittatura del relativismo passa allora, secondo il pontefice, attraverso la costruzione di un dialogo fecondo tra fede e ragione che porti alla riscoperta dell'esistenza di un ordine di verità che trascenda i condizionamenti personali, culturali e storici, e che abbia, dunque, una validità permanente. Ordine che, nella visione dell'attuale Pastore universale, si identifica con quella "legge naturale", iscritta nella natura stessa dell'uomo (non di questo o quell'uomo, ma nella natura umana considerata in se stessa, nella sua permanenza e nella sua stabilità), che ogni essere ragionevole può e deve riconoscere e che gli ordinamenti statali sono chiamati a rispettare e, nei limiti del possibile, promuovere, giacché la stessa costituisce la base dell'accordo necessario tra fede e ragione, e quindi tra ordine spirituale e ordine temporale. La legge morale naturale, difatti, in virtù del suo carattere universale, permette di scongiurare il rischio di una deriva relativistica a livello legislativo e offre al legislatore la garanzia per un autentico rispetto sia della persona, sia dell'intero ordine creaturale, giacché «si pone come fonte catalizzatrice di consenso tra persone di culture e religioni diverse e permette di andare oltre le differenze, perché afferma l'esistenza di un ordine impresso nella natura dal Creatore e riconosciuto come istanza di vero giudizio etico razionale per perseguire il bene ed evitare il male»²⁷.

5. *Laicità e dimensione pubblica della religione*

Ecco allora l'invito ai credenti affinché, guidati nella loro azione dalla dottrina sociale della Chiesa, contribuiscano ad elaborare un concetto di laicità aperto alla Trascendenza, che non solo ammetta o tolleri la stessa, ma che la

²⁶ BENEDETTO XVI, lett. enc. *Caritas in veritate*, cit., n. 74. In proposito, cfr. anche ID., lett. enc. *Spe Salvi*, cit., n. 23; nonché CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione su alcune questioni di bioetica *Dignitas personae* (8 settembre 2008), in AAS 100 (2008), 858-887.

²⁷ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti all'Assemblea della Pontificia Accademia per la Vita*, 13 febbraio 2010. Concetti analoghi erano stati espressi dal pontefice già in precedenza; al riguardo, cfr. *Discorso ai partecipanti al Congresso Internazionale su «Legge morale naturale» promosso dalla Pontificia Università Lateranense*, 12 febbraio 2007; *Discorso ai membri della Commissione Teologica Internazionale*, 5 ottobre 2007; *Udienza ai partecipanti alla sessione Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze sociali*, 4 maggio 2009; lett. enc. *Caritas in veritate*, cit., n. 59; *Udienza ai partecipanti all'Assemblea Plenaria della Congregazione per la Dottrina della Fede*, 15 gennaio 2010. Da ultimo, v. anche *Discorso ai partecipanti alla sessione Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze sociali*, 30 aprile 2010; e *Udienza generale*, 16 giugno 2010, dedicata alla figura di San Tommaso d'Aquino.

promuova attivamente. Un concetto di laicità che, pur rispettando la legittima autonomia delle realtà terrene – da intendere, in linea con l'insegnamento conciliare, come autonomia delle stesse non dall'ordine morale, bensì dalla sfera ecclesiastica –, sappia riconoscere «a Dio e alla sua legge morale, a Cristo e alla sua Chiesa il posto che ad essi spetta nella vita umana, individuale e sociale»²⁸; che, in altri termini, porti la comunità politica a «prendere una più chiara coscienza della funzione insostituibile della religione per la formazione delle coscienze e del contributo che essa può apportare, insieme ad altre istanze, alla creazione di un consenso etico di fondo nella società»²⁹.

Solo una laicità così intesa è, difatti, in grado di garantire, secondo Benedetto XVI, il riconoscimento alla Chiesa (come ad ogni altra confessione religiosa, purché non in contrasto con l'ordine morale e non pericolosa per l'ordine pubblico) di una “presenza comunitaria pubblica”, di uno spazio, cioè, entro cui poter esercitare, in piena libertà e senza ingerenze esterne, la propria missione di annuncio della verità e di chiarimento delle coscienze (la quale, è bene rammentarlo, presenta un interesse profondo per il bene della comunità politica)³⁰; tenendo conto di come la presenza originale della Chiesa, attraverso la distinzione e l'autonomia reciproca dallo Stato, sia certamente in grado di offrire un contributo fondamentale a quel dialogo il

²⁸ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, cit.; Id., *Udienza generale*, 17 settembre 2008. In tale ultima occasione il pontefice ha precisato che «(...) Autentica laicità non è pertanto prescindere dalla dimensione spirituale, ma riconoscere che proprio questa, radicalmente, è garante della nostra libertà e dell'autonomia delle realtà terrene, grazie ai dettami della Sapienza creatrice che la coscienza umana sa accogliere ed attuare».

²⁹ BENEDETTO XVI, *Discorso pronunciato in occasione del viaggio Apostolico in Francia durante la cerimonia di benvenuto nel palazzo presidenziale dell'Eliseo*, 12 settembre 2008. Parole non dissimili erano state pronunciate dal pontefice già nell'incontro con i giornalisti prima della partenza per la Turchia del 28 novembre 2006, con l'invito a tutti i credenti «a ridefinire il senso di una laicità che sottolinea e conserva la vera differenza e autonomia tra le sfere, ma anche la loro coesistenza, la comune responsabilità», dato che «solo su un sottofondo di valori che hanno fundamentalmente una comune origine, la religione e la laicità possono vivere, in una fecondazione reciproca».

³⁰ La necessità pubblica della dimensione cristiana viene espressa dal Papa con la nozione di “purificazione” (BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, cit. n. 28). Sottolinea il pontefice, in specie, come la ragione abbia bisogno, proprio per poter essere ragione, di venire purificata dalla fede, la quale «permette alla ragione di svolgere in modo migliore il suo compito e di vedere meglio ciò che le è proprio» (ivi). L'azione di purificazione nulla toglie all'autonomia legittima della sfera specifica che viene purificata, ma nello stesso tempo evidenzia l'impossibilità che essa si mantenga fedele alla propria natura senza un lavoro non contingente ed estemporaneo, ma sostanziale e strutturale, di purificazione. Sul punto, specificamente, v. anche BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, cit.; lett. enc. *Caritas in veritate*, cit., n. 56; e, da ultimo, *Messaggio per la celebrazione della XLIV giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2011.

quale presuppone il reciproco riconoscimento, visto da Benedetto XVI «quale mezzo mediante il quale le varie componenti della società possono articolare il proprio punto di vista e costruire il consenso attorno alla verità riguardante valori e obiettivi particolari»³¹.

Con ciò, peraltro, il pontefice, in linea con l'insegnamento conciliare e con il magistero dei suoi predecessori, non intende rivendicare alla comunità ecclesiale un ruolo di "agente politico". La Chiesa in quanto tale non svolge, difatti, una funzione propriamente politica, ma si limita ad offrire «le condizioni nelle quali una sana politica, con la conseguente soluzione dei problemi sociali, può maturare»³², al fine di «rendere i cristiani consapevoli del dono della fede, della gioia della fede, grazie alla quale è possibile conoscere Dio e conoscere così anche il perché della nostra vita»³³, consentendo loro di «essere testimoni di Cristo ed imparare sia le virtù personali necessarie, sia anche le grandi virtù sociali: il senso della legalità che è decisivo per la formazione della società»³⁴.

Benedetto XVI è, tuttavia, consapevole della tendenza crescente da parte delle moderne democrazie a mettere in dubbio o addirittura a rifiutare il riconoscimento di una dimensione pubblica per la religione (e, dunque, per le confessioni religiose), in nome della laicità delle istituzioni politiche, quasi che le due cose risultassero antitetich e tra loro inconciliabili; della diffusa ostilità, in specie, a ogni forma di rilevanza politica e culturale della religione, come pure del crescente «diniego alla comunità cristiana e ai suoi legittimi rappresentanti del diritto di pronunziarsi sui problemi morali che oggi interpellano la coscienza di tutti gli esseri umani, in particolare dei legislatori»³⁵.

³¹ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, New York, 18 aprile 2008. Sulla importanza di una cooperazione fra Chiesa e comunità politica per lo sviluppo integrale della persona umana e dell'armonia della società si rinvia a GAETANO LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose. Studi e testi*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 272-331 (ora, con lievi modificazioni ed il titolo *La promozione dell'uomo nei rapporti fra ordine temporale e ordine spirituale*, nel volume dello stesso a. *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 185-245, dal quale saranno tratte le citazioni del presente lavoro).

³² BENEDETTO XVI, *Intervista concessa ai giornalisti durante il volo verso il Brasile in occasione della V Conferenza Generale dell'Episcopato Latinoamericano e dei Caraibi*, 9 maggio 2007. Sul punto, *amplius*, cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, cit., n. 3.

³³ BENEDETTO XVI, *loc. ult. cit.*

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, cit. Come attentamente rilevato da MARTIN RHONEIMER (*Democrazia*

Posizioni, queste, che – tiene a precisare il pontefice – non costituiscono affatto espressione di laicità, nel senso corretto del termine, ma, piuttosto, sua degenerazione in una forma di laicismo intollerante. L'esercizio da parte della struttura gerarchica della Chiesa del diritto ad una partecipazione attiva alla vita pubblica, difatti, lungi dal costituire una forma di indebita ingerenza della stessa nell'attività legislativa, propria ed esclusiva dello Stato, appare piuttosto come espressivo «dell'affermazione e della difesa dei grandi valori che danno senso alla vita della persona e ne salvaguardano la dignità», i quali, «prima di essere cristiani, sono umani, tali perciò da non lasciare indifferente e silenziosa la Chiesa, la quale ha il dovere di proclamare con fermezza la verità sull'uomo e sul suo destino»³⁶.

Emerge con evidenza, da tali asserzioni, l'impegno aperto e concreto della Chiesa a favore della persona umana, con i valori inerenti la sua dignità individuale e sociale, e in particolare la vita e la famiglia; impegno che – di fronte all'emergere delle questioni di etica pubblica, che vengono alla ribalta con le trasformazioni e ridefinizioni attualmente in corso dei modelli di vita, dei comportamenti diffusi e dei valori di riferimento, come anche delle legislazioni che li riguardano – porta la Chiesa a rivendicare con forza e a difendere da ogni attacco il proprio diritto/dovere, espressione della *libertas* che essa rivendica nei confronti della società umana e dei suoi poteri direttivi, di affermare i valori e i principi coinvolti nelle scelte legislative che incidono sulla vita e sulla concezione dell'uomo, e che, lungi dal costituire una violazione del principio della laicità dello Stato, vuole piuttosto essere un contributo, offerto alla libertà di ciascuno, per il bene autentico della società.

moderna, Stato laico e missione spirituale della Chiesa: spunti per una concezione politica «sana» della laicità, cit.), l'ostilità nei confronti del fenomeno religioso «deve essere ricondotta alla pretesa della religione di rappresentare una verità di ordine superiore e un assetto di valori oggettivi, atti a sottomettere l'esercizio del potere politico e della libertà civile ad una valutazione morale secondo criteri che reclamano di essere veri, e di esercitare realmente un influsso attraverso la sua presenza pubblica» (p. 110). E ciò tanto più risulta vero nei riguardi della religione cristiana, giacché essa intende rappresentare una verità che senza togliere il valore intrinseco e giustamente autonomo delle realtà terrene, le relativizza e le sottomette al proprio giudizio; l'ostilità nei riguardi della Chiesa, va, dunque, ricondotta alla sua «pretesa di essere, anche per la comunità politica democratica, una fonte e un garante ultimo di valore» (p. 113).

³⁶ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, cit.

6. *Dovere della comunità politica di garantire e di rispettare la libertas Ecclesiae. Facoltà e limitazioni connesse all'esercizio di tale diritto da parte della comunità ecclesiale. Riconduzione della presenza della Chiesa nella vita pubblica all'azione dei cittadini cattolici e ruolo-guida della struttura gerarchica*

Ora, certamente la Chiesa – società d'ordine soprannaturale, che tuttavia vuole e necessita di essere presente, nel mondo, per il perseguimento delle finalità religiose sue proprie, giacché le realtà temporali e la società civile sono «l'ambito nel quale essa naturalmente vive la dimensione spirituale»³⁷ – per rispettare il mandato affidatole dal suo Fondatore, ha il diritto e al tempo stesso il dovere di esporre i propri principi e di far sentire la propria voce sulle questioni temporali, attraverso il magistero, tutte le volte che esse tocchino aspetti connessi, in modo diretto o indiretto, con la propria missione, intesa nel senso più ampio del termine.

In ciò si concreta, per l'appunto, la sua *libertas*, che la comunità politica, nel contesto di un ordinamento democratico, politicamente organizzato in modo laico, ha il dovere di garantire e di rispettare. Se la comunità politica ignorasse la Chiesa, o le impedisse di esprimere liberamente (e di promuovere attivamente) le proprie convinzioni, anche con riguardo all'ordine politico e sociale, si porrebbe, difatti, in contraddizione con se stessa e con i suoi fondamentali attributi, perché ostacolerebbe l'esercizio di diritti e doveri di una parte dei cittadini, in concreto i fedeli cattolici, finendo con il negare la propria stessa proclamata laicità (nell'accezione basilare del termine, ossia come neutralità politica dello Stato e delle persone pubbliche rispetto alla verità religiosa, atta a garantire la convivenza e il civile confronto di una pluralità di posizioni, anche religiose).

Lo Stato laico, per essere realmente tale, è pertanto tenuto ad assicurare alla Chiesa libertà e indipendenza, riconoscendole il diritto di partecipare al dibattito pubblico (diritto che, in una autentica democrazia, spetta ad ogni cittadino e ad ogni formazione sociale), anche in vista dell'innegabile contributo che la fede è in grado di apportare alla difesa e all'allargamento della ragione umana, nonché del sostegno che la stessa può prestare a favore di un autentico progresso umano³⁸. E questa libertà deve includere la facoltà, per

³⁷ GAETANO LO CASTRO, *La promozione dell'uomo nei rapporti fra ordine temporale e ordine spirituale*, cit., p. 187.

³⁸ Relativamente a tale aspetto, sul quale molto insiste il magistero ecclesiastico recente, sembrano oggi convergere, sebbene con percorsi e logiche motivazionali differenti, anche alcuni pensatori laici, e fra di essi in particolare Jürgen Habermas, per il quale nell'attuale società post-secolarizzata, di fronte al ritorno della religione ed alla crescente richiesta di partecipazione al discorso pubblico

la Chiesa, di comunicare, di agire e di costruire nella sfera pubblica, anche pronunciandosi su temi politici, etici o sociali, allo scopo di definire i principi generali e i criteri di giudizio in base ai quali la fede illumina l'azione politica e sociale.

Ciò non importa, naturalmente, che la libertà che la comunità ecclesiale rivendica per sé sia priva di limiti. Operando nella vita pubblica, la Chiesa è difatti tenuta a rispettare le regole di quello Stato laico che essa stessa riconosce come valore acquisito, appartenente «al patrimonio di civiltà che è stato raggiunto»³⁹, e che postulano l'indipendenza ideologica e l'autonomia decisionale dello Stato e dei suoi organi in ambito temporale. La sua azione, perciò, deve svolgersi in consonanza con le leggi, che provvedono ad assicurare l'ordinato svolgersi della vita sociale all'interno della comunità politica.

Nel rispetto di tali regole e di tali leggi, la Chiesa, come già ricordato, non assume su di sé il compito di agire in modo diretto nella organizzazione, nello svolgimento e nello sviluppo della *polis*, ma affida ai fedeli laici, nel contesto e secondo le regole della convivenza democratica, il compito di agire per costruire in tale ambito, sotto la propria responsabilità, un giusto ordine nella società⁴⁰. Sono i fedeli laici, in specie, ad essere chiamati, in virtù

da parte della stessa, occorre verificare quale contributo essa sia in grado di recare alla vita sociale, riconoscendo, in particolare, ai credenti il diritto di partecipare alle discussioni pubbliche, anche in "linguaggio religioso". Per approfondimenti, cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Quel che il filosofo laico concede a Dio (più di Rawls)*, in JÜRGEN HABERMAS – JOSEPH RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, cit., p. 41 ss.

³⁹ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, cit., n. 6.

⁴⁰ Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. dogm. *Lumen Gentium*, n. 31; cost. past. *Gaudium et spes*, nn. 43 e 76; decr. *Apostolicam Actuositatem*, nn. 2 e 5. Ai laici, in specie, è affidata la riconduzione di tutte le cose al Cristo, e dunque la realizzazione concreta di quella profonda unione fra dimensione temporale e dimensione spirituale che «*non modo non privat ordinem temporalem sua autonomia, suis propriis finibus, legibus, subsidiis, momento pro hominum bono, sed potius perficit in sua vi et praestantia propria simulque adaequat integrae vocationi hominis super terram*» (decr. *Apostolicam Actuositatem*, n. 7). Compito che i fedeli cristiani sono chiamati a realizzare in condizione di sostanziale autonomia, giacché l'attenzione che essi sono tenuti a prestare alla dottrina proposta dal magistero della Chiesa non inficia la loro essenziale libertà nelle realtà temporali (cann. 227 CIC e 402 CCEO), da esigere e da difendere anche nei confronti dell'autorità ecclesiastica. Sul punto, specificamente, cfr.: JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR, *Il diritto alla libertà nell'ambito temporale*, in *Fidelium Iura*, 1 (1991) pp. 125-166; PAOLO MONETA, *La libertà del fedele tra responsabilità ed esigenze di comunione*, in *I diritti fondamentali del fedele. A vent'anni dalla promulgazione del Codice*, Città del Vaticano, LEV, 2004, pp. 209-217; STEFANO MAZZOTTI, *La libertà dei fedeli laici nelle realtà temporali* (c. 227 C.I.C.), Roma, Pontificia Università Gregoriana, 2007, *passim*. Più in generale, sulla funzione dei laici alla luce dell'insegnamento conciliare cfr.: GAETANO LO CASTRO, *I laici e l'ordine temporale*, in *Dir. eccl.*, 97 (1986), I, pp. 241-258; Id., *La missione cristiana del laico*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, a cura dell'Istituto di Diritto ecclesiastico e canonico dell'Università di Napoli, I, Napoli, Jovene, 1989, pp. 415-438; SALVATORE BERLINGÒ, *I laici nel diritto postconciliare*, in *I laici nel diritto*

della dignità originaria che loro appartiene in quanto uomini e dei compiti di apostolato che loro incombono nel mondo, a partecipare in prima persona alla vita pubblica, prendendo parte, come cittadini dello Stato guidati dalla loro coscienza cristiana, «alla molteplice e svariata azione economica, sociale, legislativa, amministrativa e culturale, destinata a promuovere organicamente e istituzionalmente il bene comune»⁴¹. Compito che gli stessi, consapevoli della loro grave responsabilità sociale, sono tenuti ad adempiere secondo varie modalità, e *in primis* promuovendo una legislazione che rispecchi le loro convinzioni sulla persona umana e sulla società (rispettosa, cioè, della dignità dell'uomo e dei suoi diritti fondamentali, che sono naturali, universali e inviolabili, sicché «nessuno, né il singolo, né il gruppo, né l'autorità, né lo Stato li può modificare, né tanto meno li può eliminare, perché tali diritti provengono da Dio stesso»⁴²).

Se, dunque, la presenza della Chiesa nella vita pubblica passa principalmente attraverso l'azione dei cittadini cattolici, responsabili e in grado di esercitare i loro diritti in armonia con la loro fede, alla struttura gerarchica della Chiesa, con i suoi interventi, spetta tuttavia il compito, insopprimibile ed insostituibile, di aiutare gli stessi ad agire da cristiani nel seno della società, dando loro la necessaria formazione ed evidenziando anche le esigenze e i limiti non negoziabili della loro azione civile e politica⁴³. Compito che la Chiesa gerarchica è chiamata ad adempiere in armonia e nel rispetto della funzione specifica dei *christifideles laici*: senza, dunque, limitare la loro libertà

della Chiesa, Città del Vaticano, LEV, 1987, pp. 73-110; ID., *I fedeli laici nella missione della Chiesa*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Acta symposii internationalis iuris canonici occurrente 10° anniversario promulgationis codicis iuris canonici (19-24 aprile 1993), Città del Vaticano, LEV, 1994, pp. 839-854; LUIS NAVARRO, *Lo statuto giuridico del laico: sacerdozio comune e secolarità*, in *Fidelium Iura*, 7 (1997), pp. 71-101; ÁLVARO DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, II ed., Milano, Giuffrè, 1999; MARCO VERGOTTINI, *Laico*, nel vol. *Teologia*, a cura di Giuseppe Barboglio, Giampiero Bof e Severino Dianich, II ed., Cinisello Balsamo, San Paolo, 2003, pp. 776-787; GIORGIO CAMPANINI, *Il laico nella Chiesa e nel mondo*, II ed, Bologna, EDB, 2004. Per una riflessione profonda sul significato dell'impegno secolare dei laici come connotante una specifica condizione ecclesiale, v. ora GAETANO LO CASTRO, *I laici*, nel volume dello stesso a. *Il mistero del diritto*, II, *Persona e diritto nella Chiesa*, cit., pp. 153-184.

⁴¹ GIOVANNI PAOLO II, esort. apost. *Christifideles Laici*, 30 dicembre 1988, n. 42. Nel medesimo senso, da ultimo, v. anche BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, cit., n. 29.

⁴² GIOVANNI PAOLO II, esort. apost. *Christifideles laici*, cit., n. 38. Relativamente al dovere dei politici e dei legislatori cattolici di presentare e sostenere leggi ispirate ai valori fondati nella natura umana, e al *munus*, correlato, dei vescovi di richiamare costantemente tali valori, si veda, da ultimo, BENEDETTO XVI, esort. apost. *Sacramentum caritatis*, 22 febbraio 2007, n. 83.

⁴³ In proposito, cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. dogm. *Lumen Gentium*, n. 36; cost. past. *Gaudium et Spes*, nn. 42-43 e 76.

d'opinione e la loro autonomia *in rebus civitatis terrena*, né tantomeno operare alcuna interferenza con le istituzioni statali, venendo meno al rispetto del principio della distinzione degli ordini (e dunque, in ultima analisi, alle esigenze di una corretta interpretazione del principio della laicità della sfera pubblica) ⁴⁴.

7. *L'intervento del magistero ecclesiastico nel dibattito pubblico. Dignità della persona umana e "principi non negoziabili"*

Proprio in relazione a tale ultimo aspetto, il magistero della Chiesa ha ripetutamente sottolineato la legittimità, da più parti contestata, del proprio intervento nel dibattito pubblico, specialmente sui temi legati alla persona e alla famiglia (accoglienza della vita, eutanasia, procreazione artificiale, esercizio della sessualità, disciplina della convivenza tra coppie eterosessuali e omosessuali, scuola, ricerca scientifica, educazione dei giovani) e su quelli di rilevanza sociale (legalità e governo della cosa pubblica) ⁴⁵.

⁴⁴ Quella della *Ecclesia regens* non è, quindi, di un'azione volta ad individuare ed a proporre soluzioni concrete ai problemi temporali – ciò che è proprio della società civile e dei cittadini –, bensì, piuttosto, di una influenza morale e spirituale, nell'esercizio della quale l'autorità gerarchica è tenuta a rispettare la libertà e il legittimo pluralismo dei fedeli laici negli affari temporali, derivanti dalle radicali esigenze vocazionali loro proprie. Ne discende, come autorevolmente rilevato in dottrina, che fuori dalle ipotesi in cui serve a chiarire la coscienza in materia di fede e di morale, la funzione riconosciuta ai pastori della comunità ecclesiale di illuminare il retto ordine delle realtà terrene in quanto rientranti nel disegno divino, stabilendo i criteri dottrinali sui quali poggia la vita sociale, emettendo giudizi di valore su situazioni concrete allorché lo reputino necessario e richiesto dalla *salus animarum*, occupandosi della condotta morale dei fedeli anche in ciò che riguarda la loro azione temporale, deve essere sempre «armonicamente composta con la peculiarità dei compiti che spettano ai laici nelle realtà temporali e con la dottrina dell'autonomia di codeste realtà» (GAETANO LO CASTRO, *La promozione dell'uomo nei rapporti fra ordine temporale e ordine spirituale*, cit., p. 233); diversamente, si finirebbe per negare la primaria responsabilità del laicato cattolico nelle realtà temporali, svuotandola, nei fatti, di contenuto concreto.

⁴⁵ Contro la legittimità dell'intervento delle gerarchie ecclesiastiche nelle questioni etiche e di costume che lo Stato ritiene di dover regolare per legge si sono levate, negli ultimi anni, numerose critiche da parte di intellettuali di differenti aree culturali: fra i molti, cfr. GIAN ENRICO RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, Einaudi, 2000; ERMANNIO VITALE, *Libertà di religione. E dalla religione?*, nel vol. *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, a cura di Michelangelo Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 93-106; GIULIO GIORELLO, *Di nessuna Chiesa: la libertà del laico*, Milano, R. Cortina, 2005; EUGENIO LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, Laterza, 2006; PIERLUIGI CHIASSONI, *Lo Stato laico secondo Madre Chiesa*, in *Ragion pratica*, 28, giugno 2007, pp. 77-104. Seppure con sfumature meno accentuate, v. anche GIOVANNI MICCOLI, *In difesa della fede. La Chiesa di Giovanni Paolo II e Benedetto XVI*, Milano, Rizzoli, 2007, p. 337 ss., nonché GIOVANNI FILORAMO, *La Chiesa e la sfida della modernità*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 100 ss. In realtà, come attentamente rilevato, ad essere contestato non è tanto il diritto della Chiesa e dei suoi organi magisteriali e di governo ad esprimere il proprio giudizio morale su questioni che

Tale sottolineatura è stata operata per un verso chiarendo come, nel contesto delle moderne democrazie pluralistiche e pluriconfessionali, che fanno della laicità il loro emblema (e, per certi versi, il loro tratto distintivo), tale intervento null'altro rappresenti se non il legittimo esercizio di un diritto, di per sé incontestabile e incomprimibile, i cui presupposti legittimanti sono costituiti dal rispetto della libertà della Chiesa di proclamare la fede e dalla convinzione che l'operare della politica debba essere rivolto al conseguimento del bene comune⁴⁶; per l'altro, negando recisamente che lo stesso possa essere considerato come una ingerenza in qualche modo indebita della struttura gerarchica della Chiesa nelle vicende e nel campo di operatività della società civile, tale da mettere in discussione l'autonomia delle realtà terrene⁴⁷.

L'azione che la Chiesa dispiega intervenendo nel foro pubblico su questioni inerenti alla vita sociale e politica non va, difatti, a ledere o mettere in discussione l'autonomia istituzionale e giuridica dei processi politici. Essa, invero, non è diretta a fornire criteri e soluzioni per le questioni politiche del momento – compito che è proprio della società civile e dei cittadini, essendo la responsabilità politica una responsabilità essenzialmente laicale –, ma è invece volta ad illuminare le coscienze, permettendo loro di agire liberamente e responsabilmente secondo le esigenze autentiche di giustizia, per il bene della società.

Obiettivo primario della stessa, in specie, è quello di garantire e promuovere l'inviolabile dignità della persona, da perseguire richiamando consapevolmente una particolare attenzione su quei principi etici che per la loro natura e per la funzione di fondamento della vita sociale rivestono un valore basilare per la vita privata e ancor più per quella pubblica, e sono, perciò, da considerare,

attengono all'ordine politico, quanto, piuttosto, l'esercizio del suddetto diritto a seconda delle materie sulla quali in concreto esso si dirige (è il caso, ad esempio, delle questioni attinenti alla vita e, in genere, alla bioetica; mentre interventi come quelli a favore della pace o dei diritti umani non determinano tensioni o polemiche, in quanto diretti ad incidere su valori sostanzialmente condivisi nelle società occidentali). In proposito, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani della modernità*, Roma, Città nuova, 2008, p. 59.

⁴⁶ Sul punto, cfr. GIOVANNI PAOLO II, lett. enc. *Sollicitudo rei socialis* (30 dicembre 1987), n. 8; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota Dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, cit., n. 3; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, LEV, 2004, n. 426; BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, cit., n. 28.

⁴⁷ In proposito, cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota Dottrinale*, cit., n. 6; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa cattolica*, cit., nn. 197 e 571. Da ultimo, cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, 9 dicembre 2006; *Discorso ai partecipanti al Convegno promosso dal Partito Popolare europeo*, 30 marzo 2006.

per usare una espressione cara a Benedetto XVI, “non negoziabili”⁴⁸.

Tali principi, fra i quali vanno annoverati tutti i valori connessi alle grandi questioni dell'esistenza umana (e, principalmente, la tutela della vita in tutte le sue fasi, dal concepimento fino alla morte naturale; il riconoscimento e la promozione della struttura naturale della famiglia e la difesa della stessa dai tentativi di renderla giuridicamente equivalente a forme radicalmente diverse di unione; la tutela del diritto dei genitori di educare i propri figli), pur non essendo verità di fede, sono tuttavia da considerare, secondo l'insegnamento di Benedetto XVI, come «iscritti nella natura umana stessa e comuni, quindi, a tutta l'umanità»⁴⁹. Dal che discende che l'intervento della Chiesa diretto a difendere ed a promuovere tali principi non ha carattere confessionale, perché è indirizzato a tutte le persone, prescindendo dalla loro affiliazione religiosa; si tratta, inoltre, di un intervento necessario, cui la Chiesa è chiamata in ragione della sua funzione di garante dell'ordine naturale (ed a cui, pertanto, non può sottrarsi), giacché la negazione di tali principi «costituisce un'offesa contro la verità della persona umana, una ferita grave inflitta alla giustizia stessa»⁵⁰.

Del resto, quando interviene negli affari civili, la Chiesa non lo fa con l'intenzione di imporre autoritativamente il proprio punto di vista: non pretende, cioè, di dettare un'etica vincolante per tutti i cittadini, né di imporre scelte temporali concrete, influenzando sul governo della comunità politica. Essa, invero, «utilizzando tutti e soli quei mezzi che sono conformi al Vangelo e al bene di tutti, secondo la diversità dei tempi e delle situazioni»⁵¹, si limita a reclamare uno spazio ove liberamente far valere le proprie idee e il proprio

⁴⁸ L'espressione “principi non negoziabili”, già impiegata da Giovanni Paolo II, ricorre con una certa frequenza nel magistero di Benedetto XVI, che l'ha utilizzata per la prima volta nel già menzionato discorso ai parlamentari del Partito Popolare Europeo ricevuti in udienza il 30 marzo 2006 a Roma, per poi riprenderla, con maggior forza, nell'esortazione apostolica postsinodale *Sacramentum Caritatis* del 22 febbraio 2007, incentrata sull'Eucarestia, ove taluni «valori fondamentali, 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» sono qualificati “non negoziabili” in virtù del loro essere «fondati sulla natura umana» (n. 83). Sull'argomento Benedetto XVI è poi ripetutamente tornato, in via diretta o incidentale, nell'ambito del suo magistero. Da ultimo, cfr.: *Udienza generale*, 16 giugno 2010; *Discorso ai rappresentanti dell'Ufficio dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa*, 8 settembre 2010; *Discorso ai partecipanti all'Assemblea Generale della Caritas Internationalis*, 27 maggio 2011. Contro la categoria dei principi non negoziabili – o meglio, contro la pretesa del magistero ecclesiastico di definire autoritativamente come non negoziabili taluni principi relativi all'esistenza umana – cfr. GIAN ENRICO RUSCONI, *Discorso pubblico e discorso teologico. Le strategie comunicative di papa Ratzinger*, in *Il Mulino*, 2007, 5, p. 771 ss.

⁴⁹ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al Convegno promosso dal Partito Popolare europeo*, cit.

⁵⁰ BENEDETTO XVI, *loc. ult. cit.*

⁵¹ CONCILIO VATICANO II, cost. past. *Gaudium et spes*, n. 76.

ideale etico (richiamando, in specie, l'attenzione delle autorità civili e della opinione pubblica sulla necessità che il diritto positivo sia rispettoso della morale naturale): senza tuttavia, con ciò, mettere in discussione l'identità propria e la legittima autonomia della società umana, ma anzi sforzandosi di ricercare percorsi effettivi di dialogo e di collaborazione con lo Stato, nel rispetto delle reciproche sovranità, in vista del perseguimento del bene comune⁵².

8. *Libertà dei fedeli in materia temporale e dottrina sociale della Chiesa*

Nella visione del magistero ecclesiastico, dunque, il potere che la Chiesa gerarchica esercita mediante il suo influsso sulle coscienze dei fedeli non è – e non può, perciò, essere considerato – un potere politico in senso stretto, tale da concretare una forma di indebita ingerenza della stessa *in rebus civitatis terrena*, ma piuttosto un potere spirituale e morale, comunque subordinato all'accettazione, non coartabile con alcun mezzo di tipo politico, da parte dei destinatari degli insegnamenti della Chiesa stessa⁵³.

L'adesione a tali indicazioni da parte dei cattolici, cittadini e fedeli – e, dunque, l'attuazione concreta dei principi dettati dal magistero con riguardo all'impegno secolare – resta, difatti, fondamentale rimessa ad un atto di libertà, che implica sempre l'assunzione di una responsabilità morale da parte degli stessi. I credenti, in specie, pur essendo tenuti ad ascoltare e a seguire il magistero dei pastori relativo al loro comportamento nella *polis*, devono poi agire in essa in base alla propria libertà, iniziativa e responsabilità, ivi esercitando i propri compiti di cittadini e scegliendo, tra le opinioni politiche compatibili con la fede e la legge morale naturale, quella a loro parere più conforme alle esigenze del bene comune.

Perché, tuttavia, i fedeli laici possano essere realmente testimoni di Cristo e del Vangelo nella comunità civile e politica, al servizio del bene comune, risulta fondamentale, nella visione del pontefice, la capacità da parte degli stessi di recepire l'insegnamento magisteriale, e principalmente la comprensione profonda della dottrina sociale della Chiesa: di quei principi, cioè, «dell'ordine morale che scaturiscono dalla stessa natura umana»⁵⁴ e che, in relazione alle

⁵² In proposito, si vedano le considerazioni di ENZO BIANCHI, *La differenza cristiana*, Torino, Einaudi, 2006, p. 73.

⁵³ Sul punto, diffusamente, cfr. MARTIN RHONHEIMER, *Democrazia moderna, Stato laico e missione spirituale della Chiesa*, cit., p. 130 ss.; LUIS OKULIK, *La libertà della Chiesa nel contesto attuale*, cit., p. 94.

⁵⁴ CONCILIO VATICANO II, dich. *Dignitatis humanae*, n. 14.

mutevoli esigenze di ciascun momento storico, devono guidare, in armonia con lo spirito evangelico, l'organizzazione della società civile.

La funzione specifica di tale dottrina è, difatti, quella di formare la coscienza per ciò che riguarda l'ambito dell'azione politica, facendo crescere la percezione delle vere esigenze della giustizia. Essa, in specie, lungi dal voler conferire alla Chiesa un potere sullo Stato, o dal voler imporre, a coloro che non condividono la fede, prospettive e modi di comportamento che appartengono a questa, vuole semplicemente, per usare le parole di Benedetto XVI, «contribuire alla purificazione della ragione e recare il proprio aiuto per far sì che ciò che è giusto possa, qui e ora, essere riconosciuto e poi realizzato»⁵⁵.

In tale veste, la dottrina sociale della Chiesa costituisce, a giudizio del pontefice, lo strumento capace di attuare e garantire la sana laicità dello Stato, perché indica ai fedeli laici la via per la costruzione di un giusto ordinamento sociale e statale, mediante il quale a ciascuno venga riconosciuto ciò che gli spetta. Compito, questo, che, in quanto di ordine politico, non è – e non può essere, per le ragioni prima richiamate – di competenza diretta della Chiesa; poiché, tuttavia, la costruzione di un giusto ordinamento sociale e statale rappresenta, al contempo, «un compito umano primario, la Chiesa ha il dovere di offrire attraverso la purificazione della ragione e attraverso la formazione etica il suo contributo specifico, affinché le esigenze della giustizia diventino comprensibili e politicamente realizzabili»⁵⁶.

⁵⁵ BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, cit., n. 28. Sulla dottrina sociale della Chiesa esiste una bibliografia vastissima; fra i numerosi contributi, cfr., a titolo indicativo: MARIE DOMINIQUE CHENU, *La dottrina sociale della Chiesa. Origine e sviluppo (1891-1971)*, II ed., Brescia, Queriniana, 1977; JOSÉ MIGUEL IBAÑEZ LANGLOIS, *La dottrina sociale della Chiesa. Itinerario testuale dalla Rerum Novarum alla Sollicitudo rei socialis*, Milano, Ares, 1989; GIANNINO PIANA, *Magistero sociale*, in *Nuovo Dizionario di teologia morale*, a cura di Francesco Compagnoni, Giannino Piana e Salvatore Privitera, Cinisello Balsamo, San Paolo, 1990, pp. 651-708; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Dottrina sociale della Chiesa e diritto*, in *Iustitia*, 2005, pp. 35-77; LUIGI NEGRI, *Per un umanesimo del terzo millennio. Il Magistero sociale della Chiesa*, Milano, Ares, 2007; GIORGIO CAMPANINI, *La dottrina sociale della Chiesa: le acquisizioni e le nuove sfide*, Bologna, EDB, 2007; ANGELO SCOLA, *La dottrina sociale della Chiesa: risorse per una società plurale*, Milano, Vita e Pensiero, 2007; TARCISIO BERTONE, *L'etica del bene comune nella dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, LEV, 2008.

⁵⁶ BENEDETTO XVI, *loc. ult. cit.* Sulla natura e sulle finalità della dottrina sociale della Chiesa Benedetto XVI è tornato anche nella successiva enciclica *Caritas in veritate*, nella quale si trova affermato che tale dottrina è annuncio della verità dell'amore di Cristo nella società. La dottrina sociale, in specie, «è servizio della carità, ma nella verità» (BENEDETTO XVI, lett. enc. *Caritas in veritate*, cit., n. 5), la quale, sola, è garanzia di libertà; essa, infatti, «è servizio alla verità che libera. Aperta alla verità, da qualsiasi sapere provenga, la dottrina sociale della Chiesa l'accoglie, compone in unità i frammenti in cui spesso la ritrova, e la media nel vissuto sempre nuovo della società degli uomini e dei popoli» (ivi, n. 9).

9. *Libertà della Chiesa e “sana laicità” dello Stato quali condizioni indispensabili affinché i fedeli laici possano assolvere ai loro compiti. Insufficienza del modello dello “Stato laicista” e sua condanna.*

Riassumendo: il vero potere della Chiesa sta oggi, a ben guardare, nell'azione dei fedeli laici, cui è affidato il compito di edificare una società confacente alla dignità della persona umana, con la responsabilità e la libertà che agli stessi compete in qualità di cittadini di uno Stato costituzionale democratico, operando «con una coscienza ispirata e formata secondo la loro fede cattolica, alla quale il magistero ecclesiastico fornisce un orientamento indispensabile»⁵⁷.

Perché i fedeli cristiani possano assolvere a tale compito, è tuttavia necessario che alla Chiesa siano riconosciute le condizioni di libertà e di indipendenza necessarie al compimento della propria missione apostolica, la quale, come precedentemente ricordato, comprende anche, in modo essenziale e inscindibile, l'instaurazione dell'ordine temporale. Dal che discende il non potersi negare alla stessa, attraverso il proprio magistero, il diritto di intervenire su temi civili, ogni qualvolta si tratti di questioni dell'ordine temporale la cui soluzione riguarda un principio che interessa la dottrina cattolica: diritto che deve contemplare anche la possibilità per la Chiesa, se del caso, di riprovare una legge dello Stato ritenuta ingiusta perché contraria alla legge naturale, o di denunciare situazioni immorali permesse dalla legge civile, o, comunque, di fornire indicazioni ai cattolici impegnati in politica. Negare alla Chiesa tale diritto, richiedere alla stessa una sorta di neutralità silenziosa rispetto agli affari gestiti dallo Stato significherebbe impedirle di fatto di esercitare, o comunque limitare grandemente, quella *libertas* che trova il suo fondamento non solo nella divina rivelazione, e dunque nel carattere soprannaturale della Chiesa stessa quale ente di divina istituzione, ma anche nell'ordine naturale, e precisamente nell'essere la Chiesa «comunità di esseri umani che hanno il diritto di vivere nella società civile secondo i precetti della fede cristiana»⁵⁸.

Occorre, inoltre, che lo Stato, la comunità politica nella quale i fedeli cristiani vivono e operano, abbandoni ogni estremismo laicista e faccia sua quella laicità “sana” e “positiva”, la quale sappia coniugare alla legittima autonomia delle attività umane e all'indipendenza dello Stato dall'autorità ecclesiastica, che la Chiesa riconosce e rispetta in quanto richiesta dal bene

⁵⁷ MARTIN RHONHEIMER, *Democrazia moderna, Stato laico e missione spirituale della Chiesa*, cit., p. 133.

⁵⁸ CONCILIO VATICANO II, dich. *Dignitatis humanae*, n. 13.

comune, non già la preclusione ma l'apertura nei confronti delle fondamentali istanze etiche e, soprattutto, del "senso religioso" che l'uomo – ogni uomo – porta dentro di sé (e in cui, concretamente, si esprime l'apertura dell'essere umano alla Trascendenza).

Ecco allora l'insistenza da parte del recente magistero ecclesiale sul fatto che lo "Stato giustamente o sanamente laico" – quello, cioè, che si caratterizza per un atteggiamento ideologico di fondo consistente nel ritenere che il fenomeno religioso abbia un valore positivo per la società, e che se ne debba pertanto ammettere la dimensione e la rilevanza pubblica – sia un modello assiologicamente positivo, l'unica forma di Stato realmente conforme a verità e giustizia; e, di contro, la recisa condanna dello "Stato laicista", di quella forma, cioè, di aggregazione politica caratterizzata da un atteggiamento ideologico di fondo chiaramente a-religioso e anti-religioso, da una ostilità nei confronti di ogni forma di rilevanza politica e culturale della religione («*etsi Deus non daretur*»), dal rifiuto di qualunque riferimento ai fondamenti trascendenti della ragione, che nega alla Chiesa qualunque «titolo ad intervenire su tematiche relative alla vita e al comportamento dei cittadini [nonché] il diritto di pronunziarsi sui problemi morali che oggi interpellano la coscienza di tutti gli esseri umani, in particolare dei legislatori e dei giudici»⁵⁹; uno Stato che pretende di imporre, con la forza del proprio potere, «la verità della non-esistenza o non-rilevanza di Dio e della conseguente irrilevanza – e persino nocività – della religione»⁶⁰, finendo con il confondere la laicità delle istituzioni politiche con l'agnosticismo o l'ateismo pubblico.

10. *Considerazioni conclusive. Stretto rapporto fra i concetti di libertà della Chiesa e di laicità dello Stato nel magistero di Benedetto XVI*

Emerge con evidenza, da quanto rilevato, come il dibattito sulla libertà della Chiesa e sulla laicità dello Stato sia oggi quanto mai vivo e attuale, a testimonianza del carattere di perenne attualità che presentano i problemi concernenti le relazioni giuridiche fra Chiesa e Stato (a volere essere più precisi, fra società religiosa e società civile, con le rispettive potestà).

Di tale interesse si è fatto e si fa interprete l'odierno magistero ecclesia-

⁵⁹ BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al 56° Congresso Nazionale di studio promosso dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, cit.; ID., lett. enc. *Caritas in veritate*, cit., n. 56.

⁶⁰ MARTIN RHONHEIMER, *Democrazia moderna, Stato laico e missione spirituale della Chiesa*, cit., p. 116.

stico, il quale, in sostanziale continuità di pensiero con quello del periodo post-conciliare, appare fermo nel ribadire la volontà della Chiesa di rispettare la laicità dello Stato, intesa come autonomia delle realtà terrene (e, in particolare, come indipendenza dello Stato dall'autorità ecclesiastica), senza però smettere, al contempo, di esercitare liberamente e senza impedimenti la propria missione di annuncio della verità e di chiarimento delle coscienze (*libertas Ecclesiae*).

Da tale punto di vista, è possibile asserire che i principi di fondo in materia di libertà della Chiesa e di laicità dello Stato sono rimasti dall'epoca del Concilio ad oggi sostanzialmente inalterati (e che, dunque, le prospettive offerte dal Vaticano II circa le relazioni della Chiesa con le comunità politiche rappresentano delle linee guida tuttora valide, pur nelle mutate circostanze delle società contemporanee, multireligiose e multietniche).

Ciò malgrado, si è visto come all'interno della riflessione magisteriale e particolarmente nell'insegnamento di Benedetto XVI, le questioni della *libertas Ecclesiae* – della sua rivendicazione e difesa, nonché delle teoriche volte a giustificarla – e della laicità dello Stato emergano con accenti, significati e possibili esiti parzialmente diversi dal passato.

Ciò in quanto, nel medesimo arco di tempo e con specifico riferimento ai Paesi dell'area occidentale, risultano profondamente mutati tanto il contesto dei rapporti fra società religiosa e società civile (e fra le rispettive potestà), quanto, e in conseguenza, la funzione di magistero della Chiesa cattolica, la quale, nel corso del Novecento e specialmente negli ultimi decenni, ha conosciuto, e sta tuttora conoscendo un processo di significativa evoluzione, sia sul piano dei contenuti e dei suoi destinatari concreti, sia per quanto concerne il suo stesso fondamento⁶¹.

Il magistero, in particolare, riveste oggi una funzione sempre più importante nell'ambito della missione della Chiesa e nella configurazione delle sue relazioni con la comunità politica, offrendosi (e concretamente ponendosi) come canale privilegiato di dialogo e di confronto con il mondo e con la cultura contemporanea. L'esercizio del *munus docendi* da parte della Chiesa negli ordinamenti secolari va, inoltre, sempre più caratterizzandosi come specifico contributo della stessa alla costruzione di un ordine sociale e politico ispirato a giustizia. In altri termini, il magistero si pone come fondamentale ispiratore della vita civile, in ragione del fatto che la Chiesa è depositaria

⁶¹ Sul punto, si vedano le interessanti considerazioni di PAOLO CAVANA, *Libertà di Magistero e Stato costituzionale*, nel vol. *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, a cura di Giuseppe Dalla Torre e Pasquale Lillo, Torino, Giappichelli, 2008, p. 191.

dei valori portanti della nostra civiltà. In tale veste, esso tende vieppiù ad assumere anche una funzione di stimolo e di giudizio critico nei confronti dell'evoluzione degli ordinamenti civili alla luce dei valori religiosi e morali cristiani, nelle materie di rilevanza etica e ovunque lo richieda la tutela dell'uomo e dei suoi diritti fondamentali⁶²; funzione che trova fondamento e tutela nella *libertas Ecclesiae* e che presuppone una corretta comprensione del concetto di laicità dello Stato (nel senso evidenziato in precedenza), costituendo il medesimo condizione indispensabile per poter inquadrare, nel contesto delle attuali società democratiche, la necessità dell'impegno volto a garantire che la vita pubblica sia ordinata secondo quei valori di libertà, giustizia, pace, rispetto per la vita, solidarietà, etc., che sono inseparabili dalla coscienza cristiana.

Ma sono la secolarizzazione della società civile e delle sue istituzioni, l'accentuarsi di quel processo di separazione tra organizzazione politica e società religiosa sulla base di una crescente divaricazione dei valori ispiratori di ciascun ordinamento che porta, nelle sue accezioni più estreme, ad intendere la modernità come liberazione della società dalla presenza religiosa, l'affermarsi, conseguente, dell'idea per cui la società e quindi lo Stato si presentano come i valori definitivi della persona e della società stessa, sono tali fattori, singolarmente considerati e nel loro insieme, a rendere inevitabile e, al contempo, a tracciare le linee guida dell'evoluzione dei concetti di *libertas Ecclesiae* e di laicità dello Stato all'interno della riflessione magisteriale.

In un contesto nel quale un termine come laicità sembra essere diventato quasi l'emblema qualificante della post-modernità, in particolare della moderna democrazia, risulta, difatti, evidente, in ambito secolare, la tendenza a contrapporre la "libertà della Chiesa" alla "laicità dello Stato", quasi che la rivendicazione dell'una escludesse (o limitasse fortemente) l'altra. Si pensi, in proposito, alle molteplici situazioni di contrasto tra autorità civile e autorità ecclesiastica (leggi in favore dell'aborto e dell'eutanasia, interventi di riforma del diritto di famiglia e, in specie, dell'istituto del matrimonio, riforme educative, ecc.) manifestatesi in diversi Paesi, specie dell'area occidentale, nelle quali si è sistematicamente qualificato l'intervento della Chiesa cattolica come ingerenza indebita negli affari civili⁶³.

Una tendenza contro la quale si è schierato apertamente Benedetto XVI. Dall'insegnamento dell'attuale pontefice emerge, invero, con evidenza l'invito a considerare la questione della *libertas Ecclesiae* (e della sua concreta

⁶² Per approfondimenti, cfr. PAOLO CAVANA, *op. ult. cit.*, p. 192 ss.

⁶³ In proposito, v. *supra*, § 7.

rivendicazione quale principio fondamentale nelle relazioni fra la Chiesa e i poteri pubblici e tutto l'ordinamento civile, in linea con l'insegnamento conciliare) in armonico ed inscindibile rapporto con la legittima laicità dello Stato, vista, quest'ultima, come condizione essenziale per il riconoscimento alla comunità ecclesiale del diritto al libero svolgimento delle attività connesse alla sua universale missione di salvezza tra i popoli.

Libertas Ecclesiae e laicità dello Stato, lungi dall'escludersi o dal limitarsi vicendevolmente, costituiscono concetti destinati ad integrarsi tra di loro armonicamente per favorire, nel rispetto della reciproca autonomia tra l'ordine temporale e quello spirituale, una sana collaborazione e un senso di lealtà condivisa tra gli ordini stessi e le rispettive potestà, a vantaggio del bene comune della società. L'una e l'altra, pertanto, devono essere intese, tanto da parte della Chiesa quanto da parte della comunità politica, come un metodo del proprio agire, come strumenti idonei e indispensabili a garantire la collaborazione e la coordinazione delle proprie attività, nel rispetto dell'autonomia delle reciproche competenze.

Si tratta di una visione positiva e non concorrenziale del rapporto Chiesa-comunità politica, in cui il principio della laicità dello Stato si pone non come ostacolo all'esercizio, ma come garanzia del rispetto della *libertas Ecclesiae*, giacché impegna i poteri civili al rispetto del fatto religioso come un aspetto essenziale della vita umana anche nella sua dimensione sociale e pubblica, in sintonia con la necessità, prioritaria per la Chiesa, di garantire e promuovere il rispetto del valore dell'umano e della suprema dignità della coscienza morale.

11. *Le problematiche etiche ed antropologiche al centro dei nuovi conflitti fra società politica e società religiosa (e fra le rispettive potestà)*

Una retta concezione della laicità, che non disconosca alla religione il suo ruolo pubblico, ma consideri invece la stessa come una risorsa per la crescita della comunità politica nel suo insieme, appare, peraltro, tanto più necessaria nel contesto delle attuali società democratiche, nelle quali è in atto un significativo mutamento, nell'essenza e nella percezione, dei conflitti fra società politica e società religiosa (e fra le rispettive potestà). Conflitti che non riguardano più, come in passato, i rapporti istituzionali fra le stesse, quelle, cioè, che potevano definirsi le relazioni ecclesiastiche classiche: al riguardo, difatti, la distinzione e l'autonomia reciproca si ritengono ormai «sostanzialmente accettate e condivise sia dai cattolici sia dai laici, e con esse l'apertura pluralista degli ordinamenti dello Stato democratico e liberale alle

posizioni più diverse, che di per sé hanno tutte, davanti allo Stato, uguali diritti e uguale dignità»⁶⁴.

Oggi, invece, i conflitti fra le due società investono fondamentalmente la concezione dell'uomo nei suoi rapporti con la scienza, la tecnica e le scelte fondamentali della propria esistenza. Oggetto del contendere sono divenute, cioè, le grandi questioni etiche ed antropologiche (quelle, cioè, che riguardano l'esperienza originaria dell'uomo in sé e nel suo vivere sociale) emerse a seguito sia dei profondi cambiamenti intervenuti nei costumi e nei comportamenti, sia delle nuove applicazioni al soggetto umano delle biotecnologie; questioni che, come autorevolmente rilevato, hanno «chiaramente una dimensione non soltanto personale e privata ma anche pubblica e non possono trovare risposta se non sulla base della concezione dell'uomo a cui si fa riferimento: in particolare della domanda di fondo se l'uomo sia soltanto un essere della natura, frutto dell'evoluzione cosmica e biologica, o invece abbia anche una dimensione trascendente, irriducibile all'universo fisico»⁶⁵.

Si tratta, come risulta evidente, di un conflitto di valori, rispetto al quale il concetto di laicità dello Stato viene strumentalmente utilizzato, all'interno della società civile, per escludere ogni rilievo sociale al fatto religioso (e, dunque, alla visione cattolica della vita e del destino dell'uomo); dello scontro, in altri termini, tra due differenti visioni del mondo, quella di chi crede nell'esistenza di principi e di valori immutabili, impressi da Dio nella natura dell'uomo, e quella di chi è convinto, invece, che nulla esista di stabile e di permanente, ma che tutto sia relativo ai tempi, ai luoghi, alle circostanze.

12. *Benedetto XVI e la proposta di una società che accetti di ragionare "veluti si Deus daretur". La retta comprensione della laicità quale condizione essenziale per garantire la dignità della persona umana e le esigenze del bene comune.*

Proprio l'opposizione a tale visione del mondo, a quel relativismo dilagante nelle attuali società, che non di rado viene concepito come elemento costitutivo essenziale della democrazia, rappresenta uno dei fili conduttori del magistero di Benedetto XVI.

Secondo il pontefice, in particolare, per combattere le derive del rela-

⁶⁴ CAMILLO RUINI, *Laicità, punti fermi per l'etica pubblica*, in *L'Avvenire*, 19 febbraio 2009, p. 26.

⁶⁵ *Ibidem*.

tivismo etico sarebbe opportuno rovesciare l'assunto tradizionale di una società laica in cui l'autonomia della religione e dei suoi valori si fonda sulla formula risalente a Ugo Grozio "*etsi Deus non daretur*" (anche se Dio non esistesse), ormai storicamente inadeguato perché nel corso del secolo XX è progressivamente venuta meno quella larga coincidenza di contenuti tra etica pubblica civile e morale cristiana che costituiva il senso concreto di tale formula, sostituendolo con la formula inversa, "*veluti si Deus daretur*" (come se Dio esistesse)⁶⁶. Facendo propria la proposta formulata dal pontefice, ragionando cioè come se Dio ci fosse, si supererebbe, infatti, la limitazione autodecretata della ragione a ciò che è sperimentalmente, verificabile, aprendo ad essa di nuovo tutta la sua ampiezza. Anche coloro che non credono in Dio, pertanto, dovrebbero accettare tale ipotesi come punto di partenza, cercando di vivere e di indirizzare la propria vita come se Dio ci fosse. Ragionando "*veluti si Deus daretur*", infatti, si garantirebbe il rispetto della libertà di tutti, e si potrebbe, in ultima analisi, pervenire ad una relativizzazione della distinzione-opposizione tra laici e credenti, così radicata nella società attuale, nell'interesse delle esigenze di quel bene comune, cui la Chiesa e la comunità politica devono, ognuna conformemente alla propria natura e finalità, istituzionalmente tendere⁶⁷.

In mancanza di tale approdo, del resto di difficile realizzabilità concreta, occorre allora insistere sulla necessità di elaborare una corretta visione del principio della laicità della sfera pubblica.

La retta comprensione della laicità è, infatti, in grado di garantire una fondamentale dimensione dell'essere umano, quale l'apertura alla Trascendenza, la quale fonda la dignità della persona, sostiene la ragione umana nell'individuazione dei valori comuni (quelli, cioè, condivisibili da tutti, credenti e non credenti, perché fondati sulla natura umana), impedisce che la società politica trovi in se stessa l'unico fondamento, esponendosi al rischio

⁶⁶ JOSEPH RATZINGER, *L'Europa nella crisi delle culture*, Conferenza tenuta la sera di venerdì 1 aprile 2005 a Subiaco, al Monastero di Santa Scolastica, in occasione della consegna all'autore del Premio San Benedetto "per la promozione della vita e della famiglia in Europa"; ora pubblicata anche nel vol. ID., *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, cit., pp. 60-63.

⁶⁷ Il non credente che accetti di ragionare *veluti si Deus daretur* vedrà, infatti, in quel Dio un «Dio laico, è un Dio che non ha volto definito, non ha dogmi incorreggibili, non ha rivelazioni irriducibili, non ha interpreti inappellabili, (...), non ha riti esclusivi. Quel Dio è il Dio della sua coscienza, il Dio che lo rende consapevole della sua finitezza, della sua miseria come della sua grandezza, il Dio che lo fa agente morale, il Dio che misteriosamente lo punisce o lo approva, il Dio delle sue angosce e delle sue esaltazioni» (MARCELLO PERA, *Introduzione*, nel vol. *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, cit., p. 23). Tra questo Dio laico e il Dio cristiano c'è di mezzo la Rivelazione, che per un cristiano rappresenta l'essenza della sua fede. (...) Ma «quanto agli effetti sulla vita individuale e sociale, tra il Dio laico e il Dio cristiano non vi sono serie differenze» (*ibidem*).

del totalitarismo; nella convinzione che solo una laicità così intesa possa realmente corrispondere alle esigenze attuali del bene comune, perché in grado di impedire da una parte l'imposizione di una teoria morale che trasformi la società civile in uno Stato etico, dall'altra il rifiuto a priori dei valori morali che in ambiti culturali, religiosi, ecc., sono liberi e non debbono, perciò, essere gestiti dal potere.

L'Assistenza religiosa alla Polizia di Stato *(Nel sistema delle fonti)*

RAFFAELE PASCALI

Capitolo primo *Analisi dei momenti di transizione*

«L'umanità produce Bibbie e cannoni;
edifica chiese, e contro le chiese edifica atenei;
trasforma i conventi in caserme,
ma assegna alle caserme cappellani militari.»
(R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*)

1. *Cenni sull'origine dell'assistenza spirituale alla Polizia di Stato.*

«Per il il più semplice racconto
che mi accingo a scrivere,
non mi aspetto né sollecito credito alcuno.
Sarei matto ad aspettarmelo.»
(E.A. POE, *Il gatto nero*)

All'origine dello Stato italiano, l'assistenza religiosa fu comune per i militari e i corpi ad essi assimilati ed equiparati e venne affidata ai Cappellani militari. Tale servizio fu soppresso nel 1866, secondo la politica separatista dell'Italia del tempo, cui corrispose, da parte della Chiesa, il divieto per i cattolici di partecipare alla vita politica (*Non expedit*). Pure, di fatto, la presenza dei Cappellani continuò (nel 1867 se ne registravano 187) ed essi vennero utilizzati come ausiliari in settori assistenziali nella Guerra di Libia e nella Prima Guerra Mondiale. Intanto, una prima legge organica per assicurare stabilità all'ufficio

e alla struttura dell'*Ordinariato Militare* dei Cappellani militari fu emanata nel 1926. Con il Concordato lateranense, l'Assistenza religiosa cattolica ai militari assunse funzione di struttura istituzionale organica, anche in tempo di pace, erogata anche nei luoghi di cura e di pena. Alla vigilia della seconda guerra mondiale, la l. 16 gennaio 1936, n. 77 conferì maggiore autonomia all'*Ordinariato Militare*, configurando anche una prima bozza dello stato giuridico dei Cappellani, sempre nei ruoli del servizio ausiliario.

Con la caduta del fascismo e della monarchia, la Repubblica confermò (e anzi valorizzò col riferimento costituzionale ai Patti lateranensi) la legittimità dell'Assistenza religiosa cattolica ai militari e alle forze dell'Ordine. La l. 10 aprile 1954, n. 113 e la l. 1 giugno 1961, n. 512 definirono lo stato giuridico dei Cappellani.

Con particolare riferimento alla Polizia di Stato, dal 1852, anno fondativo del Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza sino alla riforma e smilitarizzazione della Polizia di Stato (dichiarata con legge 1.4.1981, n.121) si ebbero ovviamente diverse forme organizzative¹. L'assistenza religiosa fu assicurata in ogni caso alla Polizia mediante Cappellani specifici dedicati. L'art. 69 della l. 121/81 e la successiva modificazione e revisione del Concordato (l.121/85; v. spec. art. 11), nel confermare l'assistenza religiosa cattolica al Corpo di Polizia, lo regolarono con le apposite Intese ricordate, la prima delle quali, ratificata dal d.P.R. n. 92 del 17/01/1991, rimediò a un vuoto, formale ma anche pressoché sostanziale, quasi decennale. Su questa fase transitoria, ritorneremo nel prossimo paragrafo. Successivamente, con il d. P. R. n. 421 del 27/10/1999 si rivede e si aggiorna la precedente Intesa, specificando un nuovo assetto dei Cappellani anche in ambito territoriale. Poi, con i Decreti Ministeriali del 5/02/2002 (a firma del Ministro Scajola) e poi dell'8/10/2004 (a firma del Ministro Pisanu) – in asserita conformità con le previsioni dell'art.9

¹ Per riferimenti giuridici essenziali, relativi all'Assistenza spirituale nella Polizia di Stato, si tengano presenti la legge n. 121 del 01/04/1981: art. 69; la normativa interna di adeguamento alla Revisione del Concordato Lateranense (18/02/1984); la legge n. 121 del 01/04/1981: art. 69; la legge n. 121 del 25/03/1985: art. 11; l'Intesa C.E.I. / M.I. (n.1) del 21/12/1990 D.P.R. n.92 del 17/01/1991; la Circolare M.I. n.559/D/9/64.1 del 02/10/1991 (Scotti); la Circolare M.I. n.559/D/9/64.1 del 03/10/1996 (Napolitano); il D. M. 05/02/02 (Scajola). La legislazione vigente contempla l'Intesa C.E.I. / M.I. (n.2) del 09/09/1999 D.P.R. n.421 del 27/10/1999; i D. M. 8/10/2004 (Pisanu); il c.d. Decreto sedi 30/12/2004 (Pisanu); i Decreti di nomina dei Cappellani; le Circolari del Capo della P.S.: Circolare del 15/03/2005 (De Gennaro); Circolare del 31/03/2006 (De Gennaro); le Circolari del Direttore Centrale per gli AA.GG della P.S.: Circolare del 20/06/2006 (Cecere Palazzo); Circolare del 30/06/2006 (Cecere Palazzo). Il cosiddetto "Protocollo di Intesa" nella lotta alla pedofilia tra "la Questura di Foggia, l'Arcidiocesi di Foggia e Bovino e la Sezione della Polizia postale e delle Comunicazioni di Foggia" costituisce documento ma non fonte non risultando esecutivamente formalizzato e operativo.

dell'Intesa – furono ulteriormente precisati gli aspetti amministrativi ed organizzativi del “servizio” dei Cappellani nella Polizia di Stato.

La riforma del Corpo della Polizia di Stato (l. 121/1981, con la sua formale *smilitarizzazione*) e la modificazione del Concordato (art. 11, l. 121 del 1985) hanno previsto l'Assistenza spirituale cattolica per il personale della Polizia di Stato, nell'osservanza dei principi costituzionali (Cost. artt. 7, 8, 19, 20) mediante l'adeguamento dello stato giuridico e dell'organizzazione dei Cappellani, alle nuove esigenze postulate dalle radicali innovazioni intervenute, conformemente alle Intese bilaterali stipulate tra Ministero degli Interni e Conferenza Episcopale Italiana. Con d. P. R. 17 gennaio 1991, n. 92, di esecuzione di una prima Intesa e poi con d. P. R. n. 421 del 27 ottobre 1999, relativo alla seconda Intesa, si è disciplinato il servizio pastorale dei Cappellani, oltre che negli Istituti di Istruzione, anche nelle strutture territoriali della Polizia di Stato (e, certo, lo ha ampliato, estendendo [8.-1, c della seconda Intesa] l'assistenza spirituale anche «ai familiari, soprattutto nelle situazioni di emergenza», non prevista nel testo della prima Intesa). Il Decreto Ministeriale dell'8 ottobre 2004, a firma del Ministro Pisanu, ha ulteriormente specificato aspetti amministrativi e organizzativi del servizio dei Cappellani nella Polizia di Stato, precisando – tra l'altro – che i cappellani «offrono il sostegno al personale e alle famiglie in difficoltà, *anche attraverso iniziative di carità e solidarietà* [corsivo aggiunto]» (punto 2, al *trattino* quarto del relativo elenco); specificazione non prevista nel testo della relativa prima Intesa, né certo dalla legge di *smilitarizzazione* del Corpo della Polizia di Stato.

Come si vede, c'è una sistematica, continua proiezione, per così dire, o *espansione* (pare certa quella relativa all'assistenza dei *familiari* del personale di polizia), forse legittima, forse no, o semplice determinazione della norma *inferiore* (di minor livello) con riguardo alla silente sul punto norma *superiore* (nel senso gerarchico precisato). Un'autoreferenza che desta non poche perplessità, quando non trovi un possibile riscontro inverso nella sovraordinata fonte di riferimento.

Indulge, in tal senso, ma non costituisce affatto una novità, se non fosse per il livello infimo che dovrebbe occupare nella gerarchia delle fonti, anche il cosiddetto, tuttora virtuale e forse non operativo, almeno formalmente, “Protocollo di Intesa” nella lotta alla pedofilia tra “la Questura di Foggia, l'Arcidiocesi di Foggia e Bovino e la Sezione della Polizia postale e delle Comunicazioni di Foggia”. Si tratta di autentica *singolarità* in materia, di non disagevole, ma forse, in qualche modo, surreale qualificazione giuridica, apparentemente datato 8.9.2010 (la data riferisce al documento di trasmissione al Ministero [cat. A4/2010] dell'Ufficio di Gabinetto della Questura

di Foggia al Ministero, mentre il Preambolo allegato risulta firmato ma non datato né, come detto, formalmente operante).

Il servizio di assistenza religiosa alla Polizia prevede oggi la presenza del Cappellano per ogni provincia, designato dall'Ordinario locale e con nomina del Ministro degli Affari Interni. Si parla, a riguardo, di 'Pastorale d'ambiente', con attenzione per la formazione umana e professionale del singolo agente, per la maturazione di quei valori morali e spirituali, che egli è chiamato a serbare e sviluppare in sé.

Intanto, con un sorprendente salto qualitativo, con la seconda Intesa, l'assistenza spirituale, come s'è detto, fu estesa alle famiglie dei Poliziotti, specie se in crisi, mentre speciale cura fu riservata anche alla formazione delle future famiglie, mediante corsi di catechesi di preparazione al matrimonio.

2. Peculiarità nella normativa sull'assistenza spirituale alla Polizia di Stato

«Parlando di infinitamente grande e infinitamente piccolo, si pensa a due "mondi" separati, diametralmente opposti; e in effetti è così, però sostituendo il termine "infinitamente" con "indefinitamente", così facendo, si rimane in un contesto limitato, quantitativo, e quindi si può dire che uno spazio/tempo/materia/quantità/numero/ecc... indefinitamente piccolo sia tutt'altra cosa da uno spazio/tempo/materia/quantità/numero/ecc.. indefinitamente grande, ...come se volessimo paragonare un granello di polvere col cosmo intero»

(ANONIMO)²;

*«Come se ci si aspettasse di trovare lì la risposta
all'enigma dell'universo»*

(JAMES)

Il problema dell'assistenza religiosa – cattolica e non cattolica – in favore del personale della Polizia di Stato presenta – rispetto ai temi generali e diversi dell'assistenza spirituale ai lavoratori³ e al personale inquadrato nelle

² ANONIMO, su http://www.riflessioni.it/lettereonline/concetto_infinito.htm, rilevato il 29 luglio 2011.

³ A riguardo, cfr., in generale, VALERIO TOZZI, *Assistenza religiosa e diritto ecclesiastico*, Napoli, 1985 (con specifico riferimento alla Polizia di Stato a p.192 nota n. 66) e, in precedenza, ANTONIO VITALE, *Assistenza spirituale e diritto del lavoro*, in *Dir. eccl.* 1979, II, p. 374 ss. (nota a Pret. Savona 15 marzo 1978 e a Trib.Savona 30 dic.1978).

forze armate⁴ – aspetti suoi propri e peculiarità che ci sono sempre apparsi solo marginalmente avvertiti, quando non siano apparsi (escluso un nostro studio dedicato al tema) inaccennati del tutto, pur interessando anche il diritto canonico oltre che, naturalmente, il diritto ecclesiastico civile.

Contro questa minore attenzione della dottrina ecclesiasticistica rispetto al tema in esame fece appunto naturale eccezione una nostra ricerca, che pose in evidenza l'obbligo della disciplina, oltre che forse il fascino – quasi una sfida – di 'capire e sistemare', nell'ordine della qualificazione giuridica, una riforma informe e grezza, approssimativa e rabberciata, un 'osso di seppia', insomma, che non poteva non essere disincrostato, alla luce del crivello dommatico, con paziente lavoro di rispettosa comprensione, delle sue evidenti contraddizioni e improprietà, persino giuridico-lessicali. Per chi come noi da tempo va meditando sulle eventuali (e sinora mai avvertite, per ragioni storiche, che a noi appaiono comprensibilissime, ma sulle quali ora non è il caso di indugiare) relazioni tra esito estetico e logica giuridica (forse coincidente con quello dommatico, forse no), l'argomento sembrava costituire (a livello di presupposto e riflessione interiore, non disvelata, ma non occulta) un modello ideale di esercizio e di analisi tecnica, proprio in virtù del carattere *naïf* dell'iniziale parto normativo, non certo unico, ma pur esso esemplare, quasi una sfida alle proprie ipotesi, tutte da levigare, forse, e certo 'rivoluzionarie', anche troppo – ne siamo ben consapevoli – ma nient'affatto nebulose, anche se da proporre in una trama di cautele e gradazioni, secondo la naturale e talora prepotente loro imposizione e non solo per non ridursi alla ingenua contrapposizione di radicali e opposte opzioni, a un sì, a un no, senza confronto (modello di riferimento – quello di una perfezione lineare che superi la stessa coerenza dogmatica, che è già il massimo che si possa sensatamente pretendere dall'interprete in relazione al dato giuridico, per attingere a una lettura qualitativamente diversa e più elevata, quella appunto della dimensione estetica).

In ogni caso, la trascuranza della dottrina per il tema sembrava comprensibile, specie inizialmente, alla luce di diverse spiegazioni. Una prima ragione poteva essere rappresentata dalla peculiarità della materia e dal suo carattere circoscritto e settoriale, anche se ci saremmo aspettati, persino a livello istituzionale (di manuale, per intenderci) una maggiore attenzione da

⁴ Su cui v. RAFFAELE COPPOLA, *Dalla costituzione apostolica Spirituali militum curae allo statuto dell'ordinariato militare in Italia*, 1988, in *Dir. eccl.*, I, p. 304 ss.; spec. a p. 192 nota n. 66, nonché ANTONIO INGOGLIA, *La disciplina canonica della cura castrense secondo lo statuto dell'ordinariato militare d'Italia*, in *Dir. eccl.*, 1988, II, p. 692 ss.; pubblicato anche in AA.VV., *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico* (a cura di VALERIO TOZZI), Edisud, Salerno, 1990, p.51 ss.

parte dei cultori di diritto ecclesiastico, proprio in relazione alla singolarità dell'esperienza (e tanto più poi, in tanti anni di applicazione ed evoluzione della materia), mentre dal punto di vista sociologico si sarebbe potuto riflettere su come ogni fragile cambiamento politico o finanche ministeriale (all'inizio, si era nel pieno della prima Repubblica) avrebbe prodotto puntuali riflessi nella rappresentazione normativa specifica. La prima norma formalmente introduttiva del diritto all'assistenza religiosa al personale della (nuova) Polizia di Stato è costituita infatti dall'art.69 della legge n.121 del 1° aprile 1981⁵. Un secondo motivo, di carattere più generale, è dato dal fatto che la scienza del diritto ecclesiastico è stata lungamente impegnata nel compito di dar vita a una nuova comprensione teorica, a una vera e propria «riletatura» delle linee fondamentali degli istituti quali emergevano dall'eccezionale dinamica prodotta dalla – assai avanzata, ma mai veramente conclusa⁶ - *stagione dei concordati*⁷ (di cui peraltro anche il tema dell'assistenza religiosa alla P.S. costituiva – come tuttora - un aspetto particolare). Infine, una terza spiegazione del sostanziale silenzio della dottrina può essere individuato nello sterile e incoerente susseguirsi - per quasi un decennio - delle innovazioni normative⁸, prive, sino al 1991, di ogni sostanziale attuazione⁹. L'impressione è che l'im-

⁵ 1.1° aprile 1981, n.121 : *Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*. Le norme particolari di maggior interesse per il diritto ecclesiastico sono costituite dall'art.7 della legge (sul divieto di «raccolgere dati e informazioni sui cittadini per il solo fatto della loro razza, fede religiosa od opinione politica») e l'art. 69 che, per la sua importanza, testualmente si riporta: «Assistenza religiosa. - Al personale della polizia di Stato, che risieda presso alloggi collettivi di servizio o scuole, è assicurata l'assistenza religiosa, nel rispetto dei principi costituzionali. [comma secondo:] Per assicurare l'assistenza religiosa è escluso il ricorso ai cappellani militari». Sui lavori preparatori cfr. in particolare il *Resoconto stenografico degli Atti Parlamentari della Camera dei Deputati, Seduta* di giovedì 10 luglio 1980 n.184, specie p. 31 ss. (sui rapporti tra smilitarizzazione e regolamento sulla libertà religiosa da applicare), nonché il *Resoconto sommario della 239ª Seduta pubblica del Senato*, specie p. 22 ss.

⁶ Di particolare significato le trattative per un'intesa con gli appartenenti alle diverse comunità religiose islamiche e quella con i *Testimoni di Geova*. Peraltro, tutte le intese di successiva costituzione posero in termini formali il problema dell'effettiva assistenza religiosa anche alla Polizia di Stato. Così, l'intesa con l'*Ucebi* (Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia) del 29 marzo 1993, così l'intesa con la Chiesa Evangelica Luterana in Italia del 20 aprile 1993.

⁷ Sulla dinamica normativa del tempo, v. SALVATORE BERLINGÒ, GIUSEPPE CASUSCELLI, SARA DOMIANELLO, *Le fonti del diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 1993, p.39 ss; nonché gli Atti del Seminario di Urbino (22\24 ottobre 1993) su *Principio pattizio e realtà religiosa*, Giappichelli, Torino, 1995.

⁸ Dopo oltre un lustro dalla l. 1° aprile 1981, n.121: *Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza* (cit. *supra* sub nota 3), la l.10 ottobre 1986 n.668 (*Modifiche e integrazioni alla l. 1° aprile 1991, n.121*, e relativi decreti di attuazione, sul nuovo ordinamento della pubblica sicurezza) nulla in realtà attuò o integrò o modificò per quanto riguarda l'argomento in esame, continuando a lasciare inattuata la normativa n. 121 del 1991 sull'assistenza religiosa alla P.S.

⁹ d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92: *Esecuzione dell'Intesa tra il Ministro dell'interno [degli interni] e il Presidente della Conferenza episcopale italiana*, firmata il 21 dicembre 1990, che stabilì le modalità

portanza anche teorica del tema (per quanto circoscritto e marginale esso sia stato e lo si sia voluto ritenere) sia stata comunque lungamente sottovalutata per tutta la parabola della produzione normativa, sino alla riforma, di maggior completezza, ma pur essa significativa e interessante per aver abilmente esteso l'assistenza religiosa (*alle famiglie* del personale di polizia) oltre il nucleo originariamente previsto. Tutti capiscono che è una questione di *fonti* quella della perfetta legittimità delle innovazioni via via intervenute, per cui chi ritiene *superato* il criterio delle *fonti graduate* per una corretta qualificazione della legittimità del titolo della norma, ha già bell'e risolto il problema (forse legittimamente, forse no, sull'astratto piano dogmatico e delle garanzie del rispetto delle regole del giuoco). In ogni caso, gli scrimini giuridici reclamano motivazioni espresse e non semplicemente presupposte.

Sul piano delle indagini, allo stato, risultano in qualche caso tracciati dalla dottrina – ma in termini sempre alquanto generici (sin troppo) – solo i contorni fisionomici del problema dell'assistenza religiosa alla P.S., raramente con apprezzati cenni a talune questioni fondamentali. Solitamente sono lasciati in ombra sia gli elementi sistematici della disciplina che ogni aspetto particolare (insomma è sfocato il quadro e il dettaglio; e da troppo tempo, per cui alla fine, tutto questo non pare ammissibile). E la cosa è anche strana. L'argomento in esame, infatti, per quanto circoscritto e benché costituisca, come s'è detto, un settore certamente marginale rispetto alle grandi tematiche che impegnano la meditazione della dottrina ecclesiasticistica nel tempo presente, sembra egualmente reclamare una qualche attenzione e almeno una serie di risposte a dubbi precisi. Questi ultimi, specifici della materia trattata, hanno in passato rappresentato (con significativi residui anche attuali) dei veri e propri ostacoli, a lungo impeditivi di una lettura complessiva e sistematica delle disposizioni normative. Dubbi e questioni preliminari sopravvivono (sia pure solo in parte) sempre tali, in quanto in passato costantemente tenuti in ombra e neppure esaminati specificamente, come tema, dalla dottrina, con l'eccezione solitaria di quel nostro studio, lontano e marginale, appena menzionato, che ha stravolto la comune accezione del dettato normativo: nessun rapporto di lavoro, né pubblico, né privato, né di alcun genere, un pò come la Casa (senza soffitto, senza cucina...) splendidamente interpretata da Sergio Endrigo¹⁰; il che però

per assicurare l'assistenza spirituale al personale della Polizia di Stato.

¹⁰ Endrigo interpretò delicatamente *La casa*, tema freudiano, il cui testo e la cui musica originali sono di Vinicius de Moraes, secondo la traduzione di Sergio Bardotti. Quanto al riferimento psicanalitico (troppo evidente la regressione infantile per doverla rammentare) si pensi anche a *Casa bianca* di Don Backy, specie nell'interpretazione congiunta dell'Autore e di Marisa Sannia, dalla voce volutamente acerba e tremula, impercettibilmente roca.

strideva con la meticolosa disciplina che la scarna dottrina pretendeva fondata sul nulla inqualificato (come se veramente spettasse al legislatore la definizione scientifica dell'atto e di un *corpus* normativo, negativamente indicato, con presunte conseguenze preclusive).

Naturalmente, il riferimento freudiano in nota non è casuale né odioso frutto di estemporanea erudizione. Gli è che spesso la legge, senza invocare lo strutturalismo e Lacan, qualifica l'enunciato col significato comunemente opposto al significato corrente dell'enunciazione (banalmente, una legge sull'aborto può intitolarsi 'Tutela della maternità', 'riforma delle pensioni' al posto di 'regresso' e 'minor tutela', espressioni certo meglio rispondenti al contenuto dell'innovazione normativa, ma improponibili al cittadino 'riformato' nei suoi diritti, nei suoi interessi; nella sua stessa capacità di sussistenza e di vita). Nel caso di specie, al legislatore toccava l'onere, pressoché impossibile, secondo logica, di riformare l'assistenza religiosa alla Polizia di Stato senza mettere in discussione il soppresso carattere militare di una struttura smilitarizzata e solo civile (e pur tuttavia... armata fino ai denti). Si trattava di creare un'assistenza *civile* come rovescio di quella militare (e certamente assai diversa da essa). Cosa più facile a dirsi che a farsi, agevolata certamente da definizioni non impegnative e di minimo impegno dogmatico, meglio ancora se qualificate negativamente (*non è lavoro pubblico né privato*, ecc.) in conflitto con la significativa, meticolosa tutela (orario, supplenze, decadenze, malattie, infortuni ecc.). In tal guisa l'enunciato, effettivamente espresso, indica ma non spiega 'la cosa' misteriosa, oggetto di un'enunciazione rappresentata negativamente e dai contenuti descritti... col silenzio.

Intanto, proprio a noi, usi a trattare in genere temi di principio, la marginalità del tema ci ha in qualche modo costantemente intricato. L'argomento tecnico si nutre infatti di dettagli e sembra gradevolmente 'impegnare' l'autore, consentendogli di indulgere, con la consueta severità e non senza il timore di non essere riuscito a comprendere il *guazzabuglio* normativo, in qualche riflessione teorica, certo egualmente impegnativa (questo ognuno lo capisce, se appena si legga; e poi di regola non siamo avvezzi a preferire indagini superficiali) ma espressa necessariamente (come) sotto forma di occasione incidentale, rispetto a una *riforma*, analizzata sin dal suo sorgere e che ha assunto, con successivi interventi normativi concordati, maggior compiutezza e organicità.

È questo un terzo aspetto del tema, accanto a quello della semplice comprensione tecnica e a quello della interiore comparazione metodologica, diciamo solo dogmatica (ed è quel che ci basta), ma con la mente rivolta soprattutto al rigore di principi nuovi e delicati, solo in parte forse attualmente disvelabili (e non necessariamente, a noi bastando, come appena detto, la sola – ed è già

tanto, come si vedrà presto – qualificazione tecnica della riforma e dei suoi aspetti alla luce della tradizionale coerenza dogmatica). Trattare poi in forma approfondita una materia minima, «come se ci si aspettasse di trovare lì la risposta all'enigma dell'universo» (James)¹¹, corrisponde a quelle esigenze di comprensione esaustiva tanto spesso insoddisfatte rispetto a temi giustamente ritenuti di minore importanza (ma non certo per la ricerca specifica).

Per quanto poi riguarda (in particolare) la scienza canonistica, l'iniziale, persistente assenza di ogni studio specifico sulla questione peculiare dell'assistenza religiosa alla Polizia di Stato (comprensibile solo all'indomani della smilitarizzazione) apparve in tutta la serietà dei suoi sconosciuti effetti con riferimento alla fase della caduta della disciplina castrense, per atto unilaterale dello Stato, forse discutibile (nel merito), forse (astrattamente) no. In quel momento (ma la fase transitoria, come si sa, durò molti anni) il personale di polizia si vide di colpo sostanzialmente (e in qualche modo anche formalmente) privato, salvo dichiarazioni di principio senza immediate conseguenze pratiche, di ogni forma di assistenza spirituale (anche di quella solitamente assicurata, senza particolare difficoltà, dall'autorità civile ad altri gruppi di lavoratori, pur in assoluta assenza di qualsivoglia previsione concordataria)¹².

È appena il caso di notare come, al di là di ogni opportuna (e oggi necessaria, per disposizione normativa¹³, *ordinata colligatio*), l'indipendenza ordinamentale del diritto canonico (al pari dell'indipendenza dell'ordinamento civile, fatta valere, almeno di fatto, proprio nel caso di specie) consenta sempre – e non solo astrattamente – autonome valutazioni sulla natura del lavoro svolto dal personale della Polizia di Stato (col solo limite, di natura però materiale e in quanto ritenuto sussistente, dello *stare pactis*). In tal guisa, un servizio di polizia potrebbe – ed è un esempio estremo, ma non anomalo – essere considerato, nell'*ordo canonicus*, per taluni suoi aspetti, in assenza (e forse anche per effetto di dismissione unilaterale o violazione) di norme convenute, più affine a quello militare che a quello meramente civile, quanto all'esigenza di individuare appunto la specifica norma *canonica* di riferimento.

Tale autonomia di valutazione vale quindi astrattamente sempre, ma materialmente, per effetto di autolimitazione prevista dall'ordinamento canonico, *solo* in assenza di convenzioni con l'autorità civile (per esempio, per effetto,

¹¹ HENRY JAMES, *Il carteggio Aspern*, La biblioteca di Repubblica, Roma, 2011, p. 13.

¹² Sul punto v. *infra*, in particolare i §§ 4 e 5.

¹³ d. P. R. 17 gennaio 1991 n. 92, art. 8, n. 2: «Il cappellano, nell'ambito delle sue funzioni, esercita le facoltà previste dal can. 566 del codice di diritto canonico e dalle disposizioni adottate in materia dalla Conferenza episcopale italiana».

ripetesi, di una violazione anche solo materiale di un'obbligazione concordataria) e comunque per ogni eventuale aspetto non interessante direttamente la disciplina concordata.

Nessuno infatti vorrà indulgere verso meri e non necessari astrattismi. In linea di principio infatti l'*ordo canonicus* tende a salvaguardare, per quanto possibile, gli accordi concordatari ed è regola canonica generale la prevalenza delle convenzioni interordinamentali – stipulate dalla S. Sede con gli organismi nazionali o con le altre società politiche – sulle stesse norme del *codex*¹⁴.

Nel caso di specie (cessazione dell'assistenza castrense per un settore della pubblica amministrazione non più militare) è poi dubbio che la violazione anche grave di regole concordatarie (avvenuta forse non in linea di principio - essendo stata assicurata in teoria dallo Stato l'assistenza religiosa - ma quanto agli effetti), opportunamente sottaciuta dalla Chiesa, in attesa di nuove e diverse restaurazioni normative (che risolvessero in senso sostanziale il problema dell'assistenza alla P.S.), potesse condurre ad autonome determinazioni normative (del tutto improbabili) da parte del diritto canonico, sulla base del principio, valido anche nell'ordine *terzo, inadimplendi non est adimplendum* (interordinamentale o internazionale che si ritenga)¹⁵. A voler essere più precisi, la questione è chiara solo da un punto di vista teorico, mentre è di difficile soluzione dal punto di vista della concreta esperienza giuridica. In astratto, si può legittimamente propendere per ogni autonoma determinazione normativa canonica, nell'ipotesi del venir meno della disciplina concordata, sia pure in relazione a un solo determinato settore. In concreto, è difficile

¹⁴ Can 3 c. i. c.: «I canoni del codice non abrogano le convenzioni stipulate dalla Sede Apostolica con le nazioni o con le altre società politiche né ad esse derogano; le medesime perciò continuano ad essere in vigore come al presente, non opponendosi in alcun modo le disposizioni contrarie di questo codice» (la versione italiana è tratta dal *Codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 1983, pubblicato sotto il patrocinio della Pontificia Università Lateranense e dalla Pontificia Università Salesiana).

¹⁵ Sulla delicata opportunità di salvare la peculiarità dei rapporti interordinamentali rispetto alla genericità dei rapporti internazionali, cfr., tra altri Autori (spec. LUIGI DE LUCA, in più scritti), RAFFAELE PASCALI, «*Divorzi canonici e Stato laico*», Giappichelli, Torino, 2009, spec. cap. 3°. Ivi, *sub* nota 2, si riferisce esservi chi (Ferlito) nega la stessa esistenza dell'ordine terzo chiedendo, con garbata ironia, dove sia situato tale terzo ordine. Senza entrare nel merito (essendo l'intero diritto realtà sovrastrutturale e *virtuate*, anche se certo di *reale* disciplina e dominio nella società) gli si replicava, con pari garbo, nella nota citata, che l'ordine terzo si trova nello stesso luogo in cui si trova il 'negozio giuridico'. In realtà, la distinzione fonda sulla necessità di distinguere talvolta i particolari rapporti dello Stato con ordinamenti, anche non sovrani, ma talora riconosciuti persino come indipendenti e sovrani, quale la Chiesa cattolica, che esprimono la propria sovranità nei confronti dei medesimi cittadini e, ovviamente, nell'ambito di un medesimo territorio. Naturalmente, vi è tutta una schiera di ecclesiasticisti (Catalano, Tedeschi) che reputano doversi ritenere l'*ordine* non come sinonimo di *ordinamento giuridico*, ma come semplice «sfera di competenza» (in materia spirituale e, al più, disciplinare, quando riferito alla Chiesa cattolica).

ipotizzare soluzioni unilaterali (né è casuale l'assenza di specifici approfondimenti sul tema) quando la normativa dello Stato si presenti complessa e si dichiarari, in linea di principio, come si vedrà tra breve, assai rispettosa della libertà religiosa (pur sopprimendo un certo tipo di assistenza spirituale, quella appunto *castrense*, in senso stretto e tecnico)¹⁶.

3. *Tesi della «duplicazione delle competenze». Dubbi sulla legittimità di un sostanziale «ripristino» del servizio castrense (per violazione di legge).*

Il problema dell'assistenza religiosa alla nuova Polizia di Stato venne sollevato – fatto non consueto nella travagliata cronaca dei rapporti attuali tra Stato e Chiesa in Italia – a seguito di una nota di stampa su una lettera aperta che si diceva apparsa sul quotidiano dichiaratamente cattolico *Avvenire* (organo d'informazione della C.E.I.¹⁷). Tuttavia, anche questo fatto elementare, della pubblicazione, è dubbio, a riprova che, prendendo spunto da un'iniziativa spontanea o predisposta di singoli appartenenti alla P.S., era stato fatto nascere intenzionalmente il caso ('a tavolino') con la 'nota di stampa' citata, mentre qualcosa *forse* (non siamo riusciti ad accertarlo esattamente) non era andato nel verso giusto (non era stato esattamente sincronizzato) il che indurrebbe a credere al carattere ancora 'artigianale' (non 'centrale') della regia, essendo la gerarchia della Chiesa solitamente assai attenta nella predisposizione degli eventi¹⁸ e nella conseguente 'corale' e simultanea propalazione della relativa notizia. In essa, un folto gruppo di agenti del corpo di Polizia di Stato¹⁹, avrebbe chiesto, non senza accenti di una certa solennità, il «ripristino» di questo servizio cessato nel 1981, in occasione della smilitarizzazione del corpo degli agenti di pubblica sicurezza²⁰.

¹⁶ Cfr. *infra* § 3.

¹⁷ Conferenza Episcopale Italiana.

¹⁸ La notizia di tale lettera apparve sul quotidiano *La Stampa* del 12 settembre 1986 a pagina 6 in una corrispondenza dalla Città del Vaticano (a firma Marco Tosatti). Tuttavia, almeno nell'edizione nazionale dell'*Avvenire*, non risulta assolutamente traccia della pubblicazione di tale lettera. Di conseguenza, o la pubblicazione è avvenuta nelle edizioni locali oppure si è data notizia di una pubblicazione evidentemente predisposta, ma mai avvenuta.

¹⁹ Sempre *La Stampa* del 12 settembre 1986 a pagina 6 precisa che la lettera in discorso sarebbe stata sottoscritta da 112 fra agenti e sottufficiali tutti appartenenti a una singola questura, quella di Caserta.

²⁰ Nella lettera in questione si sarebbe chiesto il «ripristino» dell'assistenza religiosa per «gli uomini di polizia, offrendo così loro un'occasione fraterna per maturare quella dignità che è propria di tutti, ma che deve rifulgere nei titolari dell'ordine pubblico».

La questione, sollevata come un'esigenza formulata dalla «base» del corpo di P.S., venne subito ripresa a livello istituzionale. Sempre sulla stampa nazionale, vennero riferite notizie dichiaratamente officiose²¹, secondo le quali la Conferenza episcopale italiana e il Ministero degli affari interni stavano definendo una convenzione di carattere temporaneo, per assicurare agli agenti di P.S. l'assistenza spirituale. Vennero infine diffuse anche le note previste come fondamentali di tale progetto²², non senza indulgere in cenni critici sulle riforme avvenute²³ e in particolare sul disagio avvertito presso il corpo della P.S. per la cessazione del servizio, qual era assicurato, prima della riforma, dall'*Ordinariato militare*. L'«ottima fonte»²⁴ informava del fatto che sarebbe stata presto introdotta una struttura «simile e parallela a quella dell'Ordinariato militare»²⁵, in attesa che un'apposita legge stabilisse in che modo avrebbe dovuto trovare applicazione l'art.11 del «nuovo»²⁶ Concordato²⁷. I cappellani militari, infatti, che prima della smilitarizzazione della pubblica sicurezza, si occupavano degli agenti nelle scuole e nei reparti, erano stati dirottati altrove, «anche se parecchi» – avrebbe aggiunto l'Ordinario militare per l'Italia – «su richiesta dei comandi stessi continuano nel loro lavoro»²⁸.

La convenzione tra la C.E.I. e il Ministero degli interni avrebbe dovuto risolvere almeno temporaneamente il problema, sia pure creando un «doppione» dell'*Ordinariato militare*. La «duplicazione di competenze» sarebbe stata

²¹ Nell'articolo de *La Stampa* si parla di indiscrezioni «di ottima fonte».

²² Sempre *La Stampa* del 12 settembre 1986 a pagina 6 cit. precisa: «Il progetto, secondo indiscrezioni di ottima fonte, prevede che il vescovo di ogni diocesi affidi a sacerdoti secolari (non cappellani militari) la cura pastorale dei reparti e delle scuole della polizia di Stato. I singoli responsabili dovrebbero poi fare capo a un coordinatore nazionale».

²³ «La legge fu veramente irrispettosa: Previde che l'assistenza agli agenti di P.S. potesse essere svolta da tutti, fuorché dai cappellani militari. Si poteva salvare al capellano militare la sua dignità di prete» (*La Stampa*, cit.; le parole, riportate tra virgolette, sembrano attribuite a mons. Gaetano Bonicelli, Ordinario militare per l'Italia, di cui nel contesto sono state appena riferite altre considerazioni).

²⁴ L'«ottima fonte» non veniva meglio precisata da *La Stampa*, cit.

²⁵ *La Stampa*, cit.

²⁶ *La Stampa*, cit.

²⁷ Art.11 dell' Accordo Modificativo del concordato lateranense: «1) La Repubblica italiana assicura che l'appartenenza alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e pena non possono dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto dei cattolici. 2) L'assistenza spirituale ai medesimi è assicurata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti su designazione dell'autorità ecclesiastica e secondo lo stato giuridico, l'organizzazione e le modalità stabiliti d'intesa fra tali autorità». Per le disposizioni essenziali, sino al 1993, relative all'intera materia regolata dall'art.11 dell'Accordo, cfr. SALVATORE BERLINGÒ e GIUSEPPE ASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1993, p.242.

²⁸ *La Stampa*, cit.

«forse» risolta dalla legge applicativa dell'art.11 del *nuovo* Concordato²⁹. A rigore, di *ripristino* in senso proprio (secondo la legge vigente) non avrebbe potuto parlarsi, stante il chiaro divieto legislativo di esclusione dell'*Ordinariato militare* dall'assistenza religiosa alla *nuova* Polizia di Stato³⁰.

4. *Successione di norme in materia.*

Solo dieci anni dopo che una legge dello Stato (l.121/ 1981), autonomamente prodotta (ossia, sul piano formale e materiale, di derivazione non concordataria, né *paraconcordataria*)³¹ aveva disposto, riformando l'amministrazione della pubblica sicurezza, che fosse assicurata l'assistenza religiosa al personale della Polizia di Stato, questa viceversa venne assicurata con il d.P.R. n. 92 del 17 gennaio 1991, esecutivo dell'intesa tra il Ministro degli interni e il Presidente della Conferenza episcopale italiana, sottoscritta dalle parti il 21 dicembre 1990 e finalizzata pur essa (come la menzionata l.121/1981) ad assicurare tale assistenza religiosa.

Sul piano temporale si presentano in tal guisa diversi e successivi strumenti normativi: a) l'art.69 della l.121 del 1981 (*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*)³²; b) l'art.11 dell'*Accordo* di modificazione del Concordato lateranense³³, reso esecutivo con l. 121 del 25 marzo 1985; c) il menzionato d.P.R. n.92 del 1991 esecutivo dell'intesa «*paraconcordataria*»³⁴, sino al d.P.R. 27 ottobre 1999, n. 421 (*Esecuzione dell'intesa sull'assistenza spirituale al personale della Polizia di Stato di religione cattolica, firmata il 9 settembre 1999*); d) il D.M. del Ministro degli Interni. del 5 febbraio 2002, «recante, in attuazione dell'articolo 9 della citata Intesa, l'indicazione delle garanzie, dei supporti e dei mezzi necessari per lo svolgimento dei compiti

²⁹ *La Stampa*, cit.

³⁰ Art.69 comma 2° l.121\1981: «Per assicurare l'assistenza religiosa è escluso il ricorso ai cappellani militari».

³¹ ANTONIO RUGGERI, *Intese «concordatarie» e intese «paraconcordatarie» nel sistema delle fonti*, in *Dir. eccl.*, 1988, I, p. 55 ss.; anche in «*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987\91*», Giappichelli, Torino, 1992, p. 103 ss.

Per ulteriori, diverse e più recenti precisazioni del medesimo Autore, si legga la voce *Intese (intese subconcordatarie)*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'enciclopedia italiana (Treccani), Roma, 1993, vol. XVII; nonché, *Accordi con le Chiese e Costituzione*, in AA.VV. *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica* (a cura di VALERIO TOZZI), Edisud, Salerno, 1993. p.159 ss..

³² Riportato sopra in nota.

³³ Riportato sopra in nota.

³⁴ Sulla terminologia adottata da Ruggeri, v. riferimenti riportati nelle sovrastanti note.

dei cappellani incaricati dell'assistenza spirituale al personale della Polizia di Stato»; e) il D.M. del Ministro degli Interni 8 ottobre 2004 (*Assistenza spirituale al personale della Polizia di Stato*) di aggiornamento «del predetto decreto del 5 febbraio 2002 al fine di meglio corrispondere alle esigenze di assistenza spirituale del personale della Polizia di Stato e di consentire una più razionale articolazione dei servizi in modo da costituire un punto di riferimento a disposizione per altre esigenze dell'Amministrazione dell'Interno o di altre Amministrazioni, senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato»

Si tratta ora di comprendere i rapporti (non sempre omogenei, quanto meno sul piano formale) tra tali normative, individuare la fonte prevalente, verificare i livelli di costituzionalità, qualificando, ove possibile, la natura giuridica anche dell'assistenza religiosa che si vorrebbe³⁵ svolta *di fatto*, per così dire, in favore del corpo di P.S., durante il lungo intervallo compreso tra la legge di smilitarizzazione della P.S. e la normativa esecutiva dell'intesa stipulata in applicazione dell'art.11 dell'Accordo modificativo del concordato.

Una prima esigenza, fondamentale per una corretta impostazione dell'indagine, è rappresentata dalla necessità di comprendere, come parti di un sistema, magari eterogeneo, diversi aspetti – taluni dei quali apparentemente confliggenti – del nuovo ordinamento dell'amministrazione della sicurezza pubblica. Quest'ultimo, introdotto dalla menzionata legge n. 121 del 1981, espressamente prevede come «non militare» il personale appartenente alle forze della Polizia di Stato. Era pertanto venuta meno la soggezione alla giurisdizione penale militare. La dipendenza organica dal Ministero degli interni era più esclusiva e – per quanto concerne l'argomento in esame - veniva negata la possibilità che l'assistenza religiosa presso le forze della Polizia di Stato potesse essere erogata dal personale ecclesiastico castrense, adibito, come tale, al servizio dell'assistenza spirituale presso le sole forze armate dello Stato. La l. 121/81, infatti, espressamente dichiarava l'amministrazione della pubblica sicurezza come «civile» (art.3) e conseguentemente – mentre garantiva l'assistenza religiosa, nel rispetto dei principi costituzionali, «al personale della Polizia di Stato che risiede presso alloggi collettivi, di servizio o scuola» (art.69) – escludeva specificamente, con apposito comma, ogni ricorso al ruolo dei cappellani militari³⁶. Sino al momento dell'entrata in vigore della «riforma», viceversa, i cappellani militari avevano svolto le proprie funzioni di curatori d'anime anche presso le forze del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza, così come presso tutte le Forze armate dello Stato e i relativi Corpi

³⁵ Secondo quanto dichiarato dall'Ordinario militare per l'Italia. V. sopra nella relativa nota.

³⁶ V. *supra* in nota.

(non solo l'Esercito, compresa l'Arma dei carabinieri, poi divenuta quarta forza armata dello Stato, la Marina e l'Aeronautica, ma anche presso il Corpo, allora militare, degli agenti di custodia e la Guardia di finanza).

5. *Legittimità costituzionale dell'abolizione del servizio castrense (estensibilità e limiti)*

Ora, è lecito chiedersi se fosse costituzionalmente legittima nel 1981, in piena vigenza del concordato lateranense, la legge n.121 abolitiva dell'assistenza religiosa al Corpo, non più militare, della Polizia di Stato, sino a quel momento assicurata dall'ordinariato castrense, e se, ove si ritenga che vi fossero profili di incostituzionalità, questi si siano perfettamente sanati con la normativa introdotta in esecuzione dell'intesa stipulata ex art.11 dell'Accordo modificativo del concordato³⁷.

Per quanto concerne la prima domanda, si può serenamente rispondere che non v'è ragione di dubitare della legittimità costituzionale della norma. Nessun *Accordo*, per quanto solenne, vincolante e fondamentale esso sia, può impedire a un'istituzione indipendente e sovrana, come quella statale, di autorganizzarsi amministrativamente in assoluta autonomia e discrezione. Deve, infatti, considerarsi sicuramente rientrante nei *principi supremi* dell'ordinamento costituzionale (quale principio di ordine pubblico inteso nella sua più ristretta accezione), la facoltà di mutare – anche radicalmente – la natura giuridica di una sua struttura istituzionale.

Abbiamo già da tempo (assai prima dell'*Accordo* modificativo del concordato lateranense) espresso l'opinione secondo cui, quando si parla di principi dello Stato veramente *supremi*, intesi come limite costituzionale invalicabile³⁸ anche per le norme di derivazione concordataria, ci si debba necessariamente (ma non esclusivamente)³⁹ riferire a quei principi che riguardano *l'esistenza*

³⁷ V. sopra nella relativa nota.

³⁸ Una teoria dei *principi supremi* non può che coincidere con una «teoria del *minimo inderogabile* riferito alle *funzioni istituzionali dello Stato* costituzionale» (RAFFAELE PASCALI, *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, II, Napoli, 1981, p.293).

³⁹ Solo con ulteriore e naturale evoluzione logica, ma sempre nell'ambito della salvezza della funzione, ci si può riferire «alle qualificazioni basilari – ai principi primi – costituenti la fisionomia dell'intero ordinamento, conferendo ad essi primi principi, un contenuto più ampio di quello indicato come rigidamente strutturale e funzionale» (RAFFAELE PASCALI, o. ult. c. l. c.). Tra i principi supremi come espressione della *funzione politica primaria* dello Stato costituzionale vengono ivi menzionati i principi di «libertà», di «uguaglianza», di «ordine pubblico», inteso nella sua più ristretta accezione, nonché «l'insieme dei diritti fondamentali» (p. 293, § 23).

stessa dell'ordinamento costituzionale ovvero l'integrità di una sua *espressione essenziale* o, conseguentemente, di una sua *primaria funzione*. Ora, nel caso di specie, siamo proprio di fronte alla tipicità, all'essenzialità della funzione dello Stato.

La perfetta legittimità e correttezza della posizione dell'ordinamento civile nasce dal fatto che lo Stato – pur conoscendo, in virtù di apposita disposizione costituzionale – come possibili e lecite talune limitazioni di sovranità (in quanto finalizzate al perseguimento dei principi di pace e giustizia tra le nazioni e purché si tratti di limitazioni «necessarie», perseguite in condizioni di perfetta parità con gli altri Stati), non potrebbe mai – per il principio di non contraddizione – tollerare *abdicazioni* o rinuncia di funzione⁴⁰.

Il principio di intangibilità formale della funzione comporta il potere dello Stato di qualificare autonomamente le proprie strutture amministrative, senza che ne risulti lesa il principio dello *stare pactis* alla base di ogni impegno interordinamentale. Ciò, ovviamente, quando la qualificazione nuova – nel caso di specie la Polizia identificata come organo civile e non più come militare – nasca da un mutamento reale della struttura istituzionale e non si risolva in un cambiamento del mero *nomen iuris*.

D'altra parte, è di pari evidenza che se lo Stato ritenesse di «militarizzare» una sua struttura civile dovrebbe provvedere ad assicurare ai suoi componenti l'assistenza spirituale normalmente assicurata agli appartenenti alle Forze Armate, in conformità con gli impegni concordatari assunti (secondo le modalità stabilite d'intesa con le autorità ecclesiastiche)⁴¹.

Da tali presupposti nascono, per logica deduzione, alcune conseguenze. La prima conseguenza è che la scelta politica operata dal legislatore italiano di introdurre la norma espressa dall'art.69 della l.121/81, poteva al più assumere un significato egualmente politico nei rapporti tra i due ordinamenti (essendo stata abolita l'assistenza castrense per un importante settore già inquadrato nelle Forze Armate) ma null'altro (poco o molto che fosse, sotto il profilo sostanziale). Tale disposizione, alla luce di un'indagine sul rispetto *formale* dei vecchi accordi lateranensi, allora vigenti, appare del tutto irrilevante, avendo lo Stato, nel rendere civile un proprio Corpo armato, operato in conformità alle sue competenze (indefettibili e sovrane) in materia. Anzi, il fatto che detta norma fosse comunque finalizzata ad assicurare l'assistenza

⁴⁰ Qualsivoglia deroga o limitazione da parte dello Stato all'*esercizio* del principio di sovranità non può mai intendersi come formale «*abdicazione* di funzione» (RAFFAELE PASCALI, o. u. c., p. 293, § 22).

⁴¹ Art.11, n.2 dell'Accordo modificativo del Concordato lateranense (riportato alla nota n.19).

religiosa alla Polizia di Stato (anche se poi è rimasta lungamente disapplicata) deve ritenersi, sempre sotto il profilo dogmatico costituzionale, come una scelta egualmente politica, liberamente assunta dallo Stato italiano, ma assolutamente non necessaria quanto all'osservanza formale dei rapporti interordinamentali. Tra l'altro (e siamo alla seconda logica conseguenza, che peraltro, per la sua importanza, aiuta a comprendere la nostra opinione sul significato e la natura delle modificazioni intervenute) quanto è accaduto per la Polizia di Stato, sarebbe potuto accadere (o potrebbe accadere, nei limiti che saranno di seguito precisati) anche per altri corpi militari dello Stato ⁴² (in primo luogo, per il corpo della Guardia di Finanza, nei cui confronti sono state da tempo espresse talune opzioni in favore della smilitarizzazione, ma anche per i Carabinieri ⁴³, all'epoca «prima Arma» dell'Esercito, per i quali la soluzione del “Corpo - civile - di polizia”, pure ripetutamente ventilata ⁴⁴, ha sempre incontrato maggiori e più recisi ostacoli)⁴⁵. Si ritiene che, anche in tutti questi casi, di cui molto si discuteva, in via ipotetica, all'epoca della smilitarizzazione della Polizia, la Chiesa cattolica non si sarebbe potuta dolere,

⁴² Per il corpo di polizia penitenziaria la smilitarizzazione ha già avuto luogo.

⁴³ T.M., *I carabinieri? Meglio scioglierli*, *L'Espresso*, 19 gennaio 1992, p.29.

⁴⁴ Anche in una delibera del 4 nov. 93 l'organismo di rappresentanza dei carabinieri (*Cocer*), dopo aver chiesto una maggiore autonomia, impegnando il comandante generale dell'Arma perché «attivi tutte le iniziative idonee a sottrarre i Carabinieri dalle dirette dipendenze dell'Esercito, Marina e Aeronautica mediante la costituzione di un'autonoma Forza Armata», chiese «in alternativa, il passaggio diretto dell'Arma alle dipendenze del Ministero degli Interni» (da *Repubblica* del 5 nov.1993, p.7). Entrambe le richieste, per il vero, apparivano estranee alla tradizione dei Carabinieri (soprattutto la seconda) e inconsuete anche per il loro organismo di rappresentanza. La prima richiesta cela evidentemente l'ambizione ad affrancarsi (come poi effettivamente avvenne) dalla singolare e assai interessante disposizione (volta a impedire in radice possibili competizioni interne per conseguire il primato nel comando) in virtù della quale la designazione a Comandante generale dei Carabinieri doveva ricadere su militare estraneo all'Arma stessa dei Carabinieri.

⁴⁵ Una soluzione diversa e opposta a quella (estranea – come s'è appena detto – alle tradizioni dell'*Arma*) del Corpo *civile* di Polizia, è quella di valorizzare l'autonomia dei Carabinieri, senza scalfire il loro carattere militare. L'emendamento 12 bis, approvato il 31.10.1997 dalla commissione Bilancio del Senato, del disegno di legge collegato alla legge finanziaria allora in discussione, prevedeva «la collocazione autonoma dei Carabinieri nell'ambito della Difesa». Sotto il titolo «Nuovo ordinamento dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza» l'emendamento (subito ritirato su sollecitazione del Ministro degli Interni) disponeva in sintesi la creazione di una quarta Arma, nell'ambito delle Forze Armate, accanto a Esercito, Marina e Aeronautica (soluzione che poi prevalse). I Carabinieri quindi che fino all'anno 2000 erano parte integrante dell'*Esercito italiano* (definiti «prima arma dell'Esercito») mediante l'art. 1 della legge delega 31 marzo 2000, n. 78, vennero elevati a forza armata autonoma con rango di forza armata, nell'ambito del Ministero della Difesa. Nonostante il nuovo rango di forza armata, secondo i principi stabiliti dalla l. 18 febbraio 1997, non è consentito a un ufficiale dei Carabinieri di ricoprire la carica di Capo di Stato Maggiore della Difesa, che può essere assunta solo da un ufficiale dell'Esercito, della Marina o dell'Aeronautica.

per un mancato rispetto *formale*⁴⁶ degli *Accordi* concordatari, se le proposte di smilitarizzazione avessero avuto seguito. Il diritto infatti è *forma*, anche se, specie nei rapporti (pubblici) internazionali, la *substantia* assume sovente prevalenza dirimente (una forma nuova rabberciata non 'copre', neppure formalmente, una autentica violazione effettiva, ossia *sostanziale*, dello *stare pactis*). Nel caso, come ha dimostrato anche l'esperienza successiva, c'era la volontà di smilitarizzare la P.S., ma non di privarla di assistenza spirituale (dovendo *sparire* la sola assistenza *militare*, per l'evidente *contraddizione che nol consente*).

È anche chiara la ragione per la quale, quanto è stato detto deve essere inteso con stretto riferimento al sistema previgente, in quanto esso era retto dagli accordi concordatari del 1929, i quali prevedevano che l'assistenza religiosa fosse assicurata alle sole *Forze Armate* dello Stato (naturalmente senza un espresso divieto, ma anche senza alcuna previsione, per un'eventuale, diversa e soprattutto *concordata*, assistenza spirituale ai corpi non appartenenti alle Forze Armate di Polizia). Oggi la situazione è del tutto mutata, in quanto l'art.11 dell'Accordo modificativo del Concordato ha espressamente prescritto che l'assistenza spirituale sia assicurata anche al Corpo smilitarizzato della Polizia di Stato e – con ampia dilatazione rispetto agli accordi lateranensi – agli appartenenti in genere «ad altri servizi assimilati». L'estensione infine del servizio di assistenza spirituale alle «famiglie» del personale P.S., avvenuto assai dopo gli iniziali impegni (e con le ultime modificazioni e attuazione degli impegni) profila ulteriori e separati interrogativi, sul piano dell'interpretazione delle fonti (e sul piano costituzionale, di evidente e non solo astratta competenza).

In conclusione, si ritiene che, mentre durante la vigenza degli originari Patti lateranensi, lo Stato ben poteva smilitarizzare un proprio corpo armato (com'è appunto avvenuto per la P.S. e poteva avvenire per i Carabinieri, per la Guardia di finanza ecc.) senza ledere formalmente gli obblighi concordatari e quindi senza l'onere, concordatariamente imposto, di assicurare al nuovo organismo civile l'assistenza religiosa, ciò non sarebbe più possibile, dopo l'Accordo modificativo del Concordato del 1984. Oggi, deve necessariamente essere assicurato tale servizio di assistenza spirituale al nuovo organismo civile, a termini dell'art.11 dell'Accordo. Lo Stato insomma può smilitarizzare

⁴⁶ È evidente che nella presente riflessione ogni considerazione non può essere condotta che sul piano formale. Alla libertà politica dello Stato di organizzare i suoi organi nel modo ritenuto più opportuno, la Chiesa non può opporre ragioni formali, ma certamente può valutare (ed eventualmente criticare) liberamente (secondo i principi e i limiti suggeriti dalle proprie impostazioni dogmatiche) l'opportunità (ossia il profilo sostanziale) delle scelte stesse.

sempre e comunque ciò che crede (ovviamente) ma *deve*, nell'osservanza della normativa interna (comunque qualificata, compresa quella di adeguamento agli impegni interordinamentali di natura convenzionale) assicurare il servizio assistenziale religioso al personale della nuova formazione civile di polizia (o assimilata); *previe intese* con l'autorità ecclesiastica.

A questo punto, potremmo chiederci se, dopo la ipotetica smilitarizzazione di un qualsiasi organismo dello Stato oggi militare e in attesa delle apposite intese previste dal n.2 dell'art.11 dell'Accordo modificativo del Concordato – in questo intervallo temporale – possa definirsi legittima la sospensione del servizio di assistenza religiosa per il nuovo organismo civile. Si tratta naturalmente di una mera ipotesi, stante appunto la garanzia offerta dall'art.11 dell'Accordo (garanzia che peraltro è stata disattesa, nei fatti, proprio per il personale della P.S. dal 1984 sino al 1991, anno di entrata in vigore dell'Intesa, che qui si studia, con tutte le modificazioni e attuazioni successive). Tuttavia, anche se si tratta di una mera ipotesi, essa presenta comunque aspetti di non agevole soluzione. Il legislatore invero, proprio in virtù delle garanzie previste dall'art.11 dell'Accordo (quando avesse voluto assicurare, come doveva, l'assistenza spirituale anche nella fase di transizione del mutamento istituzionale) avrebbe potuto, avrebbe dovuto, forse, provvedere all'emanazione di apposite norme unilaterali di carattere temporaneo (transitorie) nella legge di smilitarizzazione. Tali norme transitorie tuttavia (se non precedute da formali intese con l'autorità ecclesiastica) avrebbero presentato il difetto di essere in puntuale contrasto, proprio con l'art.11 dell'Accordo modificativo del Concordato. Ciò astrattamente, ma, a parer nostro, nel caso specifico, le norme transitorie avrebbero potuto legittimamente, in attesa di nuove convenzioni con l'autorità ecclesiastica, assicurare *ultrattivià* alle norme previgenti riguardanti l'assistenza religiosa al corpo ormai smilitarizzato (trattandosi appunto di normativa già concordatariamente regolata), per quanto compatibili con la *smilitarizzazione* del Corpo. Avendo l'accortezza di regolare in tal guisa la fase transitoria, sarebbe stata assicurata, a parer nostro, la perfetta legittimità *in qua parte* della riforma, nel contestuale rispetto formale e di sostanza del Concordato. A rigore, tuttavia non si dovrebbe parlare di *ultrattivià* in senso tecnico, perché non si trattava di attività ulteriore di norma ormai abrogata, ma di assicurare con norma espressa l'ulteriore vigenza (“a termine”) della norma esistente all'atto della riforma di smilitarizzazione e sia pure con inevitabili norme unilaterali di adattamento, che comunque non avrebbero offeso (tutt'altro) né lo spirito della riforma né l'effettiva possibilità di assistenza religiosa, così come sostanzialmente assicurata prima della riforma.

Ora, un ultimo dubbio. Bisognerebbe infatti ancora chiedersi se, abolita *tout-court* l'assistenza religiosa con la legge di smilitarizzazione, questa avrebbe

potuto ancora essere assicurata, legittimamente, in assenza di formale previsione normativa (e magari su formale ricorso di chi ne avesse manifestato interesse), nelle forme previste dalle norme in materia, emanate per l'assistenza religiosa di altri corpi civili dello Stato. Ogni riflessione sul punto ci pare legata alla soluzione della delicata questione – tuttora sostanzialmente insondata dalla scienza ecclesiasticistica – dell'applicazione analogica delle norme poste a tutela della libertà religiosa, in relazione alla loro natura nell'ambito della gerarchia delle fonti. Il problema si pone sia in relazione a norme di derivazione concordataria (*rectius* «di adeguamento») – in materia che più di un Autore ritiene *decostituzionalizzata*⁴⁷ – sia per le disposizioni derivanti da formale intesa con le confessioni religiose, sottoscritte in conformità con l'art.8 della Costituzione, sia, più in generale, anche con riferimento a norme semplicemente ordinarie, emanate unilateralmente dallo Stato (senza prevee convenzioni formali con le confessioni o i gruppi religiosi).

6. *Ulteriori (e diversi) dubbi di legittimità costituzionale in tema di abolizione del servizio*

«Perché è impossibile che due verità si contrariino,
però non dobbiamo temer d'assalti che ci venghino fatti da chi si voglia,
pur che a noi ancora sia dato campo di parlare e d'essere ascoltati»
(GALILEO, *Lettere eretiche*)⁴⁸

A questo punto occorre notare come non sia per nulla casuale che una questione di indubbio rilievo costituzionale sia sorta (o sia stata lasciata sorgere), come visto, attraverso una nota informale sulla pubblicazione di una semplice lettera di agenti della Polizia di Stato che si vorrebbe apparsa

⁴⁷ ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 94: «Dal punto di vista tecnico, va detto che la legge n.121\1985, che ha immesso il nuovo Concordato nel nostro ordinamento, è stata indubbiamente adottata sulla base di un accordo delle parti, come vuole l'art.7 c. 2° cost., ma che comunque, e proprio per questo, è una legge ordinaria, non più una legge *costituzionale* come quella che invece aveva immesso nell'ordinamento il precedente Concordato: si è avuta, insomma, la “decostituzionalizzazione” di una materia prima regolata attraverso disposizione di legge costituzionale». Per alcune diversità di opinioni in tema, v. altresì: AA.VV., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, cit. In particolare, cfr. ivi SILVIO FERRARI, *Il Concordato salvato dagli infedeli*, p.127 ss. L'A. parla espressamente di «caduta del secondo comma dell'art.7 cost.» (p. 157), esprimendo l'esigenza «almeno [di una] sua re-interpretazione» (p. 157).

⁴⁸ GALILEO GALILEI, *Lettere eretiche*, Demetra, Bussolengo, 1995, p. 22.

su un quotidiano (*Avvenire*)⁴⁹ ideologicamente orientato, attraverso cioè la valorizzazione di un'istanza dichiaratamente *di base*.⁵⁰ Infatti, con riferimento al profilo dell'eguaglianza sostanziale tra cittadini (art.3, com.2 cost.) può ben ipotizzarsi (a differenza di quanto si è precisato a proposito dei rapporti tra gli ordinamenti) una significativa lesione della legalità costituzionale. Si tratta (lo si può riscontrare agevolmente) di una non irrilevante incongruenza normativa, con palese disparità di trattamento, nell'assistenza spirituale dei diversi corpi di polizia.

Vero è, infatti, che la polizia appartiene all'amministrazione civile dello Stato⁵¹. Tuttavia (come ha esattamente notato la dottrina)⁵², quello della pluralità delle forze, comunque armate, di polizia, anche dopo la riforma della P.S., assurge a vero e proprio *principio cardine del sistema*). Compiti e funzioni assai simili vengono condivisi dalla Polizia di Stato con altri corpi di polizia, in primo luogo e fondatamente, con l'Arma dei Carabinieri⁵³. È interessante scorrere puntigliosamente – parola per parola – l'elenco delle funzioni comuni e tipiche delle due armi, per rendersi conto di quanto ciò sia vero: mantenimento dell'ordine pubblico, tutela della sicurezza dei cittadini, dell'incolumità delle persone, della proprietà, prevenzione e repressione dei reati, cura dell'osservanza di leggi e regolamenti dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni, soccorso di pubblici e privati infortuni⁵⁴. La

⁴⁹ V. *supra* sub nota 11. Non interessa qui se la lettera – riportata ampiamente dal quotidiano *La Stampa* del 12 settembre 1986 in un articolo dal titolo «In questura torna il cappellano» – sia apparsa effettivamente sull'*Avvenire* (o sia stata relegata nell'edizione locale del quotidiano). Importante è che dalla Città del Vaticano siano stati diffusi alle agenzie di stampa il contenuto della lettera e le relative motivazioni. Queste ultime concretavano chiaramente un'istanza “di base” comprese e in qualche modo condivise dall'organo ecclesiastico non più formalmente competente (l'Ordinario militare per l'Italia) in tema di assistenza religiosa a un corpo *civile* di polizia.

⁵⁰ A commento dell'iniziativa (la lettera – che si dava per già pubblicata – firmata da 112 agenti e sottufficiali della questura di Caserta, che postulavano il ripristino dell'assistenza spirituale) veniva notato come «non esistono statistiche, ma sembra viva una richiesta “di base” per questo tipo di assistenza», mentre un graduato “denuncia[va]”: «Il bisogno è sentito, ma non è rappresentato»: «Noi entriamo ogni giorno nella logica della vita e della morte» (*La Stampa*, loc. cit.).

⁵¹ Art.3 co.1 l. 1 aprile 1981, n. 121.

⁵² ACHILLE CHIAPPETTI, voce *Polizia [Forze di]* in *Enc. Giur.*, Istituto dell'enciclopedia italiana (Treccani), Roma, 1990, p.2.

⁵³ In realtà, ognuno dei tre corpi «si trova in una diversa posizione nei confronti della struttura-cardine della pubblica sicurezza (amministrazione di P.S.): la nuova Polizia di Stato in un rapporto di immedesimazione e l'Arma dei carabinieri in una strettissima e permanente correlazione. Per il corpo della Guardia di Finanza vale invece una vera prassi di piena e costante disponibilità, ma di un impiego di norma subordinato all'impossibilità o all'inopportunità di fare ricorso alle altre due forze di polizia» (ACHILLE CHIAPPETTI, op. cit., p. 3).

⁵⁴ Zambonini, con riferimento al sistema previgente (art.2 R.D. 14.7.1934 n.1169 per l'Arma dei Carabinieri; art.1 R.D. 30.11.1930 n.1629 per il Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza) parla

legge istitutiva del nuovo ordinamento dell'amministrazione di P.S. conferma puntualmente l'ampia coincidenza di compiti e funzioni tra Carabinieri, forza sicuramente armata, e appartenenti alla Polizia di Stato⁵⁵.

Da notare che, a scanso di equivoci, la stessa legge istitutiva della P.S. (l.121/81), conferma, tra le forze di polizia, «l'Arma dei carabinieri, quale forza armata in servizio permanente di pubblica sicurezza» e il corpo della Guardia di finanza⁵⁶, sia pure «per il concorso⁵⁷ al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica»⁵⁸, nonché, «fatte salve le rispettive attribuzioni e le normative dei vigenti ordinamenti» e sempre in funzione di concorso all'«espletamento di servizi di ordine e sicurezza pubblica, il Corpo degli agenti di custodia e il Corpo forestale⁵⁹ dello Stato» (art.16). Sono confermati gli accordi della P.S. «con le Forze Armate» «per l'uso delle attrezzature

di «attribuzioni e compiti assai simili» (REMO ZAMBONINI, *Polizia [Corpi di]* in NN.DD., Utet, Torino, 1966, XIII, p.180) e descrive indi dettagliatamente le funzioni, comuni alle due armi, secondo l'elenco testé riferito nel testo; funzioni e compiti che non sembra siano stati scalfiti dalla riforma del corpo della Polizia di Stato. Lo spirito della riforma ha radicalmente inciso viceversa, non sui compiti, ma sulla struttura militare dell'organismo (non più soggezione degli appartenenti alla P.S. al codice militare, allontanamento della dipendenza dal Ministero della Difesa e, infine, per quanto ci riguarda, abolizione dell'assistenza religiosa castrense).

⁵⁵ l. 1° aprile 1981 n.121, art.24: «(Compiti istituzionali della polizia di Stato). La Polizia di Stato esercita le proprie funzioni al servizio delle istituzioni democratiche e dei cittadini sollecitandone la collaborazione. Essa tutela l'esercizio delle libertà e dei diritti dei cittadini; vigila sull'osservanza delle leggi, dei regolamenti e dei provvedimenti della pubblica autorità; tutela l'ordine e la sicurezza pubblica; provvede alla prevenzione e alla repressione dei reati; presta soccorso in caso di calamità ed infortuni».

Ciò che è legislativamente scritto per funzioni e compiti della Polizia di Stato, come si vede, è perfettamente riferibile anche ai Carabinieri. Non esercitano essi «le proprie funzioni al servizio delle istituzioni democratiche e dei cittadini»? Non vigilano essi «sull'osservanza delle leggi, dei regolamenti e dei provvedimenti della pubblica autorità»? Non tutelano «l'ordine e la sicurezza pubblica», provvedendo alla «prevenzione e alla repressione dei reati»?

⁵⁶ Tuttora, si può ripetere quanto affermato prima della riforma: «Il corpo è considerato parte integrante delle Forze Armate e della forza pubblica e su ciò si basa la sua struttura gerarchica e paramilitare» (MAURO VOLPI, *Le cinque polizie*, in *Politica del diritto*, 1975, p.345 s.). Aggiunge l'A.: «Tra i compiti non apertamente proclamati, vi è sicuramente l'esercizio di un controllo sui vertici della pubblica sicurezza e dell'Arma dei Carabinieri» (ivi).

⁵⁷ Corsivo nostro.

⁵⁸ «Dall'articolo in esame [art.16 l.121\81] scaturisce un assetto delle forze di polizia e, nel loro ambito, della forza pubblica solo in parte rinnovato. L'aspetto più negativo è dovuto al fatto che non è stato comunque toccato e superato il principio della pluralità di forze».

⁵⁹ In effetti, «non tutte le forze di polizia costituiscono forza pubblica, bensì solo quelle per le quali è prevista dal legislatore, in un dato momento storico, l'ordinaria utilizzazione per i servizi di polizia, mentre l'intervento delle altre forze per lo svolgimento di detti servizi è previsto come del tutto eventuale o sussidiario» (ACHILLE CHIAPPETTI, voce *Polizia [Forze di]*, cit., p.2). Per cui ogni comparazione si pone tra il tipo di servizio di assistenza religiosa erogato ai Carabinieri (ed eventualmente alla Guardia di Finanza) e il tipo di assistenza in favore del corpo della Polizia di Stato.

militari», *secondo le convenzioni preesistenti* di cui si dispone la *continuità di applicazione* (art.29). Infine, il servizio prestato per non meno di due anni nella P.S., «è considerato a ogni effetto come adempimento degli obblighi di leva» (art.44)⁶⁰.

Ora, nonostante tanta affinità col servizio di polizia svolto dal personale delle Forze Armate (in determinate circostanze e secondo quanto s'è accennato)⁶¹, mentre tale personale di altri corpi «di polizia» (*in primis* i Carabinieri e poi la Guardia di Finanza) ha continuato a usufruire del servizio di assistenza religiosa, il personale della Polizia di Stato si è visto privare – non formalmente (le norme continuavano ad assicurare l'erogazione di un servizio ormai inesistente, perché da regolare in forme nuove) ma sostanzialmente – di tale assistenza. Infatti, per quanto riguarda l'argomento in esame (compresa la disciplina prevista dall'art. 69 della legge n. 121 del 1981), almeno sino all'emanazione del d.P.R. 92 del 1991, la *riforma* del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza è stata completamente disattesa, nel senso che, all'immediata caducazione dell'intera struttura dell'assistenza religiosa a cura dei cappellani militari, non è seguita un'adeguata ristrutturazione sostitutiva che assicurasse un'effettiva continuità di detto servizio, in favore del personale della «nuova» Polizia di Stato. Le pur numerose norme transitorie e finali della legge n.121/81, nulla, come è stato detto, previdero per una graduale trasformazione del servizio di assistenza religiosa e per la concreta attuazione della normativa contemplata dal menzionato art.69 della legge.

A una sostanziale omogeneità di funzioni (specie tra Polizia e Carabinieri, come s'è visto) e a un clima sociale segnato da fenomeni degenerativi nuovi di pressoché identica gravità e delicatezza (ricordiamo il caso delle cosiddette *morti sospette* tra il personale soprattutto militare; il fenomeno degli indagati tra il personale delle strutture di polizia in genere⁶² [anche di rango direttivo, in particolare per quanto riguarda la P.S.]⁶³ per i presunti legami con la

⁶⁰ Art.44 l.121 del 1981: «Fermo restando le norme di cui alla legge 8 luglio 1980, n.343, il servizio prestato per non meno di due anni nella Polizia di Stato, ivi compreso il periodo di frequenza dei corsi, da parte del personale assunto ai sensi del successivo art.47 è considerato ad ogni effetto come adempimento degli obblighi di leva».

⁶¹ Cfr. *supra* nelle relative note analitiche.

⁶² Il quotidiano *La Stampa*, di venerdì 12 sett.1986 dava notizia a pagina 7 di tre carabinieri – arrestati l'11 dicembre 1984 «perché sospettati di far parte della mafia calabrese» – riammessi in servizio dal Ministro della Difesa «nonostante la magistratura non avesse ancora conclusa l'inchiesta» (ivi). Il dubbio è che operassero come infiltrati e che la 'copertura' non fosse ancora riferibile.

⁶³ Basti ricordare il delicato e per certi versi tuttora assai oscuro e inquietante caso Contrada («già capo della Mobile di Palermo nel '79, capo della polizia criminale e, poi, ancora numero 3 dei servizi segreti» [*Repubblica*,20.4.96]) condannato il 5 aprile 1996 in primo grado a dieci anni di reclusione

delinquenza organizzata⁶⁴; l'aumento del numero dei suicidi, soprattutto nel caso del personale militare di leva)⁶⁵, corrispose una diversità di trattamento nell'assistenza spirituale (pur prescindendo dalla fase decennale transitoria di assenza *tout-court* di detta assistenza). Rilievo assume, in tale contesto, la mancata previsione dello stato di guerra interna⁶⁶, che, secondo la dottrina costituzionalistica, non potrebbe non riguardare anche – e soprattutto – la Polizia di Stato⁶⁷ e che accentuerebbe l'esigenza di una struttura più omoge-

per un'asserita «collusione sistemica» con associazioni mafiose. Sul caso, molto discusso e i cui esiti giudiziari sono apparsi a molti di difficile condivisione, nonostante una sentenza passata in giudicato (emessa in assenza di riscontri economici, per l'accertata, relativa povertà dell'imputato e di prove di ricatti sessuali o vantaggi relazionali di altro tipo), cfr., per tutti, ATTILIO BOLZONI, *Processo e controprocesso*, in *Repubblica* del 9 aprile 1996, p.1.

L'agente dei servizi segreti, operante per di più in un contesto mafioso, ove quotidianamente è messa in gioco – senza processo e senza preavviso – la vita propria e altrui (non solo informatori, familiari, criminali di bande contrapposte in strumentale, reciproco rapporto confidenziale col il funzionario di polizia), deve muoversi su crinali delicati, in cui la prevalenza del fine è determinante nella valutazione della condotta. Il processo pubblico, che vuol veder chiaro in un contesto per definizione originariamente occulto, reclama per una condanna, che evidentemente distrugge la carriera e la persona del servitore dello Stato, una peculiare *prudentia iuris* e prove granitiche, univoche, assolutamente certe.

D'altra parte, il recupero di un'opera d'arte di inestimabile valore estetico (altro campo che ha visto più volte inquisiti agenti dei servizi segreti, specie dell'Arma dei Carabinieri), la lotta al terrorismo (il 'preavviso' di un attentato), il ritrovamento, su evidente e concordata 'soffiata', del covo mafioso di un capo criminale, rendono essenziale il lavoro 'riservato' di agenti, la cui credibilità e buona fede, non può sempre essere messa in gioco, con i pur necessari verbali di verità di un processo pubblico.

Prendendo poi incidentalmente spunto da alcune dichiarazioni dell'imputato (Contrada), tecnicamente improprie, espresse evidentemente a fini solo difensivi, anzi di protesta («Se sono un traditore, mi dovrebbero fucilare come si fa secondo il codice militare» [Repubblica, 20 aprile 1996 p.8]) si nota ancora una volta come l'appartenenza al corpo della P.S. venga comunque psicicamente (soggettivamente) vissuta dagli agenti come appartenenza a un corpo di tipo militare.

⁶⁴ Basti pensare al cosiddetto caso della *Uno bianca* o dei fratelli Savi, dal nome dei protagonisti, in cui un gruppo di graduati della P.S., imputati di rapina e omicidi, aveva dato vita a un'autentica associazione a delinquere (con gravi sospetti che l'associazione perseguisse anche – o addirittura essenzialmente – fini politici destabilizzanti).

⁶⁵ Cfr. su *Repubblica*, del 28 agosto 1994, p.10: *Gli alpini e i suicidi*.

⁶⁶ Il R.D. 8 luglio 1938 n.1415 (*Legge di guerra e di neutralità*) prevedeva che la legge di guerra potesse essere applicata ancorché lo Stato italiano non fosse in guerra con altro Stato. Si è parlato anche di «stadio d'assedio» per indicare «gravi circostanze di carattere interno» tali da «provocare il pericolo di una paralisi nel funzionamento dei pubblici poteri» (FRANCO MODUGNO, *Stato d'assedio*, in NN.DD., Utet, Torino, 1971, p.274), da cui l'emanazione di provvedimenti eccezionali per la sospensione temporanea di «alcune leggi o la stessa costituzione dello Stato». Con maggior congruenza rispetto al fenomeno da regolare proprio la legge di pubblica sicurezza (l.18 giugno 1931, n.773) nel prescrivere non già l'applicazione della legge di guerra, ma di apposite norme di pubblica sicurezza, adottò la dizione di «stato di pericolo pubblico». Naturalmente, già prima della riforma del 1981 del Corpo di Pubblica Sicurezza, in dottrina era dubbio se potesse essere ritenuto «costituzionalmente ammissibile prevederne l'ipotesi o giustificarne a priori l'evenienza» (FRANCO MODUGNO, op. cit. loc.cit.).

⁶⁷ Quali che siano i dubbi di costituzionalità sulle disposizioni giuridiche in materia di stato di

nea, tempestiva e rigorosa, nell'organizzazione e nella disciplina, di quanto non lo sia l'organizzazione di un'assistenza religiosa rivolta a un corpo di polizia esclusivamente civile. Ciò, dal momento che la P.S. è un corpo di polizia certamente civile, ma tuttora largamente militarizzato, sotto il profilo sostanziale e disciplinare e costituisce una struttura che, in particolare, deve essere in grado di operare anche nelle condizioni estreme dello stato di pericolo pubblico⁶⁸.

Fondamentale a qualificare come effettivamente civile lo stato giuridico della P.S. sembra il fatto che i suoi appartenenti sono soggetti non alla giurisdizione penale militare (come i Carabinieri e la Guardia di Finanza) ma a quella penale ordinaria⁶⁹. Ciò, tuttavia, non è di ostacolo alla verifica di una parziale, ma molto significativa coincidenza di funzioni, di organizzazione e soprattutto di rischi e di pericoli nell'attività ordinaria del servizio. Tali affinità non appaiono irrilevanti in tema di organizzazione dell'assistenza religiosa con riguardo alla necessaria osservanza dell'art.3 cost., comma 2°⁷⁰. Peraltro - detto incidentalmente e riaffermate le debite e radicali differenze istituzionali con l'attuale assetto democratico dello Stato costituzionale - non sarà inutile ricordare che

pericolo pubblico, quando si ritenessero tuttora vigenti (argomento estraneo al presente saggio) è certo che la difesa dell'*ordine interno* è funzione specifica e primaria delle forze di polizia (mentre alle Forze armate spetta, in linea di principio, la difesa della sicurezza della nazione rispetto ai pericoli *esterni* allo Stato).

In tal senso la dottrina attuale (su cui, v. la prossima nota) conferma integralmente la dottrina antecedente (v., per tutti, ALDO M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1960, p. 468).

⁶⁸ Volendo cogliere la distinzione tra *forze di polizia e forze armate*, occorre rinvenire, ancora secondo Sandulli (ALDO M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982), ripreso da Chiappetti (ACHILLE CHIAPPETTI, voce *Polizia [Forze di]*, cit., p.1) «il momento differenziante si vede nel fine perseguito: quello della difesa dell'ordine interno, da parte delle forze di polizia; quello della sicurezza del Paese verso l'esterno da parte delle forze armate». Come si vede, entrambi gli Autori scrivono a riforma di pubblica sicurezza ormai avvenuta.

⁶⁹ Peraltro, come si vedrà tra poco, «la smilitarizzazione non costituisce una novità nell'ordinamento italiano: durante lunghi periodi di tempo la forza di polizia inserita nella struttura amministrativa del ministero dell'interno non ha fatto parte delle forze armate» (ACHILLE CHIAPPETTI, voce *Polizia [Forze di]* in *Enc. giur.*, cit., p.5).

⁷⁰ D'altra parte, il fatto che lo stesso legislatore abbia sempre confermato in linea di principio la necessità del servizio di assistenza religiosa, anche dopo la riforma e sotto la vigenza del Concordato lateranense (in pratica fino all'emanazione della l. 25 marzo 1985 n.121) quando non sussisteva un obbligo concordatario di provvedere all'assistenza di un corpo non più militare, non solo sembra rafforzare i dubbi - con stretto riferimento all'art.3 cost. comma 2° - sulla costituzionalità dell'abrogazione temporanea, eppure immediata e protratta nel tempo, dell'assistenza religiosa stessa, ma sollecita l'esternazione di dubbi (quando si voglia considerare le questioni in un'ottica di leale collaborazione e di *effettiva* tutela, l'unica invocabile ex art. 3 cost. comma 2°), sullo stesso assetto organizzativo successivo di tale servizio (per esempio in tema di spostamento e concentrazione di truppe [su cui v. *infra*]), sino al perfezionamento secondo gli assetti convenzionali attuali.

anche per il Corpo degli agenti di pubblica sicurezza – ricostruito dal fascismo con RR.DD. del 2 aprile 1925 (n.382 e 383) – era esclusa l'applicabilità del codice penale militare, pur essendo esso «militarmente organizzato»⁷¹. Il problema, per quanto riguarda il tema in esame (ossia lo specifico riferimento a un tipo di assistenza religiosa che voglia essere rispettosa dell'art.3, 2° comma della Costituzione) è sull'obbiettiva organizzazione di tipo militare del servizio, Come è stato giustamente osservato, il legislatore con la riforma ha evidentemente voluto perseguire «due scopi: a) di superare una volta per tutte la tendenza di concepire come forza militare il braccio esecutivo della polizia inquadrato nel ministero dell'interno, ad imitazione dell'Arma dei Carabinieri; b) di ottenere *cionondimeno* i risultati pratici che venivano, di norma, considerati conseguenti allo *status* militare degli agenti di polizia: *l'applicabilità della disciplina militare*»⁷²; il che è appunto quanto interessava rilevare⁷³.

Si può peraltro osservare come ogni ragionamento sia reversibile: se vi è un organismo militare che svolge prevalentemente, in tempo di pace, servizio civile di polizia, come l'Arma dei Carabinieri, è quest'ultimo – potrebbe obbiettarsi – a dover adeguare le proprie strutture, anche in tema di assistenza religiosa, alla natura civile del servizio. Si tratta di un'osservazione importante, che non è priva (astrattamente) di una sua fondamentale coerenza. Una considerazione di questo tipo, ancorché inespressa dalla dottrina, andava debitamente formulata. non solo per i suoi pregi dialettici, ma per non esser priva – ripetesi – di una sua astratta coerenza. Invertendo i termini della questione, si finisce, in buona sostanza, col pretendere coerenza logica a chi lamenta disparità di trattamento⁷⁴. In realtà, un'assistenza di tipo castrense non si improvvisa e se un'istituzione è di tipo militare ad essa va naturalmente apprestato un coerente servizio di assistenza religiosa. Si è già notato come il legislatore abbia conseguentemente operato adeguando il tipo di servizio (assistenza religiosa militare o civile) alla natura dell'istituzione. Solo che la logica del secondo comma dell'art.3 della

⁷¹ ACHILLE CHIAPPETTI, voce *Polizia [Forze di]* in *Enc. giur.*, cit., p.5.

⁷² Corsivo nostro.

⁷³ L'applicazione di una disciplina tendenzialmente militare all'organizzazione del servizio della Polizia di Stato, suscita interrogativi, sempre con riferimento al secondo comma dell'art.3 cost., sulla congruità di un servizio di assistenza religiosa modellato verso un corpo di polizia di tipo istituzionalmente civile (ma dall'organizzazione, dalla disciplina e dalle funzioni operative, specie in determinate circostanze [stato di guerra interna] di tipo militare).

⁷⁴ Il presupposto di ogni considerazione è che una diversa organizzazione del servizio abbia una spiegazione logica. Come nessuno potrebbe sensatamente chieder conto delle ragioni per le quali non debbano essere i Carabinieri, ad esempio, a dover ricevere un'assistenza religiosa di tipo meramente civile, allo stesso modo ci si è chiesto sulle ragioni inizialmente assai diverse del servizio di assistenza religiosa per forze di polizia, in prevalenza, militarmente organizzate (ancorché civili).

Costituzione richiede un diverso punto di vista da cui valutare la legislazione. L'atto normativo non è più oggi un fatto solo istituzionale e, per il caso dell'assistenza religiosa, un fatto solo interordinamentale. Occorre infatti guardare, alla luce del principio di eguaglianza, come costituzionalmente regolato, anche agli aspetti sostanziali del servizio. Qui entrano in gioco la disciplina parimenti militare (rispetto ai Carabinieri e alla Guardia di finanza) dell'organizzazione del servizio della Polizia di Stato, l'astratta equipollenza tra stato (eccezionale) di guerra⁷⁵ e stato (egualmente eccezionale) di pericolo pubblico⁷⁶, la stessa natura quotidiana del servizio di polizia svolto, quel coesistere ogni momento con la «logica della vita e della morte»⁷⁷, che è aspetto ineludibile e costante della lotta alla criminalità organizzata. È il cittadino-fedele in tal guisa a divenire il centro del riferimento normativo come costituzionalmente controllato.

Con la riforma della P.S. si è proposta in realtà una nuova immagine istituzionale a una struttura antecedente sostanzialmente conservata. L'assistenza spirituale cattolica alla P.S. sembra più coerente con l'immagine istituzionale che con l'organizzazione generale e la disciplina effettiva del servizio di polizia. Ora, con riferimento al secondo comma dell'art.3 della Costituzione, occorre verificare, al rigoroso vaglio del criterio di congruità, se l'aver aggiunto forma nuova (l'assistenza spirituale di tipo civile) a strutture vecchie (solo in parte novellamente modellate) non abbia comportato disarmonie di tipo sistematico-costituzionale.

È certo che la cura castrense del servizio di assistenza religiosa prevede una diversa e più rigorosa disciplina (verticistica) anche nei confronti degli stessi cappellani, diversi obblighi, un diverso coordinamento, una presenza a tempo pieno dell'ecclesiastico.

L'assistenza religiosa a un corpo civile di polizia dalla disciplina sicuramente militarizzata avrebbe dovuto comportare, per debito di coerenza, l'adozione di un modello organizzativo che, senza essere una copia di quello istituzionalmente castrense, si adattasse meglio alla struttura militarizzata del servizio. Ciò, naturalmente, senza escludere eventuali momenti evolutivi in qualche modo coerenti con l'eventuale evoluzione verso un modello autenticamente civile (anche nell'organizzazione, anche nella disciplina; si pensi all'uso massivo delle armi⁷⁸) del corpo di polizia.

⁷⁵ Lo stato di guerra interessa istituzionalmente le sole forze armate e quindi, per quel che ci riguarda la presente ricerca, di regola i soli Carabinieri.

⁷⁶ Lo stato di pericolo pubblico interessa istituzionalmente sia la Polizia di Stato che i Carabinieri.

⁷⁷ V. nota n.40.

⁷⁸ Prima della riforma la pubblica sicurezza era «sicuramente il più armato tra i corpi speciali delle

7. *Esperienza transitoria: ipotesi di qualificazione giuridica (cenni).*

Con riferimento alla riforma del 1981, reciso ogni vincolo con l'istituto dei cappellani militari, si provvide tuttavia a non interrompere del tutto i rapporti con il personale ecclesiastico. È questa l'ambigua fase, su cui occorre brevemente indugiare, dell'assistenza religiosa informale o addirittura *di fatto*, per così dire, in favore del personale del nuovo corpo di polizia. Una fase, diciamo subito, che fu in qualche modo subita dall'autorità ecclesiastica e che non richiama in nulla l'origine della cura religiosa castrense. Quest'ultima, peraltro, nacque certamente al fine di disciplinare esperienze in atto o, se si vuole, *di fatto*⁷⁹. Nel caso di specie, con riferimento alla Polizia di Stato, si trattò di un'esperienza modesta, di breve respiro, sostanzialmente sterile. Occorre, tuttavia, considerare che, sia pure in modi che appaiono largamente informali e dichiaratamente insufficienti, pare che si sia consentita (o, più esattamente, si sia tollerata, almeno nei primi tempi successivi alla riforma del 1981) la permanenza di un simulacro di struttura allo scopo di permettere, se non di assicurare veramente, un minimo di assistenza spirituale⁸⁰. Questo servizio sarebbe stato svolto (e sempre in modi apparentemente embrionali e approssimativi) presso le forze della Polizia di Stato, a cura del personale ecclesiastico, necessariamente dipendente, se non designato (e quindi formalmente, nei limiti detti, e sostanzialmente non sgradito), dalle diocesi territorialmente competenti⁸¹.

forze armate», insieme all'Arma dei carabinieri (MAURO VOLPI, *Le cinque polizie*, cit. p.344). Ora, la materia è regolata dagli art.29 e 30 della legge di riforma (l. 21 aprile 1981 n.121, *Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*). L'art. 29 conferma gli accordi e le convenzioni preesistenti con le forze armate, l'art. 30 fissa i criteri per la determinazione dell'armamento in dotazione. In ogni caso, con la riforma fu disposto (art. 28) che tutte «le attrezzature, i mezzi, gli strumenti, gli equipaggiamenti e ogni altra dotazione appartenenti ai corpi di cui all'art. 23» della legge di riforma, ossia appartenenti al disciolto corpo di Pubblica Sicurezza e al disciolto corpo di Polizia femminile, fossero integralmente «attribuiti all'Amministrazione della pubblica sicurezza», ossia alla nuova Polizia di Stato.

⁷⁹ ANTONIO INGOGLIA, *La disciplina canonica della cura castrense*, cit., p. 52: «Sotto la vigenza del codice piano-benedettino, la disciplina "circa militum Cappellanos sive maiores sive minores" era affidata a regole peculiari emanate dalla Santa Sede che, a dire il vero, per quanto concerne l'Italia, non sorsero *ex abrupto*, ma dalla necessità di regolare situazioni di fatto, sorte per iniziativa delle stesse autorità militari».

⁸⁰ V. relativa nota al § 2.

⁸¹ Trattandosi di assistenza religiosa che sarebbe stata svolta *di fatto* (neppure in regime di tacita prorogatio, in attesa della riforma disposta dalla norma) la responsabilità della presenza dell'ecclesiastico nelle strutture della nuova polizia non può non ricondursi all'astratta responsabilità del vescovo territorialmente competente (ex can.565 c.i.c.). È certo tuttavia che non vi fu alcuna designazione formale.

La configurazione ipotizzabile⁸² della struttura del servizio, certamente informale e approssimativa, ancorché modesta (e forse proprio in considerazione della sua dichiarata limitatezza) ricorda tuttavia immediatamente, più che l'assistenza religiosa castrense, quel tipo di assistenza spirituale che – specificamente disciplinata dal *codex iuris canonici* (dal can.564 al can.572) – viene appunto assicurata mediante cappellani, certamente non militari, a determinate comunità di lavoratori.

Ci si riferisce innanzitutto alla figura del «cappellano di nave», nave civile, beninteso, dacché sulle navi appartenenti alle forze armate, i poteri e le funzioni del cappellano sono regolati – sia secondo le leggi dello Stato che secondo il diritto canonico – dalle norme generali e speciali che disciplinano l'istituto del cappellano militare. Oltre che a tale figura del *cappellano di nave*, che nasce da esigenze peculiari di immediata evidenza, si è indotti a pensare all'esperienza di istituzioni minori⁸³. Esisterebbe, per esempio, tuttora, dopo la 'privatizzazione' e lo scorporo, in molteplici filoni e società differenziate, delle f.s., un cosiddetto *Cappellاناتo compartimentale* - di antica tradizione - presso ogni sede compartimentale della spa *Ferrovie dello stato*⁸⁴ (comunque attualmente denominata) e si è accertata l'esistenza di apposite «convenzioni»⁸⁵ per l'assistenza spirituale al personale di altri enti pubblici⁸⁶. Pertanto, il

⁸² La dottrina conosce l'esistenza delle più varie forme di assistenza spirituale prestata dai cappellani. Oltre quelli militari, la cui attività è disciplinata da leggi speciali, secondo quanto prescritto dal can.568 del vigente c.i.c., esistono i cappellani in servizio presso gli istituti di prevenzione e pena, quelli cimiteriali, quelli ospedalieri ecc. Vengono menzionati per il passato (cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna 1995, p. 98 s.) nello Stato confessionista dei secoli andati, i cappellani del re e poi il cappellano *maggiore* del re e del clero palatino, la cui figura venne disciplinata con l.30 novembre 1939 n.1887 ecc. Ancora nel 1903 la dottrina notava come «le specie di cappellani sono varie: e vi hanno in conseguenza cappellani *cum plebe*, cappellani non curati, cappellani residenziali, cappellani non residenziali, cappellani perpetui, cappellani amovibili ecc.» (BARTOLO BELOTTI, *Enc. giur. it.*, vol.III, parte I, Società Editrice Libraiia, Milano, 1903, p.755).

⁸³ Il *codex iuris canonici* menziona specificamente comunità di lavoratori come fedeli assistiti da cappellani. Il can. 568 del codice prevede l'assistenza, a cura dei cappellani, per determinate collettività di fedeli, che non possano usufruire, per la loro condizione di vita, della cura ordinaria dei parroci, «come gli emigranti, gli esuli, i profughi, i nomadi, i naviganti». Per l'assistenza spirituale agli operai cfr. nota successiva.

⁸⁴ Cfr. sent. Trib. Roma, 17.4.1975, in *Dir. eccl.*, 1979, II, p.444 ss., su cui v. *infra* [oggetto della prestazione]. La parola «compartimento», e quindi l'attributo «compartimentale» (entrambi ampiamente menzionati nella sentenza qui citata) sono di recente, almeno ufficialmente, spariti, insieme a tutta una serie di termini tecnici specie somiglianti a quelli di origine militare (*capo divisione; congedi*, per ferie ecc.), dalla terminologia delle f.s. (in approssimativa coincidenza col fenomeno di privatizzazione delle Ferrovie dello Stato).

⁸⁵ Così, per l'assistenza religiosa in favore dei lavoratori della Sip (oggi Telecom).

⁸⁶ Si rammenta l'esistenza dell'ONARMO, sigla dell'*Opera nazionale assistenza religiosa e morale degli operai*, organizzazione di apostolato fondata nel 1926, sotto il patrocinio della Congregazione

fenomeno relativo al modo di provvedere all'assistenza spirituale presso la Polizia di Stato, tra il 1981 e le riforme successive, comunemente ritenuto transitorio e dalla disciplina apparentemente informale, va debitamente menzionato per valutare se esso possa in qualche modo ascrivere nei tentativi di attuazione definitiva (per quanto consentito dalla dinamica normativa) delle disposizioni allora vigenti (e comunque dalla norma introdotta dall'art.69 l.121 del 1981). A riguardo, non riteniamo possa parlarsi di attività di assistenza religiosa illegittima, in quanto essa, nei limiti in cui venne effettivamente svolta, fu espletata, in termini certo ambigui e informali (s'è detto), ma a cura di ecclesiastici, che non erano, per l'Amministrazione, e comunque non esercitavano (non potevano rivestire più, verosimilmente neppure per il diritto canonico) la funzione di cappellani militari *in quanto tali*⁸⁷. Fu certamente impropria e tecnicamente errata la dichiarazione dell'Ordinario castrense per l'Italia nella citata intervista a *La Stampa* del 12 settembre 1986, allorché ebbe a dichiarare che «parecchi [cappellani militari] su richiesta dei comandi stessi continuano nel loro lavoro». In realtà, si può solo ritenere che soggetti, *non più cappellani militari* (beninteso), abbiano continuato ad assistere spiritualmente le truppe della Polizia, con la tacita approvazione episcopale e magari col tacito consenso o, al più (a voler adottare la stessa espressione dell'Ordinario militare), su *informale* «richiesta dei comandi stessi» (in parole povere, *di fatto*, ossia tra il clandestino e l'ufficioso). Difficile infatti ipotizzare un contrasto o comunque un'autonoma e divergente valutazione tra autorità civile e religiosa, sulla qualificazione dell'assistenza religiosa prestata (se di natura castrense o civile). Oggi, in presenza di apposita intesa, un contrasto non sarebbe ipotizzabile, neppure con stretto ed esclusivo riferimento al diritto canonico (all'interno – insistiamo – dell'*ordo canonicus*)⁸⁸. Peraltro, neanche nel 1986 un conflitto interpretativo sul punto era effettivamente configurabile, quando, in particolare, ancora non era stata stipulata l'*Intesa subconcordataria* sull'assistenza religiosa alla P.S. ed era già stata emanata, a

concordataria, con lo scopo di svolgere attività di assistenza spirituale, educativa, sanitaria ed economica, in favore dei lavoratori. L'*Onarmo* promosse anche un Istituto di assistenza sociale legalmente riconosciuto con D.M. 20 marzo 1948.

⁸⁷ Si rammenti l'espresso divieto posto dal secondo comma dell'art.69 della l. 121 del 1981.

⁸⁸ Il can. 3 c. i. c., comunque lo si voglia interpretare, sembra decisamente escludere qualsiasi ipotesi di conflitto a riguardo. Infatti, anche se la norma generale espressa dal can.3 a rigore riguarda le sole «convenzioni stipulate dalla Sede Apostolica con le nazioni» e l'*intesa subconcordataria*, del 21 dicembre 1990, applicata in Italia col d.P.R. 17 gennaio 1991 n.92, venne sottoscritta tra Ministro degli Interni e Presidente della Conferenza episcopale italiana, essa venne comunque stipulata in formale, espressa attuazione dell'art.11 dell'Accordo – tra Santa Sede e Repubblica italiana – modificativo del Concordato del 18 febbraio 1994.

livello di fonte primaria di diritto speciale, la costituzione apostolica *Spirituali militum curae*⁸⁹. Certo, non poteva trovare specifica applicazione il can. 3 del vigente c. i. c.⁹⁰ (ma già era in vigore l'Accordo modificativo del concordato, con l'obbligo di fissare «modalità d'intesa» [n.2,2]); forse il can.569 avrebbe potuto assumere il ruolo di norma più specifica di riferimento⁹¹, ma il risultato, a parer nostro, non sarebbe mutato. Nonostante l'assenza dell'ostacolo rappresentato dal can.3 c.i.c., che, in assenza di formale intesa, non poteva, come s'è detto, trovare specifica applicazione, è difficile, diremmo impossibile, pensare a una diversa qualificazione canonica del nuovo Corpo di Polizia di Stato (come se tale organismo, formalmente civile per lo Stato, potesse essere astrattamente considerato dall'ordinamento canonico – e da esso solo – così militarizzato da meritare l'assistenza religiosa castrense). La stessa normativa speciale canonica, cui rinviava (come ancor oggi rinvia) il can.569, costituiva un insormontabile impedimento.

In ogni caso, neppure nelle comprensibili doglianze per il venir meno – e comunque per il sostanziale affievolirsi – del servizio di assistenza spirituale in coincidenza con la riforma del Corpo di Polizia di Stato, v'è traccia di un formale apprezzamento differenziato dell'autorità ecclesiastica sulla natura civilistica del nuovo organismo dello Stato e conseguentemente sulla posizione giuridica del personale religioso residualmente impegnato ad assicurare, in funzione sussidiaria, l'assistenza religiosa nelle strutture riformate di polizia.

Escluso quindi ogni possibile contrasto sulla qualificazione civile e non militare del nuovo Corpo di polizia, occorre trarne le debite conseguenze sulla definizione del servizio nella fase che abbiamo definito transitoria. Attività senza dubbio di semplice assistenza religiosa, quella erogata dal personale ecclesiastico già adibito alle funzioni castrensi in favore del personale del disciolto Corpo di pubblica sicurezza; un servizio da considerare solo come non esplicitamente vietato dalla norma, che anzi, a dire il vero, all'atto della riforma, continuava ad assicurare l'astratta persistenza dell'assistenza spirituale⁹² (senza peraltro fornire ad essa i relativi mezzi e senza alcun collegamento previo con l'autorità ecclesiastica).

⁸⁹ A.A.S. LXXVIII, 1986, p.481 ss.

⁹⁰ Già riportato in una precedente nota.

⁹¹ Can. 569: «I cappellani militari sono retti da leggi speciali».

⁹² Art. 69 l. 1° aprile 1981, n.121, cit. alla nota n.3. Si veda altresì l'art.76 del titolo X (*Assistenza religiosa e benessere*) del d. P. R. 28 ottobre 1985, n. 782, *Regolamento di servizio dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*: «Art. 76. *Assistenza religiosa*. Al personale della Polizia di Stato è assicurata l'assistenza religiosa secondo le norme di legge».

La necessità avvertita di una determinazione delle forme attuative della prestazione del servizio di assistenza religiosa nasceva certo dalla espressa soppressione della figura del cappellano militare (art.69, comma secondo, l. 1° aprile 1981 n.121). Pure, a rigore, nessuno avrebbe potuto astrattamente escludere che la menzionata l.121 del 1981, immediatamente prescrittiva di un servizio erogato (come se fosse effettivamente erogato), avesse inteso far riferimento alle disposizioni comuni vigenti in tema di assistenza spirituale ai lavoratori in genere. Insomma, ogni amputazione del tessuto normativo (per decisione del legislatore, per sentenza costituzionale ecc.), determina, di per sé, una ricostruzione automatica del tessuto normativo stesso.

Peraltro, le indagini sommarie espletate nel 1986⁹³, non lasciano dubbi al riguardo: l'assistenza spirituale al personale della P.S., se fu effettivamente prestata, come s'è scritto (e non v'è ragione di dubitarne)⁹⁴, avvenne in modi così precari, occasionali, informali, da non lasciare sostanzialmente traccia.

In conclusione – pur in presenza: 1) di personale ecclesiastico di fatto (e sia pure temporaneamente) *disponibile* (sia perché cessato dal rapporto di lavoro, sia perché orientato alla protrazione *di fatto* del servizio (si rammenti il «continuano a svolgere il proprio lavoro»)⁹⁵; 2) di un'esperienza e di strutture (luoghi di culto ecc.) comunque preesistenti; 3) persino, della dichiarata disponibilità degli organi direttivi della P.S. («su richiesta dei comandi stessi»)⁹⁶ - non fu possibile organizzare alcuna valida struttura alternativa e surrogatoria al cessato servizio di assistenza religiosa castrense. D'altra parte, ben si spiegano le difficoltà attuative. Vi era, infatti, nel 1981, una situazione volta ad assicurare l'assistenza spirituale al personale della P.S., con un'unica norma ritenuta di certa e immediata applicazione, consistente in un divieto («escluso il ricorso ai cappellani militari»). In tal guisa, né il Ministero degli Interni, né l'autorità di P.S., né la stessa autorità ecclesiastica ritennero di poter formalmente riorganizzare l'intero servizio di assistenza religiosa in favore della Polizia (civile) dello Stato, in assenza di nuovi presupposti attuativi della l.121/1981.

Ben si spiega allora il rammarico dell'autorità ecclesiastica. Se da un punto di vista diplomatico la riforma non era di per sé suscettibile di formali doglianze da parte della Santa Sede (essendosi lo Stato limitato a smilitarizzare

⁹³ Indagini pressoché coincidenti con la pubblicazione dell'articolo su *La Stampa* del 12 settembre 1986, citato nelle precedenti note.

⁹⁴ Cfr. § 2 in note.

⁹⁵ Cfr. § 2 in note.

⁹⁶ Cfr. § 2 in note.

un suo corpo di polizia – e la figura stessa del cappellano militare avrebbe rappresentato un'inammissibile presenza in un corpo ormai smilitarizzato – tanto più che esso Stato si era preoccupato di garantire, nelle astratte formulazioni della legge, l'assistenza spirituale al personale della polizia riformata) dal punto di vista dei rapporti politico-istituzionali tra i due ordinamenti, la questione non poteva non apparire più delicata e complessa. Ciò, non solo per la brutalità dell'innovazione, ossia per la totale assenza di ogni riferimento al problema nelle norme transitorie, che pure si erano preoccupate di disciplinare specificamente la sorte del personale di pubblica sicurezza, che non avesse inteso di far parte della nuova struttura della Polizia di Stato⁹⁷, ma anche per l'unilateralità dell'innovazione legislativa, che, peraltro, per la sua concreta attuazione, si sarebbe dovuta necessariamente avvalere della collaborazione dell'autorità religiosa.

In realtà, la legge costitutiva della nuova Amministrazione della pubblica sicurezza presentava, accanto a un'unica certezza (l'abolizione del servizio castrense) numerosi dubbi di interpretazione, peraltro così delicati e complessi, da poter essere ritenuti causa non ultima della sostanziale inattuazione della norma prescritta dall'art.69⁹⁸ della legge stessa. Poiché tuttavia gli interrogativi nati dalla legge di riforma finiscono fatalmente coll'interagire con gli ulteriori quesiti sorti a seguito delle innovazioni normative succedutesi, si ritiene opportuno considerare subito, contestualmente, anche queste ultime, al fine di consentire un'indagine per quanto possibile omogenea di tutte le complesse questioni sorte sia a seguito della l.n.121 del 1981 che per effetto delle modificazioni concordatarie intervenute.

⁹⁷ Si vedano le disposizioni transitorie.

⁹⁸ Cfr. § 2 in note.

QUESTURA DI FOGGIA
Ufficio di Gabinetto

Cat.A4/2010/Gab

Foggia, 8.9.2010

OGGETTO: Protocollo d'Intesa tra Questura di Foggia, Arcidiocesi di Foggia e Bovino e Sezione Polizia Postale e delle Comunicazioni di Foggia.-

Fax
06.46549798

AL MINISTERO DELL'INTERNO
Segreteria del Dipartimento
Ufficio Relazioni Esterne e Cerimoniale

ROMA

e, p.c.

Fax
06.46535311

AL MINISTERO DELL'INTERNO
Ufficio Assistenza Spirituale al Personale della P.S.
cappellanipolstato@chiesacattoi.ca.it

ROMA

Al fine di intensificare l'attività di informazione e prevenzione rivolta alle nuove generazioni e per contrastare fenomeni sociali di particolare riscontro, la Questura e la Sezione di Polizia Postale della città di Foggia hanno ritenuto che i centri parrocchiali e catechistici e i relativi educatori impegnati nella formazione culturale e morale dei giovani, possono essere luoghi e figure privilegiate per raggiungere in modo capillare il mondo giovanile.

Il Protocollo d'Intesa che coinvolge l'Arcidiocesi di Foggia e Bovino, per le finalità che si propone tese alla diffusione di una più ampia cultura della sicurezza e della legalità e soprattutto per la volontà di voler interagire e collaborare con le Istituzioni, è pienamente condiviso dallo scrivente ed è già stato approvato dal Vescovo della città e, oltre sì, dal Consiglio Pastorale.

Si allega una bozza del "Protocollo d'Intesa" e si resta in attesa di cortesie determinazioni al riguardo.

Si raccomanda l'urgenza.-



**PROTOCOLLO D'INTESA
TRA
QUESTURA DI FOGGIA
ARCIDIOCESI DI FOGGIA - BOVINO
E
SEZIONE DELLA POLIZIA POSTALE E DELLE COMUNICAZIONI DI FOGGIA**

**PER L'ADOZIONE DI INTERVENTI DI PREVENZIONE E CONTRASTO ALLA
PEDOFILIA, AI MALTRATTAMENTI, ALLE LESIONI IN DANNO DI MINORI, AL
BULLISMO E DI INFORMAZIONE SUI RISCHI DI INTERNET**

Premesso che

La Questura di Foggia e la Sezione della Polizia Postale e delle Comunicazioni di Foggia, già da tempo, svolgono una attività di informazione e prevenzione indirizzata ai minori ed agli educatori psicofisico di varia origine, che sollecitano l'esigenza di attivare interventi adeguati e strategie idonee;

che l'osservazione ed i rilievi possono evidenziare ipotesi di maltrattamenti, violenze, abusi e internet addiction, tali da porre gli educatori ed i parroci, nella loro qualità di pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, nella condizione di ottemperare all'obbligo di denuncia;

le parti in premessa indicate dichiarano

la volontà di collaborare al fine di coordinare le rispettive attività in materia, per realizzare una stretta collaborazione tra gli uffici e gli enti firmatari attraverso corsi di aggiornamento per educatori per formarli ad una corretta discriminazione dei segnali di disagio dei minori, riconoscere precocemente gli indicatori psicologici negli abusi all'infanzia, comprendere i pericoli della rete ed un continuo scambio di informazioni e valutazioni, oltre che per organizzare incontri con i minori per insegnargli ad evitare e riconoscere situazioni di rischio e per formarli sulla consapevolezza e il rispetto del proprio corpo.

L'Arcidiocesi di Foggia - Bovino, la Questura di Foggia, la Sezione della Polizia Postale e delle Comunicazioni di Foggia, nel rispetto dei propri ruoli e delle proprie competenze, attraverso incontri programmati si impegnano a promuovere ed organizzare corsi, seminari ed attività sulle suddette tematiche tenuti da personale dell'Ufficio minori della Questura, della Polizia Postale e delle Comunicazioni, dal Cappellano della Polizia di Stato e dallo Psicologo della Polizia di Stato.

Foggia,

Il Questore della Provincia di Foggia
Dott.ssa Maria Rosaria Maiorino

L'Arcivescovo Di Foggia - Bovino Mons. Francesco Pio Tamburrino
Francesco Pio Tamburrino

Il Dirigente Sezione Polizia Postale e delle Comunicazioni di Foggia
Vice Questore Aggiunto Dr.ssa Cristina FINIZIO



Apposito il sigillo *Dr.ssa Cristina Finizio*

Capitolo II
Riflessioni sulle fonti

«Se Dio si rivolgesse all'uomo non in modo da dover essere sempre e comunque interpretato, non lasciando all'interprete la responsabilità dell'interpretazione, ebbene Dio mentirebbe, Dio non sarebbe Dio»
(SERGIO GIVONE, Storia del nulla, 2008, p. XX s.)

1. *Sul concerto mediante intesa.*

«La musica al potere!»
(FEDERICO FELLINI, Prova d'orchestra, 1979)

L'opinione di Givone coinvolge – è evidente – il tema del libero arbitrio: «Se Dio si rivolgesse all'uomo non in modo da dover essere sempre e comunque interpretato, non lasciando all'interprete la responsabilità dell'interpretazione, ebbene Dio mentirebbe, Dio non sarebbe Dio». Pure, l'uomo – specie “l'uomo della legge”, il *legislatore* comunque inteso o anche il semplice esecutore amministrativo di una normativa, il semplice ‘pupo’, come direbbe Pirandello, pur operando in tesi sempre oculatamente ossia mai per frettoloso candore (ci mancherebbe anche questo) – nell'interpretare il proprio ruolo, sembra di regola, sistematicamente o di volta in volta, in infiniti modi e forme diverse e, talora, inaspettate, voler sfidare i confini che altri uomini e l'intero ordinamento gli hanno con mille vincoli assegnato e precostituito. Il potere negativo ha l'*horror vacui*.

La conclusione sembra valere anche per il nostro piccolo argomento di studio.

Non a caso possiamo ritenere che la fonte esecutiva dell'Intesa sull'assistenza religiosa alla Polizia di Stato così come l'Intesa stessa rientrano a pieno titolo in quella categoria di atti, che i costituzionalisti hanno definito «“oggetti misteriosi”, inventati, per così dire, da un legislatore certamente fantasioso e, nondimeno, ambiguo per un verso, comunque reticente per un altro», strane creature giuridiche, che costringono gli organi amministrativi e gli stessi interpreti a delle «vere e proprie acrobazie dottrinali onde riconoscere alle stesse una interiore armonia e coerenza, nonché contenuti congrui con

gli scopi pratici che ne hanno determinato la posizione»⁹⁹.

La Chiesa è un organismo universale e complesso, portatore di valori e interessi generali che la conducono, quasi fatalmente, nell'esercizio della propria potestà direttiva e di magistero spirituale, riconosciuta o no dal teologicamente necessario potere alterativo di Cesare, comunque oggi configurato e incarnato o di fatto esercitato (si pensi all'imperio, anonimo, per quanto possibile, delle multinazionali sui destini e sulla vita delle popolazioni più diverse), a poter confliggere, talora a *dover* confliggere, per debito d'ufficio, con i poteri civili locali e, non di rado, internazionali. Difesa dei diritti umani, tutela della famiglia e dei diseredati, protezione del nascituro, lotta alla fame nel mondo, bioetica, persino protezione dell'ambiente, nulla sfugge oggi alla critica, all'attenzione, all'interesse generale e particolare della Chiesa. Quando poi non sia la Chiesa in quanto tale a intervenire, sono gli organismi che liberamente la compongono (o le strutture pluraliste nella società, spiritualmente orientate: partiti, movimenti, sindacati, comunità) a testimoniare, in perfetta autonomia, nel perseguimento dei fini, l'esistenza di un sentire spirituale diverso in favore dell'uomo, fosse pure ultimo (soprattutto se ultimo). Una minuscola compagnia religiosamente ispirata, chiamata a risolvere controversie internazionali circoscritte, come la Comunità di Sant'Egidio, rappresenta un esempio sufficiente a indicare l'infinità dei modi di presenza e penetrazione della Chiesa nelle vicende del mondo, la sua autorevolezza. Il bene, come il vento, spira dove vuole. Ignora le regole della meteorologia e le certificazioni preventive del diritto. Pure, nonostante la separazione necessaria, i rapporti attuali tra Stato italiano e Chiesa cattolica sono oggi politicamente intessuti di zucchero filato. Delle laceranti eccezioni su temi circoscritti e specifici e incidenti di percorso (la condotta riprovevole, ma soprattutto incauta, di un uomo di governo; una bestemmia dal sen sfuggita e registrata dai media; un *metodo* per soffocare la voce di una *Chiesa di carta*) non v'è ragione, specie qui, di riflettere (d'altra parte, se *de minimis non curat pretor*, figurarsi – ufficialmente – la S. Sede). L'ordinamento terzo (con le coerenti relazioni di diritto interno), teatro dei loro conflitti, è divenuto oggi una sorta di nuvola, che, se non vi fossero delle improvvise e imprevedute smagliature (magari provocate dall'indisciplinata intraprendenza della magistratura civile e dalle sue pretese di incursione persino nei segreti di bilancio – e non – di istituti per opere religiose) somiglierebbe sempre di più all'ampio mantello felliniano, sferico *pianeta* antico e presbiteriale, a tutto tondo, destinato a splendere a

⁹⁹ ANTONIO RUGGERI, *Intese «concordatarie» e intese «paraconcordatarie» nel sistema delle fonti*, cit., p. 56 s.

ogni alito di vento. I protagonisti del rapporto si avvalgono da tempo di una temperie di peculiare sintonia (assai gradita, presumibilmente, oltre Tevere), sbocciata a seguito del venir meno in Italia di ogni partito, di governo e di opposizione, dichiaratamente laico e dell'incontro politico, forse concepito *in vitro*, forse no (ma proprio politicamente solo in parte felice, visti gli esiti per le rispettive componenti, perché non sempre una maggioranza numerica resiste a una affrettata comunione; anche se questo è un altro discorso) tra due sistemi, all'origine centralisticamente ispirati (quello cattolico e quello già marxista, già comunista). L'esito ha prodotto, per quel che ci riguarda, una sorta di comune gara, di corale concorso (con rare e significative eccezioni), tra forze di estrazione politica, anche assai diversa, di governo e di opposizione alla comune conquista del miglior gradimento, offerto, talvolta in supplice deferenza, ai legittimi titolari del potere spirituale. È da notarsi che il mutamento del sistema elettorale, nel senso premiale alla maggioranza e di 'scelta' dei vincitori da parte dei detentori del potere nei singoli partiti, ha offuscato il rilievo delle distinzioni. Insomma, se anche i sistemi elettorali preesistenti, penalizzavano (e non poco) i partiti minori, per il noto gioco dei 'resti', è oggi vigente un sistema per cui "a chi ha più ha, più vien dato (elettoralmente), a chi non ha viene tolto anche quello che ha", criterio che se è comprensibile nell'ambito religioso (comunque di difficile lettura), lo è assai meno nell'ambito della rappresentanza politica. Un sistema (di dubbia costituzionalità) opposto a quello (da noi prediletto, ma questo non conta) dell'*unicuique suum*, che, almeno in astratto, valorizza ogni singolarità, ogni diversità, nel contributo formativo della coscienza del Paese. Solo occasionalmente si registra, con sorpresa e sgomento dei partiti, il divario, se non l'abisso, tra paese elettorale e paese reale (come in occasione dei *referendum* abrogativi in Italia del 2011).

Fenomeni paralleli (embrionali, ma già gravi) di conflitto tra paese legale e paese legale si manifestano beninteso, in forme varie e diverse, in molte contrade del mondo (si pensi al movimento degli *indignados* in Europa e specie in Spagna; alla lotta della Grecia contro le imposizioni monetarie imposte – diciamo grossolanamente – dai banchieri [specie inglesi e tedeschi] alle vittime delle loro bolle finanziarie speculative; al movimento di liberazione nei paesi islamici, in Egitto, in Siria, in Libia e ai pericoli per i singoli Paesi e per l'intera Europa di voler *esportare* forzatamente con le armi anche ivi, insieme alla Nato, *la democrazia*).

Così, mentre si vuole che l'umanità proceda 'a collo storto' o, come direbbe Eco, 'a passo di gambero', con il risorgere in forme nuove di antichi conflitti religiosi (cui però sembrano fare eccezione proprio i movimenti di liberazione appena ricordati, con il ritorno della storia, data per prematura-

mente scomparsa), in Italia, checché se ne pensi, anche in sede di giustizia costituzionale, non sembra prevalere, *di fatto*, il principio di laicità. Per quanto ci riguarda, per le sole conseguenze *formali*, di esclusiva competenza della ricostruzione scientifica, sembrano da noi, già da tempo consentite o tollerate scelte interpretative, giuridicamente ‘sommarie’, in apparente elusione di principi costituzionali certi, *supremi* (come appunto il principio di laicità e l’osservanza rigorosa del sistema delle fonti) e *non supremi*.

Pure, le regole – per noi e per tutti – sono regole, astrattamente impermeabili ai mutamenti climatici.

(Detto ciò, tuttavia, non dimenticheremo la forza della *prassi*, per noi, nell’ambito delle fonti, *ancilla silente* e, a volte, *silente domina*, autentica Signora, a lasciarle campo; comunque, signora o serva, con un proprio potere discreitivo – nell’attuazione [o inattuazione] corrente delle fonti formali – normalmente del tutto inavvertito; anche perché la *prassi* si nutre necessariamente d’ombra, senza cui non può che cedere, quando non espressamente richiamata, alla competente *gerarchia*; mentre essa costituisce un istituto giuridico, dai confini incerti, pressoché inesplorato dalla dottrina, eccetto forse che per il diritto internazionale e, con riferimento alle mere prassi amministrative, per il diritto pubblico).

Tornando all’Intesa, i (tradizionali) Patti lateranensi (a differenza degli Accordi modificativi madamensi) rispecchiano viceversa in ogni loro parte il clima di confronto, di tensione, di contrapposizione tra Stato e Chiesa, alla base della loro formazione. Può fare certo impressione oggi l’intestazione¹⁰⁰ con la quale fu enunciato il Trattato lateranese. L’invocazione alla Santissima Trinità, coinvolgente entrambe le parti, si presenta infatti come una sorta di simbolo introduttivamente apposto perché illumini di sé l’intero documento, ossia come vero e proprio manifesto di intenti (quali che fossero i contenuti degli accordi). Il documento in questione mostra certamente il cedimento inglorioso dello Stato – italiano e fascista – di fronte alle richieste della Chiesa. Non v’è dubbio che l’invocazione alla divinità cattolica, così com’è evidenziata, nell’epigrafe dell’atto, rappresenti e ufficializzi la resa, in quel momento senza rimedio, dell’istituzione civile (in senso meno tecnico e più politico: dell’*Italia fascista*) alle esigenze della Chiesa. In termini formali e sostanziali costituisce il venir meno – per mano della dittatura – del principio di laicità.

Quell’espressione lapidaria offre però al lettore il vantaggio di un’immediata consapevolezza e di una conoscenza – si direbbe necessaria e apparente-

¹⁰⁰ «IN NOME DELLA SANTISSIMA TRINITA’» (così, in carattere *maiuscolo*, ogni parola dell’intera intestazione).

mente ovvia, “scontata” – dell’avvenuta esistenza di un conflitto (precedente e composto). Lo storico, il giurista (e comunque ogni destinatario della convenzione, che non sia del tutto sprovveduto) sono tutti perfettamente avvertiti (e, se si vuole, bruscamente avvertiti) sull’esito dello scontro. Non solo sono essi posti in grado di intuire, ma quasi indotti a rendersi consapevoli (per la forma plastica, *visibile*, per così dire dell’invocazione solenne alla Trinità, posta in epigrafe) della stessa gravità dei contrasti, che vi erano stati tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica e della loro definitiva composizione, nel trionfo dominante della Chiesa.

Chi volesse poi guardare a materie ‘sensibili’ (si pensi alla scuola o ancor più, forse, alla materia matrimoniale concordataria originaria, così significativa) vedrebbe in ogni istituto, in qualsivoglia procedura, l’impronta e persino le *tracce* precise (diremmo, senza tema di esagerare) delle tormentate trattative¹⁰¹. Il regime – e con esso l’ordinamento italiano – era stato costretto dai patti a dover rinunciare pressoché a ogni pretesa diretta di controllo dello Stato sugli atti ecclesiastici di invalidità matrimoniale¹⁰². Un unico complesso schema processuale rimase a difesa della presenza di uno scrimine civile dell’atto canonico¹⁰³, interpretabile, però, sul piano della ricostruzione dei rapporti tra Stato e Chiesa, quale *testimonianza forte di una presenza debole dello Stato*.¹⁰⁴ (Tanto, a prescindere dal fatto che, dopo molti anni, la dottrina

¹⁰¹ Proprio in materia matrimoniale, come comprendere diversamente, in quel contesto, la funzione “concordataria” del controllo della Segnatura apostolica, quel suo puntiglioso e assai circoscritto indagare su una sentenza di nullità matrimoniale canonica già perfetta? Come spiegarsi la singolarità giuridica (sul piano della ricostruzione processuale interna all’*ordo canonicus* un vero *monstrum iuridicum*) costituita da un supremo organo giurisdizionale della Chiesa che ancora indaga (a sentenza canonica *definitiva* emessa o a *dispensa* accordata) su aspetti della procedura ecclesiastica, già esecutivi e conclusi, nell’ordine proprio, senza capire che l’indagine in materia propria era stata introdotta su richiesta e nell’interesse del rispetto formale *minimo* per lo Stato (ed era sostanzialmente compiuta dalla Segnatura quasi in sua sostituzione). Lo Stato avrebbe certo voluto (e anche dovuto secondo gli astratti schemi internazionalistici classici del tempo) compiere direttamente quel controllo di legittimità sulla sentenza e i provvedimenti della Chiesa (tanto più che ambiva a presentarsi come lo Stato forte, lo Stato fascista) ma era stato invece costretto ad accontentarsi di un simulacro di indagine, affidata peraltro a un organo, ancorché autorevole, dello stesso ordinamento in qualche modo controllato, quanto all’atto emesso di invalidità matrimoniale (nullità o dispensa che fosse).

¹⁰² Un unico schermo rimase a difesa della sua presenza: la delibazione – pressoché automatica – civile dell’atto canonico.

¹⁰³ Si trattava tuttavia di un atto di mero impulso processuale, qual era correntemente intesa l’*ordinanza* della corte d’appello (un semplice “visto di esecutività”, come scrisse poi la dottrina, con immagine felice dal punto di vista della comprensione lessicale, ma assai poco significativa, dal punto di vista della esatta qualificazione giuridica).

¹⁰⁴ Mario Petroncelli, in particolare, riteneva un «grossolano errore» riferirsi all’attività della Corte d’appello come «attività del genere di quella che la Corte d’appello svolge nel giudizio di delibazione» [delle sentenze straniere] (MARIO PETRONCELLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli 1961,

e la giurisprudenza – proprio valorizzando la funzione autenticamente giurisdizionale e non burocraticamente amministrativa dello Stato, nel caso di specie – riusciranno a ritenere il procedimento innanzi alle Corti d'appello, come un giudizio civile effettivamente di delibazione dell'atto canonico; perché all'origine, *l'ordinanza*, intesa come mero atto interno dello Stato di riconoscimento e impulso alla procedura, senza puntuale riesame dell'osservanza degli schemi concordati, costituì anche la riprova del limitatissimo impegno dello Stato; insomma una *foglia di fico*, a simboleggiare l'esistenza, o meglio, la mera, astratta *sopravvivenza* della funzione.)

Questo, nello Stato fascista. E oggi? Quale contrasto di stile si avverte, oggi! Nessuna tensione si nota alla lettura degli accordi modificativi madamensi¹⁰⁵ (pure oggetto di lunghissime trattative) e – per quel che più immediatamente ci riguarda – delle Intese che qui si studiano. *Tempora mutantur*, certo. Uno storicamente impensabile clima¹⁰⁶ di piena disponibilità e di leale affidamento sembra pervadere il testo, che adotta – quasi intenzionalmente (quasi?) – parole comuni ed espressioni tecniche, che tuttavia si presentano – ed è bene notarlo – utilizzate in una generica e ampia accezione, *come se si volesse perseguire un'ambiguità ricercata*, idonea ad ogni lettura e interpretazione, in sede di necessaria attuazione successiva dei principi. A tal proposito, la formulazione dell'art.11.2 dell'Accordo modificativo, pur preciso nell'identificare taluni criteri da osservare nell'assicurare l'assistenza spirituale alla P.S., è esemplare. La parola “intesa”, come utilizzata nel contesto, appare un modello (un vero capolavoro) di chiarezza e intanto di pluralità di significati semantici¹⁰⁷ (nel rafforzamento ripetitivo e pleonastico, quasi il segno della contraddizione).

Si tratta qui di comprendere un fatto di evidenza solare, che pure non

p.634), essendo, viceversa, «il provvedimento detto *ordinanza* non altro che un visto di esecutività» (p.636).

¹⁰⁵ Vi è di più e – oggi – di più degradato, per quanti, cattolici e non, senza indulgere in vietati anticlericalismi, ritengono un valore il principio di laicità. Un fervore *giubilare* sembra pervadere le istituzioni, succede che «ogni parola o azione, anche minima o insulsa, proveniente dalle gerarchie cattoliche, acquisti un peso inconsueto. Spicca il correr dietro alla Chiesa di tutti i partiti a caccia di benedizioni e consensi, mentre il *senso dello Stato e la coscienza laica paiono deboli, distratti, ammutoliti o inertis*» (così LIETTA TORNABUONI, sulla *Stampa*; il passo è riferito sulla *Repubblica* del 22.9.2000 a p.41 da MASSIMO SALVADORI [*Noi storici feriti*] ed il corsivo è stato aggiunto da noi).

¹⁰⁶ Un clima *dolciastro*, soporifero, aggiungeremmo, se tali qualificazioni, così inconsuete in un saggio tecnico, non facessero ombra alla severità della materia.

¹⁰⁷ Si pensi, a proposito di ambiguità terminologica, all'assistenza religiosa castrense, pure rientrante...nell'intesa, ma regolata da normativa preesistente, e assicurata dal Concordato. L'espressione “d'intesa”, interpretabile in senso comune lessicale o in senso tecnico, con riferimento a singole convenzioni formali, si presta a legittimare le più varie tra le soluzioni possibili.

risulta rilevato in alcun modo dalla dottrina. La stipula in forma di solenni intese (quelle Intese e quel tipo di intese, per come istituite) può ritenersi legittima o non legittima, ma non era certamente *necessaria*. Vogliamo subito dire che l'uso del tutto generico della parola «intesa», continuamente ricorrente negli Accordi modificativi e nel Protocollo addizionale, non richiedeva *necessariamente* la formalità adottata. Qui – nel punto 11.2 degli Accordi – l'espressione «d'intesa» significa *solo* «di concerto» «d'accordo» – e null'altro – (e presuppone esclusivamente una comune convenzione, da porre in essere sicuramente in termini formali, ma tutt'altro che precisati nella forma).

Anche se propendiamo per l'assenza di un vincolo tecnico del significato dell'espressione originaria “d'intesa” (ma le parole prescrivono ciò che significano), sappiamo anche che ogni parola adottata nel contesto studiato ha una sua precisa ragione e una sua storia nel mondo del diritto (liberi i contraenti di conformarsi o discostarsi dall'accezione semantica tradizionale, per quanto consentito dal 'dettato' normativo). Occorre allora considerare che nel diritto, specie amministrativo, l'espressione «d'intesa» ricorre, particolarmente con riferimento ad atti di natura convenzionale (e non dimentichiamo che, a proposito delle intese «concordatarie» buona parte della dottrina ha condiviso l'opinione dell'esecutivo che ha ritenuto trattarsi di «moduli convenzionali dell'attività amministrativa»)¹⁰⁸. Nel diritto amministrativo, il *concerto* richiederebbe il reciproco assenso tra organi di un medesimo ente, le *intese* intercorrerebbero tra enti di natura e livello diversi, mentre *l'accordo* evocerebbe, sulla base del modello civilistico, l'assunzione di reciproci obblighi giuridici (e il confronto con le formule del diritto amministrativo viene suggerito ed anzi imposto alla dottrina dall'appena richiamato riferimento dell'esecutivo a «forme diversificate di collegamento [...] riconducibili a moduli convenzionali dell'attività amministrativa»)¹⁰⁹. Le stesse parole però (specie *accordo* e *intesa*) hanno una storia di tale rilievo nel diritto internazionale e nel diritto ecclesiastico (concordatario e non) che sembrerebbero di per loro ancora più costrittive per la libertà dell'interprete.

Tuttavia, a parer nostro, non si può inferire dall'espressione «d'intesa» più di quanto essa immediatamente – ossia lessicalmente – non esiga (specie, ancor

¹⁰⁸ Come nota il Tedeschi, che è però contrario a tale ricostruzione e preferisce parlare «piuttosto [di] accordi internazionali in forma semplificata» (MARIO TEDESCHI, *Manuale*, cit. p.132 s.). Altri parlano viceversa di *moduli convenzionali*. Cfr. ERNESTO STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, nonché ROSARIO FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, 1993, 556 ss.

¹⁰⁹ *Comunicazioni* del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 1984 al Senato della Repubblica.

prima di aver individuato l'esatta natura giuridica dei documenti studiati e soprattutto aver definito, altrettanto rigorosamente, l'indole e il livello della sua fonte esecutiva). Insomma, le implicazioni giuridiche della formula «d'intesa» non possono superare la soglia della mera assonanza (per significativa che essa possa risultare, sul piano della comprensione del fenomeno, come si avrà subito modo di precisare).

Infatti, a ben guardare, il testo modificativo del concordato impegna lo Stato italiano, all'osservanza di soli due obblighi. Il punto 11.1 prevede che la Repubblica italiana assicuri l'assenza di impedimenti – nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto – ai cattolici, appartenenti a tutta una serie di strutture particolari (alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, degenti in ospedale, case di cura o di assistenza pubbliche) o restrittive (detenuti negli istituti di prevenzione e pena). Il punto 11.2 prevede poi che l'assistenza spirituale ai medesimi sia assicurata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti su designazione delle autorità ecclesiastiche, secondo: a) lo stato giuridico; b) l'organico; c) le modalità, stabiliti «d'intesa» fra tali autorità.

Si tratta, come si vede, di impegni di non marginale rilevanza e anche meticolosamente precisati (sia pure in astratto) quanto alla necessità di assicurare agli assistenti spirituali un preciso *organico*, che sia dotato di *nomina formale* e soprattutto che rivesta un proprio *stato giuridico*, non generico, ma perfettamente individuato dalle parti (ancorché eventualmente per implicito) secondo modalità bilateralmente convenute, «d'intesa», appunto, espressione, che qui, a nostro avviso, non può significare altro che «di concerto».

Insomma, per l'intera materia trattata, c'è l'obbligo (neo)concordatario di procedere in maniera formale e concertata e nella rigorosa osservanza dei requisiti pretesi dalla fonte (organico ecc.), ma non esiste (e non esisteva, neppure per le forze di polizia) alcun obbligo di stipulare quel tipo d'intesa, che è stato voluto (nel 1990) e confermato (nel 1999) dalle parti. È tanto vero questo che, per le forze armate, la normativa preesistente «del 1961 ha talmente soddisfatto le esigenze confessionali che non è mai stata modificata, neanche dopo il concordato del 1984, ed è tuttora vigente».¹¹⁰ È da presumersi legittimamente (specie in assenza di rinvii al controllo costituzionale).

Il servizio di assistenza spirituale – osservato rigorosamente il principio di legalità – poteva quindi essere assicurato, secondo l'originario impegno modificativo *madamense* in forme liberamente concordate, purché vi fossero delle forme e su queste, come sugli altri requisiti indicati, vi fosse il comune

¹¹⁰ CARLO CARDIA, *Manuale*, 1996, cit., p. 424.

consenso delle parti (purché insomma la relativa normativa fosse stata convenuta «di concerto» ovvero «secondo modalità concordate» o, se si vuole, per dirla secondo la disposizione appunto studiata, «d'intesa»).

Viceversa, sarebbe da chiedersi se a tale libertà di convenzione (nei limiti precisati) non fosse ostativo, a Intesa (per l'assistenza spirituale della polizia di Stato) sottoscritta e poi innovativamente riconsiderata, l'art. 14 del testo della prima e poi della seconda Intesa. In virtù di tale disposizione le parti hanno convenuto che, manifestandosi l'esigenza di integrazioni o modificazioni, esse avrebbero proceduto alla stipulazione di una «nuova intesa». Non vi è dubbio che qui le parti abbiano usato il termine *intesa*, con riferimento a quella precisa convenzione che andavano a stipulare, in un significato diverso quindi da quello (*d'intesa*, ossia *di concerto*) adottato dai contraenti nell'Accordo modificativo madamente.

La soluzione, almeno per chi crede nel principio di legalità e nella gerarchia delle fonti (accenniamo a questioni che saranno presto criticamente approfondite) è nel diverso valore che hanno – *nel diritto interno* – la norma di attuazione dell'Accordo madamense (fonte secondaria, considerata prima la norma costituzionale) e il d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92, nonché il d.P.R. 27 ottobre 1999, n.421 (fonti di terzo livello in quanto meri atti di governo)¹¹¹.

La soluzione del dubbio, cui si è appena accennato, appare del tutto naturale, essendo prevalente, in caso di conflitto, il concetto d'intesa elaborato dall'interprete in conformità con l'ordine di esecuzione espresso dalla fonte legislativa.

Ciò, salvo a non voler ipotizzare l'esistenza di atti non normativi a contenuto normativo (e si ritenga quest'ultimo non qualificabile sul piano della gerarchia delle fonti) ovvero l'esistenza di atti non normativi a contenuto non normativo (per dirla secondo gli splendidi schemi di Rescigno). L'assenza di natura normativa e/o di contenuto normativo consentirebbe di non qualificare come fonte l'ordine di esecutività costituito dal d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92 e quello costituito dal d.P.R. 27 ottobre 1999, n.421. In quest'ultima ipotesi si porrebbero ulteriori problemi. Ne accenno solo due:

a) Se – dal punto di vista formale e sostanziale – poteva esser data «piena ed intera esecuzione» all'Intesa in esame da un atto privo per definizione di natura e contenuto normativi. Si tratta cioè di capire, una volta che l'atto sia stato qualificato come una non-fonte e definito – poniamo – come «ordinanza»¹¹² (espressione generica, che può non dir nulla se non risponde

¹¹¹ V.*infra*.

¹¹² Sui numerosi dubbi circa il carattere normativo di talune ordinanze, cfr. ANTONIO ROMANO

all'onere di qualificazione scientifica dell'atto) quale significato, funzione e contenuto riconoscere a una espressione assunta come non normativa, che pure «ordini», *nell'ordine interno* (mediante *adattamento* agli impegni pattizi) alcunché (dal momento che il contenuto precettivo – qualunque esso sia – è proprio dell'atto normativo).

b) Ipotizzato che un atto non normativo potesse assumere operatività (e occorre dimostrare come) nell'ordinamento giuridico interno cui appartiene e considerato che la medesima dizione «piena ed intera esecuzione» può essere assunta dall'*ordine di esecuzione* prodotto con legge, si pone il problema se una legge potesse essere legittimamente espressa da una dizione, ritenuta, in altro contesto, priva di forma e contenuto normativo; se insomma non potesse parallelamente ipotizzarsi, per coerenza, l'esistenza di una legge priva... di qualsivoglia contenuto normativo (nell'attuale contesto l'impresa ci appare disperata) fosse pure ritenuto *minimo* o, meglio, limitato (come nel caso) all'efficacia formale del solo comando: «piena ed intera esecuzione».

Occorrerebbe, in caso contrario (cioè qualora si ritenga non proponibile, in assoluto o nel contesto attuale, l'ipotesi dell'esistenza di una legge priva di contenuto normativo, seppur minimo, secondo quanto precisato) dedurne che sia la forma conferita dalla fonte (legge o provvedimento) a determinare l'esistenza o no del contenuto normativo (quantunque minimo o circoscritto) e che un atto privo di forma-fonte sia privo di contenuto ed efficacia normativa (per cui o non opera legittimamente con efficacia normativa o se opera legittimamente con efficacia normativa, l'atto – *comunque denominato* – deve essere *comunque qualificato* tra le fonti).

2. *Sui margini di tutela*

Ritenuta la libertà della forma della convenzione e considerato il valore della l. 23 marzo 1985, n.121, di ratifica ed esecuzione dell'Accordo modificativo madamense e quindi anche degli obblighi fissati dalle parti con il riferito punto 11 dell'Accordo stesso, v'è poi da chiedersi, in relazione non solo alla normativa in esame, ma anche alla parallela normativa riguardante altre forme di assistenza spirituale, pure regolate dal capo 11: a) se possano gli elementi necessari (stato giuridico, organico, modalità) ivi solennemente stabiliti, essere (magari consensualmente) compressi fino a renderli praticamente insignifican-

TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, I, 1998, Monduzzi, Bologna, p.173 ss.

ti; b) chi possa dolersi di una eventuale e tutt'altro che improbabile¹¹³ lesione. Alla prima domanda non si può non rispondere che, in tema di libertà religiosa, l'attuazione degli impegni deve necessariamente essere puntuale e rigorosa (il che vale per ogni interpretazione anche applicativa). Conseguentemente, è assai difficile ritenere, in linea di principio e astrattamente, che, persino con il consenso delle parti, la relativa normativa, in un ordinamento democratico come quello nostro a costituzione formale, possa essere compressa in forme e intensità tali da vanificare (di fatto, sostanzialmente) ogni margine di tutela¹¹⁴. Questo vale per credenti e non credenti e a qualsiasi credenza o appartenenza religiosa o ideologia si appartenga. La libertà religiosa reclama tutele effettive e coordinate formali di assicurazione e perfezione dogmatica *estesa* di riferimento. Quanto ai soggetti legittimati a tutelarsi in difesa dei propri diritti e interessi legittimi, la risposta, almeno in astratto – posto l'interrogativo in termini generali e di principio – sembra altrettanto ovvia. Può agire, in ogni sede e nel rispetto delle rispettive forme, secondo il ruolo rivestito, chiunque vi abbia interesse. Le stesse parti contraenti, al limite, qualora insorgessero dissensi interpretativi; poi, gli organi destinatari comunque (nei rispettivi ordinamenti) dell'applicazione o dell'interpretazione della relativa normativa, ma anche, più correntemente (nel senso di ipotesi più concretamente plausibile) il singolo assistente spirituale o l'organo che lo rappresenta e ogni utente, ossia ogni cittadino-fedele, che si ritenga leso nell'adempimento del proprio diritto all'esercizio della libertà religiosa. Ciò, naturalmente, tanto nell'*ordo canonicus*, quanto nell'ordinamento civile. In quest'ultimo, può ipotizzarsi anche un intervento qualificato (diretto o indiretto, ossia proposto in forme strumentali) di altri soggetti portatori di interessi collettivi (rappresentativi di una comunità religiosamente e diversamente orientata).

Dopo aver accennato all'uso dell'espressione «d'intesa» come equipollente, a parer nostro, all'espressione «di concerto» nell'Accordo modificativo madamense (11.2) e dopo aver rilevato la meticolosa elencazione degli elementi convenuti dalle parti contraenti come necessari ad assicurare l'assistenza spirituale nelle strutture considerate, sentiamo infine il bisogno di formulare

¹¹³ Si allude qui, ancora una volta, alla privazione dell'assistenza religiosa in favore del personale di polizia, per iniziativa unilaterale dello Stato, a seguito della l.1° aprile 1981, n.121 (con l'abolizione del servizio castrense, non seguita da un immediato diverso tipo di assistenza).

¹¹⁴ Insomma, «la libertà in sé potrebbe essere spogliata di ogni contenuto in quanto si potrebbe salvare il principio della eguaglianza nella libertà anche comprimendo illimitatamente la stessa libertà» (MARIO PETRONCELLI, *Manuale*, 1961, cit.p.134). Petroncelli si riferiva, dissentendo, a un'acuta tesi di Peyrot (GIORGIO PEYROT, *Libero esercizio degli atti del proprio ministero da parte di Pastori evangelici ed approvazione governativa dei ministri di un culto ammesso*, in *Dir. Eccl.* 1956, II, p. 396).

una breve precisazione sull'uso della parola *intesa* nel presente saggio. Per non ingenerare ambiguità, si è preferito distinguere e si indica con la maiuscola ciascuna Intesa (proprio quell'Intesa, ciascuna Intesa) che regola o abbia regolato l'assistenza spirituale alla Polizia di Stato, mentre il termine *intesa*, comunemente utilizzato, viene scritto in carattere minuscolo, non richiedendo, a parer nostro, alcun segno identificativo. Peraltro, è difficilmente evitabile una qualche promiscuità (anche impropria, purché ritenuta marginale) nell'uso della terminologia. Così infatti, nel precedente paragrafo, si è appena parlato di un servizio di assistenza spirituale, assicurato "in forme liberamente *concordate*". Ci si è avvalsi quindi, intenzionalmente (e quasi con una sfumatura di impercettibile malizia) in modo generico e a-tecnico, di un'espressione ("forme *concordate*") di per sè, astrattamente, gravida di implicazioni formali, quando fosse adottata – il che non è, nel caso considerato - con riferimento tecnico a un determinato concordato e a modi vincolati di attuazione (precostituita e formale) della disciplina. D'altra parte, al di là di ogni necessario tentativo di chiarezza, non bisogna affatto illudersi sulla possibilità di identificare sempre, a livello lessicale, con perfetta tecnica, i fenomeni in esame.

Quando la genericità o l'ambiguità sia tollerata o intenzionalmente ricercata (come riteniamo) e trasfusa nel testo normativo, finisce quasi inevitabilmente con il lambire e forse coinvolgere in qualche modo l'interprete, per quanto scrupoloso voglia sforzarsi di essere. In tal guisa, se si indica, come in questo scritto, con la grafia iniziale maiuscola, l'Intesa per l'assistenza spirituale alla polizia di Stato, si dovrà scrivere con la lettera iniziale maiuscola la parola *intesa*, ogni volta che ci si riferisca a un'intesa qualificata (ossia, *identificata*). Quindi, sarà debitamente scritta in carattere maiuscolo la parola Intesa, anche con riferimento a tutte le intese poste in essere in conformità con l'art.8 della Costituzione. Conseguentemente, sarà usato lo stesso termine (perché comunemente adottato dal legislatore) *con la medesima grafia* (per ragioni di coerenza logica) per indicare testi normativi di natura giuridica, a parer nostro, assolutamente disomogenea (rispetto al criterio della gerarchia delle fonti, cui noi – seppur in dissenso, formale e sostanziale, con parte autorevole di dottrina – poniamo – per ritenuta necessità – costante e indefettibile riferimento).

Tuttavia, tornando al testo redatto dalle parti contraenti, si può seriamente ritenere che i contraenti l'Accordo madamense abbiano usato la parola "intesa" in senso comune e non tecnico? Lo si può certo ritenere (lo si *deve*, a parer nostro, ritenere) a patto di precisare. Certamente i contraenti sapevano che usavano un termine specifico e non generico, ma la composizione del contesto, in cui confluiva il riferimento a diversi tipi di assistenza religiosa, non sconsigliava di utilizzare la parola "intesa" in senso comune, sia per le

eventuali e sottaciute implicazioni tecniche della parola stessa, col necessario riferimento – se non altro per identità lessicale – a un istituto, quello dell'Intesa in senso tecnico, assai gradito alle parti contraenti (e in questo senso il termine mostra una specifica propensione delle parti), sia perché esso sembrava nel contempo idoneo ad ogni parallela o successiva attuazione. Confini, un tempo preclusi, sembravano in tal guisa schiudersi al dominio di un'ingegneria politica attuativa di futuri disegni, discrezionalmente concertati.

3. *Per un'interpretazione dogmatica delle fonti (tra 'criterio gerarchico' e 'competenza' qualificata)*

«Siamo contenti sia assoluto,
purché prima, con cuor sincero e fede non finta,
avanti di noi abiuri, maledichi e detesti
li suddetti errori e eresie»

(Dalla 'Sentenza' contro Galileo) 115

In conseguenza della dinamica normativa in atto, coinvolgente non solo la materia ecclesiasticistica, vi è un'accentuata tendenza, specie nella disciplina del diritto ecclesiastico, a ritenere l'analisi scientifica proposta alla luce della gerarchia delle fonti uno strumento superato (per taluni – pare – inidoneo di per sé, e quindi da sempre)¹¹⁶ in particolare ai fini della comprensione giuridica del fenomeno pattizio nel suo operare nel diritto interno. Abbiamo in ogni modo (ed in più scritti) criticato tali esasperati orientamenti (tanto che un nostro Studio, in corso di elaborazione, dedicato al tema del *dogmatismo* nel diritto ecclesiastico e pubblicato in parte e per cenni, per quanto consentito dalla natura armonica dello scritto complessivo¹¹⁷, è stato da noi - provvisoriamente - [sotto]titolato *La settima variazione sul tema*, per ricordare a noi stessi quanto ogni nostra precedente osservazione sul tema sia rimasta pressoché inascoltata e, forse, inutilmente pubblicata). In qualche caso, una ventata

¹¹⁵ GALILEO GALILEI, *Lettere eretiche*, cit. p. 180

¹¹⁶ SERGIO FERLITO, *Il concordato nel diritto interno*, Napoli, 1997. In tema di fonti e di qualificazioni delle stesse in materia, l'A., nell'attento e risoluto studio, dal quale in ogni caso non può prescindere, è fortemente e spesso motivatamente critico verso una terminologia da molti ecclesiasticisti (compresi noi) condivisa e ritenuta assolutamente essenziale.

¹¹⁷ RAFFAELE PASCALI, *La sollecitudine della Chiesa per la dignità del lavoro*, cit., § 12, *Sulla scienza e sul metodo nello studio del Diritto Ecclesiastico*, p. 112 ss.

di novità, distruttrice e luddista, sembra proporsi con ambizioni egemoni all'attenzione della dottrina (ed è certo cosa buona e scientificamente giusta indicare la luce della scienza ai tanti che – senza avvedersene – brancolano ancora nell'ombra dell'errore). Ogni studioso non potrà che rallegrarsi di fronte al sopravvenire insperato di soluzioni innovatrici, organiche e coerenti, capaci a un tempo di liberarlo dal peso di complicati quanto inutili strumenti interpretativi e di consentirgli una limpida e immediata lettura di ogni controversia (per quanto intricata gli sia apparsa sinora) che abbia ad oggetto lo studio della materia concordataria nell'ordinamento civile.

La critica, che la dottrina (che, per mera convenzione, chiameremo «più innovativa») rivolge alla dottrina (che, sempre per convenzione, chiameremo «più tradizionale», segnalando con forza i gravi rischi e limiti di tali semplificazioni qualificative) è non solo costruttiva e propositiva, ma anche distruttiva di tutta una serie di espressioni ermeneutiche, che erano state ritenute sinora spiccatamente tecniche, ma che, in realtà, erano – come ci viene spiegato – giuridicamente «prive di senso» (Ferlito)¹¹⁸. Se le cose siano o no prive di senso dipende dalla relativizzazione del contesto. Per chi, con noi, ama le distinzioni, queste possono non aver senso nel diritto internazionale pubblico (o interordinamentale) pubblico, ove si bada alla sola osservanza dei patti (vale il principio di mera *effettività*). Discorso tutto diverso quando si passa al diritto interordinamentale privato, ove il rispetto o il dispetto della competenza e della gerarchia delle fonti può avere conseguenze fatali. Può così aversi perfetta sintonia tra diritto internazionale pubblico e privato o violazione di una clausola o di un patto in un solo contesto di riferimento. Chi ritiene l'art. 7 della Costituzione un ordine costituzionale di esecutività (operativo anche nel caso di modificazione) conferisce così legittimità e coerenza a ogni fonte subordinata che operi nell'ambito dell'osservanza dei Patti e dei suoi ritenuti limiti o contesti (“ciascuno nel proprio ordine”). Chi viceversa ritiene la prescrizione costituzionale non immediatamente vincolante pretenderà (dovrà pretendere) dei titoli formale alla luce dei quali verificare il rispetto delle innovazioni normative. “Che cos'è la verità?”, chiese il potente prefetto di Cesare, ma non attese risposta. Nelle nostre piccole controversie di studio ci si domanda sull'indirizzo dell'ordine terzo. Si trova «nel mondo del diritto» (nell'*ordine iuridico*, per i più preziosi), ci è capitato di osservare,

¹¹⁸ SERGIO FERLITO, op. cit., spec. p. 324 ss. (ma già in precedenza in saggi minori). Il nostro dissenso dal bel saggio di Ferlito è radicale e fonda in particolare sulla non condivisione del concetto «della gerarchia delle fonti come falso problema» in ordine alla qualificazione delle «intese concordatarie» (p. 335 ss.) nel diritto interno.

dove esistono i *vincula iuris*, gli odiosi formalismi, i «negozi giuridici» che si muovono sulle tavole di un immaginario teatro, che può dar nausea, che può essere migliorato, come ogni rappresentazione, come ogni *show* che si rispetti, ma del quale neppure gli anarchici sono riusciti sinora a fare a meno. Certo, c'è più coerenza nelle follie di Pirandello, più innocenza nelle crude scene di Truman, che nei conflitti di foro esterno, quanto a osservanza di regole del gioco.

Accade allora che, se davvero dovessero essere integralmente accolti i suggerimenti da tempo e anche di recente proposti (come personalmente saremmo tentati di fare, assecondando una nostra naturale inclinazione ad apprendere ed applicare quanto di nuovo e di positivo emerge nella scienza) l'intera dottrina ecclesiasticistica (ma non solo essa) si troverebbe – come d'incanto – pressoché priva di strumenti linguistici, atti a rappresentare la realtà normativa e ad esprimere le proprie tesi, da quelle più tradizionali a quelle più innovative. Infatti, non solo viene finalmente spiegato alla scienza ecclesiasticistica l'esatto significato dell'art.7 della Costituzione, in ogni sua diversificata e inavvertita implicazione (norma già una volta definita, con autorità, ma sin troppo frettolosamente, «di tacitiana chiarezza») (Orio Giacchi)¹¹⁹; non solo viene svelata agli studiosi della materia l'esistenza di un ordine giuridico internazionale (ma, voler rivelare davvero ai cultori del diritto ecclesiastico l'esistenza di un ordine terzo, che sull'esistenza di tale ordinamento hanno costruito un sistema scientifico, è impresa che – a tentarla – avrebbe messo in imbarazzo *monsieur de La Palice* in persona); non solo viene giustamente censurata la nozione di *principi supremi* (che per la verità non ha mai goduto della benevolenza della dottrina) indicando alla Corte costituzionale una più adeguata formula sostitutiva, ma soprattutto ogni espressione giuridica comunemente adottata (come 'copertura' costituzionale, norma 'rafforzata', 'gerarchia delle fonti', 'collegamento', 'trasformazione' 'ricezione', disciplina 'di derivazione concordataria') viene talora (e con sempre maggiore frequenza) recisamente indicata come errata in sé o nella sua adozione e spesso comunque bollata come di nessun significato giuridicamente apprezzabile in materia concordataria. Se non bastasse, occorrerebbe aggiungere che, quanto detto, è solo un pallido cenno (neppure valido a fini esemplificativi) di una critica assai più ampia e audace, decisa e brillante, seppure confusamente e contraddittoriamente espressa. Come, in materia di fede, Paolo venne fulminato sulla via di Damasco, così, nel diritto

¹¹⁹ ORIO GIACCHI, *Il significato storico della Costituzione italiana* in *Humanitas*, fasc. 6, 1948; e poi in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, Milano 1981, vol. II, p. 347.

ecclesiastico, v'è chi si ritiene da tempo riservatamente illuminato dalla rara certezza della scienza. Secondo le nuove impostazioni, una volta depurato il metodo ermeneutico da ogni incrostazione tradizionale, dove era notte fonda tutto dovrebbe risplendere – come per incanto – di luce meridiana.

Sentiamo peraltro il dovere di confessare che, pur dopo aver attentamente esaminato le teorie *innovatrici*, per quanto ampia fosse la nostra disponibilità a condividere la scienza nuova, non ci siamo riusciti (o meglio, non ci siamo riusciti sempre e comunque, ritenendo fosse necessario distinguere, ora riconoscendo il valore dell'apporto scientifico di una soluzione nuova, perché va certo bene, ove necessario, demolire costruzioni gerarchiche superate; ora recisamente dissentendo, sul superamento del metodo interpretativo, fondato sulla qualificazione delle fonti o meglio, per così dire, sul metodo dell'a-qualificazione delle stesse). Dubitiamo anzi molto che, una volta che sia stato appena approfondito il tema di fondo, quello sul superamento della gerarchia delle fonti, altri possa continuare a ritenere di aver proceduto accompagnato solo dalla luce della verità. A voler dar credito a talune posizioni innovatrici, la materia di studio, in sede di interpretazione, si presenterebbe oggi all'ecclesiasticista come una limpida *tabula abrasa*, su cui tutti, legislatori e interpreti, possono scrivere con effetti *parimenti* vincolanti.

Certo, i contributi innovatori non nascono dal nulla, ma hanno una loro precisa ragion d'essere e talora una loro grave fondatezza (si pensi al discorso sulle fonti in relazione all'esperienza della *delegificazione*, si pensi alla normativa comunitaria e alla natura rivoluzionaria del suo automatico intervento nel sistema tradizionale delle fonti normative, certamente sconvolto, ma tutt'altro che, *di per sé*, metodologicamente superato). Poi, dovendo ogni indagine, fosse pure la più coinvolgente, essere a sua volta sottoposta a esame per verificarne validità e adeguatezza (e persino nelle scienze naturali tesi apparse sulle riviste più accreditate – dalla «memoria dell'acqua» alla «fusione fredda» – si sono rivelate di dubbio fondamento al controllo sperimentale; ma pare che entrambe siano attualmente rivalutate, la prima a seguito di uno studio italo-francese, pubblicato su una delle riviste di fisica più prestigiose, il *Journal of Physics*, la seconda per merito prevalente della fisica italiana)¹²⁰,

¹²⁰ Come rivelato – quanto alla sola 'memoria dell'acqua' – in una nota di inserto del *Corriere della sera* del 24 luglio 2011.

Quanto alla *fusione fredda* sembra una favola e il suo odierno creatore possiede un nome (Andrea; sarebbe stato meglio Mario, ma non si può pretendere tutto) e cognome (Rossi) così diffusi in Italia da potersi attribuire come per incanto (*nomen omen*) all'uomo comune del ventunesimo secolo.

Con qualche grave insuccesso alle spalle (pare che volesse ricavare idrocarburi dai rifiuti, in violazione dei protocolli legali e della tutela dell'ambiente), fu ripetutamente condannato; e comunque gli andò meglio che per Mattei, anche perché ignorato dalle sette sorelle (la percentuale dell'esito

pur volendo tenere in debito conto i suggerimenti critici proposti, sentiamo intanto il dovere di continuare ad avvalerci – sino a eventuale ripensamento avvenuto – delle espressioni tecniche finora in uso e dei criteri ermeneutici comunemente adottati dalla scienza giuridica. Naturalmente, l'impressione di dover cercare le soluzioni prima alla luce dei criteri offertici dalla dogmatica classica, non esclude la disponibilità a potersi eventualmente ricredere (sino a optare, specie in relazione a talune circoscritte questioni, per modi nuovi e diversi di interpretazione della materia). Dovrà anzi essere evidenziato (e sarà debitamente illustrato) ogni elemento di novità positivo e meritevole di ricezione (se è ancora consentito, vien fatto di notare, di poter usufruire, in senso generico-lessicale, di questa parola – ricezione – tanto censurata oggi quanto acriticamente adottata, sino a ieri, nella comune accezione giuridica). È certo peraltro che anche le tesi per così dire «nuove» non vorranno sfuggire all'analisi sulla loro validità e soprattutto sulla loro legittimità, per cui anche preferire il semplice ritorno ai consueti metodi interpretativi e, in particolare al più classico degli strumenti di comprensione giuridica, quello che fonda appunto sulla gerarchia delle fonti, l'una prevalente, l'altra soccombente, finisce col costituire oggi un'importante elemento di novità. D'altra parte, anche il fatto che l'intera dottrina internazionalistica e del Diritto ecclesiastico continui imperturbabile ad avvalersi, per la comprensione del diritto interno, delle espressioni censurate (si pensi ai concetti di *adattamento*, *ricezione*, *di derivazione*, ecc.) e degli strumenti interpretativi contestati, non è privo di grave e sin troppo eloquente significato. L'apparente corto circuito lessicale, per cui si tende a semplificare gli schemi di adattamento alla convenzione terza nell'adeguamento del diritto interno, poco o nulla tolgono alla perfezione logica delle definizioni e delle presupposte procedure. Spocchiose precisazioni, sacrificate sull'altare della prolissità (non di una più attenta comprensione, che è cosa diversa) sembrano voler ignorare i criteri e le esigenze della più ovvia e naturale semplificazione scientifica, reclamanti, talora, per interi rami della scienza, il necessario e condiviso ricorso al più astratto simbolismo.

Occorre allora scriminare quanto sia oggetto di reale dissenso e quanto sia frutto di un contrasto solo apparente, nato da affrettate (e in genere non pertinenti) critiche alle espressioni terminologiche convenzionalmente adottate. In realtà, talora (ma molto raramente) le critiche nascono da legittimi dissensi interpretativi, talaltra si deplora una determinata espressione o una data terminologia (per esempio il concetto di “adattamento” del diritto interno

oleoso era troppo acquosa). È laureato per la verità in filosofia, non in fisica teorica, ma molti, chissà perché, insistono a chiamarlo ingegnere.

al diritto internazionale) in un significato, che però non è affatto condiviso dalla dottrina criticata. Insomma, accade perfino che si indichi alla scienza ecclesiasticistica (come se fosse una scoperta personale) quale sia l'esatta interpretazione o la terminologia di un determinato concetto (che chiameremo convenzionalmente come "A" e che già viene unanimemente adottato dalla dottrina, la quale non mena certo vanto per la relativa adozione terminologica, conforme ai manuali). Si spiega poi alla medesima dottrina, che già adotta l'espressione "A", che è errato il significato "B" (che la dottrina in realtà non adotta, ma che le viene impropriamente imputato) per concludere che erroneamente detto significato "B" viene da essa adottato.

Tutto insomma, in questo caso, si risolve in un'autocensura, in un'*excusatio non petita*, in un equivoco nato dall'autore della riflessione, che in realtà, in una sorta di circuito vizioso, critica sé stesso (o meglio quel significato "B", che – impropriamente introdotto nella discussione – costituisce un *quid novi* personale, spesso giustamente sconosciuto dalla scienza giuridica, che la dottrina non sente il bisogno di criticare, per il semplice fatto che non è e non è mai stato da essa condiviso). Non è allora chi non veda, nel caso, la marginalità, anzi l'irrelevanza e forse l'inesistenza della controversia stessa interpretativa (entro certi limiti, beninteso, perché la non esecuzione o l'imperfetta esecuzione di un accordo internazionale rappresenta comunque una violazione di impegni assunti tra ordinamenti sovrani). Basta infatti espungere dal contesto le abusive interpolazioni soggettive introdotte (erroneamente attribuite ad autori certamente estranei e probabilmente contrari, ancorché eventualmente silenti, a quelle interpretazioni) per eliminare alla radice ogni falsa questione.

È infatti di ogni evidenza che le norme adattative di esecuzione degli accordi internazionali, stipulati in un ordine terzo, sono comunque disposizioni interne al sistema civile.

Tuttavia, neppure questi dissensi interpretativi, *se dovessero ritenersi meramente nominalistici*, possono assurgere al ruolo di contrasti fondamentali (pur avendo una loro significativa rilevanza, perché il necessario formalismo non rischi di essere confuso e sostituito da astrattismi illogici).

Viceversa, la diversa valutazione sull'importanza (sulla necessità) della gerarchia delle fonti è l'argomento fondamentale di un radicale dissenso. Si tratta di un conflitto di metodo, di principio, come suol dirsi, e perciò – sul filo della coerenza – assolutamente insanabile. Una delle due tesi indagate dovrà svelare alla fine la propria insufficienza. Nessun approccio conciliativo sembra a noi consentito con chi nella dottrina, magari autorevolmente, proponga un diverso tipo di approccio, che comunque (insomma, ogni volta, con qualsiasi motivazione o quasivoglia intensità) intenda prescindere – *nel diritto*

interno e per la materia trattata – dal criterio della graduazione normativa. Se anche in passato ci siamo avvalsi (in diverso contesto, in armonia con l'intera dottrina) di tale strumento ermeneutico, per comprendere ed 'apprezzare', con maggior precisione, la norma 'di derivazione concordataria' (espressione censurata, come s'è visto, ma, a parer nostro, del tutto infondatamente) non è per questo, né certo per mero spirito di conservazione o per timor del nuovo che lo poniamo al centro della nostra considerazione. La stessa critica al diverso modo di concepire il rapporto fra le norme è del tutto occasionale, nel senso che tale criterio, che meriterebbe, per essere trattato adeguatamente, lo spazio di un'apposita monografia (ognuno questo lo capisce) è viceversa qui adottato, in relazione al nostro piccolo argomento di studio, per dovere scientifico, non per scelta. Pur se volessimo evitare di dover trattare una così delicata questione, la cosa si imporrebbe di per sé, essendo, nel diritto interno, il criterio della gerarchia delle fonti (strettamente coordinato con quello – talora alternativo e *in parte* qui applicato – della *competenza*, ma pur esso qualificabile alla fine all'interno di *gradi*, non fissamente intesi, ma dinamicamente predeterminati, secondo il livello di prevalenza) non uno, ma lo strumento d'elezione per districarsi nell'attuale mosaico normativo. Di conseguenza, siamo costretti a ritenere che chi se ne priva, rinuncia *a priori* a comprendere anche la duttilità del fenomeno concordatario e la relatività del suo operare nel diritto interno. Tanto che, se tesi studiate e proposte in maniera brillante e che pure hanno contribuito alla comprensione della materia, conseguono risultati talora pari alle attese, quando si sviluppano sul piano del diritto terzo (internazionale o, più esattamente, interordinamentale pubblico) e nelle conseguenze di d.i.p., talaltra risultanze meno persuasive (quanto a riflessi puntuali appunto nel diritto interno) ciò accade, a parer nostro, proprio quando si voglia prescindere dalla gerarchia delle fonti, perché si tende (con gravi conseguenze sul piano dogmatico e ancor più grave pregiudizio quanto al rispetto dei principi costituzionali) a uniformare in maniera indifferenziata prescrizioni anche egualmente *materiali*, che però hanno nel riferimento formale della *norma interna di adattamento* la qualificazione della relatività del loro operare nel diritto interno.

Naturalmente, il criterio della gerarchia delle fonti non va inteso come una realtà monolitica e immutabile, in una sorta di schematica o comunque rigida rappresentazione, ma anzi come uno strumento dinamico, duttile e assai raffinato, che si arricchisce e si perfeziona alla luce di ogni elemento di novità. Non fu forse 'nuovo' il concetto di 'ordine pubblico', quando introdotto? Nuove fonti normative (si pensi al diritto *comunitario*, come già accennato, ma non solo ad esso) incidono significativamente nel diritto interno quando non tendano a porsi esse stesse come diritto interno o comunque

(più esattamente) a sostituirlo per sovrapposizione con efficacia dominante, anzi formalmente esclusiva, per la ritrazione del diritto interno, formalmente vigente (e non operante). Pur esse, peraltro, richiedono di essere rigorosamente valutate (e anzi *gradate*) dall'ordinamento civile, non fosse altro che in sede concretamente applicativa, alla luce del criterio indefettibile (a parer nostro) della valutazione sulla prevalenza e del riconoscimento dell'esclusività o del concorso tra le fonti. Se infinite fossero le innovazioni tra le fonti, la gerarchia subirebbe (cantorianamente) – nel nostro ordinamento – infinite e delicate 'scalettature', sempre misurabili tra loro, comparabili, essenziali ai fini dogmatici della prevalenza.

Talora, la peculiarità della materia (si pensi ancora, a livello esemplificativo, alla giurisprudenza costituzionale *manipolativa*, sempre irrefragabile, eppure, a parer nostro, sempre da interpretare a sua volta, nella normale 'soggezione' del giudice 'solo alla legge' e alla conseguente determinazione di modi e confini nella gestione della sua applicazione, anche per chi ne ritenga – e senza riserve – la piena legittimità) richiede il ricorso a uno specifico, magari sofisticato, crivello formale di valutazione che saggi e valori l'elemento-fonte (comunque qualificato) innovativo, raccordandolo, con la forza sua propria, con gli elementi normativi concorrenti, nell'incessante (e anzi incontenibile) dinamica giuridica del sistema. Sarebbe in questo ben auspicabile che, sempre e metologicamente, tutti, ogni volta che ne fossero richiesti, *interpretassero l'interpretazione* manipolativa, ma soprattutto che ciò facesse la Cassazione nella delibazione rigorosa e senza eccezioni di ogni *addizione* e *manipolazione* normativa in genere, nell'esercizio fino in fondo della sua funzione, che è di stretta *primazia* nomofilattica.

Insomma, in termini generali, secondo l'impostazione da noi ritenuta, si può controvertere sul valore della singola fonte o sulla forza del singolo atto, sullo strumento di selezione e di apprezzamento, si può certamente *errare* sui casi singoli (ed essere magari costretti a ripensamenti – *melius in re perpensa* – segni tormentati di una civilissima lealtà dell'interprete verso l'ordinamento e i propri oneri ermeneutici) ma non si può prescindere (e nessun organo giurisdizionale, nell'ordinamento interno, neppure nei cosiddetti casi-limite, a ben guardare, vi prescinde veramente e definitivamente)¹²¹ dal criterio giuridico *necessario* (sempre a parer nostro) della *gradazione* (conclusiva).

Detto questo, si è appena osservato che un'analisi della dinamica con-

¹²¹ Per esempio, la Corte costituzionale, pur consentendo l'ingresso indiscriminato della normativa comunitaria nell'ordine interno, si è riservata ogni tipo di intervento e di controllo in caso di violazione dei *principi supremi* dello Stato costituzionale, salvandone l'illimitatezza *formale*.

cordataria, alla luce della gerarchia delle fonti, richiederebbe un'autonoma, specifica trattazione monografica (ed è praticamente certo che tale opera verrà intrapresa dagli ecclesiastici o da almeno uno di essi, tanto grave se ne avverte la necessità). Tuttavia, non possono certo essere considerati, in linea di principio, inammissibili o inutili, di per loro, approfondimenti, per così dire, incidentali, suggeriti da esigenze di comprensione del particolare tema trattato. Anzi, a riguardo, osiamo affermare che, non solo talora, come per la trattazione in esame, detti approfondimenti sono indispensabili, a fini ricostruttivi, ma se c'è un argomento idoneo (quasi ideale) a consentire un'analisi sperimentale – come in laboratorio – del criterio gerarchico delle fonti (nel suo adattamento alla comprensione di un singolo contesto giuridico) è proprio (nella sua incidentalità) la materia in esame.

Per quanto minore possa apparire – o sia stato ritenuto – il tema,¹²² le norme di riferimento, per la trattazione della disciplina dell'assistenza spirituale alla Polizia di Stato, coinvolgono – necessariamente – disposizioni concordatarie, disposizioni neo-concordatarie, norme costituzionali, raffronto tra art. 7 e art. 8 della Costituzione, principi costituzionali supremi, norme ordinarie, norme di terzo livello, «intese che richiamano intese», esigenze di qualificazione¹²³ *specifica* dei relativi e differenti (e con differenziati livelli) «ordini di esecutività».

4. *Sul d.P.R. 17 gennaio 1991 n.92 e sulla sua relazione con le fonti legislative ordinarie (spec. con l'art.69 l.121/1981) (primi cenni)*

«Zwicky aveva talento per concepire grandi idee.
Ad altri toccava poi sporcarsi le mani con la matematica»
(BILL BRYSON)

La dottrina propende in genere per la legittimità dell'introduzione delle intese su materie nuove, mentre si divide sulla valutazione del livello di "copertura". L'Autore ritiene che la normativa interna di adeguamento, al 'nuovo' concordato, quanto alle intese su materie del tutto nuove, se suscita interrogativi costituzionali addirittura nel raffronto con l'art.7 cost., non offra però, di per sé, una copertura costituzionale specifica (che viceversa

¹²² Nel senso che è circoscritta la sua incidenza sociale.

¹²³ Al di là e, se necessario, contro ogni pigra o troppo semplicistica elusione interpretativa.

esisterebbe per le vecchie materie, ancorché modificate).

A maggior ragione, sia inteso *incidenter tantum*, legittime o no, non godrebbero di alcuna particolare resistenza o favore norme unilaterali dello Stato, anche precedute da intese informali, da ritenersi non *contra*, ma almeno, formalmente, *extra* concordato, anche se si richiamano ad esso, colloqui, protocolli o iniziative estemporanee e impreviste, di minor livello. Anche a questo infatti si assiste, come nel caso di un “Protocollo di Intesa” nella lotta alla pedofilia tra “la Questura di Foggia, l’Arcidiocesi di Foggia e Bovino e la Sezione della Polizia postale e delle Comunicazioni di Foggia” (così come intestato, con l’Arcidiocesi al centro), inoltrato da Foggia al Ministero degli Interni (Ufficio Relazioni Esterne e Cerimoniali) e via Fax ed e-mail all’Ufficio Assistenza Spirituale al Personale della P.S., sempre del Ministero degli Interni. Tema delicato e crimine orrendo, quello della pedofilia, contro il quale fa bene il clero a volersi meglio impegnare, ma forse – e non tocca a noi rilevarlo – un po’ incautamente evocato a livello convenzionale, almeno ora, quando la Chiesa è coraggiosamente gravata, a livello centrale e periferico, dal compito di far luce e reprimere, in casa propria, su episodi denunciati di pedofilia. Quanto ai rapporti con l’inquirente civile basterebbe intanto, verrebbe da dire, la semplice denuncia diretta, se autonomamente ritenuta opportuna e proponibile, comunque efficace, anche se non *concordata*.

L’argomento, su Protocolli di Intesa, non preventivamente previsti, in sede di Accordi Modificativi, anche qui minimo, per rilevanza, non lo è, come si capisce, sotto il profilo teorico delle formali conseguenze, per le possibili, reciproche interferenze e influssi, sull’uso *discrezionale* dell’attività amministrativa all’interno di ciascun ordinamento. Il “Protocollo” citato meriterebbe un apposito studio, non essendo affatto di modesto impegno la trattazione, sempre che la si voglia condurre sul filo del diritto.

Detto questo, *incidenter tantum*, l’impostazione generale, che nasce dal modo proprio di costituirsi dell’Intesa (quella ‘vera’ e principale) e dai riferimenti normativi posti a suo fondamento, costringe l’interprete a esaminare preliminarmente la legittimità dell’Intesa stessa con riferimento all’osservanza costituzionale da parte dell’art. 11 dell’Accordo modificativo del Concordato lateranense (è il punto che sarà indicato come primo). Solo successivamente sarà possibile interrogarsi sulle molteplici ulteriori peculiarità dell’Intesa e sulla sua legittima collocazione nell’ambito della gerarchia delle fonti.

Si pongono così diversi interrogativi, uno dei quali, come s’è detto, riguarda la stessa *legittimità costituzionale di una normativa di natura concordataria, su materia almeno formalmente “nuova”*. (questione generale, quindi, da considerare come tale, riservandosi a momenti successivi l’approfondimento di ogni specificità). La questione generale su materia *nuova* va posta naturalmente

anche con riferimento all'art.13 del Nuovo Concordato. Forse, quella studiata, non è materia sostanzialmente “nuova” (ma, a parer nostro, questo potrebbe avere o non avere importanza dirimente, a seconda se si ritenga che si debba o non si debba, in materia concordataria, di volta in volta, inseguire il grado di coincidenza *sostanziale* tra vecchio e nuovo concordato della materia trattata). Altra *questione* (strettamente connessa alla prima) riguarda il *livello di copertura* assicurato dalla dichiarata natura concordataria dell'Intesa. Il livello di copertura (connesso al punto primo) dipenderebbe ancora da considerare la materia “nuova” o già disciplinata nella vigenza dei Patti Lateranensi. Se la materia non è *nuova* ed è stata correttamente introdotta potrebbe ipotizzarsi la valenza persistente e la garanzia assicurata dall'art.7 cost. In ogni caso, se un'intesa è introdotta con legge ordinaria, varrebbe, a parer nostro, quale legge ordinaria (con la forza e la resistenza della legge ordinaria, rafforzata o no, a seconda della *novità*, questa volta *sostanziale*, della materia).

Ulteriore questione (nuova e diversa, anche se non esclusiva della materia trattata) riguarda *la legittimità della fonte* (ossia lo strumento del d.P.R. adottato quale fonte esecutiva d'intesa).

Proprio per questo – ed anche per il concreto configurarsi della riforma – nella fase introduttiva dell'indagine, è stato necessario chiedersi se il legislatore ordinario avesse operato correttamente (secondo il profilo concordatario e costituzionale) nel procedere all'abolizione del servizio castrense, in relazione a un servizio formalmente smilitarizzato e sostanzialmente tuttora strutturato su un'organizzazione largamente somigliante a quella militare (salvo le debite e indicate innovazioni di tipo civilistico) concludendo, come si ricorderà,¹²⁴ per una non violazione formale dei Patti. Occorrerà riflettere specificatamente su ogni punto.

Chi, come noi, ritenga che le singole disposizioni del cosiddetto Nuovo Concordato siano soggette a formale controllo di costituzionalità e individui nell'art.13 dell'Accordo modificativo del Concordato lateranense, come recepito nell'ordinamento interno dalla l.25 marzo 1985, n.121, la norma esemplare, meritevole della più attenta considerazione per eventuali contrasti con l'art.7 della Costituzione, primo comma, salvo che non la si ritenga tutelata dal secondo comma dell'art. 7 cost. medesimo, guarderà senza pregiudizi, ma certo con ottica particolarmente attenta e – se si vuole – rigorosa ogni (apparente o reale che sia) espansione della disciplina concordataria su materia nuova. Conseguentemente, tenuto com'è a verificare in via preliminare (e con la diffidenza tecnica del giurista) che i contraenti non abbiano ignorato l'esistenza di

¹²⁴ V. *supra*.

confini prefissati dall'ordinamento, riterrà i dubbi di costituzionalità dell'intera materia dell'assistenza alla Polizia di Stato (espressa dall'art.11 comma n.2 dell'Accordo come recepito e attuato) sicuramente proponibili in via formale e tutt'altro che necessariamente privi di una loro possibile coerenza e fondatezza, in sede di accertamento. Invero, l'art.7 della Costituzione repubblicana fu il frutto di un «compromesso» sulle cosiddette «materie miste» (di comune interesse) tra due ordinamenti, ciascuno, nel proprio ambito, *indipendente e sovrano*. D'altra parte, il principio di laicità, che è continuamente riaffermato nel contesto costituzionale in occasione di ogni dichiarazione sulla libertà di pensiero e religiosa e che non è neppure contraddetto, a nostro avviso, dal primo comma dell'art.7 cost., sembra essere basilare nel sistema. La stessa solenne dichiarazione di reciproca indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa (procediamo, sacrificando ogni, pur essenziale, dettaglio, rammentando a noi stessi apici supremi elaborati dalla letteratura non solo ecclesiasticistica) ne appare, in qualche modo, come l'ineluttabile corollario. Naturalmente il principio di sovranità dello Stato (che, per la dottrina cattolica, ha, nel proprio ordine, sicuro fondamento teologico: «Date a Cesare...»), ferma e illimitata ogni *competenza sulle competenze*, può essere inteso o in senso assoluto (il *superiorem non recognoscens* in senso formale e materiale) o con riferimento – giusto l'art.7 della Costituzione – alla sfera di competenza (fatto sempre salvo il principio supremo di laicità). Il Costituente, com'è noto, senza negare in alcun modo il principio di illimitatezza formale della sovranità dello Stato, accolse, nello storico compromesso, questo secondo tipo di concezione, fissando il criterio della *competenza per materia*. Stato e Chiesa, nell'atto stesso in cui si riconoscevano reciprocamente, a livello costituzionale e supremo, come indipendenti e sovrani, nel proprio ordine, indicavano nei Patti lateranensi, già operanti, la fonte regolatrice fondamentale dei loro rapporti sulle materie *miste*, di comune interesse. Queste ultime, su cui ciascun ordinamento avrebbe esercitato in modi convenzionalmente regolati (nel rispetto dei Patti) la propria sovranità erano state (una volta per tutte?) fissate nei Patti stessi del '29 (consacrati, successivamente, dal sigillo costituzionale). Vi era certo la facoltà di modifica dei Patti stessi (e gli accordi modificativi non avrebbero necessariamente comportato l'obbligo di una revisione costituzionale) ma, quanto alle *materie di competenza*, esse potevano sembrare definitivamente fissate. Il problema riguarda il *concordatismo diffuso* e ogni sua conseguenza. Il citato Protocollo nella lotta alla pedofilia, ben visibile al *Bazar delle Intese*,¹²⁵ ne costituisce un corollario marginale e, ciò nonostante, significativo.

¹²⁵ Il documento è riprodotto alla fine del primo capitolo.

L'Italia, quanto a laicità, non è la Francia¹²⁶, ma non potrà mai essere uno Stato veramente confessionale (o pluriconfessionale, nel senso che la vita pubblica possa essere organicamente regolata da un potere formalmente condiviso con le autorità religiose) per il fatto che il cristianesimo stesso, cui si imputa, in parte a ragione, una sorta di 'confessionismo strisciante' (escluso in teoria, ma operante *di fatto*) è una religione che, tra i suoi sommi principi, pretende, per sé e per Cesare, la separazione tra Stato e Chiesa. Il suo è un Dio «geloso», non in concorrenza con Cesare, da cui pretende separazione e rispetto. Il suo regno non è di questo mondo, ma in cui comunque la Chiesa vive, impolverandosi per le sue strade. Il tempo si è fatto breve e la casa comune si è ristretta. La Chiesa stessa, che ha sensori in ogni contrada della terra e che scruta in confessionale (e non solo) il sentire profondo dell'umanità, per debito verso la propria missione, interviene, con sempre maggiore autorevolezza, se fosse possibile, ma con diversa e più raffinata *tecnica* nello studio e nelle prescrizioni per i mali del mondo. *Sic transit doctrina Ecclesiae in re sociali*. Intanto, mentre sparisce nell'etere ogni più intima riservatezza per l'uomo, è bene che ogni potere operi distintamente, nei modi e con le valenze proprie e non in *confusione* formalmente prevista. Le materie *miste* forse non possono essere numerate *a priori*, forse non debbono essere concepite come *eccezioni* a regola, ma non possono neppure essere moltiplicate a discrezione, col moltiplicarsi (fantasioso) dei varchi. La breccia di porta Pia non restituisca l'onda di laicità dopo aver tinto le acque.

Naturalmente, così concepito, l'art.7 cost., se da un lato "copre" (costituzionalmente) le materie «miste», dall'altra si presenta come una sorta di camicia di Nesso, per la piena evoluzione del sistema (nel senso che circoscrive il campo delle modificazioni alla sfera del già concordatariamente regolato, impedendo ogni innovazione mutativa in ordine alle materie da disciplinare). Se non *crystallizza*, certo *ingessa* il sistema, sacrificandone le potenzialità espansive (il che tra l'altro è contro qualunque concreto esercizio del principio teoricamente illimitato di sovranità, tutelato dall'art. 7 cost., primo comma). Sembrerebbe in tal guisa impedita ogni disciplina (solenne e non solenne, concordataria e non) su materie nuove di comune interesse per lo Stato e la

¹²⁶ I giuristi sono più complicati e necessariamente. Viceversa, uno strumento assai empirico per saggiare il tasso di laicità della Francia è quello escogitato da un vecchio professore di francese, che ogni anno si reca per una settimana a Parigi. Al ritorno immancabilmente osserva che la Francia rimane un paese assai più laico dell'Italia. Le sue televisioni per un'intera settimana non avrebbero mai parlato del Papa e della Chiesa. Solo una volta, in un *quiz* televisivo sarebbe stata fatta una domanda con riferimento alla Chiesa (ma, in questo caso, la risposta del concorrente, con compiacimento del professore, sarebbe risultata errata, a riprova della fondatezza della laicità dello Stato francese; e conseguente valorizzazione dell'errore).

Chiesa (e questo sembrerebbe violare il secondo comma dell'art. 7 cost.). Fatta la scelta, determinata la fonte regolatrice (i Patti lateranensi), irrevocabilmente accertate le *materie miste* (queste ultime concepite, in assenza di mutamenti di ordine costituzionale, come *numerus clausus*), prevista infine la mera possibilità di modificazioni (non comportanti revisione costituzionale) non sarebbe stato più possibile innovare (oltre la richiamata soglia della modifica) introducendo *materie nuove* né prevedere delle libere forme alternative a quelle fissate, per regolare le stesse.

Peraltro, anche a voler considerare inammissibile e troppo restrittiva tale interpretazione e a voler ritenere che le potenzialità di modifica possano spingersi sino a individuare ulteriori *materie miste*, sarebbe comunque contrario a qualsiasi criterio logico ritenere che esse possano legittimamente espandersi fino a concepire una norma come quella dell'art.13 dell'Accordo modificativo dei Patti, norma che sembra concepita, non tanto in violazione diretta del primo comma dell'art.7 della Costituzione, ma con le disposizioni costituzionali in materia di fonti. Cerchiamo quindi di osservare gli elementi coincidenti e le distinzioni necessarie tra art.13 e art.11 dell'Accordo, per verificare (dopo aver brevemente accennato alle possibili ragioni per cui riteniamo l'art.13 dell'Accordo fortemente sospetto di illegittimità) se l'art.11 dell'Accordo stesso, nella parte in cui introduce l'obbligo dell'assistenza spirituale alla Polizia di Stato, meriti una riflessione differenziata quanto all'obbligo indefettibile del rispetto costituzionale. Le ragioni di un possibile contrasto dell'art. 13 dell'Accordo con la Costituzione consistono esattamente in questo: che in materia di fonti la riserva costituzionale è perfetta e quindi la normativa andava introdotta con procedura 'aggravata'. Contro tale impostazione si oppone il rilievo di una possibile 'copertura' della norma da parte del secondo comma dell'art. 7 cost., autorizzativo di *modifiche* (anche in tema di *fonti*?)

La distinzione sembra sottile, ma è evidentemente determinante e lascia riflettere sul fatto che talora l'interprete, chiunque esso sia, nel comprendere e attuare la disposizione, si trasforma, anche e soprattutto non volendo, da fedele custode in 'padrone' e signore della norma. La verità è che la disinvoltata estensione, mediante procedura convenzionale, di norme sulla produzione giuridica, fa ritenere condivisibile l'opinione di Tedeschi sull'esistenza di un confessionismo strisciante all'interno dello Stato Italia. Certo, tutti i cittadini sono *eguali* dinnanzi alla legge, tutte le confessioni religiose sono *egualmente* libere, ma c'è qualcuno *più eguale* di altri, nelle protezioni specifiche, determinate dal peso dei cattolici all'interno dell'ordinamento, ma anche nella facoltà di modificare le tutele, non dico certo *in barba* al legislatore, espressione che suonerebbe irriguardosa, ma in apparente elusione, per così dire, del controllo del Parlamento.

A ben guardare, tuttavia, nello specifico, secondo l'iter preferito dal legislatore e dall'esecutore, una normativa esecutiva di una prescrizione richiamantesi al disposto costituzionale (l'*Intesa subconcordataria*", che si assume modificativa dei Patti ex art.7 comma secondo cost.) sembrerebbe voler valorizzare una norma ordinaria (l'art.69 della legge n.121 del 1981) con notevoli complicazioni formali proprio sul piano della gerarchia delle fonti. Si ha qui un fenomeno assai diverso da quello di una norma di indiscusso livello superiore che richiama una norma ordinaria preesistente (come nel classico caso dell'art.7 cost. che richiama e valorizza la normativa preesistente *ordinaria* costituita dalla disposizione esecutiva dei Patti lateranensi, facendole assumere il ruolo di norma ordinaria *rafforzata*, appunto, dal richiamo costituzionale). Il problema è qui costituito naturalmente dal d.P.R. n.92 del 1991 e dalla sua natura di fonte *non primaria*, in quanto semplicemente esecutiva, per adeguamento, di Intesa "concordataria". Più semplicemente, bisogna chiedersi in che posizione sia esso rispetto alla legge ordinaria (nel caso di specie, l'art.69 della l.121 del 1981) ponendo quanto meno in dubbio il disegno di valorizzazione operata dal punto n.1 dell'Intesa come recepita e resa esecutiva dal d.P.R. in esame (tutt'altro che *secundum legem*, a parer nostro). È infatti proprio sul piano formale e della gerarchia delle fonti che emergono le perplessità sul fatto che il d.P.R. 92 del 1991 sia in grado di "rafforzare", in senso tecnico, una norma ordinaria. A parer nostro, ci si trova di fronte quanto meno a un uso sicuramente improprio della concezione fondata sulla teoria della norma rafforzata. Ora, se il legislatore o piuttosto – come nel caso – l'organo amministrativo, nel contesto di un' indefinita discrezionalità, pone disinvoltamente una normativa con evidente riferimento alla concezione gerarchica delle norme e alla raffinata tecnica delle (reciproche) coperture, quando viceversa bisognava decisamente guardarsi dall' "abusare" della teoria stessa (della norma rafforzata dal riferimento costituzionale) diffidando di ogni spunto o suggerimento, indotto dalla norma, quando appaia improprio e affrettato, ciò non è senza conseguenze sul piano dell'interpretazione (quanto a validità, quanto a efficacia). Nel caso di specie, lo schema, apparentemente coerente, ma di dubbia legittimità formale, è il seguente: il d.P.R. si richiama all'*Intesa subconcordataria*; l'Intesa si richiama alla normativa (formalmente ordinaria) modificativa del Concordato; la norma modificativa del Concordato si richiama all'art.7 della costituzione; *ergo* il d.P.R. 92 del 1991 costituisce norma *rafforzata* o *atipica* per il suo specifico riferimento a normativa di rilevanza costituzionale.

Contro tale impostazione il minimo che si può osservare è come sia dubbio che una norma di rango inferiore (e il d.P.R. 92 del 1991 è una norma di rango inferiore, in quanto fonte *secondaria* autoponentesi come esecutiva di Intesa)

quando anche fosse in qualche modo riferibile al richiamo costituzionale, possa *formalmente* rafforzare una norma ordinaria. Neppure il (supposto) rafforzamento costituzionale (atipico e «a cascata», come s'è visto) può, a parer nostro, alterare la precisa posizione gerarchica delle disposizioni. Infatti, deve osservarsi che, nel caso di specie, più che di richiamo costituzionale (il quale si riverbera dalla fonte superiore a quella inferiore in un processo di valorizzazione e penetrazione appena definito «a cascata»), si tratta (con una vera *interversione* anomala nell'ambito della teorica della gerarchia delle fonti) di un autonomo riferimento della norma inferiore alla norma superiore (ordinaria e costituzionale). Tuttavia par di chiara evidenza che se la fonte inferiore non può illudersi di rafforzarsi per *autorichiamo* alla legge superiore, ordinaria e costituzionale, non può neppure rafforzare alcunché (compresa la norma ordinaria preesistente e a sé superiore costituita dall'art.69 della l.1° aprile 1981 n.121).

Quando sia stato risolto il problema della natura giuridica dell'Intesa «concordataria» sull'assistenza religiosa alla P.S., vi sono essenzialmente due modi per tentare di delibare il tema della posizione giuridica del d.P.R. n.92: a) Riferirsi alla teoria generale classica della gerarchia delle fonti (così come variamente elaborata dalla scienza giuridica e anche con riferimento agli apporti arrecati dalla giurisprudenza costituzionale, per cui, volendo semplificare, al vertice del sistema vi sarebbero delle norme-fondanti immodificabili anche per via formale e il cui venir meno implica la distruzione del sistema e il sorgere di un nuovo assetto costituzionale; poi i principi supremi della Costituzione; poi le cd. norme rafforzate dal richiamo costituzionale; infine le leggi ordinarie e – conclusivamente – le fonti secondarie, la cui legittimità è connessa all'osservanza e comunque alla non violazione della fonte ordinaria); b) Integrare o sostituire la classificazione gerarchica delle fonti col criterio della classificazione «orizzontale» fondato sulla «competenza per materia»¹²⁷.

Non vi è dubbio a questo punto che l'Intesa del 21 dicembre 1991 tra Ministro italiano degli interni e Presidente della Conferenza episcopale italiana sull'assistenza spirituale *cattolica* alla Polizia di Stato, pur avendo orientato, sulla questione specifica, non poco le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, presenti delle singolarità di non comune rilievo (in senso assoluto e, se si vuole, con riferimento a queste ultime). Se è comprensibile, dal

¹²⁷ Viene dalla dottrina ricordata «la ritenuta insufficienza del criterio di classificazione gerarchica delle fonti fondato sulla loro forza formale», criterio al quale si propone di associare (Crisafulli) o addirittura di sostituire (Modugno) quello di classificazione «orizzontale» fondato sulla «competenza per materia». (RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 68).

punto di vista strettamente politico, che una norma di rango inferiore, frutto di un accordo dello Stato con la Chiesa cattolica, abbia costituito un punto, se non un modello, di orientamento – come nell'ultima parte del testo si vedrà – persino per il contenuto di norme di rango giuridico sicuramente superiore (le norme derivative di Intesa con le confessioni religiose diverse dalla cattolica) ciò non incide in nulla in termini formali. Il potere dominante del contenuto di una norma (e quindi in qualche modo la sua dignità di assumere funzione di contesto di riferimento e – fosse anche – di modello, in quanto precedente giuridico) non cambia in nulla la natura giuridica sua propria. In termini formali la *diversità* individuata (lungi dall'essere offuscata dalla *vis attrattiva* del contenuto della disposizione, che è poi forza essenzialmente politica, da cui la capacità di porsi come sfondo di riferimento) produce comunque diversità di effetti e forse anche anomalie, imprevedute o intenzionalmente trascurate, dagli stessi organi stipulanti l'Intesa. Questi ultimi, avvalendosi del mezzo regolamentare per disciplinare l'assistenza religiosa cattolica alla Polizia di Stato, intendevano certamente perseguire almeno un fine: conservare inalterato il contenuto dell'Intesa. Preoccupazione evidentemente legittima e comune alla stipula di qualsivoglia Intesa (vedremo poi come la stessa esigenza sarà diversamente perseguita per le intese in materia con le confessioni religiose diverse dalla cattolica). La natura *secondaria* e regolamentare della disciplina sembrava infatti poter assicurare almeno due obiettivi: sottrarre la normativa da introdurre alle incognite proprie di ogni processo produttivo di norme di natura parlamentare; sottrarre nel contempo – e vedremo poi se ciò sia possibile – la disciplina dai rischi e dalle incognite impliciti in eventuali procedimenti di legittimità costituzionale. Si costituiva intanto su materia certamente marginale (laddove era difficile ipotizzare il sorgere di laceranti conflitti) un precedente giuridico di una gravità senza pari.

Quale dunque la natura giuridica dell'Intesa introdotta con il d.P.R.? La (relativa) incertezza terminologia sottolinea la novità della questione. La legittimità del d.P.R. n.92 del 17 gennaio 1991 va infatti comunque verificata alla luce del rispetto del principio di subordinazione alla norma costituzionale e ordinaria di riferimento. Rispetto che, nel caso di specie, va riguardata anche nell'incisione autonoma della disciplina su materia tributaria, in relazione alla riserva di legge influente sul bilancio dello Stato, nell'osservanza sistematica delle regole formali, costituzionali e non, soprattutto in materia di fonti.

Quanto alla formale disciplina delle disposizioni attuative dell'assistenza religiosa alla Polizia di Stato, prescindiamo per un attimo dai problemi (che abbiamo appena intravisto come assai complessi) di legittimità o illegittimità (anche costituzionale) posti dalla normativa in esame e, quasi descrittivamente (come a non voler prendere ancora posizione definitiva in materia di

fonti) consideriamo solo il fatto che direttamente l'Intesa (trascritta in calce al relativo d. P. R. di esecuzione) si configura (anzi, si dichiara, a somiglianza di autoreferenza) come generata in conformità (o comunque collegata) a due precisi atti normativi (espressamente menzionati dal punto n. 1 dell'Intesa stessa): l'art.69 della legge 1° aprile 1981 n.121 e l'art.11 dell'Accordo neo-concordatario.¹²⁸ Tali atti, di indole diversissima, si distinguono tra loro anche per essere sorti in momenti differenti e per essere stati certamente situati in contesti giuridici assai disomogenei. Il primo nacque dalla riforma del corpo di pubblica sicurezza, l'altro costituisce il frutto di un impegno di carattere concordatario, reso esecutivo nello Stato con la legge generale di esecuzione dell'Accordo modificativo madamense (e quindi non operante direttamente nell'ordine interno, ove opera – con la sua natura, con tutta la sua forza e soprattutto con tutti i suoi limiti – l'atto interno di sua esecuzione).

È proprio con assai studiata accortezza, che l'*Intesa subconcordataria*, stipulata fra il Ministro degli Interni¹²⁹ e il Presidente della Conferenza episcopale italiana (firmata il 21 dicembre 1990 e resa esecutiva con d.P.R. 17 gennaio 1991 n.92) si presenta dichiaratamente in relazione immediata (a iniziare dalla prima enunciazione) sia dell'art.69 della legge 1° aprile 1981 n.121 sia dell'art.11 dell'Accordo modificativo del concordato lateranense. Oltre che l'Intesa, come testo convenuto, anche il titolo di esecuzione, espresso con d.P.R. 92 del 1991, richiama, nei preamboli introduttivi all'ordine di esecutività, gli atti normativi citati: «[...] Vista la legge 25 marzo 1985, n.121 [...] Visto l'art.69 della legge 1° aprile 1981, n.121». La menzione tuttavia, come si vede, è inversa alla data di origine dei due atti (al contrario di quanto accade nel testo dell'Intesa) forse per ragioni casuali, forse per una ideale collocazione o classificazione secondo la diversa importanza degli atti (se ed in quanto ritenuta). Le disposizioni sono comunque entrambe di natura legislativa e quindi formalmente del medesimo (secondo) livello (salvo eventuali, ulteriori graduazioni o "scalettature", interne al medesimo grado). Peraltro (contro una coerenza che viene individuata, o meglio, ricostruita *ex post*) occorre notare come l'art.69 della legge n.121 abbia rappresentato, nella realtà storica, la norma, che, nel momento della sua emanazione, statuì unilateralmente l'abbandono da parte dello Stato della soluzione di derivazione vetero-concordataria,

¹²⁸ 1.1. dell'Intesa: "L'assistenza spirituale al personale della Polizia di Stato, di cui all'art. 69 della legge 1° aprile 1981, n. 121 ed all'art. 11 dell'accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana del 18 febbraio 1984, è assicurata, nel rispetto dei principi costituzionali, con le modalità stabilite dagli articoli seguenti".

¹²⁹ . Testualmente: «Ministro dell'interno» (G.U. del 21 marzo 1991) al posto della più esatta espressione «Ministro degli [affari] interni».

fino ad allora vigente nella disciplina dell'assistenza al personale della polizia (secondo gli impegni derivanti dai Patti lateranensi, che assicuravano la sola assistenza religiosa castrense). Di conseguenza, l'art.69 della predetta legge, che era stato introdotto quanto meno prescindendo *del tutto* dagli impegni concordatari dello Stato italiano (sostanzialmente contro la concreta disciplina concordataria allora vigente), sembrerebbe oggi paradossalmente rafforzato, dal suo richiamo, in termini formali, da parte dell'Intesa "concordataria" (rafforzamento assai dubbio, da verificare in questa sede, ma comunque, al più, di natura materiale, come per il fenomeno fisico della *simpatia*, stante, a parer nostro, l'assoluta inadeguatezza della fonte richiamante, sul piano dell'apprezzamento gerarchico delle disposizioni).

La confezione mediante atto apparentemente amministrativo (la dottrina ha ripetutamente parlato di natura regolamentare)¹³⁰ tende indubbiamente, come s'è visto, a perseguire almeno un duplice vantaggio (che comunque è dubbio che possa legittimamente conseguire, per le elementari ragioni che diremo) ai fini della conservazione del sistema (oltre quello evidente – e illegittimo – di sottrarre la disciplina introdotta al controllo, in sede legiferante, del Parlamento): non tanto valorizzare detta disposizione nell'ambito della gerarchia delle fonti (se questo era il fine, in termini di legittimità, sarebbe occorsa una legge formale) quanto attribuire una maggiore capacità *elusiva*, per così dire, rispetto a un eventuale controllo di legittimità costituzionale (la cosa è stata subito denunciata dalla dottrina)¹³¹ e intanto considerare appunto coerenti (per una coerenza – ripetiamo – sopravvenuta o ricostruita *ex post*) atti normativi di per loro tutt'altro che omogenei (per la differente origine e per la loro specifica natura). Va da sé che se la coerenza tra le due disposizioni non fosse 'intrinsecamente' sopravvenuta, per il mutare del contesto normativo (di medesimo livello), ma fosse 'estrinsecamente' attribuita loro solo dal d. P. R. 17 gennaio 1991, n.92, dovremmo ritenere l'implicita qualificazione valutativa – da parte del provvedimento contenente l'ordine di esecuzione – del tutto illegittima trattandosi pur sempre di fonte, se la si riconosca tale, di terzo livello¹³² (e noi riteniamo, secondo le nozioni tradizionali, che la disposizione di livello inferiore – quando ritenuta tale – non possa incidere sulla qualificazione di una norma di grado superiore).

L'atto interno di esecuzione sembra in tal guisa perseguire fini diversi, tutti

¹³⁰ Vitale, in particolare.

¹³¹ Ancora Vitale, come in precedenza citato.

¹³² La questione è che il Decreto costituisce comunque una fonte di adeguamento di formale minor livello, nel diritto interno, e, sostanzialmente, regolamentare.

però egualmente frustrati dal medesimo vizio originario (tranne l'ultimo, nei limiti che subito saranno precisati, relativo alla coerenza attribuita alla intera normativa di livello superiore). L'armonia tra norme diverse e successive può infatti ben essere *riscontrata* dalla disposizione di minor rango (ma non *attribuita* da essa) per ragioni obbiettive e parallele, assolutamente diverse e indipendenti da ogni tentativo – di per sé, ripetiamo, illegittimo – del d. P. R. 17 gennaio 1991 n.92 di incidere sulle fonti di livello superiore. A tal riguardo, sarà forse bene notare (si tratta certo di una sottigliezza, ma una ricerca è costituita anche dalla precisione dei dettagli) che valutare in un'ottica di possibile coerenza fonti in origine disomogenee non è affatto – di per sé – irrituale, essendo anzi funzione specifica dell'interprete (qualunque esso sia) comprendere in una prospettiva armonica ciò che appare disarmonico prima di essere analizzato. Essendo effettivamente l'ordine generale di esecuzione dell'Accordo madamense un *quid iuridicum novi*, tale novità giuridica sopravvenuta è da considerare dinamicamente, per cui la legittimità del terzo fine perseguito dal d. P. R. 17 gennaio 1991 n. 92 è legata, questa volta, non alla finalità, ma in primo luogo alla natura armonica propria (ossia intrinseca, sia pure di una coerenza sopravvenuta, con lo stesso ordine interno di esecuzione delle modificazioni madamensi) delle due disposizioni di livello superiore e poi, in secondo luogo (ma è discorso diverso) alla legittimità eventuale dell'atto di esecuzione. Se si ritiene, per esempio, che l'Intesa andava resa esecutiva per legge, il vizio formale si riflette di regola su ogni concreta finalità perseguita.

Insomma, a noi pare che, secondo l'esempio formulato, si possa dire che per le prime due finalità vi sia un chiaro vizio sia del fine (tentare di sottrarre la materia al controllo costituzionale, tentare di rafforzare una norma di rango superiore mediante *richiamo* 'impertinente' da parte della norma di rango inferiore) che della fonte (inadeguata, secondo quanto vedremo). Nel terzo caso viceversa una valutazione normativa di per sé perfettamente legittima (considerare armonica una materia espressa da fonti originariamente disomogenee) può rivelarsi solo (ed eventualmente) *inutiliter data* (ma è certamente positivo che una disposizione di minor rango comprenda esattamente la normativa di riferimento sovrastante). Certo, una compatibilità tra norme sopravvenute non può essere considerata non tale per un'eventuale illegittimità derivata dall'inadeguatezza della natura della fonte (sono cose diverse). Nel caso, non è il d. P. R. in questione ad attribuire alcunché, in tema di coerenza, ma sono le stesse norme superiori a dover essere interpretate – e magari eseguite, sia pure da fonte idonea – come effettivamente compatibili (quando si riconosca, come pare inevitabile, l'esistenza di un'assoluta compatibilità sopravvenuta, derivante dai mutamenti del contesto). L'accordo madamense, quando cor-

rettamente eseguito (e ricordiamo che l'ordine di esecuzione è stato espresso con legge formale) può ben assorbire l'originaria rottura operata dall'art.69 della legge 1° aprile 1981 n.121 (e, più in generale, dall'impianto dell'intera legge) negli equilibri concordatari *sostanziali* pregressi, a seguito della disattivazione dell'assistenza alla polizia di Stato smilitarizzata.

Diversa questione naturalmente è se il d. P. R. 17 gennaio 1991 n.92, stante la sua natura e il suo livello gerarchico tra le fonti, pur avendo valutato correttamente la coerenza delle norme menzionate (sulla natura intrinseca delle quali non può in alcun modo influire) sia stato poi effettivamente (ossia legittimamente) in grado di eseguire gli impegni di Intesa. Tale impostazione presuppone naturalmente che al d. P. R. 17 gennaio 1991 n.92 sia riconosciuta (come a noi pare incontrovertibile) la natura di fonte (in termini formali e sostanziali) perché se ne possa poi valutare la legittimità sul piano dogmatico.

La disciplina del fenomeno dell'assistenza spirituale alla Polizia di Stato presenta, comunque, attualmente un'indubbia peculiarità: quella di dover essere necessariamente esaminata (per la contestuale pluralità dei riferimenti normativi) alla luce delle vecchie e delle nuove disposizioni (concordatarie e non). Essendo la disciplina sorta in un momento di transizione, l'interprete non può ovviamente prescindere da tale molteplicità di riferimenti normativi, che si presentano, come s'è visto, sovente strutturalmente eterogenei, talora sovrapponibili, talora apparentemente confligenti, per il momento politico diverso connesso alla loro non comune origine e quindi per le diversificate motivazioni alla radice della disciplina. Queste ultime, appena celate dal sottile manto di una proclamata (prima ancora che dichiarata, si direbbe) finalità comune di assistenza religiosa. Chi, poi, investito di una funzione di governo, si sia sentito chiamato (vedremo poi quanto legittimamente) all'attuazione della norma di principio, ha operato sulla base dell'unico presupposto possibile, che gli era consentito dal contesto legislativo vigente: ha ritenuto (e, quando occorreva, ha comunque finto di ritenere) perfettamente compatibili fonti e disposizioni *all'origine* geneticamente confligenti (ma questo, come s'è visto, può anche rappresentare un'impostazione giuridicamente corretta e, in ogni caso, non sembra incidere, di per sé, sul piano della legittimità). Con successive scelte discrezionali (si prescinde ancora in questo momento da più delicati problemi formali e dalla necessità di un'osservanza rigorosa del principio di legalità) prima ha provveduto a sottoscrivere, congiuntamente all'autorità ecclesiastica, una determinata Intesa con determinati richiami normativi (quelli appena menzionati, anche qui operando sul presupposto di una loro armonia) poi ha cercato mediante l'emanazione del d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92 (fonte di terzo livello o non fonte) di conferire efficacia alle norme primarie e secondarie di riferimento.

5. *Questioni preliminari*

«Chi comanda stamani a Fort Knox?»

Proprio per la disarmonia delle fonti – e quindi per il concreto configurarsi della riforma – nella fase introduttiva dell'indagine, è stato necessario chiedersi se il legislatore ordinario avesse operato correttamente (secondo il profilo concordatario e costituzionale) nel procedere all'abolizione del servizio castrense, in relazione a un servizio di assistenza spirituale, che avrebbe dovuto essere assicurato in favore degli appartenenti a un corpo di polizia formalmente smilitarizzato, ma che sostanzialmente continuava ad apparire strutturato su di un'organizzazione largamente somigliante a quella militare (salvo le debite e indicate innovazioni di tipo civilistico). Si è concluso, come si ricorderà¹³³, per una non violazione *formale* dei patti, non potendosi impedire a un ordinamento di organizzare civilisticamente i propri servizi di polizia (né potendosi sostenere che la riforma fosse indirizzata proprio a devitalizzare il servizio di assistenza religiosa, che viceversa veniva dichiaratamente assicurato, sia pure in modi e forme non precisati dalla legge). Qualche cenno di riserva, qualche precisazione è apparso necessario formulare sul concreto operare della riforma rispetto agli impegni pattizi (e nulla più). Naturalmente la materia è circoscritta e anche le eventuali incrinature sono costantemente apparse (quanto ai rapporti ufficiali tra gli ordinamenti) di minimo o nessun rilievo e certo sanabili (come sono state poi sanate e reiteratamente perfezionate, anche formalmente, nei modi ritenuti conformi con gli impegni madamensi) in considerazione della tenuta complessiva del sistema.

La natura della riforma incideva diversamente sulla soluzione dei dubbi a seconda che la si riguardasse rispetto ai rapporti formali o sostanziali tra gli ordinamenti, come rappresentati, ovvero rispetto alla libertà religiosa del singolo operatore nelle strutture di polizia. Assumeva poi diverse implicazioni a seconda che si ritenessero le Intese in esame meri atti di diritto interno ovvero convenzioni di diritto internazionale o terzo (nella specificità interordinamentale per chi ritenga significativa la distinzione, con riferimento al tema), rese esecutive nello Stato con appositi ordini interni di esecutività (nel caso, rispettivamente, il d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92 e il d.P.R. 27 ottobre 1999, n. 421). Le esigenze di coerenza ricostruttiva si possono comporre solo dopo aver esattamente individuato i punti dolenti dell'interpretazione, che sono

¹³³ V. *supra*.

evidentemente molto diversi a seconda dei riferimenti (formali o sostanziali, relativi a convenzioni ritenute di diritto interno ovvero a norme esecutive di impegni che si assumano generati nell'ordine terzo e/o internazionale, che a noi paiono coincidenti).

Riassumendo, altri interrogativi tuttavia si propongono (ancor prima) come parte essenziale dell'indagine e si precisano in differenti e assai puntuali prospettive. Si pone innanzitutto il problema di definire la stessa *legittimità costituzionale di una normativa di natura concordataria, su materia almeno formalmente "nuova"*. L'impostazione problematica del tema, che nasce dal modo proprio di costituirsi della riforma mediante Intese su materie *nuove* (forse solo formalmente, ma la forma è tutto - o quasi tutto [diciamo genericamente] - nel diritto) e dai riferimenti normativi posti a suo fondamento, costringe l'interprete a sfiorare preliminarmente il tema della legittimità delle relative Intese con riferimento all'osservanza costituzionale da parte dell'art.11 dell'Accordo modificativo del Concordato lateranense (ed è il punto che viene indicato come primo e che assume assai minore importanza, se la materia dovesse essere ritenuta formalmente o almeno sostanzialmente *non nuova*). Solo successivamente sarà possibile interrogarsi sulle molteplici ulteriori peculiarità delle Intese e sulla sua loro legittima collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti.

La seconda questione (strettamente connessa alla prima) riguarda il livello di copertura assicurato dalla dichiarata natura concordataria dell'Intesa. *La terza questione* (che è nuova e diversa ed è la più importante, anche se non è esclusiva della materia trattata) riguarda la *legittimità della fonte* (ossia lo strumento del d.P.R. adottato quale fonte esecutiva delle Intese).

Gli interrogativi, come si vede, si susseguono sul filo di esigenze logiche essenziali e si precisano alla ricerca di una soluzione armonica e rigorosamente scientifica. L'esigenza appena accennata, peraltro, non viene resa adeguatamente dal senso letterale dell'espressione, perché dovrebbe ritenersi ovvio il proponimento, per una ricerca, di conclusioni scientificamente corrette.

Senonché qui si parla di scienza in senso proprio, non generico, ossia con specifico riferimento (non privo di una qualche asprezza polemica) alla natura del diritto ecclesiastico. Insomma, non si tratta di pervenire soltanto a delle conclusioni tecnicamente decorose (per le quali sarebbe più che sufficiente l'uso generico dell'attributo "scientifico") ma di trarle da una materia che (in diffonità dalle opinioni correnti, ancorché autorevoli) sia concepita essa stessa come scienza (nobilissima e assai raffinata) e come dotata di una sua peculiare (e indefettibile) metodologia. Senza questa visione organica della disciplina non ci sembra che si possa pervenire a una soluzione correttamente motivata.

Per la verità, è da tempo (forse da sempre) che il diritto ecclesiastico (come pure, ma diversamente, il diritto canonico) va interrogandosi sulla sua natura essenziale, sul suo essere o non essere *scienza* (in senso dogmatico). Convegni, interventi monografici eccellenti (Tedeschi) e sempre più raffinati, rimozioni persino (freudianamente tradite dall'osservazione faceta) (Finocchiaro, in più saggi e convegni)¹³⁴, si susseguono con una sistematicità che già di per sé è sospetta e lascia quanto meno supporre l'esistenza di una fase critica lunga e grave.

Già nel secolo scorso, nel 1978, parte della dottrina si interrogava su «quale funzione potesse ancora utilmente svolgere il diritto ecclesiastico nell'ambito delle materie che, nella facoltà di giurisprudenza, concorrono all'educazione del giurista» prevedendo che «il diritto ecclesiastico in senso tradizionale, quand'anche non rischi, per ragioni storiche, di venire molto spesso assorbito in un generale diritto statutale delle associazioni, è destinato ad esercitare un ruolo marginale rispetto ai più gravi ed urgenti problemi che cercano la loro soluzione al di fuori dei suoi ormai consunti schemi»¹³⁵.

Nel riferire tale impostazione Jemolo riteneva che la relativa pubblicazione costituisse «eminentemente studio politico e sociale». Tale giudizio già di per sé sembrava implicare una critica negativa essendo riferito a un *manuale* giuridico istituzionale, che tecnicamente poneva per tempo un interrogativo non solo importante per la disciplina, ma tuttora attuale, nonostante gli incisivi mutamenti storici intervenuti e richiedente risposte nuove, nel senso che se è scienza un ramo del sapere che è fondato su una metodologia unica e comunque assolutamente peculiare e questa muta con il divenire dei contesti di riferimento, gli adattamenti agli astratti schemi dogmatici debbono

¹³⁴ L'assenza di dignità dogmatica emerge nella trattazione occasionale su singoli temi. La risposta beffarda (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Resurrezione e morte della dispensa 'super rato'*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2283) copre la fretta nell'archiviazione dei dubbi (consentita forse all'avvocato, talora al magistrato seppellito dall'alluvione delle domande giudiziali, assai meno alla scienza giuridica, perché se canonicamente la *dispensa* è un 'atto discrezionale dovuto' e civilisticamente, un mero *presupposto* che attesti la mera *inconsumazione* matrimoniale, le pregiudiziali della Corte costituzionale, se espresse in forma interpretativa e se insuscettibili di passare in giudicato, specie di fronte a un dettato costituzionale, interpretabile certo, ma non emendabile, vanno a loro volta dogmaticamente deliberate, almeno scientificamente, e poi, magari alla luce di risultanze non elusive della competente dottrina, in sede di merito e di legittimità). Inutile chiedersi sulla 'verità' della soluzione, se poi, scrollando le spalle, ci si allontana dal tema e, come il procuratore di Cesare, non si attende la risposta (*Roma*, ossia la Corte costituzionale, *locuta...*). Ma allora, perché acriticamente scrivere, senza approfondire, descrivendo ciò che in sentenza è già scritto. La giurisprudenza costituzionale, assai elevata, non sempre ha bisogno solo di *cori angelici*.

¹³⁵ ANTONIO VITALE, *Il diritto ecclesiastico*, Milano 1978., p. 5. L'espressione è testualmente citata da ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, V ed., 1979, p.133.

render conto della loro autonomia e (auto)sufficienza. Poi, in qualche modo sminuendo ulteriormente l'importanza che lui stesso attribuiva alla tesi riferita¹³⁶, in evidente contrasto con la stessa ampiezza del suo riferimento, Jemolo attribuiva semplicisticamente tale giudizio al venir meno di «un certo tessuto sociale, una certa coscienza collettiva; nei periodi in cui questa muta il giurista in ogni ramo avverte sotto i piedi un terreno meno solido»¹³⁷. Tuttavia, la crisi della materia, comunque motivata, era assai più ampia e radicata di quanto lasciasse intendere la replica di Jemolo a Vitale¹³⁸. Infatti, già in quel contesto temporale, il tema veniva presto, più volte, sistematicamente riproposto.

Successivamente, i fondamentali mutamenti intervenuti, la diffusa dinamica concordataria e convenzionale, tuttora in evoluzione in ordine alla disciplina civile del fenomeno religioso, la sensazione (e forse la certezza) che la materia fosse ormai uscita dal limbo di un contesto normativo “eccezionale” per essere ricompresa nell’ambito di una sua specialità, la stessa ritenuta assenza di punti di riferimento univoci (per la molteplicità degli oggetti della trattazione; dei movimenti religiosi, comunque nuovi, quanto meno per l’intensità della loro presenza; delle stesse fonti in considerazione) hanno improvvisamente fatto pensare a una prevalente, se non mera funzione didattica della disciplina e all’affievolirsi della scientificità sua propria. Ciò non è avvenuto (o è diversamente avvenuto), per esempio, per il diritto canonico, della cui peculiare scientificità nessuno sembra dubitare (una volta – beninteso – che sia stato risolto in senso positivo il dubbio cruciale e perenne, sistematicamente risorgente, sulla sua “vera” giuridicità e, soprattutto, autosufficienza).

Naturalmente, come l’impostazione, riduttiva e non approfondita, dell’assenza della materia, ipotizzata da Antonio Vitale, non era condivisibile, a parer nostro, molti anni or sono, al tempo della polemica di Jemolo, pur ponendo problemi seri, a maggior ragione non appare condivisibile oggi che la disciplina è chiamata a interpretare una realtà giuridica in adeguamento formale a profonde mutazioni anche sociali, in cui le religioni assumono sempre più una funzione identitaria e direttiva per interi popoli e nazioni, persino nella loro specificità di irreversibili e alluvionali frammenti di un’umanità migrante in casa propria, nell’unico villaggio aperto o comunque permeabile, ancorché

¹³⁶ Antonio Vitale è autore brillante che di regola non replica – talora inspiegabilmente – alle critiche che gli vengono rivolte. Accade in tal guisa che egli proponga talora delle tesi assai acute e perfettamente difendibili (per un esempio, tra i tanti che potrebbero formularsi, in tema di sostentamento del religioso *egressus* o *dimissus*, nel difficile riferimento alla famiglia) ma inspiegabilmente non replica alle critiche che gli vengono rivolte.

¹³⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, op. loc. cit.

¹³⁸ Va comunque rilevato che Vitale sulle critiche di Jemolo tacque (almeno specificatamente).

apparentemente e illusoriamente blindato. D'altra parte, la religione come realtà identitaria e cagione di conflitti (anche sanguinosi) ha accompagnato sistematicamente e variamente l'uomo e la sua storia (specie per la realtà occidentale), ieri non meno di oggi, quando il mondo sembra procedere all'indietro, come a voler recuperare itinerari smarriti.

E non c'è stato qualcuno che ha già parlato, sul finire del secolo scorso, di un'umanità che procede a ritroso, incedendo grave a passo di gambero?

Il mistero del diritto ha molti volti. Come ricerca è una monade chiusa che contempla se stessa, talora sospesa, come fuori del tempo e dello spazio, in attesa de 'la' soluzione giuridicamente 'perfetta'. All'interno della sfera però la comunicazione è d'obbligo. Non il mero *lògos*, ma il dialogo spezzerà l'incanto.

L'affievolimento di parte della disciplina – e anche di indiscussi maestri – dell'interesse per il rigore delle ricostruzioni organiche formali, nel periodico turbinio delle grandi mutazioni, anche in tema di fonti (*delegificazione*, normativa comunitaria prevalente ecc.; e che riguarda non certo solo il diritto ecclesiastico: chi ha stamani le chiavi di *Fort Knox*?) spiega la critica, forse lo scoramento (certo temporaneo) di taluni studiosi verso l'identità della materia e di riflesso, in ordine alla prevalenza tra gerarchia e competenza, la diffusa indulgenza verso questo secondo criterio, viceversa dialetticamente legato al primo, nella ricerca dello scrimine tra ciò che è prescritto e ciò che, a ben guardare, non lo è.

(Insomma, per farla breve, alla fine, anche la norma 'competente', magari prevalente a tale titolo sulla disposizione astrattamente di maggior grado, va gerarchicamente 'apprezzata', nell'identificazione della *sua* esatta posizione e dei suoi limiti nel sistema delle fonti.)

Per quanto ci riguarda siamo più volte intervenuti in argomento. Non a caso un nostro studio in corso di elaborazione, dedicato al tema della scienza del diritto ecclesiastico (studio che procede assai lentamente, ma forse no, secondo l'infinita e forse eccessiva prudenza delle nostre riflessioni, che sembra sempre più coincidere con la colpevole - o responsabile – paura di non aver compreso o espresso correttamente il tema; anche se il tempo migliora gli studi assai più del vino buono nelle botti appropriate), è stato provvisoriamente intitolato, come forse già detto, *La settima variazione sul tema* (se la numerazione proposta, soggetta comunque a variazioni, è corretta). Bene, a parer nostro, non solo il diritto ecclesiastico è *scienza giuridica*, ma lo è in senso *dogmatico* (nella misura in cui essa fonda la peculiarità del suo essere sul rigore degli schemi e delle coordinate formali dell'ordinamento) ed è destinata a esprimere, nel recupero e rispetto delle tradizioni (mancherebbe) contributi, sul piano meno atteso, quello della rituale interpretazione, di originalità

e organicità logica inaspettata (com'è avvenuto in passato: si pensi solo alla *teoria volontaristica* di Saraceni), non confinabili forse – o senza forse – nel cortile, della materia, nel suo aureo 'broletto'.

Facendo un passo indietro, è, tra l'altro, il diritto ecclesiastico una materia estremamente delicata e difficile, chiamata a studiare schemi, procedure, impegni, con esiti di diritto internazionale privato e di rilevanza pubblicistica. Un ramo del diritto chiamato a esaminare riflessi giuridici di mutazioni sociali profonde, in cui la presenza organica e costituzionalmente riconosciuta di un Potere Altro (di volta in volta variamente costituito; qui il pluralismo, sconosciuto o no, opera incessantemente, per rappresentanze forse parzialmente in ombra, ma, piaccia o no, destinate alla luce), sempre dominatore di coscienze e spesso alternativo allo Stato, qualunque siano le forme in cui il civile s'invera, presenta continuamente il rischio di una *diarchia* in forme neppure sempre occulte (e con appigli costituzionali *formali*, come per il caso della Chiesa cattolica, ma non solo), che, pur astrattamente, secondo i diversi poteri, trattando materie distinte e impermeabili tra loro, continuamente insidia la sovranità di Cesare, persino negli spazi "dati" (per non dire di quelle vaste e *miste* e dei regolamenti, magari convenzionalmente regolati, di confine). Senza una visione dogmatica che in via formale e di volta in volta scrimini e censuri, identifichi i confini e li rispetti, il diritto ecclesiastico rischia veramente di divenire, come denunciato da Tedeschi, una mera espressione didattica. Pure, non è questo, non può esser questo, lo spirito di questo elegante e peculiare ramo della scienza giuridica. Non è un campo in cui poteri forti e talora transitori (si pensi alle innumerevoli forme di Stato e di governo) dettino, di volta in volta, in forma autocratica o convenzionale, le regole del giuoco. Il giurista non scrive sotto dettatura, meno che mai l'ecclesiasticista. Egli si nutre di principi e sono principi di libertà e, ogni volta che occorra, di tutela dell'*ultimo*. Qui il diritto, che è molte cose, è certamente forza irrefragabile dello Stato, ma è anche, almeno potenzialmente (e senza contraddizione, tutt'altro), ausilio e *potere* di chi non ha potere.

Questo nel merito, mentre nel metodo sperimenta vie nuove, confronta suggerimenti di altre scienze della comprensione, per una lettura e un'osservanza delle regole, esteticamente perfetta.

Tra l'altro, tornando ancora al merito, transitando dai principi al dettaglio che non li ignori, verificare la legittimità di talune soluzioni giuridiche «nuove», magari suggerite più che imposte da scelte politiche contingenti (si pensi al delicato tema della *delegificazione*) può contribuire ad esaltarne la specificità e il significato, considerato che il diritto ecclesiastico ha una delicata e indefettibile funzione sua propria; in particolare, di presidio di taluni valori civili, costituzionalmente tutelati (che, come tali, non possono certo essere

compromessi dalle esigenze contingenti del legislatore ordinario o – peggio – da decisioni, abili e magari «fantasiose»¹³⁹ di carattere amministrativo).

Attraverso le intese *subconcordatarie* (a noi è sempre parso preferibile parlare di *intese subconcordatarie* e forse meno opportuno parlare semplicemente di intese *concordatarie*, come preferisce, per esempio, Coppola, perché, con la seconda dizione, formalmente ineccepibile – ma la prima è perfetta –, può perdersi in parte la distinzione tra la convenzione principale e la normativa integrativa autonoma, introdotta con riferimento alla prima, gravante tutta sul termine *intesa*) si possono introdurre (e sono state introdotte) normative *nuove*, con atto amministrativo, eludendo, di volta in volta, il controllo del Parlamento (il che è quanto meno dubbio che sia costituzionalmente corretto).

Difficile pertanto negare una qualche «corruzione» della materia nella comprensione del nuovo e del diverso. Ci vuole il distacco e l'impostazione dello storico e un profondo *sentire*, alla luce del principio di laicità, lo spirito stesso della materia, per riconoscere, ancor oggi, al diritto ecclesiastico una posizione privilegiata «anche sul piano metodologico, [che] non solo risulta adatta a verificare principi di teoria generale del diritto, ma anche a individuare l'evoluzione di tutta la scienza giuridica».¹⁴⁰ Si tratta di un'impostazione ovviamente non solo del tutto condivisibile, in linea di principio, ma anche, a parer nostro, con stretto riferimento all'attuale ed effettiva evoluzione della materia, che sembra, salvo eccezioni, in genere passivamente *subire* (e talora avallare) le innovazioni normative e giurisprudenziali, anche quando esse, sul piano dogmatico, presentino elementi di dubbia legittimità (per esempio proprio in tema di *delegificazione*, tema su cui però non è dato di poter generalizzare).

Non a caso anche chi è tra i più rigorosi nella rappresentazione della nobile disciplina e della sua funzione, denuncia che attualmente «un'autonomia scientifica» del diritto ecclesiastico «desterebbe non poche perplessità».¹⁴¹ V'è coerenza in Tedeschi, che procede – consapevole e disincantato – secondo una doppia lettura della materia, del suo essere profondo, della sua esistenziale funzione e del suo attuale e incerto e miserevole vagare. Oltre alla prima definizione così elevata della materia, da lui motivatamente formulata, anche questo secondo giudizio, così negativo, può ben condividersi, ma, a parer nostro, solo perché la dottrina ha ritenuto di potersi (o doversi) allontanare dalla ricostruzione dogmatica, cui deve rimanere indissolubilmente ancorata.

¹³⁹ ANTONIO RUGGERI, *Intese «concordatarie» e intese «paraconcordatarie»*, op. loc. cit.

¹⁴⁰ MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 1999, Giappichelli, II ed., p.61.

¹⁴¹ MARIO TEDESCHI, op. ult. cit., p.48.

A tale proposito va rilevato – e contestato in radice – l'esistenza di un equivoco di fondo: manca costantemente infatti alla disciplina l'accortezza di comprendere che, se la metodologia del diritto ecclesiastico è peculiare, lo è solo per la specificità della materia e della funzione, mai per intollerabili sovrapposizioni agli schemi formali dell'ordinamento, da cui anzi essa integralmente deriva.

Questa impostazione naturalmente non ignora le novità. Deve essere anzi chiaro che, anche a voler riscontrare una peculiare natura scientifica della disciplina, non è possibile riproporre, neppure in sede di ermeneutica, un mero e quasi nostalgico, ritorno al passato. Si tratta viceversa di interpretare la specialità propria e nuova della materia (attualmente innegabile) non in disarmonia, ma in assoluta conformità con i criteri formali del rigore proprio dell'ordinamento costituzionale. È proprio questo ritorno alla metodologia classica della conoscenza giuridica l'elemento nuovo e, a parer nostro, risolutivo (ma non l'unico, nella lunga e grave confusione interpretativa prevalente). Ciò appare sempre maggiormente chiaro ogni volta che si tratti di definire il ruolo attuale del valore gerarchico delle fonti, in relazione appunto alla natura di scienza – in senso specifico – del diritto ecclesiastico.

Procedendo con ordine, con riferimento ai singoli dubbi ipotizzati, come s'è detto, si configura in primo luogo (e su di un piano di astratto formalismo) l'esigenza di una riflessione più generale, relativa alla legittimità costituzionale di un'Intesa su materia formalmente *estranea* rispetto all'impianto concordatario del 1929, l'unico prevalentemente ritenuto "coperto" dall'art.7 della Costituzione (almeno per gran parte della dottrina e della pressoché unanime giurisprudenza e comunque voglia intendersi il concetto di "copertura"). Ponendo insomma più direttamente la questione, la prima cosa che vien da chiedersi è se possa una materia (totalmente o parzialmente) *nuova* essere ritenuta rispettosa o addirittura "protetta" (sono naturalmente problemi diversi) con riferimento specifico e non generico allo stesso *dettato* costituzionale.

La dottrina appare assai diversificata in ordine a tali dubbi (e a giusta ragione, tanto grave essendo la complessità del tema), né appaiono posizioni assolutamente prevalenti. Vi è chi autorevolmente ritiene che «l'articolo 7, prevedendo e prospettando *modificazioni* degli accordi del 1929 non le ha in alcun modo qualificate»¹⁴² per cui «si possono avere più *riforme* dei Patti che si succedono nel tempo, con il progressivo allontanamento dei testi riformati rispetto a quello del 1929. In tale prospettiva, non può negarsi, sul terreno

¹⁴² CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, seconda edizione, 1999, p. 237.

dommatico, che l'art. 7 della Costituzione legittimi diverse riforme, da quelle più tenui e modeste a quelle più radicali, ed estenda la copertura costituzionale ad ognuna di esse, alle più moderate come alle più audaci¹⁴³. Diremmo che, proprio sul piano dogmatico, la legittimità di ogni riforma rimane legata al concetto di «modifica».

Può inoltre osservarsi che il riferimento all'«ordine proprio» previsto dall'art.7 comma primo della Costituzione costituisce un preciso limite (peraltro largamente disatteso da prassi e norme di dubbia costituzionalità) all'indiscriminata concertazione (concordataria e non) nei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica (specie quando la si ritenga formalmente necessaria e vincolante, in materia *nuova*). In quest'ottica, mentre rimane il dubbio sulla stessa legittimità costituzionale delle cosiddette *materie concordatarie nuove* (ossia non ricomprese nei Patti del 1929) e a maggior ragione sul cosiddetto *contrattualismo concordatario diffuso e virtualmente permanente*, la garanzia costituzionale (la cosiddetta «copertura» costituzionale) assisterebbe solo i settori normativi concernenti materia preesistente, ancorché oggetto di incisive innovazioni. Anche a voler indulgere su talune disinvolve “aperture” innovative preordinate dall'Accordo modificativo madamense, appare infine assai difficile confidare sulla resistenza di norme, come quelle espresse dall'art.13, che, in linea di principio (e salvo accortezze in sede di applicazione ed esecuzione) sembrerebbero astrattamente (forse fatalmente) destinate a operare sino ad una possibile, anche se allo stato non prevedibile, censura *limitativa* di legittimità costituzionale. L'art. 13, posto in vita con norma *ordinaria*, innova in materia di fonti, di stretta competenza costituzionale, da cui l'esigenza di una indefettibile procedura costituzionale a garanzia della legittimità della procedura di instaurazione (a meno che non si vogliano intendere le “modificazioni dei Patti accettate dalle due parti”, che sembrano riguardare la *materia* dei Patti e non le stesse *fonti* introduttive di modificazioni, estensibili a ogni tipo di innovazione in materia di fonti). Insomma, l'accordo tra le parti necessario, ex art. 7 Cost. per ogni modificazione dei Patti, è stato inteso per l'*Accordo modificativo* del concordato, come strumento in grado di innovare in materia di fonti, superando la generale *riserva costituzionale* in tale materia.

Nelle favole la sospensione del giudizio consente di esprimere, talvolta, un certo numero di desideri e di essere accontentati, ma se il protagonista (non ce ne voglia Andersen) esprime il desiderio di essere accontentato, per qualsiasi futuro desiderio volesse esprimere, violerebbe, oltre la sospensione del giudizio, le regole del giuoco. Egli si porrebbe in concorrenza con i disinvolti

¹⁴³ CARLO CARDIA, op. loc. ult. cit.

interpreti dell'*Accordo modificativo*, inteso come criterio di autorizzazione a *qualsivoglia* modificazione, purché concordata.

Ad altro livello, inferiore rispetto a quello delle fonti, ogni modificazione *materiale* dei Patti può apparire naturalmente lecita (tanto più quando, "accettata dalle due parti", è senza onere di revisione costituzionale) se beninteso venga introdotta dalla fonte (essa sì) costituzionalmente competente. In tal guisa, una materia di rilevanza normativa ordinaria, modificativa di legge o richiedente essa stessa forza di legge, per sua natura o per gli effetti conseguenti) non potrebbe esser posta correttamente (legittimamente) con semplice regolamento (più comodo forse, ma non di pari legittimità).

Analoghe, seppur diverse, considerazioni andrebbero poi formulate (in senso restrittivo) per quanto riguarda le cosiddette confessioni "diverse dalla cattolica" e talune interpretazioni del comma terzo dell'art.8 della Costituzione (mentre si pone il problema di una verifica complessiva della legittimità della concertazione in relazione all'intero fenomeno religioso, in modo da non escludere i cosiddetti "nuovi movimenti").

Di contro va osservato che l'art. 7 della Costituzione rappresenta (anche) una fonte costituzionale di produzione giuridica e che la possibilità di *regolare* «ulteriori materie» «sia con nuovi accordi tra le due parti sia con intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale italiana» è stata introdotta con legge (sia pure ordinaria), la legge, appunto, del 25 marzo 1985, n.121, laddove in materia di nuove fonti, nonostante la previsione dell'art. 7 della Costituzione, potrebbe essere necessario il supporto non indiretto, ma specifico di una *diretta* normativa costituzionale. In tema di fonti il dettato costituzionale è essenziale. Una *copertura* costituzionale «a cascata inversa», ci appare viceversa quanto meno elusiva del dettato costituzionale (ma è molto peggio) e sembrerebbe confliggere con i principi costituzionali supremi (e specificatamente con la funzione legislativa primaria dello Stato costituzionale, espressione diretta, indefettibile e suprema di sovranità).

Insomma, il problema dell'assistenza spirituale alla Polizia di Stato è un tema minore, forse minimo, ma minimi non sono i problemi che pone.

Tornando al punto della *novità* della materia, non si possono peraltro non reiterare i dubbi (che appaiono pregiudizialmente risolutivi del singolo caso studiato) sull'essere poi veramente (ossia sostanzialmente) materia *nuova* l'assistenza religiosa alla Polizia di Stato. Lo Stato certo può smilitarizzare ciò che vuole (e sarebbe contrario ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale, quando intesi nel senso restrittivo da noi in altra sede delineato,¹⁴⁴

¹⁴⁴ RAFFAELE PASCALI., *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, cit., p.293.

ritenere diversamente, sia pure con riferimento a una normativa adeguatrice di diretta derivazione concordataria), ma non si può certo ignorare, come s'è detto, il diverso livello di configurazione del tema sotto il profilo degli impegni assunti dallo Stato sul piano internazionale (o, più esattamente, *interordinamentale*; e la distinzione opera, per l'interprete, anche nell'osservanza del criterio formale, seppur genericamente espresso, di leggere gli impegni pattizi con l'ordinamento canonico, in quella luce non restrittiva, tradizionalmente vetero-internazionalistica, ma di 'maggiore disponibilità' dello Stato, suggerita, con equilibrata riflessione sistematica, dalla Corte costituzionale). Qui (sul piano internazionale o interordinamentale, che dir si voglia, con riferimento specifico al Diritto Ecclesiastico) veramente la *fattualità* ha un diverso e assai più rilevante significato rispetto all'inderogabile *stare pactis*. Qui veramente, nel senso peculiare precisato, *nomen iuris non immutat rei naturam*. Intanto esiste questa normativa in quanto essa intende tradurre e adeguare il diritto interno a un preciso impegno di natura concordata (che era preesistente, per quanto riguardava la polizia come struttura militare (la cd. *pubblica sicurezza*) e che è nuovo solo a seguito di una smilitarizzazione, che peraltro, come è stato autorevolmente osservato, non ha eliminato del tutto la struttura militarizzata dell'organismo. Il tipo di assistenza introdotto sembra comunque essersi voluto adeguare alla struttura certamente innovata dell'istituzione. Il legislatore, anche innovando decisamente, ha operato come salvaguardando una linea di continuità nell'assistenza religiosa (sempre peraltro astrattamente assicurata) e proponendo una evoluzione di fondo della disciplina coerente con la realtà nuova civile dell'organismo (di un organismo smilitarizzato e civile, ancorché beninteso di fatto 'armato fino ai denti' e, a voler essere pignoli, con previsione formale).

L'argomento in esame presenta insomma delle peculiarità anche sul piano dogmatico per i dubbi connessi al grado di novità (o, meglio, di *assoluta* novità) della materia, sul piano dell'ordine terzo (e interno, ovviamente). Quando infatti si consideri la disciplina in un'ottica di evoluzione o anche di cambiamento degli impegni concordatari (senza pervenire alla conclusione che si sia operata una *rottura* con le connotazioni della *mutazione* giuridica) sembra preferibile ritenere che essa sia protetta, in linea di principio, dalla cosiddetta *garanzia o copertura* costituzionale. Se insomma si preferisce ritenere che la materia non sia *nuova* sembra debba considerarsi tuttora operante – e legittima – la garanzia assicurata dallo stesso art.7 della Costituzione. Si supera, in tal guisa, forse si elude, il nodo della legittimità dell'art.11 del Concordato innovato. Tutto ciò, beninteso, non esaurisce i dubbi sulla legittimità della norma, perché occorre almeno verificare che la disciplina sia stata *correttamente introdotta* nell'ordine interno.

Resta allora il problema terzo (grave e fondamentale per noi, per altri del tutto giuridicamente inesistente) della legittimità della fonte introduttiva dell'intesa.

6. *Genesisi asincrona dell'Intesa e ordinata colligatio tra nature giuridiche connesse*

«In Cacanìa un genio era sempre scambiato per un babbeo,
mai però, come succedeva altrove, un babbeo per un genio.»
(Musil, L'uomo senza qualità)

In altri scritti ci siamo espressi in ordine all'opportunità e ai rischi sull'uso dell'espressione *diritto interordinamentale*, come specificativa, più che sostitutiva, caratterizzante, a parere di molti ecclesiasticisti, la natura delle convenzioni tra ordinamento statale e confessioni religiose (*in primis*, i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica in Italia). Tale specifica qualificazione varrebbe a meglio esprimere la disponibilità dello Stato ad un più ampio riconoscimento dello Stato dell'ordinamento religioso di appartenenza del cittadino-fedele. Naturalmente, le qualificazioni sono, specie in diritto, essenziali, ma (quasi) sempre estremamente pericolose e ingannevoli. Quando poi si faccia riferimento a concetti qualificativi generici ("maggiore", "più ampia" disponibilità) si corre, quanto meno, il rischio di violare o rendere plausibili – *sub specie interpretationis* – le violazioni del principio di legalità formale, cardine del sistema. È allora all'esperienza anche storica (al relativismo storico, finemente) che occorre riferirsi per valutare ogni distinzione gerarchica tra le prescrizioni. Si pensi solo al diverso rapporto gerarchico *formale*, in sede di tutela, tra normativa di adeguamento civile agli impegni concordatari e a quelli diversi di intesa (*sulla base d'intesa*) contemplati rispettivamente dall'articolo 7 e dall'articolo 8 della Costituzione. L'esemplare percorso del legislatore verso una pressoché perfetta equipollenza *di fatto* non sposta in nulla i termini formali della proposizione del tema, su cui peraltro incidono, sempre in termini formali, le modifiche, e talora le stratificazioni pregresse, del contesto normativo. Il fatto poi che anche la natura del diritto internazionale si sia, in molti settori e quindi anche complessivamente, talora radicalmente evoluta (quasi una 'rivoluzione' se non una sovversione, rispetto a una visione nazionalistica della *civitas* e della sua illimitata sovranità) non muta l'esigenza di un'astratta distinzione, che, sempre *di fatto*, sembra assumere oggi carattere sempre più *athono* e non dirimente. In ogni momento lo Stato, magari pren-

dendo a pretesto fatti occasionali o circoscritti, può rispolverare e indossare la veste feroce dell'intolleranza, soprattutto proposta in forma di difesa della legalità. Si pensi, a riguardo, al solo scandalo della pedofilia, all'interno della Chiesa cattolica e non solo all'interno di essa, come possibile presupposto di iniziative legali dello Stato, apparse, oggettivamente o indirettamente, antireligiose, nonostante l'impegno della gerarchia nell'individuazione ed eliminazione del fenomeno (iniziative contro comunità o altri prelati, di cui per il vero in Italia a lungo non si è scorta ombra, ma che appaiono da tempo ben presenti in altre esperienze europee e non solo). Si pensi ancora a uno scandalo diverso, quello della "corruzione" – vera o strumentalmente evocata, per fini eversivi, come temuto da molti – male comunque apparso endemico della politica italiana dell'intero dopoguerra, che può lambire e ha lambito la stessa gestione del patrimonio ecclesiastico, per comprendere l'esigenza di tutelare la netta distinzione formale di confini tra ordinamento canonico e ordinamento civile. Si rifletta infine sul fatto che ogni potere sovrano è per definizione illimitato, anche nello Stato di diritto. E se nella storia d'Italia una *prima* Repubblica è caduta nella sacrosanta lotta alla corruzione, perseguita tuttavia attraverso sicuramente illegittime e abusive interpretazioni del reato di *abuso d'ufficio* (mentre taluno è giunto a intravedere sotto la toga, presto dismessa, del magistrato-non giudice, la divisa del poliziotto, magari quella rude, forse *deviata*, forse no, dei servizi segreti); se tanto è stato consentito ed apprezzato, con la conseguenza di rendere ancor oggi plausibili regressi formali e (illiberali) proposte di modificazioni costituzionali, sulla base di una vantata tutela delle libertà, si comprende allora come ogni struttura difensiva delle peculiarità vada serbata sin tanto che il diritto consenta una doppia lettura di una medesima definizione del concetto di *diritto internazionale* a garanzia di un ordinamento religioso.

D'altra parte, non astrattamente, ma anche di fatto *v'è* sempre e comunque – e sono innumerevoli e continue le possibili esemplificazioni – uno Stato, che sia tale, ossia indipendente e sovrano, in grado di rivendicare, ogni volta che veramente lo ritenga (nel bene e, qualche volta, nel male) la sua inviolabilità di fronte a una contestazione interna o internazionale.

Solo nei film di Benigni i carri armati si fermano innanzi a un bambino con le mani alzate. In Cina non avviene così, non così in Iran, non in Israele. Anzi, solitamente così non avviene in nessun posto, neppure nei paesi democratici e liberali (neppure, a volte, in una borgata di paese, quando si operi nel chiuso di una caserma di polizia) ove si scontri un potere forte costituito (astrattamente legittimo, ma che non opera legittimamente) coi diritti ignorati di un debole, mentre ogni nostra piazza può divenire Tienanmen, quando si voglia colpire l'opposizione, la marginalità e/o la diversità *totut-court*.

Apparentemente non v'è poi troppa differenza tra piazza Tienanmen e l'irruzione della polizia nella notte del 21 luglio 2001 nel complesso scolastico Díaz-Pertini di Genova. Da noi, però, mentre il potere, i vertici della polizia, il ministro degli interni e quanti altri mostravano l'identico volto (di ovunque e di sempre) della repressione istituzionale, quello oculato e ottuso della complicità senza verità, un altro potere, pur esso dello Stato, quello della magistratura, soggetto solo alla legge, ci indicava che gli autori della nobile e coraggiosa impresa, in quella triste notte della Repubblica, rappresentavano certo lo *Stato*, ma, chiunque essi fossero, non erano lo *Stato*.

Pertini (come, in un diverso contesto, Aldo Moro) lasciò scritto che non voleva medaglie alla memoria né monumenti che ne ricordassero il nome. Avevano torto, perché la loro memoria appartiene alla storia e all'anima di una nazione e il loro ricordo non può essere ridotto alla cancellazione di una *tabula abrasa*. Pure, se nulla, nella triste vicenda della scuola Pertini, si può perdonare alla Polizia, espressione di un potere accecato dal potere, particolarmente odioso è avere, (certo indirettamente, certo senza volere) legato il nome di Sandro Pertini, presidente partigiano e vessillo di libertà contro il fascismo, a un episodio di brutale e indiscriminata repressione di cittadini complessivamente inermi ed indifesi. Sarà per tutti colpa minore, ma aver macchiato, senza saperlo, il nome di Pertini, è l'unica cosa che non mi sentirei di perdonare a uno squadrista in divisa.

La libera stampa e gli strumenti nuovi di informazione, operanti nell'etere, aiutavano intanto parimenti, in Cina, come a Genova e in ogni punto della terra, a diffondere e ricostruire la percezione, almeno quella, della verità. Ci facevano capire che questa volta la città di tutti era veramente cambiata: *io so*.

Quanto alla bella immagine di Benigni, fa storia a sé. È certo un'immagine ideale (ripeateremo spesso questo attributo, sussurrato a volte con malcelata reticenza, con pudore, quasi che credere nelle idealità sia segno di infantilismo, di debolezza, di cui in qualche modo vergognarsi) che non può riferirsi a *tutti* i poteri sovrani, anche quelli democraticamente espressi. Tutti i veri poteri, però, statali e non (penso in questo momento alle multinazionali) conservano sempre uno strato, di regola inavvertito, di potenziale (e magari schizofrenica) violenza. D'altra parte, non dovrebbe forse *l'incesto*, la violazione della suprema regola sociale, non dovrebbe il *bastone di maresciallo*, comunque raffigurato, ricordarci la natura primigenia sempre violenta dello Stato e del potere?

Nel caso di specie, la rappresentazione ideale di Benigni di un *potere* forte (il 'carro armato') che si rende *debole* (per i deboli) ed è certamente *democratico*, può essere avvertita come retorica. Noi stessi abbiamo sentito

il bisogno di dichiararla non riferibile a tutti i poteri, neppure a tutti quelli 'democratici'. C'è in essa certo della idealità, come detto, ma anche della non disconoscibile concretezza, con stretto riferimento allo specifico contesto, perché essa rappresenta comunque, in maniera sublime, con una semplice e naturale immagine, come solo l'arte sa fare, l'impareggiabile contributo degli 'americani' (di cui ogni europeo dovrebbe esser grato agli U.S.A.) alla lotta contro il nazismo, al tempo così lontano dal loro continente, così incombente su tutti gli europei, tedeschi compresi; a un tempo carnefici e vittime, non certo innocenti, di una medesima suggestione totalitaria.

Il concetto di diritto interordinamentale, quando riferito alla struttura giuridica di un'intera istituzione religiosa, va quindi gelosamente conservato (a prescindere che la convenzione in esame si ritenga originata dal diritto interno o traslata in esso per adeguamento esecutivo da un impegno nato nell'ordine terzo o internazionale) non fosse altro che come peculiare predisposizione dello Stato, in sede di interpretazione (estensiva o letterale, mai restrittiva, ove non si ledano i *principi supremi dello Stato costituzionale*) all'attuazione piena e al rispetto (forse, anche generoso) degli impegni e delle clausole sottoscritte, in favore dell'interesse religioso dei suoi cittadini-fedeli¹⁴⁵.

Corollario naturale (e non scritto) del concetto di diritto interordinamentale è (a parer nostro, tutt'altro che unanime) che ove nell'ordine interno vi sia una normativa di diritto comune (poniamo di diritto internazionale privato) *più favorevole* agli interessi del cittadino fedele, la normativa, ancorché speciale, interna di adeguamento al diritto concordario debba necessariamente *retrocedere* (d'ufficio o a istanza dell'interessato) in favore dell'applicazione del diritto comune¹⁴⁶.

Più specificatamente, con riferimento al tema in esame, egualmente importante è poi comprendere se l'Intesa è frutto di un impegno internazionale (o, meglio, interordinamentale, nel senso precisato, non essendo la Chiesa, con buona pace di Kelsen e di *Monsieur de la Palice*, uno Stato¹⁴⁷) o mera

¹⁴⁵ Cfr. Cass. Sez. I civ. n.1225 del 1983, in *Dir. eccl.* 1983, II, p.77 ss. Si veda spec. p.88 s., ove si conferma, in linea di massima, l'esistenza di quel «margine di maggiore disponibilità che l'ordinamento statale si è imposto rispetto all'ordinamento canonico» (p.89). Notasi peraltro in entrambe le decisioni la sobrietà e la prudenza (assolutamente condivisibile) nell'accoglimento dell'importante criterio interpretativo.

¹⁴⁶ La tesi è parzialmente sviluppata in RAFFAELE PASCALI, *Divorzi canonici e Stato laico*, Napoli, 2009 (*passim*).

¹⁴⁷ «Occorre anche ribadire che la questione terminologica è destinata a riproporsi qualora parte della dottrina internazionalistica continui a ritenere il diritto internazionale (pubblico) come mero diritto interstatale e a considerare la Chiesa cattolica (Conforti) come soggetto di diritto internazionale non tanto per dichiarata convinzione scientifica, ma soprattutto per una sorta di mera e forse poco

convenzione negoziale di diritto interno.

Dice Musil che nel tramontato impero di «*Cacania un genio era sempre scambiato per un babbeo, mai però, come succedeva altrove, un babbeo per un genio*»¹⁴⁸. Non occorrono perciò molte parole, peraltro sollecitate da interrogativi di supponenza, per ribadire l'importanza della distinzione e la comprensione esatta della natura dell'atto. La violazione di un patto internazionale, con un ordinamento, riconosciuto (e *costituzionalmente*) come *sovrano*, è cosa certamente diversa dalla violazione (pur grave, per ipotesi) di una normativa (tutta e solo) interna di una convenzione non internazionalmente (o interordinalmente) riconosciuta (e tanto già basta a evidenziare l'importanza di questa ulteriore distinzione).

La Chiesa – riconosciuta o no dallo Stato come tale – si muove sempre, ogni volta che lo ritenga (e gli esempi, anche vicini, non mancano) come *ordinamento giuridico*. Tanto, non necessariamente significa che la responsabilità personale, specie in materia penale e di risarcimento dei danni, per l'errore di singoli uomini anche gerarchicamente incardinati o addirittura di singoli fedeli, si riverberi automaticamente sulla Chiesa (tutt'altro, anche se la materia è oggetto attuale di [in genere assai affrettate e superficiali] considerazioni) o sulle singole e innumerevoli strutture (organiche o spontanee) della sua costituzione. La responsabilità *oggettiva* della persona giuridica stenta, almeno in Italia, a essere riconosciuta. Tuttavia, nei casi di presunta o reale lesione o attentati (anche per crimini interni) all'Istituzione come tale o ai suoi organi o nel caso di delitti dei suoi membri qualificati, sussiste una responsabilità anche per la solidarietà colpevole o le coperture che siano state offerte al responsabile delle scelte criminali. La Chiesa si riserva di agire ed ha in passato agito, nelle

convinta adesione alla tradizione. Tali posizioni, se abbiamo rettammente inteso, sembrano stentare a riconoscere il carattere internazionale dei concordati (quando notano che, *secondo un'opinione diffusa* – ed evidentemente non condivisa – gli stessi *concordati* andrebbero collocati tra gli *accordi internazionali*) e paiono trarre conforto solo dal fatto di poter riconoscere la presenza internazionale della Chiesa anche dall'esistenza della Città del Vaticano, con tutte le conseguenti “situazioni giuridiche che presuppongono il governo di una comunità territoriale” (BENEDETTO CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1995, p.28). Resta insomma il problema, per il quale, se per diritto internazionale si intende solo il «diritto tra Stati», la Chiesa – con gli stessi concordati – ne è fuori. Riconsiderarla poi tra i soggetti internazionali solo in relazione alla Città del Vaticano ha pregio solo dialettico (forse) ma non riesce certo a vincere (anzi tradisce ed evidenzia) la contraddizione. In realtà, proprio il diritto internazionale ha mostrato l'esistenza di molteplici e mutevoli (nel senso che non sono certo un *numerus clausus*) soggetti internazionali operanti e riconosciuti come tali e certo non coincidenti con la figura dello Stato (si pensi, a caso, alla Comunità di S. Egidio, nella risoluzione di taluni conflitti, al Cavalierato di Malta, per non dire dei dubbi in ordine alla *Pirateria*)» (RAFFAELE PASCALI, *Divorzi canonici e Stato laico*, Napoli, 2009, p. 14).

148 ROBERT MUSIL, *L'uomo senza qualità*, Torino 1997, p. 33.

forme possibili (e talora contemplate) come ordinamento giuridico sovrano, riconosciuto o non riconosciuto come tale dallo Stato. Spesso l'intervento giuridico istituzionale della Chiesa è passato sostanzialmente inavvertito, sfuggito intenzionalmente persino agli omologhi corrispondenti civili e sicuramente ai mass-*media*, non solo perché i giornalisti (non gli *opinionisti*, per la verità), “hanno il diritto di scrivere ciò di cui non sanno o che non hanno capito”, come, tra il serio e il faceto, osammo una volta scrivere, ma perché così deve essere, essendo la stampa quotidiana soprattutto testimone dell'attimo fuggente, non sempre frutto di analisi riflessive. La Chiesa, nei rapporti col potere civile, vive, per quanto le sia possibile ed utile, in una dimensione silente, che può anche apparire di costante e diplomatica sommissione (*quieta non movere*), ma non rinuncia a nessuna delle sue prerogative sovrane. Tutti i lettori, più tecnici, di questo saggio ricorderanno il caso Giordano. Nel pieno della clamorosa vicenda giudiziaria, in cui vennero affrettatamente violate le clausole concordatarie (e altrettanto affrettatamente sanate, con apprezzata saggezza, le impensabili violazioni in corso, con militari dello Stato che si erano introdotti nell'edificio sacro e quanto altro) fece storia (del tutto incompresa) l'intervento di un 'inquirente' ecclesiastico. Egli, formalmente (ma solo all'apparenza, proprio per non far intendere, come riuscì a non far intendere, i fini e la portata del suo intervento, peraltro trasparenti ai pochi tecnici della materia, che rimasero silenti sul punto) agì in assoluta violazione (apparente) di principi canonistici, non solo consolidati, ma consacrati nel *codex iuris canonici*. In perfetta e quasi letterale violazione dell'invocato art. 1717 del c. i. c. (che nessuno si curò di leggere), specie del § 1 e del § 2, pur dichiarato da lui stesso alla base del suo intervento, egli convocò la stampa, diede spiegazioni della sua presenza e delle ragioni della sua indagine, criticò gli organi mediatici, cui nessun addebito poteva sostanzialmente esser mosso. Tutto per celare le ragioni profonde, assai opportunamente schermate (da un clamore, espressamente rinnegato dal codice, non idoneo a far capire, ma necessario a far *non* capire la gravità dell'intervento; comprese, forse, quelle 'interne'; ma si è nel campo delle mere ipotesi) della assai delicata indagine (si può inferire che i fascicoli fossero almeno due, quello ufficiale, l'unico riconoscibile, che faceva *anche* da schermo all'altro, sigillato nell'occulto), posta in essere soprattutto per ragioni di principio, per far valere e vedere l'esistenza di una *potestas regiminis* nei confronti dello Stato e probabilmente degli stessi suoi inquirenti, il principale dei quali dichiaratosi espressamente cattolico e che operava contro il Ministro sacro con l'evidente esimente (per la Chiesa) del dovere d'ufficio (se, viceversa, vi fosse stato intenzionale accanimento, con grave scandalo, la sanzione, impossibile – per ragioni di opportunità – da dichiarare, sarebbe stata la scomunica *latae sententiae*).

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi all'infinito (le perquisizioni in Belgio; le incriminazioni, anche a fini politici, di ecclesiastici in Italia, nell'ambito di presunti o reali casi di corruzione di politici; le richieste di risarcimento per danni da casi di pedofilia, specie negli U.S.A). Quel che conta è comprendere che, se l'esistenza di un corpo giuridico organico (dell'*ordinamento*) pone dei problemi, tutti meritevoli oggi di un migliore approfondimento giuridico, la dimensione internazionale della S. Sede e il muoversi della Chiesa sul piano internazionale nella stipula e adozione di trattati e convenzioni internazionali non appare discutibile, né, in linea di principio, ridimensionabile agli effetti civili. Le conseguenze di diritto internazionale privato di tali atti sono altra cosa, sia pure ovviamente normalmente connessa.

Ciò detto, occorre notare come l'indagine sulla natura dell'Intesa (atto negoziale di diritto interno o patto convenzionale di diritto terzo) potrebbe *prima facie* apparire di scarso o nullo significato, posto che, *in ogni caso*, la fonte esecutiva dell'Intesa (il d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92) è ovviamente sempre di stretto diritto interno. Naturalmente, non è così. Non solo è importante capire la natura specifica dell'Intesa (si è parlato ripetutamente di essa – così Ferlito, così Tedeschi¹⁴⁹ – come di un accordo *self-executing*, che peraltro ha preteso un decreto presidenziale, certamente produttivo di diritto, per la sua attuazione ed esecuzione; definizione condivisibile, che non contrasta, correttamente intesa, specie in sede di specificazione, col principio di auto-sufficienza, evidentemente non assoluta, della convenzione stessa¹⁵⁰) ma ancor prima è importante comprendere quale sia la sua natura giuridica nell'ordinamento interno e quale sia la sua esatta posizione nell'ambito della gerarchia delle fonti (tanto più che essa appare frutto di un parto plurimo – figlia insomma di più *padri* – con riferimento alle fonti di legittimazione incisive e determinanti sul piano dell'efficacia interna per lo Stato) quale che ne sia la genesi che – per atti e impegni successivi – l'abbia determinata.

Si insiste su questo aspetto, che non costituisce una clausola introduttiva di stile, specie per poter definire i confini e gli eventuali limiti della sua legittimazione (difficile credere che con una fonte di terzo livello si possano riformare normative di livello gerarchico superiore e – astrattamente inferen-

¹⁴⁹ Autori che propendono per la tesi del rinvio formale. Per SALVATORE FERLITO, *Il concordato*, cit. v. da p. 145 a p.154.

¹⁵⁰ AUGUSTO BARBERA-CARLO FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, p.45: «Gli obblighi di natura pattizia possono derivare da veri e propri trattati o da accordi di natura diversa, meno solenni (fra i quali **accordi in forma semplificata**, semplici scambi di note, e così via), che non richiedono ratifica».

do – addirittura supreme). La consapevolezza che ogni analisi critica esiga di verificare (anzi di verificare preliminarmente) la legittimità dell'atto di Intesa e della sua fonte esecutiva (ovviamente entrambi alla luce del diritto interno) e il fatto che l'ordinamento *terzo*, se effettivamente coinvolto, sulla base del principio di *effettività*, richieda solo l'osservanza della convenzione (del *pacta sunt servanda*) non significa che si possa ignorare la stessa natura prima del documento (insomma 'come nasce' la 'convenzione' stessa, quale sia il 'nome' suo e quali conseguenze rechi). Sulla base del principio di *conchiusività* formale, i due mondi virtuali del diritto (interno e interordinamentale/internazionale), qui chiamati in causa, vivono, come sempre, vite parallele, che si *incarnano*, in forza di provvedimento interno, nella normativa di adattamento interno, in piena e integrale esecutività. Si potrà quindi (nell'eventualità, di tutta evidenza, di doppia natura dell'atto di Intesa) avere il caso di una piena, parallela osservanza (o di una parallela inosservanza) del diritto interno e di quello interordinamentale o avere osservanza del diritto interno e violazione del diritto terzo o ancora rispetto del diritto terzo e illegittimità dell'atto di Intesa e/o della sua fonte esecutiva. Ciò, implica la necessità di differenziare nettamente gli strumenti di indagine e le valutazioni conclusive (parziali o definitive) per non riflettere in alcun modo (e quindi neppure riverberare) *automaticamente* gli effetti positivi o negativi di un'analisi dal piano interno a quello interordinamentale (e viceversa). È evidente che l'ipotesi fisiologica è sulla natura *ordinata e non confligente* della (genesì della) convenzione.

La questione è naturalmente tutt'altro che meramente teorica. Si supponga che l'atto convenzionale d'Intesa sia stato generato nell'ordinamento terzo e che la fonte esecutiva dell'Intesa presenti (come peraltro non è da escludersi *a priori*) profili di dubbia legittimità, ciò non significa che, sul piano del diritto terzo, non ci sia stata e non ci sia una leale osservanza dell'Intesa. Anzi, l'eventuale censura e il venir meno nel diritto interno della norma esecutiva dell'Intesa (senza adeguati provvedimenti riparativi) potrebbe costituire (costituirebbe senz'altro) una violazione, formale e sostanziale, degli impegni convenzionali assunti dallo Stato. Poiché poi le cose, nel mondo del diritto, non sono mai semplici e senza riflessi, anche il venir meno della norma esecutiva d'Intesa (una censura, quanto meno significativa, sul piano dell'efficacia, del d.P.R. 17 gennaio 1991 n.92, anzi, ovviamente, della normativa attuale – D.P.R. n° 421 del 27/10/1999 – che l'ha sostituito) sembrerebbe comportare l'insorgere, nell'ordinamento interno, di una diversa e opposta situazione di illegittimità, per sopravvenuta carenza di normazione (la cui esistenza è, almeno indirettamente, contemplata – ed è comunque prevista – dalla l. 25 marzo 1985, n.121 ed è espressamente richiesta – in forme non precisate – dall'art.69 della l. 1° aprile 1981, n.121). La dottrina quando parla di 'accordo in forma

semplificata' da un verso e di convenzione *self-executing* dall'altro evidenza l'adesione alla tesi che la normativa specifica non richiede(va) la necessità di un, pur esso specifico, voto parlamentare (successivo) per l'attuazione della normativa di dettaglio. Pure, non a caso Tedeschi osserva che: «Ulteriori perplessità nascono dal fatto che le intese concordatarie sin qui sottoscritte siano state approvate con d.P.R., contribuendo vieppiù a confondere il sistema delle fonti del diritto ecclesiastico. Tali intese sono accordi di secondo grado, dello stesso livello delle norme concordatarie [...], sono cioè accordi *self-executing*»¹⁵¹. L'autosufficienza e l'auto-esecutività della convenzione non comporta però, ancora una volta, una forza e una legittimità diversa da quella spettante (e conferibile) dalla natura propria *gradata* della specifica fonte (d.P.R.). Giusto per comprendersi (perché il discorso è di teoria e di principio, ma non di sola teoria), la disinvolta estensione (che a noi pare di non poco conto) dell'assistenza religiosa alle *famiglie* (tra l'altro solo cattoliche; ed è un problema nel problema) del personale della P.S., richiedeva o non richiedeva una compromissione specifica del Parlamento? Anche l'art. 7 della Costituzione (*si parva licet componere magnis*) prevede(va) modifiche dei Patti “senza revisione costituzionale”, ma esse sono state poste in essere in termini assolutamente formali consacrati dal Parlamento (termini formali, oltre che radicali nel merito, il che evoca altre riflessioni, sul piano delle naturali conseguenze, anche per incongruità tecnica, a parer nostro, della redazione del testo modificativo; ma questo è un altro discorso).

Tuttavia, in tema di elusione del controllo parlamentare *specifico*, è da osservare che con l'approvazione da parte delle Camere della legge annuale di bilancio dello Stato e il *rendiconto consuntivo* (ex art. 81 Cost.), il Parlamento ha, anno per anno, confermato (in modi e forme certo meritevoli di approfondimento, ma ha comunque preso piena cognizione di) ogni (generale) previsione di spesa erogata (quindi, per quanto ci riguarda, anche di quelle previsioni di spesa, certamente munite della relativa *copertura* finanziaria, destinate ad assicurare l'assistenza alla P.S.). Pure, la legge di bilancio può assicurare la legittimità contabile della spese non le scelte relative ai modi legittimi o non legittimi della relativa normativa interna.

È comunque tempo di pervenire a soluzioni conclusive. Difficile disconoscere il carattere internazionale dell'Intesa (prima e seconda redazione), anche se incertezze e dubbi iniziali potevano essere indotti da molteplici elementi. La dottrina ebbe subito a valorizzare, venendone in qualche modo anche

¹⁵¹ MARIO TEDESCHI, *Manuale*, cit., 1998, p. 123. Cfr. altresì GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, p.143.

ingannata, l'enunciato craxiano del 1994 relativo ai «moduli convenzionali dell'attività amministrativa»¹⁵², ma i dubbi sul rispetto del principio di legalità non possono essere elusi con autorevoli formule politiche meramente descrittive, che possono viceversa rappresentare proprio l'esistenza della violazione stessa, perché le innovazioni normative non è detto che possano essere dettate da mere convenzioni di carattere amministrativo. E poi, convenzioni? Qui tutto parla (e tutti parlano) di natura internazionale delle Intese, per quanto minori le si vogliano ritenere. La convenzione internazionale è il presupposto della relativa normativa interna, mentre una mera convenzione amministrativa (tra l'altro dalla discrezionalità essenziale), (sorta nel diritto *terzo*?) sembrerebbe non un'ennesima fonte 'fantasiosa', ma un autentico *monstrum iuridicum* (spendibile certo politicamente, ma non riferibile acriticamente nelle aule di giurisprudenza).

7. *Il nome proprio degli atti (d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92; d.P.R. n. 421 del 27 ottobre 1999)*

Nomen iuris non immutat rei naturam

Il d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92 e il d.P.R. n. 421 del 27 ottobre 1999 costituiscono l'«ordine di esecuzione» dell'Intesa e assolvono alla funzione di porre «norme interne conformi alle clausole» della convenzione interordinamentale, cui è data esecuzione, *senza però dichiararle* (o, più esattamente dichiarandole in modo indiretto, col rimandare l'interprete al testo del trattato).¹⁵³ Si tratta di una disposizione «in bianco» destinata «a riempirsi del contenuto...» dell'intesa, con conseguente *adattamento* del diritto interno.

Com'è noto, l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale¹⁵⁴ (pubblico) può compiersi mediante *adattamento automatico* allorché la disposizione interna stabilisce un rinvio formale *mobile* al d.i. Mutata la norma di

¹⁵² SERGIO FERLITO, *Il concordato*, cit., p. 6 ss.; e p. 61 ss. L'A., non senza una punta di ironia, ricorda ripetutamente i «moduli convenzionali dell'attività amministrativa» di craxiana memoria. In una pubblicazione dell'anno successivo, 1998, il medesimo A., ritorna in tema, con puntuali riferimenti di dottrina, alla nota 8 di p.591.

¹⁵³ VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol II *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 41.

¹⁵⁴ ANTONIO D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma.

diritto internazionale muta similmente e in sintonia l'ordinamento interno; mediante recepimento *materiale*; mediante l'*ordine di esecuzione* (ed è il caso che qui interessa).

Importante la tesi, in virtù della quale, le norme di adattamento del diritto interno al diritto internazionale prevarrebbero sulle norme ordinarie (non certo sulle norme costituzionali e meno che mai sui principi supremi) in virtù del richiamo operato dall'art.10 della Costituzione (ma a parer nostro legittimamente operante *caso per caso*, come principio almeno speciale se non eccezionale, rispetto al criterio generale della graduazione interna). Tutti comprendono che potenzialmente un adattamento indiscriminato posto in essere mediante qualsivoglia disposizione interna di carattere inferiore (poniamo, per esempio, un regolamento) che si vorrebbe prevalente sulla norma ordinaria, si presenterebbe astrattamente in violazione generale del principio della *gerarchia delle fonti*.

In realtà, la disposizione interna, prescrivente l'adattamento, deve, a parer nostro, per essere prevalente sulla normativa interna contraria, essere coerente (ossia prevalente) col rango rivestito dalla normativa interna.

Esempio clamoroso (in senso contrario e in favore dell'automatismo) è l'intero diritto comunitario parallelo (e prevalente) sul diritto interno (che regredisce silente; in pratica si disapplica, senza formalmente estinguersi; col solo limite di un'eventuale violazione dei principi supremi, violazione il cui accertamento la Corte costituzionale ha riservato a sé stessa) in virtù di un ritenuto (dalla Corte costituzionale) principio generale (prevalente) di carattere costituzionale.

Naturalmente, la Corte costituzionale, per fissare tale principio, avrebbe operato delle delicate ed eleganti 'forzature interpretative' evidenti (confessate invero *extra moenia* – e non di rado – da qualcuno degli stessi componenti della Corte), *forzature* peraltro non messe in discussione sinora da nessun interprete ufficialmente competente, per cui chi volesse (e sinora nessuno lo ha voluto) porre il tema della legittimità dovrebbe ovviamente riferirsi al tema generale dei limiti del potere *interpretativo* della Corte costituzionale. Occorre dire però che la Corte, per introdurre il principio in questione, che ha rappresentato (per quanto legittimamente proposto) un significativo progresso della civiltà del diritto nel superamento *automatico* delle barriere nazionali all'ingresso dominante delle disposizioni comunitarie, ha lavorato veramente assai di fino e si è comunque ricollegata a principi costituzionalmente *dettati* e alla volontà profonda e inequivoca del Costituente.

Per quel che riguarda l'argomento specifico in esame, a parere nostro, l'adattamento, specie mediante *ordine di esecuzione* deve essere rigorosamente coerente col principio generale della *gerarchia delle fonti*.

In materia concordataria, non pare infatti proponibile nessun parallelo automatismo in assonanza con gli automatismi operanti in materia comunitaria (e non è apparso proponibile neppure alle autorità dello Stato, che pure, non si capisce quanto legittimamente, sono ricorse, nel caso in esame, alla «scorciatoia» del d.P.R., elusiva di un controllo specifico del Parlamento). Vero che non mancano disposizioni costituzionali che potrebbero indurre in tentazione, a cominciare dall'art. 7 cost. (e, *mutatis mutandis*, in materia convenzionale con le confessionalità *diverse* dalla cattolica, secondo le previsioni dell'art. 8 cost.), ma qui ogni forzatura si risolverebbe, a parer nostro, in una violazione della Costituzione.

Tutti comprendono che ci riferiamo all'inciso «accettate dalle due parti». *Prima facie*, l'«ordine costituzionale di esecutivà», il «sono regolati» e la previsione ai cangiamenti *modificativi* (e, forse, non *mutativi*) dei Patti e il concetto stesso di «diritto interordinamentale», inteso come 'maggiore disponibilità' dello Stato verso la normativa concordata, sembrerebbero consentire ogni automatismo verso innovazioni consensuali operanti nell'ordine interno. Tuttavia, l'indipendenza e la sovranità che lo Stato concede alla Chiesa, ma riserva (*aliquo dato, aliquo retento*) anche a sé stesso, nell'«ordine» suo, rappresentano la radice costituzionale di quel principio di laicità, riconosciuto come supremo, che univocamente non consente affrettate confusioni in materia di fonti e di conseguenti adattamenti automatici. Quando per esempio si è parlato di 'convenzioni amministrative' si è pensato alla eventuale qualificazione dei rappresentanti della Chiesa nell'ambito della pubblica amministrazione? Il parroco che celebra il matrimonio con effetti civili riveste anche il ruolo di ufficiale di stato civile, ma chi rappresenta l'intero ordinamento *altro*, con tutto il peso della sua sovranità distinta, come opera in un contesto convenzionale che si vorrebbe da un lato tutto interno e amministrativo, dall'altro internazionale, disconoscendo tuttavia il relativismo dei due piani di riferimento? È ben vero viceversa che solo distinguendo e precisando si viene a capo di una migliore comprensione sulla legittimità della normativa interna di adeguamento per come prodotta; mentre si può ipotizzare che lo Stato avrebbe dovuto precisare la natura giuridica del d.P.R., specificandone ulteriormente il nome proprio in relazione alla natura della fonte.

Ora, la l.23 agosto 1988, n.400¹⁵⁵ impone, all'art.17 (n.4), di denominare

¹⁵⁵ L.23 agosto 1988, n.400. *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Suppl. Ord. alla Gazzetta Ufficiale Serie gen. -n.214 del 12 settembre 1988).*

ufficialmente col nome proprio di «Regolamento»¹⁵⁶, di «Decreto-legge»¹⁵⁷ (art.15, punto n.1) e di «Decreto legislativo» (art.14, punto n.1) - così (con la doppia greca) «nel testo della legge, a sottolineare che si tratta del nome proprio dell'atto»¹⁵⁸ - gli atti normativi che già venivano indicati con tali denominazioni dalla dottrina e dalla prassi, ma che non sempre venivano riportati formalmente - con espressa dizione - nelle pubblicazioni legali. Poiché i regolamenti continuano a denominarsi ufficialmente con l'espressione «Decreto del Presidente della Repubblica» (oltreché - secondo tipologia - «Decreto del ministro», «Decreto interministeriale» o «Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri») può imputarsi alla dizione della normativa, sotto questo profilo, solo di non aver indicato espressamente, nell'intestazione del decreto, il contenuto dell'atto, adottando la più precisa formula «Regolamento approvato con d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92».

L'atto introduttivo d'Intesa (parliamo della prima Intesa, ma considerazioni parallele possono inferirsi per la seconda) menziona correttamente nell'epigrafe la l. 23 agosto 1988, n.400 e la deliberazione del Consiglio dei Ministri indicando la data di adozione (6 aprile 1990) ma - meno correttamente - omette di indicare l'articolo (che è il numero 17) della legge stessa e, per inevitabile conseguenza, il comma e l'eventuale lettera, tutti elementi idonei a identificare, per espressa autoreferenza normativa, la natura e il contenuto dichiarato dell'atto. Nessuna formale violazione viceversa della norma posta proprio dall'art.17 della l. 23 agosto 1988, n. 400 (che lo ha reso obbligatorio, ma non ne ha prescritto la menzione) allorché inopportuno il preambolo dell'Intesa omette di indicare l'emissione del parere del Consiglio di Stato (che riteniamo consultivo e non vincolante) e il controllo della Corte dei conti (visto e registrazione), sempre necessari. Il lettore non può quindi evincere - dal testo dell'Intesa - se il parere sia stato espresso, se esso sia stato positivo o negativo, se sia stato emesso nei tempi dovuti, ossia entro novanta giorni dalla richiesta governativa¹⁵⁹. Tutto ciò, deve essere dedotto per implicito. D'altra

¹⁵⁶ La l.23 agosto 1988, n.400 prescrive che: "I regolamenti di cui al comma 1 ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali, che devono recare la denominazione «regolamento», sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale*." (art.17, punto n.4).

¹⁵⁷ Le parole «decreto-legge» unite dal tratto di congiunzione (art.15, punto n.1).

¹⁵⁸ GIUSEPPE UGO RESCIGNO, Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, II, 1494. Dello stesso A., *La catena normativa. Un contributo alla fattibilità delle leggi*, in *Pol. dir.* 1987, n.3, 349.

¹⁵⁹ Art.17, n.1: «[...] sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunziarsi entro novanta giorni dalla richiesta [...]».

parte, neppure della «previa deliberazione del Consiglio dei ministri» (art.17, n.1), era prevista la formale menzione. Pure, essa è stata espressamente indicata, come s'è visto, nel preambolo dell'Intesa. Di particolare gravità, sempre in termini di opportunità, non essendone prescritta la menzione, l'omessa indicazione del visto e della registrazione della Corte dei conti, trattandosi di regolamento che sicuramente incide sull'ammontare della spesa.

Il punto sicuramente più delicato per l'interprete è quello di individuare quale, tra le diverse e precise ipotesi, formulate dal n.1 dell'art.17 della l.400 del 1988, sia quella che si configura come titolo di legittimazione per l'adozione del regolamento. Si vede subito quindi come la critiche per l'omessa menzione del preciso articolo della l.400 del 1988 e del comma e degli eventuali punti e lettere, posti a fondamento del regolamento, non siano di carattere astrattamente formale (anche se la formalità è d'obbligo in materia di tanta delicatezza), ma coinvolgono il fine stesso della legge. Quest'ultima, nel prescrivere la menzione del nome proprio dell'atto, richiede che la natura della disposizione e il titolo (quello *proprio*, tecnicamente) posto a fondamento della sua emanazione *traspaiano*, per autoreferenza, con immediata chiarezza. Essendo molteplici le previsioni per l'emanazione dei provvedimenti normativi, poste dalla l.400/88, l'espresso riferimento solo a quest'ultima, diviene fonte di oscurità, perché non consente di comprendere con immediatezza (non consente di *leggere*, come vorrebbe la l.400/88) la natura e il titolo fondativo alla base dell'atto.

Venendo dunque alla natura-funzione dell'atto, formalmente il d.P.R. 17 gennaio 1991, n.92, come pure il successivo, si autodichiara come di esecuzione («Esecuzione dell'Intesa [...]») e il mero termine richiamerebbe subito la previsione posta dalla lettera *a* del n.1 dell'art.17 della l.400/1988 (ossia: «*a. - l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi*»). Sennonché, qui la parola esecuzione si riferisce con immediatezza lessicale alla sola Intesa (quella specifica intesa sottoscritta tra Ministro degli interni e Presidente della C.E.I.) e non alle eventuali leggi poste a fondamento dell'Intesa. Il riferimento, almeno quello immediato dell'intestazione, insomma (perché poi il d.P.R. pone numerosi riferimenti alle fonti legislative), è al solo atto, se si vuole, come dato storico, integralmente riportato, non al titolo legislativo (eventualmente bisognoso di esecuzione). Occorre quindi esaminare, come titoli di riferimento (delicati titoli, in quanto ritenuti entrambi dalla dottrina di incerta costituzionalità) le previsioni formulate alle lettere *b* e *c* dell'art.17 della l.400/1988. Entrambe, per diversi motivi, possono rivelare, per via interpretativa, un proprio specifico collegamento logico con la struttura [natura] funzionale dell'Intesa.

Ritenuta comunque la natura regolamentare (non espressamente dichiarata

né – di per sé – desumibile dalla corretta intestazione d.P.R.) della disciplina, dinanzi ad ogni questione, ad ogni interrogativo, occorre di volta in volta chiedersi sulla congruenza tra lo strumento regolamentare adottato e la natura propria dell'Intesa stessa.

Anche la seconda intesa, non dichiara “il nome proprio della natura dell'atto”, limitandosi alla definizione “d.P.R.”, non specificandone *espressamente* la natura e il contenuto regolamentari.

Ora, a livello di fonti, si ritiene pacificamente che la tipologia di ‘regolamenti’ non sia circoscritta a un *numerus clausus*. Vanno viceversa compresi tra le fonti non rigide. Senza trascurare (tutt'altro) la natura regolamentare della fonte, nel caso, quel che importa rilevare è innanzitutto che l'*ordine* (interno, ovviamente) di *esecutività* di una convenzione internazionale (la C.E.I. non è certo un organo periferico o centrale dello Stato, ma componente di un '*ordine*' – che noi intendiamo come '*ordinamento*' – quello della Chiesa, indipendente e sovrano, per espressa dizione costituzionale) è stato posto in essere con una fonte di terzo livello (e non è poco e non è, astrattamente, senza conseguenze).

Si è già detto dell'opinione prevalente della dottrina secondo cui le Intese sull'assistenza religiosa al personale della Polizia di Stato rientrano tra gli accordi internazionali in forma semplificata¹⁶⁰. Ora, in linea generale e di principio, gli accordi internazionali non vanno necessariamente ratificati con *legge*, che è necessaria solo quando (art. 80 cost.) riguardi “la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica [...] o che importano modificazioni di legge”. La ratifica è atto presidenziale e l'ordine di esecuzione può essere anche (eccetto i casi precisati dal mentovato art. 80 cost.) oggetto di un decreto del Presidente della Repubblica. Fermo che in ogni caso il procedimento automatico lascia ovviamente fuori tutto il diritto internazionale pattizio e ritenuto che sia ammissibile, come parrebbe nel caso in esame, un rinvio *fisso* alla disposizione di diritto internazionale privato, può ritenersi che il livello della fonte non sia, per le ragioni dette, indifferente in tema di valutazione gradata dell'atto, ma determini, di volta in volta, il livello di legittimità del contenuto di adeguamento normativo interno alle due convenzioni internazionali stipulate dallo Stato in materia. Se poi la materia trattata fosse «nuova», il riferimento al punto 13, n.2, dell'Accordo modificativo del Concordato lateranense porrebbe il problema della sua qualificazione tra le fonti ufficiali della Repubblica (anche se noi propendiamo per l'ipotesi che l'assistenza religiosa alla Polizia di Stato non sia materia ‘nuova’, rispetto all'impianto

¹⁶⁰ AUGUSTO BARBERA-CARLO FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 45.

concordatario lateranense – e *materialmente* – certamente non lo è. In tema rileva anche l’idea che il necessario formalismo non consente di interpretare in termini astrattamente esasperati – quasi ‘a dispetto’ – ogni materia trattata, che, sempre astrattamente e formalmente inferendo, è sempre, in qualche modo, ‘nuova’). Il punto 13 è ‘assicurato’ dall’art. 7 della Costituzione nell’ambito delle ‘modificazioni’. Come dice giustamente la Corte costituzionale l’art. 7 della Costituzione “ha prodotto diritto”. È quindi da ritenersi che anche le “modifiche dei Patti accettate dalle due parti” siano produttive di diritto. Pure, non può ritenersi che il punto 13 del nuovo concordato non ponga all’interprete problemi seri. In primo luogo per ‘modificazione’ può non intendersi, sul filo di un’astratta analisi lessicale, una illimitata capacità di intervento su qualunque materia sulla base del solo consenso delle parti. Il principio di legalità e di laicità non lo consentirebbero. Poi, la circoscrizione e nominatività delle fonti sono di stretto diritto costituzionale e quindi ogni fonte produttiva di diritto, specie se ‘eccezionale’ come quella posta in essere dall’art. 7, secondo comma, della Costituzione, va interpretata non in maniera estensiva. Non è condivisibile, a parer nostro (ma possiamo comprendere le opinioni opposte, non tanto e solo perché autorevoli, che è pure ragione di riflessione, ma perché è forse difficile individuare i confini esatti di ciò che è modificabile) che *sub specie* di innovazione modificativa (potenzialmente competente a emanare disposizioni *nuove*, ma su materie in qualche modo *nominate*) sia introdotto il criterio diverso della legittimità di qualsivoglia disciplina, in qualunque materia e in qualunque modo, purché si sia un appiglio in materia di comune interesse tra i due ordinamenti (si violerebbe in tal guisa la regola di Andersen sulla circoscrizione numerica dei desideri). Insomma, si può modificare il contenuto dei Patti o si può innovare con nuovi Patti e con materie del tutto nuove, che in nulla modificano le numerate *materie miste*? Per la seconda accezione, sostenuta per esempio da Cardia, attraverso la cruna della modificazione, Stato e Chiesa sarebbero autorizzati a far passare e a reciprocamente *introitare* ‘cammelli e gomeni’ di qualsivoglia natura.

A parere di Dante (come per altro verso e per altri autori, il diritto in genere, ma questo è un altro discorso), la logica è strumento del diavolo (“*Tu non pensavi ch’io loico fossi*”, Inferno XXVII, 123). Indipendentemente dal clima ‘dolciastro’ che connota sempre più i rapporti tra Stato e Chiesa italiani (con rare, ma significative eccezioni: ci riferiamo per esempio al caso di *Famiglia Cristiana*, che però non criticava lo Stato, ma determinate scelte politiche di un suo governo; caso di nessun conto in questa sede), un qualsiasi interprete ufficiale potrebbe adire a interpretazioni opposte e diverse, sulla base del confronto testuale tra art. 7 cost. e convenzioni modificative.

Già, i due ordinamenti, in modi indipendenti e singolari tra di loro, pre-

vedono, ciascuno a suo modo (ripetiamo), la separatezza, coordinata quanto si voglia, ma comunque separatezza, tra Stato e Chiesa. Poi, fissata la norma (chiarissima, sul piano della definizione e in teoria: Date a Cesare...) nessuno è riuscito veramente a superare la difficoltà concreta di procedere a una precisa delimitazione (effettiva) di confini. Oggi, per comprensibili ragioni, in parte forse ancora inavvertite dalla dottrina, il tema si pone in tutta una sua *nuova* complessità. La sollecitudine della Chiesa per i problemi del mondo ha assunto recentemente forme e modi qualitativamente diversi e *mutati*. La *Caritas in veritate* non è (solo) una nuova e più attuale enciclica sociale della Chiesa. È un *manifesto*, la cui portata innovativa ci sfugge ancora grandemente, ma con il quale, forse per la prima volta nella storia, la Chiesa interviene *tecnicamente* nella risoluzione dei mali del mondo (e di ogni male terrestre); *s'impolvera* nelle strade del mondo, com'è stato efficacemente scritto, e coraggiosamente espone in qualche modo la sua autorità nella prescrizione delle ricette per la risoluzione delle crisi (anzi di ogni crisi) del mondo.

La moneta rimane a Cesare, ma il conto lo chiede la Chiesa con l'autorità morale di chi parla in nome di Dio e nell'interesse dell'umanità intera, di quella ai margini in particolare e lo chiede indicando (e catalogando nello specifico) i mali occulti o visibili e i possibili percorsi per la risoluzione dei problemi (talora in forma e modi perfino tecnicamente congrui e apparentemente competenti).

L'ultima delle anime neglette, la più piccola, è posta al centro della sollecitudine dei poteri. L'attenzione del potere assoluto viene legata indissolubilmente al destino, anche terrestre, dell'ultimo uomo, quello più amato, perché possibile oggetto di smarrimento e perdizione.

Anche in Italia la moneta rimane a Cesare e anche qui, secondo tradizione, il conto lo chiede la Chiesa allo Stato (ma qui da noi, nell'Italia dai poteri deboli, con *vincolo d'osservanza*, se vi sia stata apposta intesa e convenzione).

È una compromissione inaspettata nella prescrizione del *fare*, non è un autorevole annuncio meramente dichiarativo, solo in linea col tradizionale potere direttivo della Chiesa. In questa direzione si indirizzeranno gli studi, ma intanto, di fronte a un potere che si pone ancora una volta di fronte allo Stato come potere *altro* (forse superiore, forse no, comunque *diverso*) e talora concorrente, sia pur sempre per il bene comune (spirituale e non solo), un potere dalla sovranità riconosciuta, che ben potrebbe porsi (forse, a ben guardare, riduttivamente), come non rarissimamente è accaduto nella storia, quale autentico Contropotere, il peso di far emergere i sommersi confini di separazione tra i due ordinamenti, grava tutto intero sull'interprete, anche quello, *autentico*, per così dire, che si trovi a rivestire i panni del legislatore, ma, dopo di lui, correntemente, su tutti i destinatari ufficialmente competenti

alla delibazione interpretata e all'applicazione della norma.

Nessuno si illuda che la cosiddetta *teologia debole*, che importa una *religione e religiosità civile*, che colloca nella sfera della laicità persino i simboli religiosi (la Croce, per fare un esempio) escluda inframettente e interventi espansivi sottratti alla normale dialettica parlamentare. Quanto alla Croce (come pure naturalmente gli infiniti simboli e figure religiose) essa ha molti motivi per non essere schiodata dagli edifici pubblici, nonostante i turbamenti che può comprensibilmente indurre in appartenenti ad altre fedi (e persino nei bigotti laici, per dirla con terminologia che fu cara ad Jemolo), ma nessuno può veramente indicarla – di per sé – a emblema di indifferentismo religioso¹⁶¹.

Per ora, è tutto un fiorire, un gemmar di fonti di assai dubbia costituzionalità: fonti che autorizzano il sorgere di nuove fonti, che preventivamente le consentono o le prevedono ecc. Se c'è il *concerto*, se si procede “d'intesa”, anche dal nulla, in barba ad Einstein (correttamente inteso), si può far sorgere la materia. Si dubita e si teme per quello che potrebbe avvenire nei sepolti laboratori planetari di ricerca. Nessuno teme per fortuna per ciò che figurativamente potrebbe avvenire in modi inaspettati, nel mondo sovrastrutturale del diritto (specie nel diritto ecclesiastico, specie in quello concordatario). Naturalmente, l'accortezza delle parti è ben attenta ad avvalersi (con applicazione assai misurata) delle astrattamente audaci aperture consentite – in linea teorica – dalle convenzioni innovatrici.

In ogni caso, sul piano dell'astrattismo logico, la Costituzione autorizza *modifiche accettate*, non mutazioni. I confini noti (principi supremi, ordine pubblico, *identificazione* delle materie *miste*) non possono essere contraddetti, *sub specie innovationis*, in materia costituzionale riservata, in materia di fonti. Anche la *mutazione*, certo, costituisce modificazione, ma in qualche modo ne è anche il suo esatto contrario (o, almeno, il suo parziale contrario). È forse proprio per questo che molti autori ritengono le disposizioni regolanti la materia concordataria, non più ‘coperta’ dal dettato costituzionale, col solo limite della non violabilità dei *principi supremi dello Stato costituzionale*.

Questo, non per dire che le parti contraenti non volessero la copertura costituzionale dei nuovi accordi (tutt'altro), ma solo per evidenziare temi e aspetti di carattere tecnico originati da un'affrettata o non adeguatamente approfondita redazione dei testi innovativi.

Quando poi attraverso la clausola sulle «modificazioni» (ex art. 7 cost.) e la *copertura*, che essa assicurerebbe, si propongono «mutazioni» in tema di

¹⁶¹ Si veda UMBERTO ECO, *Il crocefisso* [così, con la minuscola nel testo originale] *simbolo quasi laico*, su *l'Espresso* del 13 novembre 2009.

fonti, normalmente oggetto di «riserva costituzionale», le perplessità naturalmente aumentano.

In ogni caso, per quel che riguarda le specifiche intese che qui si studiano e i relativi «ordini di esecutività», la legge 23 agosto 1988, n.400 imponeva, all'art.17 (n.4), di denominare ufficialmente col nome proprio di «Regolamento», di «Decreto-legge» (art.15, punto n.1) e di «Decreto legislativo» (art.14, punto n.1) – così (con la doppia greca) «nel testo della legge, a sottolineare che si tratta[va] del nome proprio dell'atto»¹⁶², ogni disposizione interna innovativa. Il «nome proprio dell'atto» costituisce autoreferenza sulla natura della normativa e reca scritto nella semplicità del «nome proprio» stesso ogni potenzialità e limite della disposizione. Diremmo che nel «nome proprio» è scritto per tutti il «destino» della nuova norma. La dizione «d. P. R.» elude l'art.17 della l.23 agosto 1988, n.400 e nega alla nuova fonte di potersi fregiare di un suo «nome proprio», con su descritto il proprio «destino» (*omen nomen*).

Da ora in poi, almeno per la materia trattata, non basterà leggere la Gazzetta Ufficiale. Occorrerà l'interprete.

¹⁶² GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *op. loc. cit.*

Neutralità e pluralismo religioso nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo

MARIA JOSÉ PAREJO GUZMÁN

Introduzione

Viviamo tempi convulsi nei quali sembra predominare un'ambivalenza dell'elemento religioso¹. Da un lato, la globalizzazione sembra aver portato a cancellare la linea di demarcazione tra la sfera pubblica e quella privata del fenomeno religioso, tendenza che sembra promossa da un evidente processo di nazionalizzazione e dalla ricerca di un ruolo sempre più importante nella sfera politica pubblica². Dall'altro, le democrazie europee stanno incontrando delle difficoltà nel riconciliare il costituzionalismo con la religione a causa dell'adesione al secolarismo nello spazio pubblico europeo. Il carattere neutrale del secolarismo e la sua attitudine a risolvere i conflitti religiosi nelle nostre società pluraliste sembra essere messo sempre più in discussione. È curioso osservare, in questo senso, che i contenziosi relativi a o correlati con la religione si moltiplicano da anni e non solo in Europa e ciò sembra implicare qualcosa di nuovo che tenta di spiegare un fenomeno più generale, secondo il quale la religione potrebbe essere in procinto di acquisire un'importanza sempre maggiore nella società, al punto che alcuni tentano di dare una connotazione politica a questo fenomeno³. Questa apparente rinascita del fenomeno religioso e la conseguente propensione delle nostre società secolarizzate verso un'identità religiosa si deve possibilmente ai recenti pericoli legati alle grandi

¹ V. in generale REGAN, SCOTT APPLEBY, *The Ambivalence of the Sacred: Religion, Violence and Reconciliation*, Rowman and Littlefield Publishers, New York, 2000.

² PETER, BERGER, *The Secularization of the World. Resurgent Religious and World Politics*, Ethics and Public Policy Center, Michigan, 1999; JOSÉ, CASANOVA, *Public Religions in the Modern World*, Chicago University Press, Chicago, 1994.

³ Si veda in questo senso, le parole del Presidente della Corte Europea dei Diritti Umani, Sr. JEAN PAUL COSTA, nella conferenza stampa del 28 gennaio 2010, sul sito <http://www.echr.coe.int>.

migrazioni e alla minaccia terrorista, sfide che sembrano oggi esigere una maggior coesione sociale e un rafforzamento dell'identità collettiva; e così si spiega il maggior protagonismo dei simboli religiosi, data la loro capacità di rievocare speranza. Tuttavia, allo stesso tempo, questi simboli possono facilmente convertirsi in catalizzatori di conflitti, generando uno scontro tra il pluralismo etnico religioso e la tradizionale realtà dei nostri ordinamenti giuridici.

Si potrebbe pensare che non si tratti di un fenomeno nuovo ma, in realtà, i principi religiosi hanno sempre sollevato questioni controverse in relazione al contesto politico e sociale, generando conflitti che hanno suscitato reazioni e risposte diverse nel tempo. La storia dell'Europa si trova strettamente collegata all'evoluzione delle tendenze in materia di principi religiosi e non religiosi⁴. Si può ricordare, a questo riguardo, il sistema degli Stati sovrani che caratterizza l'Europa moderna, il quale nacque precisamente dallo scontro teso a separare il potere politico dai dettami religiosi, evoluzione che permise di superare i numerosi conflitti e le persecuzioni perpetrate contro coloro che non condividevano o rifiutavano le convinzioni dei gruppi dominanti all'interno delle società.

Dopo le rivoluzioni della fine del XVIII secolo si radicò in Europa l'idea che ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, libertà che oggi sono riconosciute in misura praticamente universale. Tuttavia, a quei tempi, fu difficile applicare questo principio, a causa della sovranità dello Stato che rivendicava il proprio potere per risolvere le questioni che lo riguardavano senza subire la pressione altrui. Le premesse per una soluzione comparvero dopo la Seconda Guerra Mondiale, quando numerosi nuovi Stati o territorialmente riconfigurati in Europa Centrale o Orientale incominciarono ad adottare disposizioni giuridiche rivolte a proteggere anche le minoranze e garantendo loro la libertà religiosa. Così questi compromessi contribuirono a porre le basi affinché emergesse un moderno sistema di protezione dei diritti umani in grado di proteggere una serie di diritti, non solo di queste minoranze, ma anche di ogni individuo che si trovasse sotto la giurisdizione di qualsiasi Stato membro del Consiglio d'Europa. Fu così che 60 anni fa nacque un apparato rivolto a conciliare i differenti interessi in conflitto che inevitabilmente si fronteggiano all'interno di qualsiasi società democratica nella quale coesistano concezioni e identità plurali.

Da allora l'Europa si è trasformata sempre più da un punto di vista religio-

⁴ Si veda in generale, MALCOLM D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, 2° ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

so e culturale e le questioni relative all'integrazione e all'appianamento delle differenze sembrano reclamare oggi una maggiore attenzione. È possibile, infatti, che ci troviamo attualmente in un momento di evoluzione di quel contesto politico e sociale generale fondamentalmente dovuto al pluralismo che sembra emergere nelle nostre società e che prospetta in modo inevitabile nuovi problemi riguardo al godimento della libertà di pensiero, coscienza e religione che richiamano alla riflessione al fine di proporre nuove risposte.

Alcune di queste questioni costituiscono il prisma dell'Europa attuale e la prospettiva attraverso la quale tentiamo di inquadrare questo lavoro, nel quale affronteremo la questione della presenza dei simboli religiosi nei centri educativi pubblici, alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) quale istituzione responsabile di vigilare sulla libertà religiosa tentando di risolvere i conflitti che si generano tra le maggioranze e le minoranze religiose o tra secolarismo, religione e neutralità, questioni che sono diventate un tema controverso negli ultimi tempi. Un'analisi della reazione della CEDU rispetto a questo tema sembra mostrare una propensione a ridurre al minimo il pluralismo prevalente nella nostra società, più che a cercare un ragionevole appianamento delle differenze e ciò si deve sicuramente alla difficoltà di riconciliare il costituzionalismo con la religione attraverso l'adesione al secolarismo nello spazio pubblico.

Riguardo a questi simboli, nell'ambito scolastico conviene distinguere tra quelli che possono considerarsi comuni come elementi delle installazioni e della mobilia del centro educativo (il crocifisso nell'aula) e quelli personali o particolari, come quelli indossati nel proprio abbigliamento dai membri della comunità educativa, si tratti di un professore⁵ o di un'alunna⁶. La distinzione tra i due tipi di simboli indicati presenta una speciale importanza giacché la posizione che qualcuno adotta rispetto la presenza di questi simboli nello spazio pubblico scolastico può essere diversa a seconda che si tratti dell'uno

⁵ Il tribunale Federale Svizzero ha ammesso il divieto amministrativo che una professoressa musulmana porti il velo islamico nelle aule in cui si svolgono le lezioni, si veda Ricompilazione e Risoluzioni del Tribunale Federale (BGE) Bd. 123 II, S. 296; decisione che la CEDU dichiarò conforme alla Convenzione Europea dei Diritti Umani, Camera CEDU del 15 febbraio 2001, Lucia Dahlab \ Svizzera, domanda n° 42393\98 CEDU 2001-V. Tuttavia il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco ha considerato incostituzionale questo stesso divieto, anche se è certo che da una prospettiva puramente formale dovuta all'inesistenza di una specifica base giuridica, un Land la potrebbe adottare senza entrare, pertanto, nel substrato materiale della controversia, BverfGE in Bd. 108 S. 282.

⁶ Il problema si è presentato principalmente in Francia e in Turchia e adesso anche in Spagna. Nella giurisprudenza della CEDU si può vedere il caso Sahin\Turchia, Camera CEDU del 29 giugno 2004 e del 10 novembre 2005 (Grande Camera), domanda n° 44774\98, nella quale si stimò che non si trattava di una violazione del diritto alla libertà religiosa.

o dell'altro, per il fatto che il conflitto che essi presentano sembra essere diverso. Il primo, correlato con il divieto di vestire determinati capi o simboli di significato religioso mette in discussione se questo diritto possa essere limitato in nome di altri diritti o valori di uguale rango costituzionale⁷. Benché nella pratica le controversie si siano poste esclusivamente in relazione alle minoranze religiose e quasi sempre riguardando alunne o professori di religione islamica, questo tipo di norme può concernere anche simboli o indumenti correlati con le religioni maggioritarie⁸. Il secondo tipo di conflitto mette in discussione se un simbolo religioso come il crocifisso possa essere usato nel linguaggio pubblico come segno di identità delle autorità statali. A differenza del primo, in questo secondo caso, il simbolo controverso rappresenta la religione dominante e non quella dei gruppi minoritari. Nelle pagine che seguono ci limiteremo ad analizzare questo secondo tipo di conflitto alla luce di diverse sentenze dettate da giurisdizioni europee che presentano diversi modelli di gestione delle relazioni tra la religione e lo Stato, concentrando la nostra attenzione sulla giurisprudenza della CEDU, organo internazionale che ha il compito di stabilire un equilibrio non sempre facile tra l'unità e la diversità di 47 nazioni con differenti tradizioni costituzionali, contrastando le sue recenti sentenze con il pluralismo costituzionale europeo e il rispetto mostrato nei confronti di questo pluralismo attraverso la dottrina del margine di apprezzamento. Di seguito tenteremo di realizzare un parallelismo tra questa dottrina della CEDU e la situazione nello spazio di solidarietà più ristretto che rappresenta l'Unione Europea, concentrandoci sul principio di sussidiarietà che l'art. 5 del TUE illustra espressamente una forma di flessibilità verso le identità nazionali degli Stati membri della UE e analizzando anche la sua applicazione alla controversia sull'esposizione dei simboli religiosi. Infine, tenteremo di abbozzare alcune soluzioni a questo conflitto, di carattere più inclusivo rispetto a quelle dettate dalla Camera della CEDU nel caso Lautsi, prendendo come archetipo alcune decisioni dettate recentemente da altri organi europei.

⁷ Si può anche trattare, come segnala MANUEL, ALENDIA SALINAS, *La presenza dei simboli religiosi nelle aule pubbliche, con particolare riferimento alla questione del velo islamico*, in *Rivista generale di diritto canonico e diritto ecclesiastico dello Stato (RGDCDES)*, 2005, n° 9, www.iustel.com, pp. 1-2 6(10); della collisione tra il versante positivo e negativo della libertà di fede.

⁸ In questo senso, la legge francese del 17 Marzo 2004, n°2004-228, *Giornale ufficiale della Repubblica Francese*, 2004, p. 5190, stabilisce: "È proibito nelle scuole, nei collegi e nei licei pubblici l'impiego di segni o abbigliamento attraverso i quali gli alunni manifestino in apparenza la propria appartenenza religiosa". Pertanto la sua stesura è neutrale e applicabile di conseguenza a tutti i simboli, compresi quelli cattolici.

2. La sentenza della Camera della CEDU nel caso Lautsi e il pluralismo costituzionale europeo

Considerato che è già stata dettata da mesi, possiamo presumere che la maggioranza dei lettori conosca la sentenza della CEDU riguardo la questione Lautsi\Italia⁹, dal momento che è stata oggetto di vari commenti giurisprudenziali¹⁰. Ciò ci permette di oviare gli usuali¹¹ preliminari, limitandoci a ricordare che in questa questione una Camera della CEDU condannò all'unanimità

⁹ Sentenza CEDU del 3 Novembre 2009, Lautsi \ Italia, domanda n° 38814\06.

¹⁰ SANTIAGO, CAÑAMARES ARRIBAS, *La croce di Strasburgo. Intorno alla sentenza Lautsi contro Italia della Corte Europea Dei Diritti Umani*, in RGDCDEE, 2010, n° 22, pp. 1-22; STEFAN, MUCKL, *Crocifissi nelle aule: lesione dei diritti fondamentali?*, in RGDCDEE, 2010 n° 23, www.iustel.com, pp. 1-15. Riguardo questa sentenza si può vedere anche DUNN, GIBSON, *Diritto all'educazione in conformità alle convinzioni filosofiche: Lautsi contro Italia*, *European Human Rights Law Review* (EHRLR), 2010, n° 2, pp. 208-212; GERARD, GONZALEZ, *L'école publique comme sanctuarie laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme: Cour européenne des droits de l'homme, Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vl. 21-2010, n° 1, pp. 467-484; MARTA, IGLESIAS BERLANGA, *Crocifissi nelle aule? Caso Lautsi contro Italia (Domanda n° 30814\06). Sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani del 3 novembre 2009*, in *Rivista generale di Diritto Europeo*, 2010, n° 20, pp. 1-12; FERNANDO, LOZANO CONTRERAS, *CEDU- sentenza del 3.11.2009, S. Lautsi contro Italia, 30814\06- articolo 9 Convenzione EDU- protocollo n° 1- la presenza dei crocifissi nelle aule rispetto al diritto all'educazione e alla libertà religiosa nel sistema di insegnamento pubblico*, in *Rivista di diritto Comunitario europeo*, 2010, n° 35, pp 223-237; MONICA, LUGATO, *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n°2 pp. 402-420; SUSANNA, MANCINI, *The crucifix rage: supranational constitutionalism bumps against the Counter-Majoritarian difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 6-2010, pp. 6-27; FREDERIC, SUDRE, *Droit de la convention européenne des droits de l'homme*, in *La semaine Juridique: édition generale (JCP)*, 2010, n° 3, p 61-67; JOSEPH HALEVI HOROWITZ, WEILER, *Lautsi: Crucifix in the classroom redux*, in *European Journal of International Law*, vol. 21-2010, n° 1, pp. 1-6. Riguardo alla problematica posta, si possono vedere in modo generale gli interessanti studi di BENITO, ALAEZ CORRAL, *Simboli religiosi e diritti fondamentali nel rapporto scolastico*, in *Rivista spagnola di diritto costituzionale*, vol. 23-2003, n° 67, pp. 89-125; SANTIAGO, CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertà religiosa, simbologia e laicità dello stato*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 106 e ss.: ID., *L'impiego della simbologia religiosa in Spagna*, in *Bollettino messicano di diritto comparato*, n° 116, maggio-agosto 2006, pp. 317-350; MALCOLM D. EVANS, *Manual on the Wearing of religious symbols in public areas*, Martinus Nijhoff, Leiden – Boston, 2009; SAMANTHA, KNIGHTS, *Religious Symbols in the School: Freedom of religion, Minorities and education*, in EHRLR; vol. 10-2005, pp. 499-516; MARI CRUZ, LLAMAZARES CALZADILLA, *Simboli religiosi e amministrazione pubblica. Il problema nelle aule dei centri pubblici docenti*, in DIONISIO, LLAMAZARES FERNANDEZ, *Libertà di coscienza all'interno delle Istituzioni e dei Servizi pubblici*, Dykinson, 2005, pp. 277-300, JAVIER, MARTINEZ TORRON, *L'obiezione di coscienza all'insegnamento religioso e morale nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in RGDCDEE, n° 15, ottobre 2007, www.iustel.com; GLORIA, MORENO BOTELLA, *Il crocifisso nella scuola spagnola*, in RGDCDEE, 2003 n° 2, www.iutel.com, pp. 1-34.

¹¹ Riguardo all'iter processuale interno e le diverse sentenze dettate dagli organi giurisdizionali italiani, in questo caso si può vedere MARCO, OLIVETTI, *Principio di laicità e simboli religiosi nel sistema costituzionale italiano: la controversia riguardo l'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche*, in *Rivista catalana di diritto pubblico*, 2009, n° 2009, pp. 243-276.

l'Italia per aver mantenuto il crocifisso in una scuola pubblica, il che implicava, nell'opinione della Corte, una violazione dell'art. 2 del protocollo n° 1 (diritto all'istruzione) e dell'art. 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione) della Convenzione europea dei diritti umani. La querelante aveva addotto che l'esposizione della croce nelle aule della scuola pubblica italiana che i suoi figli frequentavano costituiva un'ingerenza incompatibile con la libertà di convincimento e di religione, così come con il diritto ad un'educazione e a un insegnamento conforme ai propri principi religiosi e filosofici (principio di laicità).

In questa sentenza la Camera della CEDU affermò chiaramente tre postulati. In primo luogo che la CEDU garantisce tanto la libertà religiosa positiva quanto quella negativa cioè che nessuno può essere obbligato a esercitare alcuna pratica religiosa¹². Si tratta di ciò che il professor Weiler ha denominato "*la premessa dello Stato agnostico*", vale a dire il convincimento comune che l'ordine costituzionale deve proteggere tanto la libertà di religione, quanto la libertà rispetto alla religione¹³, dovendo l'ordinamento giuridico garantire ai credenti la libertà di praticare la propria religione e ai laici la libertà rispetto a qualsiasi forma di coercizione religiosa. Non è difficile ritenere che l'architettura costituzionale paneuropea includa questa premessa fondamentale. In secondo luogo, la Camera della CEDU ritenne che le aule debbano favorire la tolleranza e il pluralismo, affermazione che può anche essere accettata facilmente da tutti¹⁴. E in terzo luogo la Camera della CEDU enuncia uno strano principio di neutralità che sembra soffrire di alcuni errori di apprezzamento e che apparentemente è ciò che ha portato in modo inevitabile alla sentenza finale.

In effetti, una delle affermazioni più sorprendenti di questa sentenza si ha quando la CEDU intende il sistema della CEDU in relazione a Stato e Chiesa segnalando che: "*il dovere di neutralità e imparzialità dello Stato è incompatibile con qualunque potere discrezionale circa la legittimità delle convinzioni religiose o delle modalità di espressione di queste ultime*"¹⁵, affermazione che inevitabilmente mette in discussione se non si stia confondendo identità e neutralità in uno spazio costituzionale caratterizzato dal pluralismo. Non dimentichiamoci che la premessa dello Stato agnostico esiste, anche se in un

¹² Sentenza CEDU del 3 novembre 2009, caso Lautsi\Italia, domanda n° 30814\06 c. 47, sez.e).

¹³ JOSEPH HALEVI HOROWITZ, WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Milano, 2003, p. 56.

¹⁴ Sentenza CEDU del 3 novembre 2009, caso Lautsi\Italia, domanda n° 30814\06, c. 47, sez.b).

¹⁵ Ibid., sez. 47 alla fine.

estremo si trova l'impostazione costituzionale laica della Francia, così come si evince dal preambolo della sua vigente Costituzione. Tuttavia, alla soluzione francese si contrappongono altre scelte costituzionali, come quella irlandese o quella greca i cui preamboli rievocano espressamente il mistero della Santa Trinità¹⁶; o quella tedesca che fa riferimento alla responsabilità di fronte a Dio e agli uomini¹⁷. Anche alcuni Stati membri della CEDU, che sono anche parte integrante della tradizione costituzionale europea, vanno un poco più lontano, e nello stesso tempo in cui garantiscono la libertà religiosa e rispetto alla religione statuiscono una chiesa ufficiale¹⁸. Sarebbe difficile immaginare che la sentenza della CEDU implicasse che la Svezia o la Danimarca debbano abbandonare il luteranesimo come religione ufficiale o nascondere questo elemento nell'educazione dei propri figli. O che la Finlandia, nazione della querelante, dovesse cambiare la propria bandiera facendo comparire in essa una croce¹⁹.

¹⁶ Il preambolo della Costituzione Irlandese del 1 Luglio 1937 dice: *“In nome della Santissima Trinità dalla quale proviene ogni autorità e verso la quale ritornano come ultima destinazione tutte le azioni tanto degli Stati quanto degli uomini”*. Allo stesso modo il preambolo della Costituzione Greca del 9 Giugno 1975 comincia affermando: *“In nome della Santissima Trinità, consustanziale e indivisibile (...)”*. E nel suo articolo 3, comma 1 relativo alle relazioni tra la Chiesa e lo Stato, questa stessa Costituzione sottolinea espressamente: *“La religione dominante in Grecia è quella della Chiesa Ortodossa orientale di Cristo. La Chiesa Ortodossa della Grecia, che riconosce come capo Nostro Signore Gesù Cristo, è indissolubilmente unita, in quanto al dogma, alla Grande Chiesa di Costantinopoli e alle altre Chiese Cristiane omodosse, osservando immutabilmente, come fanno le altre Chiese, i Santi canoni apostolici e sinodici, così come le tradizioni sacre”*.

¹⁷ Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania del 23 Maggio 1949 (bollettino ufficiale Federale 1, p.1), (BGBI III 100-1) emendata dalla legge del 26 Novembre del 2001 (Bollettino ufficiale Federale 1, p. 3219), preambolo: *“Cosciente della propria responsabilità davanti a Dio e davanti agli uomini, animato dalla volontà di servire la pace nel Mondo, come membro con uguaglianza di diritti in una Europa unita, il popolo tedesco, in virtù del proprio potere costituente, si è dato la presente Legge Fondamentale”*.

¹⁸ La CEDU ha sostenuto che il fatto che in uno Stato membro si separi una religione dalle altre a causa delle tradizionali ragioni storiche non presuppone in modo intrinseco una violazione dei principi del pluralismo e dell'obiettività che implichi un addottrinamento, CEDU, caso Angelini\ Svezia, domanda n° 1041\83 (fine), Decisions & Reports, vol. 51-1983. La Grande Camera della CEDU è andata anche oltre, affermando che proprio per queste ragioni il margine di apprezzamento concesso agli Stati membri deve prendere in considerazione queste circostanze al momento di progettare e implementare il curriculum educativo delle proprie scuole, CEDU (Grande Camera), caso Folgero e altri\Norvegia, domanda n° 15472\02, sentenza del 29 giugno 2007 c. 89. Riguardo quest'ultimo caso si può vedere MIGUEL ANGEL, JUSDADO RUIZ-CAPILLAS \ SANTIAGO, CAÑAMARES ARRIBAS, *L'obiezione di coscienza in ambito educativo: commento alla sentenza della Corte europea dei Diritti Umani Folgero c. Norvegia*, in RGDCDEE, 2007, N° 15, www.iustel.com.

¹⁹ Le varianti costituzionali d'Europa sono molteplici. Mentre i postulati costituzionali di Danimarca, Grecia o Malta in tema di religione sono abbastanza solidi, la posizione del nostro paese è più sfumata e ciò perché la nostra Costituzione rifiuta nel suo art. 16 una Chiesa di Stato come la si trova in Danimarca o nel Regno Unito dove il capo di Stato è anche capo della Chiesa, anche

Questo accentuato pluralismo non si evince solo dalle norme fondamentali degli Stati membri del Consiglio D'Europa, bensì anche nell'ambito della simbologia risultano benaccetti, ed anche ricorrenti nello spazio costituzionale europeo, Stati che non sembrano avere nulla di agnostico. Così non sembra che vi sia alcun agnosticismo quando, entrando per via marittima in Europa dall'Africa e raggiungendo il porto di Tarifa, la prima cosa che si scorge dalla punta del molo esteriore del porto tariffegno è la "Punta del Santo", immagine del Sacro Cuore Di Gesù costruita nel 1944 come atto di grazia per la felice terminazione dei lavori del porto. Possibilmente alcuni potrebbero pensare che si tratti di un'eredità del passato e che la moltitudine dei simboli religiosi riprodotti nei luoghi pubblici d'Europa non debbano necessariamente implicare la confessionalità di uno Stato. E anche se può essere così, conviene non perdere di vista questo dato storico che si ritrova in molteplici luoghi in Europa.

È curioso osservare, tuttavia, che per la CEDU non sia possibile pensare che attraverso il crocifisso possa raggiungersi il pluralismo educativo. Nell'opinione della Corte, per raggiungere detto obiettivo, né le credenze religiose né l'ateismo possono trovare il proprio spazio nella scuola, accogliendo una concezione di pluralismo inteso come assenza di qualsiasi impostazione religiosa o filosofica nell'ambito pubblico. Si potrebbe pensare, al contrario, che il miglior modo per fomentare il pluralismo si trovi precisamente nel convertire l'arena pubblica in uno spazio comune nel quale tutte le posizioni, qualunque esse siano, possano essere accolte nelle medesime condizioni all'interno dello spazio pubblico²⁰.

Infine, riguardo alla neutralità religiosa dello Stato, in virtù di questo principio si proibisce qualsiasi identificazione tra lo Stato e le confessioni religiose, anche se è abbastanza incerto che questa assenza di identificazione implichi una separazione radicale, che richieda di eliminare qualsiasi manifestazione religiosa in ambito pubblico. Da una prospettiva più generale non è possibile dimenticare che lo stesso Consiglio d'Europa non si fonda sul rifiuto e sull'esclusione dell'identità e del patrimonio religioso europeo. Al contrario, gli Stati firmatari dello statuto del Consiglio d'Europa vollero fondare questa organizzazione internazionale sui "*valori spirituali e morali che costituiscono il patrimonio comune delle proprie città e che si trovano all'origine dei principi*

se il terzo comma di questa disposizione riconosce una menzione privilegiata alla chiesa cattolica. Riguardo questo tema di può vedere in esteso DIONISIO, LLAMAZARES FERNANDEZ, *Diritto alla libertà di coscienza*, 2 volumi, Madrid, 2007.

²⁰ In questo senso, SANTIAGO, CAÑAMARES ARRIBAS, *La croce di Strasburgo*, cit., p. 10.

*di libertà individuale, libertà politica e preminenza del diritto, sui quali si fonda ogni vera democrazia*²¹. Voler imporre una concezione esclusiva della neutralità religiosa porterebbe a svuotare di contenuto gli stessi fondamenti della CEDU, che non sono altro che “*i valori spirituali e morali*”, “*valori sottostanti alla Convenzione*”, riferimenti usuali nella giurisprudenza della CEDU²².

Anche se sono già trascorsi 60 anni da quando fu firmata la CEDU, questi riferimenti continuano ad essere vivi in seno al Consiglio d'Europa. In questo senso i capi di stato e di governo degli Stati membri hanno riaffermato in modo solenne, negli ultimi anni, il proprio impegno e il vincolo verso i valori e i principi comuni radicati all'interno del patrimonio culturale religioso e umanista dell'Europa²³. E sono anche state numerose le decisioni dell'Assemblea Parlamentare di questa organizzazione internazionale, le cui risoluzioni affermano che la democrazia e la religione non devono essere incompatibili, ma che le autorità civili e religiose devono essere cooperanti e valide nello sforzo per il bene comune²⁴, essendo anche i governi degli Stati membri invitati a “*proteggere le tradizioni culturali e le diverse feste religiose*” e a “*favorire l'espressione culturale e sociale delle religioni*”²⁵. E non meno evocativo è l'appello del Consiglio dei ministri di questa organizzazione internazionale rivolto a porre in evidenza la dimensione religiosa dell'educazione interculturale, la quale costituisce, nell'opinione di quest'organo, un elemento fondamentale per favorire la reciproca comprensione e la tolleranza e per promuovere la cultura del vivere insieme²⁶.

La prima conclusione che crediamo debba estrarsi da questa panoramica è che l'Europa rappresenta una varietà, non solo per le sue lingue e culture, ma anche per il suo patrimonio costituzionale e politico. È certo che una parte rilevante della specificità francese si riflette nella laicità delle sue tradizioni costituzionali, la cui stretta separazione tra Chiesa e Stato ha portato a

²¹ Cfr. Preambolo dello statuto del Consiglio d'Europa.

²² Si veda, tra gli altri, Sentenza CEDU del 7 luglio 1989, Soering\ Regno Unito, domanda n° 14038\88, CEDU, P.163, comma 88.

²³ Dichiarazione di Varsavia, adottata ai sensi del III Vertice dei Capi di Stato e di Governo del Consiglio d'Europa, Varsavia, 17 maggio, 2005.

²⁴ Si veda la Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n° 1720 (2005) “Educazione e religione”, adottata il 4 ottobre del 2005.

²⁵ Si veda la Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n° 1396 (1999) “Religione e democrazia”, adottata il 27 gennaio del 1999.

²⁶ Si veda la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n°12 (2008), “Dimensione delle religioni e delle convinzioni non religiose nell'educazione interculturale”.

proibire i crocifissi nelle scuole²⁷. Tuttavia, anche in questo paese, i territori dell'Alsazia e della Lorena, integrati nel Reichsland nel 1905 e ritornati alla Francia successivamente, non sono arrivati a conoscere il laicismo repubblicano²⁸. D'altra parte non è meno certo che una parte rilevante dell'identità irlandese si rifletta sul proprio vocabolario costituzionale religioso. E questa eterogeneità costituzionale europea è qualcosa che, lungi dal doversi abbandonare, deve essere accolta e preservata. Non invano il motto dell'Europa è *"l'unità nella diversità"*.

Un'altra conclusione che può dedursi dal pluralismo costituzionale europeo è che il modo comune di intendere la premessa di fondo della libertà di religione e rispetto alla religione non si contravviene per il semplice fatto che uno Stato membro dia espressione alla sensibilità religiosa o alla sensibilità laica del corpo politico o perché i simboli che formano parte dell'identità nazionale costituiscono simboli religiosi, eccetto che si attenti contro l'ordine pubblico o contro i diritti altrui. In realtà, l'idea dello Stato neutrale nel significato paneuropeo non sembra necessariamente coincidere con la dottrina francese di Stato assolutamente laico, né con quella statunitense della separazione totale tra Chiesa e Stato. A dire la verità, nella prassi costituzionale europea, la premessa agnostica sembra tollerare tanto il modello francese quanto un modello di Stato che per esempio sovvenziona le istituzioni religiose nella stessa misura di quelle laiche. Agnosticismo sembra significare praticare il pluralismo senza favoritismi.

E in una società pluralista la neutralità può considerarsi come il principio migliore adottato per preservare la pace sociale e l'ordine pubblico ed evitare conflitti. Questo principio permette, in effetti, di ottenere l'identificazione

²⁷ Si veda, per esempio, la sentenza della Corte Amministrativa d'appello di Nantes, del 4 febbraio del 1999, nel caso "Association civique Joué Langueurs et autres" n° 98NT00207, dove si afferma: *"l'opposition d'un emblème religieux, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 1905, à l'extérieur comme à l'intérieur d'un édifice public communal méconnaît à la fois la liberté de conscience, assurée à tous les citoyens par la République, et la neutralité du service public à l'égard des cultes quels qu'ils soient"*.

²⁸ Ciò è così perché in occasione della reintegrazione Francese del 1919, la legislazione di questo paese non realizzò una sostituzione in blocco del diritto tedesco. Di conseguenza, certe leggi tedesche sono rimaste in vigore nello stesso modo in cui permasero in vigore certe leggi francesi nel 1871. Come risultato di tutte queste fusioni, l'Alsazia si trova oggi integrata attraverso un regime giuridico particolare che comprende leggi francesi anteriori al 1871 oggi derogate nel resto del paese, leggi tedesche tanto nazionali quanto locali e, infine, leggi francesi posteriori al 1919 adottate in modo specifico per questi territori. Nella prima categoria si trova il regime concordatario in virtù del quale le scuole possono esporre emblemi religiosi. Tutto ciò vuole dire che proibire i simboli religiosi in Alsazia e Lorena significherebbe cancellare le tracce vive della storia, la cui evoluzione permise di superare un'antica rivalità tra questi due paesi che dopo le due guerre mondiali portò alla stessa creazione del Consiglio d'Europa oltre che di altre organizzazioni internazionali.

dello Stato con l'insieme dei cittadini, quali che siano le loro convinzioni, evitando qualunque sentimento di alienazione. La neutralità si oppone da un lato allo Stato confessionale che addottrina su una determinata religione, e dall'altro, allo Stato che si fonda su un laicismo militante che promuove l'ateismo. Tuttavia questa incompetenza dello Stato nel rispondere ai problemi riguardanti il trascendentale non sembra che debba promuovere l'ateismo o l'agnosticismo mediante lo sradicamento dei simboli religiosi dalla sfera pubblica perché, se così facesse, svuoterebbe di contenuto il principio del pluralismo democratico. Al contrario, lungi dall'ordinare l'inerzia e il silenzio in ambito religioso, l'art. 9 della CEDU impone allo Stato di garantire che l'individuo possa manifestare, in forma individuale o collettiva, la propria religione, in pubblico o in privato.

Potremmo già trarre un tentativo di conclusione riguardo ai fatti della questione Lautsi. Da uno sguardo d'insieme al panorama costituzionale europeo, sembra che di per sé l'esposizione dei simboli religiosi nella scuola non sarebbe, in quanto tale, una violazione del vincolo Europeo nel rispetto della libertà religiosa o della libertà rispetto alla religione. Potrebbero esistere ragioni per le quali non esibire questi simboli, però, a giudicare dalle prove empiriche, non sembra che la correttezza costituzionale sia tra queste.

Tuttavia sembra essere diverso il caso in cui lo Stato obblighi a esibire questi simboli²⁹. In quel caso, forse non si potrebbe escludere che qualcuno facesse un certo proselitismo religioso nell'accezione della sentenza della CEDU nel caso Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen³⁰. Tuttavia, tenendo conto

²⁹ Per alcuni si potrebbe dire la stessa cosa se questi simboli fossero portati dai professori nelle aule pubbliche perché ciò si intratterebbe nello sviluppo della funzione pubblica di insegnamento che l'amministrazione svolge, attività che non deve essere caratterizzata da altro se non dalla neutralità. In questo senso, MANUEL, ALENDÁ SALINAS, *La presenza dei simboli religiosi nelle aule pubbliche*, cit., p. 25; BENITO, ALAÉZ CORRAL, *Simboli religiosi e diritti fondamentali nel rapporto scolastico*, cit., p. 121.

³⁰ Sentenza della CEDU del 7 dicembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen \ Danimarca, domanda n° 5095\71; 5920\72; 5926\72, Serie A n° 23. In questo caso si è discusso riguardo all'opposizione, da parte di un gruppo di genitori, al fatto che i propri figli ricevessero l'insegnamento obbligatorio dell'educazione sessuale che il governo danese aveva imposto nella scuola pubblica per gli alunni di età prossima all'adolescenza, al fine di evitare gravidanze indesiderate. In questa importante sentenza, la CEDU afferma: "*La seconda proposizione dell'art.2 (P1-2) implica d'altro canto che lo Stato, adempiendo le funzioni da esso stesso accettate riguardo l'educazione e l'insegnamento, deve assicurarsi che il sapere o le conoscenze incluse nei curriculum siano rese in modo pluralist a, critico e obiettivo. Allo stato è fatto divieto di perseguire uno scopo di indottrinamento che possa essere considerato come non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. Questo è un limite che non può essere valicato*", comma 52. Per un commento riguardo a questa sentenza si può vedere JAVIER, MARTINEZ TORRON, *Diritto di famiglia e libertà di coscienza nella Convenzione Europea dei Diritti Umani*, in CASTRO JOVER, A, *Diritto di famiglia e libertà di coscienza nell'Unione Europea e nel diritto comparato. Documenti del IX congresso internazionale di diritto ecclesiastico dello Stato*, San Sebastian, dal'1 al 3 giugno del 2000, Università dei Paesi Baschi, San Sebastian, 2001, pp. 158-160.

dei particolari fatti del caso Lautsi, anche questo indottrinamento sarebbe abbastanza incerto, perché la nozione di pluralismo consacrata dall'art. 2 del protocollo N° 1 o dall'art. 9 della Convenzione EDU forse non impedisce che una maggioranza democraticamente eletta conceda un riconoscimento ufficiale e una pubblica identificazione con una determinata confessione religiosa³¹. E ciò perché il fatto di conferire uno statuto pubblico particolare non sembra pregiudicare il rispetto dello Stato per le altre convinzioni religiose e filosofiche dei genitori nell'ambito dell'educazione dei propri figli e, ancor meno, che ciò abbia una qualche incidenza per loro sull'esercizio della libertà di pensiero, coscienza e religione³². In ogni caso non sembra che la semplice esposizione di un crocifisso nell'aula della classe debba contraddire l'art. 2 del protocollo N° 1 annesso alla Convenzione EDU, nel quale si stabilisce, come si sa, che lo Stato rispetterà il diritto dei genitori ad assicurare che l'educazione dei propri figli sia conforme alle proprie convinzioni religiose e filosofiche. Tuttavia, il termine "*convinzioni*" che appare in questa disposizione, non è, come ha segnalato la stessa Corte, sinonimo di "*opinione*" o "*idea*", ma si applica ad azioni o opinioni che raggiungono un certo grado di serietà, di forza, di coerenza e di importanza³³. E nemmeno questa disposizione impedisce agli Stati membri di diffondere attraverso l'insegnamento informazioni o conoscenze che hanno direttamente o indirettamente un carattere religioso o filosofico, né autorizza i genitori ad opporsi all'integrazione di questi insegnamenti nel programma scolastico, perché se lo potessero fare, tutto il sistema di insegnamento diventerebbe impraticabile³⁴.

Neppure il fatto che si tratti della religione maggioritaria sembra condurre alla conclusione alla quale è arrivata la Camera della CEDU, cioè che l'esposi-

³¹ Si vedano, in questo senso, le osservazioni del Governo italiano riguardo al caso Lautsi di fronte alla Grande Camera della CEDU. È inoltre evocativo leggere i dati esposti da FRANCO, GARELLI - GUSTAVO, GUIZZARDI - ENZO, PACE, *Un singolare pluralismo: indagine sul pluralismo morale e religioso degli italiani*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 146-147, nel quale dicono che la maggioranza degli italiani (82%, compresa un'ampia maggioranza di cittadini che si riconoscono atei) sono favorevoli a mantenere la presenza dei simboli religiosi nella scuola perché lo considerano come un simbolo di benevolenza, della storia della nazione e della propria identità.

³² Si vedano, a questo proposito, le osservazioni dei giudici LUZIUS, WILDHABER; PEER, LORENZEN; CORNELIU, BIRSAN; ANATOLY, KOVLER; ELISABETH, STEINER; JAVIER, BORREGO; KHANLAR, HAJIYEV; SVERRE ERIK, JEBENS; riguardo al proprio voto particolarmente dissidente nel caso Folgero, Sentenza CEDU del 29 giugno 2007 Folgero e altri \ Norvegia, domanda n° 15472/02, p. 57.

³³ Si veda, tra le altre, la Sentenza CEDU del 18 dicembre 1996, Valsamis \ Grecia, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 2324, c. 25 e 27; Sentenza CEDU del 25 febbraio 1982, Campbell e Cosans \ Regno Unito, Serie A, n° 48, p. 16, c. 36.

³⁴ Sentenza CEDU del dicembre del 1976, Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen \ Danimarca, ricorso n° 5095/71; 5920/72; 5926/72, Serie A n° 23, c. 53.

zione del crocifisso attenterebbe il pluralismo e ciò perché la stessa Corte ha respinto espressamente nella sua giurisprudenza l'idea che una religione possa essere sfavorita per il semplice fatto che la grande maggioranza dei cittadini vi aderiscano. Almeno questa è l'idea che sembra dedursi dalla questione Zengin\Turchia, nella quale la Corte segnalò espressamente che il fatto che il programma di insegnamento e l'insieme dei manuali adottati nel sistema educativo turco riconoscessero una maggior importanza alla conoscenza dell'Islam rispetto alle altre religioni non implicava, di per sé, un'inadempienza dei principi di pluralismo e oggettività che potesse considerarsi come un indottrinamento. Per raggiungere questa conclusione, la CEDU considerò fondamentale che la religione musulmana si praticasse in misura maggioritaria in Turchia, nonostante il carattere laico di questo paese³⁵.

In ogni caso, la questione dell'esposizione dei simboli religiosi nella scuola pubblica sarebbe completamente diversa se l'iniziativa partisse dai fruitori di questo servizio pubblico. La diversità del patrimonio costituzionale europeo preferirebbe piuttosto che si potesse mostrare tutto ciò che i fruitori di questo servizio desiderano perché pare che ci siano argomenti costituzionali a favore di ciò. Nonostante la sentenza finale, questa tesi "sistemazionista" sembra avere un'eco isolata nella sentenza, quando la Camera della CEDU segnala: *"la scuola (...) dovrebbe essere il luogo di incontro di differenti religioni e convinzioni filosofiche, dove gli alunni possano acquisire conoscenze riguardo i loro rispettivi pensieri e tradizioni"*³⁶, affermazione che sembra fare riferimento alla tolleranza e al rispetto reciproco e che sembra dedursi anche da altri passaggi della sua giurisprudenza anteriore³⁷.

Di fronte a ciò, la tesi dell'astensionismo totale dello Stato spesso si suole basare sullo stesso principio agnostico. Nella sua forma più semplice l'argomento che si adduce è che lo Stato non dovrebbe schierarsi né con la contrapposizione tra le componenti religiose e laiche, né esprimendo una preferenza a favore di una religione concreta, soprattutto in una società nella quale convivono varie religioni. Ma questa impostazione si posa sulla

³⁵ Sentenza della CEDU del 9 ottobre 2007, Hasan e Eylem Zengin\Turchia, ricorso n° 1448\04, ECHR 2007-XI c. 63. La sentenza non si può considerare del tutto in contraddizione con ciò che era accaduto nel caso Folgero, visto che la CEDU lo cita espressamente nel comma trascritto. Per un commento riguardo il caso Zengin, si può vedere JAVIER, MARTINEZ TORRON: "L'obiezione di coscienza all'insegnamento religioso e morale nella recente giurisprudenza di Strasburgo", *RGDCDEE*, 2007, n° 15, www.iustel.com, pp. 1-22.

³⁶ Sentenza CEDU del 3 novembre 2009, Lautsi\Italia, ricorso n° 30814\06 c. 47, c. c) alla fine.

³⁷ Si veda, a questo proposito, la sentenza della Grande Camera della CEDU nel caso Leyla Sahin\Turchia, Sentenza CEDU del 10 novembre 2005, domanda n° 44774\98, c. 107.

convinzione che lo Stato, per essere veramente neutrale, debba praticare la laicità, il che è falso per due ragioni.

In primo luogo, se la scelta costituzionale si definisce come una scelta tra laicità e religiosità è chiaro che non esiste una posizione neutrale se si sceglie un'alternativa tra le due opzioni. Uno Stato che rinuncia a qualsiasi simbologia religiosa non sembra mostrare una posizione più neutrale di un altro che invece aderisce a determinate forme di simbologia religiosa. Il significato della premessa dello Stato neutrale è precisamente garantire il riconoscimento tanto della sensibilità religiosa (libertà di religione), come della sensibilità laica (libertà rispetto alla religione). Proibire radicalmente tutti i simboli religiosi non è realmente una scelta agnostica e non sembra aver nulla a che vedere con la neutralità. Piuttosto sembra significare il far prevalere, nella simbologia dello Stato, una visione del mondo su un'altra, facendo in modo che tutto ciò possa passare per neutralità³⁸. Sarebbe come scegliere di garantire esclusivamente la libertà negativa, cioè, rispetto alla religione e non anche la libertà di religione positiva.

In secondo luogo, dentro i limiti del ragionevole, il costituzionalismo europeo dovrebbe rispettare al massimo, anche sul piano simbolico, la pluralità di sensibilità costituzionali nazionali. Detto con altre parole, se la CEDU facesse propria la laicità francese, ciò implicherebbe necessariamente negare la sensibilità irlandese, inglese, greca o tedesca. E questo perché equivarrebbe ad adottare una retorica pluralista, anche se in pratica implicherebbe di imporre a tutti gli Stati membri della CEDU una dubbiosa dottrina secolare, qualcosa che non sarebbe accettabile perché l'Europa non è così. Ciò che risulta interessante nell'eterogeneo panorama costituzionale europeo è precisamente la sua ricca diversità perché, mentre tutti i paesi sono d'accordo nell'affermare la libertà religiosa, tanto positiva quanto negativa, si permette un'ampia pluralità circa i modi di intendere le relazioni tra Stato e Chiesa e la sua presenza nella vita pubblica: dall'istituzione delle Chiese ufficiali, passando per gli accordi di cooperazione con le diverse confessioni fino ad arrivare ai paesi membri del Consiglio d'Europa, nei quali il concetto di laicità forma parte della stessa definizione di Stato come accade in Francia o in Belgio. Non si potrebbe pensare che quando si proibiscono in modo tassativo tutti i simboli di significato religioso, più che permettere la libertà religiosa, la si stia

³⁸ Come valuta il Professore WEILER, uno Stato che rinuncia ad ogni simbolismo religioso non rappresenta una posizione più neutra di quello che aderisce ad un determinato simbolismo religioso, JOSEPH HALEVI HOROWITZ, WEILER. *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Milano, 2003, p. 68.

riducendo e che si realizzi anche in modo implicito una specie di consenso sulle credenze religiose? Al contrario si potrebbe pensare che rispettare le diverse scelte di significato, religiose, filosofiche ecc... implicherebbe accettare come legittima la presenza pubblica di queste diverse opzioni, sempre che ciascuna di esse si manifesti in modo rispettoso con tutte le altre. Tuttavia le differenze che nella società sono legittime in generale, dovrebbero restare in apparenza fuori dalla scuola, spazio riservato, secondo questa sentenza, alle opinioni comuni. Si da così per scontato che nel rispetto delle differenze non si può essere educati da nessuna religione in particolare e si sostiene il paradosso che educare per vivere in una società pluralista esige che i cittadini siano istruiti in un ambito nel quale la pluralità è in realtà allontanata.

Queste apparenti contraddizioni sembrano portare a una strada senza uscita, perché il riferimento alla religione offenderebbe la sensibilità costituzionale laica mentre il silenzio e le pareti vuote farebbero lo stesso con la sensibilità costituzionale religiosa. Però potremmo anche pensare che entrambe le opzioni sono espressioni ugualmente valide del panorama costituzionale senza che nessuna debba imporsi sull'altra nell'ordine pubblico europeo. Non crediamo che la via d'uscita possa essere diversa dalla tolleranza da parte di entrambe le posizioni, soluzione che già si trova presente in questo panorama costituzionale europeo. Si tratta di apportare a questa questione della simbologia religiosa lo stesso spirito di tolleranza, di rispetto reciproco, di autentico pluralismo che già esiste in qualche costituzione recente³⁹.

È tuttavia certo che applicare questa opzione pluralista e organizzativa ai fatti della questione Lautsi richieda un impegno attivo di tutte le persone interessate all'interno dell'ambiente scolastico per discutere in modo distaccato e riflessivo riguardo alla migliore opzione per la comunità di genitori alunni e professori. Difatti, non si nascondono le difficoltà di tracciare una linea tra gli aspetti dell'identità dello Stato che potrebbero avere sicuri elementi religiosi e la necessità di un'educazione libera da coercizione e proselitismo. Però questa difficoltà non deve portarci a proibire tutti i simboli. Al contrario, il diverso panorama costituzionale europeo accetta tradizioni tanto diverse come quelle del Regno Unito e della Francia, Malta e Grecia, Irlanda e Italia... il che costituisce un promettente e unico modello di tolleranza e pluralismo

³⁹ Un esempio di questo approccio si trova nel Preambolo della Costituzione polacca del 1997: *“Con la maggiore cura verso l'esistenza e il futuro della nostra patria, si è riconquistata, nel 1989, la possibilità di una determinazione sovrana e democratica del proprio destino. Noi, la Nazione Polacca - tutti cittadini della Repubblica, sia quelli che credono in Dio come sorgente di verità, giustizia, bene e bellezza, sia quelli che non condividono tale fede, ma rispettano quei valori universali che vengono da altre fonti, eguali nei diritti e negli obblighi verso il bene comune (...).”*

che, pur lontano dal portare a una completa armonizzazione, dovrebbe almeno condurre verso un modello di convivenza e sistemazione delle diverse tradizioni. Lungi da ciò, invece, la sentenza della Camera della CEDU nella questione Lautsi omette di riconoscere queste distinzioni, il che sarebbe stato comprensibile – come valuta WEILER – se la sentenza fosse stata dettata dal Consiglio di Stato francese o dal Tribunale Supremo degli Stati Uniti, ma non dalla CEDU⁴⁰. Anche in quest'ultimo paese sembra che ultimamente si metta in discussione il leggendario separatismo tra Chiesa e Stato a giudicare dalla recente dottrina del Tribunale Supremo consistente nella “*accomodation for a symbol*” che sembra distaccarsi dalla sentenza del caso Salazar\Buono⁴¹ e che sembra contrastare con la dottrina anteriore di questa stessa giurisdizione nella quale è giunta a sostenere che l'esposizione dei simboli religiosi nelle scuole violava la Costituzione di questo paese⁴².

Alcuni potrebbero pensare che l'intenzione della Camera CEDU è lodevole, in quanto tende a porre ciascuna religione alla base dell'uguaglianza e a favorire così la libertà religiosa. Tuttavia non si dovrebbe dimenticare che i diritti umani considerati in se stessi si basano già su un'ideologia malgrado la loro vocazione universale. Il vuoto lasciato nelle pareti delle scuole italiane è anch'essa una scelta di carattere ideologico. E ciò perché anche l'ateismo militante è religiosamente coercitivo. Alla luce di queste considerazioni forse la soluzione si deve trovare in un termine medio tra due estremi apparentemente opposti e inconciliabili.

⁴⁰ JOSEPH HALEVI HOROWITZ, WEILER, *Lautsi, Crucifix in the Classroom Redux*, in *Giornale Europeo di diritto internazionale*, vol. 21-2010, n° 1, pp. 1-6 (2).

⁴¹ RAFAEL, PALOMINO LOZANO, *Commento alla sentenza Salazar c. Buono*, *RGDCDEE*, 2010 MAGGIO N°10, www.iustel.com. Nella sua opinione questa sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti utilizza come manifesto il fatto che il leggendario separatismo nordamericano non è esattamente come un muro di acciaio che isola la religione dalla vita pubblica: la “*parete di divisione jeffersoniana*” assomiglia più ad un'alta porta che isola i corpi (la Chiesa rispetto allo Stato), però non le anime (le religioni rispetto alla vita pubblica). La prima frase ricorda: “*L'obiettivo di evitare l'appoggio governativo della religione non esige l'estirpamento di ogni simbolo religioso dalla sfera pubblica*”. La seconda termina (modello nordamericano contro modello europeo): “*una croce latina non è solo una riaffermazione dei principi cristiani. È un simbolo che si utilizza frequentemente per onorare e mostrare rispetto verso coloro i cui atti eroici, i nobili contributi e le pazienti lotte, hanno aiutato questa nostra nazione e il suo popolo ad occupare un posto rispettabile nella storia. Qui, una croce nel deserto rievoca qualcosa in più rispetto alla religione. Rievoca migliaia di piccole croci che in terre straniere segnalano le tombe degli Americani caduti in battaglie, battaglie il cui dramma aumenterebbe se ci dimenticassimo di questi caduti*”.

⁴² Si vedano, tra le altre, *Stone c. Graham*, 449 U.S. 39 (1980), sentenza della Corte Suprema del 17 novembre 1980. Questa sentenza si riferisce all'esposizione dei dieci comandamenti nelle scuole, anche se è abbastanza plausibile che questa dottrina della Corte Suprema si applicherà a tutti i simboli religiosi.

Sicuramente non esiste un unico modo per risolvere questo conflitto, un solo modo di conseguire l'obiettivo di una scuola inclusiva, ma dipenderà piuttosto da variabili come la storia, la tradizione, la cultura, l'evoluzione della società. In ogni contesto nel quale questo tema sia rilevante, le autorità pubbliche, educative, gli esperti, i rappresentanti dei diversi collettivi sociali dovrebbero poter intraprendere un dibattito distaccato e riflessivo riguardo al miglior modo di ottenere un ambiente educativo integrante che mostri rispetto per le diverse religioni e per il secolarismo. Ed è possibile che il risultato di questo dibattito sia in qualche determinato centro scolastico la rimozione di tutti i simboli religiosi, o chissà solo di qualcuno, o magari di nessuno. O forse la soluzione richiede l'aggiunta di altri simboli religiosi, oltre al crocifisso, o meglio che in alcune aule appaiano questi simboli e in altre no come gesto verso il pluralismo della società.

In qualunque caso, pare che sarebbe più logico lasciare a ciascuno il potere di interpretare il senso di un crocifisso sulla parete. E questo perché gli alunni non sono affatto privi di intelligenza e inoltre i loro genitori li possono guidare. Inoltre, uno Stato membro non esercita in pratica alcuna influenza monopolista sulle loro anime, cosa che la CEDU sembra constatare nel caso Dahlab \ Svizzera quando afferma: *“La Corte ammette che è molto difficile apprezzare l'impatto che un segno esterno forte, come può essere indossare il velo islamico, può avere rispetto alla libertà di coscienza e di religione dei più piccoli”*⁴³. Alla luce di questa dottrina anteriore, la sentenza della CEDU non sembra che tenti di proteggere la libertà religiosa, quanto piuttosto una certa suscettibilità dei querelanti.

3. *Margine di apprezzamento nello spazio pubblico paneuropeo e sussidiarietà nell'Unione Europea*

Gran parte del successo della Convenzione EDU si deve all'alto grado di consenso tra le democrazie europee riguardo ai fondamenti filosofici dei Diritti umani e lo sforzo per proteggerli. Questo consenso ha svolto allo stesso tempo un importante ruolo per impedire che la CEDU sviluppasse la sua giurisprudenza contro la maggioranza, attraverso l'equilibrio tra sussidiarietà e universalismo. In effetti, il sistema della Convenzione EDU si basa sul principio di sussidiarietà, in virtù del quale certi standard di protezione

⁴³ Sentenza CEDU del 15 febbraio 2001, Dahlab \ Svizzera, ricorso n° 42393\98, Convenzione EDU 2001-V.

devono essere osservanti in modo universale da tutti gli Stati membri, anche se ciascuno di essi è responsabile di questo compito in maniera prioritaria. Per riconciliare la potenziale tensione tra sussidiarietà e universalismo, la CEDU ha sviluppato la dottrina del margine di apprezzamento⁴⁴, garantendo agli Stati membri una certa flessibilità nel decidere l'attuazione degli standard della Convenzione EDU, al fine di adattarli nel modo migliore alla propria idiosincrasia, implicando in pratica una certa condiscendenza nei confronti delle decisioni adottate dalle autorità nazionali⁴⁵.

Perciò la convenienza di coniugare le garanzie contemplate nella Convenzione, prendendo in considerazione le peculiarità proprie di ciascun ordinamento statale, ha dato luogo a questa dottrina del margine di apprezzamento⁴⁶, benché sia anche certo che la CEDU ha chiaramente premesso che questo margine varia in base ai diritti e agli interessi in discussione in una determinata questione, essendo questo l'aspetto su cui le tocca decidere. Mentre in alcuni casi ha deciso che esiste appena un margine di apprezzamento, soprattutto quando sulla questione dibattuta vi è un ampio consenso paneuropeo, in altri, invece, ha deciso che tale consenso non esiste. Così è avvenuto a proposito dell'art. 9 della Convenzione relativo alla libertà religiosa a causa della variabile pratica esistente tra gli Stati membri⁴⁷, garantendo loro, di conseguenza, un ampio margine di apprezzamento⁴⁸. Si può ricordare, in questo senso, il

⁴⁴ A quanto pare, la dottrina del margine di apprezzamento fu stabilita per la prima volta nel caso *Handyside-Regno Unito*, Sentenza CEDU del 7 Dicembre del 1976, domanda n° 5493/72, c. 48: *"In virtù dei propri contatti diretti e costanti con le forze vive dei loro rispettivi paesi, le autorità statali si trovano inizialmente in una migliore posizione rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi riguardo il contenuto preciso tanto di queste esigenze quanto della necessità di una restrizione o sanzione rivolta a rispondere di fronte a quella"*.

⁴⁵ Cf. LUZIUS, WILDHABER, *A constitutional future for the ECHR?*, in *Human right law journal*, vol. 5-7/2002, pp. 161 e ss. (e 162).

⁴⁶ Riguardo a questa dottrina applicata alla libertà religiosa, si veda tra gli altri JAVIER, MARTINEZ TORRON, *I limiti alla libertà di religione e di fede nella Convenzione Europea Dei Diritti Umani*, in *RGDCDEE*, 2003, Maggio, n° 2, www.iustel.com.

⁴⁷ Anche all'interno degli Stati membri della Convenzione EDU sembra che non esista alcun consenso. Serva come esempio la mozione approvata lo scorso 23 giugno 2010 nel Senato affinché si proibisse il *burka* e il *niqab* in tutti gli spazi pubblici compresa la strada, per soli due voti di differenza (131 voti a favore e 129 contrari); mentre il comitato dei deputati rifiutò una mozione simile lo scorso 20 luglio 2010, per 183 voti contro 162.

⁴⁸ Si veda la sentenza della CEDU *Leyla Sahin/Turchia*, *cit.*, c. 109 nella quale la Grande Camera della CEDU segnalò: *"Quando è in gioco la questione delle relazioni tra lo Stato e le religioni, sulla quale possano esistere ragionevolmente profonde divergenze in una società democratica, si deve riconoscere un'importanza particolare a colui che è responsabile di decidere a livello nazionale (...). Questo è il caso, in particolare, di quando si tenta di regolamentare l'indossare i simboli religiosi nei centri di insegnamento, soprattutto in vista della diversità degli approcci nazionali riguardo a questa questione, come dimostra il Diritto comparato. Infatti non è possibile distinguere attraverso l'Europa*

caso *Otto Preminger Institut\Austria*⁴⁹, nel quale si discuteva sulla frizione tra libertà di espressione artistica e la libertà religiosa e nel cui caso la Corte ritenne che in materia di libertà artistica e trattandosi di diritti altrui, in questo caso di sentimenti religiosi, era necessario riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri, dal momento che, come per la morale, non è possibile ravvisare in Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società⁵⁰.

Da allora la Corte di Strasburgo ha riconosciuto alle autorità nazionali, data la loro vicinanza alle necessità sociali, una considerevole capacità nello stimare, nella protezione dell'interesse pubblico, il concorso di circostanze che rendono necessario adottare certe misure restrittive delle manifestazioni pubbliche, affinché si possa raggiungere la libertà di pensiero, coscienza e religione. In particolare questa dottrina del margine di apprezzamento è stata applicata dalla CEDU nelle questioni relative al velo islamico, nelle quali diverse persone si videro ostacolate ad agire secondo la propria religione, a causa della proibizione di assistere alle lezioni con il velo, il che fu considerato come un'ingerenza nella libertà positiva di manifestare le proprie credenze e convinzioni. Come è noto questa proibizione è stata considerata dalla CEDU

una concezione uniforme del significato della religione nella società e il senso o l'impatto degli atti che corrispondono all'espressione pubblica di una convinzione religiosa, che non sono gli stessi a seconda delle epoche e dei differenti contesti. La regolamentazione di questa materia può variare, di conseguenza, da un paese ad un altro in funzione delle tradizioni nazionali e delle esigenze imposte dalla protezione dei diritti umani, delle libertà altrui e del mantenimento dell'ordine pubblico. Di conseguenza, la scelta riguardante l'estensione e le modalità di questa regolamentazione deve, per forza di cose, essere lasciata, in una certa misura, alle autorità nazionali colpite, posto che la sua risoluzione dipende dal contesto nazionale considerato".

⁴⁹ Sentenza CEDU del 23 giugno 1993, *Otto Preminger\ Austria* n° 12875\87, Serie A n° 255-C, Rec. 1994, p. 441. Si discuteva la proiezione in questo paese di tradizione cattolica dell'opera del cineasta Werner Schroeter che filmava la rappresentazione nel teatro Belli di Roma di un'opera teatrale di Oskar Panizza, autore tedesco del XIX secolo, intitolata "*Il Concilio dell'amore*". Su istanza del Vescovo della Diocesi, il film era stato messo sotto sequestro, con l'applicazione della Legge austriaca sul delitto di blasfemia. La presentazione da parte dell'Otto Preminger-Institut mostrava che l'opera filmata analizzava la relazione tra i principi religiosi e i meccanismi di oppressione temporale. La Corte d'appello di Monaco condannò nel 1894 l'autore di quest'opera a un anno di carcere per blasfemia. Un secolo dopo, l'analisi di questa condanna con rispetto dei diritti protetti nella Convenzione EDU arrivò davanti alla CEDU in questo caso.

⁵⁰ Sentenza CEDU *Otto Preminger Institut \Austria* c. 56. Di conseguenza la CEDU non condannò l'Austria, contrariamente all'opinione della Commissione europea dei diritti umani, che si mostrò sostenitrice, per un'ampia maggioranza, di questa condanna. Per un commento su questa sentenza della CEDU si può vedere JUAN, FERREIRO GALGUERA, *I limiti alla libertà d'espressione. La questione dei sentimenti religiosi*, servizio pubblicazioni Facoltà di diritto, Università Complutense, Madrid, 1996, JAVIER, MARTINEZ TORRON, *Libertà di espressione e libertà di religione. Commenti ad alcune recenti sentenze della CEDU*, RGDCDEE, 2006, N°11, www.iustel.com, pp. 1-22.

come conforme alla Convenzione EDU in diverse sentenze⁵¹. Così nel caso *Dahlab\Svizzera*⁵², che forse costituisce la sentenza di riferimento in questa particolare materia, e sulla quale si basa espressamente la sentenza della CEDU sulla questione *Lautsi*, la Corte considerò che il divieto di assistere alle lezioni rientrava nel margine di apprezzamento nazionale ed era compatibile con la Convenzione. Da un lato, la CEDU affermò che la volontà delle autorità svizzere di assicurare la neutralità nel proprio insegnamento pubblico e la volontà di tutelare i sentimenti religiosi degli alunni costituivano un interesse legittimo che giustificava la proibizione del velo. Allo scopo di apprezzare la misura di questa ingerenza nell'interesse perseguito, la CEDU ricordò, da un lato, la minore età degli alunni e, dall'altro, l'apparente difficoltà di conciliare il vestire il velo islamico con il messaggio di tolleranza, rispetto per gli altri e soprattutto uguaglianza e non discriminazione, messaggi che in una democrazia devono essere trasmessi da ogni professore ai propri alunni.

Questi fatti relativi al velo islamico sembrano tuttavia differenti dal contesto del caso *Lautsi*, non solo perché in quest'ultimo non si impedisce né si obbliga qualcuno ad agire in un determinato modo, ma anche perché il fatto

⁵¹ Riguardo a questo tema esiste un'ampia bibliografia: si possono vedere, tra gli altri lavori, quelli riuniti nell'opera coordinata da İNAKI, LASAGABASTER HERRARTE: *Multiculturalità e laicità, a proposito della Relazione Stasi*, Lete, 2004; MARIA BELEN, RODRIGO LARA: *Minor età e libertà di coscienza*, Servizio di Pubblicazioni della Facoltà di diritto, Università Complutense, Madrid, 2005. Così come il lavoro di IRENE MARIA, BRIONES MARTINEZ, *L'uso del velo islamico in Europa. Un conflitto di libertà religiosa e di coscienza. Speciale riferimento a Francia, Germania, Regno Unito, Spagna e Italia*, in *Annuario dei diritti umani*, vol. 10-2009 pp. 17-82; MANUEL, ALENDA SALINAS, *La presenza dei simboli religiosi nelle aule pubbliche, cit.*; ALAIN, GARAY \ EUGENIA, RELANO PASTOR, *I timori della Corte Europea Dei Diritti Umani e il velo islamico: Leyla Sabin contro Turchia*, in RGDCDEE, 2006, n°12, www.iustel.com; EMMANUEL, DECAUX, *Chronique d'une jurisprudence annoncée: laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, aprile, pp.251 e ss.; JAVIER, MARTINEZ TORRON, *La questione del velo islamico nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto e religione*, 2009, n°4, pp.87-109; AGUSTIN, MOTILLA DE LA CALLE, *Il problema del velo islamico in Europa e in Spagna, Annuario di Diritto Ecclesiastico dello Stato*, vol.20-2004, pp.87-130; JOSE ANTONIO, PASTOR RIDRUEJO: "Contraddizioni nella pratica e nella giurisprudenza internazionale riguardo alla proibizione di portare il velo islamico?", in ANA MARIA, BADIA MARTI, A. M. - ANTONIO, PIGRAU I SOLE - A.ANDREU, OLESTI RAYO (coords.), *Diritto Internazionale e comunitario di fronte le sfide del nostro tempo: omaggio alla Professoressa Victoria Abellan Honrubia*, vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 477-484.

⁵² Sentenza CEDU del 15 febbraio 2001, Lucia Dehlab\ Svizzera, ricorso n° 42393\98, Convenzione Europea dei diritti umani 2001- V. In applicazione di questa dottrina del margine di apprezzamento, la CEDU chiarì in questo caso che la laicità dello Stato, proclamata come principio fondamentale nelle costituzioni dei vari paesi firmatari della Convenzione europea dei Diritti Umani, può erigersi legittimamente come specifico freno alla libera manifestazione delle credenze negli spazi pubblici, al fine di preservare la dovuta neutralità degli stessi. Questa dottrina fu reiterata più tardi dalla CEDU nei casi *Karaduman \ Turchia*, ricorso n° 8810\03; *Bulut\ Turchia*, ricorso n° 49892\99, entrambi del 3 maggio 2003; e nella già citata sentenza pronunciata nel caso *Leyla Sahin \Turchia*, 29 giugno 2004.

che la proibizione di un simbolo religioso sia compatibile con la Convenzione EDU non implica che la sua autorizzazione la contraddica. Di conseguenza, gli Stati membri che proibiscono i simboli religiosi nella scuola non violano la convenzione, però non sembra neanche che infrangano le disposizioni della convenzione quelli che permettono l'esposizione di questi simboli nello stesso spazio pubblico. D'altra parte, l'esposizione dei simboli religiosi nella scuola pone forse più difficoltà perché implica una scelta di carattere pubblico, mentre la controversia relativa agli indumenti di significato religioso costituisce una scelta di carattere individuale. Dunque la problematica presente nelle questioni relative al velo islamico non sembra assolutamente avere gli stessi profili del contesto fattuale del caso *Lautsi*.

Nonostante ciò, in tutto ciò è interessante sottolineare l'enfasi che la CEDU pose sulla questione del margine di apprezzamento dello Stato membro e come prese in considerazione le diverse tradizioni rispetto alla presenza della religione nella scuola pubblica. Crediamo che si tratti di qualcosa di importante, tenendo in conto che la Convenzione EDU non stabilisce un modello specifico di relazioni tra Chiesa e Stato, ma si limita a trattare la libertà religiosa⁵³. Pertanto si potrebbe dire che la Corte abbia utilizzato nella propria giurisprudenza una certa tolleranza e un ampio rispetto per il margine di apprezzamento degli Stati membri.

Tenendo in conto tutti questi precedenti, non era casuale che lo Stato convenuto nella questione *Lautsi* tentasse di mettere a fuoco la propria domanda dal punto di vista del margine di apprezzamento⁵⁴. Tuttavia, la Corte non accolse questo argomento, né citandolo tra i principi generali della sentenza⁵⁵, né applicandolo in modo particolare alla *ratio decidendi*⁵⁶. Sebbene sia vistosa tale assenza di un principio fondamentale nella sua giurisprudenza che mostri rispetto per l'idiosincrasia degli Stati membri, non crediamo che si debbano cercare strane giustificazioni che la giurisprudenza posteriore possa contraddire. In effetti, il fatto che la Corte decidesse di risolvere il conflitto posto tra la religione maggioritaria in Italia e la minoranza religiosa ideologica, rifiutando

⁵³ D'altra parte, mentre nemmeno la CEDU insiste nello stabilire un sistema di coesistenza tra la Chiesa e lo Stato, l'antica Commissione Europea dei Diritti Umani affermò espressamente che qualsiasi sistema, compreso quello in cui uno stato istituisce una chiesa ufficiale, come nel caso di quella anglicana in Inghilterra o quella luterana o protestante in Norvegia, era, in principio, compatibile con la Convenzione EDU, ved. Com. EDU, Darby\ Svezia, ricorso n° 11581\85, Eur. Comm. D.U., vol. 45-1989.

⁵⁴ Sentenza CEDU *Lautsi*, c. 38-39.

⁵⁵ *Ibidem*, c. 47.

⁵⁶ *Ibidem*, c. 48-58

l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, è stata attribuito da alcuni alla scarsa fiducia che questa Alta Giurisdizione nutre nell'abilità degli organi giurisdizionali nazionali a risolvere questo conflitto, a causa della loro maggiore vicinanza all'influenza degli interessi della maggioranza⁵⁷.

Tuttavia, in sentenze posteriori alla questione *Lautsi*, la Corte non ha riscontrato alcun inconveniente nel continuare ad applicare questo principio in contesti fattuali similari⁵⁸. Anche questa quotidiana applicazione sembra smentire in modo più generale che la CEDU stia per abbandonare questa dottrina esercitando il proprio potere di supervisione in modo più rigoroso a causa della eterogeneità dell'attuale composizione del Consiglio d'Europa⁵⁹. La tendenza sembra essere proprio quella contraria, non solo per la sentenza posteriore al caso *Lautsi* già citato⁶⁰, ma anche per le raccomandazioni realizzate nella dichiarazione finale della Conferenza di Alto Livello sul futuro della Corte, che si riunì lo scorso 18 e 19 febbraio 2010 a Interlaken su iniziativa della presidenza svizzera del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. In questa dichiarazione appare manifesta la necessità di preservare il carattere sussidiario del meccanismo di supervisione istituito nella Convenzione EDU e nella Carta fondamentale della quale devono occuparsi le autorità statali per garantire e proteggere i diritti umani a livello nazionale. Riguardo a questo argomento, il Gruppo di Alto Livello sottolinea che la Corte ha rifiutato solitamente di sostituirsi alle autorità nazionali quando si sia trattato di interpretare il diritto nazionale e che deve continuare ad evitare di riesaminare le questioni di fatto e di diritto interne che sono già state interpretate o decise dalle autorità nazionali in conformità con la sua giurisprudenza, secondo

⁵⁷ SUSANNA, MANCINI, *The crucifix rage: supernational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 6-2010, pp. 6-27 (25), appoggiandosi alle critiche alla dottrina della CEDU sul margine di apprezzamento realizzate da EYAL, BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, vol. 31-1999, pp. 843 e ss. (850).

⁵⁸ Si può vedere la recente Sentenza CEDU del 15 giugno 2010 Grzelak \ Polonia, ricorso n° 7710\02, relativa al trattamento, da parte delle autorità polacche, delle lezioni di religione e di etica nel proprio sistema scolastico. La CEDU ritenne che la differenza di trattamento accordata in questo sistema scolastico agli alunni che desideravano seguire le lezioni di religione e di etica non fosse ragionevolmente giustificata, perciò considerò superato il margine di apprezzamento dello Stato membro, *ibidem*, c. 100. Tuttavia, in relazione alla protesta relativa al rifiuto del Governo di questo paese di offrire corsi alternativi di etica agli alunni, che lo consideravano contrario all'art 2 del protocollo n°1 (diritto all'educazione), la CEDU ritenne che lo Stato membro convenuto non aveva superato il margine di apprezzamento, *ibidem*, c. 104.

⁵⁹ Questione che era stata appuntata da JAVIER, MARTINEZ TORRON, *I limiti alla libertà religiosa e di fede nella Convenzione Europea dei Diritti Umani*, cit., www.iustel.com, p.6.

⁶⁰ Sopra, nota 58.

la quale non si tratta di una giurisdizione di quarta istanza⁶¹. Difatti non è inusuale trovare nella sua giurisprudenza passaggi nei quali si sostiene che spetti alle autorità nazionali, in particolare ai tribunali interni, interpretare e applicare il diritto nazionale, senza che sia di sua competenza giudicare la validità di questo diritto⁶².

È tuttavia certo che questa diversa applicazione della dottrina del margine di apprezzamento genera insicurezza, oltre a mettere in discussione in modo più generale se lo schema tradizionale di relazioni tra la Chiesa e lo Stato nell'ordine pubblico europeo continui ad essere valido o se, al contrario, la sentenza sul caso Lautsi implichi un cambiamento fondamentale, una evoluzione. E ciò perché dai suoi considerando sembra evincersi l'idea che un ambiente scolastico aperto e inclusivo debba necessariamente richiedere l'esclusione dei simboli religiosi, favorendo apertamente un concetto di rigida separazione tra Chiesa e Stato di fronte agli altri modelli di convivenza esistenti negli Stati membri della Convenzione. È necessario perciò che la Grande Camera della Corte si pronunci riguardo questo schema di relazioni nello spazio costituzionale paneuropeo e che continui ad essere valida l'applicazione del margine di apprezzamento in questioni simili⁶³.

Se tentiamo di fare un certo parallelismo tra questa dottrina del margine di apprezzamento, che la Corte è stata solita applicare fino ad ora nella propria giurisprudenza, e la situazione nello spazio di solidarietà più ristretto che costituisce l'Unione Europea, possiamo osservare che il principio di sussidiarietà, che l'art.5 del TUE enuncia espressamente come una forma di rispetto verso le identità nazionali degli Stati membri, compie a tal fine una funzione molto simile e da qui forse possiamo estrarre un argomento a favore del mantenimento del già citato margine di apprezzamento nazionale. Non invano, una proposta di Direttiva presentata di recente dalla Commissione europea sulla base dell'art. 19.1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) rivolta ad applicare il principio di parità di trattamento tra le persone, indipendentemente dalla loro religione, convinzioni, disabilità, età o orientamento sessuale⁶⁴, e attualmente in fase di inoltro, applica questo principio di sussidiarietà alle questioni relative ai simboli religiosi. L'oggetto

⁶¹ Tutte le informazioni si trovano pubblicate nella pagine web del Consiglio d'Europa: <http://www.coe.int/t/tdc/files...>

⁶² Si veda, tra le altre, la sentenza CEDU del 24 aprile 1990, Kruslin\ Francia, serie A n° 176-A, c. 29.

⁶³ Vedi, *infra*, Nota 70.

⁶⁴ COM (2008) 426 finale, del 2 luglio 2008.

di questa proposta è lottare contro la discriminazione attraverso l'applicazione del principio di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla loro religione, convinzioni, disabilità età o orientamento sessuale fuori dal contesto lavorativo, creando così un ambito giuridico per la proibizione di queste discriminazioni e stabilendo un livello minimo omogeneo di protezione in tutta l'Unione⁶⁵. Nonostante questo importante obiettivo, la proposta tenta di preservare le diversità delle società europee e ciò perché questioni come l'organizzazione e il contenuto dell'educazione, il riconoscimento dello stato civile o delle situazioni familiari, l'adozione, il diritto a riprodursi o altre simili questioni devono, secondo la Commissione Europea, decidersi in maniera più adeguata su scala nazionale, al fine di salvaguardare il principio di sussidiarietà. Pertanto, l'adozione di questo divieto non richiederà che alcuno Stato membro dell'UE modifichi le proprie leggi o le consuetudini attuali riguardo a queste questioni, né influirà sulle disposizioni nazionali che regolano le attività delle confessioni o altre organizzazioni religiose o le loro relazioni con lo Stato. Allo stesso modo, gli Stati membri manterranno la propria competenza per proibire o permettere che si portino o mostrino simboli religiosi come segnala espressamente il considerando N° 18 del preambolo di questa proposta di Direttiva⁶⁶, senza che questo riferimento alle tradizioni nazionali sia stato finora emendato dal resto delle istituzioni che partecipano al procedimento legislativo ordinario dell'Unione⁶⁷. Potremmo anche azzardarci ad affermare

⁶⁵ Con la presentazione di questa proposta la Commissione tenta di completare il quadro giuridico comunitario adottato nell'anno 2000 circoscritto all'impiego, all'occupazione e alla formazione professionale, si veda la Direttiva 2000\43\CE del Consiglio del 29 giugno 2000, relativa all'applicazione del principio di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalle proprie origini di razza o etnia, DOUE, N°L 180\22, del 19 luglio 2000, direttiva 2000\78\CE del Consiglio, del 27 novembre del 2000, relativa alla statuizione di un quadro generale per la parità di trattamento nell'impiego e nell'occupazione, DOUE n° l 303\16 del 2 dicembre del 2000, la quale è rivolta a stabilire un quadro generale per combattere la discriminazione per motivi di religione o convinzioni, di incapacità, età o orientamento sessuale, in ambito di impiego e occupazione. Si tenta, pertanto, di completare il pacchetto di misure rivolte a combattere la discriminazione, completando il quadro giuridico con il divieto di discriminazione per motivi religiosi, di incapacità, età o orientamento sessuale.

⁶⁶ Il considerando n° 18 del preambolo di questa proposta stabilisce espressamente che gli Stati membri possono proibire o permettere che si portino o mostrino simboli religiosi nelle scuole. D'altra parte, l'articolo 3 specifica che la Direttiva non copre né le disposizioni nazionali relative al carattere laico dello Stato e le sue istituzioni né lo statuto delle organizzazioni religiose. Questo rispetto mostrato nei confronti della diversità religiosa è già stato affermato dalla dichiarazione n° 11 riguardo allo statuto delle chiese e delle organizzazioni non confessionali, aggiunta all'Atto finale del Trattato di Amsterdam e in modo ancora più visibile lo fa proprio l'art. 17 TFUE, che obbliga l'Unione a rispettare e a non pregiudicare lo statuto riconosciuto negli Stati membri, in virtù del diritto interno, alle chiese e alle associazioni o alle comunità religiose.

⁶⁷ Anche se alcune delegazioni all'interno del Consiglio dei Ministri hanno richiesto che si trovasse un equilibrio adeguato tra la protezione contro le discriminazioni e i diritti nell'ambito privato,

che quando il Tribunale di Giustizia dell'UE avrà l'opportunità di pronunciarsi sopra la vera portata di quest'ambito giuridico, tenterà di rispettare l'ampio margine di apprezzamento degli Stati membri dell'UE in questa materia, anche se ciò li obbligasse preventivamente ad analizzare l'ambiguo concetto di secolarismo negli Stati Membri⁶⁸, in particolare considerando che l'Unione è obbligata a rispettare e a non pregiudicare lo statuto riconosciuto negli Stati membri alle chiese e alle comunità religiose⁶⁹ e tenendo conto, nel formulare e applicare le proprie politiche, delle consuetudini degli Stati membri riguardo ai riti religiosi⁷⁰.

4. *Verso soluzioni di carattere inclusivo*

Lungi dall'essere un oracolo, la Corte è un attore che può e deve praticare il dialogo con gli Stati membri della Convenzione EDU perché l'autorità delle sue decisioni sembra dipendere, in ultima istanza, dalla fiducia che i cittadini ripongono nelle sue decisioni. Se la sua interpretazione differisce ampiamente dalle loro convinzioni, non si può escludere una certa resistenza contro le sue sentenze⁷¹. La persuasione della sua giurisprudenza deriva tanto dalla sua qualità giuridica quanto dal suo potere di comunicazione e convincimento, per mezzo di una dottrina che deve riflettere le pratiche e le norme costituzionali dei propri Stati membri. E quando queste pratiche sono diverse, ed è indubbio che nella materia trattata lo sono, la Corte può e deve ascoltare, non solo predicare, mostrandosi propensa ad ascoltare le sensibilità interne. È tuttavia curioso osservare che ad eccezione di un breve riferimento alla dottrina della Corte Costituzionale italiana, malgrado questo organo si fosse astenuto da questa controversia concreta per un problema di gerarchia normativa⁷², la sentenza nel caso Lautsi omette la ricca giurisprudenza e la dottrina degli

compresa la libertà di espressione e religiosa, si veda la Relazione del Consiglio dell'Unione Europea, del 17 maggio 2010, al COREPER (Comitato dei rappresentanti permanenti) n° 9535\10.

⁶⁸ Per una posizione contraria si può vedere ALAN, RILEY, *The headscarf Ban: is France risking European Court Action? Centre for European policy studies paper, January 2005, ebrlr*, 2005, n° 5, pp. 499-516: *Headscarves, skulls caps and crosses: is the proposed French Ban Safe from European Legal Challenge?* CEPS Policy Brief n° 4\aprile 2004; anche se si riferisce alle direttive adottate nel 2000 citate sopra nella nota 65 relative alla proibizione delle discriminazioni nell'impiego.

⁶⁹ Articolo 17 TFUE.

⁷⁰ Articolo 13 TFUE.

⁷¹ In questo senso, SUSANNA, MANCINI, *The crucifix rage: Supranational Constitutionalism Bump Against the counter-majoritarian Difficulty*, cit., p. 27.

⁷² Sentenza CEDU Lautsi \ Italia, sez. 26.

Stati membri in cui si possono trovare molte più soluzioni inclusive di quella infine adottata dalla Camera della CEDU.

Sicuramente queste ragioni hanno influito sul fatto che la sentenza sia stata oggetto di forti critiche basate fundamentalmente sul fatto che la Corte di Strasburgo superò il proprio ambito di attuazione giuridico-funzionale e il margine di apprezzamento degli Stati membri, indipendentemente da ogni considerazione di fondo⁷³. Tutte queste critiche sembrano avvertire sul fatto che la sentenza della Camera CEDU nel caso *Lautsi* sia priva dell'obiettivo fondamentale di qualsiasi decisione giudiziale che non sembra essere altro che quello di conseguire la pace giuridico-sociale; perciò, difficilmente si può sperare che possa avere un seguito e un'applicazione generale. Non dimentichiamo che, a differenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la CEDU non ha la competenza per annullare un atto, dovendosi limitare a dichiarare la sua incompatibilità con la Convenzione in una sentenza di carattere dichiarativo dalla quale la parte convenuta deve trarre le sue conseguenze. Tuttavia, potrebbe non essere casuale che pochi giorni dopo che si è conosciuta questa sentenza, la Corte Costituzionale italiana abbia mostrato una sorprendente resistenza a rispettare le decisioni della Corte di Strasburgo e così ha dettato una decisione nella quale ha dichiarato espressamente che non avrebbe rispettato le sentenze della Corte EDU che entrano in conflitto con le disposizioni della Costituzione italiana; con la quale sembra voler avvertire, forse in misura sproporzionata, che le risoluzioni attiviste di quella giurisdizione che eccedono i limiti funzionali che le sono attribuite non saranno nemmeno considerate⁷⁴.

⁷³ Serva come esempio l'ampio dibattito sviluppato in seno al Parlamento Europeo il 15 dicembre 2009 a causa della domanda posta dal Deputato Sr. Mario Borghezio, in nome del gruppo EFD, alla Commissione (O-152\2009), nella quale si discuteva se la sentenza della CEDU nel Caso *Lautsi* costituisse una violazione del principio di sussidiarietà e come prevedeva la Commissione si ipotizzava la possibilità di dichiarare esplicitamente l'inapplicabilità di questa sentenza quando l'Unione avrebbe aderito alla Convenzione EDU. In precedenza il deputato Sr. Antonio Cancian appoggiato da altri deputati, aveva presentato il 10 novembre 2009 una domanda alla Commissione (H-0414\09) su questo stesso tema. Queste domande provocarono un intenso dibattito che sfociò in sei proposte di risoluzione della camera e una maggioranza abbastanza critica verso la sentenza della CEDU, anche se nessuna fu alla fine oggetto di votazione.

⁷⁴ Sentenza della Corte Costituzionale italiana n° 311, del 26 novembre 2009 (Relatore GIUSEPPE, TESAURO), c. 6: "(...) questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione Europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte Costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU nell'interpretazione data dalla Corte Europea non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, seppure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e non potendosi, evidentemente, incidere sulla sua legittimità, comporta – allo Stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento". Si può consultare in quaderni costituzionali. *Rivista italiana di diritto costituzionale*,

Nell'ambito di questa reazione alla sentenza della Corte, è possibile porre in evidenza anche la richiesta del Governo italiano affinché la questione fosse sollevata dalla Grande Camera della CEDU, cosa che non solo fu accettata da questa Alta Corte, ma che destò anche un'inconsueta attesa dato l'elevato numero di terzi intervenenti sollecitati in appoggio di questo governo⁷⁵.

Prendendo in considerazione queste reazioni e date le altre esperienze giurisdizionali riguardo a questa stessa problematica, la Camera della Corte sarebbe forse dovuta essere più previdente perché queste critiche sembrano indicare che una Corte più attiva non sarà ben accolta dal pubblico paneuropeo in generale, il che può influire inevitabilmente sulla reputazione collettiva come giurisdizione internazionale⁷⁶. Ciononostante, si tratta di una dinamica poco abituale in questa giurisdizione, posto che nella sua passata giurisprudenza riguardo al diritto alla libertà religiosa, la Corte non ha solo stabilito principi fondamentali, dichiarando e spiegando valori pubblici, enunciando norme che trascendono la peculiarità di una controversia concreta, ma ha anche collegato la sua sentenza alle condizioni sociopolitiche del momento. In questo senso si può sottolineare, all'interno di altre sentenze, ciò che è accaduto nel caso *Sahin*, nel quale affermò:

“spesso la Corte ha posto l'accento sul ruolo dello Stato in quanto organizzatore neutro e imparziale dell'esercizio delle diverse religioni, culti e credenze e ha indicato che questa sua funzione contribuisce ad assicurare l'ordine pubblico, la pace religiosa, la tolleranza in una società democratica. [La Corte] ritiene anche che il dovere di neutralità e imparzialità dello Stato è incompatibile con

2010, n° 2: così come la nota di ANTONIO, RUGGIERI, *Conferme e novità in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, pp. 418-422.

⁷⁵ L'udienza di fronte alla Grande Camera della CEDU nel caso *Lautsi* si celebrò lo scorso 30 giugno 2010. Tra gli stati membri della Convenzione europea dei Diritti Umani chiesero di intervenire come terzi, in appoggio del Governo italiano i seguenti stati membri: Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Monaco, San Marino, Romania e Russia, ammettendo l'intervento della grande maggioranza sotto la rappresentanza congiunta del professor JOSEPH HALEVI HOROWITZ, WEILER. Assieme a questi paesi richiesero di intervenire come *Amicus Curiae* in appoggio dello Stato convenuto: European Centre of Law and Justice, 33 deputati del Parlamento Europeo, Alliance defense Fund, Eurojuri, Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Semaines sociales de France e Associazioni cristiane lavoratori italiani, mentre richiesero di intervenire a favore dei querelanti: Associazione nazionale del libero pensiero, International commission of jurists, Interights, Human Rights Watch e infine, Greek Helsinki Monitor, che già partecipò di fronte la Camera. La CEDU rifiutò l'intervento di European humanist Federation in appoggio dei querelanti, e una coalizione di professori di diritto sostenuti dal Becket Fund for Religious Liberty, che sostenevano lo Stato parte querelato.

⁷⁶ In questo senso, SUSANNA, MANCINI, *The crucifix rage: supernatural Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, cit., p. 26.

*qualsiasi potere di apprezzamento da parte sua circa la legittimità delle credenze religiose o delle modalità di espressione di queste ultime (...) e considera che questo dovere impone allo Stato di assicurare che i gruppi opposti si tollerino (...). Pertanto, il ruolo delle autorità in questo caso non è sopprimere la causa delle tensioni eliminando il pluralismo, quanto piuttosto assicurarsi che i gruppi contrapposti si tollerino a vicenda*⁷⁷.

Non sembra esistere, sfortunatamente, nessuna concordanza tra queste affermazioni e quelle impiegate dalla Camera della Corte nel caso *Lautsi*⁷⁸. Tenendo conto che questa problematica del crocifisso nella scuola non è nuova, ma che è stata affrontata negli ultimi anni da altre giurisdizioni nazionali, forse non sarebbe eccessivo compiere un ripasso di altre soluzioni di carattere più inclusivo che recentemente sono state dettate da altre giurisdizioni. Possiamo ricordare in questo senso la sentenza della Corte Costituzionale Polacca, giurisdizione che a richiesta del Difensore del popolo di questo paese ha dovuto pronunciarsi nel 1993 su questa problematica al fine di verificare la conformità con la Costituzione e altre leggi, in particolare la Legge sul sistema educativo, dell'Ordinanza dettata dal ministro dell'educazione sulle norme che dovevano disciplinare l'organizzazione delle classi di religione nelle scuole pubbliche. E dichiarando la maggioranza delle disposizioni di questa normativa pienamente costituzionali, la Corte affermò che la possibilità di esibire simboli religiosi nelle scuole polacche, come potrebbe essere il crocifisso, non violava le disposizioni costituzionali che impediscono di obbligare la partecipazione degli scolari alle attività religiose, sempre che quella esibizione avvenga su espressa richiesta degli alunni⁷⁹. E una soluzione simile la troviamo nell'ordinamento della Slovacchia, paese in cui sebbene non esista una legge che regoli l'esposizione dei simboli religiosi nello spazio pubblico, il ministro dell'educazione adottò una direttiva sul crocifisso nella

⁷⁷ Sentenza CEDU del 29 giugno 2004, *Sahin \ Turchia*, domanda n° 44774\98 sez. 107. Su questa sentenza si può vedere anche, tra le altre, ALAIN, GARAY \ EUGENIA, RELANO PASTOR, *I timori della Corte Europea dei Diritti Umani per il velo islamico: Leyla Sahin contro Turchia*⁷⁷, in *RGDCDEE*, 2006, n° 12, www.iustel.com.

⁷⁸ In questo senso, tra gli altri, ISABELLE, RORIVE, *Religious symbols in the public space: in search of a European answer*, in *Cardozo Law Review*, vol. 6-2009, pp. 2669 e ss. (2696); SUSANNA, MANCINI, *The crucifix rage: supranational constitutionalism bumps against the counter-majoritarian difficulty*, *cit.*, p. 27.

⁷⁹ Sentenza del Tribunale Costituzionale Polacco del 2 Aprile 1993, n° U12/92, *Orzecznictwo Trybunalu Konstytucyjnego w 1993 roku* (pubblicazione ufficiale), 1993, vol.1, item 12. Un riassunto si può trovare nella pagina web della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, <http://www.codices.coel/....>

scuola pubblica nella quale stabilì in modo esplicito che, se la maggioranza dei genitori degli alunni in una determinata aula desiderano che si esibisca il crocifisso, rientra nell'autorità del direttore del centro scolastico permettere la sua esposizione⁸⁰. Il fatto che l'iniziativa sull'esposizione di questi simboli parta dagli utenti del servizio pubblico di insegnamento è, a nostro avviso, una soluzione che conviene esaminare, anche se nemmeno questa è esente dai problemi che si pongono quando alcuni alunni desiderano tale esposizione e altri no, mettendo ciò in risalto la necessità di creare un sistema di soluzioni delle controversie nello stesso ambiente scolastico. Passiamo quindi a un altro precedente nel quale si stabilì un sistema con caratteristiche simili⁸¹.

È stata anche importante e controversa la sentenza della Corte federale tedesca su questa questione nel 1995⁸², anche per avere provocato un insolito rifiuto e una forte opposizione all'interno di importanti settori della società. In quella questione intervennero alcuni genitori della zona bavarese di Oberpfalz seguaci della concezione antropologica di Rudolf Steiner, tanto in

⁸⁰ Si veda, MICHAELA, MORAVCIKOVA, *Religion, law and secular principles in the slovak republic*, in *Religion and the secular state: interim national reports-the XVIIIth international Congress of comparative law*, Washington D.C.

⁸¹ È necessario menzionare anche il caso "Emil Moise", nel quale un professore e parroco della provincia rumena di Buzau richiese davanti ai Tribunali di questo paese il ritiro dei simboli della Chiesa ortodossa dalle scuole argomentando che violavano la libertà religiosa degli alunni degli altri orientamenti religiosi. Il caso è stato studiato anche dal Consiglio Nazionale contro le Discriminazioni, organo che raccomandò al Ministro dell'Educazione che adottasse una norma che regolasse la presenza di questi simboli nelle istituzioni pubbliche di insegnamento, dovendo assicurare vari parametri, cioè: l'esercizio del diritto all'educazione e l'accesso alla cultura doveva realizzarsi in condizioni di parità, doveva osservarsi il diritto dei genitori a provvedere all'educazione dei propri figli in accordo con le proprie credenze religiose e filosofiche, rispettare il carattere laico dello Stato e l'autonomia del culto religioso ed infine assicurare la libertà religiosa di tutti gli alunni. Con questi obiettivi, il Consiglio Nazionale per combattere la discriminazione raccomandava al ministro che si potessero esibire i simboli religiosi unicamente durante le lezioni di religione o in quegli spazi dedicati esclusivamente all'educazione religiosa, si veda Decision of National Council for Combating Discrimination (CNCD) n° 323/2006 del 21 Novembre 2006. Il Ministro dell'educazione ricorse a queste direttive di fronte alla Corte di Cassazione di questo paese, istanza che comportò il suo annullamento, affermando che si sarebbe dovuto imporre l'intervento dello Stato in un ambito nel quale l'esposizione dei simboli religiosi nelle istituzioni di insegnamento è di pertinenza esclusivamente della comunità di professori, alunni e genitori, sentenza n° 2393 dell'11 Giugno 2008 della Corte Suprema di Cassazione e Giustizia, caso 1327/2/2007. Un breve commento si può vedere in GABRIEL, ANDREESCU / LIVIU, ANDREESCU: *The European Court of Human Rights' Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences*, in *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, vol. 9-2010 n°26.

⁸² BverfG 1 Bvr, 1087\1981. si può trovare nella rivista *Juristenzeitung* 1995, n° 11, pp. 942 e ss.. sopra questa sentenza SANTIAGO, GONZALEZ-VARAS IBANEZ, *La polemica 'sentenza del crocifisso' (risoluzione del tribunale costituzionale tedesco del 16 maggio 1995)*, in *Rivista spagnola di diritto costituzionale*, vol. 16-1996, pp. 347-356; ALEJANDRO, TORRES GUTIERREZ, *Neutralità dello Stato e impiego dei simboli religiosi nei centri pubblici in Germania: La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 24 settembre 2003*, in *Laicità e libertà, scritti giuridici*, vol. 5-2005, n° 2, pp. 295-297.

nome proprio quanto in quello dei loro tre figli minori per la presenza dei crocifissi nelle aule in cui essi assistevano alle lezioni. Essi sostenevano che attraverso la rappresentazione di un “moribondo corpo umano” si faceva pressione sui figli a favore del cristianesimo, il che contrastava con la loro educazione ideologica e la loro concezione universale. Mentre il reclamo di fronte ai tribunali amministrativi bavaresi non ebbe esito, la Prima Camera del Tribunale costituzionale federale accolse a maggioranza la protesta costituzionale dei genitori, riconoscendo l'esistenza di una violazione del loro diritto all'educazione dei loro figli (art. 6 della Costituzione), così come della libertà religiosa nel suo versante negativo (art. 4 della Costituzione). Pertanto anche il Tribunale Federale Costituzionale tedesco arrivò alla conclusione che la presenza obbligatoria dei crocifissi nelle aule violava la libertà religiosa, anche se impiegò dei termini molto più cauti di quelli utilizzati dalla CEDU. In questo modo, sebbene negò che esistessero altri beni o valori costituzionali che potessero giustificare una limitazione della libertà religiosa negativa, come il dovere statale all'educazione o la libertà religiosa positiva degli alunni e dei genitori cristiani, si sforzò di giustificare i fondamenti della sua decisione e di creare un'atmosfera favorevole all'accettazione della sua risoluzione, mettendo in rilievo il condizionamento giuridico-culturale della comunità secolare attraverso la religione in generale e il cristianesimo in particolare⁸³. Infatti anche se all'apparenza il risultato sia lo stesso di quello raggiunto dalla Corte nella questione Lautsi, dal punto di vista della neutralità religiosa dello Stato non sembra esserlo, dal momento che il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco riconobbe la legittimità costituzionale nel fatto che lo Stato utilizzasse uno spazio di titolarità pubblica per esibire un simbolo di varie confessioni religiose (quelle cristiane), sempre senza, con ciò, violare la libertà religiosa dei membri della comunità educativa. Pertanto, la sentenza non esigeva la neutralità religiosa attiva che sembra dedursi dalla questione Lautsi, cosa che per opinione di alcuni autori si deve al fatto che proprio il Tribunale tedesco

⁸³ In questo senso, quando segnala: “Analogamente, uno stato che in modo ampio assicura la libertà religiosa e che pertanto si obbliga anche a mantenere una neutralità religiosa-ideologica, non può disfarsi delle convinzioni e dei valori culturali ereditati e radicati storicamente, sui quali si poggia la permanenza dell'unità sociale e dai quali dipende anche l'adempimento dei propri compiti. La religione cristiana e le chiese cristiane, indipendentemente da come si vuole giudicare la loro eredità, hanno esercitato una straordinaria influenza. Le tradizioni del pensiero, delle esperienze vitali o dei modelli di condotta derivati da quelle, non possono risultare indifferenti allo Stato. Ciò ha una speciale rilevanza in ciò che si riferisce alla scuola, nella quale in modo distaccato sono trasmesse e rinnovate le basi culturali della società. Inoltre lo Stato, che obbliga i genitori a mandare i propri figli nelle scuole statali, può prendere in considerazione la libertà religiosa di quei genitori che desiderano un'educazione religiosa”, BverfGE in Bd. 93, s.1 (22).

faccia prevalere nel crocifisso l'aspetto simbolico di un'etica occidentale democratica (secolarizzazione di certi valori cristiani) di fronte al suo significato religioso, la cui rilevanza appare solo quando con questo si lesiona la libertà religiosa negativa dei presenti⁸⁴.

Come conseguenza di questa distinta impostazione, il Regolamento dei centri scolastici del Land della Baviera, che era stato dichiarato nullo in questo punto dal Tribunale Costituzionale, non tardò ad essere modificato mediante la Legge sul regime giuridico dell'educazione e dell'insegnamento, la quale permette la presenza dei crocifissi nelle scuole pubbliche, dal momento che questi esprimono i valori etici democratici della cristianità occidentale. Ciononostante, il Tribunale costituzionale avvertiva che questi simboli dovevano essere tolti quando alcuni alunni si opponevano alla loro presenza per motivi di coscienza seri e fondati. Infatti, nonostante la sentenza del Tribunale Costituzionale tedesco fosse oggetto di forti critiche, una sua

⁸⁴ Un'opinione simile sembrano seguire le pronunce delle giurisdizioni interne italiane su questa problematica. In questo senso il Consiglio di Stato italiano si pronunciò nel 2006 sopra i fatti del caso Lautsi, limitandosi a considerare che la libertà religiosa non era stata violata, in quanto il crocifisso non era semplicemente un simbolo religioso, ma incarnava anche i valori laici della Costituzione italiana e costituiva un'icona naturale, sentenza del 13 febbraio 2006 del Consiglio di Stato n° 7314/2006, consultabile in http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=3517. Secondo il Consiglio di Stato, il crocifisso rappresenta un segno dell'identità nazionale che non si può considerare una minaccia per la libertà di coscienza, ma che, al contrario, permette ai bambini, specialmente a quelli estranei alla comunità, di percepire i valori della tolleranza iscritti nella Costituzione. Alcuni autori della dottrina italiana sembrano interpretare questa sentenza nel senso che la presenza del crocifisso nelle scuole di questo paese sarebbe appoggiata dalla maggioranza come un'espressione della peculiare laicità di questo paese, dando rilevanza costituzionale alla propria tradizione culturale. Si veda, tra gli altri, JLIA, PASQUALI CERIOLI, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa*, consultabile in http://www.statoe_chiese.it/index.php?option=com_content&task=view&id=244&Itemid=40; NATASCIA, MARCHEI, *Il simbolo religioso e il suo regime giuridico nell'ordinamento italiano*, in EDOARDO, DIENI - ALESSANDRO, FERRARI - ALESSANDRO, PACILLO, *Simboli religiosi, diritti nell'Europa multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 261-301. Oltre alla sentenza citata si può vedere la sentenza del Consiglio di Stato del 27 aprile 1988 n° 63, consultabile in http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=730. Il nostro dubbio si pone perché basare questa problematica sulla tradizione culturale sembra una visione riduttiva che anche i cristiani impegnati dovrebbero rifiutare. Con ciò questa teoria della secolarizzazione dei simboli religiosi gode di un certo sostegno di fronte al nostro tribunale Costituzionale, organo che ha segnalato che, quando confluiscono in un simbolo religioso insieme al suo significato originale religioso, e ad altri di carattere storico, culturale, etc., non si può attribuire alla loro collocazione o mantenimento una motivazione esclusivamente religiosa. STC del 6 Giugno 1991, riferita alla rimozione dell'immagine della Madonna della Sapienza dallo scudo dell'Università di Valencia. E sicuramente darà un'opinione simile prossimamente, quando si pronuncerà sul fatto se l'Immacolata possa essere la patrona del Collegio Degli Avvocati di Siviglia nell'ambito del ricorso presentato da un avvocato contro la decisione di questo collegio rifiutando la sua rimozione, giustificandolo con il fatto che si tratta di una tradizione secolare. Previamente il Tribunale di Giustizia di Andalusia aveva già deciso nel 2006 che il patrocinio suppone soltanto il riconoscimento di una tradizione storica che non limita la libertà religiosa, rifiutando l'argomento ricorrente dell'avvocato.

diversa redazione permise di stabilire una norma denominata di contraddizione, secondo la quale si stabilisce sin dal principio la presenza di una croce o un crocifisso nelle aule scolastiche del Land della Baviera. Nel caso in cui per motivi ragionevoli sorga un conflitto con i genitori o gli alunni, il direttore della scuola ha l'obbligo di sforzarsi a ricercare una soluzione che, a seconda delle circostanze, potrebbe anche portare al ritiro di detto simbolo. E la legalità di questo sistema di soluzione di controversie fu anche messa in discussione di fronte ai tribunali tedeschi, malgrado il Tribunale amministrativo federale avesse ritenuto che era pienamente costituzionale⁸⁵. Come già abbiamo segnalato, si tratta di una questione che riteniamo importante: la necessità di stabilire un sistema di soluzioni delle controversie nella scuola quando un alunno o i suoi genitori sollecitino l'esposizione o la rimozione dei simboli religiosi. Anche noi ci azzarderemo a pensare che la CEDU conceda importanza a questa questione nella sentenza che in futuro potrebbe dettare la Grande Camera nel caso Lautsi, a giudicare dalle domande poste dai magistrati alle parti durante lo sviluppo del giudizio. È tuttavia dubbio se, nonostante l'obbligo regolamentare di esporre il crocifisso, un meccanismo con queste caratteristiche esista in Italia, considerando che nella sentenza della Camera della CEDU si dice semplicemente che, prima della richiesta della querelante, fu la direzione della scuola a decidere di permettere l'esposizione dei crocifissi nelle aule⁸⁶.

Veniamo a un altro precedente di carattere inclusivo come quello dettato nel 1990 dal Tribunale Federale svizzero riguardo a questa stessa materia⁸⁷. In questa sentenza la giurisdizione affermò il dovere di neutralità dello Stato laico⁸⁸, sebbene al fine di conciliare la libertà religiosa delle minoranze con

⁸⁵ Si vedano le Decisioni del Tribunale Amministrativo Federale. Compilazione Ufficiale (BVerwGE) Bd. 109, S. 40.

⁸⁶ Sentenza CEDU Lautsi, c. 8. Si osservi tuttavia che la camera della CEDU si interessò per cercare possibili alternative, interrogando le parti circa le conseguenze previste dalla Legge italiana nel caso in cui un professore decidesse di non esporre o di togliere il crocifisso dalle aule o nel caso in cui insieme al crocifisso si decidesse di esporre altri simboli religiosi, Comunicazione inviata alle parti dalla Camera della CEDU il 3 Luglio 2008.

⁸⁷ Sentenza del Tribunale Federale svizzero del 26 Settembre 1990, 3 SchwBGER, in BGE, Bd.116 I a, S. 352.

⁸⁸ *“La Confederazione Svizzera è uno Stato Laico, tale laicità si riassume in un obbligo di neutralità che le impone di astenersi, negli atti pubblici, da qualsiasi considerazione confessionale suscettibile di compromettere la libertà del cittadino all'interno di una società pluralista (...). Nel caso del crocifisso (...) è concepibile che chi frequenta la scuola pubblica veda nell'esposizione di tale simbolo la volontà di aderire alle concezioni della religione cristiana in materia di insegnamento o che pongono l'insegnamento sotto l'influenza di tale religione. Non bisogna escludere che alcune persone possano sentirsi pregiudicate nelle proprie convinzioni religiose per la presenza costante nella scuola di un simbolo di*

la tradizione e il substrato cattolico della società di questo paese segnalò che la presenza del crocifisso deve permettersi nei luoghi comuni della scuola o nelle aule in cui si imparte la materia della religione⁸⁹. Si tratta di una soluzione di compromesso che tenta di garantire la libera formazione della coscienza dell'alunno, rispettando allo stesso tempo la tradizione storica del paese, quindi il contrario sarebbe disconoscere il versante positivo della laicità⁹⁰. A questa stessa conclusione arrivò il Difensore del popolo Andaluso, istituzione che ebbe anche occasione di pronunciarsi su questa questione a causa di una lamentela presentata dall'associazione Pi&Maragall riguardo i crocifissi esposti nel collegio pubblico Virgen de la Cabeza di Motril, nella provincia di Granada⁹¹. Nella sua relazione su questa denuncia, il Difensore ritenne che la presenza di questa simbologia dovesse circoscriversi alla sua collocazione sulle pareti o nei luoghi che non implicassero l'estensione del loro significato a tutti coloro che compongono la classe scolastica senza alcuna distinzione possibile, concludendo che i simboli religiosi collocati nelle aule dove si impartiscono insegnamenti obbligatori potevano violare il diritto alla libertà religiosa e, pertanto, dovevano essere rimossi quando così era richiesto da chi si considerava colpito⁹².

una religione alla quale non appartengono. Ciò può avere delle conseguenze nell'educazione spirituale degli alunni e delle proprie convinzioni religiose (...) Pertanto lo Stato deve evitare di identificarsi con una religione (maggioritaria o minoritaria), pregiudicando le convinzioni dei cittadini che appartengono a confessioni diverse (...)"

⁸⁹ Un esame dettagliato di questa sentenza si può vedere in JÖRG, LUTHER, *La croce della democrazia. Prime riflessioni su una controversia non risolta*", in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1996, n° 3, pp. 686 e ss.

⁹⁰ In questo senso, GLORIA, MORENO BOTELLA, *Crocifisso e scuola in Spagna*, in *RGDCDEE*, 2003, n° 2, www.iustel.com, pg. 1-34 (31).

⁹¹ Riteneva, questa associazione, che doveva essere rispettata la libertà di coscienza degli alunni che non avevano credenze religiose o che non condividevano quella cattolica, perciò ritenevano che nessun simbolo religioso si doveva esibire o presiedere in aula, dovendosi circoscrivere l'uso di questo all'ambito privato negli spazi o nelle aree che non fossero di titolarità pubblica.

⁹² Rapporto del Difensore del Popolo Andaluso del 6 agosto 2001, p. 10 (lo si può consultare in <http://www.defensorand.es>). In precedenza, il Difensore aveva segnalato che l'aconfessionalità dello Stato non implicava in nessun caso che allo Stato fosse precluso di realizzare funzioni che sembravano avere connotazioni religiose o di relazionarsi con una o un'altra confessione, sempre che non si vulnerasse il diritto alla libertà religiosa e alla non discriminazione, aggiungendo che il trattamento speciale che, in sua attuazione, lo Stato concede alla Chiesa cattolica non implica necessariamente un trattamento discriminatorio che violi il principio di uguaglianza che si deve predicare in situazioni simili. Nella sua opinione, ciò è così perché non esiste uguaglianza nel fenomeno religioso, data la maggior predica del credo cattolico nella nostra società e, pertanto, aggiunge il Difensore del popolo, una condotta dello Stato che si orienti a favore dell'esercizio della libertà religiosa della maggioranza degli spagnoli non solo è valida, ma anche positiva e lodevole, sempre che non si violi il contenuto essenziale del diritto alla libertà religiosa di ciascuno spagnolo.

Su questa stessa questione ebbe anche modo di pronunciarsi il Tribunale Superiore di Giustizia della Comunità Autonoma di Castiglia e Leon nella sentenza del 20 settembre 2007⁹³, organo che tentò di adottare una decisione definitiva riguardo alla questione della presenza del crocifisso nella scuola, affermando che il ritiro di tutti i simboli religiosi da un istituto pubblico, in virtù del principio di libertà religiosa e della dichiarazione di aconfessionalità dello Stato, non era l'unica soluzione possibile: “ (...) di fronte alla collocazione, il ritiro o il mantenimento di qualsiasi simbolo religioso sono possibili differenti posizioni. A titolo meramente dialettico ci si può azzardare a dire che la collocazione o il ritiro di un simbolo religioso assolutamente contrario alle religioni professate da tutti gli alunni del centro non sarà un comportamento adeguato all'ambiente del centro educativo. Al contrario, la collocazione o il ritiro di un simbolo conforme alle credenze della totalità degli alunni non violerà la loro libertà religiosa e inoltre sarà pienamente adeguato all'ambiente sociale della scolaresca. Tra questi due estremi c'è anche posto per soluzioni intermedie che possono risolvere i conflitti all'interno dell'ambiente sociale e di una scolaresca multiculturale. Si pensi ancora a titolo ipotetico che questo centro, attraverso il proprio Consiglio scolastico, decida, tenendo conto delle richieste ricevute, il mantenimento o la collocazione di alcuni simboli religiosi in certe aule e non in altre, secondo la concreta composizione delle stesse e sempre laddove tale scelta sia possibile⁹⁴. Infine questo tribunale affermò che l'organo competente a decidere circa la presenza dei simboli religiosi nelle aule dei collegi pubblici è il Consiglio scolastico.

La questione tornò di fronte a questo stesso tribunale nel 2009, a causa di un ricorso contro una sentenza del Tribunale del contenzioso amministrativo N° 2 di Valladolid dettata a favore di un gruppo di genitori che avevano sollecitato il ritiro dei crocifissi dalle aule della scuola pubblica Macias Picabea (Valladolid) nella quale studiavano i loro figli. Quella giurisdizione aveva ritenuto che il significato religioso di quei simboli restava fuori da ogni dub-

⁹³ Sentenza del TSG di Castiglia e Leon, Camera del Contenzioso-Amministrativo, sez. 3a, del 20 Novembre 2007, n° 1617\2007, Rec.180\2007. Rel.: Zatarain Valdemoro, Francisco Javier (RJCA 2008\109).

⁹⁴ Ibid., fondamento n° 5. In opinione del SANTIAGO, CAÑAMARES ARRIBAS, *Trattamento della simbologia religiosa nel Diritto Spagnolo: proposta di fronte la riforma della Legge Organica della Libertà religiosa*, in RAFAEL, NAVARRO-VALLS\ JOAQUIN, MANTECON SANCHO \ JAVIER, MARTINEZ TORRON, *La libertà religiosa e la sua regolazione legale*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 521-551; questa decisione salomonica, oltre ad essere di difficile applicazione pratica, non affronta il *panctum dolens* del problema: la compatibilità dei simboli religiosi nei centri educativi alla luce del disposto degli articoli 16 e 17 della Costituzione spagnola. Ciò si deve, nell'opinione di questo autore, al fatto che la Corte considerò che questa questione era rimasta fuori dal ricorso in appello.

bio e che l'apologia di una determinata fede religiosa nel sistema pubblico di insegnamento si scontrava con il pluralismo e la libertà religiosa che proclama la nostra Costituzione. La giunta di Castiglia e Leon e l'associazione E-Cristians si appellarono contro questa sentenza e il 14 dicembre 2009 il Tribunale Superiore di giustizia di Castiglia e Leon accettò in parte gli argomenti addotti dai ricorrenti, applicando solo in modo parziale la sentenza della Corte EDU sulla questione *Lautsi*⁹⁵. In questo modo, di fronte al precedente negativo della CEDU che condannò la presenza del crocifisso nelle aule, il Tribunale Superiore di Giustizia ne ammise il ritiro solo nelle ipotesi in cui intervenisse una richiesta esplicita da parte dei genitori. In tal caso, afferma l'organo giudiziale, si dovrà tener conto "*del diritto del richiedente*"⁹⁶.

La conclusione che possiamo trarre da queste sentenze è che, di fronte al confronto dei vari diritti antagonisti, la soluzione non può trovarsi in posizioni radicali o massimaliste, ma che è necessario trovare un ambito di tolleranza e di esercizio di diritti soddisfacente, soprattutto quando l'ordine pubblico europeo non richieda una soluzione radicale, affinché gli Stati membri garantiscano luoghi liberi ed estranei all'elemento religioso⁹⁷, anche se la diversità del patrimonio costituzionale preferisce piuttosto garantire la convivenza delle diversità e del pluralismo. Infatti l'ordine pubblico paneuropeo non sembra permettere che si possa imporre agli alunni e ai loro genitori la presenza del crocifisso o dei simboli religiosi nelle aule contro la loro volontà, sebbene non esiga nemmeno in modo generale e assoluto la loro scomparsa. Il secondo insegnamento sembra essere l'importanza concessa all'iniziativa degli utenti del servizio di insegnamento e di tutti gli attori in esso implicati, senza che

⁹⁵ Nell'opinione della MARTA, IGLESIAS BERLANGA, *Crocifisso nelle aule? Caso Lautsi vs Italia (ricorso n° 3081\06)*. Sentenza della CEDU del 3 novembre 2009, *Rivista generale di diritto europeo*, 2010, n° 20, pp. 1-12 (8): la ragione che ha apportato il TSG considerando parzialmente la sentenza di Strasburgo si deve al fatto che i criteri fissati dalla CEDU sono un giudizio interpretativo a seguire. Tuttavia, il grado di influenza che le sue sentenze devono avere nell'interpretazione del diritto interno deve essere ponderato al fine di evitare una sua estrapolazione lineare o letterale.

⁹⁶ Si può anche registrare la Sentenza n° 156\10 dettata lo scorso 30 aprile 2010 dal Tribunale del Contenzioso Amministrativo, n° 3 di Saragozza, respingendo il ricorso del Movimento Verso Uno Stato Laico presentato contro il Regolamento del Protocollo del Comune di Saragozza. Questa associazione pretendeva di annullare la decisione del Sindaco di mantenere il crocifisso nella Sala Plenaria. La Sentenza affermava che il fatto che esista una neutralità dello Stato in materia di libertà religiosa non significa che i poteri pubblici debbano svolgere una specie di persecuzione del fenomeno religioso o di qualsiasi manifestazione di tipo religioso. E ricorda, inoltre, che lo stemma di Aragona, riconosciuto nel suo Statuto di Autonomia vigente, comprende tre croci, e se queste si sopprimessero, reputa questo Tribunale, questo stemma non sarebbe più quello di Aragona.

⁹⁷ In questo senso, JAVIER, MARTINEZ TORRON, "*Simboli religiosi e Spazio Pubblico*", in MARIA, BLANCO - BEATRIZ, CASTILLO - JOSE ANTONIO, FUENTES - MIGUEL, SANCHEZ-LASHERAS, *Scritti di diritto ecclesiastico e diritto canonico in onore del professore Juan Fornes*, Granada, 2010 pp.709-732.

risulti necessaria una tutela diretta dello Stato, sia per richiedere l'esposizione di questi simboli, sia per sollecitarne la rimozione o infine per risolvere i conflitti che inevitabilmente si pongono. Come abbiamo già segnalato, non esiste sicuramente un unico modo di risolvere questo conflitto, ma dipenderà piuttosto da variabili come la storia, la tradizione, la cultura, l'evoluzione della società... tutti gli attori implicati dovrebbero pertanto intraprendere un dibattito distaccato e riflessivo, quando sorga una di queste controversie, riguardo al miglior modo di realizzare una scuola inclusiva, che mostri rispetto per le diverse religioni e per il secolarismo. A volte è possibile che il risultato di questo dibattito sia la rimozione di tutti i simboli religiosi, o forse solo di qualcuno, o magari di nessuno; o piuttosto la soluzione richiede l'aggiunta di altri simboli religiosi, oltre al crocifisso, o meglio che in alcune aule appaiano questi simboli e in altre no, come gesto verso il pluralismo della società. In ogni caso e da una prospettiva più generale, la neutralità dello Stato di fronte all'elemento religioso non deve essere intesa come una situazione artificiale nella quale le autorità pubbliche devono garantire ambiti liberi dalla religione, bensì il ruolo dello Stato deve essere imparziale nell'esercizio delle diverse religioni, culti e credenze, contribuendo ad assicurare la pace religiosa e la tolleranza in una società democratica. In definitiva, il ruolo delle autorità pubbliche in questo dibattito non deve essere quello di eliminare la causa delle tensioni, quanto piuttosto assicurarsi che i gruppi opposti si tollerino tra loro⁹⁸.

5. Conclusioni

Confrontandosi con il tema del conflitto sui simboli religiosi, la CEDU vuole mostrare rispetto per le peculiarità degli Stati membri attraverso la dottrina del margine di apprezzamento, conferendo loro una certa discrezionalità nel permettere in modo neutro e imparziale l'esercizio delle diverse religioni. E una soluzione simile sembra adottarsi nello spazio di solidarietà ristretta che rappresenta l'Unione Europea attraverso il principio di sussidiarietà. Lungi da ciò la Camera della CEDU, evitò, nel caso Lautsi, di ricorrere a questa dottrina per risolvere la controversia relativa all'esposizione del crocifisso nella scuola italiana, il che mette in discussione se lo schema tradizionale di relazioni tra la Chiesa e lo Stato mantenuto fino ad ora nello spazio paneuropeo continui ad essere valido, poiché dai suoi considerando sembra farsi

⁹⁸ Sentenza CEDU Sahin\Turchia, paragrafo 107.

strada l'idea che un ambiente scolastico inclusivo e aperto richieda necessariamente l'esclusione di tutti i simboli religiosi. Nonostante ciò è in dubbio che l'ordine pubblico europeo, la cui salvaguardia è garantita dalla CEDU, esiga una completa armonizzazione affinché tutti gli Stati membri garantiscano luoghi scevri e liberi dall'elemento religioso, accogliendo una concezione del pluralismo basata sull'assenza di qualsiasi impostazione religiosa o filosofica dell'ambito pubblico, anche se attualmente ci troviamo in un momento di evoluzione del contesto sociale e politico generale, dovuto fondamentalmente alla diversità che sembra emergere dalla nostra società. L'emergenza legata a questo pluralismo e l'eterogeneità del patrimonio costituzionale paneuropeo sembrano prediligere piuttosto la possibilità di garantire la convivenza della diversità e un ragionevole appianamento delle differenze, anche se questi simboli possono convertirsi facilmente in catalizzatori di conflitti, generando uno scontro tra il pluralismo etnico-religioso e la tradizionale realtà dei nostri ordinamenti giuridici.

Si potrebbe pensare che ci troviamo di fronte ad un'apparente strada senza uscita, poiché il riferimento alla religione offende la sensibilità costituzionale laica, mentre il silenzio e le pareti vuote fanno lo stesso con la sensibilità costituzionale religiosa. Infatti, l'esposizione di questi simboli implica in modo inevitabile un trasferimento in ambito pubblico dell'elemento religioso che può essere visto da alcuni, se sono lontani da queste credenze, come un messaggio di esclusione. Allo stesso tempo la proibizione dell'esposizione di questi simboli può offendere in alcuni paesi i sentimenti della maggioranza dei cittadini. Ciò vuol dire che, qualsiasi decisione si adotti nell'uno o nell'altro senso, essa apparirà come carente di neutralità per una parte della cittadinanza. Ciononostante, si potrebbe anche pensare che entrambe le opzioni siano espressioni ugualmente valide del patrimonio costituzionale paneuropeo, senza che nessuna debba imporsi sull'altra. La via d'uscita non crediamo che possa essere diversa rispetto ad un'autentica tolleranza da parte di entrambe le posizioni rivolte a realizzare un autentico pluralismo.

La difficoltà di riconciliare il costituzionalismo con la religione non può portare a privilegiare, nella simbologia dello Stato, una visione del mondo rispetto ad un'altra, facendola passare per neutralità, perché ciò significherebbe garantire esclusivamente la libertà negativa, ossia, rispetto alla religione e non anche la libertà religiosa positiva. Quando si proibiscono in modo tassativo tutti i simboli di significato religioso, più che permettere la libertà religiosa la si sta eliminando e si realizza così in modo implicito una sorte di cenno di assenso circa le credenze religiose. La neutralità dello Stato di fronte all'elemento religioso non dovrebbe consistere nel sopprimere la causa delle tensioni, garantendo spazi liberi dalla religione, quanto piuttosto assicurare

che i gruppi opposti si tollerino tra loro. Solo così la dottrina della CEDU sarà ben accolta da parte del pubblico paneuropeo in generale, dal momento che questo influisce inevitabilmente sulla sua reputazione collettiva in quanto giurisdizione internazionale. Non ci sono dubbi sul fatto che la Camera della CEDU ha posto dinanzi a sé, con la risoluzione finale della questione *Lautsi*, una grande sfida per rafforzare la fiducia che i cittadini sempre hanno riposto nelle sue decisioni.

Prendendo in considerazione i particolari fatti del caso *Lautsi*, è abbastanza improbabile che esista un indottrinamento da parte dello Stato italiano, perché la nozione di pluralismo impiegata nella Convenzione EDU non sembra impedire che una maggioranza democraticamente eletta conceda un riconoscimento ufficiale e una pubblica identificazione con una determinata confessione religiosa, sempre che con ciò non si pregiudichi il rispetto per le altre convinzioni religiose e filosofiche. La CEDU non impedisce neanche agli Stati membri di diffondere attraverso l'insegnamento informazioni o conoscenze che abbiano direttamente o indirettamente un carattere religioso o filosofico, né autorizza i genitori a opporsi all'integrazione dell'elemento religioso nella scuola.

Confrontate con questa stessa controversia, nella quale si affrontano inevitabilmente gli esercizi dei vari diritti antagonisti, le altre giurisdizioni europee hanno abbandonato posizioni radicali o massimaliste, tentando piuttosto di trovare un ambito di tolleranza esente da una tutela di tipo statale che, in nome di una incerta neutralità, tenti di evitare i conflitti mediante l'esilio di ogni accezione religioso dell'educazione. Al contrario, l'educazione può essere uno strumento essenziale per creare un'autentica cultura dei diritti umani nella società e una scuola come luogo appropriato per apprendere la pace, la comprensione e la tolleranza tra le persone, i gruppi e le nazioni e sviluppare il rispetto del pluralismo e il dialogo tra le religioni, il che risulta fondamentale per prevenire i conflitti⁹⁹. Da questa prospettiva, queste altre giurisdizioni tentarono di trovare una modalità di esercizio dei diritti soddisfacente, cercando di garantire la convivenza della diversità e del pluralismo e per questo appoggiarono l'iniziativa degli utenti del servizio di insegnamento e tutti gli attori implicati. Seguendo questa impostazione, sicuramente non esiste un unico modo di risolvere questo conflitto, ma dipenderà piuttosto da variabili come la storia, la tradizione, la cultura, l'evoluzione della società... Tutti gli attori implicati dovrebbero pertanto poter intraprendere un dibattito

⁹⁹ Si veda in questo senso la Relazione della Relatrice Speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di religione o di fede, Sra. ASMA JAHANGIR, doc. A/62/280, del 20 agosto 2007, c. 31.

distaccato e riflessivo nel momento in cui sorga una di queste controversie sulla migliore maniera di realizzare una scuola inclusiva che mostri rispetto per le diverse religioni e per il secolarismo. E a volte è possibile che il risultato di questo dibattito sia la rimozione di tutti i simboli religiosi, o chissà solo di qualcuno, o magari di nessuno. O piuttosto la soluzione può richiedere l'aggiunta di altri simboli religiosi, oltre al crocifisso, o meglio che in alcune aule appaiano questi simboli e in altre no.

In ogni caso e da una prospettiva più generale, la neutralità dello Stato rispetto all'elemento religioso non deve essere intesa come una situazione artificiale nella quale le autorità pubbliche devono garantire ambiti liberi dalla religione, bensì che il ruolo dello Stato deve essere imparziale nell'esercizio delle diverse religioni, culti e credenze, contribuendo ad assicurare la pace religiosa e la tolleranza in una società democratica. È abbastanza incerto che la laicità debba essere necessariamente basata su un secolarismo coercitivo che prevalga sui sentimenti religiosi della cittadinanza. Anche se è certo che le maggioranze devono imparare ad essere sensibili con i sentimenti religiosi delle minoranze, l'alternativa opposta, basata sul rispetto, merita pure protezione. È difficilmente concepibile che l'unico modo di inviare un messaggio di inclusione alle minoranze richieda inevitabilmente di ignorare i sentimenti delle maggioranze. Da questa prospettiva, la laicità secondo il costituzionalismo occidentale non pare che debba essere interpretata come un secolarismo imperativo che richieda necessariamente di rimuovere tutti i simboli religiosi con l'apparente intenzione di creare un ambiente culturale inclusivo. Nemmeno sembra che implichi indifferenza verso il fenomeno religioso nello spazio pubblico, né che richieda un'assoluta neutralità dello Stato verso le distinte manifestazioni del fenomeno religioso, né che renda necessario escludere forme di collaborazione tra lo Stato e le confessioni religiose. Al contrario, una laicità aperta al pluralismo della società civile non sembra escludere che il linguaggio dei simboli in luoghi specifici, come possono esserlo quelli educativi, possa assumere forme religiose qualora siano capaci di comunicare valori universali. Da questo punto di vista, l'obbligo di esporre il crocifisso nella scuola pubblica non ha motivo di contraddire necessariamente il principio di laicità.

“Frate sole” e il fotovoltaico. Il ruolo della parrocchia e la tutela dell’ambiente tra normativa statale e magistero della chiesa cattolica

ANGELA PATRIZIA TAVANI

1. Premessa

Viene denominata *impresa sociale*¹ ogni organizzazione privata che esercita in via stabile e principale un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale (art. 1, comma 1 D.lgs. 24 marzo 2006, n. 155)².

I beni e servizi di utilità sociale sono quelli prodotti in specifici settori di attività: l’assistenza sociale, l’assistenza sanitaria e socio-sanitaria, l’educazione, istruzione e formazione, la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, la valorizzazione del patrimonio culturale, il turismo sociale, la formazione universitaria e post-universitaria, la ricerca ed erogazione di servizi culturali, la formazione

¹ Sull’argomento cfr. FRANCESCO ALLEVA, *L’impresa sociale italiana*, Giuffrè, Milano, 2007; ANTONIO FUCCILLO, *Disciplina dell’impresa sociale. Commento al decreto legislativo 155/2006, N.L.C.C.*, n. 1, 2007, pp. 317-336; GIORGIO VITTADINI, *A proposito di impresa sociale*, *Non profit*, n. 4, 2006, pp. 643-652; PATRIZIA CLEMENTI, *Il “ramo inlus” dell’ente ecclesiastico*, *exLege*, n. 2, 2006, pp. 53-60; FABRIZIO CAFAGGI, *La legge delega sull’impresa sociale: riflessioni critiche tra passato (prossimo) e futuro (immediato)*, *Impresa sociale*, n. 2, 2005, pp. 62-73; PIERLUIGI CONSORTI, *La disciplina dell’impresa sociale e il 5 per mille*, *QDPE*, n. 2, 2006, pp. 457-474; ANDREA BETTETINI, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e disciplina dell’impresa sociale. L’esercizio in forma economica di attività socialmente utili da parte di un ente religioso*, *Ius Ecclesiae*, n. 18, 2006, pp. 719-740; ANTONIO URICCHIO, *Verso una disciplina tributaria dell’impresa sociale: prime considerazioni alla luce del d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, nel vol. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto Anno I*, vol. 1, Cacucci, Bari, 2008, pp. 277-289.

² Precisa il legislatore: *ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile*. In tal modo si sancisce per legge che anche società nate al fine di esercitare attività economiche con lo scopo di dividerne gli utili, possono al tempo stesso escludere lo scopo lucrativo, e se le attività esercitate sono di utilità sociale accedono alla qualifica di impresa sociale. Così PIERLUIGI CONSORTI, *La disciplina dell’impresa sociale*, cit., p. 464. Inoltre, per attività principale, si intende quella per la quale i relativi ricavi sono superiori al sessanta per cento dei ricavi complessivi dell’organizzazione che esercita impresa sociale. I criteri per il computo di tale percentuale sono definiti con decreto del Ministro delle attività produttive e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art. 2, comma 3).

extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo, i servizi strumentali alle imprese sociali (art. 2, comma 1)³.

Il decreto legislativo sull'impresa sociale si rivolge oltre che a tutte le organizzazioni private, le quali, in presenza di determinati requisiti espressi dalla normativa, esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, anche agli enti ecclesiastici e agli enti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 1, 3° comma)⁴.

La suddetta normativa recentemente introdotta ha prodotto un ampliamento dello spettro delle attività di utilità sociale che un ente di ispirazione religiosa può svolgere: a quelle tipicamente diverse di assistenza e beneficenza si aggiungono altre attività finalizzate ad assicurare una migliore qualità delle condizioni di vita, che attualmente sono oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore statale e non solo. In particolare ci riferiamo al settore della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che, come vedremo, è destinato a trovare spazio rispetto alle aree di attività tipicamente svolte dagli enti ecclesiastici. Sintomo questo dell'attenzione sempre più crescente nella nostra società verso il ruolo giocato dal fattore religioso, anche attraverso la normativa unilaterale statale, come quella sull'impresa sociale, che in dottrina viene interpretata come *nuova modalità di tutela della libertà religiosa*⁵.

Non sono oggetto di analisi nel presente lavoro i requisiti formali previsti dalla normativa sull'impresa sociale con riguardo agli enti religiosi definiti

³ Giova rilevare che i settori delle attività non coincidono con quelli indicati nell'art. 10 del d.lgs. 460/1997 in materia di Onlus. Infatti nel recente decreto mancano, oltre lo sport dilettantistico, i settori della beneficenza e della tutela dei diritti civili. Sono, invece, stati inseriti il turismo sociale, la formazione universitaria e post-universitaria, la ricerca ed erogazione di servizi culturali, la formazione extrascolastica finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo. La dottrina giusciviltistica ha rilevato una *vistosissima omissione* dell'ambito sportivo dilettantistico, forse ricomprensibile, all'interno della *formazione extrascolastica*. Cfr. FRANCESCO ALLEVA, *op. cit.*, p. 86.

⁴ Il requisito causale e finalistico dell'impresa sociale è dato da un lato dall'utilità sociale dell'attività svolta, cui è strettamente connessa la finalità non lucrativa che si ravvisa proprio nei vincoli imposti dal legislatore: il primo è quello di destinazione degli utili o avanzi di gestione che devono essere impiegati per lo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio (art. 3, comma 1); il secondo è rappresentato dal divieto di distribuzione, anche indiretta, di utili o avanzi di gestione (art. 3, comma 2). Sull'argomento del *non distribution constraint* cfr. GAETANO PIEPOLI, *Gli enti «non profit»*, nel vol. *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Cedam, Padova, 1997, pp. 347 ss.

⁵ Cfr. ANTONIO FUCILLO, *Giustizia e religione*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 62.

in dottrina, enti di struttura⁶. Né pare opportuno in questa sede soffermarsi sulla disparità di trattamento tra confessioni munite di intesa e confessioni non convenzionate con lo Stato, più volte rilevata in dottrina⁷.

Riteniamo utile evidenziare che gli enti religiosi imprenditori, laddove abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica da parte dello Stato, assumono la qualifica di “ecclesiastici” e posseggono in quanto tali, sotto il profilo fiscale, la natura di enti “non commerciali”, non esercitando in modo prevalente ed esclusivo un’attività commerciale⁸.

Certamente, come evidenziato in dottrina fin da subito, si ha l’impressione che i termini utilizzati dal legislatore sull’impresa sociale non offrono una qualificazione appropriata del fenomeno delle forme organizzative influenzate dal fattore religioso, *per cui occorreranno vari atti di coraggio nell’interpretazione del testo, al fine di assumere una nozione di ente ecclesiastico nel sistema dell’impresa sociale, condivisibile almeno dai più*⁹.

Al fine di favorire un ordine sistematico delle varie realtà ecclesiali che ambiscono a diventare impresa sociale alcuni autori hanno fatto rientrare

⁶ Per una analitica ripartizione degli adattamenti previsti dal d. lgs. 155/2006 tra enti di struttura (enti ecclesiastici civilmente riconosciuti) ed enti di funzione (enti che possono avere un collegamento formale o teleologico con la confessione cui si ispirano), cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Disciplina dell’impresa sociale*, cit., pp. 323 ss. e ANDREA BETTETINI, SIMONA GIACCHI, *Gli enti ecclesiastici e la disciplina dell’impresa sociale, Il Diritto Ecclesiastico*, n. 2, 2010, pp. 144 ss.

⁷ La disparità di trattamento tra confessioni che hanno stipulato intese e confessioni che non ne abbiano stipulato sembrerebbe costituire una violazione del principio di uguaglianza nel suo combinato con quello di libertà religiosa. Cfr. per tutti ANDREA BETTETINI, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, cit., pp. 727-729. Sul possibile contrasto col principio di equiparazione, operante agli effetti tributari (sebbene con riguardo al d.lgs. 460/1997 sulle Onlus), cfr. ANTONIO GUARINO, *Diritto ecclesiastico tributario e art. 20 della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2001, pp. 143 ss.

⁸ Sono attività commerciali le cessioni di beni e le prestazioni di servizi a terzi dietro pagamento di corrispettivo.

⁹ ANTONIO FUCCILLO, *Disciplina dell’impresa sociale*, cit., 321. A tal proposito, la dottrina sembra essere divisa sulla possibilità che gli enti c.d. funzionali possano assumere la qualifica d’impresa sociale; si sostiene, infatti, da parte di alcuni autori che questa sia riservata esclusivamente agli enti di struttura. Cfr. LUCIANO MUSSELLI, VALERIO TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Cacucci, Bari, 2000, p. 220. I sostenitori di questa tesi più restrittiva fondano le proprie ragioni sulla previsione di cui all’art. 5, comma 4 del d.lgs. 155/2006 in virtù del quale l’ente ecclesiastico civilmente riconosciuto che voglia costituire un’impresa sociale non deve farlo per mezzo di un atto pubblico, ma semplicemente con il deposito del regolamento; tali enti avrebbero, infatti, già *superato lo scoglio procedurale della loro specifica costituzione in “forma solenne”, vale a dire il riconoscimento da parte dello Stato e, dunque, tecnicamente già costituiti*. Si argomenta al proposito che la previsione dello strumento del solo regolamento, a fronte dell’atto pubblico, confermerebbe tale interpretazione restrittiva, atteso che *la sua adozione è tipicamente successiva alla costituzione dell’ente ed è volta alla definizione analitica dei profili disciplinari già sanciti dallo statuto*. Cfr. FRANCESCO ALLEVA, *op. cit.*, p. 165. Peraltro, la scelta dello strumento del regolamento sarebbe giustificata proprio dal fatto che l’attività d’impresa sociale sarebbe secondaria e strumentale rispetto a quella di religione o di culto prevalente o esclusiva, così come accertata in sede di riconoscimento civile.

gli enti civilmente riconosciuti (c.d. enti di struttura) nella locuzione “enti ecclesiastici” utilizzata dal legislatore delegato, in quanto l’ecclesiasticità è un elemento che appartiene alla struttura dell’ente e non già alla sua attività¹⁰. Si tratta di quegli enti che, oltre all’erezione o approvazione da parte dell’autorità ecclesiastica competente, hanno ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica attraverso un’apposita procedura all’esito della quale sia stata accertata la presenza di una attività di religione o di culto.

Gli stessi autori sostengono che rientrerebbero nella seconda categoria degli *enti delle confessioni religiose* (c.d. enti di funzione)¹¹ tutti gli enti che possono definirsi “ecclesiastici” non perché abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, ma per le finalità che si prefiggono, a patto che per questi ultimi venga seguita la procedura costitutiva utilizzando la forma solenne¹². Trattasi di enti la cui “ecclesialità” è stata riconosciuta dalla sola confessione di appartenenza; in tal caso, il collegamento formale con la confessione, per gli enti cattolici, si dimostrerebbe attraverso la costituzione o approvazione dell’ente religioso-impresa sociale con decreto della competente autorità ecclesiastica (come potrebbe avvenire nel caso di un’associazione privata di fedeli che sia già in possesso di un riconoscimento dalla diocesi e che intenda costituirsi impresa sociale), per quelli delle confessioni diverse dalla cattolica con la dimostrazione delle proprie origini confessionali.

Nella categoria degli enti funzionali dovrebbero farsi rientrare anche tutti gli enti di “ispirazione religiosa” che pur non possedendo un decreto formale di approvazione della confessione cui appartengono, tuttavia si ispirano ad essa e al suo credo. Può trattarsi, in questi casi di associazioni c.d. di fatto che sono legate alla confessione religiosa attraverso un collegamento teleologico.

2. *L’ente religioso imprenditore*

Per poter qualificare un ente religioso come imprenditore sociale oltre al collegamento con la confessione di appartenenza è all’attività realmente svolta dall’ente che bisogna guardare: per tale ragione nel regolamento (al cui deposito, come abbiamo visto, è obbligato l’ente ecclesiastico imprenditore sociale a fronte dell’atto pubblico per gli altri enti ecclesiali o di ispirazione religiosa) deve indicarsi necessariamente “quale attività”, tra quelle rientranti nell’art.

¹⁰ LUCIANO MUSSELLI, VALERIO TOZZI, *op. cit.*, p. 222.

¹¹ ANTONIO FUCCILLO, *Disciplina dell’impresa sociale*, cit., p. 322.

¹² *Ivi*, pp. 325-326.

2, comma 1 del d. lgs. n. 155/2006, si intende effettivamente svolgere. La precisazione formale contenuta nel regolamento, accompagnata dall'esercizio effettivo di quella stessa attività, diviene *conditio sine qua non* per costituire e mantenere in vita l'impresa sociale dell'ente ecclesiastico.

Al riguardo si è rilevato che *non è l'ente in quanto tale ad assumere la qualifica, ma la sua branca di attività imprenditoriale socialmente utile*¹³. Nel caso dell'ente ecclesiastico, infatti, *prevale la necessità pratica di adattare la disciplina prevista per un soggetto che svolge in via principale attività di utilità sociale, ad un soggetto che svolge, fra le altre, anche attività di utilità sociale, che in ogni caso non possono essere prevalenti, né costitutive (altrimenti cesserebbe di essere un ente ecclesiastico!)*¹⁴.

Non vi è contrasto tra la natura specifica di ente ecclesiastico e l'esercizio da parte di questo di attività economiche socialmente utili, tanto che spesso accade che molte delle attività svolte dagli enti delle confessioni, segnatamente quella cattolica, sono attività di utilità sociale¹⁵.

Già la normativa pattizia ha disciplinato lo svolgimento delle attività “diverse” da parte degli enti ecclesiastici (artt. 7, n. 3 § 2 della L. 121/1985 e 15 della L. 222/1985), sebbene devono risultare sempre strumentali e compatibili rispetto a quella prevalente di religione o di culto¹⁶.

Un'attività che si qualifichi “imprenditoriale” non presuppone tanto il perseguimento del fine di lucro oggettivo, ma piuttosto il rispetto del paradigma fissato nell'art. 2082 cod. civ. e cioè che l'ente agisca con metodo economico, ovvero tendente alla equiparazione tra costi e ricavi.

Pertanto l'ente ecclesiastico è imprenditore non in quanto esercita un'at-

¹³ Cfr. ANDREA BETTETINI, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, cit., p. 727.

¹⁴ PIERLUIGI CONSORTI, *La disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 469.

¹⁵ Sulla compatibilità tra attività commerciale e fine di religione o di culto in dottrina e giurisprudenza cfr. ANDREA BETTETINI, SIMONA GIACCHI, *Gli enti ecclesiastici e la disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 141. In particolare, sulla irrilevanza del dato strutturale ai fini della qualificazione imprenditoriale di un ente ecclesiastico cfr. SILVESTRO LANDOLFI, *Considerazioni sugli enti ecclesiastici imprenditori, Diritto e giurisprudenza*, XXXI, 1975, p. 481.

¹⁶ Cfr. ANDREA BETTETINI, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, cit., p. 730. Il fine costitutivo ed essenziale di religione o di culto non impedisce all'ente di svolgere anche attività diverse (art. 15, L. 222/1985). Tali attività sono soggette alle leggi dello Stato, ivi compreso il regime tributario. Il principio è stato sancito fin dal Concordato del 1929 (Cf. art. 5 della L. n. 848 del 1929) ed è stato ribadito nell'Accordo di Villa Madama del 1984, con la legge n. 222 del 1984, laddove l'art. 7.3 precisa espressamente che ciò avvenga *nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti*. Il fine di religione o di culto costitutivo ed essenziale, dice la norma, può essere connesso a finalità caritative, ma soltanto a queste. *Altre attività, di istruzione, cultura, educazione, di lucro, editoriale, possono essere svolte ma devono mantenere un ruolo marginale e non assurgere al rango di finalità: esse cioè non devono, per la loro preponderanza o per la loro importanza qualitativa, condizionare la vita dell'ente*». Cfr. CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996², p. 339.

tività allo scopo di produrre ricavi superiori ai costi, oppure perché tesa alla ripartizione degli utili fra i soci, ma piuttosto in quanto agisce con metodo economico, perseguendo l'equivalenza tra costi e ricavi. L'attività economica svolta al fine di procurare i mezzi patrimoniali necessari al perseguimento del fine di religione o di culto, come vedremo, non può mutare la natura dell'ente ecclesiastico, ma anzi ne rafforza l'essenza. Ciò che importa è che l'attività economica e commerciale non sia prevalente rispetto a quella di religione o di culto, ma ad essa strumentale. Per questa ragione la giurisprudenza ha definito imprenditore un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto svolgente attività ospedaliera ricorrendo i requisiti della professionalità, dell'organizzazione e della natura economica dell'attività¹⁷.

Peraltro *l'assenza dello scopo lucrativo inteso nella forma del no distribution constraint non costituisce un ostacolo per gli enti ecclesiastici, in quanto appare coesistente alla ecclesiasticità*¹⁸, anche se non può sottovalutarsi che è il fine di religione e di culto ad attribuire all'ente la qualifica di "ecclesiastico", quando questo è prevalente rispetto alle altre attività "profane"¹⁹. Il fine di religione o di culto diviene il termine di raffronto per verificare la compatibilità rispetto all'attività esercitata dall'ente ecclesiastico imprenditore.

All'ente ecclesiastico imprenditore dovrà necessariamente guardarsi *nell'ottica dell'equilibrio tra attività esercitata e finalità perseguita senza giungere a forzature che finiscono con l'assorbire l'elemento soggettivo dentro quello oggettivo, come talvolta la dottrina sembra aver proposto in ordine alla compatibilità fra la qualifica di imprenditore e quella di ente ecclesiastico*²⁰. Infatti, appare sempre più necessario non dimenticare la specialità dell'ente ecclesiastico, derivante sì dall'appartenenza confessionale, ma soprattutto dal fine costitutivo ed essenziale di religione e di culto. La legislazione pattizia (v. art. 7 dell'Accordo di Villa Madama modificativo del Concordato del 1929) non nega che nel perseguire il fine di religione e di culto l'ente ecclesiastico sia legittimato a svolgere anche un'attività di carattere economico e che pertanto questa attività possa essere soggetta alle leggi dello Stato; tuttavia si segnala che tale assoggettamento non deve provocare *modifiche nella natura*

¹⁷ ANDREA BETTETINI, *L'attività commerciale di un ente ecclesiastico*, nel vol. *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato*, a cura di Juan Ignacio Arrieta, Marcianum Press, Venezia, 2007, p. 194. Per la giurisprudenza recente cfr. ANTONIO FUCILLO, *Giustizia e religione*, cit., pp. 42-57.

¹⁸ PIERLUIGI CONSORTI, *La disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 470.

¹⁹ CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 289.

²⁰ PIERLUIGI CONSORTI, *La disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 470.

*soggettiva che dà luogo alla ecclesiasticità dell'ente*²¹.

Oltre all'attività di impresa sociale svolta dagli enti ecclesiastici di struttura va presa in considerazione anche quella svolta dai c.d. enti funzionali, cioè *gli enti delle confessioni religiose* e gli enti di ispirazione religiosa. Mentre i primi sono organicamente strutturati e collegati alla confessione di appartenenza e ciò è facilmente riscontrabile, essendo questi iscritti nel registro delle persone giuridiche (es. parrocchie), i secondi, pur se approvati dalla confessione di appartenenza, sono privi di un riconoscimento civile (es. associazioni private di fedeli riconosciute dalla Diocesi); gli enti di ispirazione religiosa sono semplici organizzazioni di fatto che non sono riconosciuti neanche dalla confessione di appartenenza o perché il riconoscimento non è stato mai richiesto o perché mai *laudatae vel commendatae* (es. mere associazioni private), che esistono a prescindere da qualsiasi intervento dell'autorità ecclesiastica e che, pertanto, si sottraggono ai controlli di questa per essere disciplinati dalle leggi civili²².

Come è stato rilevato in dottrina, *l'organizzazione che persegua finalità anche latu sensu religiose... esiste senza che debba necessariamente (ai fini della sua specifica soggettività) collegarsi ad una confessione*²³.

Riferendoci in questa sede solo alla realtà della confessione cattolica, non si può negare la presenza di imprese sociali (nonché di Onlus successivamente trasformate in imprese sociali), che nascono da mere organizzazioni di ispirazione religiosa sorte su iniziativa di laici ma anche di chierici e non solo da enti ecclesiastici civilmente riconosciuti o da enti ecclesiali che possano fregiarsi della qualifica di “cattolici”.

In effetti, ad esempio, la costituzione di un'associazione, come strumento per la realizzazione della missione del laico nella Chiesa e nel mondo²⁴, non necessita di un riconoscimento formale né canonico, né civile. Così come non mancano associazioni o fondazioni di ispirazione religiosa che, pur non essendo riconosciute come cattoliche dall'autorità ecclesiastica, vedono come promotore e rappresentate legale *pro tempore* proprio la figura di un chierico.

²¹ *Ibidem*.

²² MARIO TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale, Il Diritto Ecclesiastico*, 1994, p. 543.

²³ ANTONIO FUCCILLO, *Disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 322, nota 44. Lo stesso Autore analiticamente individua i soggetti destinatari delle norme di cui di volta in volta ne evidenzia i profili applicativi conformemente all'art. 20 Cost. (Cfr. *ivi*, p. 327).

²⁴ Il dovere specifico del fedele laico, trasfuso nel can. 225, par. 2, consiste *nell'animare e perfezionare l'ordine delle realtà temporali con lo spirito evangelico e in tal modo di rendere testimonianza a Cristo, particolarmente nel trattare tali realtà e nell'esercizio dei compiti secolari*.

Nella società odierna, più che mai, esigenze contingenti da un lato e la normativa statale incentivante dall'altro hanno consentito ad enti ed associazioni di ispirazione religiosa italiani di apportare un significativo contributo in vari settori di attività di rilevanza sociale, dall'istruzione fino all'assistenza socio-sanitaria, un tempo riservati esclusivamente allo Stato²⁵.

Ciò a prescindere dalla configurazione giuridica che tali enti possano assumere; alle associazioni a carattere meramente civile²⁶ si affiancano associazioni private di fedeli dotate o meno di personalità giuridica ai sensi del diritto canonico²⁷, o ancora fondazioni.

Le considerazioni che precedono portano a ritenere che il singolo cittadino, animato dalla volontà di svolgere attività di impresa sociale religiosamente caratterizzata trovi nella realtà associativa un appropriato ed efficace *strumento tecnico-giuridico con cui realizzare strutture più complesse, nelle quali possano trovare più ampia e più efficace esplicazione le funzioni propriamente laicali*. E ancora: *il fenomeno associativo è strumento attraverso cui l'individuo, nel perseguimento di determinate finalità, cerca di superare i propri limiti e di esaltare le proprie potenzialità*²⁸. Per tale ragione si dice che le associazioni rappresentano la proiezione delle condizioni personali²⁹.

²⁵ ANDREA ZANOTTI, *Le modificazioni delle organizzazioni ecclesiastiche e i nuovi poteri*, nel vol. *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, a cura di Giovanni Cimbalo, José Ignacio Alonso Pérez, Giappichelli, Torino, 2005, p. 331; sulle associazioni di promozione sociale cfr. PAOLO CAVANA, *Verso nuove forme di organizzazione religiosa nell'ordinamento italiano: le associazioni di promozione sociale con «finalità di ricerca etica e spirituale»*, *Il Diritto Ecclesiastico*, n. 1, 2003, pp. 493-531.

²⁶ Vi sono associazioni, fondazioni, comitati, ONG, Onlus di ispirazione cristiana che sono organismi più civili che ecclesiali, anche quando l'iniziativa è promossa da cristiani. Cfr. C.E.I. COMMISSIONE EPISCOPALE PER L'APOSTOLATO DEI LAICI, *Nota pastorale Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti, associazioni*, 22 maggio 1981, n. 11 e considerazioni svolte da LOUIS NAVARRO, *Il carattere ecclesiale delle associazioni dei fedeli, Ius Ecclesiae*, n. 6, 1994, p. 302. Sulla espansione dell'autonomia privata dei movimenti ecclesiali e sulla comunione ecclesiale cui questi sono tenuti, cfr. RENATO BACCARI, *Il diritto di associazione dei laici nell'ordinamento canonico, Scritti minori*, I, Cacucci, Bari, 1997, p. 353; ID., *Associazioni laicali*, in *Scritti minori*, cit., p. 468.

²⁷ Nel primo caso può trattarsi, ad esempio, di associazioni private di fedeli riconosciute dall'autorità ecclesiastica tramite la *recognitio statutorum* di cui al can. 299 § 3. Le caratteristiche di tali enti e le differenze con le associazioni dotate di personalità giuridica sono illustrate in LOUIS NAVARRO, *Diritto di associazione e associazione di fedeli*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim*.

²⁸ *Ibidem.*, p. 100.

²⁹ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Ecclesialità e ministerialità nelle associazioni laicali*, *Periodica de re morali, canonica, liturgica* 87, n. 4, 1998, p. 550.

3. Rinnovata centralità di “frate sole” nel III millennio: le parrocchie e il fotovoltaico

Fin dal Medioevo il monastero come realtà di per sé autosufficiente di vita religiosa, cui si accompagnano le diverse attività a cui i monaci in esso si dedicano, costituisce un modello di società e di economia civile e solidaristica; il Todeschini infatti definisce i monasteri come *esempi viventi di gestione amministrativa*³⁰, o anche *palestra economica*³¹.

In altre parole il monastero, quale modello organizzativo socio-economico destinato a normare la vita dei religiosi e orientato nella salvifica prospettiva celeste, finisce con l’assurgere un ruolo paradigmatico anche per la vita terrena dell’intera comunità di credenti³².

*Non si tratta dunque, nei testi monastici delle origini, di proporre ai “laici” un modello di ripudio dei beni del mondo, ma piuttosto di realizzare praticamente e quotidianamente, all’interno del monastero, “città ideale” fuori della città, un insieme di comportamenti di cui i “laici” potranno fruire*³³.

Un riverbero significativo del ruolo del monastero come paradigma di vita cristianamente orientata è costituito dalla previsione, presente nei testi normativi prodotti per i monaci italiani dell’inizio del VI secolo, in base a cui il *surplus* dei prodotti agricoli, frutto del lavoro dei monaci, può essere rivenduto all’esterno, immesso dunque *nella società dei laici alimentandone il mercato, a patto però che questa rivendita avvenga a prezzi più bassi di quelli correnti*³⁴.

³⁰ GIACOMO TODESCHINI, *I mercanti e il tempio. La società cristiana e il circolo virtuoso della ricchezza fra Medioevo ed Età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 27.

³¹ *Ibidem*.

³² GIACOMO TODESCHINI, *I mercanti e il tempio*, cit., p. 17-18.

³³ *Ibidem*, p. 20. Zamagni in proposito parla di una *tensione vitale* che si realizzava tra il monastero e la città degli uomini (Cfr. LUIGINO BRUNI, STEFANO ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 32).

³⁴ GIACOMO TODESCHINI, *I mercanti e il tempio*, cit., pp. 36-37. Lo stesso Autore *infra* precisa: *Il soggetto monastico... si presenta... come un operatore che, pur riconoscendo l’esistenza di un prezzo di mercato “giusto”, ne prescinde per ragioni morali* (*Ibidem.*, p. 38). Molto efficacemente l’Autore distingue al riguardo ciò che è *utile* all’interno del monastero da ciò che è *superfluo*: *Il risultato è che la descrizione dell’aver dei monaci, dei cristiani “perfetti”, oscilla costantemente tra una rappresentazione di modalità di funzionamento direttamente utili per il monastero (le terre del monastero vengono coltivate perché i monaci e i dipendenti del monastero possano mangiare e vestirsi) e la rappresentazione di modalità di funzionamento indirettamente all’origine di un sistema di transazioni e scambi esterno al monastero (le eccedenze agricole del monastero, o i prodotti degli artigiani del monastero, ove sovrabbondanti, possono essere venduti all’esterno)* (*Ibidem.*, p. 39). Sempre il Todeschini, in *Ricchezza francescana. Dalla povertà volontaria alla società di mercato* (Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 17 ss), individua *due modelli di imprenditorialità monastica*: quella dei monaci benedettini dell’Ordine di Cluny, e quella

Esempio moderno non solo di economia civile, ma anche di buona gestione dell'energia, delle risorse e della salvaguardia dell'ambiente è rappresentato dal consorzio³⁵ di sette parrocchie della Diocesi di Mantova, che hanno dato vita ad un'impresa "verde", le quali tra le attività proposte dalla normativa sull'impresa sociale hanno scelto di svolgere quella nel settore dell'ambiente e dell'ecosistema, in particolare nel settore della produzione e vendita di energia elettrica mediante impianti fotovoltaici integrati³⁶, inaugurati il 2 ottobre 2010.

Definito da autorevole dottrina come un *nuovo bene giuridico*³⁷, l'impianto fotovoltaico è un prodotto della più evoluta tecnologia finalizzato alla fruizione della energia solare.

Le parrocchie consorziate perseguono un duplice scopo: produrre energia pulita, con un impatto ambientale positivo connesso alla notevole riduzione dell'uso di prodotti petroliferi e al calo di emissioni in atmosfera di anidride carbonica e polveri sottili; altro scopo, che ci riguarda più da vicino per la sua rilevanza tecnico-scientifica, è quello di utilizzare il ricavato derivante dalla vendita dell'energia elettrica prodotta a GSE S.p.A. (Gestore Servizi Energetici) per realizzare opere di manutenzione e conservazione dei sette edifici di culto e delle annesse strutture³⁸.

dei monaci, sempre benedettini dell'Ordine di Citeaux. Il primo modello, quello cluniacense, è definito come *economicamente perdente* in quanto la tesaurizzazione dei beni in oggetti di lusso ed edifici sfarzosi avrebbe come conseguenza l'immobilizzazione della ricchezza; il secondo, quello cistercense, è invece definito *vincente* in quanto orientato verso scelte economiche più produttive operate attraverso il reinvestimento dei profitti dell'Ordine. Il pauperismo francescano diviene un vero e proprio "oggetto giuridico" con la Bolla pontificia *Quo elongati* del 1230 (*Ibidem.*, p. 77).

³⁵ L'art. 4, comma 2 del d.lgs. 155/2006 fa riferimento a *gruppi di imprese sociali*.

³⁶ I sette impianti distinti, sono rispettivamente intestati a sette singole parrocchie dell'area del Basso Mantovano, per una potenza complessiva di 1.206, 52 KW. Le parrocchie coinvolte sono: Natività della Beata Vergine Maria di Moglia di Sermide, Assunzione della Beata Vergine Maria di Ostiglia, San Lorenzo Martire di Quingentole, San Bartolomeo Apostolo di Quistello, San Giovanni Battista di San Giovanni del Dosso, San Francesco d'Assisi di Schivenoglia e SS. Pietro e Paolo Apostolo di Sermide, tutte site nel Comune di Sustinente. Tale intervento produrrà un'energia totale annua di un milione e mezzo di kWh (sufficienti al fabbisogno di circa quattrocento famiglie) distribuito su una superficie di pannelli fotovoltaici di 8.344, 13 mq pari a 4.309 pannelli. La produzione di energia elettrica derivante da energia solare consentirà in un anno un risparmio dell'emissione in atmosfera di anidride carbonica, pari a quasi settecentocinquantamila kg corrispondenti ad una riduzione di petrolio di duecentottanta tonnellate. Cfr. VINCENZO CORRADO, *La chiesa parrocchiale di Sustinente*, in *Gazzetta di Mantova*, 24 settembre 2010.

³⁷ GIUSEPPE TUCCI, *Impianti fotovoltaici e garanzie sui beni dell'azienda*, *Rivista di Diritto privato*, n. 1, 2010, p. 25. L'autore si sofferma sull'impianto fotovoltaico come possibile oggetto di garanzia sui beni dell'azienda e qualifica i pannelli solari e gli impianti fotovoltaici come beni mobili ex art. 812 cod. civ. (*Ibidem.*, pp. 39-41).

³⁸ In particolare è prevista la realizzazione di sette nuovi impianti di riscaldamento ed una ristrutturazione del tetto di una chiesa.

Richiamando le considerazioni già sviluppate a proposito dell’ente ecclesiastico imprenditore, possiamo senza dubbio ritenere che la produzione di energia elettrica da parte degli enti parrocchiali consorziati non assorbe, né offusca il fine di religione e di culto per essi costitutivo ed essenziale, anzi si pone come strettamente connessa e strumentale e, pertanto, compatibile con la struttura e la finalità dell’ente ecclesiastico-parrocchia³⁹.

Sotto altro profilo tale realtà costituisce prova tangibile dell’operatività del principio di eguaglianza tra chierici e laici, sancito dal Concilio Vaticano II e richiamato da Giovanni Paolo II il quale ha messo in evidenza che anche i chierici (oltre ai laici) possono svolgere attività di natura secolare, come *compito aggiuntivo o eccezionale*⁴⁰.

È vero che il decreto legislativo sull’impresa sociale ha subito critiche per il fatto che non prevede agevolazioni fiscali: *Nello specifico un dato normativo balza all’attenzione, ed è l’art. 18 del decreto, in cui si può registrare, se non una definitiva smentita, un’occasione mancata per dar forza alla tesi che, dal combinato disposto degli artt. 9 e 2 Cost., trae argomento per giustificare strumenti fiscali ed incentivi pubblici a favore di iniziative private volte alla protezione della natura, tra cui le riserve naturali private o le oasi naturali gestite da non profit organizations*⁴¹. È tuttavia pur vero che l’impresa sociale costituisce una forma giuridica, sia pur perfettibile, mediante la quale possono trovare compimento e attuazione iniziative di economia civile.

Conformemente alla prescrizione normativa riguardante la costituzione di impresa sociale dell’ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, le parrocchie interessate hanno provveduto a depositare presso il registro delle imprese i regolamenti, opportunamente sottoscritti dai parroci *pro tempore*, tutti pressoché identici nel loro contenuto⁴².

In detti regolamenti in premessa è messo in evidenza che lo svolgimento

³⁹ Sulla compatibilità dell’attività svolta dalla parrocchia e attività d’impresa sociale cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Enti ecclesiastici e impresa commerciale: finalmente un binomio compatibile!*, *Il Diritto ecclesiastico*, n. 2, 1995, pp. 463-477.

⁴⁰ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all’Angelus*, 15 marzo 1987, documento consultabile sul sito web www.vatican.va.

⁴¹ ANDREA BUCCELLI, *Disciplina dell’impresa sociale. Commento al decreto legislativo 155/2006*, *N.L.C.C.*, n. 1, 2007, pp. 348-349.

⁴² Ad eccezione della parrocchia SS. Pietro e Paolo Apostolo di Sermide, in cui è prevista anche l’attività di *Gestione del Cinema Parrocchiale Multisala, con Bar interno, noleggio sale cinematografiche per convegni, dibattiti, sala di televideoconferenza, rappresentazioni televisive su grandi schermi, mediante la struttura denominata “Cinema Capitol Multisala” con contabilità separata*. Cfr. art. 1) Regolamenti ex art. 5, comma 4 del d.lgs. 155/2006 delle parrocchie su indicate, depositati presso il registro delle imprese della C.C.I.A. di Mantova.

di attività secondaria di natura commerciale deve essere inteso quale completamento dell'esercizio dell'attività di religione o di culto, attività principale e istituzionale di ciascuna parrocchia. Ancora nel regolamento è indicata come attività di utilità sociale prescelta dalle parrocchie la *produzione di Energia Elettrica da Fonti Rinnovabili, su terreni detenuti a titolo di proprietà, o comodato, o affitto o in leasing*⁴³.

Meritevoli di specifico richiamo sono l'art. 4 dei Regolamenti, secondo cui è prevista la possibilità di *destinare gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria in generale, o ad incremento e/o salvaguardia e recupero del patrimonio dell'Ente*⁴⁴; nonché l'art. 5, che contempla la possibilità di effettuare erogazioni liberali perseguendo scopi di utilità sociale⁴⁵.

4. *Il Magistero della chiesa cattolica in tema di salvaguardia dell'ambiente*

L'evoluzione degli interventi magisteriali in tema di ambiente sembra svilupparsi parallelamente alle sempre più pressanti istanze formulate non solo a livello internazionale⁴⁶ ma anche a livello interno⁴⁷ per la salvaguardia del pianeta.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ivi*, art. 4.

⁴⁵ *Ivi*, art. 5.

⁴⁶ Cfr. Dichiarazione di Stoccolma del 16 giugno 1972 della Conferenza dell'ONU sull'ambiente umano consultabile in www.unep.org; cfr. altresì la Risoluzione 44/228 dell'Assemblea Generale dell'ONU del 22 dicembre 1989 consultabile in www.un.org, che fa proprie le conclusioni del rapporto Brundtland con specifico riferimento all'inscindibile connubio tra sviluppo e ambiente; cfr. il *Report* della Conferenza dell'ONU su ambiente e sviluppo svoltasi a Rio de Janeiro il 3-14 giugno 1992, consultabile in www.un.org. Deve ricordarsi la Conferenza dell'ONU svoltasi a Kyoto in Giappone nel dicembre del 1997 nell'ambito della quale si approvò, per consenso, la decisione (1/CP.3) per l'adozione di un Protocollo, il Protocollo di Kyoto della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (consultabile in www.unfccc.int) secondo il quale i paesi industrializzati si impegnano a ridurre, per il periodo 2008-2012, il totale delle emissioni di gas ad effetto serra almeno del 5% rispetto ai livelli del 1990. Questi impegni, giuridicamente vincolanti, produrranno una reversione storica della tendenza ascendente delle emissioni che detti paesi hanno da circa 150 anni. Per un approfondimento sul tema cfr. GIULIO GARAGUSO, SERGIO MARCHISIO, *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano, 1993. Con specifico riguardo alla posizione della Comunità Europea occorre segnalare tra gli atti più significativi la Decisione 94/69/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1993, concernente la conclusione della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, la Decisione 2002/358/CE del Consiglio del 25 aprile 2002 (consultabile in www.eur-lex.europa.eu), relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del Protocollo di Kyoto, la Direttiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea, che istituisce un sistema di scambio di quote di emissioni dei gas effetto serra all'interno dell'Unione Europea.

⁴⁷ Prima della revisione dell'art. 117 Cost. (operata dalla Legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3, modificativa della Parte seconda del Titolo V della Costituzione) non si trova alcuna menzione del termine «ambiente» nella nostra Carta Costituzionale. Pertanto la tutela dell'ambiente veniva

In tale contesto si inserisce l’iniziativa delle parrocchie del mantovano, nell’ottica della salvaguardia dell’ambiente, anzi, “del creato”, volendo adoperare una terminologia tipicamente confessionale⁴⁸.

L’invito a privilegiare e valorizzare le energie rinnovabili e pulite (inteso nel senso di un *impegno ecumenico* per una vera e propria *conversione ecologica*), è il *leit motiv* costantemente presente nei Messaggi della Conferenza Episcopale Italiana in occasione della Giornata per la salvaguardia del Creato che si ricorda il 1° settembre di ogni anno⁴⁹, va di pari passo con l’esortazione tesa al mutamento delle condizioni e degli stili di vita più sani e rispettosi

riconosciuta come diritto fondamentale della persona umana dal combinato disposto dell’art. 9, 2° comma della Costituzione, (in cui è previsto che «La Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»), dell’art. 2 Cost. (che tutela il diritto all’integrità fisica o alla salute, cioè a vivere in un ambiente sano) e dell’art. 32 Cost. (che impone alla Repubblica italiana di tutelare la «salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività...»). Sull’argomento cfr. L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2001, p. 103; GIOVANNI CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, *Rivista Giuridica dell’ambiente*, n. 5, 2009, pp. 611-633; L’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha contribuito in modo determinante ad un compiuto riconoscimento della tutela dell’ambiente; al riguardo meritano menzione le sentenze della Corte Costituzionale nn. 151 e 153 del 1986 in cui è affermato espressamente che l’ambiente è un valore costituzionale (definito anche «primario») che informa, insieme agli altri valori costituzionali, il nostro ordinamento, indipendentemente dalla presenza di una esplicita base testuale in Costituzione. Corollario di una sempre più intensa valorizzazione della tutela dell’ambiente è costituito dall’istituzione prima del Ministero per i beni culturali e ambientali (Legge del 29 gennaio 1975 n. 5) e successivamente del Ministero dell’ambiente (Legge dell’8 luglio 1986 n. 349). Con la riforma del Titolo V della Costituzione la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema è stata introdotta tra le materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, 2° comma, lett. s), mentre vengono affidate alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni le materie che presentano forti profili di connessione con la tutela degli equilibri ecologici (art. 117, 3° comma), quali ad esempio, la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, la tutela della salute, ecc. In argomento cfr. GIUSEPPE MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di ambiente e paesaggio dopo la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, *Rivista giuridica dell’ambiente*, n. 18, fasc. 3-4, 2003, pp. 515-522.

⁴⁸ L’espressione “salvaguardia del creato” nasce con l’Assemblea del Concilio Ecumenico delle Chiese (CEC), tenutasi a Vancouver nel 1983. A seguito dell’appello rivolto a tutte le chiese, lanciato in quella sede, per un impegno comune per la giustizia, la Pace e la Salvaguardia del Creato, si è avviato un processo ecumenico di riflessione che è poi culminato, come vedremo nelle Assemblee di Basilea (1989) e Seul (1990). Cfr. SIMONE MORANDINI, *Salvaguardia del creato*, nel vol. *Responsabilità per il creato. Un sussidio per le comunità*, a cura dell’Ufficio Nazionale per i problemi sociali e il lavoro – Servizio nazionale per il progetto culturale, Elledici, Torino, 2002, p. 123.

⁴⁹ Cfr. Cfr. C.E.I., *In una terra ospitale*, cit., n. 3; C.E.I., *Custodire il Creato, per coltivare la pace* (Messaggio per la 5ª Giornata per la salvaguardia del Creato, 1° settembre 2010), n. 3; C.E.I., *Laudato si’, mi’ Signore...*, (Messaggio per la 4ª Giornata per la salvaguardia del Creato, 1° settembre 2008), n. 2; C.E.I., *Una nuova sobrietà per abitare la terra*, (Messaggio per la 2ª Giornata per la salvaguardia del Creato, 1° settembre 2007), n. 2; C.E.I., «*Dio pose l’uomo nel giardino di Eden, perché lo coltivasse e lo custodisse*» (Messaggio per la 1ª Giornata per la salvaguardia del Creato, 1° settembre 2006), n. 3.

della natura⁵⁰, attraverso l'educazione alla responsabilità etica nell'economia e all'uso saggio delle tecnologie⁵¹.

I primi interventi magisteriali in tema di ambiente⁵² risalgono agli anni '70, quando Paolo VI nella lettera apostolica *Octogesima adveniens*⁵³ per un verso, e il Sinodo sulla giustizia⁵⁴ per altro verso, segnalavano la novità e la gravità del problema ecologico⁵⁵. Da questa fase, in cui il Magistero stigmatizza la rilevanza della questione, si passò successivamente alla specifica attenzione della Chiesa sui temi dell'ambiente e dell'ecologia⁵⁶, declinata in termini di

⁵⁰ In quest'ottica sembra porsi il discorso dell'Arcivescovo di Chieti-Vasto Mons. Bruno Forte: *la responsabilità "ecologica", che la creatura libera e consapevole è chiamata ad avere verso ciascuna delle creature di Dio e verso l'insieme della "casa", che è il mondo, si radica propriamente in una "spiritualità ecologica", nel rapporto cioè alla divina "casa" dell'universo creato...L'etica come "comportamento" ...rimanda pertanto all'etica come "dimora"* (Genova, 19 gennaio 2011, *La creazione e le origini del mondo*).

⁵¹ Cfr. C.E.I., *In una terra ospitale, educiamo all'accoglienza* (Messaggio per la 6ª Giornata per la salvaguardia del Creato, 1° settembre 2011), n. 1.

⁵² GIORGIO FILIBECK, *Il diritto dell'uomo ad un ambiente sano e sicuro nell'insegnamento sociale della Chiesa*, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 3, 2002, pp. 441-445.

⁵³ *Attraverso uno sfruttamento sconsiderato della natura l'uomo rischia di distruggerla e di essere a sua volta vittima di siffatta degradazione*, PAOLO VI, Lett. apost. *Octogesima adveniens* in occasione dell'80° anniversario dell'Enciclica *Rerum Novarum*, 14 maggio 1971, n. 21, AAS, 63,1971, pp. 401-441.

⁵⁴ *Ci sembra, inoltre, degno di essere sottolineato l'oggetto di una nuova preoccupazione mondiale, di cui si tratterà per la prima volta nella Conferenza sull'ambiente umano, che avrà luogo a Stoccolma nel giugno del 1972. Non è chiaro in qual modo le nazioni più ricche possano sostenere la pretesa di aumentare le proprie rivendicazioni materiali, se per le altre ne deriva la conseguenza o di rimanere nella miseria, o di correre pericolo di distruggere gli stessi fondamenti fisici della vita del mondo. Coloro che già sono ricchi, son tenuti a far proprio uno stile di vita meno materiale, con minore sperpero, in modo da evitare la distruzione di quel patrimonio, nel quale tutti debbono aver parte, in assoluta giustizia, insieme con tutti gli altri membri del genere umano»* Sinodo dei Vescovi sulla Giustizia nel mondo, 1971, Documento finale, 7, consultabile sul link www.2progettoculturale.it del sito web della CEI.

⁵⁵ Nel 1974, a Bucarest, il Consiglio Ecumenico delle Chiese, nel contemperare le esigenze di sviluppo e di tutela ambientale, evidenziava che quest'ultima non potesse realizzarsi a danno dello sviluppo dei poveri, ma piuttosto utilizzando risorse disponibili. SIMONE MORANDINI, *Le Chiese rispondono alla questione ambientale*, nel vol. *Responsabilità per il creato*, cit., p. 74. Dal 1979 S. Francesco d'Assisi è patrono dei cultori dell'ecologia e il Suo Cantico delle Creature non solo esprime l'amore per la creazione, ma evidenzia anche come ogni essere vivente, compreso l'uomo, opera per la vita dell'altro. Il rapporto di «parentela» con gli elementi ("frate Sole", "sora Luna e le stelle", "frate Vento", "sor Acqua") rendono il Cantico delle Creature attuale nell'ottica della risoluzione dei problemi ambientali anche attraverso l'utilizzo di energia pulita. In questa prospettiva cfr. FEDERICO BATTISTUTTA, *Il Cantico delle Creature. Fedeltà alla terra e salvezza dell'uomo*, Pazzini Editore, Villa Verrucchio (RN), 2009.

⁵⁶ Sempre più crescente l'attenzione della Chiesa all'istanza sulla salvaguardia del creato ad esempio in Italia, cfr. CONFERENZA EPISCOPALE LOMBARDA, *La questione ambientale, Regno Doc.*, n. 33, 1988, pp. 631-635; nel mondo cfr. CONFERENZA DELLE CHIESE EUROPEE e CONFERENZA DELLE CONFERENZE EPISCOPALI EUROPEE, *Basilea. Giustizia e Pace* a cura di ALDO FILIPPI, EDB, Bologna, 1989; cfr. anche CEC - Assemblea di Seoul, *Giustizia, Pace e Salvaguardia del Creato. Documento finale, Regno Doc.*, 35, 1990, pp. 350-376.

responsabilità “ambientale” di ogni uomo, tanto che nel 1989 il Patriarcato Ecumenico di Costantinopoli nella persona del Patriarca Ecumenico Dimitrios I di fronte alla distruzione in atto della creazione, proclamava il 1° settembre di ogni anno giornata di protezione dell’ambiente⁵⁷.

Nel 1981 l’episcopato tedesco emanava un importante documento sul *Futuro della creazione* in cui si evidenziava la necessità del rapporto solidale tra l’uomo e la creazione, perché *solo nel comportamento responsabile verso il mondo degli animali, delle piante e delle cose... può vivere... senza diventare schiavo delle sue manie di grandezza*⁵⁸. La responsabilità dell’umanità in tal senso veniva ancora una volta ribadita, sempre in Germania, da un altro significativo documento del 1985, emanato congiuntamente dalla Chiesa cattolica e da quella Evangelica⁵⁹.

Una tappa importante del percorso magisteriale in esame è segnata dalla *Sollicitudo rei socialis* (1987), in cui Giovanni Paolo II mostrando contezza della limitatezza delle risorse energetiche disponibili, non tutte rinnovabili, poneva in inscindibile correlazione l’uso delle risorse naturali con il rispetto delle esigenze morali⁶⁰.

Dopo i primi richiami risalenti agli anni ’70 cui faceva seguito, negli anni ’80, la propugnata responsabilità verso l’ambiente di ogni uomo, con il Messaggio per la giornata della pace del 1990⁶¹, Giovanni Paolo II proponeva una soluzione alla crisi ambientale considerata come una “sofferenza della terra” nell’ottica della dimensione morale, la quale esige una responsabilità solidale degli uomini nel mutamento degli stili di vita nell’ambito della società. Soltanto un anno dopo il Pontefice ritornerà ad occuparsi della tematica evidenziando, proprio nella *Centesimus Annus* che un uso sconsiderato delle risorse ambientali da parte dell’uomo finisce col provocare la ribellione della natura⁶².

⁵⁷ PATRIARCATO ECUMENICO DI COSTANTINOPOLI, PATRIARCA ECUMENICO DIMITRIOS I, *Lettera enciclica 1989*, 1° settembre 1989, consultabile sul [link www.2progettoculturale.it](http://www.2progettoculturale.it) del sito web della CEI.

⁵⁸ EPISCOPATO TEDESCO, *Futuro della creazione, futuro dell’umanità*, 23 settembre 1981.

⁵⁹ CONFERENZA EPISCOPALE TEDESCA – CHIESA EVANGELICA TEDESCA, *Assumersi la responsabilità della creazione*, 14 maggio 1985, nn. 29-30. Nello stesso anno Giovanni Paolo II nel Suo *Discorso al Centro delle Nazioni Unite* (18 agosto 1985, Nairobi – Kenya) invitava ad esercitare un dominio sul creato per il bene di tutta l’umanità (n. 4).

⁶⁰ GIOVANNI PAOLO II, Enc. *Sollicitudo rei socialis*, par. 34, in *Enchiridion Vaticanum*, 10, pp. 1694-1825. Giovanni Paolo II coglie la presenza nel creato di *leggi non solo biologiche, ma anche morali, che non si possono impunemente trasgredire*.

⁶¹ GIOVANNI PAOLO II, *Pace con Dio creatore, pace con tutto il creato*, Messaggio per la giornata della pace 1990, 8 dicembre 1989, documento consultabile sul sito web www.vatican.va.

⁶² GIOVANNI PAOLO II, *Centesimus Annus*, 1 maggio 1991, par. 37, in *Enchiridion Vaticanum*, 13, pp. 128-131. Queste le parole usate dal Pontefice: *Del pari preoccupante, accanto al problema del*

Corollario ai rinnovati moniti pontifici sull'ambiente è il ruolo centrale assunto dalla Santa Sede alla Conferenza mondiale delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo svoltasi a Rio de Janeiro nel 1992⁶³.

Nel terzo millennio l'intervento della Chiesa sulle tematiche ambientali diviene ancora più incisivo. Giovanni Paolo II torna a più riprese ad evidenziare l'esigenza di una *conversione ecologica*⁶⁴, nel ribadire la necessità per il credente di *contemplare il creato*, così che *la natura diventa quindi un evangelo che ci parla di Dio*⁶⁵.

La *Charta Oecumenica* (aprile 2001) dimostra come la questione ambientale è diventata ormai oggetto di dialogo ecumenico in tutta Europa⁶⁶.

consumismo e con esso strettamente connessa, è la questione ecologica. L'uomo, preso dal desiderio di avere e di godere, più che di essere e di crescere, consuma in maniera eccessiva e disordinata le risorse della terra e la sua stessa vita. Alla radice dell'insensata distruzione dell'ambiente naturale c'è un errore antropologico, purtroppo diffuso nel nostro tempo. ... Invece di svolgere il suo ruolo di collaboratore di Dio nell'opera della creazione, l'uomo si sostituisce a Dio e così finisce col provocare la ribellione della natura, piuttosto tiranneggiata che governata da lui.

⁶³ In quella occasione fu sottoscritta la Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sul Cambiamento climatico, proposta dall'O.N.U. Si esprime criticamente rispetto alla Convenzione Quadro ARNALDO MIGLINO, *Una comunità mondiale per la tutela dell'ambiente*, *Archivio Giuridico*, n. 4, 2007, pp. 563-579. L'autore ritiene che i Trattati o le Raccomandazioni internazionali non possono considerarsi come strumenti idonei a risolvere le emergenze ecologiche del pianeta. Egli propone la soluzione attraverso l'istituzione di un organismo, ovvero di una vera e propria *autorità mondiale per la tutela ecologica*, che possa autorevolmente assumere decisioni vincolanti nei confronti di tutti gli Stati della comunità internazionale con poteri a carattere transazionale e sussidiario. Ricordiamo che la Santa Sede a Rio de Janeiro ha avuto un ruolo di primo piano con una serie di interventi tra cui deve ricordarsi Agenda 21 (che pur non essendo giuridicamente vincolante contiene un ampio programma d'azione in cui emerge la stretta connessione tra ambiente e pace, coerente con l'accordo raggiunto dagli Stati partecipanti alla Conferenza di Rio. La tematica è stata altresì affrontata dalla Conferenza delle Chiese Europee (KEK) – Consiglio delle Conferenze episcopali europee (CCEE) nella Seconda Assemblea Ecumenica Europea (AEE2) Graz, Austria, 23-29 giugno 1997, il cui Documento finale 1 è consultabile sul sito www.cec-kek.org.

⁶⁴ GIOVANNI PAOLO II, Udienda generale, mercoledì 17 gennaio 2001, *L'impegno per scongiurare la catastrofe ecologica*, consultabile sul sito [web wvv.vatican.va](http://web.wvv.vatican.va); Il Pontefice al par. 4 così si esprime: *Occorre, perciò, stimolare e sostenere la 'conversione ecologica', che in questi ultimi decenni ha reso l'umanità più sensibile nei confronti della catastrofe verso la quale si stava incamminando.*

⁶⁵ GIOVANNI PAOLO II, Udienda generale, mercoledì 26 gennaio 2000, *La gloria della Trinità nella creazione*, par. 5, consultabile sul sito [web www.vatican.va](http://web.wvv.vatican.va).

⁶⁶ CONSIGLIO DELLE CONFERENZE DEI VESCOVI D'EUROPA (CCEE) E CONFERENZA DELLE CHIESE EUROPEE (CEC), *Charta Oecumenica, Linee guida per la crescita della collaborazione tra le Chiese in Europa*, Strasburgo, 22 aprile 2001, consultabile sul sito www.cec-kek.org. Nel documento al par. 9 si afferma che: *Guardiamo tuttavia con apprensione al fatto che i beni della terra vengono sfruttati senza tener conto del loro valore intrinseco, senza considerazione per la loro limitatezza e senza riguardo per il bene delle generazioni future. ... Raccomandiamo l'istituzione da parte delle Chiese europee di una giornata ecumenica di preghiera per la salvaguardia del creato. Ci impegniamo a ... sostenere le organizzazioni ambientali delle Chiese e le reti ecumeniche che si assumono una responsabilità per la salvaguardia della creazione.*

Ancora, nel par. 2 delle Conclusioni della terza conferenza dei responsabili per l’ambiente presso le Conferenze Episcopali d’Europa (Badin – Slovacchia, 17-20 maggio 2001) si dà rilievo ad alcune iniziative ecclesiali fra cui spiccano i *fondi o banche etiche* che prevedono investimenti in progetti a sostegno dell’ambiente e dello sviluppo, alla gestione ecologica dei terreni e degli edifici di proprietà della Chiesa, ai contratti quadro per forniture di energia che provenga da fonti rinnovabili, ai monasteri come *luoghi di vita sostenibile*⁶⁷. Nel paragrafo 3 dello stesso documento si evidenzia che nel percorso verso l’ecosostenibilità assume centralità la coalizione delle forze su base ecumenica, già avviata con la firma della *Charta Oecumenica* a Strasburgo il 22 aprile 2001⁶⁸.

Significativi con riguardo alla tematica qui affrontata sono altresì i risultati della sesta consultazione degli incaricati per l’ambiente delle Conferenze Episcopali d’Europa sul tema *La responsabilità delle chiese e delle religioni per la creazione* (Namur - Belgio 3-6 giugno 2004), a margine della quale si è posta in evidenza la concorde valutazione delle chiese cristiane della *responsabilità per il Creato* come *sfida centrale per il futuro della società*⁶⁹.

Imprescindibile punto di riferimento magisteriale è il n. 470 del Compendio della Dottrina sociale della Chiesa⁷⁰ in cui si pone in evidenza il nesso tra «soluzione del problema ecologico» e attività economica maggiormente rispettosa dell’ambiente, in modo da garantire un’equilibrata coesistenza delle *esigenze dello sviluppo economico con quelle della protezione ambientale*, non mancando conclusivamente di avvertire che *in una prospettiva morale improntata all’equità e alla solidarietà intergenerazionale, si dovrà, altresì, continuare...a*

⁶⁷ CONSIGLIO DELLE CONFERENZE EPISCOPALI EUROPEE (CCEE), Conclusioni della terza conferenza dei responsabili per l’ambiente presso le Conferenze episcopali d’Europa sul tema: “*Stili di vita cristiani e sviluppo sostenibile*”, Badin, Slovacchia 17-20 maggio 2001, documento consultabile sul sito *web www.ccee.ch*.

⁶⁸ *Ibidem.*, par. 4. Anche le Chiese di Oltre Oceano hanno dimostrato di essere allo stesso modo sensibili al problema della salvaguardia del creato; v. Episcopato del bacino del Columbia (USA - Canada), Dichiarazione *Il bacino del fiume Columbia: Rispetto per la creazione e bene comune*, «Il Regno Documenti» 2001, 46, pp. 498-507.

⁶⁹ CONSIGLIO DELLE CONFERENZE EPISCOPALI EUROPEE (CCEE), Risultati della sesta consultazione degli incaricati per l’ambiente delle Conferenze Episcopali d’Europa su *La responsabilità delle chiese e delle religioni per la creazione*, Namur -Belgio 3-6 giugno 2004, par. 1, documento consultabile sul sito *web www.ccee.ch*. In detto documento, tra l’altro, nel par. 4 si è significativamente affermato che la libertà religiosa, tutelata dall’art. 51 della Costituzione europea, non è da intendersi come riferita alle sole *attività di culto, ma anche alla libertà e responsabilità di collaborare al bene della società e della politica*.

⁷⁰ Contenuto nel paragrafo IV, intitolato *Una comune responsabilità con riguardo alla salvaguardia dell’ambiente*. V. PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2005, pp. 258-259.

*identificare nuove fonti energetiche, a sviluppare quelle alternative*⁷¹.

Rinnovata centralità alle questioni legate all'ambiente e alla sua salvaguardia intimamente connesse con il tema dello sviluppo umano integrale⁷² è stata conferita da Benedetto XVI nell'Enciclica *Caritas in veritate*, in cui l'attuale Pontefice richiama la responsabilità per l'ambiente naturale di ciascun cristiano e della Chiesa e ricordando che *quando l'“ecologia umana” è rispettata dentro la società, anche l'ecologia ambientale ne trae beneficio*⁷³ ribadisce la necessità di un' *alleanza tra essere umano e ambiente*⁷⁴.

Nel *Messaggio per la giornata della Pace 2010* l'attuale Pontefice, riaffermando l'essenzialità della salvaguardia dell'ambiente⁷⁵, ricorda come l'attenzione alle tematiche ambientali sia stata avvertita già in passato sia da Paolo VI nella *Octogesima adveniens* sia da Giovanni Paolo II nel *Messaggio per la giornata della Pace 1990*⁷⁶. Benedetto XVI nella consapevolezza dell'importanza di *energie di minore impatto ambientale*⁷⁷ e della *grande potenzialità dell'energia solare*⁷⁸ non manca di avvertire che *la tecnica non è mai solo tecnica. Essa manifesta l'uomo e le sue aspirazioni allo sviluppo; esprime la tensione dell'animo umano al graduale superamento di certi condizionamenti materiali. La tecnica, pertanto...va orientata a rafforzare quell'alleanza tra essere umano e ambiente*⁷⁹.

Un chiaro riferimento all'importanza delle energie rinnovabili è presente, inoltre, nell'intervento dell'Osservatore Permanente della Santa Sede presso l'Ufficio delle Nazioni Unite e Istituzioni Specializzate in occasione della tredicesima conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Industriale (UNIDO): *Sebbene la quantità assoluta dell'uso di energia rinnovabile mondiale sia aumentata in modo significativo, la percentuale delle energie rinnovabili nell'offerta primaria totale di energia*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² L'espressione è di BENEDETTO XVI, Udienza generale, mercoledì 26 agosto 2009, *La salvaguardia del creato*, documento consultabile sul sito *web www.vatican.va*. Sull'argomento l'attuale Pontefice si è soffermato in numerosi scritti; per tutti cfr. J. RATZINGER, *In principio Dio creò il cielo e la terra*, Lindau, Torino, 2006.

⁷³ BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, par. 51, Città del Vaticano, 2009.

⁷⁴ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace 2008*, 7, documento consultabile sul sito *web www.vatican.va*.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*, 3.

⁷⁷ *Ibidem.*, 9.

⁷⁸ *Ibidem.*, 10.

⁷⁹ *Ibidem.*, 10.

*a livello mondiale è aumentata solo marginalmente negli ultimi tre decenni. ... lo sviluppo di energie rinnovabili continua a essere una necessità umana, ecologica, economica e strategica*⁸⁰.

5. Considerazioni conclusive

Il riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (d.lgs. n. 460/1997)⁸¹ e la disciplina sull'impresa sociale (d.lgs. n. 155/2006)⁸² rappresentano tangibili segnali di attenzione del legislatore ad una realtà, quale quella del terzo settore⁸³, in cui è forte e significativa la presenza del mondo religioso, che progressivamente diventa sempre più rilevante.

Legittima dunque l'ambizione degli enti ecclesiastici e delle associazioni religiosamente caratterizzate ad assumere un ruolo di primo piano nella competizione⁸⁴ dei soggetti del terzo settore.

Benedetto XVI non ha mancato di riconoscere il proficuo contributo dato da iniziative economiche religiose e laicali, *realizzate da soggetti che liberamente scelgono di informare il proprio agire a principi diversi da quelli del puro profitto*,

⁸⁰ Intervento di Monsignor MICHAEL BANACH, Osservatore Permanente della Santa Sede presso l'Ufficio delle Nazioni Unite e Istituzioni Specializzate in occasione della tredicesima conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Industriale (UNIDO), Vienna, 10 dicembre 2009, documento consultabile sul sito *web www.vatican.va*.

⁸¹ Il decreto legislativo n. 460/1997 ha fatto espresso riferimento 1) alle associazioni religiose (art. 5, comma 1, lett. a), 2) alle associazioni (art. 5, comma 1 lett. b), punto 4-ter, 4-sexies; art. 5, comma 2, lett. f) o agli enti (art. 10, comma 7) riconosciuti dalle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese, 3) agli enti ecclesiastici riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili (art. 6, comma 4), 4) agli enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 10, comma 9, e art. 25, comma 2).

⁸² Il decreto legislativo n. 155/2006 include gli enti ecclesiastici e gli enti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 1, 3° comma), insieme a tutte le organizzazioni private, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale (art. 1, 1° comma), gli enti ecclesiastici e gli enti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 1, 3° comma), insieme a tutte le organizzazioni private, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale (art. 1, 1° comma).

⁸³ PIERLUIGI CONSORTI, *Identità giuridica del Terzo settore e dei suoi principali soggetti*, Non profit, n. 3, 2010, pp. 21-31.

⁸⁴ Sul ruolo delle confessioni come competitors e della religione come *motore per l'economia*, ma anche come *fattore di condizionamento dei mercati*, cfr. ANTONIO FUCCILLO, *I mercanti nel tempo. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 9-11.

senza perciò stesso rinunciare a produrre valore economico⁸⁵.

La disciplina normativa dell'impresa sociale⁸⁶ dimostra come la forte richiesta avanzata negli anni '90 di ulteriori garanzie anche a favore del c.d. *for profit*⁸⁷ porti il mondo religioso a farsi imprenditore, non nel senso tradizionale del termine, ovvero utile a se stesso, ma nell'interesse della collettività⁸⁸. Come si rileva in dottrina, attraverso l'impresa sociale viene individuata la "forma" mediante cui il profilo del *non profit* si concilia con quello del *for profit*: *Obiettivo dichiarato è la creazione di punti di "reciprocità solidale" nella società. La mission quella di coprirla di una fitta rete di imprese per l'appunto "sociali" che, riformandole di beni e servizi essenziali... ad un prezzo equo, riescono a far affermare un' "economia sociale" o "civile" in grado di prosperare insieme a quella di mercato. Tutto questo a condizione che lo Stato si limiti ad una funzione di controllo*⁸⁹.

La visione utilitaristica caratterizzata dalla logica della competizione e dello scambio tra equivalenti, dove il mercato è il luogo in cui l'uomo è motivato a compiere un'azione solo dal *self-interest*⁹⁰, cede il passo ad un'altra visione di mercato che a questa si contrappone⁹¹.

All'impresa è chiesto di diventare *sociale* nella normalità della sua attività economica: ecco che si fa strada la proposta di un' *economia civile e di*

⁸⁵ Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, n. 37.

⁸⁶ Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *A costo zero»: il costo del solidarismo. Enti religiosi e non profit tra crisi delle risorse e giustiziabilità del principio di sussidiarietà*, *Federalismo*, cit., p. 286.

⁸⁷ Il *for profit*, a differenza del *non profit*, pur presupponendo l'esercizio di attività socialmente utili, ha come scopo, appunto, il profitto. Sull'evoluzione normativa dal riordino delle Ipa fino alla legislazione sull'impresa sociale v. PAOLO MONETA, *L'evoluzione del diritto comune in materia religiosa nella legislazione nazionale* (Relazione al Convegno di studio *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli, 27-28 maggio 2010), su www.statoechiase.it, sett. 2010, 8-12.

⁸⁸ Il "bene comune" sebbene riguardi direttamente la persona, si rivolge alla comunità civile di cui essa fa parte in quanto esso rappresenta il fine stesso della società. Sul concetto di bene comune nel pensiero di Caterina da Siena da realizzarsi in una *società solidale, nella quale la solidarietà è fondamento dei vincoli sociali e dello stesso diritto positivo*, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Radici medievali dell'idea di bene comune*, *Archivio Giuridico*, n. 1, 2010, pp. 11-12.

⁸⁹ La conseguente nascita della Banca Etica dimostra come si sia raggiunta la consapevolezza di dedicare uno specifico istituto bancario come strumento finanziario finalizzato al sostegno dei settori di interesse sociale. Sulla Banca Etica cfr. ENRICO CASALE, *Banca «etica», la finanza alternativa, Aggiornamenti sociali*, n. 5, 1996, pp. 387-394; FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e «finanza etica»*, *Banca borsa e titoli di credito*, n. 1, 1997, pp. 21-48; RICCARDO MILANO, *La finanza e la banca etica: economia e solidarietà*, Paoline, Milano, 2001; FABIO SALVIATO, *Ho sognato una banca: dieci anni sulla strada di Banca etica*, Feltrinelli, Milano, 2010.

⁹⁰ LUIGINO BRUNI, STEFANO ZAMAGNI, *Economia civile*, op. cit., pp. 126-128.

⁹¹ VALERIO TOZZI, *Istituzioni ecclesiastiche, caritative e non profit, loro rapporti con la Chiesa, lo Stato, la società civile ed il mercato*, nel vol. *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Cedam, Padova, 2000, pp. 1627-1661.

comunione⁹², le cui caratteristiche principali vanno individuate nella *socialità umana* e nella *reciprocità*⁹³.

Il concetto di economia civile trae le sue origini nelle vicende che hanno portato alla nascita della c.d. società civile⁹⁴, cioè di quella *terra di mezzo*⁹⁵ che ha una sua autonomia rispetto allo Stato e all’individuo⁹⁶. Nel medioevo era il *populus ducens* (chierici e monaci) ad assumere un ruolo attivo nella Chiesa e nella società, residuando al *populus ductus* (laici) un ruolo passivo.

Ma anche attualmente, come si è potuto rilevare a proposito della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili da parte delle parrocchie del mantovano, i chierici possono svolgere attività di natura secolare in forza del principio di eguaglianza dei fedeli⁹⁷ come compito aggiuntivo o eccezionale.

Il cristiano ha come obiettivo una società fraterna e solidale ed auspica un mercato che non sia solo luogo dell’efficienza, ma anche luogo per praticare la socialità e soprattutto la reciprocità. Per questo va ricercata la realizzazione di

⁹² Evidenzia Benedetto XVI *Accanto all’impresa privata orientata al profitto, e ai vari tipi di impresa pubblica, devono potersi radicare ed esprimere quelle organizzazioni produttive che perseguono fini mutualistici e sociali. È dal loro reciproco confronto sul mercato che ci si può attendere una sorta di ibridazione dei comportamenti di impresa e dunque un’attenzione sensibile alla civilizzazione dell’economia. Carità nella verità, in questo caso, significa che bisogna dare forma e organizzazione a quelle iniziative economiche che pur senza negare il profitto, intendono andare oltre la logica dello scambio degli equivalenti e del profitto fine a sé stesso*. Lettera enciclica *Caritas in veritate*, n. 38.

⁹³ LUIGINO BRUNI, STEFANO ZAMAGNI, *Economia civile, op. cit.*, p. 19. Gli Autori precisano che la nascita dei Monti di pietà, che possono essere considerati la prima grande istituzione di economia civile in cui risalta il principio di reciprocità, nascono per ragioni principalmente solidaristiche più che economiche, come mezzo di cura della povertà e di lotta all’usura (*Ibid.*, pp. 32-47). Si sostiene che il futuro dell’economia dovrà essere orientato *alla eu-economia, alla “buona economia”... la quale... non è una scienza “esatta”, ma essenzialmente “umana”... L’auspicio... è che il mercato finanziario del dopo crisi possa essere effettivamente diverso. Fortemente ispirato ad alcuni valori di fondo, sempre più irrinunciabili: l’equità, la relazionalità, la reciprocità, la sussidiarietà, la solidarietà* (ALESSANDRO AZZI, *Riflessione sul ruolo dell’etica nell’economia, Iustitia*, n. 4, 2009, pp. 404-405). Sulla rinnovata attenzione del mondo cattolico al rapporto tra etica ed economia cfr. MARIA D’ARIENZO, *Chiesa ed economia, Diritto e religione*, n. 2, 2009, pp. 214-224.

⁹⁴ Benedetto XVI richiamando la *Centesimus annus* ricorda che Giovanni Paolo II aveva rilevato la necessità di un sistema a tre soggetti: il mercato, lo Stato e la società civile. Egli aveva individuato nella società civile l’ambito più proprio di un’economia della gratuità e della fraternità (Lettera enciclica *Caritas in veritate*, n. 38).

⁹⁵ L’espressione è di Zamagni, *Economia civile, op. cit.*, p. 29.

⁹⁶ Abbiamo visto nel paragrafo precedente che essa può essere compresa se si risale al medioevo, in particolare al ruolo svolto dal monachesimo. L’antica regola di Benedetto “ora et labora” ha rappresentato per secoli una vera e propria cultura del lavoro e dell’economia.

⁹⁷ *Se i laici sono i “comuni” fedeli, i doveri e i diritti loro propri non possono essere altro che applicazioni e specificazioni dei doveri e dei diritti che competono indistintamente a tutti i battezzati* (Così GIORGIO FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 133).

beni, che, pur non avendo un preciso valore monetario, possono generare benessere e garantire una maggiore stabilità rispetto ai beni convenzionali⁹⁸.

Benedetto XVI nel Messaggio per la giornata mondiale della pace 2010 ha richiamato la *nuova solidarietà* propugnata da Giovanni Paolo II, connessa alla *solidarietà globale* da lui stesso auspicata, quali paradigmi dell'impegno dei cristiani per la salvaguardia dell'ambiente naturale⁹⁹.

Nonostante le perplessità espresse in dottrina con riguardo al decreto legislativo sull'impresa sociale, che costituirebbe solo una *qualifica civilistica, una etichetta, un "logo"*¹⁰⁰, non prevedendo interventi di carattere promozionale¹⁰¹, tanto che si tratterebbe, per tale ragione, di *un'occasione mancata*, purtuttavia si ritiene che detta normativa *potrebbe tradursi in una importante leva reputazionale agli occhi dei terzi utenti e committenti pubblici e privati*¹⁰².

⁹⁸ ANGELO CALOIA, *Caritas in veritate: per un'economia al servizio dell'uomo*, *Iustitia*, n. 4, 2009, p. 398.

⁹⁹ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la giornata della pace 2010*, cit., 10.

¹⁰⁰ Cfr. FRANCESCO ALLEVA., *op. cit.*, p. 182

¹⁰¹ ANTONIO URICCHIO, *Verso una disciplina tributaria dell'impresa sociale*, cit., pp. 457 ss.

¹⁰² Cfr. FRANCESCO ALLEVA., *op. cit.*, p. 184.

Brevi cenni introduttivi alla fattispecie del Kirchengaustritt in Germania

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

Poiché la normativa su come associarsi alle Chiese rientra fra le questioni attinenti al diritto proprio delle comunità religiose, ex art. 140 GG in associazione con l'art. 137 comma 3 WRV, allora l'accettazione di questa normativa da parte dello Stato mediante il GG si articola su due punti: la formula limitativa dell'art. 140 GG (in associazione con l'art. 137 comma 3 WRV) ed i diritti fondamentali.

Il fatto che lo Stato mutui dal diritto canonico il Battesimo come criterio d'incorporazione nella Chiesa non viola il principio fondamentale di libertà di coscienza dell'art. 4 GG¹, dato che le Chiese presuppongono sempre, impartendo il Battesimo, una chiara dichiarazione di volontà del richiedente²:

¹ Cfr. HERMANN VON MANGOLDT – FRIEDRICH KLEIN – AXEL VON CAMPENHAUSEN, *Grundgesetz*, XIV, art. 137 WRV, nn. 56 ss., München, Vahlen, 1991. Cfr. RENÉ LÖFFLER, *Ungestraft aus der Kirche austreten?*, Würzburg, Echter, 2007; JÖRG GILOY – WALTER KÖNIG, *Kirchensteuerrecht in der Praxis*, Neuwied/Berlin, Luchterhand, 1993; LIBERO GEROSA, *Schisma und Häresie. Kirchenrechtliche Aspekte einer neuer ekklesiologischen Begriffsbestimmung*, in *TuG*, LXXXIII (1993), pp. 195 ss.; EUGENIO CORECCO, *La sortie de l'Église pour raison fiscale. Le problème canonique*, in LOUIS CARLEN (a cura di), *Austritt aus der Kirche – Sortir de l'Église*, Freiburg in der Schweiz, UV, 1982, pp. 11 ss.; PETER ERDÖ, *Il cattolico, il battezzato e il fedele in piena comunione con la Chiesa cattolica. Osservazioni circa la nozione di 'cattolico' nel CIC*, in *Periodica*, LXXXVI (1997), pp. 213 ss.; GEORG GÄNSWEIN, *'Spiritum Christi habentes'. Zur Frage von Kirchenzugehörigkeit und Heil*, *ivi*, pp. 397 ss.; ALPHONSE BORRAS, *De excommunicatione in viginti Codice*, *ivi*, LXXIX (1990), pp. 713 ss.; WINFRIED AYMANS, *Das Problem der Defektionsklauseln im kanonischen Eherecht*, in JOSEF ISENSEE – JOSEPH LISTL (a cura di), *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist*. FS für J. Listl, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; GÜNTER BARWIG, *Die Geltung der Grundrecht im kirchlichen Bereich. Eine Untersuchung zur Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsbindung der Religionsgemeinschaften*, Frankfurt a.M., Lang, 2004; KLAUS BIRKELBACH, *Die Entscheidung zum Kirchengaustritt zwischen Kirchenbindung und Kirchensteuer*, in *ZfSöZ*, XXVIII (1999), pp. 136 ss.

² Cfr. cann. 865 § 1 e 868 § 1, 1° CIC. Cfr. JOSEPH RATZINGER, *Taufe, Glaube und Zugehörigkeit zur Kirche*, in *Communio*, V (1976), pp. 218 ss.; per il punto di vista protestante, v. HANS ENGELHARDT, *Einige Gedanken zur Kirchenmitgliedschaft im kirchlichen und staatlichen Recht*, in *ZevKR*, XLI (1996), pp. 142 ss.

ciò dimostra che «la giuridicità dell'ordinamento canonico [...] ancor oggi differenzia enormemente la posizione della Chiesa cattolica da quella di qualsiasi altra confessione religiosa»³, dato che «il diritto canonico [...] non è in antitesi con la realtà misterica della Chiesa, ma in consonanza con essa, e capace di interpretarla»⁴; anche se, infatti, «è indiscutibile che un codice [sia] storicamente condizionato»⁵, dato che «i testi legislativi sono opera umana e condividono il destino che grava su tutti gli uomini, ossia quello di non essere perfetti [...] l'insopprimibilità della dimensione giuridica – per altro caratteristica peculiare della Chiesa romana – dovrebbe consigliare una maggiore prudenza negli attacchi al giuridismo»⁶.

Questo vale anche per il Battesimo dei bambini, dato che qui la manifestazione di volontà viene espressa dai legali rappresentanti, come è stato più volte sottolineato anche dal *BVerfG*⁷.

Si tratta d'un'incorporazione che, recando seco diritti e doveri, prescinde dall'effettiva fede religiosa dell'incorporato. Questo vale anche per le comunità ebraiche, che hanno titolo per esigere la *Kirchensteuer* non solo da chi si fosse convertito all'Ebraismo, ma anche da chi fosse nato da madre ebrea, quand'anche questi non fosse praticante od addirittura non si considerasse nemmeno come ebreo⁸; quest'orientamento è stato confermato dal *BFH* nel 1999, secondo il quale l'appartenenza ad una comunità religiosa è stabilita dalle norme di diritto interno di quest'ultima, a prescindere dal diritto d'autodeterminazione *ex art. 140 GG* (in associazione con l'*art. 137 WRV*): se, però, è possibile che una persona si trovi ad essere iscritta come appartenente ad una data confessione religiosa anche senza volerlo (con tutti i diritti ed i doveri connessi, come il pagamento della *Kirchensteuer*), non è possibile lo sia ove non lo volesse, ed è all'uopo prevista la possibilità di rendere una dichiarazione di fuoriuscita, o *Kirchenaustritt*⁹.

³ M. TEDESCHI, *La codificazione canonica. Problemi metodologici*, in ID., *Scritti di diritto ecclesiastico*, cit., p. 26.

⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁶ *Ibidem*, p. 32. V. anche J. HERRÁNZ CASADO, *Il diritto canonico, perché?*, in O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa ed i diritti della persona*, Milano, 2003, pp. 379 ss.

⁷ *BVerfG*, 9 VII 1965, in *BverfGE*, XVIII (1965), 330 ss.; *BVerfG*, 31 III 1971, *ivi*, XXX (1971), 415 ss.; JOSEPH LISTL, *Die Religions- und Kirchenfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in ID., *Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht*, I, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 111 ss.

⁸ *BVerwG*, 9 VII 1965, in *KirchE*, VII (1964/65), 218 ss.; *VG Frankfurt a.M.*, 12 VIII 1982, *ivi*, XX (1982), 97 ss.

⁹ *BFH*, 24 III 1999, in *BFHE*, CLXXXVIII (1998/99), 245 ss.

Accanto all'appartenenza ad una comunità religiosa, infatti, l'art. 140 GG (in associazione con l'art. 137 comma 3 WRV) implica la possibilità di fuoriuscita, con tutte le conseguenze giuridiche del caso: lo Stato, infatti, *ex art. 4 GG* assicura la libertà anche di non avere nessuna fede religiosa¹⁰, oppure di avere una fede religiosa senza aderire ad una confessione religiosa¹¹: la Germania, in quanto Stato religiosamente neutrale, prevede, infatti, anche questa possibilità.

Dal diritto costituzionale di libertà religiosa negativa non deriva, però, pure quello d'essere difesi dalle conseguenze che le confessioni religiose facessero seguire a questa fuoriuscita, rientrando ciò nel loro diritto d'autodeterminazione *ex art. 140 GG* (in associazione con l'art. 137 comma 3 WRV)¹².

Per lo Stato è irrilevante la causa per la quale questa fuoriuscita avvenga, e l'art. 140 GG vieta addirittura di indagare al riguardo. Essa può benissimo essere dovuta a motivi non teologico-spirituale, ragion per cui sarà perfettamente valida, dal punto di vista dello Stato, anche nel caso in cui il fuoriuscito avesse lasciato la propria confessione religiosa per altri motivi, come, ad esempio, il desiderio di sottrarsi al pagamento della *Kirchensteuer*.

Il *Kirchenaustritt* è, infatti, un istituto giuridico statale, cosicché, se da un lato sarà valido qualunque fosse l'opinione delle Chiese in merito, dall'altro queste ultime conservano, in virtù del diritto all'autodeterminazione *ex art. 140 GG* (in associazione con l'art. 137 WRV comma 3), anche il diritto di non riconoscerlo.

Spetta ai singoli *Länder* regolamentare la legislazione sul *Kirchenaustritt*¹³, sicché ci sono differenze normative, tutte riconducibili alle due *Preußische Kirchenaustrittsgesetze*, quella del 1873 e quella del 1919¹⁴.

¹⁰ MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *Il diritto universale alla libertà di coscienza*, Roma, 2000.

¹¹ AXEL VON CAMPENHAUSEN, *Der Austritt aus den Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in *HStKR*, I, p. 777; UWE KAI JACOBS, *Der Kirchenaustritt vor dem Standesbeamten*, in *Das Standesamt*, XLVI (1993), pp. 133 ss.; PAUL MIKAT, *Grundfragen des staatlichen Kirchenaustrittsrechtes*, in JOSEPH LISTL (a cura di), *Paul Mikat. Religionsrechtliche Schriften. Abhandlungen zum Staatskirchenrecht und Eberecht*, I, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 502 ss.; MARIA JOSÉ FERNANDEZ ROCA, *Der Kirchenaustritt aus der Sicht von Staat, Kirche und Individuum*, in *AfKJR*, CLIX (1990), pp. 428 ss.

¹² LUDWIG RENCK, *Verfassungsprobleme des Kirchenaustritts aus kirchensteuerlichen Gründen*, in *DÖV*, XLVIII (1995), pp. 374 ss.; ULF HÄUSSLER, *Keine Verfassungsprobleme durch Formalisierung des Kirchenaustritts*, *ivi*, pp. 986 ss.

¹³ A differenza di quanto previsto dall'art 10 n. 1 WRV, infatti, questo ambito normativo è ormai di competenza dei singoli Länder: v. DIETER HESSELBERGER, *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*, Neuwied/Berlin, Luchterhand, 2003, p. 376.

¹⁴ Cfr., per l'impostazione teorica generale, FAUSTINO DE GREGORIO, *Stato e Chiesa nella storia del diritto: primato spirituale e difesa temporale*, Roma, 1999.

Dopo la fine della seconda guerra mondiale, infatti, con l'incorporazione degli articoli dal 136 al 139, e del 141, WRV nel nuovo GG, venne riaffermata la competenza dei singoli *Länder* relativamente alla normativa sui *Kirchenaustritte*, che solo col tempo e con gli interventi del *BVerfG* si sta unificando: Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein, Assia, Renania Palatinato, Nordreno-Vestfalia e Bassa Sassonia, ad esempio, avevano ancora, fino al 1996, la legislazione sul *Kirchenaustritt* del Reich guglielmino, che prevedeva fino a quattro tipi di *Kirchenaustritte* differenti.

Primus movens di questo processo di riforma è stata la sentenza dell'8 febbraio 1977 del *BVerfG*, che dichiarò incostituzionale il lasso di tempo di un mese previsto per legge prima che la dichiarazione di fuoriuscita producesse effetti, come pure la norma secondo cui il fuoriuscito sarebbe stato comunque soggetto al *Kirchensteuer* fino alla fine dell'anno in corso, a prescindere dal mese in cui avesse pronunciato la dichiarazione di fuoriuscita¹⁵.

Ciò obbligò i *Länder* in cui erano ancora in vigore le disposizioni guglielmine a legiferare, disponendo l'immediata efficacia del *Kirchenaustritt*, tanto sul piano civile quanto su quello tributario.

Una seconda serie di cambiamenti sopraggiunse come conseguenza alle molteplici controversie giudiziarie degli anni '70 relativamente ai c.d. '*Kirchenaustritte* modificati': numerosi fuoriusciti avevano reso la dichiarazione dinanzi a pubblici ufficiali aggiungendovi però la precisazione di voler abbandonare la rispettiva comunità religiosa intesa come Chiesa-corporazione secondo il diritto pubblico tedesco, e non già come comunità di fede, della quale, invece, desideravano continuare a far parte.

Spesso questi *Kirchenaustritte* modificati erano dovuti al desiderio di sottrarsi al pagamento della tassa ecclesiastica senza, però, andare anche incontro alle conseguenze all'uopo previste dalle varie Chiese, come il divieto d'accostarsi ai Sacramenti, di ricevere un funerale religioso, *etc.*¹⁶

Varie *Oberlandgerichte* si pronunziarono sul punto, finché poi non intervenne il *Bundesverwaltungsgericht*¹⁷: l'efficacia di queste dichiarazioni di *Kirchenaustritt* modificate venne variamente giudicata, ma in conseguenza vi

¹⁵ *BVerfG*, 8 febbraio 1977, in *KirchE*, XVI (1977/78), 47 ss.

¹⁶ *FG Hamburg*, 25 agosto 1964, *ivi*, VII (1964/65), 90 ss.; *HessVGH*, 8 aprile 1975, *ivi*, XIV (1974/75), 251 ss.; *FG Münster*, 20 dicembre 1983, *ivi*, XXI (1983), 338 ss. Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *Ius Ecclesiae*, XII (2000), pp. 343 ss.

¹⁷ *OLG Frankfurt a.M.*, 20 marzo 1970, in *KirchE*, XI (1969/70), 169 ss.; *OLG Hamm*, 9 ottobre 1970, *ivi*, pp. 317 ss.; *OLG Oldenburg*, 29 gennaio 1970, *ivi*, 136 ss.; *BVerwG*, 23 febbraio 1979, *ivi*, XVII (1978/79), 183 ss.

fu una serie d'interventi legislativi che esclusero espressamente la possibilità d'introdurre modifiche d'alcun tipo nelle dichiarazioni¹⁸.

Anche nella prima Costituzione della DDR, del 7 ottobre 1949, i summenzionati articoli della WRV furono incorporati¹⁹, cosicché anche nella Germania dell'Est le Chiese ebbero uno *status* di corporazione di diritto pubblico²⁰. Il *Kirchenaustritt* vi fu regolamentato *ex artt.* 47 e 48 della Costituzione, come pure con il *Kirchenaustrittsverordnung* del 13 luglio 1950 e le correlate disposizioni attuative, del 20 marzo 1952²¹.

Mentre inizialmente la competenza era degli uffici pubblici, a partire dal 1952 essa venne affidata al notariato di Stato, appena istituito²²; e, a differenza degli articoli della WRV, queste disposizioni della DDR sul *Kirchenaustritt* conservarono la loro efficacia anche con le due successive Costituzioni, quella del 1968 e quella del 1974.

Il rapporto fra Chiesa e Stato venne, anzi, dettagliatamente descritto dall'art. 39, secondo il cui I comma la libertà religiosa e di culto non era un diritto spettante a tutti, ma solo ai cittadini della DDR; eventuali conflitti fra Stato e Chiese avrebbero dovuto essere risolti alla luce dei principî fondamentali dell'ordinamento socialista; il diritto d'autodeterminazione delle Chiese non sottostava solo ai limiti della legge in generale, come nella WRV, ma, *ex art* 39 comma 2, doveva essere positivamente conforme a tutte le disposizioni normative dello Stato socialista. Lo *status* di corporazioni di diritto pubblico previsto dalla WRV venne modificato, con il codice civile del 19 giugno 1975, in persone giuridiche di diritto privato. Per l'appartenenza alle Chiese e per il *Kirchenaustritt*, però, non cambiò nulla, né – in teoria – per la tassa ecclesiastica, a proposito della quale non vi fu mai cooperazione fra Chiesa e Stato: né lo Stato procedeva alla riscossione della tassa, né le Chiese erano messe a conoscenza delle dichiarazioni di fuoriuscita.

¹⁸ Baviera (AVKirchStG), Baden-Württemberg (KirchStG), Berlino (KiAustrG), Brema (BremKiStG), Amburgo (KiAustrG), Bassa Sassonia (KiAustrG), Nordreno-Westfalia (KiAustrG), Renania-Palatinato (RelAustrG), Sassonia Anhalt (KiAustrG). In Sassonia e nel Meclemburgo-Pomerania furono emanate circolari amministrative, mentre nessun divieto venne introdotto nel Brandeburgo, in Assia, Turingia e nella Saar.

¹⁹ V. ERWIN JACOBI, *Staat und Kirche nach der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik*, in *ZevKR*, I (1951), pp. 113 ss.

²⁰ MARIO TEDESCHI, *Chiesa e Stato in Polonia negli anni 1944-1968*, in *Dir. eccl.*, 1969, pp. 369 ss.; PIERO BELLINI, *Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei*, in AA.VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, 1975, pp. 119 ss.

²¹ V. GBl DDR, 1950, 660; GBl DDR, 1952, 324.

²² V. *Verordnung über die Errichtung und Tätigkeit des Staatlichen Notariats* vom 15. Oktober 1952, § 2, n. 13, in GBl DDR, 1952, 1055.

Con l'annessione dei 5 *Länder* orientali nella Repubblica federale, la normativa della DDR sul *Kirchenaustritt* rimase in vigore solo a livello di *Land*, ex art. 9 comma 1 del trattato di unificazione (*Wiedervereinigungsvertrag*), sicché, ex art. 9 comma 2 allegato 2 capitolo 4 paragrafo I n. 5 del medesimo trattato, anche nei *Länder* della ex-DDR fu introdotta la *Kirchensteuergesetz*.

La fuoriuscita dalle comunità religiose disciplinate secondo il diritto privato è regolata dal § 39 BGB; ma le *Kirchenaustrittsgesetze* dei singoli *Länder* prevedono solo le fuoriuscite dalle comunità religiose dotate dello *status* di corporazioni di diritto pubblico²³.

1. *L'abbandono formale*

Il primo requisito è l'abbandono formale: competente per l'accettazione della dichiarazione di fuoriuscita è solo il tribunale di prima istanza od il tribunale distrettuale (a Berlino, in Brandeburgo, Assia, Nordreno-Westfalia, Saar, Turingia), oppure l'ufficio di stato civile (in Baden-Württemberg, Baviera, Amburgo, Meclemburgo-Pomerania, Bassa Sassonia, Renania-Palatinato, Sassonia, Schleswig-Holstein) nel cui ambito di competenza risieda il fuoriuscente. Un'eccezione si ha nella libera città anseatica di Brema, ove la dichiarazione di fuoriuscita va resa dinanzi ad un'autorità ecclesiastica.

Il richiedente deve provare la propria identità con un documento statale, mentre non è richiesta la prova dell'appartenenza alla confessione religiosa per la quale fosse registrato; egli ha due possibilità: rendere una dichiarazione verbale, che viene recepita e protocollata, oppure consegnare una dichiarazione scritta, che però dev'essere stata autenticata da un notaio.

Conformemente alle disposizioni dei singoli *Länder*, poi, l'autorità dinanzi alla quale fosse stata resa la dichiarazione rilascia un certificato.

L'accettazione del *Kirchenaustritt* da parte dello Stato risponde a due requisiti: *in primis* ha una valenza pubblicistica, trattandosi della fuoriuscita da una comunità religiosa riconosciuta come corporazione di diritto pubblico; d'altro canto può anche servire nel caso in cui la comunità religiosa *de qua agitur* non prevedesse una fuoriuscita, od una procedura specifica per compierla.

Alcuni *Länder* configurano il *Kirchenaustritt* come atto amministrativo, per la registrazione del quale chiedono una tassa: si tratta della Bassa Sassonia, di Brema, della Renania-Palatinato, del Nordreno-Westfalia; sulla legittimità di

²³ Cfr. UTE SUHRBIER-HAHN, *Das Kirchensteuerrecht. Eine systematische Darstellung*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1999, pp. 27 ss.

questa tassa è in atto una discussione costituzionale: *contra* viene argomentato che si tratterebbe dell'esercizio del diritto fondamentale di libertà religiosa negativa, e l'esercizio d'un diritto fondamentale non dovrebbe essere gravato da una tassa²⁴; *pro*, d'altro canto, si sostiene che non vi sarebbe nessun diritto dei cittadini all'attività gratuita dei pubblici uffici, nemmeno nel caso d'esercizio di diritti fondamentali²⁵.

La questione resta al momento aperta; l'*iter* procedurale di Brema, peraltro, ove il *Kirchenaustritt* viene reso dinanzi all'autorità ecclesiastica, mostra come la collaborazione d'un'autorità statale al riguardo non sia strettamente indispensabile.

2. *Il fuoriuscito*

La nazionalità del dichiarante è assolutamente irrilevante: un cittadino straniero che abitasse in Germania, infatti, potrebbe rendere la dichiarazione di *Kirchenaustritt* dinanzi alla competente autorità statale anche nel caso in cui questa non fosse prevista o possibile nel suo Paese d'origine²⁶.

Requisito essenziale è solo la maggiore età prevista per le questioni religiose: *ex* art. 5 comma 1 della *RelErzG*, infatti, a partire dal quattordicesimo anno d'età si è liberi di scegliere la propria confessione religiosa, e parimenti di fuoriuscire dalla Chiesa nella quale si fosse stati registrati dai genitori; in Baviera e nella Saar, invece, questa maggiore età 'religiosa' è equiparata a quella *tout court*, essendo perciò di 18 anni²⁷.

A partire dai dodici anni, peraltro, i genitori non possono dichiarare il *Kirchenaustritt* d'un loro figlio senza che questi sia d'accordo (art. 5 comma 2 *RelErzG*); al di sotto di questa età, viceversa, il *Kirchenaustritt* può essere dichiarato dai legali rappresentanti, che di solito sono i genitori (§ 1629 BGB). *Ex* § 1629 BGB, poi, essi hanno la rappresentanza congiunta, il che significa che ogni decisione sulla posizione religiosa dei loro figli dev'essere presa di comune accordo. Nel caso in cui, tuttavia, i due genitori non riuscissero a trovare un accordo, la decisione verrà presa dal tribunale minorile.

Poiché, poi, si tratta d'una manifestazione di volontà, appare chiaro ch'es-

²⁴ V. HANS ENGELHARDT, *Einige Gedanken zur Kirchenmitgliedschaft im kirchlichen und staatlichen Recht*, cit., pp. 82 ss.; UWE KAI JACOBS, *Der Kirchenaustritt vor dem Standesbeamten*, cit., p.137.

²⁵ PAUL MIKAT, *Grundfragen des staatlichen Kirchenaustrittsrechtes*, cit., p. 510.

²⁶ LG Koblenz, 25 aprile 1980, in *KirchE*, XVIII (1980/81).

²⁷ V. art. 137 comma 1 della Costituzione della Baviera; art. 29 comma 4 Costituzione della Saar.

sa, ex § 105 comma 1 BGB, non potrà essere validamente effettuata da chi fosse interdetto od inabilitato: nel caso di situazione permanente, perciò, un *Kirchenaustritt* richiederà un tutore, ma in tal caso bisognerà distinguere se si tratti d'una incapacità parziale o totale, giacché ex § 1896 comma 2 BGB un tutore può decidere solo nei casi in cui vi sia incapacità totale.

La questione, però, è variamente regolata nei varî *Länder*: in Baviera il rappresentante legale può liberamente decidere per i minori di anni 14; e comunque in Sassonia ed Baviera il tutore può decidere sul *Kirchenaustritt* anche senza l'accordo del rappresentato, che è necessario, invece, in Bassa Sassonia.

3. *Contenuto della dichiarazione e conseguenze giuridiche*

La dichiarazione di *Kirchenaustritt* è un atto amministrativo contenente una manifestazione di volontà²⁸. L'interessato dichiara, con effetti civili, di fuoriuscire dalla Chiesa cui fino a quel momento apparteneva, e di non doverne perciò più esser considerato membro da parte dello Stato. Le conseguenze che si avranno nell'ambito ecclesiale lasciato, come pure le possibilità di evitarle, non rientrano né possono rientrare nel *Kirchenaustritt*²⁹.

La principale conseguenza in ambito civile, peraltro, consiste nel venir meno del prelievo automatico della *Kirchensteuer*. La dichiarazione sarà efficace a partire o dal momento stesso in cui fosse stata resa, per iscritto o verbalmente (come in Bassa Sassonia, in Sassonia e nel Baden-Württemberg), oppure a partire dal giorno successivo (come nello Schleswig-Holstein, in Nordreno-Westfalia e nella Renania-Palatinato).

La pausa di riflessione prima che il *Kirchenaustritt* producesse effetti, pur prevista dall'originaria normativa guglielmina, è stata dichiarata incostituzionale dal *BVerfG* nel 1977³⁰, e parimenti è stata dichiarata inammissibile una dichiarazione di ripensamento³¹.

Oggetto di discussione è, invece, chi sia l'effettivo destinatario della dichiarazione: parte della dottrina ritiene ch'essa sia indirizzata alla Chiesa d'appartenenza, sicché lo Stato svolgerebbe unicamente un ruolo di controllo sulla regolarità della dichiarazione in sé, comunicandola all'ufficio finanziario

²⁸ Cfr. *BVerwG*, 23 febbraio 1979, in *KirchE*, XVII (1978/79), 183 ss.

²⁹ *BVerfG*, 31 marzo 1971, in *BVerfGE*, XXX (1971), 415 ss.

³⁰ *BVerfG*, 8 febbraio 1977, in *KirchE*, XVI (1977/78), 47 ss.

³¹ *FG Münster*, 19 novembre 1974, *ivi*, XIV (1974/75), 188 ss.

competente affinché s'interrompa il prelievo automatico della *Kirchensteuer*³²; altri autori ritengono, invece, che vi siano due destinatari: Stato e Chiesa, il primo attribuisce alla dichiarazione le proprie conseguenze, come la sospensione del *Kirchensteuer*, e la trasmette alla Chiesa affinché questa poi vi applichi le proprie conseguenze³³; altri ancora, infine, sostengono che l'unico destinatario sia lo Stato, essendo il *Kirchenaustritt* un atto previsto dal diritto statale, che produce conseguenze nel diritto statale. Il fatto che poi possa produrle anche in altri ambiti è, per lo Stato, irrilevante³⁴.

Il *Kirchenaustritt*, in effetti, trova la propria origine e la propria attuale legittimazione nel diritto statale, tanto più che *ex art.* 140 GG (in associazione con l'art. 137 comma 3 WRV) è positivamente proibito allo Stato di prevedere un *iter* statale con cui interferire od ingerirsi della questioni ecclesiali interne, quale certamente sarebbe la valutazione dell'appartenenza o meno. L'invio alla Chiesa interessata d'una copia della dichiarazione ha unicamente carattere informativo³⁵.

4. *Punti controversi*

Il *Kirchenaustritt* è, dunque, un atto amministrativo statale a forma vincolata, giacché variazioni al contenuto standard non previste dalla legge ne causano la nullità (§ 125 BGB).

Variazioni di questo tipo sono, *ad ex.*, il fatto che venga reso dinanzi al tribunale od ufficio pubblico non competente³⁶, oppure che venga presentato per conto d'un'altra persona, anche con delega³⁷.

³² JOSEPH LISTL, *Die Rechtsfolgen des Kirchenaustritts in der staatlichen und kirchlichen Rechtsordnung*, in WINFRIED SCHULZ (a cura di), *Recht als Heildienst. Festschrift für M. Kaiser*, Paderborn, Bonifatius, 1989, pp. 173 ss.; ILONA RIEDEL-SPANGENBERGER, *Grundbegriffe des Kirchenrechts*, Paderborn, Schöningh, 1992, pp. 139 ss.

³³ AXEL VON CAMPENHAUSEN, *Kircheneintritt, - Kirchenaustritt – Kirchensteuer nach staatlichem und kirchlichem Recht*, in *DÖV*, XXIII (1970), p. 804.

³⁴ KLAUS LÜDICE, *Tathaftung oder Schuldbaftung? Zur Problematik der wiederverheirateten Geschiedenen angesichts der Grundprinzipien des kirchlichen Sanktionrechtes*, in THEODOR SCHNEIDER (a cura di), *Geschieden, wiederverheiratet, abgewiesen? Antworten des Theologie*, Freiburg i.Br., Herder, 1995, p. 278.

³⁵ ARTHUR BENNO SCHMIDT, *Neue Beiträge zum Austritt aus der Kirche*, in FRANCESCO BRANDILEONE (a cura di), *Festschrift Emil Friedberg zum siebzigsten Geburtstag*, Leipzig, Velt, 1908, pp. 79 ss.

³⁶ OLG Celle, 18 marzo 1949, in *KirchE*, I (1946/52), 40 ss.

³⁷ VG Stuttgart, 27 aprile 1955, *ivi*, III (1955/56), 63 ss.; KG Berlin, 18 ottobre 1965, *ivi*, VII (1964/65)

Rilevante pare, invece, la questione della forma prescritta per stabilire il momento preciso della fuoriuscita³⁸: in particolare dopo la caduta del Terzo Reich³⁹ e della DDR nacquero, infatti, varie controversie giudiziarie. Cittadini dell'ex DDR avevano pronunziato la dichiarazione di fuoriuscita dinanzi a differenti autorità statali o dinanzi ad autorità ecclesiastiche⁴⁰.

Di qui giurisprudenza non concorde: secondo la VG di Berlino prevale la prassi della DDR, e quindi il *Kirchenaustritt* è valido anche se presentato in modo non conforme alle norme della Repubblica federale⁴¹, mentre la giurisprudenza bavarese è più formalista, e dichiara nulli i *Kirchenaustritte* di questo tipo⁴².

In effetti, giacché nella DDR lo Stato non collaborava con le comunità religiose, dopo la *Wiedervereinigung* è capitato a molti cittadini della Repubblica democratica, che pur avevano presentato il *Kirchenaustritt*, di trovarsi reinseriti *ex officio* fra coloro i quali fossero ancora soggetti alla tassa ecclesiastica.

Relativamente alla validità delle dichiarazioni di fuoriuscita presentate nella DDR, infatti, le corti tedesche post-riunificazione hanno considerato in generale valide anche per la BRD quelle che fossero presentate nella DDR rispettando i requisiti formali previsti⁴³, ovvero, a partire dal 1952/53, quelli presentati ad un notaio statale.

Più univoca fu, invece, la giurisprudenza relativa ai *Kirchenaustritte* presentati da quegli stranieri nei cui Paesi d'origine non vi fosse una procedura simile, giacché nel caso di un trasferimento nella Germania est anche costoro erano soggetti alla tassa ecclesiastica. Contro tale prassi fece ricorso una cittadina francese, argomentando di non appartenere a nessuna Chiesa tedesca, ma il *Verwaltungsgericht* di Berlino le diede torto, sostenendo ch'ella non avrebbe potuto in nessun caso sottrarsi alla tassa ecclesiastica in Germania, dato che

³⁸ Cfr. Preußische OVWG, 9 giugno 1936, in *PrOVGE*, XCVIII (1936), 59 ss.

³⁹ Cfr. BFH, 23 aprile 1971, in *KirchE*, XII (1971/72), 112 ss.; FG Düsseldorf, 15 febbraio 1977, *ivi*, XVI (1977/78), 71 ss.

⁴⁰ Nel caso in cui un Kirchenaustritt venga reso dinanzi ad autorità ecclesiastiche, queste non sono tenute a fornire all'interessato nessun aiuto perché questi possa rendere una dichiarazione di fuoriuscita giuridicamente valida: LG Tübingen, 26 marzo 1985, *ivi*, XXIII (1985), 56 ss.

⁴¹ VG Berlin, 14 aprile 1997, *ivi*, XXXV (1997), 126 ss.

⁴² FG München, 16 ottobre 1995, *ivi*, XXXIII (1995), 371 ss.

⁴³ FG München, 10 novembre 1986, *ivi*, XXIV (1986), 281 ss.; FG Mecklenburg-Vorpommern, 21 marzo 1995, *ivi*, XXXIII (1995), 84 ss.; FG München, 16 ottobre 1995, *cit.*; VG Berlin, 14 aprile 1997, *cit.*

il diritto francese non prevedeva nessuna forma di *Kirchenaustritt*⁴⁴.

5. I *Kirchenaustritte modificati*

A partire dagli anni '60 nacque e si sviluppò una controversia dottrinale e giurisprudenziale in merito all'ammissibilità di *Kirchenaustritte* modificati, nei quali, cioè, il dichiarante precisasse di voler fuoriuscire solo dalla 'Chiesa come corporazione di diritto pubblico con potere d'esazione d'imposta'⁴⁵, e non già anche da quella 'Chiesa come comunità di fedeli'⁴⁶.

La discussione sui *Kirchenaustritte* modificati, però, rifletté anche un'analogia discussione in ambito canonistico: affinché una dichiarazione di fuoriuscita da una Chiesa sia valida, infatti, è forse necessaria anche l'effettiva perdita di quella fede religiosa? È possibile scindere l'appartenenza ad una Chiesa dal punto di vista statale e da quello ecclesiale?

Una delle tesi fondamentali al riguardo sostiene che una dichiarazione modificata contrasterebbe col carattere della dichiarazione stessa: questa è un atto con il quale l'interessato fuoriesce pubblicamente da una comunità religiosa⁴⁷, ed anche se è rilasciata dinanzi ad un pubblico ufficiale, tuttavia non si dirige esclusivamente allo Stato, ma al contempo anche alla Chiesa. Quindi una dichiarazione modificata che volesse esprimere solo la fuoriuscita dalla Chiesa intesa come corporazione di diritto pubblico sarebbe una fuoriuscita con riserva, con cui non si vuole realmente abbandonare la Chiesa cui si apparteneva. Ciò implicherebbe allora la nullità anche della dichiarazione di fronte allo Stato⁴⁸.

Secondo parte della stessa dottrina canonistica, infatti, l'appartenenza ad una determinata comunità religiosa ha un senso ove sia *in primis* espressione d'una fede religiosa⁴⁹, ragion per cui sarebbe assurdo distinguere fra l'adesione ad una determinata dottrina di fede e l'appartenenza alla comunità religiosa

⁴⁴ VG Berlin, 29 luglio 1988, in *KirchE*, XXVI (1988), 186 ss.

⁴⁵ OLG SCHLESWIG, 26 gennaio 1971, in *KirchE*, XII (1971/72), 35 ss.

⁴⁶ AG Hagen, 5 maggio 1969, *ivi*, X (1968/69), 386 ss.; OLG Oldenburg, 29 gennaio 1970, *ivi*, XI (1969/70), 136 ss.; OLG Frankfurt, 20 marzo 1970, *ibidem*, 169 ss.; LG Hildesheim, 26 maggio 1971, *ivi*, XII (1971/72), 172 ss.

⁴⁷ JOSEPH LISTL, *Verfassungsrechtliche unzulässige Formen des Kirchenaustritts. Zur Rechtsprechung in der Frage der Zulässigkeit eines sog. 'modifizierten' Kirchenaustritts*, in *JZ*, XXVI (1971), p. 347.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 351 ss.; HEINER MARRÉ, *Die Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart*, Essen, Ludgerus, 2006, pp. 45 ss.

⁴⁹ PAUL MIKAT, *Grundfragen des staatlichen Kirchenaustrittsrechtes*, cit., p. 507.

che di quella dottrina di fede fosse fattispecie visibile.

E tuttavia, si obietta, la libertà di riunione negativa non presuppone o richiede una decisione di questo tipo in materia di fede: si può lasciare una comunità religiosa organizzata anche qualora se ne condividesse ancora la fede, dato che i motivi per fuoriuscirne potrebbero benissimo non essere di natura dogmatico-teologica⁵⁰.

Anche perché, ove mai l'effettiva perdita d'una determinata fede fosse requisito per la validità del *Kirchenaustritt*, allora lo Stato dovrebbe esaminare questa perdita della fede, e preliminarmente accertarla onde poter dichiarare valida la dichiarazione di fuoriuscita. Un esame di questo tipo è però vietato dal GG, che dispone la neutralità dello Stato⁵¹.

È allora forse possibile scindere il fatto d'appartenere ad una Chiesa-comunità di fedeli da quello d'appartenere a quella medesima Chiesa-corporazione di diritto pubblico?

A quest'ipotesi vengono opposte alcune argomentazioni: *in primis* il concetto ecclesiologico d'identità fra la Chiesa particolare e la Chiesa come corporazione di diritto pubblico, che implica l'unicità dell'appartenenza alla comunità ecclesiale sotto il profilo statale e sotto quello infraecclesiale; *ex art.* 140 GG (in associazione con l'art. 137 comma 3 WRV), *in secundis*, poi, vi è una sola appartenenza ecclesiale, che pur essendo regolata dal diritto interno delle confessioni religiose interessate produce effetti anche per l'ambito giuridico statale⁵².

⁵⁰ HANS ENGELHARDT, *Der Austritt aus der Kirche*, Frankfurt a.M., 1972, p. 41.

⁵¹ DIETRICH PIRSON, *Zur Rechtswirkung des Kirchenaustritts. Eine Erwiderung auf den Beitrag von J. Listl*, in *JZ*, XXVI (1971), pp. 345 ss. e pp. 609 ss. Cfr. STEFANO TESTA BAPPENHEIM, "Veluti di Deus Daretur": Dio nell'ordinamento costituzionale tedesco, in JUAN IGNACIO ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU (a cura di), *Ius divinum. Atti del XIII Congresso internazionale di diritto canonico, Venezia, 17-21 settembre 2008*, Venezia, Marcianum, 2010, pp. 253 ss.; FABIO FEDE – STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Dalla laicità di Parigi alla nominatio Dei di Berlino passando per Roma*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵² Cfr. FRANCESCO COCCOPALMERIO, *La dottrina dell'appartenenza alla Chiesa nell'insegnamento del Vaticano II*, in *Scuola cattolica*, XCVIII (1970), pp. 215 ss.

L'Iran Contemporaneo: tra islamismo politico e laicità

PEJMAN ABDOLMOHAMMADI

Uno studio accurato della storia contemporanea iraniana rivela come l'antico paese persiano sia stato protagonista, negli ultimi due secoli, di numerosi dibattiti politici tra intellettuali ed esperti di legge islamica su quella che doveva essere la forma di stato da costituirsi in Iran. La rivoluzione costituzionale del 1906, la nascita della monarchia Pahlavi, la formazione del governo nazional-liberale di Mosaddeq nel 1951, la rivoluzione iraniana del 1979, la conseguente istituzione della repubblica islamica e infine la rinascita laica delle nuove 34 generazioni iraniane costituiscono le fasi fondamentali dell'era contemporanea nel corso delle quali il pensiero laico si è dovuto confrontare e, a volte, scontrare con quello religioso-islamico. L'Iran è infatti un importante laboratorio di sperimentazione per una complessa convivenza del pensiero laico e di quello religioso. In questo articolo saranno esaminati due momenti storici di particolare importanza nei quali fattori laici e/o islamici hanno determinato in modo considerevole, il processo politico iraniano: il governo laico nazional-democratico di Mohamamd Mosaddeq (1951-1953) e la repubblica islamica della'ayatollah Ruhollah Khomeini del 1979.

1. Il governo nazional-liberale di Mohammad Mosaddeq

Una delle esperienze più significative di un governo laico in Iran è riscontrabile nei primi anni cinquanta con la leadership della figura patriottica nonché liberale di Mohammad Mosaddeq.

La libertà politica di cui godette la società iraniana nel primo decennio del regno di Mohammad Reza Shah Pahlavi favorì il ritorno di diverse personalità del mondo persiano – escluse fino ad allora da Reza Shah dalle attività politiche del Paese – alla scena della vita pubblica. Una di esse era il laico-nazionalista *Mohammad Mosaddeq*, nato nel 1882 a Teheran, discendente da una famiglia

nobile. Sua madre era una delle principesse dei *Qajar* e suo padre era stato ministro dell'economia per vent'anni. Mosaddeq, laureatosi in scienze politiche nell'Università di Teheran, ottenne poi il titolo di dottore di ricerca nella stessa materia presso l'Università di Neuchâtel. Nel 1914, quando la Persia aveva già compiuto la sua rivoluzione costituzionale, egli rientrò a Teheran e intraprese la carriera accademica nell'Università della capitale. Un anno dopo si candidò al parlamento e divenne uno dei protagonisti della vita pubblica iraniana. Le sue critiche rivolte al governo suscitarono malcontento all'interno dell'*élite* al potere e Mosaddeq, dopo aver lasciato il parlamento, scelse di tornare in Europa. Sei anni dopo, su richiesta del nuovo Primo ministro iraniano, tornò in patria e divenne presidente della regione di *Fars (Pars)*, nel centro della Persia¹. L'ascesa al potere di Reza Shah ed il suo colpo di Stato emarginarono Mosaddeq, che si era espresso contro il nuovo monarca. Egli fu uno dei pochi parlamentari che non appoggiarono l'incoronazione di Reza Shah, ritenendola un'azione contraria alla legge.²

La sua ostilità verso il fondatore dei Pahlavi lo fece uscire per quindici anni dalla scena politica fino al 1941, quando l'esilio di Reza Shah e l'avvento di suo figlio al potere generarono in Iran un clima molto più aperto. Mosaddeq nel 1943 si presentò come candidato indipendente alle elezioni parlamentari e fu il più votato nella capitale. Il suo rientro in politica diede alle correnti politiche di matrice laica l'opportunità di riconoscersi in una personalità carismatica *super partes* e ben voluta dal popolo³. Sin dal suo rientro nel quattordicesimo⁴ parlamento, Mosaddeq criticò il governo, giudicandolo troppo vicino alla

¹ WILLIAM FORBIS, *Fall of the Peacock Throne: The Story of Iran*, New York, Harper-Row Publishers, 1980, p. 56; SUSAN SIAVOSHI, *Liberal Nasionalism dar Iran (Il liberalnazionalismo in Iran)*, Centro di studi sull'Islam e sull'Iran, Teheran, 2001, pp. 56-58; sulla biografia di Mohammad Mosaddeq si consultino anche SEPEHR ZABIH, *The Mosaddeq Era*, Lake View Press, Chicago, 1982; FOUAD ROUHANI, *The Political Biography of Mosaddeq: In the Context of Iranian National Movement*, Published by the National Resistance of Iran, London, 1987; FARHAD DIBA, *Mohammad Mosaddeq: A Political Biography*, Croom Helm, London, 1989.

² ERVAND ABRAHAMIAN, *Iran beine do engbelab (l'Iran fra le due rivoluzioni)*, Markaz, Teheran, 1998, p. 123.

³ Cfr. AMIN SAIKAL, *The Rise and the Fall of the Shah*, Princeton, Princeton University Press, 1980, pp. 36-37; Cfr. anche *ibidem*, p. 36: "In the meantime, Dr. Mohammad Mosaddeq was emerging rapidly as a leading nationalist-reformist figure. He had consistently advocated the creation of a parliamentary democratic system with the power of monarchy limited and regulated by law; the exertion of Iran's ownership and control over its resources, particularly oil; and the implementation of rapid, fundamental socio-economic reforms"; KOUROSH ZAHIM, *Jebbeie Mellie Iran (Il fronte nazionale dell'Iran)*, Iranmehr, Teheran, 1999, p. 15.

⁴ A partire dalla rivoluzione costituzionale del 1906 si fondò l'istituzione del Parlamento in Iran. Per quattordicesimo parlamento si intende la quattordicesima legislatura dell'esperienza costituzionale dell'Iran.

corte. La sua posizione trovò l'appoggio del popolo in misura tale che nel 1947, quando il Paese si preparava alle elezioni del quindicesimo parlamento, egli era diventato una delle figure più importanti della politica iraniana. In seguito alla sua rielezione a deputato nel 1947, venne proposto come uno dei candidati per la carica di Primo ministro, ma in quell'occasione non ottenne i voti sufficienti e venne superato dal suo rivale *Reza Hekmat*. A partire da quell'anno fino al 1950 molti governi si succedettero e l'Iran visse in un clima politico incerto che avrebbe riservato diverse sorprese.⁵

Mohammad Reza Shah, che all'inizio del suo regno non si era interessato direttamente dell'amministrazione del Paese, incominciò ad influenzare la formazione dei governi e l'attività legislativa. Nel 1948 lo Shah rimase vittima di un attentato terroristico, rischiando la vita: durante una cerimonia studentesca nell'Università di Teheran un giovane cercò di ucciderlo esplodendo diversi colpi di arma da fuoco. L'aggressore venne ucciso immediatamente e non si riuscì a capire da quale parte politica tale azione fosse venuta. Da quel momento, lo Shah cambiò radicalmente il suo indirizzo, incrementando il proprio potere: il partito comunista *Tudeh* venne considerato "ostile" al monarca, poi proclamato fuorilegge, alcune personalità del mondo politico e della stampa vennero arrestate, il leader religioso sciita Ayatollah Kashani venne mandato in esilio e infine lo Shah decise di convocare un'Assemblea costituente per modificare alcune parti della Costituzione e chiedere lo scioglimento del parlamento, chiamando gli elettori alle urne⁶. Alcuni storici ritengono che l'attentato sia stato programmato dallo stesso Shah per avere una motivazione legittima che giustificasse il suo intervento radicale nelle vicende politiche dell'Iran. Nonostante l'ipotesi sia stata negata da altri studiosi, i fatti dimostrano che l'accaduto permise comunque allo Shah di rafforzare il proprio potere. L'Assemblea costituente modificò l'organo legislativo – che prima era monocamerale – istituendo un'assemblea nazionale e un senato. In realtà, l'introduzione del senato esprimeva l'intenzione di Mohammad Reza Shah di controllare meglio l'attività legislativa. Il senato veniva considerato uno strumento al servizio della monarchia, che avrebbe controbilanciato il peso dell'assemblea nazionale (*Majlese Mellie*).

Le elezioni del sedicesimo parlamento della storia iraniana (estate del 1949) a causa della loro dubbia regolarità e del sistema di selezione dei candidati provocarono un diffuso malcontento tra le diverse fazioni politiche. Mosaddeq, accompagnato da altri diciannove attivisti, si introdusse nel palazzo reale,

⁵ Cfr. KOUROSH ZAHIM, *Jebbeie Mellie Iran (Il fronte nazionale dell'Iran)*, Iranmehr, Teheran, 1999, pp. 21-26.

⁶ *Ivi.*, pp. 49-52.

manifestando il proprio dissenso. Nel frattempo, la popolazione raccolta fuori del palazzo sosteneva l'azione del "comitato dei venti", legittimandone l'atto simbolico di protesta. La corte, vedendo il sostegno popolare, scelse di addivenire ad un compromesso e promise di revisionare i risultati del voto. Il comitato dei venti, però, dopo aver lasciato la corte si recò nella casa di Mosaddeq e là fondò il primo movimento patriottico dell'età contemporanea iraniana, noto come *Il fronte nazionale*⁷.

Il Fronte Nazionale nella sua prima dichiarazione ufficiale sosteneva la seguente linea politica:

 riforma della legge elettorale con lo scopo di trasformare il parlamento da organo formalmente legislativo ad istituzione efficace;

 revisione delle leggi riguardanti la censura sulla stampa, in modo tale che la libera espressione venisse garantita;

 revisione delle leggi sul coprifuoco, per limitare il potere dello Stato nella repressione degli oppositori;

 maggiore tutela per i parlamentari, in modo da renderli liberi di esprimere le loro posizioni.⁸

Il Fronte, che non voleva essere considerato un partito, ma solo una grande coalizione composta da persone di diverse famiglie politiche, nominò proprio *leader* l'indipendente e carismatico Mohammad Mosaddeq. La coalizione comprendeva sia partiti provenienti dal campo nazional-democratico, sia partiti con tendenze comuniste e islamiche. Il nucleo centrale del Fronte nazionale era costituito dal partito nazional-socialista *Iran*, dal partito socialista *Zabmatkeshan* (i faticatori)⁹, dal partito islamico conservatore *Jameeie mojehedine Islam* (la società dei combattenti dell'Islam)¹⁰, dal partito patriottico

⁷ MEHRAN KAMRAVA, *Revolution in Iran: The Roots of Turmoil*, Published by Routledge, London and New York, 1990, pp. 56-58.

⁸ Cfr. SUSAN SIAVOSHI, *Liberal Nationalism dar Iran (Il liberalnazionalismo in Iran)*, Centro di studi sull'Islam e sull'Iran, Teheran, 2001, pp. 55-56.

⁹ Il partito *Zabmatkeshan* (I faticatori) venne fondato nel 1949 a seguito della scissione di una parte del partito comunista *Tudeh*. I *Zabmatkeshan* rappresentavano l'ala sinistra del fronte nazionale e seguivano un filone di pensiero socialista, ma anticomunista. Il partito godeva di una buona organizzazione e i suoi membri provenivano dal mondo universitario e da una piccola parte dei *bazarii*. I loro obiettivi principali erano la costituzione di una forma di governo di "monarchia parlamentare", l'abolizione dei privilegi della classe nobile, il rafforzamento delle piccole imprese e l'indipendenza nazionale da tutti i tipi d'imperialismo, sia quello occidentale (europeo ed statunitense) sia quello orientale (quello dell'impero sovietico). Cfr. MEHRAN KAMRAVA, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰ La società dei combattenti dell'Islam non era un partito politico vero e proprio, ma era stato fondato dal leader religioso più noto dell'epoca, l'Ayatollah Kashani, per rafforzare il suo potere e il suo margine d'influenza. I membri dei combattenti dell'Islam erano i seguaci dell'Ayatollah e una

*Mellat*¹¹; vi era inoltre l'appoggio esterno del movimento fondamentalista dei *Fadaiane Islam* (i sacrificati per l'Islam).¹²

In realtà il fronte nazionale rappresentava due diverse parti della società iraniana. Il primo gruppo era costituito dalla classe media tradizionale (i mercanti, i piccoli imprenditori, il clero) e dalla nuova classe media (gli intellettuali islamici, una parte degli impiegati statali e dei giovani laureati). Questa frazione della società iraniana vedeva nell'Islam la legge giusta per la vita dell'uomo e considerava gli scienziati religiosi come i conservatori della tradizione shariatica e in particolar modo dello sciismo duodecimano. A loro avviso l'Islam avrebbe risolto tutte le problematiche degli Iranian. Il secondo gruppo, al contrario del primo, era formato da buona parte di coloro che volevano confinare la religione nella sfera privata dell'individuo (senza riconoscerle alcun ruolo pubblico) ed adottare leggi sul modello occidentale.¹³

Questi due gruppi, nonostante le loro divergenze ideologiche, si erano coalizzati sotto la leadership di Mosaddeq, contrapponendosi all'alleanza tra la corte e l'esercito, che in quel momento controllava sia il governo sia buona parte del parlamento. Il fronte nazionale si presentò così alle elezioni del sedicesimo parlamento, apprestandosi a diventare uno dei più importanti movimenti politici del Novecento iraniano.

Una delle questioni più rilevanti degli anni quaranta e cinquanta in Iran erano i contratti petroliferi: sin dalla scoperta dell'oro nero in Iran, nel 1908, gli inglesi avevano goduto, tramite la fondazione dell'*Anglo Iranian Oil Com-*

parte dei *bazarii*. Il loro scopo era quello di riportare la *shari'ah* come legge di Stato e di combattere le tendenze occidentalizzanti presenti sul territorio dell'Iran. A loro avviso, se la religione fosse diventata il fondamento delle decisioni socio-politiche e culturali, le problematiche della società iraniana sarebbero state risolte. Questo partito voleva inoltre che alle donne fosse imposto il velo e che le leggi anti-islamiche emanate da Reza Shah venissero revocate.

¹¹ Il partito *mellat* era stato fondato da Dariush Foruhar, uno degli uomini politici rilevanti nella politica iraniana della seconda metà del ventesimo secolo. Il suo partito seguiva l'ideologia del "paniranismo" e si schierava contro la Corte, il comunismo, il capitalismo, le radici culturali arabe e la classe clericale sciita. Il suo programma prevedeva il ritorno ai valori iranici, senza seguire la "linea deviante" della cultura arabo-islamica. Dariushe Foruhar e il suo partito rimasero attivi fino alla rivoluzione iraniana del 1979 e lo stesso Foruhar divenne uno dei membri del governo provvisorio post-rivoluzionario nel 1980. Nel 1997 Foruhar e la consorte vennero eliminati con un attentato terroristico organizzato da una sezione del Ministero dell'informazione della Repubblica Islamica. Il partito *Mellat* è ancora presente e continua la sua attività clandestinamente all'interno dell'Iran.

¹² MEHRAN KAMRAVA, *op. cit.*, p. 57: "The Front was soon joined by four parties: the Iran Party (Hezbe-e-Iran), the Iran Nation's Party (Hezbe-e-Mellat-e-Iran), the Society of Islamic Combatants (Jame'e-ye Mujahedeen-e Islam), and the Toiler's Party (Hezb-e-Zahmatkeshan), all of which had the similar, nationalist orientations, but none of which was individually strong enough to compete with the (communist party) Tudeh"; ERVAND ABRAHAMIAN, *op. cit.*, p. 229.

¹³ Cfr. ERVAND ABRAHAMIAN, *op. cit.*, p. 233.

pany (AIOC), del vantaggio di instaurare un rapporto commerciale esclusivo con l'Iran, in modo tale che la compagnia petrolifera britannica era diventata fortemente dipendente dal petrolio persiano¹⁴. La situazione geopolitica mondiale, però, si trovava in una fase di transizione: il potente impero britannico, dopo la seconda guerra mondiale, aveva perso il suo predominio e due nuovi imperi, quello sovietico e quello statunitense, entravano con maggior forza sulla scena politica internazionale. Questi cambiamenti influenzarono anche i rapporti commerciali che l'impero britannico, nel corso della prima metà del Novecento, aveva instaurato con i diversi Stati sottoposti alla propria egemonia. Gli Stati Uniti avevano iniziato a concludere diversi contratti petroliferi con altri Paesi produttori di petrolio (come il Venezuela) concedendo il cinquanta per cento del ricavato al paese ospitante. Tale contratto era ben più vantaggioso di quello firmato tra la Persia e il Regno Unito¹⁵.

In questo contesto il Fronte nazionale, sotto la leadership di Mosaddeq, formò una commissione parlamentare sul caso del petrolio iraniano. La commissione, dopo mesi di lavoro, elaborò una proposta di legge che prevedeva la sua nazionalizzazione. Secondo il fronte nazionale, la nazionalizzazione dell'oro nero avrebbe, da un lato, sottratto ai britannici la più grande risorsa economica iraniana, e dall'altro ridato all'Iran quell'indipendenza che gli era stata tolta a partire dell'epoca dei *Qajar*¹⁶. La nazionalizzazione del petrolio presto divenne un argomento politico di rilievo sia all'interno della società iraniana sia sulla scena internazionale: la popolazione iniziò a manifestare e i lavoratori della compagnia petrolifera fecero diversi scioperi a sostegno della proposta di legge del parlamento, mentre i britannici si opponevano duramente all'ipotesi di una nazionalizzazione del petrolio ed esercitavano

14 Cfr. MARK GASIOROWSKI, *U.S Foreign Policy and the Shah: Bulding a Client State in Iran*, Cornell University Press, Ithaca, 1991, p.62; si veda anche AMIN SAIKAL, *op. cit.*, pp.13-16; *ibidem*, p. 13: "Although in 1872 the Russians had forced Teheran to annul a concession that it had given to a British subject, Baron Julius de Reuter, for "exploitation of all minerals throughout Persia", the Iranian monarch, Mozaffar al-Din Shah, granted the first oil concession to an English entrepreneur, Willian Knox D'Arcy, in 1901. Under the concession, D'Arcy gained the exclusive rights to explore, produce, and refine oil in an area of about 480.000 square miles, covering all of Persia except the five northern province, for sixty years. In return he undertook to set up one or more companies within the following two years, to pay the Iranian government 16 percent of his annual profits, as well as 20.000 pound in cash and 20.000 worth of stock in the enterprise. Having realised the future importance of oil as an energy source, the British government immediatly intervened. Its representatives bought up D'Arcy's shares, and in 1909 forme the Anglo-Perisan (later Anglo-Iranian) Oil Company (AIOC)."; si consulti anche HOMA KATOUZIAN, *The Political Economy of Modern Iran, 1926-1979*, New York, New York University Press, 1982.

15 KENNETH POLLACK, *The Persian Puzzle*, New York, Random House, 2004, p. 54.

16 KOUROSH ZAHIM, *op. cit.*, pp. 121-122.

pressioni sullo Shah per bloccare questa legge. Dopo un anno di polemiche e discussioni, che avevano visto lo Shah e il suo primo ministro Razm Ara inclini a risolvere la questione in modo favorevole ai britannici, il Fronte nazionale non si arrese. Il Primo ministro Razm Ara, considerato filo-britannico, nel marzo del 1951 venne assassinato dal movimento integralista dei *Fadaiane Islam*. L'uccisione del Primo ministro era indicativa della frustrazione e dell'ira dei gruppi di opposizione. Lo Shah, che aveva investito molto su Razm Ara per contrattare con i britannici, si trovò solo contro i sostenitori della nazionalizzazione. Di conseguenza il parlamento, approfittando della situazione, nominò Mossaddegh Primo ministro e la legge sulla nazionalizzazione dell'oro nero venne approvata e resa esecutiva.¹⁷

Mosaddeq nominò i suoi ministri fra i membri del Fronte nazionale, che era diventato il partito di governo. L'esecutivo si occupò, *in primis*, di rendere operante la legge sul petrolio, mentre la Gran Bretagna minacciava l'Iran e chiedeva a tutti i Paesi il boicottaggio del suo petrolio¹⁸. Tutti gli esperti britannici lasciarono il Khuzestan e il governo britannico si rivolse al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, chiedendo l'intervento dell'organismo internazionale per risolvere il caso. Nell'ottobre del 1951 Mosaddeq stesso si recò alle Nazioni Unite a New York e difese la causa dell'Iran. Il suo intervento fu molto persuasivo e indusse il Consiglio di Sicurezza a pronunciarsi a favore dell'Iran, essendo la nazionalizzazione del petrolio una questione meramente interna.¹⁹

Mosaddeq rientrò vittoriosamente in Iran a metà novembre del 1951, ma la situazione economica e politica (sia interna sia internazionale) stava cambiando a suo sfavore. Sul piano economico, l'effetto dell'embargo britannico iniziava a farsi sentire. La produzione petrolifera iraniana, che nel 1950 era stimata sui 660.000 barili al giorno, era scesa a 20.000 barili. Ciò aveva generato un forte aumento della disoccupazione e dell'inflazione, portando il Paese in una situazione di stagnazione. La crisi economica provocò il malcontento della

¹⁷ AMIN SAIKAL, *op. cit.*, pp. 37-45.

¹⁸ MEHRAN KAMRAVA, *op. cit.*, p. 58: "Candidates from the coalition successfully participated in the Majlis elections of 1949, and gained the majority of the seats in 1951. The Front's leader, Dr Moussadiq, became prime minister and appointed a cabinet from members of the coalition. As soon as he became prime minister, Mussadiq quickly initiated a number of popular measures. He curbed the power and the privileges of the royal family[...] He also reduced the national budget's heavy dependence on oil revenues. But what turns Mussadiq into an almost legendary hero for all Iranians, and what has since become a milestone for the Iranian nationalist movement, was his stubborn and uncompromising determination to nationalise the country's oil industry".

¹⁹ Cfr. STEPHEN KINZER, *All the Shah's Men: An American Coup and the Roots of Middle East Terror*, John Wiley Sons, Hoboken, 2003, pp. 102-103.

classe media e indeboli l'ossatura del Fronte nazionale. Il gruppo tradizionalista del fronte, che era costituito soprattutto dalla classe clericale sciita e dai mercanti, sotto la guida dell' Ayatollah Kashani iniziò a criticare la politica di Mosaddeq. Kashani, che fino ad allora aveva appoggiato Mosaddeq, non avendo ottenuto da quest'ultimo la nomina di alcuni ministri nel governo e constatando il deteriorarsi della situazione economica del Paese, a partire 1952 iniziò a contrastare Mosaddeq, togliendogli il suo appoggio²⁰.

Il contrasto interno tra tradizionalisti e progressisti del Fronte Nazionale raggiunse il suo apice quando i collaboratori di Mosaddeq appartenenti all'ala progressista del Fronte suggerirono al Primo ministro di elaborare un disegno di legge che conferisse il diritto di voto, oltre che agli uomini, anche alle donne. Gli scienziati religiosi accompagnati dai loro seguaci manifestarono contro l'approvazione di tale legge. A loro modo di vedere il conferimento del diritto di voto alle donne sarebbe stato anti-sharaitico e perciò inaccettabile. L' Ayatollah Kashani si schierò con il clero e pronunciò le seguenti frasi: *“lo Stato non deve permettere alle donne di votare; perché le donne devono rimanere nelle rispettive case e adempiere al loro vero compito, cioè allevare i propri figli”*²¹.

La risposta della parte conservatrice del Fronte alla proposta di legge era stata molto chiara e le differenza di posizioni non avrebbe potuto che generare una scissione all'interno del Fronte nazionale. La parte tradizionalista, infatti, uscì dalla grande coalizione e fondò un gruppo conosciuto come *“Frazione Islamica”*. La *“Frazione Islamica”* era guidata dall' Ayatollah Kashani e, di fatto, gettò le basi della nascita di un'organizzazione politica militante di ideologia islamica che si sarebbe consolidata con la rivoluzione del 1979 sotto la leadership dell' Ayatollah Khomeini. Il Fronte nazionale, che durante i primi tre anni di vita era riuscito a nazionalizzare il petrolio sfidando il potere britannico, a ridurre significativamente i poteri dello Shah e ad aumentare la partecipazione degli Iranian alla vita pubblica, iniziava ad indebolirsi.

Mosaddeq, oltre ad aver perso l'appoggio interno dei tradizionalisti e a dover affrontare la crisi economica, trovava di fronte a sé uno scenario internazionale molto complicato. Il partito *Tory*, sotto la guida del veterano *Winston Churchill*, era uscito vincitore dalle elezioni parlamentari britanniche. Il nuovo

²⁰ Cfr. WILLIAM FORBIS, *op. cit.*, pp. 57-58; SAHID ARJOMAND, *The Turban For the Crown: The Islamic Revolution in Iran*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 87: “Ayatollah Kashani, the most prominent clerical politician of the period, fully supported Mosaddeq in the summer 1952 but, not having received favors that he wanted in exchange for this support, orchestrated Mosaddeq's downfall a year later”.

²¹ Cfr. ERVAND ABRAHAMIAN, *op. cit.*, p. 249.

Primo ministro voleva riacquistare la posizione di privilegio del suo Paese in Iran e persuase l'amministrazione americana a mettere in atto un piano finalizzato all'eliminazione del governo di Mosaddeq. Gli Stati Uniti che, sotto l'amministrazione Truman avevano sostenuto Mosaddeq, considerandolo un nazional-democratico anti-comunista, erano ormai in piena guerra fredda e si muovevano in chiave anti-sovietica²².

Mosaddeq, avendo perso l'appoggio degli islamici, aveva ammorbidito la sua posizione nei confronti del partito filo-sovietico *Tudeh*. Questa sua apertura, benché molto timida, indusse l'amministrazione americana – che si trovava in una fase di transizione, fra la fine della presidenza del democratico Truman e l'inizio di quella del repubblicano Eisenhower – a sospettare della linea anti-comunista del Primo ministro iraniano. Come sottolinea Kenneth M. Pollack, il direttore degli affari dei Paesi del golfo persico nel Consiglio di Sicurezza Nazionale degli Stati Uniti, il grande errore di Mosaddeq fu quello di prospettare agli americani, nel caso in cui questi ultimi non avessero supportato l'Iran nei confronti della Gran Bretagna, un possibile avvicinamento dell'Iran all'Unione Sovietica. In seguito a tale dichiarazione gli americani si risolsero a seguire le indicazioni di Churchill: il governo di Mosaddeq sarebbe dovuto cadere e lo Shah avrebbe dovuto riacquistare tutto il suo potere, garantendo l'appartenenza dell'Iran al blocco occidentale²³.

A partire dal Giugno del 1953 la CIA, affiancata dagli Inglesi, avviò l'operazione "*Ajax*" per destabilizzare il governo iraniano. Il generale *Zahedi*, fedele alla corte, guidò il colpo di stato, mentre diversi leader politici di rilievo (su tutti l'*Ayatollah Kashani*) si schierarono a favore allo Shah e in contrapposizione a Mosaddeq. I britannici iniziarono a provocare rivolte in diverse regioni della Persia e sostennero l'apertura di sei nuovi giornali nella capitale, tutti critici verso il Primo ministro. Mosaddeq, però, aveva il popolo dalla sua parte e continuava a non piegarsi alle manovre interne ed esterne. Il suo senso della legalità e la sua convinzione della necessità della libertà d'espressione gli impedirono di attuare una politica interna basata sulla censura.

Gli oppositori riuscirono così a manovrare molto più liberamente. Kim Roosevelt, il principale agente CIA dell'operazione *Ajax*, con alcuni colleghi, pianificò un colpo di stato, durante il quale lo Shah avrebbe dichiarato decaduto il governo di Mosaddeq e nominato il generale *Fazlollah Zahedi* Primo ministro. Lo Shah sarebbe rimasto nella sua residenza sul Mar Caspio finché l'operazione non fosse stata del tutto compiuta. Il piano venne scoperto da

²² Cfr. MARK GASIOROWSKI, *op. cit.*, p. 68.

²³ Cfr. KENNETH POLLACK, *op. cit.*, p. 64.

alcuni infiltrati del partito comunista Tudeh, che a loro volta lo comunicarono a Mosaddeq. La notte del 16 agosto, proprio mentre un corpo dell'esercito si recava presso la casa del Primo ministro per arrestarlo, la polizia di Teheran interveniva e arrestava i promotori del colpo di stato. Di conseguenza, il piano fallì e lo Shah, intimorito, volò a Roma col suo aereo privato. Mosaddeq comunicò via radio al popolo iraniano il tentato colpo di stato dello Shah, definendolo un atto anticostituzionale e quindi perseguibile. Sia i membri del partito Tudeh sia i sostenitori di Mosaddeq manifestarono il giorno successivo, lanciarono slogan contro lo Shah, distruggendo i suoi monumenti e chiedendo la costituzione di una repubblica democratica parlamentare, fondata su principi laici di ispirazione occidentale.²⁴ Per un momento ciò sembrò possibile, perché sia l'istituzione monarchica sia quella clericale (rappresentate rispettivamente da Mohammad Reza Shah e dall'ayatollah Kashani) erano state messe fuori gioco. Tutto questo non durò però più di due giorni.

Mosaddeq incontrò l'ambasciatore americano a Teheran, il quale gli chiese di restaurare l'ordine nella città come condizione dell'appoggio economico e politico degli Stati Uniti. Mosaddeq, che chiaramente era ignaro dell'operazione della CIA, diede l'ordine di bloccare le manifestazioni dei comunisti e dei nazionaldemocratici. La polizia, nella mattina del 19 agosto, fermava con violenza i manifestanti pro-Mosaddeq, mentre Kim Roosevelt e i suoi colleghi organizzavano un secondo tentativo di colpo di stato²⁵: i leader religiosi, il popolo minuto, vagabondi, prostitute, furono spinti – anche con offerte di denaro – a scendere in piazza contro i sostenitori di Mosaddeq. Il capo della polizia, responsabile dell'ordine della capitale, era fedele alla corte: mentre i sostenitori di Mosaddeq venivano fermati, le masse pro-Shah poterono manifestare liberamente. La fazione favorevole allo Shah prese allora l'iniziativa: il generale Zahedi inviò carri armati in città e il palazzo di Mosaddeq venne assediato. La guardia del palazzo difese il Primo ministro per diverse ore, ma Mosaddeq fu costretto a lasciare la residenza. Il colpo di stato era così compiuto e lo Shah tornava in patria nominando il generale Zahedi Primo ministro. Mosaddeq e altri *leaders* del Fronte nazionale vennero poi processati e l'ex Primo ministro trascorse gli ultimi anni della sua vita agli arresti domiciliari presso la casa paterna in un paesino vicino a Teheran, Ahmad Abad, dove morì e fu sepolto nel 1967²⁶.

²⁴ Cfr. ALI ANSARI, *Modern Iran Since 1921: The Pahlavis and After*, Longman, London, 2003, pp. 123-125.

²⁵ ERVAND ABRAHAMIAN, *op. cit.*, p. 280.

²⁶ KUROUSH ZAHIM, *op. cit.*, pp. 301-305; si vedano anche STEPHEN KINZER, *op. cit.*, pp. 5-10; MISAGH

Nel giorno del colpo di stato il corpo militare del partito Tudeh, che in quel momento era l'unica forza in grado di opporsi, non si dimostrò disponibile. Questo atteggiamento, probabilmente dovuto alle indicazioni dei sovietici, non fu mai dimenticato dagli Iraniani, che continuano tutt'ora a considerare quel colpo di stato come un'interferenza esterna nel processo di democratizzazione del Paese. Mosaddeq è ancora oggi ritenuto un eroe nazionale e la sua foto viene mostrata nelle manifestazioni studentesche. Egli era un liberalnazionalista che credeva nella costruzione di un Iran indipendente e democratico; il suo obiettivo era la formazione di uno stato laico che garantisse la libertà di espressione al popolo e la sua piena partecipazione all'amministrazione del Paese. Mosaddeq era molto legato ai valori della prima costituzione iraniana (*mashruteh*) e cercò di introdurre il modello dello "stato di diritto" all'interno dell'impianto istituzionale dell'Iran. L'individuo in sé non era al centro del suo pensiero: egli, invece, si preoccupava della felicità e della prosperità della collettività. In un contesto di limitazioni e censure, il raggiungimento di una forma di governo capace di garantire le libertà collettive avrebbe preparato il terreno anche per le libertà individuali. All'interno di un Paese fortemente condizionato dall'influenza imperialista dell'occidente, per Mosaddeq era importante raggiungere una piena indipendenza, preconditione per una società libera e democratica.²⁷

Il suo pensiero presenta alcuni tratti comuni con quello di Alexis de Tocqueville (il liberalismo) e di Giuseppe Mazzini (il patriottismo). Mosaddeq era infatti un fermo sostenitore della libertà di stampa, del diritto di associazione e della sovranità popolare, presupposti imprescindibili per il raggiungimento di una società civile fondata su valori democratici. Mosaddeq era d'altra parte anche un patriota, promotore dell'indipendenza e dell'unità nazionale del proprio Paese. Il concetto di *nazione democratica*²⁸ elaborato dal pensatore italiano viene spesso ripreso nei discorsi e nella strategia politica di Mosaddeq il quale, partendo dal concetto di "nazione" (considerato come elemento unificante), voleva arrivare alla democrazia come espressione libera di tutta la cittadinanza.

PARSA, *Social origins of the Iranian revolution*, Rutgers University Press, 1989, p. 45: "The overthrow of the government was engineered in part by Kermit Roosevelt, a CIA officer who later became vice president of Gulf Oil. Mosaddeq was removed from office through the joint effort of high ranking Iranian officers and a fraction of the clergy, along with well-paid thugs, all of whom were financed, equipped, and supported by the United States government. [...] Without external intervention the conservative opposition would have been unable to remove Mosaddeq".

²⁷ SUSAN SIAVOSHI, *op. cit.*, p. 59.

²⁸ Cfr. SALVO MASTELLONE, *Storia della democrazia in Europa: dal XIII al XX*, Casa editrice Utet, Torino, 2004, pp. 53-59.

Il colpo di stato del 1953 contro il governo di Mosaddeq e il ritorno in patria, nello stesso anno, di Mohammad Reza Shah Pahlavi, consegnarono però ad una nuova fase politica la società iraniana, cosicché le nuove generazioni di intellettuali presero ad abbandonare una visione schiettamente laicista, tentando piuttosto di dare vita ad un programma politico che contemperasse i principi scaturenti dagli insegnamenti della religione islamica con altri, non esclusivamente a questa legati, ma certamente ad essa non ostili e, anzi, da essa sostanzialmente accettabili.

In realtà il colpo di stato, sostenuto dalla CIA, contro il governo nazional-liberale di Mosaddeq può essere considerato come un trauma profondo del Novecento iraniano, un trauma che condizionò per metà secolo il percorso politico iraniano. Con la fine di Mosaddeq, il movimento laico e secolare, che aveva intrapreso la sua battaglia a partire dall'inizio del secolo con la rivoluzione costituzionale fino alla formazione di un governo nazionaldemocratico nel 1951, veniva eliminato. La repressione dell'esperienza laico-costituzionale dava però spazio alla nascita di una nuova ideologia politica, in grado di rimpiazzare il pensiero mosaddeqiano. Si trattava dell'ideologia islamica. La fine di Mosaddeq, offriva spazio alla nascita di una nuova generazione di intellettuali, i cosiddetti "intellettuali islamici"²⁹, i quali basandosi sui principi coranici, e mirando ad ottenere una mobilitazione delle masse tanto contro il potere interno impersonato dallo Shah, quanto in difesa dal pericolo esterno rappresentato dalle potenze imperialiste, teorizzavano un Islam interventista e rivoluzionario che potesse conseguire tale risultato. Questa corrente, così fortemente connotata, e al quale aderì un gran numero di seguaci e di militanti che, in nome dell'affermazione dell'Islam, erano disposti anche al sacrificio di sé stessi, contribuì con larga evidenza allo scoppio della rivoluzione iraniana del 1979. Il pensiero politico di questo gruppo di studiosi è stato particolarmente importante sia negli anni precedenti al 1979, sia nel primo ventennio postrivoluzionario.

2. *La rivoluzione iraniana del 1979 e l'istituzione della Repubblica Islamica*

Con la caduta della monarchia Pahlavi e la vittoria della rivoluzione iraniana del 1979 l'Iran entrava in una nuova fase della sua storia politica.

²⁹ Di questa generazione di intellettuali, gli esponenti più rappresentativi, in seguito conosciuti come gli intellettuali islamici, sono senz'altro Jalal-e Al-e Ahmad, Mehdi Bazargan (1907-1995) e Ali Shariati (1933-1977).

Ci vogliono pochi mesi affinché i leader religiosi riescono gradualmente ad emarginare dalla scena politica le altre forze politiche a stato laico: prima le forze liberal-nazionaliste e poi quelle comuniste furono bandite dal clero sciita, ormai protagonista della vita politica del paese con la leadership carismatica dell'ayatollah Khomeini. Pertanto nell'aprile 1979, a seguito di un referendum, veniva ufficialmente abolito la forma di stato monarchico per essere sostituito da una repubblica islamica: modello politico unico nel panorama costituzionale iraniano. Infatti si trattava per la prima volta di un sistema politico in cui principi repubblicani dovevano coabitare con quelli islamici. Un sistema politico sofisticato e assai complesso.

Infatti la repubblica islamica incorpora interno a sé due tipologie di enti costituzionali: quelli rappresentati della parte islamica dello stato e quelli che ne rappresentano la parte laica repubblicana. L'Istituzione della Guida Suprema, il Consiglio dei Guardiani, la magistratura e l'Assemblea degli Esperti costituiscono la parte islamica di questa peculiare forma di stato iraniano, mentre la presidenza della repubblica e il parlamento ne esprimono la parte laica. La questione più rilevante consiste nel seguente quesito: quale di queste due realtà prevalgono sull'altra? oppure esiste veramente una parità di potere tra le due sfere islamiche e laiche?. Una lettura attenta della costituzione iraniana rivela che, in realtà, alcune particolari funzioni attribuite alle enti islamiche le rende più forti rispetto a quelle laiche.

Qui sotto si mettono in luce 4 casi in cui la costituzione iraniana sottopone la parte laica della repubblica islamica alla sua componente religiosa:

La Guida Suprema, in qualità del rappresentante dell'Imam, è considerato come il vicario del Profeta sulla terra. Pertanto ricopre la carica di Capo dello Stato e gode di un potere quasi assoluto. Egli rappresenta la volontà divina che è prevalente sulla volontà popolare la quale invece trova la sua massima espressione nella figura del presidente della repubblica, seconda carica dello stato e eletto direttamente dalla popolazione. La Guida Suprema invece non è eletto dal popolo, bensì è designato da un'Assemblea di saggi religiosi, i quali lo ritengono come la persona religiosa più virtuosa della società, designata da Dio per guidare la comunità islamica. Pertanto la Guida Suprema gode, almeno sul piano teorico, di un potere quasi assoluto all'interno della repubblica islamica.

Uno degli alleati più importanti della Guida Suprema nell'architettura costituzionale iraniana è il Consiglio dei Guardiani. Composto da 12 membri, di cui 6 religiosi, ha il compito di garantire l'islamicità e la costituzionalità delle leggi approvate dal parlamento. Pertanto se il parlamento, organo repubblicano eletto direttamente dalla popolazione, dovesse approvare una legge, se il Consiglio ritenesse che tale legge non è conforme alla morale islamica,

avrebbe il potere di abolirla. Così il Consiglio dei Guardiani, che non è un porgano repubblicano, bensì islamico, non eletto appunto dalla cittadinanza, ha il potere di rendere nulla una normativa parlamentare.

Anche al momento delle elezioni parlamentari e presidenziali della repubblica islamica, interviene il Consiglio dei Guardiani. Tutti i candidati a entrambe le elezioni, infatti, prima di poter essere considerati dei candidati ufficiali, devono superare la la preselezione del Consiglio dei Guardiani. Vale a dire, qualora il Consiglio non ritenesse che uno dei candidati rientrasse nei requisiti definiti dalla costituzione per diventare un deputato o eventualmente il presidente della repubblica, allora avrebbe il potere di fermare la procedura della candidatura, boicottando di fatto tale candidatura.

La Guida Suprema nomina direttamente il capo della magistratura, esercitando di fatto un imponente controllo su tutto l'apparato giudiziario. Pertanto la Guida Suprema, tramite la magistratura, avrebbe il potere di condizionare, esercitando il controllo costituzionale, i due enti repubblicani, cioè il parlamento e la presidenza della repubblica.

La Guida Suprema poi è anche il Comandante ella Forze Armate e quindi le forze militari e paramilitari sono sotto il controllo della componente islamica della repubblica.

La Guida Suprema ha anche il potere di nominare il direttore generale della Radio e Televisione statale, riservandosi così il potere di controllo sul principale strumento mediatico del paese³⁰.

Considerati questi fattori, si nota come la componente islamica prevalga su quella repubblicana. Sia il parlamento sia il Presidente della repubblica si trovano limitati dalla Guida Suprema, dal Consiglio dei Guardiani e dalla magistratura.

Tuttavia la repubblica islamica, negli ultimi anni, sta andando incontro a due nuovi radicali cambiamenti generazionali sia all'interno della struttura politica del paese sia nella società civile. Da un lato, a partire dal 1997, la nuova generazione iraniana, i cosiddetti "figli della rivoluzione", diventati maggiorenti, sono entrati nella scena politica del paese, chiedendo cambiamenti e riforme. I due governi dell'ex presidente riformista Seyyed Mohammad Khatami, dal 1997 al 2005, e il Movimento Verde del 2009 testimoniano appunto la volontà di cambiamento di questa nuova generazione. Una generazione che è, in buona parte, lontana dai valori islamici fondanti della rivoluzione del

³⁰ Cfr. PEJMAN ABDOLMOHAMMADI, *La Repubblica Islamica dell'Iran: il pensiero politico dell'ayatollah Khomeini*, De Ferrari Editore, Genova, 2009.

1979 e chiede maggiori libertà civili e politiche e soprattutto la separazione della religione dalla politica.

Dall'altro canto, anche l'élite politica della repubblica islamica è sottoposta, in questi anni, ad un cambiamento generazionale. I veterani della rivoluzione, i compagni del leader carismatico l'ayatollah Khomeini, o sono deceduti, o sono vecchi e stanchi da trentadue anni di esercizio assoluto del potere. Pertanto la nuova generazione di politici è già entrata in campo e sta iniziando ad esprimere politiche di discontinuità rispetto alla linea khomeinista. Mahmoud Ahmadinejad, l'attuale presidente iraniano, è un rappresentante importante di questa nuova generazione di politici. Ahmadinejad, laico e nazionalista, sebbene nel corso del suo primo mandato si era mostrato devoto al clero e ai padri della rivoluzione, ormai da un anno ha cambiato indirizzo politico.

Ahmadinejad, coadiuvato dalla sua squadra, ha iniziato a sfidare il potere del clero, in particolare quello della Guida Suprema l'ayatollah Ali Khomeini, diminuendo la retorica islamica, adottando invece un linguaggio laico-nazionalista. In realtà il volta faccia del presidente è stato una sorpresa per gli ambienti filo-conservatori che, sia nel 2005 sia nel 2009, lo avevano sostenuto. Ahmadinejad, con il supporto del suo capo ufficio, Esfandiar Rahim Mashai, ha iniziato di fatto a sfidare la linea tradizionalista del clero, cercando di trovare nuovi spazi di consenso appunto tra la nuova generazione iraniana al fine di poter accentrare il più possibile il potere politico-economico.

Pertanto, per la prima volta in trentadue anni di repubblica islamica, ci troviamo di fronte ad un presidente della repubblica che sfida così apertamente, sul piano politico, la Guida Suprema. Così le elezioni parlamentari del marzo 2012 saranno un banco di prova dove si vedrà se la squadra presidenziale potrà superare il blocco del Consiglio dei Guardiani e conquistare la maggioranza parlamentare. Oppure la Guida Suprema, rappresentante della parte islamica della repubblica, riuscirà ancora una volta a difendersi e salvaguardare il proprio potere, fermando Ahmadinejad, il quale, se dovesse conquistare la maggioranza del majles, acquisirebbe un potere politico molto rilevante nel paese³¹.

Si conclude sottolineando che, sebbene la costituzione conceda più poteri alla parte islamica, tuttavia le componenti laiche, rappresentate dal parlamento e dalla presidenza della repubblica, qualora potessero godere anche di un considerevole supporto popolare e di un considerevole potere economico-finanziario, avrebbero le potenzialità necessarie per rovesciare lo schema dell'islamismo repubblicano.

³¹ Cfr. PEJMAN ABDOLMOHAMMADI; KARIM MEZBAN, *Il cilindro di Ciro: Ahmadi-Nejad vuole meno islam e più Persia* in *Limes*, Roma, Gruppo Editoriale Espresso, 1/2011, pp. 185-188.

La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “im-positiva”?

MARIA D'ARIENZO

Premessa

Rispetto alle diverse concezioni della laicità presenti nelle esperienze dei Paesi occidentali, la laicità francese appare caratterizzata da una propria specificità, non solo giuridica e istituzionale, ma essenzialmente culturale¹ incarnata nell'idea repubblicana che, in un certo senso, rappresenta una sorta di sacralizzazione dell'unità del corpo sociale,² avente quasi i caratteri propri di una religiosità potremmo dire “secolarizzata”.³

1 Sulla laicità culturale e il suo rapporto con quella istituzionale cfr. JEAN-MARIE DONEGANI, *Laïcité, sécularisation et religion: les enjeux d'une redéfinition obligée*, nel vol. *Une République, des religions. Pour une laïcité ouverte*, sous la direction de Guy Bédouelle, Henri-Jérôme Gagey, Jérôme Rousse-Lacordaire, Jean-Louis Souletie, Les Editions de l'Atelier, Paris, 2003, pp. 143-161, ma specialmente pp. 144-145.

2 Sul legame tra *nationalité, citoyenneté, e communauté culturelle* come struttura portante della visione ideologica dell'unità repubblicana, cfr. JOCELYNE CESARI, *L'unité républicaine menacée par les idéologies multiculturelles*, nel vol. *La laïcité. Une valeur d'aujourd'hui? Contestations et renégociations du modèle français*, sous la direction de JEAN BAUDOUIN et PHILIPPE PORTIER, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2001, pp. 117-131, ma specialmente p.121: «L'apport des gouvernants de la III^e République a résidé dans le contenu culturel conféré à l'unité nationale, proclamée par les révolutionnaires. Par le monopole de la fonction éducative notamment, ces gouvernants se sont donné les moyens d'assurer entre l'État et la population des loyautés considérées comme irréversibles et de contrôler les conditions culturelles de la reproduction de la société politique. C'est à partir de 1875 que l'idéologie du régime républicain s'est stabilisée sur les principes fondamentaux que sont la souveraineté une et indivisible, l'unité juridique des citoyens, l'unité territoriale puis, à partir de 1905, la laïcité».

3 Cfr. ÉMILE POULAT, *Du principe de catholicité au principe de laïcité*, in *Philosophie politique*, 4, 1993, pp. 73-87. Cfr., inoltre JEAN-MARIE DONEGANI, op. cit.: « Il reste, toutefois, au XIX^e siècle, quelque chose des premiers combats entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux: cette conviction que la communauté politique ne peut être fondée de manière stable sans recourir à une rhétorique d'inspiration religieuse, sans fonder en transcendance l'être ensemble... On peut ainsi considérer que la volonté générale, que la patrie même, que la citoyenneté ont été revêtues d'un caractère

Il processo di laicizzazione della politica rispetto alla religione, cominciato storicamente proprio nel XVI secolo in Francia attraverso il concetto politico della tolleranza di più religioni sullo stesso territorio -principio elaborato dai *politiques*, per porre fine alle guerre di religione al fine dell'unificazione nazionale-,⁴ le diverse correnti del “gallicanesimo” che hanno contraddistinto la storia francese in ambito sia politico che ecclesiastico,⁵ il “separatismo” tra Stato e confessioni religiose, frutto degli influssi dell'illuminismo e della Rivoluzione francese⁶, che hanno ispirato la legge di separazione tra Stato e Chiese del 9 dicembre del 1905,⁷ costituiscono le radici di quel principio di neutralità dell'ordinamento in campo religioso e di tutela della libertà di coscienza in cui, in senso ampio, si sostanzia il principio di laicità sancito all'articolo 1 della Costituzione del 1946 e ripreso con la stessa formula all'articolo 2 della Costituzione del 1958: «*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*». Il concetto di *laïcité-separazione*, quale modello istituzionale di relazione tra sfera pubblica e sfera privata, ha subito nella sua

transcendant, c'est-à-dire soustrait à la discussion et à la contestation... toujours affirmée et instrumentalisée aux fins de l'unité du corps social», pp. 144-145. Definisce la laicità francese «un concetto quasi mistico» FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e religioni nella Francia separatista e nell'Italia concordataria. Verso un modello europeo di laicità?*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 4, 2006, p.562.

⁴ Sulla tolleranza come concetto politico mi permetto di rinviare a MARIA D'ARIENZO, *Deux Concepts de Tolérance: Michel de L'Hospital et Sébastien Castellion*, nel vol. *Michel Servet (1511-1553). Hérésie et pluralisme du XVI^e au XXI^e siècle*. Actes du colloque de l'École Pratique des Hautes Études, 11-13 décembre 2003, réunis par VALENTINE ZUBER, Honoré Champion, Paris, 2007, pp. 213-223 ; Id. *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. LXIV-LXX.

⁵ Cfr. CLAUDE BRESSOLETTE, *Gallicanesimo*, in *Dizionario delle religioni*, diretto da PAUL POUPARD, Mondadori, Milano, 2007, *ad vocem.*, p. 824; ADRIEN DANSETTE, *Chiesa e società nella Francia contemporanea (1789-1878)*, vol. I, Vallecchi, Firenze, 1959, *passim*, ma soprattutto pp. 48-60.

⁶ Una prima formula di separazione tra Stato e confessioni religiose sarà sancita dalla Convenzione termidoriana con la Costituzione dell'anno III (1795) che all'art. 354 stabilisce: «nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun». In proposito, cfr. JACQUES ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, P.U.F., Paris, 1977, p. 44. Sulle origini filosofiche della laicità, cfr. JEAN BAUBEROT, GUY GAUTHIER, LOUIS LEGRAND, PIERRE OGNIER, *Histoire de la laïcité*, Cerf-CRDP de Franche-Comté, Besançon, 1994.

⁷ Pubblicata in *Journal Officiel*, 11 décembre 1905. I primi due articoli della legge stabiliscono i principi su cui si svilupperà la laicità in Francia: “il rispetto della libertà di coscienza e di libero esercizio del culto” (art. 1) e il “non riconoscimento e non sovvenzionamento di alcun culto” (art. 2). Il sistema di separazione tra Stato e Chiese non si estende ai tre dipartimenti dell'Est della Francia. Sul diritto locale vigente in Alsazia-Mosella cfr. per tutti, FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRI PRÉLOT, JEAN- MARIE WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Litec, Paris, 2003, pp. 125-142 e 783-852. Sulla distinzione tra l'idea di non sovvenzionamento di alcun culto e quella di laicità cfr., invece, GENEVIÈVE KOUBI, *Les voiles de la laïcité ou la laïcité sans le voile*, in *Les Petites Affiches*, n. 145, 1989, pp. 4-9, ma specialmente pp. 5-6.

evoluzione un sensibile cambiamento rispetto all'ideologia anticlericale da cui nasce, per affermarsi quale principio di neutralità che garantisce la libertà di coscienza e il libero esercizio dei culti.⁸ La costituzionalizzazione della laicità della Repubblica segna il passaggio da una *laïcité de combat*, caratterizzata dal "separatismo" dello Stato rispetto alle religioni e intesa come lotta ostile e combattente rispetto alle pretese confessionali, ad un sistema giuridico che garantisce il pluralismo della società attraverso la "separazione" tra valori propri dell'ordinamento politico, valevoli per tutti, e valori espressione di fede religiosa, che attengono al privato delle coscienze.⁹

I problemi legati alle rivendicazioni identitarie della religione islamica hanno imposto, tuttavia, una nuova riflessione sul concetto e sui contenuti del principio giuridico di laicità, quale pilastro dell'unità repubblicana, in relazione alla garanzia della libertà religiosa, alla concreta realizzazione della separazione tra sfera pubblica e sfera privata, e di conseguenza al rapporto tra politica e religione in Francia.

Nell'analizzare le discussioni degli ultimi anni che non solo in ambito dottrinale, ma anche e soprattutto politico investono il principio di laicità è possibile intravedere il riaffacciarsi di quelle idee "gallicane" che costituiscono la radice ideologica dell'affermazione della laicità francese. Soprattutto se pensiamo alle questioni riguardanti l'Islam e il pericolo sentito di una pos-

⁸ Cfr. MAURICE BARBIER, *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995; JEAN-MARIE MAYEUR, *La question laïque (XIXe e XXe siècle)*, Fayard, Paris, 1997; JEAN BAUBEROT, *Histoire de la laïcité française*, PUF, Paris, 2000.

⁹ Sui concetti di separatismo e separazione cfr. VINCENZO DEL GIUDICE, *La separazione tra Stato e Chiesa come concetto giuridico*, Cooperativa tipografica Manuzio, Roma, 1913; MARIO FALCO, *Il concetto giuridico di separazione della Chiesa dallo Stato. Prolusione al Corso di diritto ecclesiastico tenuta nell'Università di Parma il 17 gennaio 1913*, Fratelli Bocca, Torino, 1913; FRANCESCO RUFFINI, *Libertà religiosa e separazione tra Stato e Chiesa*, in *Scritti giuridici dedicati a G.P. Chironi*, III, Fratelli Bocca, Torino, 1913, pp. 239-274 e in *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da MARIO FALCO, ARTURO CARLO JEMOLO, EDOARDO RUFFINI, I, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 103-148; JEAN-MARIE MAYEUR, *La séparation de l'Église et de l'État*, Julliard, Paris, 1966 (riedizione Éd.de l'Atelier 2005); GAETANO CATALANO, *Separatismo e diritto ecclesiastico civile*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 695 ss.; LAURA GOVERNATORI RENZONI, *La separazione tra Stato e Chiesa in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1977; MARIO TEDESCHI, voce *Separatismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, UTET, Torino, 1983; SILVIO FERRARI, *Función actual de la tradición separatista*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1987, pp. 69-100; LUCIANO GUERZONI, *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura e con introduzione di MARIO TEDESCHI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. 59-82, ma soprattutto p. 70 e ss.; MICHAEL WALZER, *Il liberalismo come arte della separazione*, in *Biblioteca della libertà*, 92, 1986, pp. 11-30; JEAN BAUBEROT, *La morale laïque contre l'ordre moral*, Seuil, Paris, 1997; GUY HAARSCHER, *La laïcité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998², pp. 3-7; MARIE-DOMINIQUE CHARLIER-DAGRAS, *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 107 e ss.

sibile ingerenza eteronoma e straniera rispetto alla sovranità nazionale, che sembra in qualche modo riproporre l’idea che inizialmente si era sviluppata in rapporto alla Santa Sede e al cattolicesimo ultramontano. Ed è, infatti, la questione islamica e le problematiche da essa derivanti a mettere alla prova il sistema di laicità alla francese, quale sistema assimilazionista rispetto alla rivendicazione delle identità tipica invece del pensiero comunitarista, e di conseguenza come politica di integrazione delle differenze.

Indicativo di tale atteggiamento appare il dibattito che appena nel mese di aprile del 2011 si è tenuto da parte dell’UMP¹⁰, il partito di Nicolas Sarkozy, che nelle intenzioni doveva essere sulla laicità, mentre in realtà è diventato un dibattito sull’Islam.

2. Dalla “laicità aperta” alla “laicità positiva”.

Il documento presentato dal segretario generale dell’UMP, Jean François Copé,¹¹ ha suscitato vivaci reazioni nel mondo intellettuale e politico francese che ne ha innanzitutto stigmatizzato la strumentalizzazione della laicità come argomento elettorale rispetto alle posizioni del Fronte Nazionale di Jean-Marie Le Pen, oltre che, naturalmente, della sinistra. Difatti già nel 2006 era stato depositato all’Assemblea nazionale un disegno di legge (n. 3236) riguardante «la promozione della laicità nella Repubblica» da parte di un gruppo di deputati socialisti il cui primo firmatario era Jean Galvany, con il quale si proponeva di ridefinire il principio costituzionale di laicità in rapporto alla società, ai servizi pubblici e alla scuola.¹² Il dibattito organizzato dall’UMP sulla laicità comporterebbe come effetto, in tale prospettiva, una divisione all’interno della stessa sinistra francese rispetto alla laicità e alle politiche di integrazione.¹³

¹⁰ *Union pour un Mouvement Populaire*, UMP, fondato nel 2002 dall’unione di più partiti e movimenti conservatori liberali, gollisti, cristiano-democratici.

¹¹ Il testo può leggersi sul sito ufficiale dell’UMP all’indirizzo: <http://www.projet-ump.fr/wp-content/uploads/2011/04/Laïcité-UMP-Propositions.pdf>

¹² Il testo della *Proposition de loi visant à promouvoir la laïcité dans la République*, présentée par M. Jean Galvany et alii, n. 3236, enregistrée à la Présidence de l’Assemblée nationale le 28 juin 2006 è consultabile sul sito www.assemblee-nationale.fr. Per un’analisi del progetto si veda, per tutti, FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, p. 562 e ss.

¹³ Soprattutto perché si profila, così come si legge nel documento, l’adozione di una risoluzione parlamentare “*réaffirmant l’attachement de la représentation nationale aux principes républicains, et spécialement à ceux de laïcité et de liberté de conscience*”, che impone una scelta difficile alla sinistra che non ha votato la legge sul divieto del porto del velo integrale: votare la risoluzione significa dover

Le ventisei proposizioni in cui si articola il *Patto Repubblicano* dal titolo: *Laïcité. Pour mieux vivre ensemble*, appaiono specificare in termini concreti il concetto di “laicità positiva” affermato già da Nicolas Sarkozy a cominciare dal suo discorso tenuto al Laterano il 20 dicembre 2007.¹⁴ Il riferimento alla visione positiva della laicità è esplicitato nello stesso documento dove vengono indicate quelle che possono essere definite delle qualità precipue della laicità quale principio per il *mieux vivre ensemble*: improntata al rispetto e alla tolleranza, cosciente delle proprie radici, aperta agli apporti delle religioni e dei credenti nella società.¹⁵ I caratteri evidenziati del concetto di laicità si concretizzano, pertanto, nella valorizzazione del ruolo dell’elemento religioso nella vita sociale e nel contempo delle “radici spirituali” che caratterizzano l’identità tipicamente francese superando, o per meglio dire, assorbendo, il concetto di “laicità aperta” che aveva animato il dibattito francese negli anni precedenti.

Rispetto ad una concezione che potrebbe dirsi “militante” della laicità, diffidente nei confronti delle religioni, Sarkozy nel suo discorso promuove una laicità “matura e positiva”, che non solo garantisce la libertà di credere e di non credere, ma che favorisce il dialogo e le possibilità di incontro tra le diverse componenti della comune identità nazionale, neutralizzando qual-

chiarire la posizione assunta rispetto alle rivendicazioni di natura religiosa, ma non votarla potrebbe essere interpretata come una non difesa della laicità. Occorre, per inciso, segnalare che il 5 maggio 2011 è stata presentata da Jean-François Copé, Christian Jacob *et alii* la proposta di risoluzione n. 3397 “*sur l’attachement au respect des principes de laïcité, fondement du pacte républicain, et de liberté religieuse*”, che la risoluzione è stata adottata dall’Assemblea nazionale il 31 maggio 2011, TA n. 672, e pubblicata in *Journal Officiel de la République française*, n. 153 bis del 1 giugno 2011. Il testo completo della risoluzione, come anche la discussione parlamentare e le dichiarazioni di voto sono, inoltre, consultabili su <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/ta/ta0672.pdf> e http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/laicite_pacte_republicain_liberte_religieuse.asp

¹⁴ Il discorso in versione integrale si trova sul sito www.elysee.fr. La traduzione italiana può leggersi in *Il Regno- Documenti* 5/2008, *Religioni e laicità, due radici per la Francia. Discorso del presidente francese Nicolas Sarkozy al capitolo di S. Giovanni in Laterano*, pp. 170-173. In proposito, mi permetto di rinviare a MARIA D’ARIENZO, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2008, pp. 257-273; PATRICK VALDRINI, *La “laicità positiva”*. A proposito del discorso del Presidente Sarkozy al Laterano (20 dicembre 2007), in *Le sfide del diritto. Scritti in onore del Cardinale Agostino Vallini*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE e CESARE MIRABELLI, Rubettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. 409-426. ID. *Una nuova concezione della laicità? Il discorso del Presidente della Repubblica francese al Laterano (20 dicembre 2007)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2008, pp. 405-421. Per una lettura della politica religiosa di Sarkozy attraverso i discorsi tenuti al Laterano, il 20 dicembre 2007, a Riyadh, il 15 gennaio 2008, al Consiglio delle istituzioni ebraiche (CRIF), il 13 febbraio 2008, e sul discorso tenuto all’Eliseo il 2 ottobre 2009 al Consiglio delle conferenze episcopali europee (Ccee), cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Nicolas Sarkozy, un laico «placato»*, in *Reset*, novembre-dicembre 2009, pp. 26-31.

¹⁵ *Pacte Républicain: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p. 4.

siasi deriva intollerante “tra le religioni, ma anche della Repubblica rispetto alle religioni, come delle religioni rispetto alla Repubblica e ai suoi principi fondamentali”.¹⁶

Se si analizza la realtà giuridica, tuttavia, è possibile constatare come «la Repubblica francese non ha mai rinnegato uno dei suoi principi fondamentali, cioè quello di favorire ciò che è buono per i suoi cittadini, in nome dell’interesse generale»¹⁷. Così, se in applicazione dell’art. 2 della legge del 1905, i culti devono provvedere autonomamente alle loro necessità, la Repubblica francese autorizza l’insegnamento della religione, al di fuori dell’orario scolastico curriculare, da parte dei cappellani nelle scuole secondarie, ma soprattutto finanzia direttamente i cappellani, ivi compresi attualmente quelli musulmani, nelle strutture ospedaliere, nelle carceri, nelle Forze armate,¹⁸ sovvenziona le facoltà ecclesiastiche, che rilasciano diplomi all’interno degli istituti universitari cattolici francesi;¹⁹ dal 1993, regolarmente, si ripropone il tema della creazione di una facoltà di teologia musulmana,²⁰ senza che ciò sia riconosciuto come contrario al principio di laicità. Ugualmente la Repubblica francese accetta la partecipazione di istituzioni cattoliche all’attività nazionale (*service public*) dell’istruzione, anche sovvenzionandola, come nel caso delle numerose scuole private cattoliche che, secondo la legge Debré del 1959, partecipano al servizio pubblico dell’istruzione.²¹ Nel campo della bioetica, nonostante la reticenza dell’ambiente dei cosiddetti “laici intransigenti”, lo

¹⁶ NICOLAS SARKOZY, *La Repubblica, le religioni, la speranza*. Introduzione di GIANFRANCO FINI, Nuove idee, Roma, 2005, p.185 (ed. or. *La République, les Religions et l’Espérance, Entretiens avec Thibaud Collin et Philippe Verdin*, Cerf, Paris, 2004).

¹⁷ PATRICK VALDRINI, *Una nuova concezione della laicità?*, cit., p. 416.

¹⁸ FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRI PRÉLOT, JEAN-MARIE WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 1148 e ss; p. 445 e ss.

¹⁹ PATRICK VALDRINI, *Note concernant les subventions étatiques aux « facultés ecclésiastiques » en France*, in *L’année canonique*, 46, 2004, pp. 239-244.

²⁰ FRANCIS MESSNER, *L’enseignement de la théologie à l’université publique. L’exemple de la création d’une faculté de théologie musulmane à Strasbourg*, nel vol. *La formation des cadres religieux musulmans en France. Approches socio-juridiques*, sous la direction de FRANCK FRÉGOSI, L’Harmattan, Paris, 1998, pp. 141-167 ; FRANCIS MESSNER, ANNE-LAURE ZWILLING, *Formation des cadres religieux en France. Une affaire d’Etat?*, Labor et fides, Genève, 2010. Sull’insegnamento della teologia in Francia, cfr. PATRICK VALDRINI, *L’enseignement de la théologie et des sciences religieuses en France*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 9, 2001, pp. 167-178 ; ID., *Enseigner la théologie en régime de laïcité, le cas de la France*, nel vol. *Une République, des religions. Pour une laïcité ouverte*, cit., pp. 117-127; MICHEL DENEKEN, FRANCIS MESSNER (éd.), *La théologie à l’université : statut, programmes et évolutions*, Labor et fides, Genève, 2009.

²¹ PATRICK VALDRINI, *Evoluzione dei rapporti tra Chiesa cattolica e Stato nelle scuole cattoliche francesi*, nel vol. *Quaderni della scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 7, Studi di diritto ecclesiastico e canonico, Jovene, Napoli, 2002, pp. 65-77.

Stato dà modo a rappresentanti di differenti culti di esprimere il loro parere partecipando al Comitato nazionale di etica. Inoltre, lo studio di forme di finanziamento pubblico per la costruzione degli edifici di culto, soprattutto le moschee, per le quali Sarkozy quando era ministro degli interni aveva già messo al lavoro una commissione di giuristi²², come anche il problema del riconoscimento dei titoli canonici rilasciati dalle facoltà ecclesiastiche²³ e altre questioni altrettanto delicate, come la creazione da parte del Primo ministro francese di sinistra, Lionel Jospin, già dal 12 febbraio 2002, di un'istanza di dialogo tra il governo e la Conferenza dei vescovi francesi,²⁴ evidenziano quanto l'elenco delle forme di incontro e collaborazione tra Stato e religioni sia piuttosto lungo. Alla luce di tali questioni, sarebbe pertanto possibile affermare che la laicità, in realtà, è sempre stata positiva. La particolarità della posizione di Sarkozy è data, tuttavia, dal fatto che per la prima volta è un Presidente della Repubblica a teorizzarla in maniera esplicita, per altro, nell'esercizio delle sue funzioni. All'interno di una visione essenzialmente politica e pragmatica, la concezione sarkoziana di riconoscimento del ruolo pubblico delle religioni, o meglio della complementarietà della morale religiosa e di quella repubblicana ai fini di una costruzione e tutela "dell'integrazione generale nella comunità nazionale",²⁵ appare finalizzata alla composizione preventiva e pacifica dei possibili conflitti identitari e alla risoluzione delle problematiche concrete che la società multireligiosa solleva in ordine alle possibili derive comunitariste ed estremiste. Risulta pertanto funzionale al mantenimento della coesione nazionale.

La laicità positiva di Sarkozy appare, dunque, come l'enunciazione di un vero e proprio programma politico, di cui il documento presentato dall'UMP è una specificazione in termini più concreti.

²² *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics. Travaux de la commission de réflexion juridique présidée par JEAN-PIERRE MACHELON*, La documentation française, Paris, 2006.

²³ Il 18 dicembre 2008, è stato firmato un accordo tra il governo francese e la Santa Sede per il riconoscimento dei diplomi rilasciati nelle università francesi e cattoliche. Cfr. OLIVIER ECHAPPÉ, *A propos de l'accord entre la République française et le Saint Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes dans l'enseignement supérieur (18 décembre 2008)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2009, pp. 389-401.

²⁴ GIOVANNI PAOLO II, «*Au cours de vos visites ad limina*» (Lettre à Mgr Jean-Pierre Ricard, archevêque de Bordeaux et président de la Conférence des évêques de France et à tous les évêques de France. Du Vatican, le 11 févr. 2005), in *La Croix*, 14 febbraio 2005, p. 4. Cfr. JEAN-PAUL DURAND, «*La création d'une instance de dialogue au plus haut niveau*» entre l'Église catholique et l'État français. 13 février 2002, in *L'année canonique*, 46, 2004, p. 245-258.

²⁵ NICOLAS SARKOZY, *La Repubblica, le religioni, la speranza*, cit., p. 180.

3. *Laicità e libertà religiosa. Le ventisei proposizioni del Pacte Républicaine: laïcité pour mieux vivre ensemble dell’UMP.*

Il titolo della Convenzione inquadra la tematica della laicità all’interno di un sistema concettuale, “*pour mieux vivre ensemble*”, che segna la distanza dalla *laïcité de combat*, di cui la legge del 1905 è il frutto. Le ventisei proposizioni del documento – raggruppate in tre sezioni: 1) tre proposizioni riguardanti la preparazione di un Codice della laicità e della libertà religiosa; 2) dieci per riaffermare il principio di laicità; 3) tredici per garantire la libertà religiosa nella Repubblica – hanno come finalità specificata nel preambolo, non il superamento della legge di separazione tra Stato e Chiese del 1905, ma la chiarificazione del principio di laicità della Francia al fine di una maggiore coesione della comunità nazionale.²⁶ In un certo senso, il programma dell’UMP per la prima volta riveste di contenuti specifici il principio di laicità quale garanzia di pluralismo religioso, ma nel contempo quale tutela del singolo rispetto a qualsiasi forma di imposizione o coercizione esterna alle regole fissate nei principi costituzionali. Appare tuttavia evidente che la riaffermazione della *République laïque* è centrata sul preventivo superamento dei conflitti tra i valori repubblicani e le istanze identitarie di matrice religiosa che la società multiculturale impone e che rischiano di rendere fragile proprio la costruzione di un *Islam de France*, ovvero la conciliazione tra Islam e laicità.²⁷ Si potrebbe affermare che la specificazione del principio di laicità, quale finalità primaria dell’agenda dell’attuale governo, racchiuda in sé i due modelli del rapporto tra politica e religione storicamente affermatasi: da un lato, la predominanza della legge repubblicana quale garanzia dell’ordine pubblico rispetto alla norma religiosa confliggente con essa; dall’altro, la valorizzazione del ruolo delle religioni, non in quanto ordinamenti confessionali, ma come “orizzonti di senso”²⁸ funzionali al rafforzamento del legame sociale. Pertanto, una laicità “inclusiva” anche dei valori morali della religione e “aperta” al dialogo e all’incontro istituzionale su determinate tematiche con i rappresentanti confessionali, ma che nel contempo conserva il carattere di diffidenza rispetto alla religione considerata come fonte di tensioni e conflitti, attenta, dunque, a non alterare il sistema di separazione-neutralità quale principio portante del regime giuridico francese.

²⁶ *Pacte Républicaine: laïcité pour mieux vivre ensemble*, pp. 2 e 5.

²⁷ *Pacte Républicaine: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p. 3.

²⁸ Cfr. NICOLAS SARKOZY, *La Repubblica, le religioni, la speranza*, cit., p. 23; ELSA FOREY, *Du “culturel” au “culturel”: vers une remise en cause du principe de séparation de 1905?*, nel vol. JEAN BADOUIN, PHILIPPE PORTIER, *La laïcité. Une valeur d’aujourd’hui?*, cit., pp. 285-296.

Le ventisei proposizioni del documento presentato da Jean François Copé sono finalizzate, in primo luogo, a sviluppare una vera e propria “pedagogia laica”, ovvero una maggiore consapevolezza dei principi di laicità, di tutela della libertà di coscienza e del fattore religioso nell’intento di consolidare il patto repubblicano.²⁹ In questa prospettiva possono leggersi la proposta dell’adozione di una risoluzione parlamentare “*réaffirmant l’attachement de la représentation nationale aux principes républicains, et spécialement à ceux de laïcité et de liberté de conscience*” (proposizione n. 1),³⁰ l’elaborazione, in un primo tempom di una raccolta di testi e decisioni giurisprudenziali relativi al principio di laicità, così da permettere di identificare le eventuali carenze del diritto positivo³¹ e in un secondo tempo la redazione di un vero e proprio “Codice della laicità e della libertà religiosa”,³² inteso non soltanto come organizzazione sistematica delle leggi e regolamenti già esistenti che si applicano al fattore religioso, ma che preveda, oltre all’abrogazione delle disposizioni ormai desuete (proposizione n. 21), anche nuove disposizioni normative relative alle questioni risolte soltanto per via giurisprudenziale o non ancora oggetto di contenzioso (proposizioni nn. 2 e 3), così come sviluppate nelle proposizioni successive riguardanti l’ampliamento della neutralità religiosa dei luoghi pubblici e la promozione del libero esercizio del culto; la previsione di un insegnamento specifico relativo al rapporto laicità e religioni nel programma scolastico obbligatorio; la formazione permanente alla laicità dei funzionari del servizio pubblico; la formazione dei ministri di culto ai principi repubblicani nelle Università francesi, attualmente demandata all’Institut catholique de Paris e dal settembre 2011 anche all’Università di Strasburgo³³ (proposizioni nn. 5, 6 e 7); l’organizzazione da parte del Ministero del Lavoro di una formazione specifica dei responsabili delle risorse umane e degli ispettori rispetto alle pratiche religiose nei luoghi di lavoro; l’elaborazione di una “guida della pratica religiosa e del vivere insieme” nelle imprese (proposizioni nn. 16 e 17).

²⁹ *Pacte Républicaine: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p. 7.

³⁰ Vedi nota n. 13.

³¹ *Pacte Républicaine: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p. 6.

³² Il 21 ottobre 2011 il Ministro dell’interno Claude Guéant ha presentato all’“*Association des journalistes d’information religieuse*” (Ajr) il Codice “*Laïcité et liberté religieuse. Recueil de textes et de jurisprudences*”, Ed. Journaux Officiels, Paris, 2011. L’opera è strutturata in quattro titoli tematici riguardanti : i principi di laicità e di libertà di coscienza, la laicità nei servizi pubblici, l’organizzazione dei culti e l’esercizio della libertà religiosa. Occorre segnalare, tuttavia, che è consultabile già dal giugno 2011 sul sito www.laicite-laligue.org un altro “*Code de la laïcité*” redatto da Jean-Michel Ducomte, presidente della «*Ligue de l’enseignement*»..

³³ *Pacte Républicaine: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p.8.

Altre proposte attengono più specificamente alla riaffermazione della laicità nel servizio pubblico, attraverso l'estensione del principio di neutralità anche ai collaboratori occasionali, come nel caso delle mamme che accompagnano i figli a scuola che sono considerate in una situazione comparabile a quella di “collaboratori occasionali del servizio pubblico” e pertanto assoggettate ai principi fondamentali di tale servizio tra cui l'obbligo di rispettare il divieto del porto del velo; l'estensione dell'obbligo di neutralità agli organismi di diritto privato dei settori sociale, medico-sociale e dell'infanzia incaricati di una missione di servizio pubblico o di interesse generale (proposizioni nn. 8 e 9); il divieto di ricasazione di un agente del servizio pubblico in ragione della propria religione, come nel caso delle donne musulmane che negli ospedali pubblici rifiutano di farsi visitare e curare da personale maschile; il divieto di sottrarsi al programma scolastico obbligatorio, come, ad esempio, nel caso delle studentesse musulmane che rifiutano di partecipare ai corsi di educazione fisica e sportiva; il divieto di invocare un trattamento specifico in base alle proprie convinzioni religiose, politiche o filosofiche che impediscono il buon funzionamento del servizio pubblico, come nel caso di *menu* religiosi o vegetariani (proposizioni nn. 10, 12, 11); l'estensione della neutralità in materia religiosa anche alle imprese private, permettendo di integrare i regolamenti interni con disposizioni concernenti il porto di simboli religiosi o la regolamentazione delle pratiche religiose, come la preghiera o la ristorazione collettiva (proposizioni nn. 14 e 15); la previsione del divieto di esercizio del culto senza autorizzazione preventiva fuori dai luoghi di culto, fatte salve, tuttavia, le manifestazioni a carattere tradizionale³⁴ (proposizione n. 22); la vigilanza sul rispetto rigoroso delle clausole relative alle trasmissioni religiose previste per il servizio pubblico audiovisivo (proposizione n. 13).

Il terzo gruppo di proposizioni concerne invece i luoghi di culto e il regime giuridico dei ministri di culto. Senza intaccare il principio di non finanziamento di alcun culto da parte della Repubblica, stabilito dalla legge del 1905, vengono previste: la possibilità di affitti enfiteutici amministrativi di lunga durata (fino a 99 anni) di terreni finalizzati alla costruzione di nuovi luoghi di culto con opzione di acquisto alla scadenza da parte delle associazioni culturali, soprattutto di quelle che dispongono di scarse possibilità economiche, che in tal modo possono diventare proprietarie degli edifici di culto; la possibilità

³⁴ Tale proposizione si sostanzia, in concreto, nel divieto di preghiera nelle pubbliche strade in funzione della tutela dell'interesse di ordine pubblico. Pertanto, riguarda specificamente, anche se non espressamente, la pratica religiosa islamica, mentre fa salve altre espressioni religiose tradizionali come le processioni.

per tutte le comunità locali di farsi garanti dei prestiti chiesti dalle associazioni culturali per la costruzione di nuovi edifici di culto (proposizione n. 18); la creazione per ciascun culto di una fondazione nazionale attraverso cui far transitare i fondi stranieri finalizzati alla costruzione e al mantenimento dei luoghi di culto (proposizione n. 19); la previsione, per esigenze di trasparenza finanziaria, della obbligatorietà della raccolta dei fondi da parte dei fedeli per la costruzione o il mantenimento di edifici di culto attraverso associazioni culturali, con la possibilità per i donatori di beneficiare di deduzioni fiscali (proposizione n. 20); la semplificazione della normativa che regola le associazioni a vocazione religiosa e culturali, riconosciute ai sensi delle leggi del 1901 e del 1905 (proposizione n. 21). Ai ministri di culto sono dedicate le proposizioni nn. 24 e 25 che prevedono, rispettivamente, la chiarificazione del regime di protezione sociale del personale culturale e l'eventuale rinegoziazione delle convenzioni bilaterali tra la Francia e Stati esteri, ovvero altre modalità, al fine di evitare un legame di subordinazione dei ministri di culto con uno Stato estero.³⁵ Rispetto all'esercizio della libertà religiosa sono previste misure atte a sviluppare i settori confessionali all'interno dei cimiteri e a regolamentare la macellazione rituale, sia attraverso un regime di autorizzazione preventiva limitata alla consumazione effettiva- in funzione, quindi, delle reali ed espresse necessità-, sia incrementando i controlli sui metodi applicati per limitare la sofferenza dell'animale (proposizione n. 26).

4. Dalla "laicità positiva" alla "laicità im-positiva"

Dall'impianto generale del documento appaiono emergere due elementi che caratterizzano il concetto di laicità che si intende riaffermare o, per meglio dire, promuovere.

Rispetto alla *laïcité-separation*, fondata sulla neutralità dei poteri pubblici e sulla conseguente privatizzazione della sfera religiosa,³⁶ il documento dell'UMP sembra apparentemente evidenziare l'evoluzione del concetto declinato come promozione della "libertà religiosa". Difatti, il documento dedica ben tredici proposizioni ad essa in maniera distinta rispetto alle dieci

³⁵ Nel documento si fa espresso riferimento alla promozione di un *Islam de France* e alla remunerazione da parte dei musulmani francesi degli imam. Cfr. *Pacte Républicain: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p. 15.

³⁶ Cfr. JEAN BAUDOIN e PHILIPPE PORTIER, *La laïcité française. Approche d'une métamorphose*, nel vol. Id. (sous la direction), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui?*, cit., pp. 15-34, ma specialmente p. 18 ss.

dedicate alla laicità. La previsione di disposizioni atte a facilitare l’esercizio della libertà religiosa e l’esercizio del culto appaiono indubbiamente espressione del concetto di “laicità positiva” nei confronti della religione. Tuttavia le proposte tendono a tutelare la “libertà religiosa *nella* Repubblica”, ovvero l’espressione della libertà religiosa è garantita purché non contrastante con i principi repubblicani. La stessa intitolazione del “Codice della laicità e libertà religiosa” se da un lato parrebbe sottolineare una distinzione rispetto alla laicità senza aggettivi e specificazioni, o quasi una contrapposizione tra i due principi, dall’altro evidenzia la volontà di un maggiore riconoscimento delle istanze religiose; tuttavia, ed è questo il punto, attraverso il prisma della laicità quale pilastro del vivere insieme, ovvero della riaffermazione dell’identità della società francese. In altri termini, è proprio il concetto di libertà religiosa emergente dal documento che appare assumere connotazioni specifiche. Se le proposizioni dovessero trasformarsi in leggi, come si legge nel programma,³⁷ la libertà di manifestazione delle proprie convinzioni religiose risulterebbe fortemente limitata in nome di quella stessa libertà di coscienza che la laicità intende tutelare, ma che di fatto, così intesa, finisce per comprimere. Il manifestare pubblicamente la propria appartenenza, in tale prospettiva, è subordinato rispetto al valore della laicità quale principio costituzionale, generale e inglobante, da applicare in maniera rigorosa ai fini dell’interesse generale. Ovvero, la libertà religiosa diventerebbe in un certo senso disgiunta, anche se ad essa correlata, dal diritto di libertà di coscienza, nel senso che fletterebbe rispetto ai principi sovraordinati di neutralità e di imparzialità. Difatti, in base al principio di separazione tra sfera pubblica e sfera privata, la neutralità “in senso forte” che si intende attuare ha come finalità la protezione della libertà di coscienza di ognuno nello spazio pubblico, ma nel contempo finisce per limitare il diritto di espressione religiosa che tuttavia è la proiezione sul piano esteriore della libertà di coscienza. L’espressione delle convinzioni e le pratiche religiose verrebbero ad essere relegate nell’ambito privato, ovvero la libertà religiosa sarebbe garantita purché priva di visibilità esteriore. In un certo qual senso, le leggi approvate sul divieto dei segni ostensibili del 2004,³⁸ e la recente legge che vieta il *niqab* e il *burqa*,³⁹ costituiscono l’applicazione di tale idea

³⁷ Delle 26 proposizioni ben 11 sono indicate come contributi alla preparazione di progetti di legge o disposizioni regolamentari da approvare nel quinquennio successivo al 2012. Cfr. *Pacte Républicain: laïcité pour mieux vivre ensemble*, p. 4.

³⁸ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*.

³⁹ Loi n° 2010-1192 “*interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public*”, adottata l’11 ottobre 2010, dopo la decisione di legittimità costituzionale resa dal *Conseil constitutionnel* in sede

di laicità, fondata su una interpretazione in senso stretto della separazione in base alla quale le manifestazioni di appartenenza religiosa, considerate come una forma di riappropriazione da parte delle religioni dello spazio pubblico, alterano il principio di neutralità e la stessa idea repubblicana di cittadinanza. In tal senso, le proposizioni presentate dall'UMP ripropongono il concetto di separazione come equivalente al principio di privatizzazione della sfera religiosa, intesa però in senso stretto, come sfera personale, attinente alla vita privata, alla coscienza individuale. Tuttavia, tale interpretazione appare in qualche modo forzare il significato tecnico-giuridico della separazione tra "sfera pubblica", appartenente all'istituzione politica statale, e "sfera privata" concernente, al contrario, la società civile, nella quale la religione può agire liberamente e in perfetta autonomia senza ingerenze e limitazioni,⁴⁰ in quanto privatizzare non significa "privare" la religione della sua dimensione sociale nello spazio pubblico,⁴¹ ma solo separarla dalla sfera politico-istituzionale.

In altri termini, quella che viene definita garanzia della libertà religiosa diventa in realtà una restrizione del diritto individuale di manifestazione delle proprie convinzioni religiose, nella sfera non più soltanto pubblica, ma anche privata. Le proposte riguardanti l'estensione degli obblighi di neutralità, attraverso regolamenti interni, anche nei luoghi di lavoro non appartenenti alle amministrazioni statali -e di conseguenza la regolamentazione delle pratiche religiose, le disposizioni relative all'abbigliamento e al porto dei simboli, l'elaborazione addirittura di una "guida" per i direttori delle risorse umane quale utile strumento di consultazione per conciliare le "*bonnes pratiques*" della libertà religiosa con la corretta esecuzione del contratto di lavoro- evidenziano lo slittamento della laicità "matura e positiva" in una laicità che potrebbe essere definita "*im-positiva*". Un'ideologia laica che si impone attraverso l'estensione del concetto di "spazio pubblico" inteso non soltanto in riferimento alle ammi-

preventiva (Dec., 7 ottobre 2010, 613 DC), e la Circolare n. 5518/SG del 2 marzo 2011 relativa "*à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*". I testi della legge e della circolare sono disponibili rispettivamente su <http://www.legifrance.gouv.fr> e su http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2011/03/cir_32650.pdf.

⁴⁰ MAURICE BARBIER, *op. cit.*: «... on commet souvent une confusion regrettable. En effet la laïcité consiste à faire passer la religion de la sphère publique à la sphère privée. On en déduit alors que la religion est seulement une affaire personnelle et qu'elle ne concerne que la vie privée... En fait, ce raisonnement est inexact... Les expressions "sphère publique" et "sphère privée" sont à prendre dans leur sens juridique technique: la première renvoie au domaine de l'État, et la seconde à celui de la société civile... La religion échappe au domaine public de l'État, mais... elle peut exister et agir librement dans la société», p. 85.

⁴¹ Sul rapporto tra sfera pubblica e privata cfr. CHRISTINE DELPHY, *La religion, une affaire privée ? Réfutation d'une idée reçue*, pubblicato nel luglio 2010 sul sito: Les Mots Sont Importants (LMSI), all'indirizzo: <http://lmsi.net/La-religion-une-affaire-privee>

nistrazioni statali, ma anche alle strutture che svolgono un “servizio pubblico” e addirittura ai “luoghi aperti al pubblico”, come evidenziano le proposizioni relative al divieto di preghiera fuori dai luoghi di culto, se non preventivamente autorizzata, o al divieto del porto del velo per le mamme che accompagnano i figli a scuola. Se la finalità di tale neutralità rafforzata è quella di tutelare la libertà di ciascuno da ogni forma di imposizione esterna alle regole fissate nei principi costituzionali, in realtà si potrebbe affermare che la libertà dell’individuo non è, tuttavia, tutelata rispetto all’applicazione di tale “integralismo laico”.

Oltretutto, la traduzione giuridica, attraverso leggi e regolamenti, del principio costituzionale di laicità così come programmato dall’UMP rischia di ottenere effetti contrari rispetto alle finalità auspiccate di una migliore convivenza civile e di tutela dei diritti dei cittadini, poiché finisce per incidere sullo stesso diritto al lavoro per coloro che non intendessero “emanciparsi” dalle proprie pratiche religiose ed evidenza, pertanto, una certa ambiguità in rapporto ai principi di eguaglianza di trattamento e di non discriminazione.

La laicità “moderna”, “nuova”, “positiva”, “pacificata”⁴² rispetto alla religione, che auspica e promuove un dialogo con i rappresentanti dei diversi culti, e che addirittura con Sarkozy recupera le “radici spirituali” della Francia mostra la sua ambivalenza nel momento in cui tende a creare un *Islam de France*, imponendo il modo di essere fedeli musulmani e finendo per ledere il principio di separazione e non ingerenza tra la sfera politica e quella religiosa.

5. La strumentalizzazione politica del dibattito sulla laicità

L’impiego diffuso nel documento dell’espressione “libertà religiosa” e non di “libertà di coscienza” – che sembrerebbe privilegiare le opzioni fideistiche rispetto a quelle agnostiche, non religiose, o filosofico-spirituali – mette in risalto, d’altro canto, la natura essenzialmente politica, se non addirittura elettorale, del documento programmatico. Da un lato si ricollega espressamente all’interpretazione della laicità “aperta” al contributo delle religioni nella promozione dell’identità nazionale – interpretazione che si ritrova spesso nei testi d’ispirazione cattolica o protestante favorevoli ad una concezione della laicità come garanzia della libertà religiosa e del pluralismo della società –,⁴³

⁴² Sulle diverse aggettivazioni della laicità francese cfr. GUY GAUTHIER, *La laïcité, malade de l’adjectivité*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2009.

⁴³ PIERRE OGNIER, *Ancienne ou nouvelle laïcité? Après dix ans de débats*, in *Esprit*, agosto-settembre 1993, pp. 202-220, ma specificamente p. 207.

d'all'altro ripropone la neutralità radicale rispetto alle istanze di riconoscimento della identità religiosa confliggenti con i valori laici e repubblicani. Pertanto, una laicità "pacificata" con le "radici religiose tradizionali" della Francia, ma combattiva nei confronti delle rivendicazioni islamiche.

In realtà, il programma del governo francese, già a partire da Jacques Chirac, ha cercato di riaffermare la laicità come un "valore di destra", nei confronti delle sfide provenienti dall'immigrazione.⁴⁴ Sembra emergere, pertanto, la natura strumentale del dibattito sulla laicità da parte del partito di Sarkozy che in un certo qual modo sottrae argomenti alla estrema destra e mette in difficoltà anche la sinistra articolando le proposte da un lato in chiave anti-immigrazione, dall'altro come carattere identitario nazionale. Del resto, se si considera attentamente l'ultima parte del discorso al Laterano del 2007, Sarkozy esplicita ulteriormente il valore programmatico della "laicità positiva", non solo nella prospettiva politica nazionale, ma soprattutto in quella internazionale,⁴⁵ indicando il ruolo che in Europa la Francia può assumere nello sviluppo dell'area mediterranea, come, tra l'altro, è stato reso evidente dalle ultime e recenti vicende riguardanti la Libia.⁴⁶

In un certo senso si potrebbe affermare che così intesa, la "laicità positiva", o per meglio dire, "*im-positiva*" di Sarkozy sembrerebbe riproporre un modello di ispirazione latamente "napoleonica". Ma forse questa è solo una suggestione evocata dalla pura coincidenza della data odierna del Convegno con l'ode manzoniana: il 5 maggio.

⁴⁴ Cfr. il Rapporto redatto da FRANÇOIS BAROIN, a nome dell'UMP nel maggio del 2003 intitolato: *Pour une nouvelle laïcité* consultabile all'indirizzo: <http://www.aidb.org/laic/bar-4htm>.

⁴⁵ In proposito, appare interessante il punto 14 della *Proposition de résolution sur l'attachement à la laïcité et à la liberté religieuse*, n. 3397 (Risoluzione, n. 672, adottata dall'Assemblea nazionale il 31 maggio 2011, *cit.*), in cui si fa riferimento alla concezione francese di "laicità equilibrata" come "modello" per i popoli che "cercano la libertà". L'Assemblea nazionale, viene affermato, formula l'auspicio «que la France fasse valoir dans le monde, notamment à travers les conventions et organisations internationales auxquelles elle participe, sa conception d'une laïcité équilibrée et de la défense de la liberté religieuse, afin que les peuples qui cherchent la liberté puissent s'en inspirer», in *Journal Officiel de la République française*, n. 153 bis del 1 giugno 2011, p. 4.

⁴⁶ «L'Europa ha girato le spalle al Mediterraneo, malgrado una parte delle sue radici affondi in esso e i paesi che si affacciano su questo mare siano al centro di un gran numero di sfide del mondo contemporaneo. Ho voluto che la Francia prendesse l'iniziativa di una Unione del Mediterraneo a cui è stata condotta naturalmente per la sua collocazione geografica, il suo passato e la sua cultura. In quella parte del mondo dove le religioni e le tradizioni culturali esasperano spesso le passioni e lo scontro delle civiltà può restare sotto forma di fantasma o precipitare nella più tragica realtà, noi dobbiamo unire i nostri sforzi per raggiungere una coesistenza pacifica, rispettosa di tutti senza rinnegare le nostre convinzioni, in una zona di pace e serenità», NICOLAS SARKOZY, *Discorso al Laterano*, *cit.*, p. 173.

L'insostenibile leggerezza della laicità italiana

NICOLA FIORITA

Se si volesse riavvolgere il filo che lega i più recenti e numerosi contributi alle primissime riflessioni teoriche sulla laicità dello Stato bisognerebbe risalire e risalire nel tempo, perdendo di vista quello che è lo scopo principale di questo intervento, ovvero una valutazione aggiornata della cagionevole salute di questo principio nell'ordinamento italiano. Risulta, quindi, indispensabile fissare per il nostro ragionamento una data di partenza più vicina ai giorni nostri, e alle esigenze dei giuristi, peraltro facilmente individuabile in quell'11 aprile del 1989 a partire dal quale il dibattito sulla laicità è cambiato per sempre di segno, dovendosi da quel preciso momento in poi delimitare l'oggetto di ogni discussione sul contenuto del principio e non più sulla sua esistenza, necessità o impossibilità nel nostro ordinamento. Da quel giorno l'Italia è indiscutibilmente uno Stato laico; lo era in realtà ed evidentemente già prima, dall'entrata in vigore della Costituzione, ma con la famosa sentenza n. 203 della Corte Costituzionale si sanciva in maniera definitiva ed incontrovertibile la vigenza e il valore del principio di laicità. Ventidue anni e un discreto numero di sentenze dopo, tutto ciò è ancora vero? Possiamo ancora definirci uno Stato laico?

Una domanda così radicale cela al suo interno, è evidente, già un inizio di risposta, o perlomeno un indizio riconoscibile del dubbio che assilla colui che srotola in questi termini il quesito. Ma è proprio questa suggestiva, e un po' provocatoria, impostazione a rendere necessaria una accorta ricostruzione dei termini della questione prima di risolvere il dubbio in una qualsiasi risposta conclusiva. E sarà bene partire ricordando che è affermazione comune e sempre più ricorrente in dottrina quella secondo cui sono possibili più tipi di laicità¹, ovvero che questo principio si sostanzia in maniera diversa nei vari

¹ Testo, con la sola aggiunta delle note essenziali, della relazione svolta nella giornata di studio

ordinamenti, con un grado differente di realizzazione dei singoli segmenti giuridici che ne costituiscono il contenuto.

Corollario immediato di questa proposizione è che la versione italiana del principio potrà ben differire, in alcuni punti, dal modello storico di riferimento, o da altre più consolidate esperienze, senza che ciò comprometta il carattere laico dello Stato. In questa prospettiva la tesi, pur autorevolmente e ripetutamente sostenuta, secondo cui l'Italia non sarebbe uno Stato laico è lentamente scivolata nel dimenticatoio ed è ormai completamente ignorata dai contributi che si susseguono sul tema di nostro interesse².

Al contrario, la convinzione che fosse possibile individuare innumerevoli declinazioni della laicità ha coesistito in questi anni senza particolari difficoltà con l'orientamento secondo cui andava maturando la formazione di un modello europeo di regolamentazione del fatto religioso³. L'indiscutibile avvicinamento delle normative degli Stati europei in materia religiosa poteva essere spiegato in diversi modi, ma certamente trovava tra le sue ragioni anche, se non principalmente, la forza esercitata dal processo di circolazione dei diritti e dalle spinte centripete indotte dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e dal consolidamento del diritto comunitario. I dati che supportavano la sensazione di una lenta ma inesorabile levigatura delle asperità che avevano tradizionalmente separato le singole legislazioni nazionali devono, però, oggi fare i conti con l'emergere di una tendenza inversa, direi opposta, consacrata dalla più recente giurisprudenza della Corte Europea che sembra orientarsi verso il riconoscimento di un margine di apprezzamento vastissimo in capo ai singoli ordinamenti giuridici con riferimento alla regolamentazione del fenomeno religioso.

Ogni Stato faccia per sé, insomma, sembra pensare la Corte Europea quando si tratta di affrontare il delicatissimo ambito della disciplina della libertà religiosa o della laicità, avallando così la determinazione sempre più intensa dei singoli ordinamenti di difendere gelosamente la propria autonomia nei medesimi settori. Una rivendicazione di autonomia spesso giustificata con la necessità di rispettare le radici storiche dei diversi Stati, ma che non sempre

“La laicità e gli ordinamenti giuridici: principi, valori e regole”, organizzata dall'Università della Calabria in data 5 maggio 2011.

Cfr., per tutti, ANTONINO SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici religiose dello Stato laico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 160.

² FRANCESCO FINOCCHIARO, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1997, I, p. 11 ss..

³ Cfr., per tutti, SILVIO FERRARI, *Lo Statuto giuridico dell'islam in Europa occidentale*, in SILVIO FERRARI (a cura di), *Islam ed Europa*, Carocci, Roma, 2006, p. 20 ss..

supporta la rivincita di principi tradizionali o il mantenimento di scelte risalenti nel tempo, come dimostra la circostanza che in questo rinnovato approccio nazionale alla questione religiosa non manchino situazioni in cui la tradizione venga seriamente posta in discussione. Basterà, in proposito, accennare a tre noti casi in cui la rinnovata centralità della dimensione spirituale spinge a ricercare nuovi modelli di regolamentazione del fenomeno religioso più che a riproporre vecchie e tranquillizzanti formule. Nel giro di pochi anni, infatti, il Presidente Nicolas Sarkozy ha suggestivamente delineato un nuovo cammino per la laicità francese⁴, la Cancelliera Angela Merkel ha dichiarato il fallimento del multiculturalismo alla tedesca⁵ e, da ultimo, il Primo ministro inglese David Cameron ha solennemente affermato che il modello britannico va radicalmente cambiato⁶.

E tre significative sentenze possono essere richiamate per suffragare quanto appena affermato in ordine all'orientamento assunto negli ultimissimi tempi dalla Corte Europea. Si tratta di quei recentissimi provvedimenti in cui la Corte ha utilizzato il riferimento al margine di apprezzamento statale per sancire la legittimità ora della legislazione italiana che obbliga all'esposizione del crocefisso nelle strutture pubbliche⁷, ora della disciplina francese che vieta il porto del velo nella scuola pubblica⁸ e ora della disciplina tedesca sulla tassa religiosa⁹. Quel che colpisce è come in ciascuna di queste controversie la Corte abbia deciso di rimettersi completamente alle scelte assunte dai singoli ordinamenti, implicitamente abdicando al proprio compito di garantire il rispetto effettivo e pieno del diritto fondamentale di libertà religiosa attraverso l'enucleazione di uno standard minimo di tutela sottratto

⁴ Il riferimento va ovviamente al discorso tenuto da Sarkozy in occasione del conferimento del titolo di "protocanonico onorario" del Capitolo della Basilica di San Giovanni in Laterano (20 dicembre 2007). Sul punto si rimanda a MARIA D'ARIENZO, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in www.statoechiese.it/images/stories/2008.7/darienzo_la_laicitm.pdf.

⁵ Tale giudizio è stato espresso da Angela Merkel in occasione del Congresso dei giovani della CDU e della CSU tenutosi a Postdam nell'ottobre del 2010.

⁶ Per un commento all'intervento di David Cameron durante la Conferenza internazionale sulla sicurezza di Monaco (5 febbraio 2011) si veda SILVIA ANGELETTI, *Il discorso di David Cameron riaccende il dibattito sul multiculturalismo*, in www.federalismi.it.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza n.30814/06 del 18 marzo 2011.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze nn. 27058/05 e 31645/04 del 4 dicembre 2008.

⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza n. 12844/03 del 17 febbraio 2011. Per un commento si veda NICOLAS HERVIEU, *Liberté de religion (art. 9 CEDH): droit de ne pas être contraint de révéler ses convictions religieuses et prélèvement à la source de l'impôt cultuel. L'affaire Wasmuth c. Allemagne*, in www.statoechiese.it/images/stories/2011.3/hervieux_libert.pdf.

alla disponibilità nazionale¹⁰: il trionfo dell'orientamento imperniato sulla possibilità di consentire soluzioni diverse a situazioni identiche (crocefisso vietato in alcuni Stati, permesso caso per caso in altri, obbligatorio in altri ancora) e di risposte straordinariamente incompatibili a fattispecie simili (divieto per l'individuo di indossare un qualunque simbolo religioso nella scuola pubblica in Francia e possibilità per l'istituzione scolastica di esporre un solo e determinato simbolo religioso in Italia) non può che rappresentare il contraltare dell'incapacità di individuare soluzioni comuni in ordine alla disciplina del fenomeno religioso.

Quel che caratterizza ed unisce la rivendicazione di autonomia degli Stati e l'atteggiamento di autolimitazione della Corte Europea è proprio la rinuncia all'ambizione di fissare un livello minimo apprezzabile ed effettivo di tutela della laicità e della libertà religiosa in ambito europeo o, per dirla con un pizzico di retorica, peraltro quanto mai efficace vista la materia di cui ci occupiamo, la rinuncia all'ambizione di dotare il corpo macchinoso dell'Europa di un'anima comune¹¹.

In questi minimi accenni alla giurisprudenza della Corte Europea, più volte il richiamo è andato al caso *Lautsi* e alla notissima questione legata alla regolamentazione del crocefisso nella scuola pubblica. Non è certo questo l'oggetto della mia relazione, ma la citata sentenza della Grande Camera merita almeno qualche brevissima osservazione. Si può notare, ad esempio, che la Grande Camera muove proprio dalla constatazione dell'inesistenza di una disciplina comune sui simboli religiosi in ambito europeo, cui segue il riconoscimento di un'ampia discrezionalità in capo a ciascuno Stato quanto alla regolamentazione della loro presenza all'interno dei luoghi pubblici.

Questo margine di apprezzamento trova comunque un limite invalicabile nel rispetto della libertà di educazione dei genitori, così che la Corte si riserva il potere di intervenire ogni qualvolta occorra scongiurare l'indottrinamento degli scolari. Se pure l'esposizione da parte delle strutture scolastiche di un unico simbolo religioso, e per di più quello della religione di maggioranza, può apparentemente configurarsi come uno strumento di pressione nei confronti

¹⁰ Il rischio che un riconoscimento illimitato del margine di apprezzamento potesse mettere a repentaglio i diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo era già segnalato da JLIA PASQUALI CERIOLI, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.statoechiese.it/images/stories/2011.1/pasquali_la_tutela.pdf, p. 19.

¹¹ Come scrive SUSANNA MANCINI, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0015_mancini.pdf, p. 3 "Lautsi è in fondo solo un triste riflesso della crisi del progetto europeo e delle sue aspirazioni universalistiche".

di chi non si identifica in quella confessione, la Corte giunge ad escludere che il caso di specie possa concretamente superare la soglia dell'indottrinamento sulla base di due distinti ordini di motivi. In primo luogo, i giudici di Strasburgo qualificano il crocefisso come un simbolo passivo, aderendo a quelle posizioni dottrinali che sottolineano come la sua esposizione non obblighi lo studente ad assumere comportamenti contrari alla propria religione né produca alcuna conseguenza sul piano dell'attività scolastica¹². In secondo luogo, a risultare decisivo è un esame, invero abbastanza sommario, del contesto scolastico italiano in cui quel simbolo viene ad inserirsi. In questo senso, il pluralismo educativo che connoterebbe la nostra scuola pubblica e l'ampio riconoscimento del diritto di libertà religiosa, estrinsecandosi nella possibilità delle studentesse islamiche di indossare il velo, nel diritto delle confessioni di minoranza di richiedere l'attivazione di appositi insegnamenti e nella consuetudine di alcuni istituti di celebrare il *ramadan* o altre feste religiose, neutralizzerebbe il rischio che dalla presenza del crocefisso possa derivare la predisposizione di un ambiente orientato in favore di una determinata confessione.

La Corte non considera, dunque, la speciale disciplina di cui è oggetto nel nostro ordinamento l'insegnamento della religione cattolica o l'estemporaneità di quelle aperture ad altre tradizioni che essa richiama, né essa sembra soffermarsi adeguatamente sulle condizioni che distinguerebbero il riconoscimento di una posizione di privilegio in favore di una religione o di una ideologia, evidentemente considerata legittima, dall'opera di indottrinamento, esplicitamente qualificata come proibita. Un po' sorprendentemente sfugge ad un organo giudiziario così autorevole la diffusa percezione che l'indottrinamento, specie di studenti giovanissimi e non ancora solidamente formati nelle proprie convinzioni, può frequentemente svolgersi attraverso modalità sottili più che mediante proclami marchiani, che esso può svilupparsi in forme caute e invisibili piuttosto che in manifestazioni rumorose e invasive, che può ben essere affidato ad una lenta opera di pressione conformista più che ad una brusca imposizione di dogmi ed opinioni.

Ma soprattutto, la decisione della Grande Camera finisce per essere giocata interamente sul terreno della libertà di educazione dei genitori¹³, mentre la questione religiosa evapora gradualmente dalla motivazione del provvedi-

¹² Cfr., per tutti, MONICA LUGATO, *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocefisso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2010, p. 406.

¹³ Così MARTA CARTABIA, *La Corte del buon senso*, in www.ilsussidiario.net/News/editoriale/2011/3/21/La-Corte-del-buon-senso.

mento. Se è certamente vero, come è stato evidenziato in uno dei commenti più acuti alla prima sentenza Lautsi, che la neutralità religiosa non è una nozione oggettivabile in astratto e che i suoi contenuti dipendono dal contesto nazionale nel quale essa viene invocato, così che la risoluzione dei casi relativi alla libertà religiosa si rivela operazione tra le più complesse e difficili¹⁴, la sensazione che si avverte è che con il provvedimento in oggetto la CEDU si sia arresa di fronte a questa difficoltà e abbia rinunciato ad esercitare un ruolo certo delicatissimo ma non per questo abdicabile.

In ogni caso, il riconoscimento della Corte della legittimità delle decisioni assunte dall'ordinamento italiano, riapre la questione del crocefisso nel diritto interno, là dove – come la stessa sentenza ammette – essa non ha ancora trovato una definizione chiara e definitiva. E non sarà del tutto inutile sottolineare come il provvedimento della Grande Camera si strutturi su una qualificazione del crocefisso quale simbolo religioso e passivo del tutto inconciliabile con le conclusioni su cui si è attestato il Consiglio di Stato, secondo cui la legittimità dell'esposizione deriva dalla configurazione del crocefisso quale simbolo culturale e identitario che trasmette, e a tutti ricorda, una pluralità di valori¹⁵.

Occorre dunque tornare immediatamente a guardare all'ordinamento italiano, giacché concludere che la rinuncia ad una regolamentazione comune in ambito europeo rende possibile qualsivoglia normativa interna non ci dice ancora nulla su quella che è la sorte della nostra laicità a ventidue anni di distanza dalla sentenza che ne ha sancito il valore di principio supremo dell'ordinamento costituzionale. E ripartiamo dunque dalla comune consapevolezza, fatta salva la già richiamata e isolatissima posizione di chi non qualificava come laico lo Stato italiano, che tra tutte quelle laicità del mondo descritte da Bauberot¹⁶ vi fosse certamente anche quella italiana. E anzi, si poteva ritenere che il modello di disciplina del fatto religioso delineato - probabilmente con una certa dose di inconsapevolezza - dalla Costituzione, e sinteticamente rappresentato dal principio supremo di laicità positiva, fosse dotato di una certa originalità e di una sua forza attrattiva, tanto da potersi finanche presentare come un punto di riferimento per altri sistemi in cerca di strumenti di governo efficaci per fronteggiare l'inedito – per quantità e qualità – pluralismo religioso e culturale dei giorni nostri.

¹⁴ MONICA LUGATO, *op. cit.*, p. 414. Oltre a quello appena citato, tra le numerose reazioni critiche alla prima sentenza si vedano perlomeno le osservazioni di CARLO CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea*, Allemandi, Torino, 2010.

¹⁵ Consiglio di Stato, sentenza n. 556 del 13 febbraio 2006.

¹⁶ JEAN BAUBÉROT, *Le tante laicità del mondo*, Luiss University press, Roma, 2008.

I punti di forza del modello costituzionale possono essere sommariamente individuati nella capacità di contemperare il superamento del precedente confessionismo con il riconoscimento della rilevanza sociale del fenomeno religioso, l'affermazione del principio di uguaglianza con la tutela della differenza, la promozione della libertà religiosa con l'introduzione di una sede di valutazione delle richieste identitarie e la conseguente apertura verso un diritto diseguale contrattato. Si tenevano insieme, nel disegno costituzionale, e insieme si tutelavano quella dimensione individuale e comunitaria del fenomeno religioso che tanto spesso sono state disciplinate in maniera assoluta e inconciliabile, costruendosi così un sistema moderno, dotato di una maggiore flessibilità rispetto ai modelli più tradizionali¹⁷ incapaci, come abbiamo visto, di fornire risposte adeguate all'incedere della globalizzazione e delle grandi trasformazioni che ne sono conseguite.

Come la derogabilità del diritto comune per la promozione delle esigenze peculiari di una determinata confessione religiosa non può comportare, in questo modello, il rinvio acritico all'insieme delle regole del gruppo di riferimento, così il rifiuto del principio confessionista, la separazione degli ordini e il divieto per lo Stato di "ricorrere ad obbligazioni religiose per rafforzare l'efficacia dei propri precetti"¹⁸ non hanno mai indirizzato, né avrebbero potuto, il nostro ordinamento a negare la rilevanza della dimensione spirituale o a comprimere la presenza nello spazio pubblico della religione e delle religioni. Deve quindi ribadirsi, stante la centralità che questo profilo continua a rivestire nel dibattito in corso, che nel nostro Paese il principio di laicità non ha mai, in nessun momento, comportato il rischio, autorevolmente e ripetutamente evocato dal Pontefice, che si giungesse a "bandire dalla vita pubblica feste e simboli religiosi in nome del rispetto nei confronti di quanti appartengono ad altre religioni, o di coloro che non credono"¹⁹.

Nonostante la sua forza innovativa, la sua originalità e il suo armonico raccordo con gli altri valori costituzionali, il diritto vivente non si è mai conformato al nuovo modello di regolamentazione del fenomeno religioso.

¹⁷ Come scrive NICOLA COLAIANNI, *La laicità al tempo della globalizzazione*, in http://www.statoe.chiese.it/images/stories/2009.6/colaianni_la_laicitm.pdf, p. 4 "nel modello italiano il no alla *République* cieca alle differenze si accompagna al no altresì al *Londonistan*, l'approdo multiculturalista ad un mosaico formato da comunità cultural-religiose separate ...".

¹⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 334 del 1996.

¹⁹ La frase citata nel testo è contenuta nel Discorso pronunciato da Papa Benedetto XVI il 9 dicembre 2006 in occasione del Convegno nazionale dell'Unione dei giuristi cattolici. Per una ricostruzione degli interventi del Pontefice in tema di laicità si veda GIORGIO FELICIANI, *La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI*, in www.statoe.chiese.it/images/stories/2011.4/feliciani_la_laicitm.pdf.

E se in un primo momento, in quel periodo della nostra storia repubblicana improntato ad un oppressivo confessionismo di fatto²⁰, l'ordinamento ha praticamente ignorato i nuovi principi costituzionali di neutralità, libertà ed uguaglianza religiosa, anche quando il legislatore ha interrotto il suo silenzio e la Corte Costituzionale ha cominciato a definire il contenuto del principio di laicità, individuandone progressivamente i corollari essenziali, la situazione si è modificata solo parzialmente. Anzi, gli anni che sono trascorsi dalla stagione di rinnovamento delle fonti del diritto ecclesiastico e dalla sentenza n. 203 del 1989 non sono stati caratterizzati soltanto dalla perdurante inattuazione del principio costituzionale di laicità²¹, ma anche da una sottile neutralizzazione del principio stesso, perseguita attraverso l'introduzione di norme che, pur riguardando ambiti marginali o contravvenendo solo parzialmente ai postulati della laicità, hanno condotto verso lo svuotamento dei profili innovativi del modello costituzionale e al contestuale potenziamento degli elementi di conservazione in esso contenuti, in particolare di quell'art. 7 della Costituzione che da sempre ha rappresentato l'anomalia della disciplina costituzionale, la contraddizione acuta di un diritto ecclesiastico fondato sulla laicità²². Un processo inizialmente contrastato dalle prime sentenze con cui la Corte Costituzionale ha dato attuazione al principio, ma consolidatosi negli ultimi grazie alla rarefazione degli interventi del giudice delle leggi e all'interpretazione minimale, se non elusiva²³, che di esso hanno fornito i giudici ordinari²⁴ e i giudici amministrativi.

La permanenza di norme confessioniste nella legislazione vigente e l'introduzione di disposizioni indifferenti alla laicità hanno inevitabilmente prodotto una progressiva rimodulazione del sistema, rendendo sempre più arduo qualificare come effettivamente laico lo Stato italiano. Intendo laico senza altre specificazioni, che al contrario proprio le contraddizioni che il

²⁰ ARTURO CARLO JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Giuffrè editore, Milano, 1961, p. 138.

²¹ Cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *La "supremazia" del principio di laicità nei percorsi giurisprudenziali: il giudice ordinario*, in http://www.statoechiese.it/images/stories/2009.3/casuscelli_3supremaziam.pdf, p. 12. Parla di inattuazione del principio anche PAOLO STEFANI, *La laicità nell'esperienza giuridica dello Stato*, Cacucci, Bari, 2007, p. 89.

²² In questo senso si può convenire con chi avverte il rischio che una rilettura del modello costituzionale alla luce dell'art. 7 potrebbe condurre ad un ritorno di fatto allo Stato confessionale. Cfr. ANTONINO SPADARO, *op. cit.*, p. 196. Nello stesso senso anche DONATELLA LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Giuffrè editore, Milano, 2009, p. 157.

²³ Così ETTORE GLIOZZI, *La laicità e il Consiglio di Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006/3, p. 848.

²⁴ Sul punto si rimanda alla considerazioni di GIUSEPPE CASUSCELLI, *La supremazia del principio di laicità ...*, cit.

principio andava accumulando rendevano sempre più urgente accompagnare il suo richiamo con suggestive aggettivazioni, così che la laicità italiana si è vista attribuire, di volta in volta, la qualifica di laicità aperta, sana, relativa, cristiana o, da prospettiva opposta e contraria, confessionista, parziale, liquida.

La “leggerezza” della laicità italiana, principio supremo che di fatto non è mai riuscito a spingere il legislatore ad intraprendere la necessaria riforma della legislazione pre-costituzionale, e che non ha impedito alla giurisprudenza di salvare molte disposizioni di indubbio carattere privilegiario, diviene in qualche modo insostenibile nel momento in cui le zone dell’ordinamento con esso incompatibili non solo aumentano di numero ma cambiano di qualità, venendo ora giustificate e legittimate attraverso interpretazioni che ridefiniscono il senso stesso della laicità. In sostanza, non è il principio costituzionale che plasma la legislazione ordinaria ma, viceversa, è quest’ultima che spinge sul principio di laicità inducendo gli operatori giuridici ad una sua riformulazione che restituisca piena legittimità al diritto vivente. Così che se l’originalità del modello costituzionale ci collocava all’avanguardia dell’Occidente, la forza della prassi ci trasforma nell’avanguardia dell’Oriente Europeo, come dimostra ancora una volta la controversia sulla legittimità dell’esposizione del crocefisso approvata dalla Corte europea, che ha visto l’Italia divenire il massimo rappresentante delle istanze di alcuni Paesi dell’Est, fedeli custodi di un sistema dei rapporti Stato-chiese fondato sul principio confessionista²⁵.

La neutralizzazione del principio di laicità si perfeziona, dunque, attraverso il combinarsi di diversi tipi di norme che rappresentano l’esito finale, rispettivamente, di omissioni di laicità²⁶, di azioni indifferenti alla laicità e di azioni avverse alla laicità. E pur nella ristrettezza dei tempi di questo intervento può risultare utile introdurre qualche breve riferimento che renda più chiara la classificazione appena introdotta.

Nella prima categoria rientrano tutte quelle disposizioni ancora in vigore nel nostro ordinamento che risultano ispirate al principio della religione di Stato. In questo senso, ad esempio, la disciplina dei cerimoniali pubblici continua ad assegnare un ruolo pubblico e privilegiario alle gerarchie ecclesiastiche, sia che si consideri ancora vigente il Regio decreto n. 4349 del 1868, come modificato dai Regi decreti nn. 2210 del 1927 e n. 70 del 1937, sia che

²⁵ Come è noto, il ricordo presentato dal Governo italiano a seguito della prima sentenza della Corte sul caso Lautsi ha trovato il sostegno di alcuni piccoli Stati (Principato di Monaco, Repubblica di San Marino, Malta) e di alcuni paesi dell’Est (Armenia, Bulgaria, Federazione Russa, Lituania, Romania) oltre che di due Stati a maggioranza ortodossa (Grecia, Cipro).

²⁶ L’espressione è utilizzata per la prima volta da STEFANO SICARDI, *Alcuni problemi della laicità in versione italiana*, http://www.statoechiese.it/images/stories/2010.3/sicardi_alcunim.pdf, p. 15.

si guardi esclusivamente al più recente DPCM del 14 aprile del 2006, come modificato dal successivo DPCM del 16 aprile 2008²⁷.

Nella seconda categoria rientrano tutte quelle disposizioni che pur essendo state adottate dopo la sentenza n. 203 del 1989 risultano non conformi al principio di laicità. Possono qui essere richiamati, sempre a titolo esemplificativo, i numerosi provvedimenti emanati dal legislatore statale o dal legislatore regionale che limitano l'accesso a contributi, sostegni economici ed agevolazioni di vario genere alle sole confessioni con intesa²⁸ se non addirittura alla sola Chiesa cattolica²⁹.

Da ultimo, poi, vengono in rilievo quelle disposizioni la cui legittimità è stata affermata attraverso una interpretazione manipolativa del principio di laicità. È questo il caso della normativa sull'esposizione del crocefisso nella scuola pubblica, che il Tar Veneto e il Consiglio di Stato hanno potuto ritenere legittima solo dopo aver ridefinito il contenuto del principio, amputato di alcuni suoi essenziali caratteri e ridotto ad una sorta di irrilevanza giuridica.

Ognuna di queste operazioni produce un risultato anti-laico, così che nel diritto vivente la Chiesa Cattolica resta sovraordinata a tutte le altre confessioni e conserva i vantaggi connessi a questa speciale posizione, il pluralismo culturale e religioso trova un'attuazione episodica e comunque attenuata, il principio della distinzione degli ordini distinti e della neutralità non esplica effetti concreti, la libertà di cui godono le confessioni non è affatto uguale.

Il diritto vivente sembra ormai incanalarsi in un percorso in cui il principio di laicità viene confinato nel novero delle dichiarazioni rituali, formali e altisonanti ma prive di concreta rilevanza pratica. Quello che prende forma è un nuovo modello di regolamentazione del fenomeno religioso perfettamente aderente alle aspirazioni della Chiesa cattolica e sempre più distante dal testo

²⁷ In quest'ultimo senso sembra orientarsi MARIA ROSARIA PICCINI, *Compresenze di elementi civili e religiosi nei cerimoniali delle ricorrenze pubbliche. L'ordine delle precedenze*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁸ Come scrive ENRICO VITALI, *Note in tema di applicazione dell'otto per mille*, in *Scritti in onore di Giovanni Barberini* (a cura di ANNA TALAMANCA e MARCO VENTURA), Giappichelli, Torino, 2009, p. 470. "le intese non possono essere una condizione imposta dai pubblici poteri alle confessioni per usufruire dei benefici loro riservati". Per una ricognizione di questi provvedimenti si veda, per tutti, RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 126 ss. Non mancano, comunque, in dottrina voci meno critiche, disposte a riconoscere ragionevolezza e legittimità a questi provvedimenti. In questo senso, da ultimo, PAOLO MONETA, *L'evoluzione del diritto comune in materia religiosa nella legislazione regionale*, in MARIO TEDESCHI (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2011, p. 153.

²⁹ Come è avvenuto, ad esempio, in alcune leggi regionali che disponevano contributi economici in favore degli oratori. Sul punto mi permetto di rinviare a NICOLA FIORITA, *Considerazioni intorno alla recente legislazione regionale in tema di oratori*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003/2, pp. 457 ss..

costituzionale. Nell'Italia di oggi la Chiesa non è più certamente il tutto³⁰ ma essa seguita altrettanto indubbiamente a rappresentare la parte più numerosa ed influente della società e l'aspirazione delle gerarchie ecclesiastiche sembra essere quella di trasportare in ambito giuridico questa condizione. Da ciò discende che esse chiedono al legislatore statale di riconoscere in maniera ampia il diritto individuale di libertà religiosa e accettano di buon grado un cauto pluralismo, ma si battono per mantenere la Chiesa in posizione sovraordinata a tutti gli altri attori religiosi, difendendo i propri privilegi, trasmettendo al legislatore una lista di valori non negoziabili e avversando radicalmente ogni ipotesi di parificazione con le altre confessioni religiose³¹. Quel che appare fondamentale nel disegno della Chiesa, insomma, è che lo spazio pubblico sia cattolicamente orientato, risultato pienamente compatibile con il riconoscimento di un certo grado di libertà e di un certo grado di pluralismo.

La laicità "leggera", sempre più ininfluente dal punto di vista giuridico, legittima una evoluzione che soddisfa le esigenze ecclesiastiche ma che contestualmente riduce la capacità di perseguire in maniera efficace l'interesse pubblico da parte delle autorità statali, che vedono assottigliarsi la propria libertà di scelta in una vasta serie di questioni eticamente sensibili e che non possono procedere verso la realizzazione di una politica ecclesiastica costituzionalmente ragionevole né assicurare risposte ai problemi più urgenti, come dimostra la rinuncia ad una regolamentazione dei rapporti con le organizzazioni islamiche presenti nel nostro Paese ed il reiterato fallimento dei tentativi di emanare una legge generale sulla libertà religiosa.

Prima di cimentarsi, a conclusione di queste riflessioni, nel tentativo di dare risposta al quesito iniziale, varrà la pena ricordare che i dati sin qui richiamati sono sotto gli occhi di tutti gli specialisti del sapere giuridico. Non è più il tempo in cui le norme costituzionali sul fenomeno religioso erano riserva di caccia degli ecclesiasticisti ed allora sia consentito osservare come la neutralizzazione della laicità abbia assunto caratteri molto più marcati e rapidi negli stessi anni in cui massima diveniva l'attenzione della dottrina giuridica, specie quella costituzionalistica, intorno al suo contenuto e alla sua applicazione, a dimostrazione di quanto ingenerosa fosse quella ricostruzione che mirava a creare un nesso di causalità tra l'appropriazione della problematica religiosa

³⁰ Come sottolinea GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 30.

³¹ Si veda, in proposito, quanto affermato da Mons. Betori in occasione dell'audizione del 9 gennaio 2007 nell'ambito dell'indagine conoscitiva in materia di libertà religiosa svolta dalla Commissione Affari Costituzionali. Sul punto si vedano le considerazioni di MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, in *Diritto e religione*, 2/2010, p. 173 ss..

da parte dei cultori del diritto ecclesiastico e la difficoltà di una piena attuazione del disegno costituzionale³².

Comunque sia, per quanta ampia possa divenire la tipologia delle declinazioni del principio di laicità che la dottrina saprà enucleare, dal punto di vista giuridico esso intanto conserva un'utilità in quanto si giunga a definire un suo contenuto minimo, un nocciolo duro cui sia impossibile rinunciare senza al contempo rinunciare al principio stesso. E ferma restando la centralità della tutela e promozione della libertà di coscienza del singolo, si può convenire con chi, mediante un puntuale riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, individua tale nucleo essenziale nel principio della distinzione degli ordini e nel principio di eguaglianza³³. Senza distinzione degli ordini non c'è laicità così come senza eguaglianza nessuna laicità è possibile, il che sta a significare che laddove in un ordinamento venga attribuita ad una confessione religiosa una posizione di speciale privilegio quell'ordinamento non dovrà essere considerato laico e, allo stesso modo, qualora un ordinamento conferisca ad un gruppo ristretto di confessioni religiose una misura di libertà superiore a quella riconosciuta ad altre confessioni e consenta poi ad una sola di esse di fornire i propri simboli e la propria narrazione del mondo alle istituzioni pubbliche dovrà convenirsi che non v'è traccia, in quel sistema, di un principio di laicità giuridicamente apprezzabile.

A ventidue anni di distanza dalla famosa sentenza della Corte Costituzionale la laicità italiana è divenuta così leggera da aver perso la capacità di qualificare il nostro Stato e di orientare il nostro diritto. L'Italia di questi anni pare volgersi piuttosto verso un modello pluriconfessionista o, più probabilmente, verso un confessionismo graduato, temperato e democratico. Proprio quest'ultima definizione, confessionismo democratico, pare essere quella che meglio si attaglia ad un ordinamento come il nostro che tutela in maniera efficace ed ampia il diritto di libertà religiosa, anche nel suo risvolto negativo, ma non assicura l'eguaglianza tra i gruppi religiosi né tanto meno la neutralità delle istituzioni pubbliche, propense al contrario ad assecondare con sempre più intensità gli interessi ed i valori della maggioranza della popolazione.

Forse davvero esistono al mondo mille ed una laicità, ma dovremo prima o poi riflettere se nel conto più aggiornato il nostro ordinamento non sia scivolato nella opposta categoria dei mille ed uno confessionismi che resistono alla modernità.

³² Il riferimento va ovviamente alle note affermazioni di R. BIN, *Libertà dalla religione*, in ROBERTO BIN-CESARE PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1996, p. 39.

³³ Cfr. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè editore, Milano, 2008, p. 147.

Quell'alfa privativa...

Se importanti per qualità e quantità sono stati i contributi di costituzionalisti e di ecclesiasticisti sulle dense problematiche della laicità, soprattutto a seguito della ormai storica prima sentenza della Corte costituzionale del 1989 che fece assurgere la laicità a principio supremo dell'ordinamento¹, una più marcata discontinuità (e non altrettanta fortuna) ha, invece, caratterizzato il filone di studi sulla libertà di ateismo. Pochi studiosi hanno avuto l'ardire di cimentarsi in profondità, una volta entrata in vigore la Costituzione repubblicana del 1948, con i profili giuridici dell'ateismo, con la loro copertura costituzionale e con l'esistenza o meno di un problema ateistico in Italia². O, meglio, dopo una prima reazione *decisa, forte e compatta*³ della dottrina più sensibile ai diritti di libertà degli atei, risalente grossomodo al primo ventennio di storia repubblicana e volta a contrastare posizioni decisamente reazionarie, di tutela giuridica dell'ateismo si parlerà poco o niente.

Una così scarsa attenzione alla miscredenza, ed alla eguale libertà del miscredente rispetto al credente, può essere in parte spiegata dalla natura intrinsecamente urticante e scomoda di ogni forma di ateismo la cui comune caratteristica è *di negare l'esistenza di entità trascendenti il mondo visibile e razionale, e di edificare una concezione della vita che muove da questa convin-*

¹ Sul punto sia consentito rinviare a DONATELLA LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 140-157.

² Con la domanda *Esiste un problema ateistico in Italia?* esordiva, nel lontano 1973, uno studio dedicato alla tutela giuridica dell'ateismo dell'appena trentenne CARLO CARDIA dal titolo *Ateismo e libertà religiosa*, De Donato, Bari, p. 5. Nonostante siano trascorsi quasi quaranta anni dalla sua pubblicazione, il breve ma preziosissimo lavoro di Cardia resta un punto di partenza obbligato per gli studi giuridici (e non solo) sull'ateismo.

³ NICOLA FIORITA, FRANCESCO ONIDA, *Anche gli atei credono*, in *Quaderni di diritto e di politica ecclesiastica*, n. 1, aprile 2011, p. 16. Si segnala che il primo numero del 2011 della rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* è interamente dedicato alla questione dell'ateismo (*Ordinamenti senza Dio? L'ateismo nei sistemi giuridici contemporanei*).

zione⁴. Si tratta, semplificando di molto, del convincimento di poter condurre una esistenza eticamente fondata, di aspirare alla felicità individuale e di costruire una autentica solidarietà senza dover necessariamente ricorrere all'ipotesi Dio e, soprattutto, ai suoi esegeti ed interpreti in questo mondo. Molti appartenenti alle c.d. *burocrazie dello spirito* (quelle che pretendono di avere un filo diretto con la divinità⁵) credono, invece, che *sostituirsi a Dio senza essere Dio è la più folle arroganza, è la più pericolosa avventura*⁶ o che *è una pazzia pensare che Dio non esista o che possiamo prescindere da lui*⁷. Si tratta, senza ombra di dubbio, di posizioni legittime ma affatto condivisibili specie nella misura in cui fungono da sostrato ideologico per mantenere in una sorta di minorità giuridico-sociale atei ed atee.

Alla scarsissima attenzione della scienza giuridica alle questioni della piena afferenza dell'ateismo al sistema dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti fa da contraltare una ricchissima, e risalente, mole di studi che le altre discipline umanistiche, prima tra tutte la filosofia, hanno dedicato alle c.d. questioni ultime. Dal presocratico Democrito ai filosofi contemporanei Giulio Giorello o Eugenio Lecaldano (solo per citarne alcuni) sono trascorsi più di due millenni ma evidentemente l'origine delle cose, l'esistenza o meno di un legame indissolubile tra una qualsiasi trascendenza e la moralità umana, i tentativi di dimostrare razionalmente l'esistenza e/o l'inesistenza di Dio, continuano a stimolare la riflessione umana. Dobbiamo tralasciare, potendone richiamarne solo qualcuna, le innumerevoli e magnifiche opere letterarie e teatrali e poetiche (in una parola artistiche) nelle cui trame c'è il rovello della sofferenza dell'uomo che porta alla negazione di Dio. Elie Wiesel, un salvato – per parafrasare Primo Levi⁸ – sopravvissuto ad Auschwitz, scrive che *Dio e Birkenau non vanno insieme* e, alla domanda del come si possa conciliare la credenza in un essere onnipotente e onnisciente con la gasificazione di un milione di bambini e bambine ebrei (e rom e sinti aggiungeremmo noi), rispondeva: *io ho letto le risposte, le ipotesi. Ho letto le soluzioni teologiche offerte: la domanda rimane domanda. Quanto alle risposte non ce ne sono*⁹. Dissentire dal celeberrimo *Se Dio è morto, tutto è permesso* di dostoevskiana

⁴ CARLO CARDIA, *ibidem*, p. 30.

⁵ EUGENIO LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 139.

⁶ Papa Benedetto XVI, 14 aprile 2006, citato in www.uaar.it/ateismo/dicono-di-noi ove è presente una ricca quanto interessante raccolta di citazioni contro l'ateismo e gli atei.

⁷ Mons. Edmundo Abastoflor, arcivescovo di La Paz, da *Agenzia Fides*, 21 luglio 2006.

⁸ PRIMO LEVI, *I Sommersi e i salvati*, Torino, Einaudi, 2007.

⁹ ELIE WIESEL, *La notte*, Edizione Giuntina, Firenze 2001, p. 69.

memoria, vuol dire confutare alla radice l'idea di una connessione indissolubile tra credenze religiose e convinzioni morali ed etiche. *Per il fatto di essere prive di giustificazione teologica saranno meno significative le nostre azioni, nelle nostre singole esistenze come nella vita associata, specie se intese alla cooperazione di individui liberi con altri individui liberi?*¹⁰

Credo emerga chiaramente già dall'*incipit* del mio intervento il desiderio di aggredire al cuore la questione del cosa possa mai significare dirsi e sentirsi atei. Dell'ateismo sono stati evidenziati soprattutto gli aspetti antireligiosi ed anticlericali e meno quelli che lo caratterizzano filosoficamente indipendentemente dall'opposizione che quell'alfa privativo rappresenta e presuppone. Come è noto, infatti, la particella privativa "a", in greco come in sanscrito, esprime tanto la negazione tanto la privazione di quanto viene affermato nel nome. Quanti hanno in spregio la visione atea della umana esistenza tendono ad insistere sul significato della negazione del *theós*: poiché la relazione della negazione prende significato da ciò che si nega, *ne risulta che l'ateismo può essere definito solo in base alla concezione del Dio che viene negato o si intende negare, e modellarsi di conseguenza in modi diversi*¹¹. Per dirla con Jacques Maritain, spesso coloro *che credono di non credere in Dio* crederebbero, in realtà, *inconsciamente in Lui perché il Dio di cui negano l'esistenza, non è Dio, ma qualcos'altro*¹². Il che è come dire almeno un paio di cose. *In primis*, che all'ateo, spesso, è inibita la possibilità di un sistema di pensiero coerente: egli nega coscientemente qualcosa in cui inconsciamente crede e, per di più, a dirgli che è qualcos'altro il Dio che egli nega sono coloro i quali credono in quel Dio che proprio l'ateo nega¹³. Ma non è tutto terribilmente complicato? Non ci sono troppe ipotesi aggiuntive in barba al principio del rasoio di Occam?

¹⁰ EUGENIO LECALDANO, *Ibidem*, p. 197.

¹¹ Voce Ateismo, *Dizionario interdisciplinare di Scienza e fede*, in www.disf.org/Voci/2.asp, p. 1.

¹² JACQUES MARITAIN, *Il significato dell'ateismo contemporaneo* (1949), Morcelliana Editore, Brescia, 1973, p. 25.

¹³ La Chiesa cattolica, ovviamente, non è mai stata avara di insulti e maldicenze nei riguardi di atei, agnostici, scettici o increduli. Il cardinale Giacomo Biffi, durante la meditazione nella cattedrale di San Pietro, 29 ottobre 2000, così si rivolgeva ai fedeli: *è stato giustamente notato come il mondo che ha smarrito la fede non è che poi non creda più a niente: al contrario, è indotto a credere a tutto ... Perciò la distinzione più adeguata tra gli uomini del nostro tempo parrebbe non tanto tra credenti e non credenti, quanto tra credenti e creduloni ... Si può intuire quanto sia grande a questo proposito la nostra fortuna, soprattutto se ci si rende conto davvero della poco invidiabile condizione degli atei. I quali, messi di fronte ai guai inevitabili in ogni percorso umano, non hanno nessuno con cui prendersela. Un ateo – che sia veramente tale – non trova interlocutori competenti e responsabili con cui possa discutere dei mali esistenziali, e lamentarsene ... Un ateo, se non vuol clamorosamente rinunciare a ogni logica e a ogni coerenza, è privato perfino della soddisfazione di bestemmiare. E questo è il colmo della sfortuna.*

In secondo luogo, pare a chi scrive e sotto riserva di ritornarvi più oltre, che quanti insistono sulla pregnanza dell'alfa negativo dovrebbero poi trarne tutte le conseguenze giuridiche del caso: se di Dio e trascendenza si tratta, allora, anche l'ateismo dovrebbe essere protetto dal *favor religionis*.

Uno dei vizi di fondo di queste ricostruzioni (che ho banalizzato ma che spesso sono così sofisticate da essere, almeno per chi scrive, incomprensibili) credo sia il sottacere come il termine ateismo, coniato grosso modo nel primo millennio a.c. in ambito ellenico, sia comparso non ad opera di coloro che in esso si riconoscevano, ma di quanti intendevano censurare pensieri e comportamenti riprovevoli rispetto alle credenze religiose del tempo che, evidentemente, gli atei, gli empî disconoscevano, disattendevano o combattevano. Tra i capi di accusa che, ad esempio, portarono alla condanna a morte di Socrate vi era anche quella di ateismo; il sommo filosofo ateniese, che accettò l'ingiusta condanna, fu ritenuto reo di non credere negli Dei in cui crede la città. *Gli aggettivi "ateo" ed "atea" non erano pertanto, allora, come non lo sono spesso anche oggi, attributi che qualificassero una persona nel suo legittimo modo di pensare e di agire, bensì un aggettivo di riprovazione e condanna, carico di disprezzo e di biasimo. E tuttavia, come spesso accade nelle lingue, alla fine è l'uso dei termini che ne determina e sancisce il significato, piuttosto che l'etimo*¹⁴. È così accaduto che il termine *ateismo*, riferito ad una categoria di appartenenza ideale e la qualifica di *ateo* come caratteristica di un certo atteggiamento verso l'al di là e l'al di qua siano stati, più o meno consapevolmente, respinti dagli stessi atei evidentemente spaventati dal carico di negatività¹⁵ che una storia bi millenaria ha ad essi assegnato solo per aver respinto superstizioni e divinazioni, credenze in reliquie o oggetti taumaturgici o entità trascendenti o miracoli, per aver confutato assoluti trascendenti e principi creatori increati¹⁶ o, ancora, per aver definito – come fece David

¹⁴ CARLO TAMAGNONE, *Ateismo filosofico nel mondo antico. Religione, naturalismo e scienze. La nascita della filosofia atea*, in www.homolaicus.com/teoria/ateismo_antico/prefazione.htm.

¹⁵ Don Marco Bezzi, incaricato per la pastorale giovanile nella diocesi di Ferrara, da Nuova Ferrara, 11 agosto 2002: *Vorrei gridare a tutti la necessità di seguire Cristo, la nostra vita e speranza, la nostra salvezza. Mi rattrista sentire alcuni giovani che i dicono di non credere, ma in realtà l'ateismo che proclamano è soltanto una situazione di comodo, una scusa per vivere nel disimpegno una vita superficiale e vuota. Ma prima o poi arriva per tutti il momento della tempesta e lì si crolla. Ecco l'aumento dei suicidi, delle depressioni, dell'aggressività e della violenza apparentemente immotivata.*

¹⁶ Risale a PLATONE (428-347 a.C.) la prima analisi dell'ateismo ricordata dalla storia della filosofia. Nel X libro delle *Leggi*, Platone distingueva tre forme di ateismo: la negazione pura e semplice della divinità coincidente per il filosofo con il materialismo naturalistico; la negazione non della divinità ma che essa possa curarsi delle vicende umane; la credenza che si possa propiziare la divinità attraverso doni, sacrifici ed offerte.

Hume, i pretesi argomenti per l'esistenza di Dio *fantasie capricciose di scimmie sotto parvenze umane*.

Fare *outing* di ateismo "puro e nudo e crudo" ancora oggi crea più inquietudine rispetto alla professione pubblica di laicità, scientismo, scetticismo, agnosticismo e quant'altro. Certamente si tratta di posizioni tra loro diverse: l'agnostico sospende il giudizio sull'esistenza di Dio; l'ignostico ritiene priva di senso la questione dell'esistenza di Dio in quanto incoerente e priva di significato; lo scettico nega la possibilità di una conoscenza fondata su presupposti metafisici, laddove per lo scienziata l'unica forma di conoscenza valida è quella basata sul metodo scientifico e via dicendo. Le posizioni teoriche intorno alla esistenza/inesistenza di un solo Dio o di una moltitudine di divinità sono molteplici e, per quanto ne sappiamo, l'*Homo sapiens* (sì *sapiens* ma pur sempre specie animale e, quindi, moritura) da sempre tenta di trovare giustificazioni a ciò che non può immediatamente spiegare. Come è stato giustamente rilevato *poche parole sono più polisemantiche di religione. Il mistero che si nasconde dietro ogni idea religiosa sembra aver contagiato la parola stessa. Dalla più intima e personale credenza fino al più sorprendente apparato organizzativo esistente al mondo (si allude, è ovvio, alla Chiesa cattolica), a tutto ciò si riferisce la parola religione*¹⁷. La polisemia ha evidentemente contagiato anche l'irreligione o l'areligione e, peraltro, pure il termine ateismo, al pari della laicità, si crede soffra di solitudine e, per alleviarne la intrinseca tristezza, lo si accompagna con gli aggettivi più svariati: buono, cattivo, militante, forte, debole, negativo, positivo, pratico, teoretico e persino devoto a voler designare un fenomeno tutto italico: intellettuali sedicenti atei che, per realismo politico e per preservare una minacciata identità, difendono a spada tratta le idee e la posizione di rendita della Chiesa cattolica.

Questa lunga (e nel fondo alquanto disarticolata) premessa per ricordare come sia ancora oggi difficile qualificarsi atei senza aggiungere un solo aggettivo per giustificare (mitigandolo) il sostantivo e senza correre il rischio di essere guardati con sospetto e diffidenza. È certamente vero, come si dirà oltre, che dal punto di vista strettamente giuridico non si danno più discriminazioni dirette a cagione della propria personalissima miscredenza ma lo stigma sociale permane.

Ma cosa c'è di tanto terribile e temibile nell'ateismo? C'è, a mio avviso, che a grattare la parola ateismo ne scopriamo altre altrettanto invisibili agli epigoni degli eserciti della salvezza: umanesimo e anelito libertario. Delle molte dotte

¹⁷ SILVIO FERRARI, *I gruppi religiosi in Diritto e religione in Europa occidentale*, a cura di SILVIO FERRARI, IVÁN C. IBÁN(a cura di), Bologna, Il Mulino, 1997, p. 44.

e pertinenti definizioni di umanesimo, ne prediligo e quindi propongo una dell'ecclettico artista intellettuale Alberto Savinio: *Umanesimo non è se non la ritrovata dignità dell'uomo la quale a sua volta non è se non la libertà di pensare con il proprio cervello. Questa libertà si accende per la prima volta in Grecia e la illumina. E non torna a riaccendersi nel mondo se non l'Umanesimo ...* La Grecia è un'isola mentale. *Tutto prima di essa, tutto intorno ad essa e tutto dopo di essa è diverso: è teocratico.* Disquisendo di Utopia e della Città del Sole di Campanella, Savinio ci ricorda come l'utopia renda concreto e plastico l'antichissimo anelito ad una vita migliore. *Finché l'uomo è dominato da forze superiori ed oscure, l'idea di una vita migliore risiede in due luoghi egualmente lontanissimi dal presente: nei primordii del mondo e alla fine della vita ... Per l'uomo dominato da forze superiori ed oscure, la vita migliore fu e sarà, ma è escluso che sia.* Ma la vita migliore può collocarsi nel presente, nell'aldiqua che l'uomo fabbrica da sé senza aiuto soprannaturale. Nel concetto teocratico della vita la felicità è negata e chi vuole la felicità presente deve affrancarsi dalla teocrazia. Ciò che l'umanesimo fa è regalare *la felicità di sentirsi arbitri di se stessi.* La differenza tra il concetto teistico del mondo rispetto alla concezione umanista è che, nel primo caso, l'uomo si sente sottomesso ad una entità soprannaturale, nel secondo origine, e cagione non di tutto, ma di tutto *che pensa l'uomo è l'uomo stesso* e ciò che crea¹⁸. O ancora. Per il fervente ultra-credente tutto ciò che accade, anche l'incomprensibile, ha un significato proiettabile in un aldilà, e tutto è divina provvidenza. Di talché, come ha recentemente sostenuto il prof. De Mattei, vice presidente del più importante organismo di ricerca pubblica in Italia (il CNR), il terremoto che sconvolse Messina nel 1908 fu una punizione divina per i peccati commessi da alcuni messinesi (che avrebbero bruciato un crocifisso) e la dissoluzione dell'Impero romano fu dovuta alla eccessiva concentrazione di omosessuali (la provvidenza avrebbe, quindi, inviato i barbari per liberarci dai gay). Per chi abbia scelto una concezione umanista una delle poche certezze è *che viviamo su un pianeta che sta ancora raffreddandosi, che ha un nucleo di roccia fusa, che ha faglie e fratture nella sua crosta e che ha un sistema atmosferico turbolento*¹⁹. Ben venga allora ogni ricerca scientifica e ogni innovazione tecnologica che sia in grado di prevenire non dico i terremoti ma quantomeno i suoi danni collaterali. In fondo, non è questo che un esponente di un organismo di ricerca

18 ALBERTO SAVINIO, *L'Utopia e la «Città del Sole» di Tommaso Campanella*, in *Partita rimandata. Diario calabrese (1948)*, a cura di VITTORIO CAPPELLI, Giunti, Firenze, 1996, rispettivamente pp. 109, 111, 114.

19 CHRISTOPHER HICHTENS, *Dio non è grande. Come la religione avvelena ogni cosa*, Einaudi, Torino, 2007, p. 142.

pubblico in uno Stato laico dovrebbe patrocinare piuttosto che lamentarsi di essere oggetto di insulti da parte dei soliti atei quando gli rinfacciano di addurre cause di ordine morale e religioso a fenomeni fisici? Il non credente, poi, pensa che se il 98% delle specie viventi si è, fino ad oggi, estinto non vi sono ragioni per credere che una simile sorte non debba probabilmente toccare agli esseri umani: mammiferi bipedi implumi, con ghiandole surrenali troppo grosse e lobi prefrontali troppo piccoli ancorché grandi rispetto alle altre specie animali. La costituzionalista atea, o per dirla alla Savinio umanista, fa aggio esclusivamente sugli art. 2 e 3, primo comma, della Costituzione per escludere legittimità, liceità ed umanità²⁰ ad ogni forma di stigmatizzazione sociale ed inferiorizzazione giuridica dei propri consimili solo perché attratti da persone del loro stesso sesso.

Questa, per sommi capi, l'opzione coscienziale di chi in questo mondo rifugge e fa a meno dell'ipotesi Dio senza sentirsi solo per questo terribilmente infelice o alla eterna ricerca di qualcosa.

Alla ricerca della miglior tutela costituzionale dell'ateismo (e non solo di quello contemplativo)

Ora, in che misura atei ed atee godono, oggi e rispetto al periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, della pari dignità sociale e della eguaglianza davanti alla legge così rotondamente proclamati dall'art. 3, primo comma, della nostra Costituzione? Ad essi, singolarmente intesi ed alle loro associazioni, la Repubblica riconosce e garantisce l'inviolabile diritto alla miscredenza?

Illuminante a proposito della evoluzione della percezione sociale degli atei è un articolo apparso su un quotidiano a fine gennaio 2011 a proposito della singolare iniziativa di un cittadino ateo praticante. Quest'ultimo aveva chiesto all'arcivescovo di Ancona di astenersi dal presentare ai fedeli l'eucaristia come il miracolo della transustanziazione salvo verifica da effettuarsi tramite l'esame del DNA dell'ostia onde rilevare la presenza della vera e viva carne di Gesù²¹ (è un po' come se qualcuno chiedesse di fare le analisi del sangue di

²⁰ Cfr. MARTHA G. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011.

²¹ Della vicenda del signor Dante Svarca, fautore dell'interessante iniziativa, e soprattutto della paventata denuncia per vilipendio alla religione cattolica è stata data ampia eco sulla stampa. Scientificamente incuriosita dalla vicenda giudiziaria, ho contattato il Signor Svarca il quale mi ha prontamente comunicato che la denuncia per vilipendio era stata ritirata quasi immediatamente.

San Gennaro al momento della liquefazione per verificare lo stato di salute del santo partenopeo). Scriveva il giornalista che, una volta, chi apparteneva alla categoria degli atei, degli agnostici, degli scettici, dei miscredenti, dei senza-dio e degli increduli *viveva la sua condizione con disagio, con una certa intima sofferenza, sapendosi in una sparuta e tormentata compagnia di gente che aveva cercato, arrovellandosi a lungo, ma non aveva trovato. Poteva tuttavia capitare che qualcuno, lungi dal menarne vanto, vivesse questa sua lontananza dal sacro, o da un Creatore, con un certa torbida atarassia, o una cupa indifferenza. Certo a nessuno sarebbe venuto in mente, fino ad una ventina di anni fa, di proclamare ai quattro venti il proprio ateismo, e gloriarsene, e fondarci una associazione e cercare di far proseliti ... Ma è questo, esattamente questo, in tempi di secolarismo trionfante, il punto in cui siamo arrivati!*²² Siamo arrivati al punto in cui persino gli atei (e gli omosessuali e chissà un giorno anche i rom) praticano la libertà di associazione, la libertà di manifestazione del pensiero e nientemeno chiedono alle competenti autorità di intavolare le trattative per addivenire ad una intesa proprio come succede per alcune (fortunate) confessioni religiose. È proprio il caso di dire: non c'è più religione!

Ironia a parte, l'autore dell'articolo sopraccitato – non sappiamo quanto consapevolmente – si muove nei paradigmi concettuali tipici della dottrina giuridica più retrograda dei primi anni Cinquanta del Novecento (che mirava a rendere costituzionalmente apolidi gli atei e l'ateismo) ed, al contempo, descrive un crocevia di principi e valori costituzionali di primissimo rilievo: libertà di religione e dalla religione, libertà di manifestazione del pensiero, diritto alla pari dignità sociale ed alla eguaglianza di fronte alla legge senza distinzione di religione, libertà di coscienza, solo per citare quelli più pertinenti ai limitati fini di questa riflessione.

È opinione largamente condivisa quella secondo cui la libertà di coscienza non è circoscrivibile al solo diritto di comportarsi secondo coscienza, una coscienza che è già formata. Tale libertà implicherebbe il diritto di ognuno a formarsi – quanto più liberamente possibile – una coscienza senza interferenze, condizionamenti e pressioni il che, a me pare, può sussistere solo in ambienti in cui circolino i più diversi messaggi religiosi, areligiosi, irreligiosi ed antireligiosi. La libertà del momento formativo e di conoscenza delle possibili alternative che si offrono in materia di trascendenza e immanenza, teismi e orientamenti filosofici non confessionali è, in astratto e solo in astratto, assai ampia. Lo ricordava Cardia nello scritto citato in apertura: *proprio nel*

²² LUCIANO GULLI, *L'ultima crociata degli atei far l'esame del DNA alle ostie*, in *Il Giornale*, 31 gennaio 2011.

momento formativo delle proprie idee, e dei personali orientamenti possono manifestarsi condizionamenti tanto gravi da vulnerare il più intimo significato dei diritti di libertà: occultamento di opinioni, insegnamento di una sola tendenza ideologica, con diretta o mediata denigrazione delle altre, limitazioni dello spettro conoscitivo delle differenti convinzioni religiose o inesatta rappresentazione di alcune di esse, costituiscono gravi limiti per una consapevole formazione della coscienza individuale capaci di influenzare incisivamente la scelta terminale²³. L'esigenza di predisporre garanzie minime di indipendenza dell'individuo, sì da renderlo quanto più possibile libero nella costruzione di sé e nell'educazione al pluralismo, imporrebbe ad uno Stato, autenticamente laico, di depurare il suo ordinamento da tutti i fattori di sostegno e di *favor* irragionevoli verso i soli comportamenti religiosamente orientati. Privilegi fiscali, simboli monofessionali, diuturna presenza mediatica delle gerarchie vaticane sempre prontissime nel dispensare "suggerimenti" sul come condurre l'esistenza nell'aldilà svolgono una intrinseca funzione antiateistica contribuendo a non far superare quella risalente idea secondo cui le persone senza religione debbano continuare a versare in uno stato di inferiorità giuridica e sociale rispetto a chi vanta la superiorità assiologica di una visione teistica, ancorché generica e/o annacquata, dell'esistenza: è stato detto persino che *gli atei non sono totalmente umani*²⁴. Che nel sistema delle libertà costituzionali fosse da ricomprendere anche *l'inviolabile diritto di essere ateo e vivere da ateo*²⁵ o il diritto al dubbio permanente dell'agnostico fu revocato in dubbio già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione da una certa giurisprudenza, prontamente avallata dalla dottrina più vicina alle posizioni integraliste della Chiesa cattolica. A rileggere oggi le motivazioni che portarono, nel lontano 1948, il Tribunale di Ferrara²⁶ ad affidare, nell'ambito di una causa di separazione, la prole alla cattolicissima madre piuttosto che al padre, *perfetto ateo*, nonché le tesi perorate, ad esempio, da Allorio o da Origone ci si rende conto una volta di più dello *sforzo esegetico non lieve*²⁷ compiuto dagli interpreti per

²³ CARLO CARDIA, *Ateismo*, cit., p. 101.

²⁴ Cardinale Cormack Murphy-O'Connor, 14 maggio 2009, citato in www.uar.it/ateismo/dicono-di-noi.

²⁵ PAOLO BELLINI, *Ateismo*, in *Digesto pubblico*, I, Utet, Torino, 1987, p. 517.

²⁶ Tribunale di Ferrara, sentenza 31 agosto 1948 cui fece seguito la sentenza del 13 aprile 1950 con la quale la Corte di Appello di Bologna ribaltava le conclusioni del giudice di primo grado affermando esplicitamente l'irrelevanza delle credenze religiose dei genitori. Per la ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina in merito alla sentenza, si veda CARLO CARDIA, *Ateismo*, cit., p. 72 e ss nonché NICOLA FIORITA, FRANCESCO ONIDA, *Anche gli atei*, cit., p. 15 e ss.

²⁷ PAOLO BELLINI, *Ateismo*, cit, p. 517.

fornire adeguata copertura costituzionale all'ateismo. Dar conto della tutela giuridica dell'ateismo ha, innanzitutto, significato per gli studiosi *fare i conti con il linguaggio costituzionale, cioè con la carenza di riferimenti espliciti alle convinzioni non religiose e/o atee ed alla stessa libertà di coscienza*²⁸. Chi proponeva una lettura teista della Costituzione faceva aggio, da una parte, sui lavori preparatori dell'art. 19 Cost.²⁹ e, dall'altra, sul dato testuale del disposto costituzionale che espressamente richiama la religione (art. 3), le confessioni religiose (art. 8) e la fede religiosa (art. 19) per trarne la sbrigativa conclusione che intanto l'ateismo è protetto, nella forma del lecito ma irrilevante, in quanto si limiti ad una mera opzione coscienziale; non appena, però, volesse evolversi in un ateismo non soltanto areligioso e irreligioso, ma essenzialmente antireligioso, entrerebbe immediatamente in conflitto non solo con il bene superiore della religione e della morale che ad essa si ispira, ma anche con l'ordinamento giuridico che mostrerebbe l'indubbia volontà di tutelare la religione come bene giuridico a tutto tondo³⁰. L'ateismo che non si limiti ad un *abstinere*, alla pura libertà di pensiero ma presupponga ed agisca con un *facere contrario* e, quindi, con intenti propagandistici, divulgativi e di proselitismo, secondo questa prima dottrina sarebbe (oltre che immorale) illecito perché insidia alla fede altrui e perturbazione non solo dei singoli ma anche dell'ordine pubblico. Il soggetto religioso, riteneva Origone, ha di fronte alla collettività *il diritto di essere intransigente*³¹. Appare chiaro come da una simile prospettiva nessun nesso avrebbe mai potuto legare il diritto di libertà religiosa e l'ateismo da intendere come *quel modo di vita spirituale che comincia là dove la vita religiosa finisce*³²: l'ateismo attivo e/o militante non

²⁸ PIERANGELA FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile 2011, p. 90.

²⁹ ENRICO ALLORIO, *Ateismo ed educazione dei figli*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, p. 33. Durante i lavori preparatori, l'on. Cevolotto propose la formula, non accolta, secondo cui "Tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge e hanno gli stessi diritti e doveri. La nascita, il sesso, la razza, le condizioni sociali, le credenze religiose, il fatto di non avere nessuna credenza, non possono costituire la base di privilegio o d'inferiorità legale", AAC, V, pp. 337-338. Per l'Allorio, addirittura, il principio di eguaglianza di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. non ricomprendeva i cittadini non credenti. Nei riguardi di questi ultimi, infatti, il legislatore ordinario ben avrebbe potuto prevedere disparità, più o meno profonde, di trattamento rispetto ai più meritevoli (socialmente e, quindi, giuridicamente) cittadini credenti.

³⁰ ORIGONE AGOSTINO, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in *Annali triestini*, Trieste, 1950, vol. XX, p. 65 ss.

³¹ ORIGONE AGOSTINO, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in *Studi di diritto costituzionali in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 427.

³² ORIGONE AGOSTINO, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in *Annali triestini*, Trieste, 1950, vol. XX, p. 82.

trova garanzia in nessuna disposizione costituzionale ed, anzi, nella misura in cui è volto a creare il nulla, il vuoto spirituale e a privare le persone di un così prezioso bene giuridico esso è, pur se implicitamente, da ritenere vietato.

Come giustamente si fa osservare, oggi è fin troppo facile giudicare *integraliste, intolleranti, giuridicamente fragilissime*³³ le posizioni appena richiamate che erano, comunque, figlie di un'epoca in cui una buona parte della dottrina stentava a considerare la Costituzione ed i suoi principi come *Norma normarum*. Peraltro, la difficoltà di una definizione univoca dell'ateismo (riflesso della complessità e della diversità del suo storico manifestarsi) si ripercuoteva, in queste prime ricostruzioni teoriche, nell'urgenza di aggettivarlo distinguendosi tra ateismo attivo e passivo, ateismo positivo e negativo, ateismo tollerabile e gretto. Va da sé che per l'ateismo attivo, positivo e gretto avrebbe dovuto prevedersi un trattamento giuridico peggiore rispetto invece alle forme, per così dire, *soft* di ateismo. Insomma, l'ateismo – al pari di quanto sarebbe accaduto per la laicità – per essere tollerato doveva essere privato delle unghie per impedirgli di graffiare, doveva essere privato del suo mordente e della sua forza caustica per non turbare le pie anime belle. Come già rimarcava Walter Bigiavi nel 1949, parlare di “ateismo blasfemo” laddove la blasfemia ha una esclusiva coloritura confessionista era un espediente per quanti cercavano, in ogni modo, di procrastinare il pieno riconoscimento del diritto alla non credenza³⁴.

Resta che tali letture ebbero certamente il merito di aver costretto la dottrina a prendere posizione, ad approfondire i contenuti delle garanzie costituzionali in materia di libertà religiosa e ad avviare *i lavori di scavo* per recuperare il fondamento di tali garanzie³⁵: la libertà di coscienza come *facoltà dell'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere se più gli piace, a nulla* come ebbe a scrivere con straordinaria lucidità Francesco Ruffini agli esordi del secolo scorso³⁶. Si avvertiva da molti che l'ostracismo costituzionale nei riguardi dell'epifenomeno ateistico finiva per svuotare di senso e di contenuto le disposizioni costituzionali in materia di libertà religiosa, con il loro portato di necessario rispetto e trattamento paritario di tutte le posizioni in astratto assumibili in materia fideistica. Questo anche per l'elementare

³³ NICOLA FIORITA, FRANCESCO ONIDA, *Anche gli atei*, cit., p. 17.

³⁴ WALTER BIGIAVI, *Ateismo, educazione laica ed assegnazione di figli separati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1949, I, p. 16.

³⁵ PIERANGELA FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile 2011, pag. 90.

³⁶ FRANCESCO RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea* (1901), Feltrinelli, Milano, 1991, p. 11.

postulato secondo cui il diritto di professare le proprie idee religiose ove non implicasse quello correlativo di non professarne alcuna, degraderebbe ad obbligo seppur temperato da una ampia possibilità di scelta.

Tra quanti presero posizione, vi fu chi ritenne l'ateismo coperto costituzionalmente dalle guarentigie dell'art. 21 Cost. sulla libertà di manifestazione del pensiero e quanti ricondussero l'ateismo nella costellazione della libertà religiosa esaltando la contiguità ed i nessi logici tra la non credenza e la credenza, tra fede positiva, agnosticismo o ateismo. Anna Ravà, ad esempio, muoveva dalla convinzione della irriducibilità di libertà religiosa ed ateismo: ciò che per l'autrice può farsi rientrare nella tutela dell'art. 19, *considerato nella sua implicazione negativa, è l'indifferentismo religioso, non l'ateismo che mai potrà vedersi come una professione di una propria fede che non si ha. Ne segue che è impossibile ricomprendere sotto il nomen iuris della religione l'ateismo, che è negazione di Dio, negazione di ogni verità religiosa, negazione della necessità della religione medesima.* Dunque la sua regolamentazione deve essere cercata nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero; *l'art. 21 è assolutamente esplicito: esso sancisce per chiunque la libera manifestazione del proprio pensiero e, quindi, la libera propaganda delle proprie idee. Data la sua formulazione, appare ben difficile provare che esso non sia applicabile, nella sua pienezza, a tutti, e quindi agli atei, anche in quelle che sono le loro manifestazioni esteriori positive, esplicantesi in attività di propaganda di idee atee e di proselitismo*³⁷. La tutela che si può pretendere dall'art. 21 Cost. però, secondo questa ricostruzione, si limita agli atei *non in quanto membri di gruppi associati e organizzati di miscredenti, areligiosi, agnostici, etc., quale un loro diritto sia individuale sia anche collettivo di libertà, così come si verifica per gli adepti delle confessioni religiose, ma soltanto in quanto cittadini singoli, che hanno bensì come tali, il diritto di manifestare e propagandare liberamente il loro pensiero sia individualmente, sia in forma associata, ma sempre e soltanto quale un loro puro e semplice diritto individuale di libertà*³⁸.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ebbe a pronunciarsi sulla nostra materia proprio agli inizi degli anni '60. Il Supremo giudice fu chiamato, infatti, a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della formula religiosa di cui all'art. 449 del Cod. proc. penale per contrasto con l'art. 21, primo comma, della Costituzione nei riguardi della persona che, chiamata

³⁷ ANNA RAVÀ, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 43-45.

³⁸ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 374.

a deporre come testimone, si rifiuti di prestare giuramento in quanto ateo. Per il Giudice costituzionale (sent. n. 58 del 1960) la formula del giuramento non violerebbe la libera manifestazione del pensiero in quanto rispondente *alla coscienza del popolo italiano, costituito dalla quasi totalità dei credenti e, quindi, presupponendo la credenza in Dio, è adeguata a qualsiasi confessione, anche diversa dalla cattolica. La situazione del non credere è fuori dalla previsione dell'art. 440, perché la libertà religiosa, pur costituendo l'aspetto principale della più estesa libertà di coscienza, non esaurisce tutte le manifestazioni della libertà di pensiero: l'ateismo comincia dove finisce la vita religiosa.* Il monito della responsabilità davanti a Dio impegna soltanto la coscienza del credente e non quella dell'ateo per il quale il senso della divinità è irrilevante. Sollecitata sullo stesso argomento l'anno successivo ma alla stregua del principio costituzionale di coscienza *sostanzialmente affermato dagli artt. 8 e 19 della Costituzione*, la Corte costituzionale, con ordinanza 15/1961, rileva anzitutto come sia stato *inesattamente* richiamato l'art. 8 della Costituzione che *in nessun modo può essere messo in relazione con la pretesa del singolo rivolta al riconoscimento del diritto della propria libertà di coscienza e di fede.* Richiamandosi poi alla giurisprudenza resa in *subiecta materia* l'anno prima, il Giudice ribadisce come la formula dell'art. 449 Cod. proc. pen. *nei confronti del testimone ateo, non impone una confessione religiosa e non incide né sulla libertà di pensiero, né sulla libertà di coscienza.* Non richiedendo, poi, alcuna concreta manifestazione di fede religiosa, la formula religiosa non contrasta neppure con l'art. 19 Cost.

Sebbene alcuni autori già avessero insistito sulla necessità di ricondurre la tutela dell'ateismo³⁹ nell'alveo dell'art. 19 Cost., sarà merito dello scritto di Cardia del 1973 l'aver consolidato definitivamente l'impostazione teorica secondo cui credenza e non credenza debbano stare sotto lo stesso ombrello dell'art. 19 Cost. In verità, in *Ateismo e libertà religiosa* l'allora giovane studioso non si limitava a riaprire, arricchendola, la *querelle* su quale fosse il principio costituzionale cui ricondurre l'ateismo attivo/militante ma allargava di molto lo spettro dell'analisi. Dopo aver sostenuto che ateismo e religione (*naturali poli dialettici di una scelta in «materia religiosa»*⁴⁰) rappresentano sul terreno filosofico e sociale una unità dialettica indissolubile cui, logicamente, dovrebbe corrispondere una sostanziale unità di regolamentazione giuridica⁴¹,

³⁹ PIO FEDELE, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1963 e GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa (1957)*, Cacucci, Bari, 2007.

⁴⁰ CARLO CARDIA, *Ateismo*, cit., p. 94.

⁴¹ *Ivi*, p. 17.

Cardia riteneva ci si dovesse muovere, per ricostruire la posizione dell'ateismo nel sistema giuridico nazionale, nell'ambito del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1 della Costituzione. Questo passaggio era fondamentale nella misura in cui ci si poneva l'obiettivo, più utile e corretto, di *analizzare la misura di libertà dell'ateismo e dei non credenti quale deriva dall'esame complessivo dell'ordinamento giuridico*⁴² e recuperare un trattamento non meno favorevole degli atei rispetto ai credenti. Insomma, il suggerimento di Cardia era di spostare in avanti la frontiera delle possibilità dell'ateismo attingendo anche e soprattutto al principio di eguaglianza e mettendo in guardia circa i rischi (molto reali all'epoca) della tirannia della maggioranza.

Trascorsi gli "anni gloriosi" delle polemiche e delle riflessioni sull'ateismo, qui sommariamente ricostruiti, e trovato un accordo di massima sulla sua tutela costituzionale *ex art. 19 Cost.*, per anni la questione è *stata rinchiusa negli scaffali della storia della scienza giuridica italiana*⁴³. A parte sporadici e frammentari accenni alla libertà del non credente, la scienza giuridica italiana si è disinteressata della questione, forse paga dei risultati ottenuti a livello di tutela individuale della non credenza e mano a mano sempre più interessata a disvelare potenzialità e criticità di una nuova creatura: il supremo principio di laicità dello Stato. E, tuttavia, prima che si ponesse la problematica dei diritti collettivi degli atei ed, in specie, della disciplina delle organizzazioni ateistiche rispetto a quella prevista per le entità religiose, da parte di taluno si avvertiva quanto fosse riduttivo l'*aut aut* tra l'art. 19 e l'art. 21 Cost. E questo perché entrambe le formule risulterebbero *comunque carenti per spiegare la tutela dell'ateismo, costringendo sempre l'interprete ad attingere ai principi e contenuti impliciti in quelle formule, a partire dalla libertà di coscienza*⁴⁴.

C'è da ricordare in ultimo (ma non importanza) che la Corte costituzionale, a partire dal 1979, elaborerà una giurisprudenza maggiormente rispettosa dei diritti di libertà dei non credenti non attribuendo, però, alla scelta di uno specifico disposto costituzionale importanza dirimente. Sullo specifico piano della tutela dell'ateismo, come posizione individuale, ancora oggi conserva

⁴² *Ivi*, pp.105-106.

⁴³ NICOLA FIORITA, FRANCESCO ONIDA, *Anche gli atei*, cit., p. 21.

⁴⁴ PIERANGELA FLORIS, *Ateismo*, cit., p. 91 a proposito, in particolare, della posizione espressa da VINCENZO BELLINI, *Ateismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, Torino, Utet, 1987, p. 514 e ss. Per quanto non espressamente prevista, tuttavia, è ad oggi quanto meno condiviso che *caput e fundamentum di tutte le facoltà discendenti dal diritto di libertà religiosa è quello che attiene alla libertà di coscienza, ossia dell'intimo e libero atteggiarsi dell'individuo di fronte al problema dell'essere e dell'esistere, nei suoi aspetti religiosi, etici, politici, sociali, ecc*", così FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2000, p. 175 .

tutta la sua pregnanza la sent. n. 117/1979. Il Giudice costituzionale, chiamato ancora una volta a pronunciarsi sulla formula del giuramento testimoniale ne riconoscerà (diversamente da quanto ritenuto quasi un ventennio prima) il *significato sicuramente religioso* che non viene meno *perché ciò che si richiede è la semplice consapevolezza intellettuale di valori evocati e di responsabilità ad essi riferite; valori, non condivisi dall'ateo, che ispirano una parte della formula*. Quanto poi alla copertura costituzionale della libertà di coscienza dei non credenti, la Corte riconosce come l'opinione prevalente la faccia ormai rientrare nella *più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli 18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà "negativa"*. Anche a voler ricondurre la tutela dell'ateismo alla libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost., si *perviene poi alle stesse conclusioni pratiche, e cioè che il nostro ordinamento costituzionale esclude ogni differenziazione di tutela della libera esplicazione sia della fede religiosa sia dell'ateismo, non assumendo rilievo le caratteristiche proprie di quest'ultimo sul piano teorico*. Ciononostante, la Corte sceglierà a favore dell'art. 19 allorché riferendosi alla libertà di coscienza la riferirà *alla professione sia di fede religiosa sia di opinione in materia religiosa*, valorizzando le connessioni logiche tra le credenze e le forme della non credenza e, per quel che più conta, pretendendo l'eguale rispetto e la non discriminazione tra le stesse⁴⁵.

I progressi intorno alla libertà di credenza e non credenza, come si è notato, hanno *agevolato anche il lavoro ermeneutico d'incastro*⁴⁶ delle cor-

⁴⁵ È noto come la Corte costituzionale sia poi spesso ritornata sulla libertà di coscienza dei non credenti, qualificandola come libertà negativa di professare una fede o una opinione religiosa (sent. n. 14/1995); di libertà di coscienza *in relazione all'esperienza religiosa*, garantita dagli artt. 2, 3 e 19 Cost. e che, sotto il profilo giuridico-costituzionale, *rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2* (sent. n. 334/1996); di protezione da condizionamenti o *problemi di coscienza personale* in fatto di religione (sent. n. 203/1989). Interessante è ricordare come nella sent. n. 168/2005 in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 403 Cod. pen. (Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone), la Corte perse una importante occasione. Il difensore dell'imputato chiedeva infatti di allargare il tema dell'indagine sulla portata della prospettata lesione dell'art. 3 per pervenire ad una pronuncia più radicale rispetto a quella avanzata dal giudice rimettente (parificazione delle confessioni). Il difensore, sul presupposto che la disposizione censurata determina una disparità di trattamento perché punisce solo le offese alla religione cattolica ed ai culti ammessi e non anche le offese arrecate all'ateismo, all'agnosticismo o a qualsiasi altra religione esistita, chiedeva una declaratoria di illegittimità secca con la caducazione totale della norma impugnata. Che sarebbe stato l'unico modo per ripristinare la parità di trattamento tra ideologie religiose positive e negative dal momento che le offese all'onore di chi crede e di chi non crede trovano tutela nel capo del Codice penale concernente i delitti contro l'onore. Per la Corte la questione doveva essere, invece, esaminata entro i limiti del *thema decidendum*.

⁴⁶ PIERANGELA FLORIS, *Ateismo*, cit. p. 93.

relative garanzie di derivazione europea ed internazionale, preparando il terreno anche per il *dispiegarsi degli effetti*⁴⁷ delle norme di origine esterna sulle nostre formule costituzionali. Mano a mano, l'idea che l'ateo fosse *una persona incapace di morale: non idonea ad assumere e onorare alcun genere di impegno, e verso gli altri consociati e verso la stessa autorità morale*⁴⁸ ha perso certamente consistenza. Resta impressionante però che, ancora oggi, a più di sessanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e con un processo di integrazione europea ormai giunto a riconoscere "piena cittadinanza" alla Carta di Nizza del 2000, resti difficilissimo pubblicizzare una visione ateistica della vita e del mondo, proiettare pellicole cinematografiche irreligiose o antireligiose senza incorrere nella censura nazionale e sovranazionale⁴⁹, pubblicare messaggi offensivi verso il sentimento religioso dei cattolici (come dei credenti in generale) senza veder oscurare le relative pagine sul web e via dicendo.

Evidentemente vi è tutta una serie di questioni irrisolte e/o eluse in materia di regolamentazione giuridica del fenomeno ateistico che negli anni più recenti sta venendo al pettine. Stando così le cose ed essendo il nostro ordinamento giuridico, per quasi unanime consenso della dottrina, persino reo e recidivo di omissione di laicità è giocoforza constatare l'urgenza di riaprire quel cassetto ove le questioni sull'ateismo erano state rinchiusi.

Profili (più o meno) attuali della tutela dell'ateismo

In un mio lavoro sulla libertà religiosa di pochi anni addietro, ho provato a sbirciare il contenuto del cassetto ove il pensiero giuridico aveva "conservato" il sistema delle libertà degli atei senza però rovistare fino in fondo⁵⁰. Generalmente per rimettere davvero ordine occorre prelevare pari pari il contenuto di un cassetto, selezionarlo salvando il salvabile e riciclando il riciclabile. Per restare ancora nella bella metafora del cassetto arriva, poi, un momento topico in cui si è messi di fronte a scelte drastiche: buttare per fare spazio

⁴⁷ Corte costituzionale, sent. n. 317/2009.

⁴⁸ VINCENZO BELLINI, *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, Voll. II, Rubettino, Soveria Mannelli, 1996, p. 212.

⁴⁹ Sul punto sia consentito rinviare al mio *Libertà dell'arte vs. libertà religiosa. Il caso della censura cinematografica* in *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di NICOLA FIORITA, DONATELLA LOPRIENO, Firenze University Press, Firenze, 2009, p. 109 e ss.

⁵⁰ DONATELLA LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 129-140.

alle cose nuove. Fuor di metafora, occorre ad un certo punto abbandonare schemi preconfezionati che ci trasciniamo dietro o per inerzia intellettuale o perché è difficile scardinarne i presupposti.

Il *favor religionis* è espresso dalla nostra Costituzione in maniera davvero così lampante da giustificare, anche teoricamente, il diniego alla più importante associazione di atei, agnostici e razionalisti (la UAAR)⁵¹, di addivenire ad una Intesa con lo Stato? Questo stesso *favor* scagiona dall'accusa di irragionevolezza la pervicace resistenza di un diritto penale che privilegia chi abbia credenze religiose assicurando che il braccio secolare protegga il suo sentimento religioso da attacchi vilipendiosi? Si può confinare la libertà di manifestazione del pensiero del non credente, la cui libertà di coscienza è da intendere anche orientata *alla professione di opinione in materia religiosa*, entro l'angusto spazio della discussione non vilipendiosa?

Iniziando dalla prima delle questioni sollevate, è chiaramente il versante della dimensione collettiva della non credenza a venire in considerazione. Che il fenomeno ateistico sia cambiato rispetto al primo trentennio di vita repubblicano nessuno può revocarlo in dubbio: le forme contemporanee della non credenza non sono più descrivibili come opzioni fondamentalmente individuali o di matrice marxista o anarchica. Vero anche che spesso chi condivide una fede religiosa è *naturaliter* portato a costituirsi in una *communitas fidei* mentre la soluzione ateistica meno facilmente, per la sua intrinseca tendenza a rifiutare codificazioni, gerarchie e schematismi, riesce a coagularsi e a dar vita a forme organizzate stabilmente ed istituzionalizzate. Tuttavia, anche quando tali forme organizzate si danno ed il loro attivismo (anche giudiziario) mette alla frusta risalenti percorsi di conciliazione tra credenza e non credenza (ad esclusivo favore dei primi), moltissimi dubbi vengono avanzati circa la possibilità che esse possano godere dello stesso regime previsto per le confessioni religiose dall'art. 8 Cost. e, più in generale, delle organizzazioni religiosamente orientate⁵². La richiesta della UAAR di addivenire ad una Intesa con lo Stato costituirebbe per un Cardia (anagraficamente) più maturo poco più di un *non sense* giuridico, una *brutta copiatura con la quale*

⁵¹ L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti è una associazione nata di fatto nel 1987 ma costituitasi con atto notarile nel 1991 come associazione non riconosciuta al fine di *tutelare i diritti civili degli atei e degli agnostici*. Dal 2007 opera come associazione di promozione sociale ovvero con la veste del non profit voluta dal legislatore per agevolare le forme associative preordinate, *inter alia*, al conseguimento di finalità di ricerca etica e spirituale. Sul ricco sito dell'associazione (www.uaar.it) è possibile leggerne l'intera storia.

⁵² Si veda, per la ricostruzione e la bibliografia ivi citata, PIERANGELA FLORIS, *Ateismo*, cit., p. 98 e ss.

*l'ateismo vuol somigliare a ciò che non è, sino ad avanzare pretese insussistenti e giuridicamente infondate*⁵³.

Al di là di posizioni così nette, vi è una certa concordia, da un lato, nell'escludere assimilazioni coatte tra le due prospettive esistenziali⁵⁴ ma, dall'altro, nella plausibilità/auspicabilità di discipline giuridiche omogenee ogni qualvolta ciò sia possibile e ragionevole⁵⁵. Per consentire al *civis-fidelis* di vivere la propria esperienza religiosa, funzionale allo sviluppo della propria personalità ed alla preservazione/coltivazione della dignità umana, lo Stato interviene assicurando risorse giuridiche e finanziarie. Tale interventismo per rimanere fedele alle proprie premesse dovrebbe compiersi al riparo da discriminazioni ingiustificate o ingiustificabili e parametrandosi a criteri quanto più possibili oggettivi. È facilmente intuibile come il contenuto della dimensione positiva della libertà di religione sia un *quid* legato alla capacità/possibilità del gruppo religioso di ottenere per sé e (indirettamente) per i propri adepti risorse da reinvestire. La distinzione, infatti, tra la personalissima libertà religiosa e la libertà delle confessioni religiose regge dal punto di vista teorico-concettuale, salvo poi scontrarsi con il fatto che tra i due profili esiste un rapporto reciproco tale che il godimento dell'una presuppone per forza il godimento dell'altra. Idealmente, un ordinamento giuridico laico ma che voglia farsi garante dell'effettività dei diritti di libertà religiosa, dovrebbe *tutelare l'eguaglianza di trattamento dei diversi culti verso i quali si è dichiarato neutrale*⁵⁶, dovendo escludersi che *esista libertà veramente eguale là dove le condizioni di esercizio di essa siano diverse per i vari soggetti* e sostenersi che *un trattamento differenziato tra le confessioni religiose incide sulla eguale libertà che ognuna di esse deve avere allorché i vantaggi concessi a una, o più di esse, cagionano una diminuzione di libertà a danno di altre*⁵⁷.

⁵³ CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 178.

⁵⁴ Sul punto si veda il breve ma intenso lavoro di MARTHA G. NUSSBAUM, *Libertà di coscienza e religione*, Il Mulino, Bologna, 2009. In particolare a p. 75 si legge come *i complessi misteri della vita umana suscitano molteplici appassionate ricerche da parte della capacità interna di coscienza degli esseri umani, alcune di tipo religioso e altre no, e ... la capacità con la quale le persone conducono queste ricerche è degna del più grande rispetto, che sia religiosa o non religiosa*.

⁵⁵ E questo poiché *dove gli elementi di peculiarità tendono ad assottigliarsi ed i punti di omogeneità prendono il sopravvento, i fenomeni religiosi e areligiosi ... si prestano ad essere regolati attraverso una disciplina tendenzialmente conforme*, così SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di VITTORIO PARLATO, GIOVAN BATTISTA VARNIER, Giappichelli, Torino, 1995, p. 21.

⁵⁶ CARLO CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 137.

⁵⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione in Commentario alla Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 396, 399.

Se in linea di massima tali argomentazioni sono condivise da un fronte abbastanza compatto, diversamente stanno le cose per quanto riguarda la possibilità teorica e pratica di includere nel cerchio “magico” delle confessioni religiose anche quelle organizzazioni ateistiche o *filosofiche non confessionali*⁵⁸ che grazie all’attivismo dei soci ed alla qualità delle iniziative hanno assunto visibilità e credibilità. La UAAR è stata confortata nel suo processo di crescita anche dagli impegni che a livello di Unione europea sono stati presi circa la relazione di continuità tra i fenomeni religiosi e quelli areligiosi non solo a livello di libertà individuale di coscienza, di pensiero e di religione ma, soprattutto, a livello collettivo. Dimensione individuale e collettiva della libertà religiosa (che è libertà *di* religione ma anche *dalla* religione) concorrono, nel diritto europeo, a *comporre un principio-guida di eguale rispetto e tutela delle organizzazioni di credenti e di non credenti* che coinvolge ed impegna le normative nazionali *a sviluppare in termini paritari la tutela delle libertà di convinzioni religiose, sempre per evitare che discipline riservate a date convinzioni e relative organizzazioni si risolvano in discriminazioni per le altre*⁵⁹.

A dirla tutta, però, la UAAR già in tempi non troppo sospetti, esattamente nel 1996, ed *obtorto collo*⁶⁰, chiedeva formalmente al Governo italiano di avviare nei propri confronti *la procedura prevista dalla legge 222/85 relativa all’intesa con le religioni, alle quali in questo frangente, riteniamo nostro diritto essere omologati anche se non possiamo condividere il termine “religioni” nell’intestazione della legge perché discrimina automaticamente i cittadini areligiosi, come noi*. Il Governo italiano esclude reiteratamente ogni possibilità di stipulare intese con la UAAR sulla base della constatazione che l’art. 8 Cost., facendo riferimento alle confessioni religiose, escluderebbe quelle organizzazioni che non presentano i caratteri propri delle confessioni religiose tra cui, ad esempio, *un contenuto di fede rivolto al divino*⁶¹.

Con alcune considerazioni su quest’ultimo punto mi avvio verso la con-

⁵⁸ La scelta della UAAR di definirsi *organizzazione filosofica non confessionale* non è né nominale né estetica ma mutua la formula contenuta nella famosa Dichiarazione n. 11 sullo Status delle confessioni religiose e delle organizzazioni filosofiche non confessionali, prima solo annessa al Trattato di Amsterdam e, poi, assunta al rango di diritto primario (art. 16.c del Trattato di Lisbona).

⁵⁹ PIERANGELA FLORIS, *Ateismo*, cit., 99, la quale giustamente ricorda subito dopo come tale principio guida non implichi, né sul piano del diritto esterno né in quello interno, un obbligo di assimilazione giuridica tra organizzazioni religiose e areligiose.

⁶⁰ Per la UAAR si tratterebbe pur sempre di una situazione di ripiego o, comunque, una forzatura avanzata anche per contestare il regime previsto dagli artt. 7 e 8 Cost (che, invero, ci si propone di abrogare).

⁶¹ Cfr. *Ricorso straordinario al Capo dello Stato* del 30/05/1996 contro il rigetto dell’istanza di Intesa in www.uaar.it/laicità/ateismo-e-legislazione/17b.html, p. 2.

clusione della mia riflessione. A che titolo il Governo italiano, nel rigettare l'istanza di Intesa *ex art.* 8, comma 3, Cost. con la UAAR, ha stabilito quando si è in presenza di una confessione religiosa? Come noto, non esiste una definizione normativa di religione e ciò costituisce la scelta costituzionalmente e politicamente più corretta perché se si ammette la possibilità che lo Stato possa classificare come religiosa una organizzazione, si finisce per ammettere che esso abbia la possibilità di definire cosa sia la religione. Per definizione, uno Stato laico e pluralista non può selezionare aprioristicamente e unilateralmente uno o più dei significati di cui si compone l'idea di religione dato che gli è precluso la possibilità stessa di definire cosa è e cosa non è religione⁶².

Se per religione intendiamo un sistema culturale ossia un sistema collettivo di significato da cui le persone traggono senso ed orientamento per la propria esistenza e per il mondo sociale, non si scorgono ragioni sufficienti per non riconoscere eguali risorse alle confessioni religiose ed a quelle che, pur ribadendo che l'ateismo non è una religione, dichiarano di operare *sul piano delle scelte esistenziali, delle concezioni del mondo, degli atteggiamenti nei confronti della vita e del suo significato*⁶³. Vi è da aggiungere che molte delle richieste avanzate dalla UAAR si muovono in un paradigma concettuale ove libertà religiosa e laicità *aut simul stabunt, aut simul cadent*: in quanto atea posso godere, al pari dei credenti, di un servizio di assistenza morale in ospedale⁶⁴? In quanto atea posso godere della possibilità di ascoltare, nei circuiti mass-mediali, il punto di vista dei miei consimili sulle questioni della bioetica quasi monopolizzate invece da esponenti e/o simpatizzanti del clero cattolico? Le esigenze civiche, politiche ed etiche sulle quali i costituenti e le costituenti intesero fondare il nuovo assetto democratico sono tutte, direttamente o indirettamente, mirate alla valorizzazione della persona umana, intesa come entità etica irripetibile ed infungibile, verso la cui piena realizzazione, a norma degli artt. 2 e 3 Cost., deve essere orientato il fattivo impegno dei pubblici apparati. Se il punto prospettico che orienta e governa l'intero sistema delle libertà fondamentali costituzionali è che ognuno possa,

⁶² Sul punto, rimando a DONATELLA LOPRIENO, *La libertà religiosa*, cit., p. 30 e ss.

⁶³ Cfr. il *Memorandum* con le proposte avanzate dall'UAAR in occasione dell'Audizione del 16 luglio 2007 alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati, in merito ai progetti di legge sulla libertà religiosa C36 Boato e C134 Spini, XV legislatura, reperibile in www.uaar.it/laicit%C3%A0/ateismo-e-legislazione/audizione-uaar-20070716.html.

⁶⁴ Sul punto si veda su www.uaar.it/uaar/assistenza ove si segnala il caso di una convenzione tra l'ospedale torinese delle Molinette e la UAAR per l'assistenza morale di atei ed agnostici descritta come *aiuto competente ed accurato fornito agli individui atei e agnostici che, all'interno del nosocomio, si interrogano sulle domande esistenziali, come il senso della malattia, della vita e della morte*.

al riparo da pesanti condizionamenti, progettare e perseguire un programma di realizzazione umana, va da sé che la libertà religiosa consiste nella piena possibilità di ognuno di determinarsi in ordine alla posizione su trascendenza, immanenza, spiritualità e umanesimo.

Tra i molti altri ostacoli che ancora oggi si pongono come limite (di forma e di sostanza) alla piena libertà individuale e collettiva di ateismo vi è, a mio avviso, la questione della tutela dell'ateismo nella sua forma attivo/militante che vuol semplicemente dire garanzia di propaganda di un pensiero radicalmente contrario ad ogni credenza e superstizione. Addurrò un esempio per chiarire ancora meglio. Se io in quanto atea/umanista, dovessi esprimere il mio punto di vista sulla recente beatificazione di Giovanni Paolo II non esiterei ad interrogarmi sull'ambiguità di un pontificato che non ha combattuto, con sufficiente solerzia, l'infamia della pedofilia e degli abusi sessuali compiuti dai religiosi cattolici. Mi si risponderebbe che, ai fini della beatificazione, gli abusi e la copertura di chi ha abusato non contano e che è sufficiente un miracolo *scientificamente provato* (locuzione ossimorica per eccellenza) e giudicato tale ovvero giudicato inspiegabile, dal punto di vista scientifico, dalla Commissione medica, dalla Commissione teologica e dalla plenaria dei cardinali e dei vescovi della Congregazione delle cause dei santi. Ho letto alcuni pareri della Commissione medica (non sulla beatificazione del precedente pontefice) ed ho trovato cose davvero molto interessanti. In un caso, si parlava di bassa probabilità di procreare per vie naturali. Ora bassa probabilità significa che esiste qualche probabilità e anche se non esistesse alcuna probabilità forse bisognerebbe aggiungere che tale probabilità non si dà *allo stato delle conoscenze scientifiche attuali*.

Ebbene, se volessi esprimere in termini meno aulici ed intellettualistici questo forse caustico punto di vista, magari eccedendo quanto ad espressioni colorite, sarei passibile di denuncia alla magistratura per il reato di cui all'art. 403 del Cod. penale a norma del quale "chiunque pubblicamente offende una confessione religiosa, mediante vilipendio di chi la professa, è punito con la multa da euro 1000 a euro 5000".

In una democrazia è la voce fuori dal coro a dover essere tutelata e non il perbenismo di facciata che, ad esempio, conduce ad incriminare un rapper per cantare *Io appena vedo il crocifisso ho il mal di stomaco* o rendere una impresa ai limiti dell'eroico la campagna dei c.d. manifesti atei (*La cattiva notizia è che Dio non esiste. Quella buona è che non ne hai bisogno*).

I valori dello Stato “laico” (...o “costituzionale”?)¹

ANTONINO SPADARO

Premessa: i due rischi che si corrono parlando genericamente di “valori dello Stato laico”

La traccia che mi è stata assegnata è, testualmente, questa: “*I valori dello Stato laico*”. Mi atterrò strettamente al tema, come richiesto, ma ho il dovere di mettere in guardia da due rischi che si corrono seguendo la traccia. Ritenere che *a)* per davvero, esistano valori propri di uno Stato laico e, esattamente, in modo speculare, pensare che *b)* proprio perché laico, uno Stato non dovrebbe avere valori fondanti.

Entrambe queste posizioni sono superficiali e clamorosamente errate, come subito si cercherà di spiegare, perché entrambe partono da pericolose pregiudiziali ideologiche, più che scientifiche.

Primo rischio: immaginare che lo Stato laico, per ciò stesso, abbia valori suoi propri...

Vengo al primo rischio. È abbastanza facile *smontare* la presunzione che in qualche modo il titolo forse sottintende – che lo Stato laico, per ciò stesso, avrebbe suoi propri valori – ricorrendo a due precisazioni necessarie, volte a confermarci che, in realtà, ci sono troppi tipi di Stati laici e troppi tipi di laicità, per immaginare che esistano valori specifici di uno Stato laico. Infatti:

¹ Relazione alla giornata di studi italo-spagnola su “*La laicità e gli ordinamenti giuridici: principi, valori e regole*”, Università della Calabria (Cosenza), 5 maggio 2011.

Prima precisazione

Ci sono molti tipi di Stati laici, sicché a seconda del "tipo di Stato" diversi saranno i valori protetti. Per esempio, l'Albania sotto il regime comunista era uno Stato laico, ma anche la Francia attuale (V Repubblica) è uno Stato laico, senza che però ci sia alcuna coincidenza – anzi pur essendovi una radicale divergenza – fra i valori di fondo che ispirano i due tipi di Stato. Insomma, per attenermi alle classificazioni tradizionali delle forme di Stato fra i costituzionalisti, è laico sia lo Stato democratico, sia quello non democratico (che, a sua volta, può essere autoritario o totalitario). In astratto, quindi, la laicità può accomunare entrambi.

Seconda precisazione

Il concetto di laicità può essere declinato in molti modi, sicché da un punto di vista scientifico, «*non è tanto opportuno parlare di "tasso" di laicità (quale più quale meno, secondo un'astratta gradazione), quanto di "modi di essere" diversi della laicità, perché diverse sono le condizioni storico-culturali*» in cui tale concetto si sostanzia². Ciò significa che, contrariamente a quanto forse si pensa, anche Stati "formalmente" *confessionali*, a ben vedere, sostanzialmente sono *laici* [è il caso, per esempio, del Regno Unito, in cui la regina è insieme Capo di Stato e Capo della Chiesa anglicana, senza che per questo nessuno dubiti della sostanziale laicità di quell'ordinamento]³ e invece Stati formalmente laici, a un'analisi appena più approfondita, non lo sono affatto [è il caso dell'Unione sovietica di Stalin o della Cina di Mao Tse Tung, che esaltavano il culto della personalità e la fede nel regime comunista-marxista, per cui – dietro l'apparente e formale laicità dell'ordinamento – si nascondeva una singolare forma di confessionismo, tutto di tipo ideologico].

Dalle due precisazioni fatte può arguirsi che *non esistono i valori dello Stato laico in sé*, ossia in astratto, slegati dalla forma di Stato considerata, e dunque dal particolare regime politico storicamente dato e dalle forme storiche concrete con cui si traduce il concetto di laicità. Di più: ammesso (e non concesso) che tali valori laici esistano, non sapremmo che farcene, visto

² Così ANTONINO SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 160.

³ Situazioni sostanzialmente analoghe ("confessionali") possono rinvenirsi, nell'Unione Europea, anche negli ordinamenti di Danimarca, Finlandia, Svezia (anche dopo la riforma del 2000), Grecia, Malta, Cipro e – a quanto pare – adesso anche Ungheria, vista la nuova Costituzione appena approvata e destinata ad entrare in vigore nel 2012. Caso diverso, e singolare, è quello irlandese che – nonostante la nota *invocatio Dei* presente nel preambolo della sua Costituzione del 1937 – sembra di fatto ispirarsi più a una logica "separazionista".

che essi sembrerebbero indifferenti alle più gravi nefandezze che la storia, anche recente, ci ha consegnato.

Ma non è questo il solo rischio che si corre quando si parla di “valori dello Stato laico”.

(segue):... Secondo rischio: escludere che lo Stato laico, per ciò stesso, abbia valori fondanti suoi propri

Il secondo rischio paventato è esattamente speculare al primo: se si parla genericamente di “valori dello Stato laico”, infatti, si potrebbe pure essere portati a sostenere la tesi che – proprio in quanto tale – uno Stato *laico* non avrebbe alcun tipo di valore “proprio”, da cristallizzare in principi giuridici, ma sarebbe pronto a convivere con “ogni” valore che la società ritiene di adottare.

L'errore, in questo caso, è attribuire al termine, e dunque al concetto di, laicità un significato intrinsecamente agnostico e, quindi, assiologicamente neutro. Lo Stato laico sarebbe uno Stato *wertlos, indifférent aux valeurs, indifferente a los valores*.

Tuttavia così, a mio parere, si confondono le giuste istanze di apertura e disponibilità alla contaminazione assiologica e interculturale, che sono implicate all'idea di laicità, con un diverso, ben più pericoloso e generalizzante, atteggiamento di relativismo assiologico portato alle estreme conseguenze – anarchiche o solipsistiche che siano – ma sempre, alla fine, nichilistiche e *anomiche*⁴. Infatti, se si parte dal presupposto che non esistono valori dello Stato laico, nemmeno ci saranno i principi giuridici in cui tali valori dovrebbero tradursi. *Laicità* e *anomia*, o assenza di principi e regole, coinciderebbero. Ma che Stato sarebbe quello che – in nome di una presunta sua laicità – stabilisse (per altro, contraddittoriamente) che l'unico valore assoluto è quello per cui tutti i valori sono relativi? O, se si preferisce, che razza di Stato sarebbe quello che fissasse, come unico principio-regola, quello di assenza di principi-regole?

In realtà – al di là delle insuperabili aporie logico-giuridiche in cui si incappa – una nozione di laicità intesa quale *agnosticismo* assiologico, dietro

⁴ Indicazioni sui limiti metodici del dubbio scettico, che sottende l'approccio indicato nel testo, nel mio *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1996, pp. 399 ss., ma anche nel vol. *Il metodo nella scienza del Diritto costituzionale (Messina, 23 febbraio 1996)*, Cedam, Padova, 1997, pp. 157 ss.

l'apparente *indifferentismo* assiologico dello Stato, consapevolmente o inconsapevolmente nasconde il sostegno implicito al soggetto "più forte", che nei regimi democratici sarà il popolo (tirannia della maggioranza) e in quelli autoritari sarà una minoranza dispotica (tirannia del partito o del dittatore, ecc.). Ma è mai possibile che i *valori* (e dunque, poi, i *principi* giuridici) dello Stato "laico" possano essere questi? Se così fosse, certo converrebbe non essere laici ed io stesso mi rifiuterei di considerarmi tale.

In breve e come si può facilmente arguire, il secondo rischio, che qui si è accennato, finisce col coincidere con il primo. Infatti: a che serve un concetto di *laicità* che – o perché inteso in senso minimalista (mera distinzione del sacro dal profano) o perché inteso in senso agnostico (indifferentismo assiologico) – è compatibile con tutti i regimi politici del mondo, salvo quelli formalmente e sostanzialmente confessionali? Un concetto di laicità sì fatto, o minimalista o assiologicamente inconsistente, non serve a nulla.

Il fatto è che, per capire in profondità il concetto di laicità, dobbiamo uscire dal circolo ermeneutico vizioso dell'autoreferenzialità della laicità. Insomma, per capire/definire veramente il concetto di Stato laico, dobbiamo ricorrere al più ampio concetto di Stato costituzionale⁵.

Se, quindi, per Stato *laico* si intende Stato *costituzionale* – ed è la tesi che qui si sostiene, pena la inutilità del concetto di laicità, compatibile (s'è visto) con ogni regime politico, dittature comprese – allora ci saranno, ci dovranno essere, valori propri dello Stato laico, ma essi coincideranno *in toto* con quelli dello Stato costituzionale.

In questo senso, non è corretto dire che «*il principio di laicità [...] preclude allo Stato di sostenere attivamente una determinata visione della vita a scapito delle altre*»⁶, perché esattamente al contrario lo Stato laico, quando è costituzionale – e, ribadisco, può dirsi veramente *laico* solo uno Stato *costituzionale* – per converso si configura come una ben precisa forma di "etica pubblica". Per definizione, proprio la Costituzione – negli Stati liberaldemocratici e personalisti (gli unici per i quali abbia realmente senso parlare di Costituzione) – costituisce l'etica pubblica, ossia l'etica comune sui principi e le regole del gioco fondamentali, largamente condivisa in forme giuridiche da tutti i consociati. In questo senso, la Costituzione costituisce una forma

⁵ Tra i primi, in Italia, a sottolineare la connessione inscindibile fra Stato laico e Stato costituzionale, v. AUGUSTO BARBERA, *Il cammino della laicità*, in www.forumcostituzionale.it, 2007. Ma già prima, sul nesso Stato laico e Stato di diritto e/o costituzionale, per esempio *Laizität und Rechtsstaat* (Università di Milano Bicocca, 9-10-febbraio 2006), a cura di A. Ceretti e L. Garlati, BOA, Milano, 2009.

⁶ GIOVANNI DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 238.

di *meta-etica laica*, o etica di secondo livello, tale perché rende possibile ogni altro tipo di etica individuale o collettiva, quale che sia la fondazione di tali etiche minori: religiosa o meno⁷.

Di più: tale etica pubblica – che si traduce in principi giuridici costituzionali – non è fatta solo di valori procedurali (le mere regole del gioco democratiche)⁸, ma anche sostanziali e, nel loro nucleo duro essenziale, addirittura di valori indisponibili⁹.

Insufficienza della nozione tradizionale di laicità, quale mera separazione della sfera del sacro da quella del profano

Le osservazioni fin'ora svolte si spiegano a condizione che si intenda, e si continui a mantenere, il concetto di laicità nell'accezione più tradizionale, quale semplice separazione della sfera del sacro da quella del profano (e quindi quale semplice separazione del campo delle religioni da quello dello Stato). Purtroppo, posta questa premessa, la laicità costituisce una "variabile" drammaticamente compatibile un po' con tutte le forme di Stato, con l'ovvia eccezione degli Stati formalmente e sostanzialmente confessionali, che per definizione laici non sono (per esempio l'attuale Iran dopo *Khomeyni* e l'attuale Arabia Saudita soggetta al fondamentalismo teocratico dei *Wahaabiti*). Per converso, tutti gli altri Stati, democratici o non democratici, tolleranti o intolleranti, per il solo fatto di non essere "confessionali" potrebbero essere classificati come laici. Ma allora, viste le abissali diversità fra tali tipi di Stati, la costante (o variabile per le diverse forme in cui si declina) della *laicità* appare, tutto sommato, di modesto rilievo nel quadro di una più ampia riflessione di teoria generale del diritto e persino nel quadro, più contenuto, di un'analisi interdisciplinare: ecclesiasticistica e costituzionalistica.

È davvero sconcertante che, ancora nel 2011, ci si possa continuare ad

⁷ Diciamo "etiche minori", ovviamente non in senso spregiativo, ma solo in relazione alla funzione generale, di pre-ordinazione che dovrebbe essere svolta dalla meta-etica pubblica o Costituzione.

⁸ Cfr. spec. FRANCESCO RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 378 ss. ma v. *passim*, e, almeno per certi versi, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 101 ss. e *Id.*, *Uomini senza dogmi*, nel vol. in *Id.*, *Lo Stato e la Chiesa*, Mondadori, Verona (La biblioteca di Repubblica), 2007, p. 20. Per un approfondimento critico sulla complessa posizione di quest'ultimo autore, cfr. il mio *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., pp. 207 ss., spec. nt. 98, dove trovansi anche ulteriori indicazioni bibliografiche (penso soprattutto al mio *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994).

⁹ Cfr. ancora il mio *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., pp. 207 ss.

accontentare di questa nozione minimalista di laicità. Anzi, è legittimo chiedersi quale valore reale possa avere tale nozione di fronte alla sconvolgente complessità del mondo contemporaneo, che – piaccia o no – scardina le certezze e gli schemi consueti.

Quanto realmente è *laico*, per esempio, l'ordinamento di uno Stato che fissa in astratto il principio di separazione fra Stato e Chiesa, ma impone la propria ideologia attraverso processi di indottrinamento violento (coercizione) o subdolo (manipolazione), qualificandosi così come Stato *totalitario*? Al di là della sua formale laicità, tale tipo di ordinamento si manifesta quale "Stato etico", come tale portatore di un'unica e monolitica ideologia totalitaria che opprime le coscienze. E, specularmente, quanto realmente è *laico*, per esempio, l'ordinamento di uno Stato sicuramente democratico – ossia in cui i governati scelgono liberamente i governanti – e non etico (visto il riconoscimento del pluralismo) che però, nel fissare la separazione fra sfera del sacro e sfera religiosa, non garantisce tuttavia a quest'ultima la piena libertà di fatto, impedendone talune manifestazioni inoffensive, quale può essere l'abitudine individuale ad indossare un simbolo religioso (per esempio: una croce, un velo, un turbante)?

Dal mio punto di vista non è veramente laico nessuno degli ultimi due tipi di Stato ricordati. I due, speculari esempi indicati possono, però, servire a ri-costruire il concetto di laicità, anzi a riscoprirne il significato più autentico e profondo che, oggi più che mai, deve essere ricordato e proposto ben al di là della sua accezione tradizionale.

Necessità di declinare il concetto di laicità secondo la sensibilità contemporanea, quale garanzia della "libertà di coscienza" di ogni cittadino

L'idea che da tempo cerco di sostenere è che, in realtà, sia possibile ricostruire e adottare un'altra nozione, più autentica, meno formale, superficiale e pericolosa, di *laicità*, altrove indicata in modo più organico e approfondito, riconducendola direttamente e inevitabilmente alla *coscienza della persona*¹⁰.

In questo senso, il concetto di *laicità* è da ricondursi – alla lettera – alla *posizione che l'ordinamento assume nei confronti della "libertà di coscienza"*

¹⁰ Sull'immortale tema della coscienza naturalmente la bibliografia è sterminata. Per alcune prime indicazioni, v. il mio volume ricordato nella n. 2. Fra gli altri, un'utile panoramica in GIOVANNI DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione*, cit., e, ora, VINCENZO TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

dei consociati (la laicidad es la posición de l'ordenamiento legal en relación con la libertad de conciencia): se tale libertà è oppressa, o comunque in qualsiasi forma menomata, l'ordinamento *non* può essere considerato laico; se tale libertà, invece, è protetta e garantita in forme giuridicamente significative, l'ordinamento *può* essere considerato laico. È questo, a mio avviso, il vero crinale di distinzione fra ordinamenti sostanzialmente laici, anche se formalmente non sembrano tali, e ordinamenti che invece, quale che sia l'assetto formale delle istituzioni pubbliche, sostanzialmente non sono veramente laici. Ed è questo – la garanzia della libertà della coscienza – il valore intrinseco e più profondo dello Stato laico.

In contrasto con l'orientamento qui esposto, la dottrina tradizionale separazionista di solito invoca la tesi secondo cui la *libertà di coscienza* potrebbe essere protetta “indipendentemente” dal valore della *laicità*. Mi sembra, tuttavia, che l'argomento sia palesemente insufficiente. Infatti, come un ordinamento che garantisca la sola laicità – intesa come mera separazione fra Stato e Chiesa – ma non anche la libertà di coscienza, non sarebbe veramente laico, perché non garantirebbe realmente alcuna vera libertà al cittadino, così pure un ordinamento che tutelasse integralmente la libertà di coscienza (quindi, per esempio, pure la facoltà di “non credere”) per ciò stesso non potrebbe non essere anche implicitamente laico, ossia incapace di condizionare la libertà interiore del cittadino stesso. Insomma, almeno dal mio punto di vista, il principio di “separazione fra Stato e Chiesa” è *condizione necessaria ma non sufficiente* alla determinazione del concetto di laicità, occorrendo anche – e, si badi, più in profondità – la tutela effettiva del principio di “libertà di coscienza”.

Ora, si dà il caso che l'esperienza storica ci confermi con chiarezza che solo un tipo di Stato effettivamente cerca (non sempre ci riesce, ma almeno... cerca) di garantire la libertà di coscienza dei consociati: si tratta dello *Stato costituzionale*, fondato sulla corrente storica politico-ideale del c.d. costituzionalismo, le cui radici antropologico-culturali affondano nella tradizione liberaldemocratica, solidarista e personalista. Insomma, solo gli Stati *costituzionali*, quale più quale meno, sono veramente *laici*.

Solo lo Stato autenticamente costituzionale è davvero laico. Ma forse sarebbe più corretto dire che solo nello Stato costituzionale la laicità è un valore positivo (e non un valore negativo o disvalore).

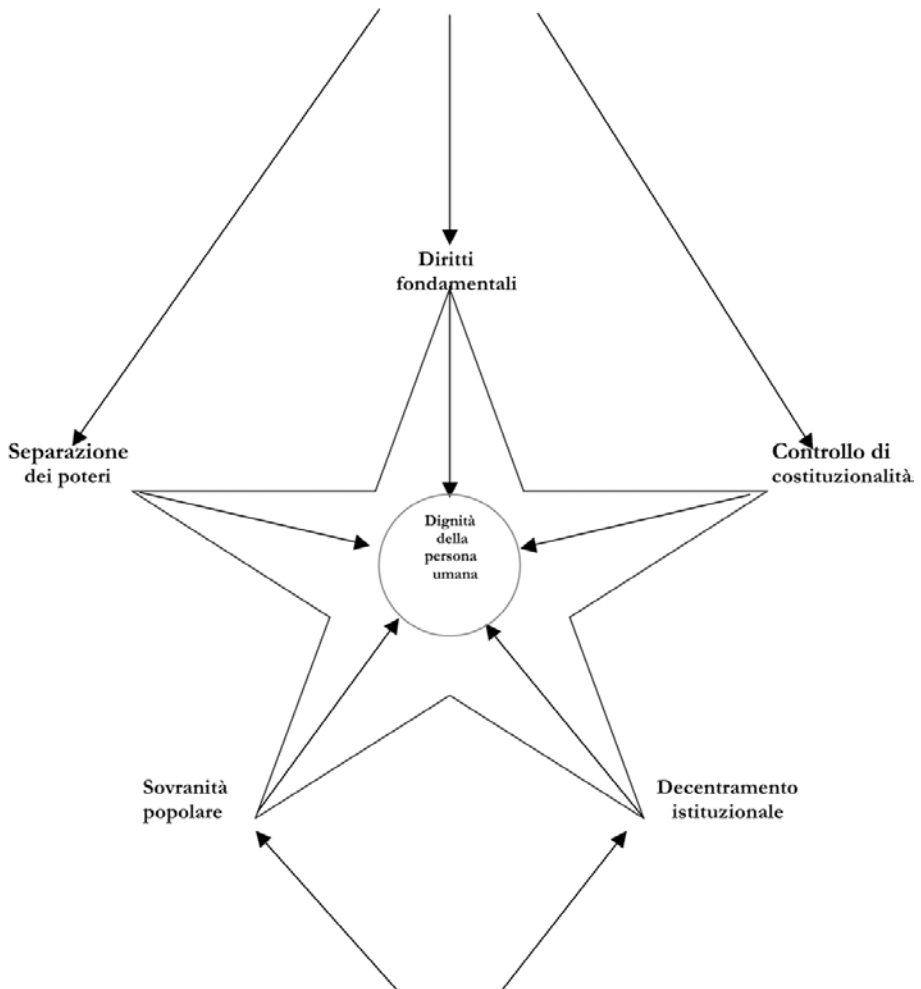
I valori fondamentali universali dello Stato costituzionale. Concezione stellare della Costituzione e principio personalistico

Posta l'esistenza di un'etica pubblica costituzionale, si tratta di individuare “i valori” – in particolare quelli che abbiamo definito “indisponibili” – che tale etica pubblica universale e cosmopolitica ambisce a promuovere e proteggere. Ora, può accadere che, quando si cercano di individuare i valori fondamentali dello Stato costituzionale, non si menzioni esplicitamente, fra essi, la *laicità*, che pure ne è caratteristica indispensabile e implicita, per certi aspetti intrinseca e prodromica.

A me, per esempio, da tempo piace ricondurre i valori fondamentali dello Stato costituzionale (*Verfassungsstaat*, *État constitutionnel*, *Constitutional State*, *Estado constitucional*) a 5, senza menzionare esplicitamente la laicità, che ripropongo usando la metafora-schema di una stella a cinque punte, mirando tutti e 5 a difendere lo stesso principio, super- e meta-costituzionale, di dignità della persona umana, come segue¹¹:

¹¹ Su tale schema, per gli approfondimenti qui impossibili, sia consentito rinviare ai miei: *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1998, pp. 343 ss. e poi nel vol. *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 1 ss.; ma v. spec. *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un'unica, identica “clausola d'Ulisse”*, nel vol. *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Dykinson Ed., Madrid, 2003, pp. 169 ss., e in *RBDC, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6, 2005, pp. 119 ss.; “Nucleo duro” costituzionale e “teoria dei doveri”: prime considerazioni, nel vol. *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Stiano, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 779 ss.; utile pure la voce *Costituzionalismo*, per *Enciclopedia filosofica*, III, Bompiani, Milano, 2006, p. 2369 s. Sul costituzionalismo universale o cosmopolita v., per tutti: QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2006.

LEGITTIMAZIONE DALL'ALTO (*razionale e scientifica*)
O AUTO-LEGITTIMAZIONE (*Selbst-legitimation*)



LEGITTIMAZIONE DAL BASSO
(*popolare e dei soggetti dell'autonomia, funzionale e territoriale*)

Ora, per quanto utile (soprattutto sul piano didattico), certo non è pensabile che lo schema suaccennato individui integralmente “tutti” i valori costituzionali fondamentali o “valori supremi” dell’ordinamento, che costituiscono il c.d. nucleo duro costituzionale universale di tutti gli Stati liberaldemocratici e personalisti nel mondo¹². In particolare, come si diceva, nello schema non è presente esplicitamente il principio di *laicità*, ma – a ben vedere e in realtà – tale valore è sotteso a tutti gli altri, proprio perché, in qualche modo, ne costituisce il *presupposto intrinseco* e può essere senz’altro considerato, al pari di tutti gli altri fondamentali, recepito come principio *giuridico* inviolabile. Ciò vale, si badi, anche negli ordinamenti, invero la gran parte, che pure non lo menzionano esplicitamente. Del resto, della sua esistenza, come principio fondamentale o supremo, per esempio in Italia noi sappiamo solo in tempi relativamente recenti ad opera della Corte Costituzionale (cfr. la ben nota sent. cost. n. 203/1989).

Tuttavia, anche indipendentemente dalle esplicitazioni della giurisprudenza costituzionale nel nostro o in altri Paesi, il valore della laicità è presente perché tutti e cinque i principi supremi da me prima ricordati sono riconducibili, e vengono ricondotti, allo stesso fine super- e meta-costituzionale della *dignità della persona umana*. Ovviamente, s’intende che – dietro tale formula più ampia: dignità della persona umana – si scorga il principio di *libertà di coscienza*, che ne costituisce anzi il cuore stesso¹³, soprattutto sotto forma di libertà di “formazione della coscienza”¹⁴.

¹² Sul *personalismo* negli (e degli) ordinamenti giuridico-costituzionali contemporanei non manca la letteratura. Fra gli altri, cfr. ora DANILO CASTELLANO, *L’ordine politico-giuridico “modulare” del personalismo contemporaneo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007 e GIOVANNI TURCO, *Personalismo contemporaneo e ordinamento giuridico. A proposito di un saggio di Danilo Castellano*, in *Nomos*, n. 3, 2008, pp. 221 ss.

¹³ È appena il caso di precisare, in merito, che il principio di “dignità della persona umana” pre-scinde dal pieno possesso delle facoltà che di solito si riconducono allo stato di coscienza, trattandosi di valore super- e meta-costituzionale che ovviamente attiene *anche* a un bambino, a un malato di Parkinson e in genere ad un incapace. Ciò detto doverosamente, tuttavia è innegabile che la “libertà di coscienza” costituisca il cuore profondo della dignità della persona, nel senso che la tutela della dignità umana dovrebbe comportare *sempre* la massima libertà di coscienza *possibile* del soggetto.

¹⁴ Sul decisivo concetto di “formazione della coscienza” restano aeree le osservazioni di TEMISTOCLE MARTINES, *Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza*, nel vol. *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, a cura di Iván C. Ibán, Edersa, Madrid, 1989, pp. 30 s., 34 s., 46 s. (ora anche nel vol. in *Id.*, *Opere*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 129 ss.): «La libertà di pensiero non consiste soltanto nella pretesa a che non vengano frapposti impedimenti od ostacoli alla manifestazione del pensiero (comportamento esterno) ma anche nella pretesa a che non venga condizionata, in varie guise, la stessa formazione del pensiero; egualmente, la libertà religiosa non si esaurisce nella libertà di culto e di proselitismo (comportamenti esterni) ma implica anche che le pulsioni, gli stati emozionali, gli impulsi che contraddistinguono i credenti possano liberamente esplicarsi. L’una e l’altra libertà, insomma, trovano la loro radice ed il loro nutrimento nella libertà della coscienza [...] una

Quel che cerco di dire è che nessuno dei cinque principi supremi, da solo, senza essere ricondotto a tale fine super- e meta-costituzionale, ci sarebbe molto d'aiuto. Perché? Perché, per esempio, anche i diritti fondamentali finirebbero col diventare un vuoto simulacro: se non si fondassero su (e non mirassero a) la libertà di coscienza, sarebbero una mera e inutile declamazione. E, parimenti, anche una democrazia slegata dal fine ricordato sarebbe in fondo dannosa, perché schiaccerebbe la libertà di coscienza del singolo, traducendosi semplicemente nel regime della tirannia della maggioranza: sappiamo tutti bene che la *major pars* non necessariamente è la *melior pars*.

Insomma, la componente *personalistica* del costituzionalismo contemporaneo (cui non può non ricondursi l'idea della libertà di coscienza) è determinante non solo per la definizione concettuale dello Stato "costituzionale", ma per la qualificazione dello stesso come autenticamente "laico".

Laicità, laicismo, confessionismo: la libertà di coscienza quale crinale ultimo di distinzione

Se – come qui si sostiene – la libertà di coscienza costituisce il crinale, o spartiacque, decisivo e ultimo della laicità, non è autenticamente laico non solo l'ordinamento che professa l'ateismo di Stato (l'Albania comunista della Costituzione del 1976), né solo l'ordinamento che si dichiara confessionale (l'Iran clericocratico della Costituzione del 1979), ma anche quello che, senza che vi sia danno a terzi, impedisce la piena, libera e integrale manifestazione di una fede, in cui pure si sostanzia la libertà di coscienza (può essere il caso della Francia che vieta che si indossino simboli vistosamente religiosi negli uffici/locali pubblici ed esclude ora risolutamente il *niqab* e il *burka*). Nell'esempio fatto da ultimo, nonostante le controversie sul termine, si può parlare non di *laicità* (che è una "condizione", legata allo *status* di chi non è investito di un ministero ecclesiastico: clero), ma di *laicismo* (*secularismo*: che è una "posizione", di esclusione dalla sfera pubblica del fenomeno religioso).

In questo senso, uno Stato può non essere veramente laico per due motivi: o per difetto (quando, *in re ipsa*, lo Stato si dichiara apertamente confessionale)

coscienza che si è formata in seguito a false o distorte rappresentazioni non è una coscienza ed, in ogni caso, non è una coscienza libera [...] La coscienza, in quanto già formata e conclusa, è incoercibile; ma è incoercibile non perché è libera, bensì perché, proprio per essersi già formata, non può più, per sua stessa natura, essere coartata [...] il momento della libertà (negativa e positiva) attiene non alla coscienza in quanto tale (mancando, appunto, ogni elemento relazionale), ma invece, al suo processo di formazione. Non dunque, libertà di coscienza, bensì libertà di formazione della coscienza».

o per eccesso (è il caso, oggi pressoché inesistente, dello Stato che si professa ateo, ma soprattutto è il caso, più frequente, dello Stato che semplicemente non garantisce la libertà di coscienza in ogni sua manifestazione esterna, ciò che accade sempre in Francia con la c.d. legge sul velo – in realtà sui simboli religiosi vistosi – nelle scuole e licei pubblici¹⁵ o che accadrebbe in Italia se, per assurdo, si impedisse agli operatori sanitari cattolici di praticare l’obiezione di coscienza all’aborto).

La laicità, dunque, ha molti nemici: non solo l’ateismo di Stato e il confessionarismo di Stato, ma anche il *laicismo* (*secolarismo*) che può insinuarsi subdolamente fra le pieghe dello stesso Stato costituzionale, esattamente e purtroppo come accade per il *populismo*¹⁶. Infatti, come può valutarsi lo “stato di salute” di un ordinamento costituzionale a seconda dell’influenza che su di esso hanno fenomeni di manipolazione del consenso (*populismo*), così può valutarsi lo “stato di salute” di un ordinamento laico (o costituzionale: è la stessa cosa) a seconda del tasso di libertà (di coscienza) riconosciuta alle concrete manifestazioni di fede dei credenti e dei non credenti. Ma è evidente che si può misurare il tasso di laicità anche nel senso opposto: studiando la concreta influenza, o peso politico, che i culti hanno sulla sfera pubblica e segnatamente sullo Stato. In questo senso, in Italia – accanto al rischio del laicismo – è presente anche il rischio opposto, del confessionarismo/clericalismo o di (quello che io chiamo) uno Stato devoto¹⁷.

La libertà di coscienza è, dunque, l’unica, vera “cartina di tornasole” del principio di laicità, con l’unico limite – si ribadisce – della lesione dei diritti dei terzi. È appena il caso di accennare poi, in questa sede, all’eventuale lesione di diritti *propri*. Mi limito a dire che tuttavia, poiché anche quest’ultima deve essere ricondotta all’“autodeterminazione” del soggetto, quando cosciente, la

¹⁵ È ben noto e acceso il dibattito, oltr’Alpe, sul carattere impreciso, e dunque arbitrario, della differenziazione fra segni religiosi *discreti*, ossia leciti, e segni religiosi *vistosi*, per principio illeciti. Dal mio punto di vista, simili distinzioni, che inducono a cavillare su questioni di c.d. lana caprina, sono la spia di una non serena applicazione del principio di laicità. In particolare rivelano un’incomprensibile, e controproducente, resistenza a riconoscere il primato della libertà di coscienza, in tutte le sue manifestazioni (salvo lesione dei diritti dei terzi).

¹⁶ Sul populismo cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, il mio *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, nel vol. *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V, Jovene, Napoli, 2009, pp. 2007 ss., nonché in *La chiesa nel tempo*, n. 3, 2010, pp. 131-162 e in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0145_spadaro.pdf (ottobre 2009). Sul tema, sempre nello stesso vol. *Scritti in onore di Lorenza Carlassare* prima ricordato, cfr. pure GAETANO SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti fra costituzionalismo e democrazia*, pp. 1990 ss.

¹⁷ Cfr., per approfondimenti su tali rischi, il mio *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., pp. 193 ss. ma v. *passim*.

questione permane insondabile e inevitabilmente controversa, ma certo uno Stato costituzionale – dunque non etico – neanche in quest’ipotesi, ordinariamente improbabile – dovrebbe ledere la libertà di coscienza del soggetto. E non aggiungo altro *hinc et nunc*.

In questo senso, ovvero attraverso questa cartina di tornasole, potremmo considerare i modelli di laicità francese e italiano, in astratto compatibili con la cornice giuridica dello Stato costituzionale, ma in concreto entrambi a rischio di malattia, per motivi opposti: in Francia per un eccesso di disciplina statale (laicismo), in Italia per un eccesso di normative a favore di un culto (para-confessionismo *pro* Chiesa cattolica).

In breve, il concetto di *laicità* si intreccia in maniera inestricabile con quello di *Stato costituzionale*. Le deficienze dell’una (laicità) si riverberano immediatamente sull’altro (Stato costituzionale) e viceversa.

Quanto detto comporta due corollari:

non solo *a*) non è veramente laico uno Stato che non sia costituzionale, perché – s’è detto – sarebbe autoritario e/o totalitario¹⁸, dunque intrinsecamente in contrasto con il principio di dignità della persona umana, e quindi col suo *begriffskern* che è appunto la libertà di coscienza;

ma anche *b*) non è veramente costituzionale uno Stato che non sia pienamente e integralmente laico, intendendo per laico: capace di proteggere, per quanto possibile ma fino in fondo, la libertà di coscienza di ciascun suo cittadino.

Seguendo il criterio di definizione di laicità proposto, si potranno scoprire maggiori o minori patologie un po’ in tutti gli ordinamenti costituzionali del mondo, poiché la garanzia della “libertà di coscienza” costituisce un obiettivo perennemente *in fieri*.

Conclusioni: i valori dello Stato laico come valori costituzionali

A questo punto, la risposta alla domanda iniziale – quali sono i *valori dello Stato laico* – può dirsi già data. Sono, ovviamente ed esclusivamente, gli *stessi dello Stato costituzionale*.

Tuttavia, la ricostruzione svolta non è stata inutile: ci ha permesso di

¹⁸ O tutt’al più, da un punto di vista storico, “liberale” com’era l’Italia sotto lo Statuto albertino: poco democratica (suffragio ristretto), quasi per nulla decentrata (le Regioni erano di là da venire) e solo formalmente confessionale (religione di Stato), ma praticamente indifferente al fenomeno religioso.

capire che il “cuore” dello Stato costituzionale – convenzionalmente ricondotto al principio di dignità della persona umana – coincide con il “cuore” del concetto della laicità: infatti, in entrambi i contesti semantici emerge, in modo prepotente, la suprema esigenza di garantire la libertà di coscienza di ogni uomo. Ed è confortante constatare che, in tale garanzia della libertà di coscienza, riposa non solo l’essenza dello Stato laico, ma persino l’essenza di ogni atteggiamento umano autenticamente religioso. Infatti, a ben vedere, religiosità e laicità sono due facce di una stessa medaglia, come altrove ho cercato di spiegare meglio¹⁹.

Tutt’al più si potrà precisare che soprattutto alcuni principi dello Stato costituzionale assumono rilevanza, *ratione materiae*, nella determinazione del concetto di laicità. Per esempio, i principi di:

- uguaglianza (sotto il profilo di parità fra i culti);
- libertà religiosa in tutte le sue forme e manifestazioni;
- tolleranza;
- tutela dei beni culturali privati;
- pluralismo scolastico;
- pluralismo culturale, di ogni genere (e dunque di interculturalismo), ecc.

Tutti questi principi sono però riconducibili al rispettoso riconoscimento di una sfera “altra”, diversa da quella che lo Stato pretende di disciplinare *ex se et in toto*, di una sfera che – a ben vedere – né lo Stato né le Chiese possono in alcun modo coartare ai loro fini, pur alti e nobili: appunto la sfera o sacrario della coscienza individuale, che nessuno – verrebbe da dire: nemmeno Dio, poiché è Dio stesso che la protegge²⁰ – può violare.

Proprio quest’ultima argomentazione – il primato che non è semplicemente giuridico, ma prim’ancora ontologico, di una sfera che non casualmente si è definita *super e meta-costituzionale* – mi sembra che confermi la tesi di fondo qui sostenuta: non esistono valori dello Stato *laico*, ma solo valori dello Stato *costituzionale*.

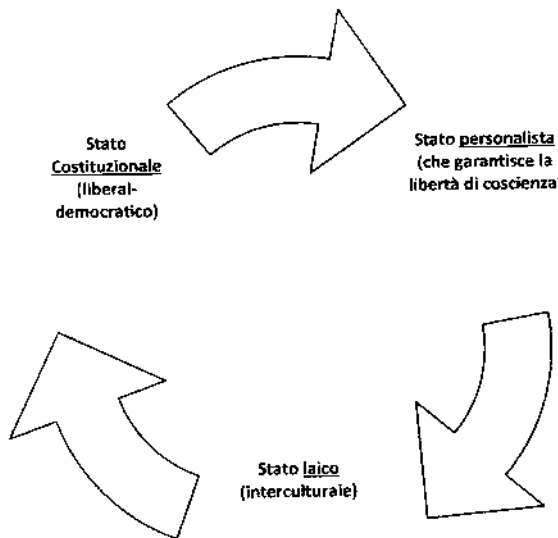
E quando uno Stato è veramente costituzionale? Potremmo dire quando, oltre che liberaldemocratico, esso si scopre (esplicitamente o implicitamente: non conta) a misura d’uomo e quindi *personalista*, ossia quando riconosce di fondarsi su (e mira a garantire il) principio genetico, primigenio e ineliminabile

¹⁹ Sul punto, di non trascurabile rilievo ai fini di una lettura armonica dei rapporti fra fenomenologia religiosa e fenomenologia giuridico-costituzionale, mi permetto di rinviare sempre al mio *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., pp. 228 ss.

²⁰ Su tale delicatissima problematica, anche per i complessi risvolti teologici connessi, per alcune prime riflessioni v. ancora *ivi*, pp. 3 ss.

della “dignità della persona”, di cui la libertà di coscienza è il cuore (*principium conscientiae libertatis*), quale che sia la cultura in senso storico-antropologico che ogni individuo porta con sé.

Uno schema può aiutare a comprendere il difficile, ma non impossibile, “circolo virtuoso” che si deve instaurare fra tre aspetti complementari dello stesso modello di Stato che qui si descrive, aspetti tutti necessari perché esso sia veramente funzionante.



Insomma, è un *mix* inscindibile di “liberaldemocrazia”, “personalismo” e “interculturalismo” che fa, oggi, lo Stato costituzionale contemporaneo. Bisogna riconoscere che soprattutto gli Stati occidentali, o occidentalizzati, sono forse più pronti di altri a convivere con l’equilibrio instabile che discende da tale *mix*.

Senza queste particolarissime e felici circostanze/condizioni (non esportabili *sic et simpliciter*, da un giorno all’altro, in ogni altra parte del mondo) non avremo uno Stato insieme veramente *costituzionale* e anche autenticamente *laico*.

*L'Institut Catholique de Paris e l'inedita formazione
secolare degli imam: il Diploma Universitario
“Interculturalité, laïcité et religions”
nel contesto della laicità francese*

CATERINA GAGLIARDI

Premessa

Con la “Legge di separazione delle Chiese e dello Stato” del 9 dicembre 1905, la Repubblica Francese ha inteso regolare i rapporti con le religioni allora presenti sul territorio nazionale, ovvero il cattolicesimo, il protestantesimo ed il giudaismo.

Un regime di separazione instaurato soprattutto nei confronti della Chiesa cattolica con il preciso scopo di fronteggiare l'inarrestabile influenza della stessa, giudicata incompatibile con gli interessi della Repubblica¹.

¹ Art. 2 Legge 9 dicembre 1905 (estratto): «*La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumôneries et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons*». Cfr. JEAN BAUBEROT, *Vers un nouveau pacte laïque*, Seuil, Paris, 1990; ID., *La morale laïque et l'ordre moral*, Paris, Seuil, 1997; ID., (dir.), *La laïcité à l'épreuve: religions et libertés dans le monde*, Encyclopedia universalis, Paris, 2004; ID., *Histoire de la laïcité française*, Paris, PUF, *que sais-je?*, 5° ed. 2007; JEAN KERLEVEO, *L'Église catholique en régime de séparation*, Paris, Desclé, 1956, 3 vol. *La Laïcité*, Pouvoirs, 1995, n. 75; JEAN BAUBEROT e MICHEL WIEVIORKA, *De la séparation des Églises et de l'État à l'avenir de la laïcité*, Paris, ed. de l'aube, 2005; GUY COQ, *Laïcité et République, le lien nécessaire*, éditions du Félin, Paris, 1995; JEAN-MARIE MAYEUR, *La question laïque, XIX-XX siècle*, Paris, Fayard, 1997; ID., *La séparation des Églises et de l'État*, 3° ed. 2005, Paris, éditions de l'Atelier; ÉMILE POULAT, *La solution laïque et ses problèmes. Fausses incertitudes, vraies inconnues*, Berg international, Paris, 1997; HENRI PENA-RUIZ, *La laïcité pour l'égalité*, Paris, Mille et une nuits, 2001; ID., *Dieu et Marianne. Philosophie de la Laïcité*, Paris, Presses universitaires de France, 1999; JEAN BAUDOIN e PHILIPPE PORTIER, *La laïcité, une valeur aujourd'hui?*, Rennes, Presses universitaires de rennes, 2001; JEAN GAUDEMET, «*Laïcité et concordats*», RHEF, tome 87, n. 219, juil.-déc. 2001; MARIE DOMINIQUE CHARLIER-DAGRAS, *La laïcité français à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 2002; ÉMILE POULAT, *Notre laïcité publique: «la France est une République laïque», les constitutions de 1946 et*

Da allora, la Francia ha subito un radicale mutamento, fino a divenire uno dei Paesi più diversificati sul piano religioso. In questo rinnovato panorama sociale, di fronte ad un Islam che è divenuto la seconda religione dei francesi, si è imposta l'esigenza di comprendere il modo in cui il sistema giuridico definito nel 1905 possa trovare applicazione e confrontarsi con una nuova realtà religiosa senza uscire dalla cd. "neutralità dello spazio pubblico"².

Peraltro, in Francia, nonostante nelle sue radici vi sia una componente inequivocabilmente anticlericale, il principio di laicità non prescrive la necessaria indifferenza statale nei confronti del fattore religioso e l'irrilevanza pubblicistica degli interessi religiosi, dal momento che ben si concilia con una legislazione statale che regola, ad esempio, la forma obbligatoria delle

1958, Berg, Paris, 2003; JEAN BAUBEROT, *Histoire de la laïcité français*, Paris, PUF, *Que sais-je?*, 2007. Con riferimento alla dottrina italiana: MARIO CONDORELLI, *Libertà della Chiesa e laicità dello Stato*, in *La Chiesa dopo il Concilio*, II, Milano, Giuffrè, 1972; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Libertà e laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992; MARIO TEDESCHI, *Quale laicità?*, nel vol. *Scritti di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1994; PIERO BELLINI, *Della idea di laicità nelle relazioni fra privati*, nel vol. MARIO TEDESCHI (a cura e con introduzione di) *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 1996; AA.VV., *Laicità. Problemi e prospettive*, Vita e pensiero, Milano, 1977; PAOLO CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, editrice A.V.E., Roma, 1998; ID., *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino, 2004; SARA DOMIANELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1999; MARIO TOSO, *Democrazia e libertà. Laicità oltre il neoilluminismo postmoderno*, Las, Roma 2006; GIAMPAOLO CREPALDI, *Laicità e verità. Cosa ci sta insegnando Benedetto XVI*, Fede & Cultura, 2007; ANTONINO SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici religiose dello Stato laico*, Giappichelli, Torino, 2008; ARTURO-CARLO JEMOLO, *Coscienza laica*, Morcelliana, Brescia, 2008; DONATELLA LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2009; CARLO CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea*, Allemandi, Torino, 2010.

² Per una trattazione più approfondita sul tema dell'Islam in Francia si veda: BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET *Le statut juridique de l'Islam en France*, RDP, n. 2, vol. 50, 1996, pp. 335-366; SILVIO FERRARI (dir.), *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità musulmane*, Bologna, Il Mulino, 1996; ALAIN BOYER, *L'Islam en France*, Paris, PUF, 1998; DOUNIA BOUZAR e LYLIA BOUZAR, *La République ou la burqa: les services publics face à l'Islam manipulé*, Paris, Albin Michel, 2010; ANTONY BERNARD, *Identité nationale et Islam*, Godefroy de Bouillon, Paris, 2010; ALESSANDRO FERRARI, *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Bologna, Il Mulino, 2008; MAGALIE FLORES-LONJOU e FRANCIS MESSNER, *Les lieux de culte en France et en Europe*, Paris, ed. Peeters, 2007; JONATHAN LAURENCE e JUSTIN VAISSE, *Intégrer l'Islam: la France et ses musulmans, enjeux et réussites*, Paris, O. Jacob, 2007; MOHAMMED ARKOUN, *Histoire de l'Islam et des musulmans en France du moyen âge à nos jours*, Paris, La Pochothèque, 2006; FRANK FRÈGOSI, *L'exercice du culte musulman en France: lieux de prière et d'inhumation*, Paris, La documentation française, 2006; ID., *Penser l'Islam dans la laïcité: les musulmans de France et la République*, Fayard, 2008; SELLAM SADEK, *La France et ses musulmans. Un siècle de politique musulmane 1895-2005*, Paris, Fayard, 2006; RÉMY LEVEAU e KHA-DIJA MOHSEN-FINAN, *Musulman de France et d'Europe*, Paris, CNRS Éditions, 2005; CHEMS-EDDINE HAFIZ e GILLES DEVERS, *Droit et religion musulmane*, Paris, ed. Dalloz, 2005; JEAN-PAUL CHARNAY, *Charia et l'Occident*, L'Herne, Paris, 2001.

associazioni di culto, riconosce con decreto del Consiglio di Stato le congregazioni (che sono necessariamente soggette alla giurisdizione ordinaria), assicura lo svolgimento delle funzioni religiose nelle carceri e negli ospedali, e consente l'obiezione di coscienza al servizio militare in ragione delle convinzioni religiose³.

Lo stesso Presidente Nicolas Sarkozy ha asserito che la vecchia concezione del principio di laicità deve evolversi perché “*credere che lo Stato possa rimanere del tutto indifferente al fatto religioso è una posizione continuamente contraddetta dalla realtà dei fatti*”⁴.

È stata soprattutto l'esperienza di integrazione delle comunità islamiche in Francia a far comprendere l'urgenza di ripensare la laicità, ovvero il rapporto complessivo tra religioni e spazio pubblico, quale base per trascendere le differenze culturali e religiose.

I musulmani, fin dai primi anni del loro insediamento, destinato ad intensificarsi nel secondo dopoguerra, hanno posto in termini nuovi la questione della loro “integrazione”, implicando conseguentemente l'adozione di specifiche soluzioni, spesso non assimilabili a quelle utilizzate per regolare i rapporti degli Stati europei con le rispettive religioni⁵.

Ciò ha comportato la ricerca di un equilibrio di lungo periodo capace

³ Cfr. il titolo IV della Legge 9 dicembre 1905 che prevede le associazioni culturali e le associazioni private e dichiarate (Legge 1° luglio 1901), aventi per oggetto esclusivamente l'esercizio di un culto. Ai sensi dell'art. 31 del decreto 16 marzo 1906, ogni associazione culturale deve dichiarare i limiti territoriali della circoscrizione entro la quale la stessa opererà. L'eventuale modifica di detti limiti dovrà essere oggetto di una dichiarazione complementare. Ancora in virtù dell'art. 4 Legge 2 gennaio 1907 l'esercizio pubblico del culto, indipendentemente dalle associazioni soggette alle disposizioni del Titolo IV della Legge 9 dicembre 1905, può essere assicurato sia attraverso le associazioni rette dalla Legge 1° luglio 1901 (artt. 1-2-3-4-5-6-7-8-9-12-17) sia attraverso riunioni tenute su iniziativa individuale in virtù della Legge 30 giugno 1881 e secondo le prescrizioni dell'art. 25 della Legge 9 dicembre 1905. Dette associazioni possono essere dichiarate o non dichiarate ed essere costituite solamente da due associati. MAGALIE FLORES-LONJOU, *Associations cultuelles*, (coll. Encyclopédie Delans pour la vie des affaires), Paris, Delmas, 1996, p.116. Con riferimento alle congregazioni si veda: JEAN MORANGE, *Les congrégations religieuses et la normalisation de la tutelle*, in JEAN PAUL DURAND (dir.), *Les congrégations et l'État*, Paris, La Documentation française, 1992, pp. 21-40. Il legislatore francese, così come ha avuto modo di rilevare il Consiglio di Stato, ha riconosciuto come il libero esercizio dei culti in taluni istituti pubblici non può essere che salvaguardato attraverso la celebrazione delle cerimonie religiose all'interno degli stessi stabilimenti. Cfr. JEAN MARIE SWERRY, *L'aumônerie catholique dans l'enseignement public. Un renouveau de la laïcité?* (coll. Droit canonique et droit civil ecclésiastique), Paris, Cerf, 1995, p. 448.

⁴ Cfr. NICOLAS SARKOZY, *La République, les religions, l'esérance*, Paris, Éditions du Cerf, 2004, p. 172.

⁵ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Confessioni religiose/VIII) Islam*, in *Enciclopedia giuridica*, aggiornamento XI, Roma, 2003, p. 1: «*Pensare all'Islam come a una confessione religiosa è estremamente limitativo poiché è una civiltà, rispetto alla quale l'aspetto religioso appare come il più importante, poiché condiziona la società civile, la condizione di vita, i valori fondamentali, i rapporti tra le istituzioni*».

di mantenere stabili le relazioni tra le diverse comunità etico-religiose presenti sul medesimo territorio e garantire la giusta proporzione tra l'esigenza dell'individuo di mostrare la propria appartenenza religiosa e il rispetto delle convinzioni dell'altro.

Anche le comunità musulmane, accettando i principi di democrazia e di laicità dello Stato francese, hanno cominciato ad avanzare rivendicazioni istituzionali nell'intento di equiparare lo statuto dell'Islam, e i diritti che ne derivano, a quelli delle altre confessioni religiose, nonché ad ottenere trattamenti egualitari sul versante dei problemi pratici della libertà religiosa quali il riconoscimento per le stesse, come per ogni altro gruppo religioso, del diritto di ottenere la personalità giuridica per le associazioni di fedeli, di avere propri luoghi di culto, di celebrare cerimonie religiose, di preparare e scegliere liberamente il personale religioso a cui affidare la guida della comunità, di insegnare la propria dottrina.

Il continuo accrescere delle forme organizzate dell'Islam dell'emigrazione, inteso a favorire l'integrazione specifica dei musulmani come gruppo nella società francese ed implicante pertanto il manifestarsi di questioni sociali, culturali, politiche e filosofiche, ha reso sempre più centrale il ruolo degli "imam", divenuto oggetto di particolare attenzione, in considerazione della relativa funzione di guida che implica la necessità di fornire risposte ispirate ai testi religiosi nel contesto sociale, economico e politico di riferimento⁶ e quali intellettuali che si fanno trasparenti interpreti dei principi universali della tradizione propria con conseguente forte impatto sui fedeli⁷.

In Francia la posizione dell'imam, rispetto alla quale l'autorità amministrativa non può intervenire in virtù della Legge del 9 dicembre 1905, deve

⁶ Come osserva TARIQ RAMADAN (*Le Monde des débats*, février 2000): "È necessario che la trasmissione (della tradizione religiosa) tenga conto del nuovo contesto francese".

⁷ Le funzioni che si concentrano in capo all'imam si desumono dall'art. 20 della *Charte du Culte Musulman en France*: "In ogni moschea l'imam guida la preghiera rituale cinque volte al giorno, organizza le preghiere speciali ed assicura la predicazione settimanale della preghiera del Venerdì. Oltre alla direzione della preghiera il suo ruolo è anche pedagogico: sorveglia sull'insegnamento del Corano e della Sunna, impartisce l'educazione religiosa. Dedicava un'attenzione particolare, con uno sforzo costante di riflessione e ricerca, ad un'altra funzione a cui i fedeli sono molto sensibili: trovare delle risposte appropriate alle questioni legate agli aspetti giuridici o rituali della vita dei musulmani nella società francese; delle risposte compatibili con le esigenze della fede e rispettose delle leggi della Repubblica e delle realtà della società circostante. L'imam deve avere un comportamento morale e sociale esemplare, possedere una formazione riconosciuta ed una buona conoscenza della lingua francese, informarsi sui problemi sociali, familiari e individuali della sua comunità, mantenere in ogni circostanza, in particolar modo sul terreno politico, il riserbo inerente alla sua carica ed alla separazione dei culti e dello Stato". Cfr. ALAIN GARAY, *La situation légale du ministre du culte en France. Le cas des Témoins de Jéhovah*, R.D. Public, n. 4, 1991.

essere analizzata caso per caso in considerazione delle mansioni realmente effettuate⁸, con riguardo ai criteri dell'ordine pubblico e tenendo conto delle necessità dei luoghi di culto⁹. Peraltro alcuni aspetti della loro condizione giuridica sono considerati dal diritto come per i ministri di culto delle altre grandi religioni presenti sul territorio francese¹⁰.

L'imamato non si estrinseca inoltre nell'esercizio di una funzione permanente in un determinato luogo, e dunque non implica un contratto a tempo indeterminato che legherà l'imam ai suoi fedeli¹¹, rafforzandosi così la precarietà del rispettivo *status* giuridico¹².

⁸ A tale proposito, la pratica conduce a distinguere quattro situazioni: a) l'assenza di una funzione spirituale (coloro che assistono i dirigenti delle moschee o gli imam, nell'esecuzione materiale delle loro mansioni, non esercitano una funzione propriamente spirituale, e la loro prestazione si colloca nel quadro del contratto di lavoro); b) l'esercizio esclusivo di una funzione spirituale (si configura una sorta di *contratto sui generis*, che si caratterizza per: assenza di ogni vincolo di subordinazione, prestazione unicamente spirituale, remunerazione sotto forma di onorari. Tuttavia, è auspicabile che venga redatto sommariamente un contratto scritto che regoli il rapporto dell'imam con l'associazione che lo ha nominato, precisando le mansioni da svolgere, riconoscendo l'indipendenza di spirito e d'interpretazione dell'imam, e prevedendo che per motivi gravi, il contratto venga sospeso ovvero estinto); c) il cumulo di funzioni (l'imam può esercitare un'ulteriore attività, attinente alla propria sfera privata ed indipendente dal culto, con la conseguenza, oramai che raramente le sue funzioni sono esclusivamente spirituali); d) il volontariato, di particolare rilievo nella vita delle associazioni musulmane, pur comportando numerose difficoltà di natura giuridica. Cfr. XAVIER DELSOL, ALAIN GARAY e EMMANUEL TAWIL, *Droit des Cultes. Personnes, activités, biens et structures*, ed. Dalloz, Paris, pp. 125-136.

⁹ La nomina costituisce uno dei criteri di analisi del regime giuridico degli imam in Francia. L'imam è al servizio di una struttura privata, in generale un'associazione. La libertà di nomina deve essere effettiva per non mettere in discussione la libertà di coscienza e per impedire ogni possibile ingerenza da parte dello Stato.

¹⁰ Ad esempio, come per la maggior parte dei rabbini o dei pastori protestanti, anche gli imam sono affiliati al regime generale della previdenza sociale. La legge n.78-4 del 2 gennaio 1978, riguardante il regime proprio dei ministri di culto, ha creato due casse. La prima, CAMAC (*Caisse mutuelle d'assurance maladie des cultes*), copre il rischio malattia per i ministri di culto e i membri delle congregazioni o collettività religiose, non soggetti al regime generale in quanto privi di un contratto di lavoro. La seconda, CAMAVI (*Caisse mutuelle d'assurance vieillesse des cultes*), rappresenta la cassa pensioni di anzianità, reversibilità ed invalidità. Cfr. PATRICK VALDRINI, JEAN PAUL DURAND, OLIVIER ÉCHAPPÉ, JACQUES VERNAY, *Droit canonique*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 575-592.

¹¹ In linea generale, gli imam della rete ufficiale turca restano in carica 3 o 4 anni, e dunque non hanno la necessità di stabilirsi a lungo termine nella città ove svolgono la propria attività. Una tale circostanza giustifica la mancata previsione di progetti per la propria comunità, che laddove presenti sono piuttosto riconducibili ai responsabili delle associazioni. Cfr. FRANCIS MESSNER e ANNE LAURE ZWILLING, *Formation des cadres religieux en France. Une affaire d'État?*, Genève, Labor et fides, 2010, pp. 107-117, SILVIO FERRARI, *Moschee e formazione degli Imam in Francia*, nel vol. ALESSANDRO FERRARI (a cura di), *in Islam in Europa/Islam in Italia*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 243-248.

¹² JACQUES ROBERT e JEAN-MARIE AUBY, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, ed. L.G.D.J., Paris, 1996, pp. 82-112.

Nel contesto francese l'imam diviene l'anello di congiunzione tra due principali esigenze: in primo luogo, favorire l'integrazione delle giovani generazioni con conseguente accentuazione del suo ruolo di "*mediatore sociale*"; in secondo luogo, garantire una continuità identitaria musulmana e, dunque, custodire il proprio particolarismo mediante un forte legame con la patria di origine.

Di conseguenza vi è da una parte l'esigenza di realizzare la trasmissione di una cultura religiosa autentica, per cui i responsabili delle comunità concordano nel ritenere che la formazione degli imam, prevalentemente di nazionalità estera, debba insistere sulla migliore conoscenza della lingua francese, piuttosto che sui valori della Repubblica, anche al fine di interagire con le nuove generazioni nate e cresciute sul territorio francese; dall'altra parte, vi è l'obiettivo e l'esigenza delle autorità francesi di formare degli imam "territorializzati", capaci di trasmettere la conoscenza del diritto francese nel quadro dell'Islam. Al di là della necessità di evitare che le religioni siano il tramite per favorire l'ingerenza degli Stati esteri negli affari dello Stato francese, il crescente interesse rivolto alla formazione di imam locali è dovuto prevalentemente al loro carattere di *leaders* che informano le rispettive comunità delle regole sociali e giuridiche vigenti in Francia, fungendo così da intermediari tra i musulmani ed i pubblici poteri per meglio favorirne l'integrazione. Dunque, una funzione sociale che non può essere affatto minimizzata nell'orientamento dei singoli gruppi e della comunità musulmana in generale.

Il problema della formazione "secolare" degli imam in Francia

Il rapido evolversi degli eventi storici con la conseguente rapidità del fenomeno migratorio, le tensioni che contrappongono Islam e Occidente e l'esigenza che i musulmani e l'Islam non siano vissuti come un corpo estraneo, hanno reso particolarmente necessaria la formazione di "*imam francesi*", che siano perfettamente integrati nella cultura e nella mentalità francese. In effetti, si appalesa l'incongruenza della formazione proposta rispetto ai dichiarati propositi di favorire e sostenere la creazione di quadri religiosi in grado di guidare e predicare l'Islam alla luce del contesto sociale di riferimento, a cominciare dall'aspetto linguistico. In un tale panorama, viene a delinearci come passaggio indispensabile l'apprendimento, da parte degli imam, della cultura, dei valori, della lingua, della storia, del patrimonio della società francese in cui sono chiamati ad espletare le proprie mansioni. Si tratta di acquisire un bagaglio di conoscenze che non intacca la formazione teologica,

piuttosto viene ad essere ad essa complementare; un *surplus* che consenta ai fedeli di religione musulmana di vivere la propria identità religiosa nel contesto dei valori e principi della società francese.

A rendere particolarmente urgente la formazione del personale religioso musulmano, anche in considerazione della provenienza prevalentemente estera degli imam¹³, sono tre ordini di problemi manifestatisi soprattutto a partire dagli anni '80.

Come osserva Oliver Bobineau¹⁴, la prima lacuna, interna al mondo musulmano, è che i fedeli non si riconoscono nei loro *leaders* culturali, i quali non conoscono ovvero conoscono superficialmente la lingua francese e dunque non sono in grado di comunicare con un pubblico giovane, il cui livello culturale cresce progressivamente. I credenti musulmani, nell'intento di essere partecipi della cultura dominante e integrarsi nella società francese, non riconoscono come propri rappresentanti guide culturali che, in quanto estranee alla cultura del Paese ove si trovano, sviluppano spesso nelle proprie preghiere una "*sotto-cultura*", quasi una "*contro-cultura*"¹⁵, affermando addirittura che la cultura europea è anti-musulmana, o peggio anti-religiosa.

Si appalesa la concreta difficoltà da parte degli imam, formati ed educati tradizionalmente nei propri Paesi di origine, di proporre e sostenere una visione armonica tra la cultura occidentale, nella quale i musulmani europei sono nati, e la cultura musulmana che dovrebbero avere, mantenere o che dovrebbero riacquistare.

In secondo luogo, a seguito dell'"autoproclamazione" di numerosi imam e del flusso continuo di imam provenienti dall'estero, la mediazione e il confronto tra le autorità francesi e le comunità musulmane sono resi ancora più complessi a causa della mancanza di interlocutori realmente rappresentativi.

¹³ Alcune fonti indicano che il 90% degli imam sia di nazionalità straniera: in prevalenza marocchini (40%), algerini (25%), e poi turchi e tunisini. Cfr. BERNARD GODARD E SYLVIE TAUSSIG, *Les musulmans en France. Courants, institutions, communautés: état des lieux*, Paris, Robert Laffont, 2007, p.141.

¹⁴ Membro del Groupe *Sociétés, Religions, Laïcités* (CNRS/EPHE), *Maître di conferenza all'Institut Catholique de Paris e a Sciences-Po*, Direttore della formazione « *Interculturalité, laïcité et religions* ».

¹⁵ Come "*sotto-cultura*" la dottrina più autorevole designa l'insieme dei valori, delle pratiche e delle norme particolari di un gruppo sociale, che a sua volta si iscrive all'interno di una cultura più globale, ovvero una cultura dominante. Una "*contro-cultura*" è l'insieme dei codici e dei valori culturali, propri di uno o più gruppi minoritari, che si oppone alle idee principali ed alle pratiche correnti della cultura dominante. Cfr. OLIVIER BOBINEAU, *Le satanisme. Quel danger pour la société?* Paris, Flammarion-Pygmalion, 2008.

Infine, non possedendo la formazione prevista dagli altri culti, non hanno la preparazione scientifica ed intellettuale propria dei ministri di culto delle altre confessioni religiose. È dunque auspicabile che l'imam, nell'esplicazione della sua carica spirituale, conosca anche la storia e le tradizioni culturali proprie del Paese in cui opera, al fine di ottimizzare gli scambi e il dialogo tra musulmani e fedeli di altre confessioni religiose presenti sullo stesso territorio¹⁶.

La conoscenza del patrimonio religioso e culturale delle altre confessioni potrebbe favorire la comprensione e la risoluzione dei problemi che i musulmani incontrano nel loro agire quotidiano, avendo già altre comunità religiose affrontato nel proprio *excursus* storico le medesime sfide.

L'esigenza di una formazione complementare e "secolare" è divenuta sempre più rilevante in una realtà complessa attraversata dal crescente problema dell'insicurezza sociale, dalla crisi del modello sociale, dalla crisi del modello francese di integrazione nei confronti degli immigrati, dall'aumento delle aggressioni razziste e antisemite e allo stesso tempo, soprattutto dopo l'11 settembre, dalla confusione crescente tra religione e integralismo da una parte e tra Islam e terrorismo dall'altra, sia sul piano nazionale sia su quello internazionale¹⁷.

Sono, infatti, gli imam a dare l'immagine dell'Islam a livello locale ed internazionale, nonostante le difficoltà che derivano dai conflitti interni ai musulmani ed i problemi giuridici di separazione tra politica e religione.

Una sorta di "educazione alla cittadinanza" pare essere divenuta la tappa fondamentale del processo di integrazione dell'Islam in Francia¹⁸. Merita particolare attenzione quanto dichiarato dal Presidente francese nell'affrontare il tema attuale e dibattuto della formazione degli imam¹⁹: "Il nostro

¹⁶ In questa prospettiva SILVIO FERRARI, *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità musulmane*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 3-6: "Proiettata sul lungo periodo, la nuova presenza musulmana in Europa costituisce la chance più rilevante e concreta per riaprire un discorso di convivenza interreligiosa e interculturale che minacciava di chiudersi: per ricostruire, con pazienza e prudenza, un tessuto di esperienze comuni tra Oriente ed Occidente, tra Nord e Sud che allontani lo scenario, evocato da Samuel Huntington, di un futuro del mondo segnato da uno scontro di civiltà che hanno perduto ogni capacità di dialogo".

¹⁷ In tale direzione si esprime l'attuale Presidente della Repubblica Francese, cfr. NICOLAS SARKOZY, *La République, les religions, l'espérance*, Éditions Cerf, 2004, pp. 10 e ss.

¹⁸ Cfr. Con riferimento a detta esigenza Gramsci concorda nel ritenere che si tratta di formare degli "intellettuali organici", ovvero uomini e donne che apportino alla propria comunità "omogeneità e coscienza non soltanto nel campo economico, ma anche in quello sociale e politico", riconosciuti per le proprie qualità intellettuali e per la conoscenza della realtà sociale", in Antonio Gramsci, *Cabiers de prison*, XII, Paris, Gallimard, 1983, pp. 1513-1530.

¹⁹ Per un approfondimento sul concetto di laicità secondo Sarkozy, Maria d'Arienzo, *La laicità*

paese”, afferma Sarkozy, “*ha interesse che essa sia compatibile con lo spirito e la pratica della Repubblica. Inoltre, il coinvolgimento dello Stato potrebbe mettere fine alle influenze straniere. È meglio avere degli Imam stranieri, formati all'estero, che parlano una lingua straniera, o degli Imam formati in un'università francese che parlano francese?*”. Ulteriori tensioni ha suscitato l'invito di Sarkozy rivolto ai suoi compatrioti musulmani “*a dimostrarsi capaci di inventare un Islam di Francia, un Islam integrato nella cultura europea*”²⁰, in modo tale da affrontare le correnti più estremiste di questa religione, abbandonando certe pratiche e certi arcaismi, preservando allo stesso tempo la propria identità e rappresentando così un esempio prezioso per l'insieme del mondo musulmano.

È evidente che la politica sarkoziana si delinea anche in considerazione dell'esigenza dei pubblici poteri di controllare e regolare il tenore eventualmente sovversivo delle predicazioni tenute nelle moschee, meta frequente delle giovani generazioni. Ne consegue che laddove l'approccio giuridico della laicità parla di protezione delle libertà individuali, di rispetto reciproco e si basa sulle convenzioni internazionali, la visione politica e combattiva della laicità denuncia la pericolosità dell'Islam, e insiste paradossalmente sull'accentuazione del controllo dello Stato su detta religione²¹.

L'orientamento del governo francese, che sottende una sorta di tendenza “*francesizzante*” di una minoranza religiosa poi divenuta la seconda confessione della nazione, converge con l'orientamento di importanti intellettuali musulmani.

È determinante quanto affermato dal rettore della Moschea di Parigi, Dalil Boubakeur, di fronte alle reazioni suscitate dalla promozione di una concreta integrazione repubblicana: “*La formazione non riguarda e non riguarderà in alcuna maniera la teologia musulmana*”. Ancora, il direttore dell'Istituto di teologia Al-Ghazàli, Djelloul Seddiki, ritiene di fondamentale importanza che “*un imam in Francia debba anche conoscere Jean-Paul Sartre e Voltaire*”.

Centrale diviene l'idea di favorire una formazione universitaria che promuova un “*Islam des Lumières*”. In questa prospettiva è singolare la collaborazione tra la Grande Moschea di Parigi e l'*Institut Catholique de*

francese secondo Sarkozy, in *Diritto e religioni*, 2/2008, pp. 257-273.

²⁰ NICOLAS SARKOZY, *La République, les religions, l'espérance*, op. cit., pp. 114-123.

²¹ FRANK FRÉGOSI, *La formation des cadres religieux en France. Approches sociojuridiques*, Paris, L'Harmanattan, 1998, pp. 25-33; FRANÇOIS LORCERIE, *À propos de la crise de la laïcité en France: dissonance normative*, in Gagnon, Mc Andrew, Page, *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, Paris, L'Harmattan, Ch. 5; SOHEIB BENCHEIKH, *La laïcité, toute la laïcité: Le Nouvel Observateur* 22 févr. 1996.

*Paris*²², con la conseguente assunzione di una funzione pubblica da parte di un istituto cattolico privato e con l'obiettivo di formare mediatori tra le culture ed i culti.

L'evoluzione storica del progetto di formazione dei "mediatori" tra culti e culture

Nel tentativo di comprendere l'*iter* delineatosi nel processo di formazione dei *leaders* delle comunità religiose musulmane, invertendosi la precedente tendenza a considerare la stessa come un aspetto accessorio del funzionamento delle istituzioni religiose e divenuta, per contro, una prioritaria prerogativa dello Stato, si rivela di sicuro interesse prendere in considerazione l'avvicinarsi storico degli eventi che ha portato l'*Institut Catholique de Paris* a divenire il referente principale della formazione universitaria degli imam in Francia, accettando la sfida pedagogica e politica che lo Stato gli ha proposto.

Le iniziative del governo francese, finalizzate alla promozione di una formazione secolare e rispondenti all'esigenza dei pubblici poteri di avere interlocutori certi, sono state numerose, ma non sempre hanno dato i risultati sperati.

Tale esigenza si manifesta, in maniera cruciale, negli anni '90, e vede il delinearsi di due progetti di particolare rilievo.

Nel 1989, Ali Merad, storico del movimento riformista algerino, propone una formazione conciliante gli insegnamenti della tradizione malikita e le scienze umane.

Il secondo progetto presentato nel 1992 da Mohamed Arkoum, professore della Sorbonne, propone la creazione di un istituto che consenta all'Islam di beneficiare della "*libertà di pensare, scrivere e pubblicare, garantita dalla Costituzione, affinché i problemi vecchi e nuovi, inabbordabili nei paesi musulmani per ragioni politiche, possano formare oggetto di ricerca e di esame critico*"²³.

Entrambe le iniziative, però, non hanno avuto alcuna concreta realizzazione.

Nel maggio del 2003, in occasione della creazione del *Conseil Français du Culte Musulman* (CFCM), il Primo ministro Jean-Pierre Raffarin insiste nel suo discorso inaugurale sull'importanza per gli imam di esercitare il proprio

²² Per ulteriori informazioni sull'ateneo, cfr. il sito www.icp.fr.

²³ BERNARD GODARD e SYLVIE TAUSSIG, *Les musulmans en France. Courants, institutions, communautés: état des lieux*, op.cit., p. 155.

ministero sul territorio nazionale avendo una piena conoscenza delle realtà francesi.

In effetti, la prima missione devoluta al Consiglio è di occuparsi del reclutamento e della formazione degli imam. A ciò lavora una commissione di esperti nominata da Nicolas Sarkozy e presieduta da un accademico, Daniel Rivet, specialista del Marocco e direttore dell'IISMM²⁴ all'EHESS²⁵.

Ma se da una parte il ministro espone i suoi obiettivi, ovvero che gli imam parlino la lingua francese, che siano formati in Francia e che dispongano di un contratto di lavoro regolare con l'associazione di cui fanno parte, la "Commissione Imam", incaricata di provvedere alla creazione di una facoltà di teologia musulmana nel rispetto della legge del 1905, continua ad optare per una formazione che privilegi la storia delle correnti del pensiero musulmano (mistica, filosofia, arte, poesia), piuttosto che l'apprendimento dei valori repubblicani, non riconoscendo la preminenza particolare di una formazione secolare di alto livello universitario. Nonostante l'obiettivo di consentire ai futuri imam di affiancare alla loro formazione religiosa lo studio e la conoscenza della società francese, la previsione delle scienze umane musulmane non realizza ancora una rottura epistemologica sufficiente con gli insegnamenti della cultura islamica.

Malgrado gli ostacoli incontrati, nel 2004, Michel Laffont, consigliere del Ministero dell'Interno e Vianney Sevaistre, direttore dell'Ufficio Centrale dei Culti, organizzano un incontro con il rettore dell'Accademia di Parigi, Maurice Quenet, e il rettore della Moschea di Parigi, Dalil Boubakeur, presidente del CFCM. Entrambi i rettori decidono di promuovere un Diploma Universitario, la cui elaborazione viene affidata congiuntamente alle Università della Sorbonne: Paris IV per le scienze umane e Paris II per le scienze giuridiche. Ma la proposta di creare un progetto di formazione, denominato "Société et Civilisation de la France contemporaine" in seno all'università e aperto a tutti, in considerazione del divieto della legge del 1905 di organizzare in un istituto pubblico un insegnamento in funzione dell'appartenenza confessionale degli studenti, viene respinta a seguito del voto ostile del consiglio della vita universitaria della Sorbonne²⁶.

²⁴ *Institut d'études de l'Islam et des Sociétés du Monde Musulman*, creato nel 1999. Jacques Revel, presidente dell'*École des Hautes Études en Sciences Sociales* è stato incaricato dal ministero dell'Educazione nazionale di creare questo istituto scientifico di alto livello universitario.

²⁵ *École des Hautes Études en Sciences Sociales*.

²⁶ Alcuni professori ammettono di temere un eventuale proselitismo di tipo intellettuale e la conversione degli studenti della Sorbonne. Cfr. OLIVIER BOBINEAU, *Dieu et César, séparés pour coopérer?*, ed. Desclée de Brouwer, Paris, 2010.

Ancora nel 2005, nonostante il sostegno dei pubblici poteri, insegnanti delle università pubbliche statali, in nome della laicità e in qualità di funzionari dello Stato, rifiutano di accogliere studenti musulmani che aspirano a divenire quadri religiosi. Una tale tendenza, singolare rispetto all'orientamento tanto dell'Università della Sorbonne quanto delle altre università pubbliche che accettano di formare i ministri di culto delle altre confessioni religiose, nell'intento di completare la loro formazione teologica, non può che trovare giustificazione nel timore che un tale progetto possa favorire la conversione all'Islam degli studenti, nonché trasformare l'università pubblica in un teatro dei confronti tra le differenti sensibilità musulmane²⁷.

È dopo aver subito il rifiuto dell'università "pubblica" che le autorità politiche decidono di rivolgersi ad un *partner* universitario "privato": l'*Institut Catholique de Paris*, pronto ad accogliere la sfida della formazione repubblicana dei quadri culturali musulmani, creando un Diploma Universitario denominato "*Interculturalité, laïcité et religions*", in un'ottica di apertura e di dialogo e sul presupposto che ciò costituisca un importante strumento di integrazione repubblicana delle popolazioni musulmane²⁸.

È il 29 gennaio 2008, dinanzi ad un CFCM incapace di apportare il proprio contributo ad una questione da troppo tempo incompiuta, che all'*Institut Catholique de Paris*, presso la Facoltà di Scienze sociali ed economiche, ha inizio la prima formazione universitaria secolare per gli imam²⁹.

Ma il dialogo infruttuoso con le federazioni musulmane al fine di ottenere la loro adesione e il coinvolgimento degli studenti delle stesse in tale progetto non ha lasciato altra scelta che rivolgersi al protagonista storico ed indiscusso dell'Islam in Francia: la Grande Moschea di Parigi.

Il Presidente della più grande federazione musulmana in Francia (UOIF), Lhaj Thami, pur condividendo la necessità e l'urgenza di un tale progetto, ha insistito nel ritenere che la formazione degli imam rientra tra le competenze primarie della comunità che ne è interessata. In tale prospettiva, a conferma della tendenza manifestata e dell'azione condotta da detta comunità islamica nella prospettiva della formazione degli imam, si può ricordare l'*Institut Européen des Sciences Humaines* di Saint-Léger-sous-Beuvray, un piccolo comune del Morvan nel centro della Francia.

²⁷ Cfr. FRANK FRÉGOSI, *Les conditions d'exercice du culte musulmane en France*, FASILD, Paris 2003; AZZEDINE GACI, "Mettre l'Imam au centre de l'organisation du culte musulman", *Figaro*, del 30 agosto 2007.

²⁸ ALBERTO TOSCANO, *Corsi per imam nell'ateneo cattolico*, il Giornale.it del 30 gennaio 2008.

²⁹ JULIEN DURIEZ, « Les cadres musulmans » *apprivoisent la laïcité à la française*, in www.icp.fr.

Nel corso dell'intero *iter* formativo previsto da codesto istituto, ed i cui insegnamenti sono dispensati esclusivamente in lingua araba, si rileva una particolare attenzione per la conoscenza e l'approfondimento della cultura europea nell'ambito del corso di Studi Islamici, ove si contemplano materie come: Civiltà Occidentale, Psicologia, Relazioni internazionali, Sociologia. Tuttavia, molti degli studenti di detto istituto ritornano nei loro Paesi e pochi di loro esercitano la funzione di imam in Francia³⁰.

In ogni caso, l'instaurazione della suddetta formazione tripartita (Stato, ateneo universitario cattolico, mondo musulmano) contribuisce a far emergere il ruolo imprescindibile di mediazione e di responsabilità che i musulmani devono assumere nel «garantire l'identità religiosa dell'Islam nel rispetto delle leggi e delle altre fedi presenti in Francia per offrire così al resto del mondo l'esempio di un'armoniosa complementarità tra la cultura europea e la spiritualità islamica»³¹.

L'esempio francese: il diploma universitario "Interculturalité, laïcité et religions"

La formazione universitaria, denominata "*Interculturalité, laïcité et religions*", contempla tra i propri obiettivi prioritari la sensibilizzazione alle problematiche contemporanee della coesione sociale, dell'integrazione, della cittadinanza e dei valori della Repubblica francese, e dunque l'esigenza di comprendere come nelle società moderne, attraversate da questioni comunitarie, sia fondamentale promuovere una reale comprensione reciproca tra i differenti attori di una democrazia laica e sociale.

In base alla suddetta intesa, la Grande Moschea di Parigi propone ai suoi studenti, concluso il triennio di studi teologici presso il proprio *Istituto Al-Ghazàli*, di conseguire tale Diploma Universitario, che implica una formazione incentrata sulla persona e rispettosa delle diversità culturali e culturali; favorisce l'acquisizione di conoscenze e pratiche proprie dello Stato di diritto e conformi ai valori della Repubblica francese; promuove, nel rispetto delle identità comunitarie e non-comunitarie, una "*laicità aperta, stimolante, rispettosa delle convinzioni di ciascuno, ma anche esigente, vigilante, intransigente,*

³⁰ VALENTINA FEDELE, *L'evoluzione dell'imamato in Europa e l'inquadramento del personale religioso musulmano. Riflessioni sociologiche e problemi socio-politici a partire dall'analisi della formazione e dello status dell'imam nel contesto francese*, in www.jurajentium.unifi.it, 2010.

³¹ CO.RE.IS, *Islam in Europa*, n.18, 2001, p. 5, consultabile sul sito www.coreis.it.

*allorché i termini del patto comune sono in gioco*³²; favorisce la conoscenza e la diffusione della lingua e della cultura francese³³. Questa tappa linguistica, della durata di un semestre ovvero di un anno, si svolge in seno all'*Institut de Langue et de Culture Française*.

In considerazione degli obiettivi originali ed ambiziosi espressamente contemplati, questa formazione è stata promossa dall'*Institut Catholique de Paris* in stretta collaborazione con l'Ufficio Centrale dei Culti del Ministero dell'Interno da una parte, e la Direzione della Popolazione e della Migrazione del Ministero dell'immigrazione, dell'integrazione, dell'identità nazionale e dello sviluppo solidale dall'altra parte³⁴, in particolare con la competenza per quest'ultimo di Jean-Philippe Moinet, segretario dell'*Haut Conseil à l'Intégration* e consigliere alla DAIC³⁵, secondo il quale *“la laicità merita una pedagogia ed una trasmissione, soprattutto per coloro che provengono da*

³² FRANÇOIS FILLON, *Discours à la Grande Mosquée de Paris*, 18.09.2007 nel vol. OLIVIER BOBINEAU, *op. cit.*, p. 69.

³³ Il programma di formazione (400 ore di studio, di cui 210 ore di lezioni effettive ed il resto di esercitazioni), è articolato in quattro poli che offrono i seguenti insegnamenti: a) polo cultura generale: storia delle tre idee repubblicane rivoluzionarie (libertà, uguaglianza, fraternità), istituzioni e vita politica della Repubblica Francese, retorica (espressione scritta e orale); b) polo giuridico: diritto delle religioni, introduzione al diritto e alle istituzioni giudiziarie, diritti dell'uomo, economia e gestione dei culti; c) polo cultura religiosa: religioni, laicità, secolarizzazione, apertura ai mondi religiosi, pratiche musulmane nel quotidiano, religione e filosofia; d) polo interculturale: pratiche dell'interculturalità, politiche pubbliche d'integrazione, mediazioni interculturali. Il polo di cultura generale mira alla migliore conoscenza e comprensione delle dimensioni istituzionali e politiche della V Repubblica, nonché della storia politica francese in relazione agli altri regimi europei. Il corso di retorica è finalizzato a sviluppare la capacità di espressione orale e scritta degli studenti, permettendo loro così di divenire degli interlocutori credibili dei pubblici poteri. Il polo giuridico si propone di favorire l'apprendimento delle fondamenta del diritto che disciplina le istituzioni della Repubblica Francese, in una prospettiva teorico-pratica. Ha altresì l'obiettivo di presentare su un piano storico, sociopolitico e giuridico l'elaborazione delle norme disciplinanti i culti, le religioni e i movimenti spirituali presenti in Francia. Il terzo polo, quello di cultura religiosa, ha l'obiettivo di presentare storicamente e da un punto di vista sociologico le tendenze ed i mutamenti del fatto religioso nelle società moderne, di sensibilizzare gli studenti alle differenti culture ed ai mondi religiosi non musulmani, di presentare la vita quotidiana dei credenti musulmani in seno alla Repubblica francese. In particolare, si tratta di esaminare le relazioni stabilite dai musulmani, con le autorità e le amministrazioni pubbliche, locali e nazionali. Infine, il polo interculturale promuove una politica di cooperazione che si sostituisca alle logiche di diffidenza e concorrenza. Le politiche pubbliche di integrazione si sviluppano, in Francia come in Europa, attorno ad una medesima questione: come vivere insieme nella diversità, nel rispetto degli altri e dei valori comuni. Il corso si svolge da ottobre a giugno e prevede 36 settimane di lezioni ed 11 ore di lavoro per settimana. Cfr. OLIVIER BOBINEAU, *Former des imams pour la République. L'exemple français*, *op.cit.*, pp. 95-106.

³⁴ Cfr. JEAN-CLAUDE GALLI, «*Les coulisses de l'université des imams à la française*», in *France-Soir*, 25 ottobre 2010.

³⁵ Direzione dell'Accoglienza, dell'Integrazione e della Cittadinanza del Ministero dell'Immigrazione e dell'Integrazione.

*paesi dove questo principio proprio della cultura francese non rappresenta un referente*³⁶.

Peraltro, il previsto programma di formazione non limita l'apprendimento al solo aspetto teorico, ma si sviluppa nell'intento di formare dei mediatori capaci di sviluppare ragionamenti pragmatici nell'ambito delle situazioni complesse che la società odierna presenta. Ne consegue l'attenzione particolare allo studio ed all'analisi dei casi pratici, presentati da esperti esercitanti la professione di avvocato, consigliere ministeriale ovvero di alto funzionario. Questa esperienza inedita, in cui i professori, protagonisti culturali e politici, si incontrano, scambiano e costruiscono, è eccezionale e produttiva nella misura in cui ciascuno consegna all'altro il proprio modo di pensare e riflettere, in un'ottica di arricchimento di un progetto della società, qual è l'Islam di Francia³⁷.

È la stessa Francia repubblicana ad essere la pietra angolare del Diploma Universitario dell'ICP: l'*équipe* è formata da diciassette professori, insegnanti in altre università pubbliche e formati in grandi scuole come l'*Institut d'Études Politiques*, selezionati dal decano della FASSE, dal direttore del CRP³⁸, e dal direttore dell'*Institut de Sciences Politique* e del DU, Oliver Bobineau. La scelta di tale collegio rappresenta un ulteriore punto di rottura metodologica con i due tentativi esperiti dall'IISMM a l'EHESS e dalla Sorbonne, dove i principali protagonisti del progetto di formazione complementare degli imam erano degli universitari aventi una formazione "classica" con ambiti di ricerca collegati all'islamologia.

Il programma propone come sbocco lavorativo la possibilità di concorrere ai posti di cappellano previsti dall'art. 2 della legge del 1905, e a pagamento e l'iscrizione è aperta a studenti in possesso del diploma di baccalaureato.

Si tratta, comunque, di un diploma universitario indirizzato non solo agli imam, ma anche ad operatori ed educatori sociali, insegnanti e studenti che sono interessati o che debbono confrontarsi con le problematiche interculturali e religiose.

Ne consegue una "*politica spirituale*", due termini antinomici associati

³⁶ Come afferma Jean-Philippe Moinet, "*Être né en France ne signifie pas inéluctablement avoir comme principal référent la culture française et ses valeurs républicaines*".

³⁷ Il primo ciclo di tale Diploma Universitario è stato frequentato da 25 studenti (22 uomini e tre donne). Di essi 13 erano francesi e gli altri provenivano da Marocco, Algeria, Turchia e Mauritius. Sei tra gli studenti erano cappellani (2 presso le forze armate e 4 cappellani presso carceri e ospedali), 2 animatori ed assistenti sociali, 2 imam, 3 pensionati, altri impegnati in attività di volontariato. Gli iscritti del secondo anno sono stati 24, tra cui 6 donne. Cfr. <http://www.icp.fr/fr/Organisme/Faculté-de-Sciences-Sociales-et-Economiques-FASSE/Formations-et-diplomes/DU-Interculturalité-Laïcité-Religions>.

³⁸ Centre de Recherche sur la Paix - Institut Catholique de Paris.

da Jean- Baptiste de Foucauld³⁹, che non ha precedenti e che ha suscitato reazioni e richiamato l'attenzione di tutti i Paesi del mondo. Una politica che si propone come strumento di comprensione interculturale, ovvero comprendere l'altro nella sua cultura proponendo ugualmente i valori della Repubblica francese⁴⁰.

Allo stesso tempo, i radicali ed estremisti, tanto del mondo musulmano quanto del mondo cattolico, così come i portatori di una "laicità integrale", non esitano a contrastare questa iniziativa. Di conseguenza, i *partners* di tale progetto devono far fronte a delle opposizioni provenienti dal proprio "mondo".

Proprio perché fondamentalmente e radicalmente paradossale, sostengono i suoi fondatori, questa esperienza formativa universitaria perdura ed ottiene importanti risultati⁴¹.

In particolare, uno dei paradossi principali che caratterizza questa iniziativa è che per quanto sia regola generale l'insegnamento del fatto religioso nella scuola pubblica, la formazione "*Interculturalité, laïcité et religions*" dispensa insegnamenti secolari all'interno di un istituto religioso privato. Una circostanza che ha implicato non poche difficoltà agli ideatori di tale progetto, non essendo abituale proporre degli insegnamenti secolari, dispensati da soli laici, all'interno di un ateneo cattolico ed aventi come destinatari quadri culturali di confessione musulmana.

Tra i propositi previsti per migliorare tale progetto è contemplata l'apertura di tale formazione a tutti gli studenti. In effetti, questa formazione accoglie prioritariamente e per il momento gli studenti di confessione musulmana, studenti che non trovano un luogo di formazione alternativo per divenire quadri culturali. Si considera altresì inevitabile lo sviluppo di una tale formazione su tutto il territorio della Repubblica, facendo tesoro delle conquiste pedagogiche e degli obiettivi raggiunti attraverso la formazione pioniera offerta dall'ICP.

³⁹ JEAN-BAPTISTE DE FOUCAULD, *Les trois cultures du développement humain*, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 345-346.

⁴⁰ I giornalisti della stampa estera si sono interessati fortemente a tale formazione, divenuta oggetto di grande interesse mediatico. Adirittura, l'Ambasciata degli Stati-Uniti, particolarmente affascinata da tale progetto, consente al direttore del Diploma Universitario, accompagnato da uno studente e da un professore, di andare 15 giorni all'anno a Washington e New York per studiare ciò che accade nell'Oltre-Atlantico, inserendosi così nell'esperienza francese. Cfr. OLIVIER BOBINEAU, *Former des imams pour la République*, cit., pp. 35-36.

⁴¹ In particolare, la buona riuscita della formazione intrapresa all'Institut Catholique de Paris ha contribuito all'apertura di corsi di studi religiosi per gli imam presso due università statali: l'Ateneo di Rennes e di Aix- Marseille.

Occorre segnalare, a tale proposito, i diversi tentativi di istituire all'interno dell'Università di Strasburgo corsi di sociologia, di storia, di civiltà o di teologia incentrati sull'Islam, nell'ottica di promuovere una formazione degli imam in termini religiosi ed anche secolari. In particolare, il progetto di creare un corso di teologia musulmana, anche se più volte riproposto, non ha ancora avuto alcuna concreta realizzazione. Per contro, nelle medesima prospettiva, sono nati nel settembre del 2006, l'Istituto *Avicenne* a Lille e il Centro *Shâtibî* a Lyon⁴².

A ciò si aggiunga l'errore di concentrare l'attenzione esclusivamente sulla figura dell'imam e sulla sua formazione, confermandosi la tendenza dominante a considerare l'imam, in qualità di guida dei fedeli, come l'unico attore sociale da formare, a detrimento degli uomini e delle donne che "fanno" la vita comunitaria. Non è sufficiente pensare alla sola formazione dell'imam, in qualità di referente religioso di una comunità musulmana, e dunque come protagonista principale della trasmissione all'insieme dei fedeli della cultura francese. Piuttosto si prospetta quale passaggio ulteriormente indispensabile quello di creare le condizioni che favoriscano la formazione anche di coloro che operano attorno all'imam, e che in quanto depositari di cultura, debbono poterla distribuire ai membri delle loro famiglie e dei loro gruppi di appartenenza.

Come ulteriore proposito, si delinea quello di favorire l'instaurazione di tale corso di formazione anche nelle Università statali al fine di selezionare guide spirituali musulmane che promuoveranno l'integrazione ed il rispetto delle regole democratiche.

Considerazioni conclusive

La cooperazione inedita tra l'Islam, l'Istituto Cattolico di Parigi e la Repubblica francese riflette palesemente la concezione aperta della laicità, di cui sono portatori i *partners* coinvolti in tale progetto.

In particolare, essa trova il suo fondamento nella concezione, tanto del Presidente francese Sarkozy quanto del Papa Benedetto XVI, della religione quale forza positiva e propulsiva per la costruzione della società civile e politica.

Come afferma Papa Benedetto XV: *"Il patrimonio di principi e di valori*

⁴² MOHAMMED MOUSSAOUI, *La formation des cadres religieux musulmans en France: défis et perspectives*, in atlasinfo.fr

*espressi da una religione autentica è una ricchezza per i popoli e i loro ethos. Esso parla direttamente alla coscienza e alla ragione degli uomini e delle donne, rammenta l'imperativo della conversione morale, motiva a coltivare la pratica delle virtù e ad avvicinarsi l'un l'altro con amore, nel segno della fraternità, come membri della grande famiglia umana*⁴³. *“Nel rispetto della laicità positiva delle istituzioni statali, la dimensione pubblica della religione deve essere sempre riconosciuta. A tal fine è fondamentale un sano dialogo tra le istituzioni civili e quelle religiose per lo sviluppo integrale della persona umana e dell'armonia della società”*⁴⁴.

Tale esperienza di formazione non è senza precedenti, se si considera che è in forza dello stesso principio che la laica Francia ha sovvenzionato l'insegnamento di Scienze Religiose nelle Facoltà cattoliche sin dagli anni '70 del secolo scorso, nonché nelle Facoltà protestanti e ortodosse⁴⁵.

Nel contempo, le rivendicazioni dei musulmani di nazionalità francese mettono in evidenza l'esigenza di porre in essere un'azione istituzionale che possa costruire la nuova relazione tra l'Islam e la Repubblica Francese, anche e soprattutto al fine di favorire la pacifica coabitazione delle culture⁴⁶.

La situazione si complica quindi, a causa della natura particolare delle relazioni che lo Stato mantiene con le religioni, nel quadro della Costituzione. Infatti, la Repubblica francese non è stata fondata su di un'etnia, una lingua e su una cultura, ma sul *“voler vivere insieme”* secondo i principi di libertà, uguaglianza e fraternità sanciti dalla Costituzione.

Un'importante sfida si profila per i musulmani, i pubblici poteri e la società francese: riuscire a rappresentare i musulmani come cittadini della Repubblica. Un traguardo rilevante per tale formazione che, promossa dallo Stato e realizzata dall'*Institut Catholique de Paris*, dimostra che non esiste alcuna incompatibilità tra i valori della Repubblica francese e i musulmani di Francia.

Tenendo conto della presenza di circa 2.000 luoghi di culto musulmano

⁴³ Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso ai Rappresentanti di altre religioni del Regno Unito* (17 settembre 2010): in *L'Osservatore Romano* (18 settembre 2010), p.12.

⁴⁴ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la giornata della pace, in La Società. Studi, ricerche e documentazione sulla Dottrina Sociale della Chiesa*, 1/2011, pp. 130-146.

⁴⁵ PATRICK VALDRINI, *“Note concernant les subventions étatiques aux «facultés ecclésiastiques» en France»*, in *L'année canonique*, 46, 2004, p. 239-244; ID., *«Enseigner la théologie en régime de laïcité. Le cas de la France»*, in *Une République, des religions. Pour une laïcité ouverte*, Les Éditions de l'Atelier, Paris, 2003, pp. 117-127.

⁴⁶ ANNE-BÉNÉDICTE HOFFNER, *« Les questions en débat sur l'islam de France»*, in *La Croix* del 2 aprile 2011.

e di altrettanti imam, la conoscenza della società francese e delle sue istituzioni diviene condizione necessaria perché l'imam possa rispondere alla sua funzione di "mediatore" nel contesto sociale, politico ed economico in cui opera.

È importante riflettere sull'esperienza di Parigi, indirizzata ad offrire conoscenze e nozioni di natura secolare, affrontando temi non soltanto nei loro profili teorici ma anche nei loro risvolti concreti, attraverso il contributo di persone che possano portare una conoscenza diretta dei problemi che si presentano ai musulmani nella propria vita quotidiana e nell'esercizio del proprio culto, e ciò nella prospettiva di riuscire a guidare concretamente la propria comunità. Apprezzabile l'impegno dei musulmani di conoscere le altre religioni e la stessa storia della Francia; per contro, si profila il desiderio da parte degli stessi che anche le altre confessioni religiose facciano lo stesso con l'Islam.

Si delinea, in Francia, una proficua interazione tra realtà politico-istituzionali e rappresentanze islamiche che operano in ambito religioso e culturale, interazione che merita di essere seguita con particolare interesse nel tentativo di condurre progressivamente il culto musulmano a dotarsi di un'organizzazione sempre più coerente. Siamo davanti ad un incontro di civiltà complesse che richiede un lavoro profondo per arrivare a ciò che Felice Dassetto definisce "co-inclusione reciproca", affinché l'identità di ogni parte si costruisca includendo la relazione con l'altro⁴⁷.

Un'iniziativa singolare, in ogni caso, che continua a riflettere il ruolo strategico della Francia non solo nel panorama della politica nazionale, ma anche e soprattutto in quello della politica internazionale.

È la presenza degli attuali e dei futuri cittadini europei a divenire oggetto di attenta analisi, cercando di individuare le possibilità concrete che permettano ai musulmani della Francia, e dell'Europa in generale, di coniugare la piena dignità della loro fede con i valori della cittadinanza⁴⁸. Una cittadinanza che si riconosce all'interno di una società multietnica e pluriconfessionale, ed allo stesso tempo ancorata ai principi di libertà

⁴⁷ FELICE DASSETTO, *La construction de l'islam européen: approche socio-anthropologique*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 123-136.

⁴⁸ GIANFRANCO MACRÌ, *Islam, rappresentanza degli interessi religiosi e diritto comune europeo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2008, rimarca che: «Ci troviamo, innanzitutto, di fronte a soggetti provenienti da paesi (non sempre pluralisti e organizzati in forma democratica) che reclamano la possibilità (libertà) di seguire e vivere pubblicamente le proprie tradizioni, che non riguardano solo la soddisfazione dei bisogni connessi alla loro identità religiosa, ma anche abitudini di natura alimentare, nonché l'abbigliamento, i rapporti interpersonali, la documentazione sul permesso di soggiorno, il reperimento di un'abitazione decorosa, l'assistenza sanitaria, etc.», pp. 4-5.

religiosa e di fedeltà all'ordinamento giuridico vigente.

La presenza della realtà musulmana spinge a superare i limiti del modello di cittadinanza, e a promuovere una circolarità virtuosa tra integrazione e rispetto delle differenze, tra processi di inclusione e riconoscimento delle identità, delle quali la componente di cultura e religione è parte consistente.

L'istituto del waqf nel diritto islamico

ROSA ANNA PELLICCIA

1. *Premessa*

Per la peculiare commistione tra pubblica utilità e religione, il *waqf* rappresenta un'istituzione fondamentale del mondo islamico, seppure il suo ruolo sia cambiato nel tempo¹.

Lo studio del *waqf* ha suscitato particolare attenzione negli studiosi occidentali sotto il profilo normativo, in rapporto sia alla *zakat* coranica e le altre forme di elemosina volontarie, sia al sistema di *welfare state* a cui spesso è accomunata l'istituzione degli *awqaf*.

2. *Il significato di waqf nella storia*

Con il termine *waqf*, dalla radice araba w-q-f (lett. fermare, immobilizzare), si indica una fondazione caritatevole, che ha come scopo precipuo la conservazione di beni e la loro inalienabilità². Nel particolare, si tratta di una forma di *sadaqah*, sempre volontaria come il *waqf* ma duratura, che garantisce al contempo una ricompensa al donatore. Per questa ragione le fondazioni vengono definite talvolta come *sadaqah jariyah*³.

Il celebre *imam* tunisino Ibn Arafa definì l'istituto quale "donazione

¹ " *Le waqf est considéré par beaucoup comme une institution spécifiquement musulmane, car il constitué le fondement de la vie socio-économique des sociétés islamiques*" AA.VV., *Le waqf dans le monde musulman contemporain: fonctions sociales, économiques et politiques. Acte de la Table Ronde d'Istanbul 13-14 novembre 1992*, Institut français d'études anatoliennes, Istanbul, 1994 p. 119.

² Cfr. DANIELA PIOPPI, *Declino e rinascita di un'istituzione islamica. Il waqf nell'Egitto contemporaneo*, La sapienza orientale, Roma, 2006 p. 20;

³ Cfr. AA.VV., a cura di MAMOUN AMOUN ABUARQUB, ISABEL PHILLIPS, *Il concetto di umanitarismo nell'Islam in L'umanitarismo nel mondo musulmano. Una breve storia*, tratto da www.islam-online.it, p. 1;

dell'usufrutto su di un bene per una durata pari a quella del bene stesso, rimanendo la nuda proprietà al suo fondatore per tutta la durata della sua vita⁴. Pertanto, colui che istituisce un *waqf* cede solo l'usufrutto sulla cosa e non la proprietà della stessa, restando tuttavia vincolato a destinarne i proventi ad attività pubbliche.

Il significato di *waqf* non compare nel Corano, per questo è stato possibile delinearne la *ratio* solo attraverso la *Sunna* profetica. Il più importante riferimento è contenuto nell'*hadit* che si fa risalire all'autorità di Ibn 'Umar, figlio del califfo Umar Ibn al- Khattab⁵.

La *ratio* che è alla base dell'istituto è da ascrivere infatti alla volontà di rispettare le prescrizioni coraniche che obbligano al raggiungimento dell'equità nella distribuzione delle ricchezze. Secondo la *Shari'ah* la ricchezza materiale è null'altro che un mezzo per servire Dio, tramite il sostentamento e l'assistenza dei più deboli.

I giuristi musulmani riconoscono di comune accordo l'assenza dell'istituto del *waqf* in epoca preislamica; tale pratica si sarebbe sviluppata solo dopo la morte del Profeta Maometto, durante il primo secolo dell'Egira. Ancora dibattuto resta, invece, il momento in cui l'istituto ha acquisito una veste propriamente giuridica, che molti fanno risalire tra il II e il III secolo⁶.

L'istituto del *waqf* cominciò a diffondersi ampiamente in tutto il mondo islamico non soltanto in ragione della forte volontà di eseguire le prescrizioni coraniche in materia di beneficenza⁷, ma piuttosto a motivo degli incentivi che dalla costituzione di tali fondazioni derivavano. Più specificatamente, la costituzione di un *waqf* garantiva un patrimonio duraturo e lontano dal pericolo di confisca da parte dello Stato.

In definitiva, il *waqf* rappresentava, e rappresenta tuttora, uno strumento importante per il finanziamento delle opere pubbliche collegate alle istituzioni religiose. La più comune di queste è senza dubbio la moschea. Tali luoghi

⁴ “*Une donation de l'usufruit d'un bien pour une durée égal à celle de la chose; la nue propriété reste au donateur réellement pendant sa vie*”, LOUIS MILLIOT, *Introduction a l'etude du droit musulman*, Sirey, Parigi, 1971, p.537;

⁵ Si narra, infatti, che 'Umar, chiedendo al Profeta come utilizzare i proventi di un terreno molto prezioso da lui acquistato, si sentì rispondere che avrebbe potuto dedicare i suoi frutti ad opere di carità, ottenendone, a suo legittimo piacimento una ricompensa per sé e per il suo lavoro. Cfr. RUDOLPH PETERS, *Waqf in classic islamic law*, in *Encyclopedia of Islam*, EI II ed, Leiden, New York, 1960, p. 109;

⁶ Opinione unanime esiste in merito alla nascita del *waqf*; rispetto alla sua vestizione giuridica cfr. RANDI DEGUILHEM, *Le waqf dans l'espace islamique outil de pouvoir socio-politique*, *Institut français de Damas*, Damas, 1995, p. 29; LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 543; DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p.9.

⁷ Cfr. LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 543; Corano (IX, 60);

di preghiera venivano organizzati grazie agli *awaqf* per accogliere un gran numero di fedeli ed erano dotati di cucine attigue per sfamare ogni giorno centinaia di pellegrini.

Le donazioni del *waqf* venivano destinate anche alla costruzione di scuole ordinarie, dal momento che l'istruzione rivestiva, e riveste, ancora oggi, un'importanza fondamentale nella dottrina e nella pratica islamica. Tra queste vi erano una sorta di case-scuola per i bambini orfani, poiché servivano come luogo di istruzione ma anche come appoggio per coloro che avevano perso la propria famiglia⁸.

A questo si aggiungono una vasta gamma di servizi pubblici ed attività, che oggi definiremmo di *welfare*: lo scavo di pozzi idrici, la costruzione di abitazioni per coloro che non possono permettersi di pagare un fitto, la manutenzione di ponti e di strade pubbliche, la costruzione di cimiteri e di ospedali.

In molti Paesi poveri come il Sudan, il Pakistan e il Bangladesh, infatti, le donazioni degli *awaqf* vengono ad oggi investite per la costruzione di pozzi e di strutture per la purificazione dell'acqua.

In realtà, sembra facile immaginare che gran parte delle opere pubbliche, così come elencate, siano spesso edificate e mantenute dalle famiglie più ricche; per questo motivo, nei centri urbani musulmani, il *waqf* si dimostra l'unico strumento, o almeno il più idoneo, attraverso il quale i governatori riescono a garantire ai propri cittadini i servizi pubblici basilari⁹.

L'istituto del *waqf*, dunque, rappresenta un chiaro strumento di politica sociale, che tuttora contraddistingue il mondo islamico, e ciò si evidenzia attraverso l'istituzionalizzazione di appositi Ministeri ad esso dedicati.

⁸ Nell'Islam, la cura degli orfani riveste un'importanza fondamentale, oltre ad essere un preciso dovere religioso, a motivo anche dell'assenza dell'istituto dell'adozione. L'attenzione per gli orfani è evidente nei versetti coranici, cfr. Corano (IV,2, 10; II, 220).

⁹ "Secondo la dottrina musulmana, infatti, il potere temporale non aveva il dovere di assistere i poveri (per questo esisteva la *zakât* coranica) ma solo quello di assicurare l'ordine pubblico e di proteggere i credenti. (...) " In effetti, alcuni studi stanno dimostrando che la cooptazione delle élites locali è stata tra gli obiettivi primari delle scelte dei governi in questo settore, in quanto i benefici profusi sui notabili attraverso i *waqf* possono essere considerati come ricompensa data alle élites stesse in cambio dei servizi forniti alle autorità centrali" Vedi GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 318-320.

3. Profili giuridici e amministrazione

Sotto il profilo strettamente giuridico, il *waqf* costituisce una categoria che si interpone tra la proprietà demaniale (*kharadj*) e la proprietà privata (*milk*)¹⁰.

Il fondatore di un *waqf* prende il nome di *waqif*¹¹. Secondo il diritto islamico, ha la capacità giuridica di costituire una fondazione pia chi è in possesso di determinati requisiti quali la maggiore età, la libertà, la sanità mentale e la capacità di saper amministrare affari legali. In origine, le leggi musulmane sanzionavano la costituzione di un *waqf* il cui fondatore non fosse stato di religione musulmana. Oggi, è generalmente ammessa tale possibilità per i cristiani ed ebrei, purché rispettino l'obbligo di destinazione dei proventi a fini caritatevoli¹².

Da un punto di vista rigorosamente giuridico, se da un lato sembra essere chiara la distribuzione e l'utilizzo delle rendite, dall'altro non vi è opinione comune sullo statuto della nuda proprietà. Secondo la scuola *hanafita*, infatti, il fondatore di un *waqf*, decidendo di vincolare alcuni dei suoi beni a fini caritatevoli, sceglie implicitamente di spogliarsi del possesso su di essi in modo definitivo, pur non trasferendolo a nessun altro soggetto giuridico; il bene viene quindi consacrato a Dio¹³. L'orientamento *malikita* sembra invece ritenere che permanga in capo al donatore e ai suoi eredi il diritto di nuda proprietà del bene oggetto di *waqf*, senza tuttavia poterne liberamente disporre¹⁴.

Solitamente, solo i beni immobili possono diventare oggetto di un *waqf*; tuttavia un'evoluzione interpretativa in tal senso ha visto nascere la possibilità che in alcuni casi specifici anche beni mobili possano essere inclusi nella categoria.

La scuola *hanafita*, in particolare, condannava espressamente le fondazioni pie su beni mobili in ragione del fatto che tali beni fossero deteriorabili e per-

¹⁰ LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 537.

¹¹ Per approfondimenti sulla figura del *waqif* vedi RANDI DEGUILHEM, *op. cit.* p. 329.

¹² In tale ultima circostanza il fondatore del *waqf* si definisce un protetto (*dimmi*). Cfr. "Il est généralement admis qu'une constitution, bien qu'émanant d'un infidèle chrétien ou juif, peut être considérée comme valable, si le but poursuivi par le constituant est agréable à Dieu, que l'on se place ou point de vue de la religion de l'infidèle ou au point de vue de la religion musulmane; s'il s'agit, par exemple, de la construction d'un hospital, d'un asile, d'un pont, d'une route." LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 545; sulla capacità di costituire una fondazione; DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 21.

¹³ Cfr. LOUIS GARDET, *La città musulmana*, Vrin, Parigi, 1969, p. 56.

¹⁴ Cfr. LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 538.

tanto non idonei a garantire il carattere della perpetuità nella destinazione di proventi¹⁵. Tale orientamento è poi stato superato relativamente a quei beni, seppure mobili, che fossero collegati alla proprietà immobiliare oggetto della fondazione, ad esempio i mezzi agricoli che appartengono al fondo.

Continuano quindi a non poter costituire oggetto di *waqf* i beni soggetti a deterioramento o a consumazione, come quelli alimentari; dubbi sorgono invece rispetto a materiali come oro e argento in considerazione del divieto di ricavare interesse dal denaro imposto dal diritto islamico.

Al momento della fondazione, il *waqif* registra su di un documento tutti i beni oggetto del *waqf*. È tale dichiarazione, irrevocabile, a costituire propriamente l'atto di fondazione. È da questo momento che il fondatore non è più pieno ed esclusivo proprietario dei beni, né può dirsi che li possieda; essi ritornano ad essere di proprietà di Dio e vengono amministrati in Suo nome.

L'atto di fondazione del *waqf* non è soggetto a particolari formalità secondo la scuola *malikita*, che non prevede alcuna condizione formale a pena di nullità. Secondo il rito *hanafita*, invece, la costituzione di una fondazione pia è un atto solenne, che presuppone quindi l'intervento obbligatorio del *qadì*, in qualità di giudice e conciliatore nominato per la risoluzione delle eventuali controversie in materia di amministrazione e controllo, nonché controllore della corretta destinazione dei beni del *waqf*.

È il *waqif* a scegliere i *mutawalli* che amministreranno i beni ed in che modo la loro rendita verrà distribuita; è lui che li nomina ed è sempre lui a decidere i criteri di selezione per gli amministratori successivi. Chi gestisce il *waqf* ha diritto ad ottenere una percentuale sui proventi, quale corrispettivo per le prestazioni rese; al tempo stesso, però, risponde del suo operato al *qadì*¹⁶, che è anche tenuto, come già detto, a verificare la corrispondenza con la destinazione prevista al momento della costituzione della fondazione. I più importanti amministratori degli *awqaf* furono storicamente i discendenti egli stessi fondatori o, soprattutto nell'epoca ottomana, i vertici nella gerarchia

¹⁵ "Était donc valable le wakf des esclaves, des machines, des outils aratoires attachés au fonds de babous" LOUIS MILLIOT, *op cit.*, p. 547.

¹⁶ Sulla figura del *qadì* vedi ORSETTA GIOLO, *Il ruolo dei giudici e il funzionamento della giustizia nei paesi arabo-musulmani*, in *Jura Gentium - rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2007, tratto da www.juragentium.unifi.it, p.1; cfr. AHMAD 'ABD AL-WALIYY VINCENZO, *Islam, l'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2002, pp. 136-141; "Conflicts between the mutawalli and the beneficiaries are almosto in the nature of things. In theory, the mutawalli is bound by the desires of the founder, but in practice he has a great deal of independence in the management of the property, and the amount of institutionalised control over his actions is limited" AA.VV., *Le waqf dans le monde musulman contemporain*, *op. cit.*, p. 162.

degli *Ulama*, o i rappresentanti delle istituzioni religiose di prestigio come lo *Sayb al-Azbar* in Egitto¹⁷.

È possibile, secondo la scuola *malikita*, che la costituzione di un *waqf* sia sottoposta a condizione o a termine, ovvero è possibile e legittimo che il fondatore imponga ai beneficiari determinate obbligazioni, purché non si tratti di attività illecite. La contraddizione in termini tra perpetuità della fondazione caritatevole e termine di estinzione è evidente, tuttavia si spiega con l'evoluzione storica che ha caratterizzato l'istituto.

Nella storia del *waqf*, la prima forma di fondazione pia si riporta ad una pratica non ancora istituzionalizzata, definita *sadaqah mawquf*, ovvero una donazione temporanea in favore di un numero molto limitato di persone che terminava al momento della loro morte. «*Il termine mawquf, participio passato della stessa radice di waqf ha il significato di "sospeso" e solo successivamente indicherà i beni trasformati in waqf*¹⁸».

Nacquero successivamente le fondazioni private, dette anche familiari, perché i proventi erano destinati ai soli componenti della famiglia del fondatore; e gli *awqaf mustarak*, ovvero le fondazioni miste, con destinazione in parte pubblica ed in parte privata. Quasi del tutto scomparse le fondazioni private, resistono tuttora gli *awqaf* cosiddetti ibridi.

Le fondazioni permanenti hanno, invece, gradualmente rivestito una propria forma giuridica, trasformandosi da prassi ad istituzione di diritto, fino a diventare oggi la categoria predominante. In Turchia esiste la banca *al-waqf*, i cui investimenti nel settore della beneficenza costituiscono obbligazioni con garanzia dello Stato; in Algeria il decreto 89-99 del 27 giugno 1989 ha istituito il Ministero degli affari religiosi e degli *awqaf*; in Marocco esiste il Ministero del *Habous*¹⁹.

Rispetto al passato si è accentuata la dimensione urbana dell'esperienza associativa e caritatevole: attualmente la maggiore concentrazione delle fondazioni è nelle città; il contesto diventa più "statale", variando, come vedremo di seguito, di Paese in Paese la disciplina per l'amministrazione degli *awqaf*²⁰.

¹⁷ DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Cfr. DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹ Cfr. DANIELA PIOPPI, *op. cit.* p. 113; per le riforme più attuali vedi www.abulbarakat.wordpress.com.

²⁰ Cfr., ORSETTA GIOLO, *L'associazionismo civile nei Paesi arabo-musulmani del Mediterraneo*, in *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, tratto da www.juragentium.unifi.it, p. 2.

4. *Gli awqaf familiari*

Il *waqf ahli* era una fondazione familiare, una figura ad oggi quasi del tutto scomparsa, definita anche privata poiché i proventi non erano destinati a scopi di pubblica utilità, ma rimanevano all'interno dell'ambito familiare. Beneficiari del *waqf* diventavano i soli membri della famiglia ed i loro eredi. Nel particolare, però, solo coloro che venivano indicati dal fondatore ne usufruivano.

In effetti, secondo il diritto musulmano tradizionale, un individuo può disporre liberamente soltanto di un terzo dei propri averi; pertanto, attraverso la costituzione di una fondazione familiare si raggiungeva la possibilità legale di designare i beneficiari e di scegliere i beni da attribuire ad essi, contravvenendo, seppur legittimamente, alle disposizioni testamentarie.

La disciplina islamica delle successioni è molto severa ed è difficile contravvenire ad essa nell'intento di modificare le posizioni legali degli eredi, o a maggior ragione, di diseredare alcuni di essi, poiché tanto i motivi di ingresso che quelli di esclusione dall'asse ereditario sono scrupolosamente indicati dalla legge. Tuttavia, è proprio a motivo di tale rigidità che nella prassi sociale si faceva sempre più spazio il *waqf* privato, attraverso il quale sarebbe stato lecito e possibile ciò che per legge rimaneva vietato. Un *escamotage* molto valido, poiché le fondazioni rimanevano atti formalmente leciti.

Le qualità di erede e di legatario, per il diritto islamico delle successioni, non possono essere cumulate, poiché in tale circostanza il lascito all'erede sarebbe nullo²¹. Attraverso il *waqf* familiare era invece possibile privilegiare un figlio ancorché a svantaggio degli altri, scardinando così l'ordine legale delle successioni.

Molto spesso la costituzione di un *waqf* serviva a riequilibrare una situazione *quo ante* che vedeva economicamente privilegiato uno solo dei figli, magari colui che era costato maggiori sacrifici alla famiglia per motivi di studio; in tale circostanza la sua quota di donazione sarebbe stata inferiore rispetto a quella degli altri fratelli. Posizione, quest'ultima, illegittima per il diritto di eredità islamico che vede, invece, un'eguale ripartizione delle quote sulla base di un preciso ordine di successione²².

²¹ LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 541;

²² "Si eredita solo o sulla base di una legittima determinata oppure sulla base di un legame di sangue (*qurba*) o sulla base di in titolo di acquisto (*asbab*), come è il vincolo matrimoniale e quello del patronato. La negazione dell'agnazione mette in primo piano un'altra regola: il principio della prossimità, secondo il quale il più prossimo tra i *dawu' l-arbam* ha diritto all'eredità ad esclusione del più remoto, anche se è un agnato. Così la figlia è più prossima del figlio del figlio del figlio, del figlio dello zio

Per lo stesso ordine di ragioni, gli *awqaf* privati soddisfacevano anche la volontà di superare le consuetudini radicate nella società islamica che tuttora impediscono alla donna di entrare a far parte dell'asse ereditario alla pari di un uomo. Tuttavia, bisogna considerare gli obblighi finanziari che incombono in capo all'uomo durante il matrimonio. L'opinione più diffusa sarebbe infatti quella secondo cui gli *awqaf* familiari costituivano la sola possibilità di contravvenire alle quote fissate per la successione che il diritto islamico stabilisce²³. Tali quote sono disposte secondo un ordine di precedenza che va dal parente più prossimo al *de cuius*, ai restanti²⁴.

Motivi di qualificazione come erede (*warit*) sono la consanguineità, il matrimonio e la clientela in un ordine prestabilito nelle sue linee essenziali dallo stesso Corano. E così come la legge islamica stabilisce le quote in materia di eredità, altrettanto dettagliatamente vengono definiti i motivi di esclusione dall'asse ereditario, tra i quali rientrano l'essere schiavo, la disparità di culto e talvolta anche la differenza di domicilio.

Se a questo si aggiunge che le disposizioni testamentarie non sono limitate che alla nomina del *wasì*, ovvero dell'esecutore testamentario, e alle disposizioni di ultima volontà²⁵, allora si comprenderà più facilmente la difficoltà che si incontrava nel voler cercare di contravvenire alle leggi di successione, se non attraverso l'istituto del *waqf* privato.

In questo modo, tutte le donazioni per *waqf* avvenivano lecitamente e difficilmente venivano contestate dai parenti interessati poiché rimanevano segrete fino alla morte del donatore.

Secondo altri autori²⁶, tuttavia, scopo di tale fondazione sarebbe stato anche quello di conservare il patrimonio delle famiglie più agiate; in tal modo si potevano evitare le espropriazioni da parte dello Stato e non si era soggetti ad alcuna tassazione.

Gli *awqaf* familiari, in quanto fondazioni istituite in nome di Dio, non

paterno, dello stesso zio paterno, in quanto essa si ricollega direttamente al de cuius, mentre gli eredi sopraccitati si ricollegano a lui mediante altri eredi, cosicché tra il de cuius e questi parenti vengono ad esserci alcuni gradi di parentela intermedi". Cfr. AGOSTINO CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche ismalita e imamita. Casistica*. IPO, Roma, IUO, Napoli, 1993, p.16.

²³ Cfr. LOUIS MILLIOT, *op. cit.*, p. 542, a proposito del rapporto tra leggi di successione e *awqaf* familiari; DANIELA PIOPI, *op. cit.*, per quanto riguarda il sistema elusivo degli *awqaf* di famiglia rispetto alle successioni; RUDOLPH PETERS, *op.cit.*, p. 115.

²⁴ Cfr., JOSEPH SHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni della Fondazione Agnelli, Torino, 1995, p.177.

²⁵ JOSEPH SHACHT, *op. cit.*, p.181.

²⁶ Cfr. DANIELA PIOPI, *op. cit.* pp. 45-46.

potevano essere ceduti dal fondatore al fine di coprire i propri debiti, poiché non ne era più proprietario. Tuttavia, era possibile utilizzarne i proventi, solo temporaneamente, per soddisfare i creditori.

Le fondazioni private non nascevano contestualmente a quelle pubbliche, ma si svilupparono per prassi costante in un momento successivo.

Invero, il diritto islamico non prevedeva una classe di fondazioni pie distinte per tipologia, ma considerava il *waqf* come istituzione unica. Le regole di amministrazione e di fondazione rimanevano le stesse; quello che cambiava era il beneficiario, che di volta in volta poteva essere indicato dal fondatore.

Quando le fondazioni familiari cominciarono a delineare un proprio sviluppo autonomo, infatti, si sentì la necessità di una più precisa regolamentazione di tale tipologia di *waqf*. Questo anche perché, nel contempo, videro la nascita i cosiddetti *awqaf* misti, ovvero quelle fondazioni che nascevano nell'intento di destinare i proventi sia ad esigenze di utilità pubblica, che privata, garantendo sussidi, al tempo stesso, per la collettività e per il suo stesso fondatore²⁷.

Oggi può dirsi che l'istituto del *waqf ahli* sia caduto in disuso, anche a causa della sempre maggiore influenza esercitata dalle amministrazioni ministeriali sulla gestione delle fondazioni²⁸.

5. Waqf, zakat e sadaqah. *Un confronto.*

In relazione al fatto che l'istituto del *waqf* riesca a coniugare i diversi aspetti di fede e di economia sociale, risulta immediato un raffronto tra le diverse forme di beneficenza che conosce il diritto islamico.

La beneficenza, intesa quale trasferimento di risorse materiali dal ricco al povero, è scindibile, per il diritto islamico, in due categorie: volontaria ed obbligatoria. Il denaro rappresenta il mezzo e non il fine, e tutto ciò che è conservazione o tesaurizzazione, non permettendo l'utilizzo sociale di tale strumento di scambio, è vietato²⁹.

²⁷ "Prendiamo ad esempio il caso del *waqf* di Sawa di 10,000 feddan, fondato da Zaynab, figlia di Muhammad Ali. Una parte dei proventi di questo *waqf* erano dedicati al sostentamento di alcune moschee del Cairo, altri agli ulama della scuola hanafita di al-Azhar in forma di stipendi mensili, altri ancora al mantenimento della tomba della fondatrice e, infine, una buona parte ai parenti della fondatrice", DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 47.

²⁸ Cfr. ORSETTA GIOLO, *L'associazionismo civile cit.* p. 2.

²⁹ FEDERICA MIGLIETTA, *I principi della finanza islamica*, in AA.VV., *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, a cura di CLAUDIO PORZIO, Bancaria editrice, Roma, 2009, p.19.

Alla detenzione infruttuosa del contante è direttamente legata la *zakat*, quale forma di beneficenza obbligatoria, prescritta dallo stesso Corano³⁰ e facente parte dei cinque pilastri dell'Islam.

Zakat letteralmente significa "purificazione", "crescita", e corrisponde infatti ad un pagamento dovuto sul *surplus* di ricchezza e di utili prodotti da un musulmano durante l'anno³¹. Generalmente è calcolata per un valore pari al 2,5% dell'incremento della ricchezza, ovvero del capitale netto accumulato, pertanto è imponibile solo alle famiglie abbienti e alle società commerciali. È qualcosa di più di un'imposta; essa rappresenta un dovere morale per il musulmano, per questo viene definita tassa religiosa, poiché rafforza il cammino del fedele verso gli obiettivi di equità e giustizia economico-sociale che sono alla base del modello islamico³².

È su quest'ultimo aspetto che va concentrata l'attenzione al fine di un corretta comparazione con l'istituto del *waqf*. Nel particolare, infatti, la forma di *zakat* che più si avvicina all'istituto delle fondazioni religiose è quella della *zakat al-fitr*, che obbliga ogni musulmano alla fine del *Ramadan* a devolvere in opere caritatevoli il controvalore monetario di un pasto; la *zakat al-maal* è quella che invece si definisce propriamente tassa religiosa.

A riscuotere la tassa erano, in precedenza, appositi funzionari (*'umala*), che sulla scorta di dettagliati tabellari applicavano l'imposta sul denaro liquido o sui beni prodotti sotto il controllo dei califfi. Oggi, la legge islamica stabilisce una serie di norme e precetti per la regolamentazione e l'applicazione corretta della *zakat*, i beni a cui applicare la tassa e i beneficiari delle somme raccolte³³.

La *zakat* rappresenta nel mondo musulmano odierno un forte strumento di politica sociale, al pari di quello che definiremmo in gergo occidentale *welfare*, ed alla pari della qualificazione giuridica che spesso si dà al *waqf*³⁴.

La differenza tra i due istituti, tuttavia, è evidente nella loro sostanza. La *zakat* è un gesto di generosità che si realizza con il compiersi dell'azione stes-

³⁰ Corano, II, 43.

³¹ Per approfondimenti sul tema della distribuzione della ricchezza nell'Islam cfr. RONY HAMUAL, *Quando le fonti religiose diventano anche giuridiche*, in AA.VV., *Economia e finanza islamica*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 26-28.

³² La definisce così CLAUDIO PORZIO, in AA.VV., *Banca e finanza cit.* p. 20; Cfr. RONY HAMUAL, *op. cit.*, p. 14.

³³ I beneficiari saranno "*i poveri, i bisognosi, i debitori, i pellegrini*" vedi Corano, IX, 60.

³⁴ Cfr. GIORGIO VERCELLIN, *Il fondamentalismo. Un'invenzione moderna*, 2001, tratto da www.pbmstoria.it, p.3, e per il confronto con il *waqf* vedi GIORGIO VERCELLIN, *Islam. Fede, legge e società*, Giunti editore, Firenze, 2003, p. 105.

sa, o almeno seppure duratura nella sua qualità di imposta statale, potrebbe estinguersi nel momento in cui cala la produzione di ricchezza del singolo cittadino.

Lo scopo perseguito da entrambi gli istituti sembra pertanto il medesimo, ma nella sostanza le differenze possono cogliersi facilmente. Un collegamento tuttavia si configura tra i due istituti nel momento in cui in alcuni Paesi musulmani la *zakat* non è obbligatoria, ma viene pagata comunque un'imposta attraverso il versamento di un contributo alle fondazioni caritatevoli³⁵.

Altrettanto complessa potrebbe sembrare ad una visione superficiale la comparazione tra *waqf* e *sadaqah*, in considerazione innanzitutto della volontarietà dei due istituti, che non compaiono nel Corano³⁶.

La beneficenza volontaria, nella forma di *sadaqah*, risponde certamente alla stessa *ratio* di raggiungere l'uguaglianza sociale, per cui ogni fedele-cittadino deve operarsi al fine di equilibrare le ricchezze. Tuttavia, non è definita nel suo ammontare, poiché non imponibile, né può dirsi sia permanente.

Lo stesso *waqf*, però, si sviluppa attraverso un tipo particolare di *sadaqah*, definita *sadaqah mawquf*³⁷, ovvero una donazione in favore di un numero ristretto di persone, di natura continuativa, ma non permanente, perché terminava al momento della morte dei beneficiari.

Allo stesso modo molti autori fanno discendere il significato di *waqf* da quello della *sadaqah jariah*, quale investimento duraturo dei proventi di un bene immobile, devoluti poi a fini caritatevoli e che garantiscono una ricompensa continuativa al benefattore³⁸.

6. L'evoluzione del *waqf* in epoca contemporanea

Come già ribadito, l'istituto del *waqf* si è conservato fino ai giorni nostri, seppure abbia subito un'evoluzione nella forma e nella regolamentazione giuridica.

Le vicende che ne hanno costellato la storia normativa meritano di essere

³⁵ Vedi per approfondimenti AA.VV., *Islam. Storie e dottrine*, Giunti editore, Firenze, 2001 pp. 69-72;

³⁶ Nel Corano è evidente l'importanza che si dà all'elemosina, quale strumento per raggiungere la via di Allah ed aiutare i bisognosi, tuttavia l'unica sancita in forma obbligatoria rimane la *zakat*; vedi Corano (IX, 60);

³⁷ DANIELA PIOPPI, *op. cit.* p. 25;

³⁸ Per la storia dell'umanitarismo dell'Islam vedi AA.VV., *L'umanitarismo cit.*, p.3, per la comparazione con la *zakat* cfr. DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 14;

esaminate più da vicino anche perché costituiscono un preciso riflesso delle relazioni tra mondo musulmano e mondo occidentale³⁹.

In primo luogo, è da precisare che nessuna generalizzazione in merito al sistema di riforme del *waqf* è possibile, bensì risulta necessario dapprima analizzare le singole prospettive di evoluzione che hanno interessato i diversi Paesi.

In Egitto, la prima fase di riforma che abolì l'amministrazione privata dei beni di *waqf* è coincisa con la riforma agraria nasseriana⁴⁰; la seconda fase, qualche anno dopo, vide poi la totale assimilazione degli *awqaf* all'economia pubblica, poiché vennero inseriti in un contesto di centralizzazione politico-amministrativa a totale asservimento delle istituzioni religiose dello Stato⁴¹.

In Algeria, molto diffusi erano gli *awqaf* privati, in particolare dopo l'emanazione del decreto del 30 ottobre 1858, che permetteva le transazioni tra musulmani che avessero ad oggetto beni di *waqf* a detrimento dei diritti degli eredi legittimi. Più tardi, e solo nell'Algeria settentrionale, nascevano gli *awqaf* pubblici, che ad oggi rimangono l'unica categoria ancora esistente.⁴² Nella Turchia ottomana del XIX secolo, era già stata creata un'amministrazione statale degli *awqaf*, che poi venne trasformata, nel 1840, in un vero e proprio ministero; oggi tale sistema è ancora vigente⁴³.

Nel Marocco degli anni quaranta del secolo scorso il cinquanta per cento della proprietà immobiliare apparteneva già agli *awqaf* pubblici ad amministrazione statale⁴⁴.

Può dirsi dunque che, nei primi anni del '900, istituzioni come il *waqf* erano viste come soluzione al problema della giustizia sociale solo se amministrati e

³⁹ Vedi GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni del, cit.*, p. 327.

⁴⁰ La legge n. 178 del 9 settembre 1952 fissava il limite di proprietà legale a 200 feddan per individuo e 300 per il nucleo familiare. La terra in eccesso doveva essere ceduta e distribuita tra i contadini in quantitativi definiti; in tal modo la riforma agraria assestò un duro colpo all'élite politica locale, ottenendo una trasformazione della politica egiziana, vedi DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹ Per approfondimenti sul sistema delle riforme politico amministrative dell'Egitto vedi DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 58.

⁴² Cfr. RANDI DEGUILHEM, *op. cit.*, p. 230; GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni di, cit.* p. 329.

⁴³ Nei primi anni dell'Ottocento, in Turchia furono proibite le fondazioni familiari e si stabilì un più stretto controllo da parte dello Stato sulla gestione di quelle pubbliche. Fu Kamel Atatürk a mettere insieme tali misure che presero poi il nome unico di laicizzazione o separazione tra Stato e religione. In realtà non vi riuscì, ma fu creata una Direzione generale degli affari religiosi e dell'amministrazione degli *awqaf*, le cui disposizioni non separavano affatto il potere temporale da quello spirituale, ma al contrario stabilivano la subordinazione del secondo al primo. Vedi per chiarimenti GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni di, cit.*, p. 330.

⁴⁴ GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni di, cit.*, p. 328.

gestiti dallo Stato⁴⁵. In questo periodo si definiva la nascita dei primi ministeri per l'amministrazione degli *awqaf*⁴⁶.

Verso la fine degli anni ottanta, invece, con un rovesciamento di prospettive, si è assistito alla nascita di forme moderne di associazionismo, caratterizzate comunque dal fine umanitario e di solidarietà, ma che tuttavia ricoprono ruoli politicamente differenti. Molte di queste nuove organizzazioni, infatti, venivano fondate dalle *élites* musulmane preoccupate per lo stato di declino in cui versava la società; in particolare, l'azione di protesta era diretta nei confronti delle autorità politiche locali che non erano più in grado di assicurare il benessere comune⁴⁷. I movimenti che hanno dato luogo alle moderne associazioni hanno dunque fini politici, oltre che religiosi ed umanitari.

Sono stati, e sono oggi, i nuovi ricchi a dare inizio ad un sistema di politica economica e sociale, ancora più istituzionalizzato, ma sempre legato alla dimensione religiosa; dove per ogni Stato esistono regole differenti che disciplinano la libertà degli individui di associarsi per supplire alle mancanze delle amministrazioni pubbliche⁴⁸.

Ad ogni modo, nonostante le evoluzioni socio-politiche dell'istituto, può dirsi che oggi sopravvivono con amministrazione centralizzata dello Stato gli *awqaf* pubblici di Egitto, Turchia, Siria, Libano, Giordania, Iraq, Iran, Tunisia e Marocco⁴⁹.

La categoria degli *awqaf* cosiddetti ibridi è diminuita, mentre quella degli *awqaf* privati è quasi del tutto scomparsa.

⁴⁵ DANIELA PIOPPI, *op. cit.*, p. 151:

⁴⁶ In Egitto già nel 1851 Abbas I Pasha diede vita ad una amministrazione specifica, poi trasformata in vero e proprio Ministero, con un triplice obiettivo: gestire e controllare direttamente alcuni *waqf*, occuparsi di questioni sociali e di beneficenza, organizzare il culto musulmano. Vedi per approfondimenti sul tema GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni di*, *cit.*, p. 330;

⁴⁷ Per approfondimenti vedi ORSETTA GIOLO, *L'associazionismo civile cit.*, p.2;

⁴⁸ Cfr. per le forme di associazionismo moderno vedi GIORGIO VERCELLIN, *Il fondamentalismo*, *cit.* p. 2; ORSETTA GIOLO, *L'associazionismo civile cit.* p. 3;

⁴⁹ www.abulabarakat.wordpress.com (2009)

*Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi*¹

ORAZIO CONDORELLI

1. Mi propongo di ripercorrere alcune linee che collegano l'attuale magistero ecclesiastico – consolidato nel Concilio Vaticano II e da questo affidato alla vita della Chiesa – con le radici della tradizione dottrinale cattolica. L'occasione non consente gli approfondimenti che la complessità della materia richiederebbe. Pertanto il mio sguardo sarà rivolto verso alcune direttrici principali e la trattazione avrà un andamento esemplificativo piuttosto che analitico.

2. È opportuno richiamare in modo schematico i principî conciliari relativi alle relazioni tra Chiesa, realtà temporali e società politica. Alcune importanti affermazioni sono significativamente raccolte nella costituzione dogmatica *de Ecclesia*, nel contesto relativo alla natura e alla missione dei laici e alla loro partecipazione al servizio regale. Appartiene alla vocazione dei laici la ricerca del regno di Dio attraverso le cose temporali e la ordinazione delle stesse secondo Dio². È loro compito, attraverso opere propriamente secolari, fare in modo che il mondo possa essere pervaso dallo Spirito di Cristo e raggiungere «più efficacemente il suo fine nella giustizia, nella carità e nella pace»³. Ai fedeli, in quanto membri della Chiesa e in quanto membri della società umana, competono distinti diritti e doveri. È compito dei fedeli cercare di armonizzarli alla luce della coscienza cristiana, «poiché nessuna attività umana, neanche nelle cose temporali, può essere sottratta al dominio di Dio»: una fondamentale *distinctio*, dunque, è chiamata a risolversi in *harmonia*⁴.

La concezione dualistica emergente dalla cost. *Lumen Gentium* è ri-

¹ Relazione presentata al Colloquio internazionale sul tema *La laicità nella costruzione dell'Europa. Dualità del potere e neutralità religiosa*, organizzato da Raffaele Coppola e Jacques Bouineau e svoltosi nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Facoltà di Giurisprudenza, 4-5 novembre 2010.

² Cost. *Lumen gentium*, n. 31.

³ Cost. *Lumen gentium*, n. 36.

⁴ Cost. *Lumen gentium*, n. 36.

badita e resa esplicita nella cost. *Gaudium et spes* sulla Chiesa nel mondo contemporaneo. Qui si parla della «giusta autonomia delle realtà terrene»: tale autonomia è giusta, e perciò conforme alla volontà del Dio Creatore, in quanto si voglia dire che «che le cose create e le stesse società hanno leggi e valori propri, che l'uomo gradatamente deve scoprire, usare e ordinare»; è rigettata come apertamente falsa un'idea di autonomia secondo la quale «le cose create non dipendono da Dio e (...) l'uomo può adoperarle senza riferirle al Creatore»⁵. Su queste premesse «il Concilio esorta i cristiani, cittadini dell'una e dell'altra città, a sforzarsi di compiere fedelmente i propri doveri terreni, facendosi guidare dallo spirito del Vangelo»⁶. Compete dunque alla coscienza adeguatamente formata dei cristiani «di inscrivere la legge divina nella vita della città terrena»; in questo quadro è compito peculiare dei laici quello di animare il mondo con lo spirito cristiano⁷.

Nella sezione della *Gaudium et spes* dedicata alla vita della comunità politica, il Concilio afferma chiaramente che la comunità politica e l'autorità pubblica si fondano sulla natura umana e sull'ordine della creazione divina. Da un lato è messo in evidenza il carattere pluralistico della comunità politica, che comporta la legittimità delle diverse opzioni temporali; dall'altro è affermata l'esigenza che l'esercizio dell'autorità politica sia svolto nell'ambito dell'ordine morale⁸.

Nel quadro di queste premesse si colloca e si spiega il celebre passo conciliare che definisce la reciproca la posizione della Chiesa e della comunità politica⁹. Tre principi sono condensati nello spazio di poche righe. Il primo consiste nella indipendenza ed autonomia della Chiesa e della comunità politica ciascuna nel proprio campo, cioè nell'ordine spirituale e in quello temporale. Il secondo è quello della centralità della persona umana: Chiesa e comunità politica, sia pure a diverso titolo, sono entrambe al servizio della «vocazione personale e sociale» degli uomini. Il terzo attiene alla reciproca «sana collaborazione» che è opportuno coltivare al fine di svolgere più efficacemente tale servizio.

⁵ Cost. *Gaudium et spes*, n. 36.

⁶ Cost. *Gaudium et spes*, n. 43.

⁷ Cost. *Gaudium et spes*, n. 43. Sull'argomento si veda anche la più recente *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, pubblicata dalla Congregazione per la Dottrina della Fede il 24 novembre 2002 (sul sito www.vatican.va): come esordisce nella sezione iniziale, essa intende richiamare alcuni principi che fanno parte di un «insegnamento costante». La nota, firmata dall'allora Prefetto Card. Ratzinger e dal Segretario Arciv. Bertone, fu approvata da Giovanni Paolo II.

⁸ Cost. *Gaudium et spes*, n. 74-75.

⁹ Cost. *Gaudium et spes*, n. 76.

Le modalità di tale collaborazione sono comprensibilmente lasciate aperte in considerazione delle circostanze dei tempi e dei luoghi. Al riguardo si può dire che appare implicitamente ammesso che tale collaborazione possa assumere una forma “pattizia” o “concordataria”, che la storia mostra essere stata effettivamente adottata in diverse circostanze; ma non sembra possa escludersi che anche nei regimi di tipo “separatistico” la missione della Chiesa possa aver modo di esplicarsi conformemente alle esigenze dei tempi e dei luoghi. Ma, indipendentemente dal modo in cui lo Stato decida di rapportarsi con la Chiesa, questa ha il diritto originario di adempiere la propria missione, affidata da Cristo, con vera libertà. Tale missione esige che la Chiesa possa e debba «dare il proprio giudizio morale, anche su cose che riguardano l’ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona e dalla salvezza delle anime». L’imitazione di Cristo e degli Apostoli è quanto il Concilio indica alla Chiesa: le modalità di esercizio di questo diritto e dovere della Chiesa devono conformarsi al Vangelo e indirizzarsi al bene di tutti. La libertà religiosa indubbiamente rappresenta una condizione essenziale per l’esercizio della missione della Chiesa: in questo senso essa rileva come *libertas Ecclesiae*. Nella dichiarazione *Dignitatis humanae* la libertà religiosa è anche rivendicata come un diritto fondato sulla stessa natura della persona umana, che come tale compete tanto ai singoli uomini come alle istituzioni (confessioni) in cui essi sono riuniti¹⁰.

Dall’intreccio di questi principî discende che la posizione del fedele laico è qualificata dal diritto di libertà religiosa nel quadro della società civile, e dal diritto di libertà nelle materie temporali nel contesto della società ecclesiastica. Quest’ultimo, come è noto, è stato formalizzato nel can. 227 del *Codex iuris canonici* del 1983.

È sulla base di questi principî che il più recente magistero ecclesiastico inquadra il concetto di laicità per come essa è concepita dalla dottrina cattolica. Intesa come «autonomia della sfera civile e politica da quella religiosa ed ecclesiastica, *ma non da quella morale*», la laicità costituisce un «valore acquisito e riconosciuto dalla Chiesa» e appartenente «al patrimonio di civiltà che è stato raggiunto»¹¹. Per riprendere parole recentemente adoperate da Benedetto XVI, si tratta di una «laicità sana»¹². Tale locuzione lascerebbe

¹⁰ Dich. *Dignitatis humanae*, n. 2.

¹¹ Così nella citata *Nota dottrinale* del 2002, n. 6: il corsivo è nella fonte.

¹² BENEDETTO XVI, Discorso ai partecipanti al 56° Convegno Nazionale promosso dall’Unione Giuristi Cattolici Italiani sul tema «La laicità e le laicità» (9 dicembre 2006): si può leggere sul sito www.vatican.va. Ma già PIO XII aveva parlato di «legittima sana laicità dello Stato» nel Discorso *Alla vostra filiale* (indirizzato «Oriundis e Picena Provincia, Romae degentibus»), 23 marzo 1958:

intendere, per converso, che agli occhi del Pontefice esisterebbe anche una laicità «non sana». Ma questo termine non è usato: piuttosto, mi sembra di capire che agli occhi di Benedetto XVI la laicità, in sé, per la sua rispondenza alle dottrine conciliari enunciate, sia sempre una cosa «sana», diversamente da quella «degenerazione» della laicità che è il «laicismo»¹³. Secondo la denuncia di Benedetto XVI, infatti, «oggi la laicità viene comunemente intesa come esclusione della religione dai vari ambiti della società e come suo confino nell'ambito della coscienza individuale». La deprecata conseguenza di tale concezione è che «la laicità si esprimerebbe nella totale separazione tra lo Stato e la Chiesa, non avendo quest'ultima titolo alcuno ad intervenire su tematiche relative alla vita e al comportamento dei cittadini». Una «sana laicità», invece, «comporta che lo Stato non consideri la religione come un semplice sentimento individuale, che si potrebbe confinare al solo ambito privato», ed esige che su tale presupposto lo Stato garantisca alla Chiesa una «presenza comunitaria pubblica». In sostanza, la «sana laicità» implica che le autorità pubbliche pongano in essere le condizioni (prima fra tutte la libertà) affinché la Chiesa possa esplicare la sua missione, avendo essa «il dovere di proclamare con fermezza la verità sull'uomo e sul suo destino»¹⁴.

Nel magistero di Benedetto XVI questi insegnamenti trovano peculiari sviluppi nell'enciclica *Deus caritas est* (2005), nel contesto in cui si tratta della «relazione tra il necessario impegno per la giustizia e il servizio della carità»¹⁵. Gli insegnamenti tradizionali sono riproposti in modo netto e incisivo: «Alla struttura fondamentale del cristianesimo appartiene la distinzione tra ciò che è di Cesare e ciò che è di Dio (cfr Mt 22.21), cioè la distinzione tra Stato e Chiesa o, come dice il Concilio Vaticano II, l'autonomia delle realtà temporali». Non di meno, «le due sfere sono distinte, ma sempre in relazione reciproca». È vero che la realizzazione della giustizia nella società civile e nello Stato rimane «compito centrale della politica», ma è nell'espletamento di questo compito

AAS 50 (1958) 220: «Vi è, in Italia, chi si agita, perché teme che il cristianesimo tolga a Cesare quel che è di Cesare. Come se dare a Cesare quello che gli appartiene, non fosse un comando di Gesù; come se la legittima sana laicità dello Stato non fosse uno dei principi della dottrina cattolica; come se non fosse tradizione della Chiesa il continuo sforzo per tenere distinti, ma pure, sempre secondo i retti principi, uniti i due Poteri; come se, invece, la mescolanza tra sacro e profano non si fosse il più fortemente verificata nella storia, quando una porzione di fedeli si è staccata dalla Chiesa...».

¹³ Così BENEDETTO XVI nel citato Discorso.

¹⁴ BENEDETTO XVI, *ibidem*.

¹⁵ Lettera enciclica *Deus caritas est* del Sommo Pontefice BENEDETTO XVI ai vescovi ai presbiteri e ai diaconi alle persone consacrate e a tutti i fedeli laici sull'amore cristiano (25 dicembre 2005), n. 28. Tutte le citazioni nel testo sono tratte da questo numero: ho utilizzato la versione disponibile sul sito www.vatican.va.

che fede e politica possono incontrarsi e cooperare per il fine di costruire «un giusto ordinamento sociale e statale, mediante il quale a ciascuno venga dato ciò che gli spetta». Il Pontefice vede nella fede una «forza purificatrice» della ragione quando questa sia accecata «dal prevalere dell'interesse e del potere». È alla convergenza tra fede e ragione che si colloca la dottrina sociale della Chiesa: «essa non vuole conferire alla Chiesa un potere sullo Stato. Neppure vuole imporre a coloro che non condividono la fede prospettive e modi di comportamento che appartengono a questa. Vuole semplicemente contribuire alla purificazione della ragione e recare il proprio aiuto per far sì che ciò che è giusto possa, qui ed ora, essere riconosciuto e poi anche realizzato». Sulla scia e nell'approfondimento del magistero conciliare, dunque, Benedetto XVI afferma che la dottrina sociale della Chiesa «vuole servire la formazione della coscienza nella politica e contribuire affinché cresca la percezione delle vere esigenze della giustizia e, insieme, la disponibilità ad agire in base ad esse».

3. Il Concilio Vaticano II e il magistero ecclesiastico che lo prosegue hanno così riaffermato e riproposto una concezione dualistica che appartiene alla tradizione autentica della Chiesa cattolica. Le radici di questa concezione stanno nella parola di Cristo, che «riconobbe la potestà civile e i suoi diritti, comandando di versare il tributo a Cesare, ammonì però chiaramente di rispettare i superiori diritti di Dio: 'Rendete a Cesare quello che è di Cesare, e a Dio quello che è di Dio' » (Mt 22.21)¹⁶. La stessa via – ricorda il Concilio – è stata seguita dagli Apostoli, e sulla loro scia dai vescovi, come pure da innumerevoli martiri e fedeli nel corso della storia e in tutta la terra¹⁷. Seguendo l'insegnamento del Maestro gli Apostoli hanno riconosciuto la legittimità dell'autorità politica, e comandato l'obbedienza al potere civile: le parole di San Paolo nella Lettera ai Romani sono note e inequivocabili (Rm 13.1-7). Ma nello stesso tempo gli Apostoli hanno avuto chiara consapevolezza che nel conflitto tra autorità umana e volontà di Dio la seconda deve prevalere (At 5.29).

Non a torto si è soliti definire tale concezione, che è propria della tradizione cattolica, come dualismo gelasiano, dal pensiero di papa Gelasio I condensato in una lettera indirizzata all'imperatore d'Oriente, Anastasio, nel 494. L'*auctoritas sacra pontificum* e la *regalis potestas* sono qui concepite come i due pilastri sui quali si regge in mondo terreno¹⁸. Nel *de anathematis vinculo*

¹⁶ Dich. *Dignitatis humanae*, n. 11.

¹⁷ Dich. *Dignitatis humanae*, n. 11.

¹⁸ *Epistola VIII, ad Anastasium imperatorem. Patrologia latina* (d'ora in poi PL), 59, col. 42.

lo stesso Pontefice chiarisce che l'una è ordinata alla promozione del bene spirituale dei *cives / fideles* (*pro aeterna vita*), l'altra è diretta alla promozione del bene comune terreno degli stessi (*pro temporalium cursu rerum*). Gelasio precisa inoltre che all'origine delle *dignitates distinctae* e della distinzione (*discretio*) dei relativi *officia* sta la volontà del Salvatore: dopo la venuta di Cristo, vero *rex e sacerdos*, nessun imperatore si è attribuito anche la carica di *pontifex*, né alcun pontefice ha rivendicato per sé la dignità regale¹⁹. Non è data la possibilità, in questa sede, di approfondire il contesto storico in cui Gelasio I professò tali dottrine. Occorre piuttosto ricordare che l'epistola gelasiana, attraverso le collezioni canoniche altomedievali, pervenne infine nel *Decretum* di Graziano, e da qui fu consegnata all'interpretazione della scienza giuridica medievale (D.96 c.10)²⁰. Nel pensiero giuridico, come nella dottrina ecclesiologica che lo accompagna e lo sostiene, il principio delle *dignitates e potestates distinctae* si collega con l'idea di una *societas christiana* concepita come una realtà dotata di corpo e anima, alla quale presiedono rispettivamente il *regnum* e il *sacerdotium*.

L'identità dei soggetti appartenenti all'una e all'altra dimensione (i *cives* sono anche *fideles*) si coniuga con l'unicità del *Corpus Ecclesiae*, come pure con l'idea della prevalenza dello spirito sulla carne. È evidente, dunque, che l'idea dualistica è e rimane un'idea profondamente problematica: la teorica distinzione dei campi d'azione di *regnum* e *sacerdotium* non esclude che nella vita degli uomini e nella storia possano crearsi plurime occasioni di conflitto. La possibilità del conflitto, da un lato, appare strutturale e coesistente alla stessa concezione dualistica, basata su un principio di concorrenza di ordini e di potestà. Per altro verso le tensioni si presentano spesso come conflitti politici tra i titolari delle potestà ecclesiastica e civile (papi, imperatori, re e signori secolari). Tutto ciò finisce per alimentare tendenze dottrinali che postulano una superiorità della potestà spirituale su quella temporale, tale che la prima diventi arbitra della stessa legittimità della seconda. Quando tale idea

¹⁹ GELASII *Tomus de anathematis vinculo*: PL 59, col. 109: «Sed cum ad verum ventum est eumdem regem atque pontificem (cioè Cristo), ultra sibi nec imperator pontificis nomen imposuit, nec pontifex regale fastigium vindicavit (...) Christus, memor fragilitatis humanae, quod suorum saluti congrueret dispensatione magna temperans, sic actionibus propriis dignitatibusque distinctis officia potestatis utriusque discrevit (...) ut et Christiani imperatores pro aeterna vita pontificibus indigerent, et pontifices pro temporalium cursu rerum imperialibus dispositionibus uterentur (...)».

²⁰ È bene precisare che dell'epistola gelasiana i canonisti medievali leggono un frammento riportato all'interno di un canone graziano (D.96 c.10) tratto dalla lettera di GREGORIO VII a Ermanno di Metz del 15 marzo 1081 (Reg. VIII.21): *Das Register Gregors VII.*, ed. ERICH CASPAR, I-II (Monumenta Germaniae Historica, Epistolae Selectae II.1-2) Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1920-1923, II p. 553.

si salda con quella della Chiesa come mediatrice della stesso potere politico tra Dio e l'uomo e titolare di una *potestas directa in temporalibus* (una potestà ordinariamente affidata all'*exercitium* delle autorità civili), siamo in presenza di quelle teorie che si suole definire come ierocratiche. Non si può negare che tali teorie circolassero nel secondo medioevo, salvo a constatare che la storiografia è controversa nel qualificare l'una o l'altra voce come dualistica o ierocratica. Lo stesso linguaggio usato nelle fonti alimenta una diffusa ambiguità: anima e corpo, fulgore dell'oro od opacità del piombo²¹, gladio spirituale e gladio materiale o temporale, il giorno e la notte, il sole e la luna. Può essere significativo ricordare il modo con cui Innocenzo III scriveva ad Alessio IV Angelo, imperatore costantinopolitano, nel 1201, in una lettera rifluita nelle Decretali di Gregorio IX²². Dio ha istituito *duo luminaria magna*, il sole e la

²¹ La metafora del fulgore dell'oro paragonato con l'opacità del piombo è attribuita ad Ambrogio da GREGORIO VII nella parte della lettera a Ermanno di Metz rifluita infine nel citato canone graziano (D.96 c.10). ERICH CASPAR, editore delle lettere gregoriane, nell'apparato delle fonti cita il c. 2 del trattato *De dignitate sacerdotali* ambrosiano. Tale opera è tuttavia ritenuta spuria, e nella *Patrologia latina* è posto sotto l'autorità di Gerberto di Aurillac (Silvestro II, 999-1003), col titolo di *Sermo de informatione episcoporum* (PL 139, col. 170 s. per il passo in questione).

²² X.1.33.6, *de maiestate et obedientia*, c. *Solidae*. Può essere utile riportare il passo in questione (cito dall'edizione di EMIL FRIEDBERG, Leipzig 1879: in corsivo le *partes decisae*): «Praeterea nosse debueras, quod fecit Deus duo magna luminaria in firmamento coeli; luminare maius, ut praeesset diei, et luminare minus, ut praeesset nocti; utrumque magnum, sed alterum maius, quia nomine coeli designatur ecclesia, iuxta quod Veritas ait: "Simile est regnum coelorum homini patri familias, qui summo mane conduxit operarios in vineam suam". Per diem vero spiritualis accipitur, per noctem carnalis secundum propheticum testimonium: "dies diei eructat verbum, et nox nocti indicat scientiam". Ad firmamentum igitur coeli, hoc est universalis ecclesiae, fecit Deus duo magna luminaria, id est, duas magnas instituit dignitates, quae sunt pontificalis auctoritas, et regalis potestas. Sed illa, quae praest diebus, id est spiritualibus, maior est; quae vero [noctibus, id est] carnalibus, minor, ut, quanta est inter solem et lunam, tanta inter pontifices et reges differentia cognoscatur. Haec autem si prudenter attenderet imperatoria celsitudo, non faceret aut permetteret venerabilem fratrem nostrum Constantinopolitanum patriarcham, magnum quidem et honorabile membrum ecclesiae, iuxta scabellum pedum suorum in sinistra parte sedere, quum alii reges et principes archiepiscopis et episcopis suis, sicut debent, reverenter assurgant, et eis iuxta se venerabilem sedem assignent...». Non si può omettere di osservare che Innocenzo III afferma queste cose nel contesto di una lettera costruita come risposta a una dell'Imperatore, nella quale Alessio aveva preso spunto dalle Scritture (I Pt 2.13) per affermare la preminenza dell'*imperium* sul *sacerdotium* e la giurisdizione del primo sul secondo: «Huic autem tuae admirationi non causam, sed occasionem praebuit, sicut ex eisdem coniecimus literis, quod legisti, beatum Petrum Apostolorum principem sic scripsisse: 'Subditi estote omni humanae creaturae propter Deum, sive regi, tanquam praecellenti, sive ducibus, tanquam ab eo missis, ad vindictam malefactorum, laudem vero bonorum'. † *Volens enim, de quo nos rationabilius admiramur, imperatoria celsitudo per haec et alia, quae induxit, imperium sacerdotio dignitate ac potestate praeferre, ex auctoritate praemissa triplex trahere voluit argumentum, primum ex eo, quod legitur: 'subditi estote'; secundum ex eo, quod sequitur: 'regi tanquam praecellenti'; tertium ex eo, quod est adiectum subsequenter: 'ad vindictam malefactorum, laudem vero bonorum'; per primum subesse sacerdotium, per secundum imperium praeminere, per tertium imperatorem tam in sacerdotes quam laicos iurisdictionem, immo etiam gladii potestatem accepisse praesumens». Innocenzo III corregge Alessio sì a partire da una distinzione tra sfera temporale e sfera spirituale, ma affermando al contempo*

luna, per presiedere al giorno e alla notte. Nella *universalis ecclesia* (cioè nel *corpus Ecclesiae*) essi sono rappresentati dalla *pontificalis auctoritas* e dalla *regalis potestas*, la prima deputata a presiedere al giorno, cioè alle cose dello spirito, la seconda deputata a presiedere alla notte, cioè alle cose della carne. Ma, come lo spirito è superiore alla carne, altrettanto la *pontificalis auctoritas* è *maior* della *regalis potestas*. Porre l'accento sul concetto di *maioritas* o di superiorità del *sacerdotium* sul *regnum* (una superiorità, peraltro, che attiene alle cose spirituali), trascurando altri aspetti altrettanto significativi, non significherebbe fare un buon servizio agli uomini e alle idee, in definitiva alla storia. Per rimanere sulla metafora del sole e della luna, osserviamo che nella teologia politica di Innocenzo III essa è più volte adoperata, accanto a quella dei *duo gladii*, per rappresentare il concetto della necessaria cooperazione tra il *sacerdotium* e il *regnum* in un ordine cosmico stabilito dalla deliberazione divina: «ad designandam unitatis concordiam et concordie unitatem que inter regnum et sacerdotium esse debet»²³. Una concordia, dunque, può e deve stabilirsi tra realtà in sé diverse e distinte, ma chiamate a collaborare per il bene del *populus christianus*. L'«amicizia» e la vicendevole coesione di *sacerdotium* e *imperium* sono garanzia di un ordine portatore di giustizia e di bene per le anime²⁴.

la superiore dignità dell'anima sul corpo: «non negamus, quin praecellat imperator in temporalibus illos duntaxat, qui ab eo suscipiunt temporalia. Sed Pontifex in spiritualibus antecellit, quae tanto sunt temporalibus digniora, quanto anima praefertur corpori». Gli interpreti medievali fanno di questa decretale una delle sedi nelle quali discutono della *maioritas* del papa sull'imperatore, sia pur mantenendo nel proprio orizzonte l'idea gelasiana delle *potestates distinctae* e originate direttamente da Dio. Che da tutto ciò derivino ambiguità di pensiero non è cosa della quale ci si può sorprendere, se consideriamo la vocazione dei giuristi di *concordare discordantia*: dove ciò che discorda, o sembra discordare, sono i testi di autorità (*auctoritates*). D'altro canto, l'idea di una *maioritas* che si esercita in *spiritualibus* non è affatto incompatibile con la distinzione degli ordini e delle *potestates*, ma anzi è espressione di tale distinzione: i papi (Gelasio I *docet*) conoscevano bene la tentazione dei sovrani secolari di metter bocca nelle questioni spirituali e persino dogmatiche.

²³ INNOCENZO III, *Registrum super negotio Romani Imperii*, n. 141 (epistola diretta «Universis tam ecclesiasticis quam saecularibus principibus Alemanniae», del maggio 1207): PL 216, col. 1140; anche in FRIEDRICH KEMPF (ed.), *Regestum Innocentii papae super negotio Romani Imperii* (Miscellanea Historiae Pontificiae XII.21), Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1947, p. 333.

²⁴ *Ibidem*: «que (cioè) pontificalis auctoritas et regalis potestas, si concordis fuerint amicitia et amica concordia counite, profecto sol et luna in ordine suo stabunt». I benefici della concordia sono resi espliciti in un'altra epistola diretta «Universis tam ecclesiasticis quam saecularibus principibus Alemannie», del 3 maggio 1199 [*Registrum super negotio Romani Imperii*, n. 2; PL 216, col. 997 s.; KEMPF (ed.), *Regestum*, cit., 6-8]: «Quanta debeat esse concordia inter regnum et sacerdotium in seipso Christus ostendit, qui est Rex regum et Dominus dominantium, sacerdos in eterno secundum ordinem Melchisedec, qui et secundum naturam carnis assumpte de sacerdotali pariter et regali stirpe descendit... Per hanc enim concordiam propagatur fides, heresis confutatur, plantantur virtutes, vitia succiduntur, servatur iustitia, iniquitas propulsatur, viget tranquillitas, persecutio conquiescit, cum pace populi Christiani paganorum barbaries subiugatur, cum incremento imperii Ecclesie libertas

Nelle parole di Innocenzo III risuonano temi ricorrenti nella cultura teologico-giuridica medievale. Da un lato è riproposta la dottrina dualistica che la tradizione ecclesiastica risalente a Gelasio aveva trasmesso lungo i secoli. Dall'altro, con un cambiamento terminologico non sostanziale, è ripresentata una teoria che l'imperatore Giustiniano aveva enunciato nella Novella VI, testo che i giuristi medievali leggevano all'interno del *Corpus iuris civilis*. La *concordia unitatis* di Innocenzo III equivale alla *consonantia* (*symphonía*) *quaedam bona* tra *sacerdotium* e *imperium* di cui aveva parlato Giustiniano. Sorgenti *ex uno eodemque principio*, cioè da Dio stesso, il *sacerdotium* e l'*imperium* sono doni elargiti dalla divina clemenza, istituzioni chiamate a presiedere rispettivamente alle cose divine e a quelle umane. La loro *consonantia* è generatrice di tutto ciò che è utile al genere umano²⁵. Per Innocenzo III papa come per Giustiniano I imperatore, tali affermazioni rappresentano la constatazione di un dato della realtà creata e, a un tempo, la proclamazione di un ideale da perseguire nell'azione.

Quando i giuristi e i teologi si confrontano con questi temi e con le accennate metafore, ne scaturiscono dottrine problematiche e in certa misura ambigue. Altrettanto problematica è l'interpretazione di talune figure storiche, come quelle di Gregorio VII o di Bonifacio VIII: non a caso due figure coinvolte in accerrimi conflitti con le autorità politiche dei rispettivi tempi, l'imperatore Enrico IV di Svevia e il re di Francia Filippo il Bello. Quando la pacifica cooperazione si tramuta in ostilità e conflitto politico, i toni diventano aspri. Dualisti o ierocratici, dunque? Non è questo il luogo per dare una risposta articolata a questo problema, sul quale, del resto, la storiografia tiene posizioni molto differenti. Personalmente credo che la dottrina più autentica sia rimasta saldamente legata al tronco della tradizione dualistica cristiana. Credo che sia possibile leggere in senso dualistico anche alcune affermazioni tradizionalmente interpretate come ierocratiche. Così, per esempio,

accrescit, cum incolumitate corporum salus proficit animarum, et tam clero quam populo sua iura servantur. Et licet Romanam Ecclesia, quasi matrem universa regna respiciant, in quibus nomen colitur Christianum, Romanum tamen imperium eam arctius debet ac devotius amplectari, ut et ipsa per illud accipiat defensionis auxilium et illud per ipsam in suis necessitatibus adiuvetur».

²⁵ Novella VI, *Quomodo oporteat episcopos et reliquos clericos ad ordinationem deduci, et de expensis ecclesiarum* (anno 535), *praefatio*: «Maxima quidem in hominibus sunt dona dei a superna collata clementia sacerdotium et imperium, illud quidem divinis ministrans, hoc autem humanis praesidens ac diligentiam exhibens; ex uno eodemque principio utraque procedentia humanam exornant vitam. Ideoque nihil sic erit studiosum imperatoribus, sicut sacerdotum honestas, cum utique et pro illis ipsis semper deo supplicent. Nam si hoc quidem inculpabile sit undique et apud deum fiducia plenum, imperium autem recte et competenter exornet traditam sibi rempublicam, erit consonantia quaedam bona, omne quicquid utile est humano conferens generi».

l'interpretazione della bolla *Unam Sanctam* di Bonifacio VIII²⁶, comunemente ritenuta l'apice del pensiero ierocratico medievale, può trarre luce da quanto eloquentemente lo stesso pontefice dichiarava in una allocuzione tenuta in un concistoro nel 1302. Il tradizionale tema dualistico è riproposto qui con tutta evidenza, e con la forza propria di una verità consolidata: «Da quarant'anni siamo esperti in diritto, e sappiamo che due sono le potestà ordinate da Dio: chi, dunque, deve o può credere che nella nostra testa vi sia o vi sia stata tanta fatuità, tanta insipienza? Diciamo che in nessun campo vogliamo usurpare la giurisdizione del re (...) Non può negare il re, o qualunque altro fedele, di essere a noi soggetto in ragione del peccato»²⁷.

Siamo di fronte a uno dei corollari essenziali della concezione dualistica. In linea di principio, un teorico regolamento di confini impone – come afferma Accursio – che «nec papa in temporalibus, nec imperator in spiritualibus se debeant immiscere»²⁸. E tuttavia si tratta di un equilibrio variabile e precario: in un intreccio che talvolta può apparire inestricabile, la materia temporale presenta risvolti spirituali o, da un'altra prospettiva, la dimensione spirituale è, in capo all'uomo, radicata nella dimensione temporale. Il giudizio morale della Chiesa sulle materie temporali (per usare la terminologia del Vaticano II) è un diritto e dovere derivante dalla missione della Chiesa e può tradursi in un atto magisteriale come anche in un atto che sia propriamente espressione della *potestas iurisdictionis* nel foro esterno. Nell'interpretazione che si consolida a partire dal secolo XIII, *ratione peccati* la Chiesa ha titolo per esercitare una *potestas indirecta in temporalibus*. Verso la metà del Duecento il canonista Bernardo da Parma poteva dunque affermare che «indirecte, ratione peccati, omnes causae pertinent ad Ecclesiam»²⁹. La norma che il glossatore allegava a sostegno di questo principio era la celebre decretale *Novit ille* di Innocenzo III, riguardante una controversia in materia feudale

²⁶ *Corpus iuris canonici, Extravagantes Communes* 1.8.1, *de maioritate et obedientia*, c. *Unam sanctam* (1302).

²⁷ «Quadraginta anni sunt quod nos sumus experti in iure, et scimus quod duae sunt potestates ordinate a Deo. Quis ergo debet credere vel potest quod tanta fatuitas, tanta insipientia sit vel fuerit in capite nostro? Dicimus quod in nullo volumus usurpare iurisdictionem regis, et sic frater noster Portuensis dixit (*si riferisce al voto del cardinale di Porto, Matteo d'Acquasparta, espresso nel medesimo concistoro*). Non potest negare rex seu quicumque alter fidelis, quin sit nobis subiectus ratione peccati» [edizione in PIERRE DUPUY, *Histoire du différend d'entre le pape Boniface VIII et Philippe le Bel Roy de France*, Paris, S. et G. Cramoisy, 1655, *Preuves*, p. 77 s.].

²⁸ ACCURSIO, *Apparatus in Auth. Coll.* I tit. VI (= Novella VI), pr., v. *conferens generi* (ed. Venetiis 1591).

²⁹ BERNARDO DA PARMA, *Apparatus in X.2.2.11, de foro competenti*, c. *Ex tenore*, v. *in iustitia* (ed. Romae 1584): «indirecte, ratione peccati, omnes causae pertinent ad Ecclesiam, ut supra titulo proximo Novit (X.2.1.13)».

intercorrente tra Giovanni senza Terra, re di Inghilterra, e Filippo II Augusto, re di Francia. I due contendenti avevano stipulato un accordo transattivo e lo avevano confermato con il giuramento, ma il re di Francia aveva violato il patto e quindi il giuramento. Il re d'Inghilterra si era rivolto alla Sede Apostolica esercitando una *denunciatio* che si fondava sul passo evangelico di Matteo 18.15-17. Sono notissime le parole con le quali Innocenzo III giustificava il proprio intervento in una materia prettamente temporale. «Nessuno pensi – afferma il Pontefice – che noi intendiamo turbare o diminuire la giurisdizione dell'illustre re dei Francesi, dal momento che egli non vuole né deve impedire la nostra»: «non enim intendimus iudicare de feudo (...) sed decernere de peccato, cuius ad nos pertinet sine dubitatione censura, quam in quemlibet exercere possumus et debemus»³⁰. La *ratio peccati* diviene dunque il cardine di una *potestas indirecta in temporalibus*, che la dottrina canonistica legata alla concezione dualistica non si stancherà di riproporre lungo i secoli. Alle soglie del concilio Vaticano II essa veniva prospettata come la più aderente al magistero autentico della Chiesa: così, fra i tanti, Alfredo Ottaviani, il quale ne parlava come di una *potestas spiritualis* fondata sulla missione spirituale della Chiesa e ordinata al bene sovranaturale dei fedeli³¹.

Nel magistero del Concilio Vaticano II si nota un fecondo mutamento di prospettiva. La dottrina conciliare sui rapporti fra Chiesa e comunità politica non è elaborata sul filo della tensione fra poteri e della qualificazione giuridica delle modalità di intervento della Chiesa istituzione nella materia temporale: per quanto mi risulta, la locuzione *potestas (iurisdictio) Ecclesiae in temporalibus* non è usata dal Concilio. Piuttosto, il magistero conciliare si muove sul piano delle condizioni di libertà religiosa che lo Stato non confessionale, pluralistico e democratico è tenuto a creare affinché la Chiesa (una fra le diverse confessioni religiose) possa efficacemente esplicare la sua missione, e affinché la persona / fedele possa animare il mondo con lo spirito cristiano,

³⁰ X.2.1.13, *de iudiciis*, c. *Novit ille* (1204). Tali affermazioni vanno lette in parallelo a quelle della decretale *Per venerabilem* dello stesso Innocenzo III [X.4.17.13, *qui filii sint legitimi* (1202): in corsivo le *partes decisae* della lettera non rifluite nel *Liber Extra*]: «... non solum in ecclesiae patrimonio, super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem, verum etiam in aliis regionibus, certis causis inspectis, temporalem iurisdictionem casualiter exercemus, non quod alieno iuri praeiudicare velimus, vel potestatem nobis indebitam usurpare, quum non ignoremus, Christum in evangelio respondisse: 'Reddite quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei Deo' ». Anche nella *Per venerabilem*, dunque, rimane fermo il principio della distinzione delle competenze delle autorità temporali e spirituali, tuttavia si afferma che in casi eccezionali il papa esercita anche una giurisdizione nell'ambito temporale.

³¹ ALAPHRIDUS OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, editio quarta emendata et aucta adiuvante prof. Iosepho Damizia, I-II, Typis Polyglottis Vaticanis, 1958-1960, II, pp. 137-139.

nel quadro della sua autonomia nelle materie temporali.

4. L'incidenza della concezione dualistica nella storia della civiltà occidentale si è svolta su molteplici campi. Desidero ricordare solo alcune implicazioni di tale modo di concepire i rapporti fra Chiesa e società politica.

4.1. Si è detto della *ratio peccati*. Essa fu il principale motore di una imponente produzione legislativa ecclesiastica in materia temporale, in parte incorporata all'interno del *Corpus iuris canonici*, in parte sparsa in una miriade di provvedimenti normativi prodotti dalla Sede Apostolica tra medioevo ed età moderna. Non vi è settore del diritto che sia rimasto immune da tali interventi, dalla materia privatistica (contratti e successioni) a quella feudale, dalla materia matrimoniale a quella penale.

Nella lunga età di mezzo che corre tra il secolo XII e il XVIII il diritto canonico si pone accanto al *ius civile* romano-giustiniano come uno dei *iura communia* che compongono il complesso dell'*utrumque ius*. Alla base del felice incontro e della fusione sistematica di *ius civile* e *ius canonicum* sta una concezione realistica del diritto: la definizione di Celso riportata da Ulpiano – *ius est ars boni et aequi*³² – si converte senza difficoltà nell'idea del diritto come *ipsa res iusta*, cioè come *obiectum iustitiae*, nella dottrina di Tommaso d'Aquino³³. Nella rilettura cristiana del patrimonio giuridico romano-giustiniano si assiste a una spontanea convergenza dei *tria iuris praecepta* – *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*³⁴ – con il precetto della carità, che Graziano richiama nell'esordio del suo *Decretum*³⁵.

La concorrenza dei due diritti tra loro e con i diritti degli ordinamenti locali e particolari ha connotato l'«età del diritto comune», cioè il periodo storico che corre tra il rinascimento giuridico medievale e l'età delle codificazioni. Siamo di fronte a un fenomeno storico di portata grandiosa, che in vario modo ha contribuito alla formazione di un patrimonio giuridico comune al mondo occidentale, nel quale affondano le radici del nostro presente.

4.2. Da un diversa prospettiva, occorre soffermarsi brevemente sul modo

³² D.1.1.1 pr., Ulpiano.

³³ *Summa theologiae*, II^a-II^{ae} q. 57, art. 1, *utrum ius sit obiectum iustitiae*.

³⁴ D.1.1.10.1, Ulpiano.

³⁵ *Dictum ante* D.1 c.1: «Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus. Ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in evangelio: 'Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetarum'».

in cui l'idea dualistica abbia inciso sulla concezione del potere politico, e chiedersi quale servizio essa abbia reso allo stesso potere politico. Il punto di partenza è costituito dalla dottrina paolina contenuta nella Lettera ai Romani, là dove l'Apostolo comanda il dovere di obbedienza ai governanti secolari: poiché non vi è potere che non provenga da Dio, chi governa gli uomini agisce come ministro di Dio (Rm 13.1-7). Questa idea finirà per permeare la concezione medievale della regalità, e costituire una delle convinzioni più a lungo persistenti nella storia del pensiero giuridico e politico europeo. Le fonti altomedievali presentano il potere regale come un *ministerium*: poiché esso si esercita all'interno di una *societas* che è il *Corpus Ecclesiae*, si tratta di un servizio propriamente reso alla Chiesa. Sin dagli albori del medioevo gli autori non cessano di ripetere che tale funzione deve essere svolta nel rispetto dell'ordine morale, che è ordine di giustizia. Isidoro da Siviglia, figura intellettuale che ebbe una straordinaria incidenza e autorevolezza nella tradizione del pensiero medievale, così si esprimeva: «reges a recte agendo vocati sunt, ideoque recte faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur»³⁶. Questo tema rileva, come è facile intuire, tanto per la storia delle dottrine ecclesio-logiche, quanto per la storia del diritto e dei concreti rapporti tra Chiesa e istituzioni secolari. Da questo punto di vista occorre sottolineare che siffatta concezione del *ministerium regale* si traduce inevitabilmente nell'esercizio di una *potestas in Ecclesiam* da parte del potere politico: un potere che la storia mostra non essersi limitato a regolare le materie *lato sensu* materiali della vita della Chiesa, ma anche quelle spirituali e propriamente dogmatiche.

Agli inizi del secondo millennio tali convinzioni sono ampiamente consolidate e pronte a tradursi in concreti assetti nel quadro dei nuovi contesti sociali e istituzionali. Per esemplificare ritengo utile soffermarmi su un documento che appare emblematico sotto l'aspetto qui considerato. Mi riferisco al corpo di leggi emanato nel 1140 da Ruggero II il Normanno, primo Re di Sicilia, per un *Regnum* che si presenta come uno dei più precoci esempi di ordinamento politico centralizzato nel quadro del basso Medioevo occidentale. Nella notte di Natale del 1130, in una solenne cerimonia tenutasi nella cattedrale di Palermo, Ruggero era stato incoronato re ed aveva ricevuto l'unzione regia. Una decina di anni dopo, nel proemio delle *Assise di Ariano* Ruggero si presenta come un sovrano che ha ottenuto il suo regno per la generosità divina; pertanto egli si sente obbligato a ricambiare con devozione i benefici divini grazie ai quali il suo potere si è costituito³⁷. Se, dunque, per divina misericordia la pace

³⁶ *Sententiae* III.48.7 (PL 83, col. 719).

³⁷ Credo sia utile riportare il testo del proemio integralmente: «Dignum et necessarium est o

e l'integrità del regno sono state ristabilite tanto nelle cose materiali quanto in quelle spirituali (*tam in carnalibus quam in spiritualibus*), il re si dichiara obbligato a ristabilire (*reformare*) le vie della giustizia e della *pietas*, quando si constata che esse siano state deviate. L'azione del re si presenta dunque come una risposta all'ispirazione divina, secondo quanto si legge nelle parole del Libro dei Proverbi riportate nel proemio con una lieve ma significativa variante: «per me reges regnant et conditores legum decernunt iustitiam», dove *iustitiam* sostituisce il *iusta* veterotestamentario. Se dalle parole passiamo alle immagini, la concezione regale di Ruggero II è mirabilmente raffigurata nel mosaico della Chiesa della Martorana a Palermo, nel quale il re è incoronato direttamente da Cristo. L'opera riformatrice del re, dunque, è concepita nel proemio come una vera offerta a Dio, intesa a trasmettere al mondo ciò che Dio stesso è: misericordia e giustizia. In questa offerta – proclama il sovrano – l'ufficio regale rivendica a sé un certo privilegio sacerdotale. Per questa ragione – prosegue il proemio – un certo sapiente, esperto della legge, definisce gli interpreti del diritto quali *sacerdotes iuris*: si tratta, come è noto, di Ulpiano, nel frammento che apre i *Digesta* (D.1.1.1.1)³⁸. Un vero *speculum*

proceres si quod de nobis et universi regni nostri statu meritis non presumimus; a largitate divina gratia consecuta recepimus; divinis beneficiis quibus valemus obsequis respondeamus, ne tante gratie penitus ingrati simus. Si ergo sua misericordia nobis deus pius prostratis hostibus pacem reddidit, integritatem regni, tranquillitate gratissima, tam in carnalibus quam in spiritualibus, reformavit, reformare cogimur iustitie simul et pietatis itinera, ubi videmus eam et mirabiliter esse distortam. Hoc enim ipsum quod ait, inspiramentum, de munere ipsius largitoris, accepimus, dicente ipso: per me reges regnant et conditores legum decernunt iustitiam (cfr. Pr 8.15). Nichil enim gratius deo esse putamus, quam si id simpliciter offerimus, quod eum esse cognovimus, misericordiam scilicet atque iustitiam. In qua oblatione regni officium quoddam sibi sacerdotii vindicat privilegium. Unde quidam sapiens legisque peritus iuris interpret [= interpretes], iuris sacerdotes (D.1.1.1.1) appellat. Iure itaque qui iuris et legum auctoritatem per ipsius gratiam optinemus, eas in meliorem statum partim erigere, partim reformare, debemus et qui misericordiam consecuti sumus in omnibus eas tractare misericordius, interpretari benignius (cfr. D.1.3.18), presertim ubi severitas earum quandam inhumanitatem inducit. Neque hoc ex supercilio quasi iustiores aut moderatores [= moderatores] nostris predecessoribus in condendis legibus interpretandisve nostris vigiliis arrogamus, set quia in multis delinquimus et ad delinquendum procliviores sumus, parcendum delinquentibus cum moderantia nostris temporibus apta conveniens esse censemus. Nam et ipsa pietas ita nos instruit dicens: Estote misericordes sicut et pater vester misericors est (Lc 6.36). Et rex et propheta: Universe vie domini misericordia et veritas (Sal 25.10). Et proculdubio tenebimus, quia iudicium sine misericordia erit ei qui iudicium fecerit sine misericordia. Volumus igitur et iubemus ut sanctiones quas in presenti corpore sive promulgatas a nobis, sive compositas (cfr. Inst., pr., 1) nobis facimus exhiberi, fideliter et alacriter recipiatis». Traggo il testo da *Le Assise di Ariano*. Testo critico, traduzione e note a cura di Ortensio Zecchino, Cava dei Tirreni, Di Mauro, 1984, pp. 22, 26. Come è noto, il testo delle *Assise* è pervenuto in due versioni, diverse quanto alla forma e talvolta anche al contenuto, attraverso due soli manoscritti: il Vaticano Latino 8782 (dal quale è trascritto il citato proemio), e il Cassinese 468 (vi è inoltre una versione ridotta in lingua greca). Nelle note seguenti indicherò le corrispondenze tra le due versioni latine.

³⁸ D.1.1.1: [pr.] «Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem

regale emerge dalla saldatura della sapienza biblica con le immagini tratte dal diritto romano-justinianeo appena riscoperto e riutilizzato nelle scuole giuridiche. Colui, dunque, che per grazia divina ha ottenuto l'*auctoritas iuris et legum*, è chiamato a migliorare e a riformare le leggi.

Date siffatte premesse, non sorprende che una parte consistente di questo non ampio corpo legislativo sia dedicato a disciplinare materie ecclesiastiche. Il re pone le Chiese e i beni ecclesiastici sotto la sua protezione e ne punisce gli aggressori assimilando tale delitto alla lesa maestà³⁹; proibisce il commercio delle sacre reliquie⁴⁰; conferma il diritto di asilo nelle Chiese⁴¹; proibisce la violazione dei privilegi ecclesiastici⁴²; sancisce vari privilegi per i vescovi e gli ecclesiastici in genere⁴³; vieta le *illicitae conventiculae* di chierici in case private⁴⁴; pone norme che disciplinano i requisiti dell'ordinazione clericale, condannando la simonia⁴⁵; punisce il ratto delle vergini consacrate a Dio⁴⁶; impone severissime punizioni agli apostati⁴⁷; tutela la dignità del clero e dei religiosi⁴⁸; vieta che un cristiano possa essere acquistato, venduto o posseduto

a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. [1]. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet (...).» Che l'auore del proemio abbia tratto ispirazione dal citato passo del Digesto è opinione corrente: tuttavia è ipotizzabile una mediazione bizantina. Già nel 1886 FRANCESCO BRANDILEONE aveva osservato (ma questa notazione non è normalmente ricordata) che l'espressione «iuris interpretes» non è in Ulpiano, ma sta nella *Epitome legum* del 920, la quale parla appunto degli «interpreti delle leggi» («tôn nómon exegétas») come «sacerdoti»: *Il diritto greco-romano nell'Italia meridionale sotto la dominazione normanna*, in *Archivio Giuridico*, 36, 1886, pp. 63-101, 238-291, ora in ID., *Scritti di storia giuridica dell'Italia meridionale*, a cura di CARLO GUIDO MOR (Società di Storia Patria per la Puglia, Documenti e Monografie 34), Bari, Società di Storia Patria per la Puglia, 1970, pp. 211-313 (in particolare pp. 302-305).

³⁹ Ass. Vat. II, *de privilegio sanctorum ecclesiarum* – Cass. 1, *de privilegiis ecclesiarum*. La difesa dei privilegi è svolta con l'esercizio del «gladio materiale concesso da Dio» al re: «gladio materiali nobis a Deo concessas (*sic*)», nel ms. vaticano; «gladio materiali a Deo nobis concesso», nel ms. cassinese.

⁴⁰ Ass. Vat. V, *de sanctorum reliquiarum venditione* – Cass. 4.1, *de sacrosanctis ecclesiis, et episcopis, et clericis*.

⁴¹ Ass. Vat. VI, *de confugio ad ecclesiam* – Cass. 4.2, *de sacrosanctis ecclesiis, et episcopis, et clericis*.

⁴² Ass. Vat. VII, *de privilegiis ecclesiarum non violandis* – Cass. 4.3, *de sacrosanctis ecclesiis, et episcopis, et clericis*.

⁴³ Ass. Vat. VIII.1-2, *de episcoporum privilegio* – Cass. 4.4-5-6, *de sacrosanctis ecclesiis, et episcopis, et clericis*.

⁴⁴ Ass. Vat. IX, *de illicitis conventiculis* – Cass. 5, *de illicitis conventiculis*.

⁴⁵ Ass. Vat. X, *de ascripticiis volentibus clericari* – Cass. 6.1, *ne servi vel ascripticii clericentur*; Ass. Vat. XVI, *de indigne anelantibus ad sacerdotium*.

⁴⁶ Ass. Vat. XI, *de raptu virginum* – Cass. 8, *de raptu*.

⁴⁷ Ass. Vat. XIII, *de apostatantibus* – Cass. 9, *de apostatis*.

⁴⁸ Ass. Vat. XIV, *de ioculatoribus* – Cass. 7, *de ioculatoribus*.

come *servus* da un ebreo o da un pagano⁴⁹; stabilisce l'obbligo di celebrare i matrimoni *in facie ecclesiae* con la benedizione sacerdotale⁵⁰; punisce il sacrilegio ed equipara al sacrilegio il mettere in discussione (*disputatio*) le decisioni del re⁵¹, conformemente all'idea della "regalità sacerdotale" enunciata nel proemio.

A prestar fede alle cronache coeve, Ruggero era sinceramente attento a rispettare il suo ruolo di *rex catholicus*, difensore della fede e puntuale esecutore delle leggi stabilite. È noto il caso del processo condotto contro Filippo di Mahdia⁵². Questi era un eunuco di origine musulmana, ma era

⁴⁹ Ass. Vat. XII, senza rubrica – Cass. 6.2, *de indigne anelantibus ad sacerdotium*.

⁵⁰ Ass. Vat. XXVI, *de coniugis legitime celebrandis* – Cass. 15, *de coniugiis*.

⁵¹ Ass. Vat. XVII, *de sacrilegiis* – Cass. 11, *de sacrilegis consiliis*.

⁵² Il fatto è narrato in un passo interpolato degli *Annales* di Romualdo Salernitano († 1181); la vicenda è da collocare forse nel 1153 (Romoaldi archiepiscopi Salernitani *Annales*, ed. WILHELM ARNDT, in *Monumenta Germaniae Historica, Scriptorum* tomus XVIII, Hannoverae, impensis Bibliopoli Aulici Hahniani, 1866, pp. 426 s.): «Ut autem universus mundus evidenter agnoscat, qualiter rex Rogerius tota fuerit intencione catholicus, qualiter christiane fidei zelo et fervore succensus, subsequentis operis testimonium declarabit. Rex Rogerius quendam eunuchum habuit Philippum nomine, qui pro sui probitate servicii ei gratus erat admodum et acceptus. Et quia ipsum in agendis suis fidelem et negociorum suorum idoneum exsecutorem invenerat, universo hunc preficit palatio, et totius domus sue statuit esse magistrum. Qui sic per incrementa temporum in eius gratia et amore profecit, quod illum stollii sui ammiratum esse disposuit et cum eodem Bonam misit, quam in ore gladii cepit et spoliavit, et cum triumpho et gloriam in Siciliam rediit. Sed quia conditori suo de collatis beneficiis ingratus extitit, et regi celesti malum pro bono rependit, merito terreni regis iram et indignationem incurrit. Hic enim sub clamide christiani nominis diaboli militem gerebat asconditum, et cum specie tenus se esse christianum ostenderet, totus erat mente et opere Sarracenus; christianos oderat, paganos plurimum diligebat, Dei ecclesias invitus intrabat, sinagogas malignancium (cfr. Sal 22.17) visitabat frequencius, et eis oleum ad concinnanda luminaria et que erant necessaria ministrabat. Christianas tradiciones penitus respuens, in diebus Veneris et quadragesime carnes comedere non cessabat; nuncios suos cum oblationibus ad sepulchrum Magumeth miserat, et se sacerdotum loci illius orationibus plurimum commendaverat. Cum autem hec et alia illius scelera (...) ad aures regis Rogerii pervenissent (...)». Filippo viene convenuto nella curia regia, processato e provato colpevole. «Tunc rex fidei flamma succensus, prorumpens in lacrimas, ait: 'Noscat vestra fidelitas, dilectissimi, quod animus meus maximo dolore compungitur, et magnis iracundie stimulis agitur, quia hic minister meus, quem a puero enutrieram ut catholicum, peccatis suis exigentibus, inventus est Sarracenus, et Sarracenus et sub nomine fidei opera infidelitatis exercuit, Et quidem si maiestatem nostram in rebus aliis offendisset (!), si thesauri nostri partem licet maxima (!) exportasset, servicii sui recolenda memoria pro certo apud nos promeretur veniam, et gratiam impetrasset. Sed quia in facto suo principaliter offendit Deum, et aliis peccandi materiam prebuit et exemplum, nostre fidei iniuriam et christiane religionis offensam proprio filio non remitterem nec cuilibet proximo relaxarem. In hoc facto totus mundus addiscat, quod christianam fidem tota affectione diligo et eius iniuria in ministros meos vindicare non cesso. Exurgant igitur leges, et nostra iura ense equitatis armentur, et inimicus fidei iusticie gladio feriant, et per hoc infidelibus laqueum terroris inducant'. I giustizieri regi condannano Filippo e i suoi complici al rogo. La condanna è eseguita con modalità disumane: «tunc mandantibus iusticiariis, equi indomiti pedibus alligatus usque ad calcariam, que ante palatium erat, est violenter attractus, dehinc ab equi pedibus dissolutus in flammaram medio iactatus est et repente combustus».

stato educato come cristiano nella corte palermitana. Acquisito il favore del re, fu preposto all'amministrazione del palazzo regio e ottenne la carica di ammiraglio (*amiratus*). Ma sotto le vesti di un cristiano si nascondeva un vero musulmano: odiava i cristiani e amava i pagani; entrava malvolentieri nelle chiese e frequentava le moschee, procurando l'olio che serviva per illuminarle; disprezzava le tradizioni cristiane, e usava mangiar carne il venerdì; aveva inviato dei messi con offerte al sepolcro di Maometto. Quando la notizia di questi fatti giunse alle orecchie del re, la delusione e il dolore di Ruggero furono massimi: i comportamenti di Filippo costituivano, a un tempo, tradimento della fede cristiana e offesa alla maestà regia. All'esito di un processo Filippo fu condannato al rogo. Gli storici si sono sforzati di individuare le vere cause della condanna di Filippo, quasi che apostasia e lesa maestà siano ragioni poco plausibili per la sua esecuzione. Non si può escludere che vi fossero motivi diversi, non esplicitati o a noi non noti: tuttavia mi sembra che le ragioni dichiarate appaiono assolutamente coerenti con l'impostazione della politica religiosa ruggeriana che emerge dalle sue costituzioni, come pure con quel progressivo irrigidimento del suo atteggiamento verso ebrei e musulmani e con una intensificazione della politica di conversione degli infedeli variamente attestati dalle fonti⁵³. Insomma, mi pare che l'evento si collochi perfettamente nel quadro della interpretazione della figura e del ruolo del *rex catholicus* che è resa manifesta nel proemio delle *Assise*.

È evidente che la tutela della Chiesa e delle istituzioni ecclesiastiche⁵⁴, che il re assume sulla base di un *ministerium* ricevuto per grazia divina, si traduce in una penetrante attività di controllo e di disciplina sulla vita della Chiesa stessa. Mi sono soffermato sulla legislazione ecclesiastica di Ruggero II a scopo meramente esemplificativo. In retrospettiva tale testimonianza può essere riguardata alla luce della concezione "costantiniana" o "carolingia" occidentale, oppure della concezione "sinfonica" (altri direbbero "cesaropapista") di stampo bizantino. Non si può discutere, in questa sede, quanto tali modelli differiscano tra di loro nella sostanza, né dell'adeguatezza delle menzionate categorie storiografiche. Con lo sguardo rivolto verso il futuro

⁵³ Si veda, ad esempio, quanto si legge in un passo autentico degli *Annales* di Romualdo Salernitano: «Circa finem autem vitae suae secularibus negociis aliquantulum postpositis et ommissis (!), Iudeos et Sarracenos ad fidem Christi convertere modis omnibus laborabat, et conversis dona plurima et necessaria conferebat» (ed. ARNDT, cit., p. 427).

⁵⁴ È eloquente quanto si dice nell'Ass. Vat. II, *de privilegio sanctorum ecclesiarum* (ed. ZECCHINO, cit., p. 26): «Noverint ergo omnes nostre potestati subiecti, quoniam in voto nobis semper fuit, et erit, ecclesias dei pro quibus dominus Ihesus sanguinem suum fudit, protegere, defensare, augere modis omnibus, sicut et proenitores nostri consueta liberalitate, id ipsum facere studuerunt, ideoque multa et innumera beneficia a Deo consecuti sunt semper in melius (...)».

la legislazione rogeriana lascia prefigurare nuovi orizzonti. La pervasività e la potenziale espansività dell'intervento ecclesiastico *ratione peccati* – è nota l'affermazione di Cino da Pistoia: «Ecclesia sibi usurpavit ratione peccati totam iurisdictionem»⁵⁵ – generano una reazione difensiva degli ordinamenti secolari che culmina in età moderna. Per limitare lo sguardo agli Stati cattolici, sulla regalità di diritto divino si fonda un sistema di rapporti nel quale la funzione di proteggere la Chiesa di Stato si coniuga con la ricerca degli strumenti idonei ad arginare la giurisdizione ecclesiastica a tutela della sovranità statale. Si definiscono così le prerogative politiche in materia ecclesiastica – *iura maiestatica circa sacra* – che costituiscono il fulcro dei sistemi giurisdizionalistici o regalistici nel contesto dello stato confessionale moderno.

4.3. Giungo, per concludere, a un ulteriore importante aspetto che connota la concezione dualistica nella tradizione cattolica.

Ritorno al menzionato passo della costituzione *Gaudium et Spes* in cui si afferma che la comunità politica e l'autorità pubblica hanno un fondamento nella natura umana e nell'ordine della creazione⁵⁶. In questo contesto il Concilio sottolinea che l'esercizio di tale autorità deve sempre svolgersi nel rispetto dell'ordine morale e che, quando così avviene, «i cittadini sono obbligati in coscienza ad obbedire». Il riferimento conciliare è a un notissimo passo paolino della Lettera ai Romani (13.5): «Necesse est subditos esse, non solum propter iram sed et propter conscientiam». Si tratta di una conseguenza di quanto San Paolo aveva poco prima affermato: poiché non vi è potestà che non provenga da Dio, i governanti sono ministri di Dio stesso. Intorno al passo paolino ruota la complessa problematica, teologica e giuridica, riguardante l'obbligatorietà della legge positiva umana in coscienza. L'attenzione della dottrina su questo tema si fece intensa almeno a partire dal secolo XIII. La questione trovò una impostazione classica e una soluzione autorevole nel pensiero di San Tommaso. L'Aquinate si chiede «utrum lex humana imponat homini necessitatem in foro conscientiae», e attraverso una articolato

⁵⁵ CINO DA PISTOIA († 1336), *Lectura Codicis*, ad C.1.3(6), *de episcopis et clericis, Auth. «Clericus»*: *In Codicem... doctissima commentaria*, Francofurti ad Moenum, impensis Sigismundi Feyerabendt, 1578; rist. anast. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, fol. 18vb. Si suole citare questa veemente espressione di Cino, ma è bene ricordare che egli non fa che ripetere, enfatizzando il concetto, quanto già aveva detto il maestro orléanese Pierre de Belleperche, i cui *commentaria* sono tuttavia rimasti inediti. La fonte del pensiero di Cino, cioè la *lectura* di Belleperche sulla *authentica* citata, è ora edita da KEES BEZEMER, *Pierre de Belleperche. Portrait of a Legal Puritan* (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 194), Berlin, Vittorio Kostermann, 2005, pp. 101 s.

⁵⁶ Cost. *Gaudium et spes*, n. 74.

ragionamento dà una risposta affermativa⁵⁷. La legge umana, che sia giusta, obbliga in coscienza. La giustizia della legge si misura *ex fine, ex auctore, ex forma*. *Ex fine*, quando la legge sia diretta al bene comune; *ex auctore*, quando sia emanata nei limiti della potestà spettante al legislatore; *ex forma*, quando imponga ai sudditi obblighi proporzionati alle diverse situazioni. Ovviamente non è giusta una legge contraria al volere divino. San Tommaso definisce *lex legalis* la legge che risponde a tali requisiti. Dalle pagine della *Summa theologiae* questo insegnamento transitò rapidamente nei commentari dei giuristi. Nei primi decenni del secolo XV Nicolò Tedeschi mostra di avere recepito in modo esplicito e puntuale la soluzione del *Doctor Angelicus*, che il canonista riporta come una *communis conclusio*: «ex quo lex est iusta, autoritate Dei est edita, et ipse Deus videtur edidisse per suos ministros»⁵⁸.

La questione continuò a essere trattata nel corso dei secoli dalla scienza giuridica e soprattutto dalla teologia morale; le soluzioni rimasero saldamente ancorate al tronco dell'insegnamento di San Tommaso. Ai nostri giorni il dovere dei governanti di esercitare l'autorità pubblica nel rispetto dell'ordine morale, da un lato, e il dovere dei cittadini di seguire le prescrizioni giuste dell'autorità civile dall'altro, sono insegnamenti riproposti con nettezza all'attenzione del popolo dei fedeli anche attraverso il *Catechismo della Chiesa Cattolica* di Giovanni Paolo II (n. 2234-2346). In modo netto e asciutto, e perciò probabilmente più efficace di tante altre dichiarazioni, questo testo presenta una testimonianza autentica di che cosa significhi la "laicità" secondo l'attuale magistero della Chiesa.

Alla radice di questi insegnamenti sta l'idea che diritto e morale sono dimensioni distinte ma necessariamente connesse; la medesima connessione che esiste, in capo alla persona umana, tra le qualità di *civis* e quella di *fidelis*. In modo particolarmente efficace questa consapevolezza è stata espressa dal grande teologo spagnolo Domingo de Soto, proprio nel quadro di una trattazione diretta a difendere il principio che ogni legge umana giusta obbliga in coscienza: «*respublica civilis familia quoque Dei est*»⁵⁹. Sul piano della

⁵⁷ *Summa theologiae*, I^a-II^{ae} q. 96, *de potestate legis humanae*, art. 4, *utrum lex humana imponat homini necessitatem in foro conscientiae*.

⁵⁸ NICOLÒ TEDESCHI, *Commentarium in X.1.2.1, de constitutionibus*, c. *Canonum statuta*, n. 9 (NICOLÒ TEDESCHI, *Commentaria in Decretales*, Venetiis, apud Iuntas, 1582; versione elettronica su CD-ROM curata da BARBARA BELLOMO, con introduzione di KENNETH PENNINGTON, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, fol. 16va-17ra).

⁵⁹ *De iustitia et iure*, Lib. I, q. VI, art. IV, *utrum lex humana imponat subditis necessitatem in foro conscientie* [FRATRIS DOMINICI SOTO SEGOBIENSIS, Theologi, ordinis Praedicatorum, Caesareae Maiestati a sacris confessionibus, Salmantini Professoris, *De Iustitia et iure Libri decem*, Salmanticae, excudebat Andreas a Portonariis, 1556; ristampa anastatica, con introduzione storica e teologico-

storia tale corrispondenza, ai due estremi, può presentarsi nella forma della *Respublica christiana*, oppure essere radicalmente negata. Nel mezzo si trovano molteplici forme storiche di convivenza tra Chiesa e comunità politica nelle quali si dà la possibilità che ordine temporale e ordine spirituale, sia pure distinti, possano trovare dei canali di comunicazione e di collaborazione nel rispetto delle esigenze della persona e delle istituzioni civili e religiose. Sul piano ecclesiologico la corrispondenza enunciata da Domingo de Soto si traduce e si inverte nella perenne tensione escatologica che scaturisce dalla universalità della vocazione del Popolo di Dio e della missione della Chiesa. È quella tensione perenne che chiama la *familia humana* a divenire la *familia (filiorum) Dei*, che ripetutamente il Concilio Vaticano II ha richiamato nella costituzione *Gaudium et spes* nel sottolineare quale sia la missione affidata alla Chiesa dal suo Fondatore⁶⁰.

Note bibliografiche e postille

L'argomento trattato in queste pagine ha una complessità e una capacità di attrazione tematica tale da renderlo praticamente onnicomprensivo. Qualsiasi tentativo di orientamento bibliografico sarebbe parziale e destinato alla incompletezza. Mi sia consentito ricordare alcuni lavori, trascelti fra quelli dell'ultimo trentennio, che hanno offerto una ricostruzione complessiva dell'argomento e nei quali si potranno trovare adeguati approfondimenti tematici e bibliografici: 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. II. Dal Concilio di Trento ai nostri giorni*, Milano, Giuffrè 1981-1985; GUIDO SARACENI, *Chiesa e comunità politica*, Milano, Giuffrè, 1983; PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, edizione italiana a cura di GAETANO LO CASTRO, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 56-73; GAETANO LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spi-*

giuridica di VENANCIO DIEGO CARRO, O.P., versione spagnola di MARCELINO GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, O.P. (Istituto de Estudios Politicos, Sección de Teólogos Juristas, 1), Madrid, 1967, p. 52a]. È opportuno osservare che l'affermazione del teologo salmantino cade nel contesto di una dottrina chiaramente dualistica: «Enimvero sicut reipublicae ecclesiasticae, sic et civili necessaria fuit ratione finis potestas seipsam gubernandi, atque adeo leges pro temporum regionumque varietate instituendi, licet haec potestas (...) aliter quam ecclesiastica a Deo defluerit. Illam enim Christus per se contulit Ecclesiae divina lege: haec autem per legem naturae descendit, qua quaelibet respublica seipsam administrandi auctoritatem habet, quam et regibus conferre potuit. Itaque, quia respublica civilis familia quoque Dei est... ».

⁶⁰ Cost. *Gaudium et spes*, n. 31: Cristo «Apostolos (...) iussit praedicare omnibus gentibus nuntium evangelicum ut genus humanum familia Dei fieret, in qua plenitudo legis esset dilectio».

rituale e promozione umana, Milano, Giuffrè, 1986 [saggio ora rielaborato e, col titolo *La promozione dell'uomo nei rapporti fra ordine temporale e ordine spirituale*, inserito in ID., *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa* (Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico, Sez. canonistica, 39) Torino, Giappichelli, 2011, pp. 185-245]; JAVIER HERVADA, *Elementos para una teoría fundamental de la relación Iglesia-Mundo* (1987), ora in ID., *Vetera et nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004)*, Pamplona, Navarra Gráfica Ediciones, 2005², pp. 427-452; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Libertà. VII. Libertà religiosa – Dir. Can.*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1995, pp. 1-11; CARLOS SOLER, *Iglesia y Estado. La incidencia del Concilio Vaticano II sobre el derecho público externo* (Colección Canónica de la Universidad de Navarra), Pamplona, Eunsa, 1993; VICENTE PRIETO, *Relaciones Iglesias-Estado. La perspectiva del derecho canónico* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios, 278), Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2005; CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea e legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2005²; JORGE MIRAS, *La missione della Chiesa e la comunità umana*, in DANIEL CENALMOR - JORGE MIRAS, *Il diritto della Chiesa. Corso di diritto canonico*, Roma, Edusc, 2005, pp. 503-517; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, «*A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio*». *Laicità dello Stato e libertà delle Chiese* (collana Diritto-Ricerche), Milano, Vita e Pensiero, 2006; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni tra Chiesa e comunità politica*, Roma, A.V.E., 2007³; GIUSEPPE DALLA TORRE (ed.), *Lessico della laicità* (Coscienza, Studi, 48), Roma, Edizioni Studium, 2007 (in particolare i saggi di PAOLO SINISCALCO, GIUSEPPE DALLA TORRE, SALVATORE BERLINGÒ); GIUSEPPE DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Roma, Città Nuova, 2008; CARLO CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 392-409; JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Rapporti Chiesa-Stato*, in *Dizionario di ecclesiologia*, edd. GIANFRANCO CALABRESE-PHILIP GOYRET-ORAZIO FRANCESCO PIAZZA, Roma, Città Nuova, 2010, pp. 1155-1165; GIOVANNI B. VARNIER, *Il rapporto tra Chiesa e comunità politica tra Benedetto XV e Benedetto XVI. Una analisi ai margini del secolo breve*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 120.3-4, 2009, pp. 387-398; GIORGIO FELICIANI, *La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it, aprile 2011), pp. 1-13. Quanto la materia sia incandescente e le prospettive storiografiche si intreccino, quasi inevitabilmente, con diverse possibili opzioni politiche è un fatto che dà testimonianza della perenne attualità del problema: al riguardo v. MARIO TEDESCHI, *Recensione* al citato volume di OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, «*A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio*», in *Diritto e Religioni*, anno III, n. 1, 2007, pp. 661-666.

Per gli spunti di cui alla conclusione del § 3, e in particolare sul processo dottrinale e magisteriale di revisione della teoria della *potestas indirecta in temporalibus*, si vedano PEDRO LOMBARDÍA, *El derecho público eclesiástico según el Vaticano II*, in ID., *Escritos de derecho canónico II*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1980, pp. 351-431 [già in lingua francese in *Apolinaris*, 40, 1967, pp. 59-112]; MARIO CONDORELLI, *Concordati e libertà della Chiesa* (1968), ora in ID., *Scritti di storia e di diritto* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 147), Milano, Giuffrè, 1996, pp. 171-234; ID., *Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nel recente magistero ecclesiastico* (1972), ora in ID., *Scritti di storia e di diritto*, cit., pp. 265-288; LUCIANO MUSSELLI, *Chiesa cattolica e comunità politica* (Pubblicazioni della Università di Pavia. Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova Serie 15), Padova, Cedam, 1975.

Sui laici e sul tema del diritto alla libertà nelle materie temporali v. GAETANO LO CASTRO, *I laici e l'ordine temporale*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 97, I, 1986, pp. 241-258; ID., *I laici*, in ID., *Il mistero del diritto II*, cit., pp. 153-184; JAVIER HERVADA, *El magisterio social e la Iglesia y los derechos humanos* (1988), ora in ID., *Vetera et nova*, cit., 549-574; JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Il diritto alla libertà nell'ambito temporale*, in *Lex Nova (Fidelium Iura)*, 1, 1991, pp. 125-164. Sulla «funzione di cerniera» che i laici sono chiamati a svolgere «per ricomporre unitariamente l'ordine spirituale e l'ordine temporale, rispondendo così all'aspirazione profonda all'unità che ha caratterizzato da sempre il pensiero cristiano», v. LO CASTRO, *Ordine temporale*, cit., 47. Nonostante la distinzione degli ordini e il riconoscimento della «giusta libertà dei laici nella città terrestre», permangono «ambiguità irrisolte e ambivalenze spesso dilemmatiche, rispetto a ciò che per la Chiesa cattolica debba intendersi una 'giusta' democrazia ed una 'sana' laicità, e quindi rispetto a ciò che per il diritto della stessa Chiesa possa costituire oggetto di assenso e, anzi, d'impegno e testimonianza attiva, da parte dei suoi fedeli»: è quanto pone in rilievo SALVATORE BERLINGÒ, *La «iusta libertas» dei laici (LG 37) e la fondazione del diritto secolare*, in *Teologie politiche. Modelli a confronto*, a cura di GIOVANNI FILORAMO, Brescia, Morcelliana, 2005, pp. 247-262 (254 per la citazione). Non di meno, il «tipico principio cristiano del dualismo giurisdizionale» si pone come un «esemplare modello di rispetto per il valore della laicità della comunità politica», con i corollari che ciò comporta all'interno dell'ordinamento canonico e di riflesso nei rapporti con la società civile: SALVATORE BERLINGÒ, *Generalia iuris principia* (c. 19), in *Il Ius divinum nella vita della Chiesa*, a cura di JUAN IGNACIO ARRIETA, coordinatore dell'edizione COSTANTINO M. FABRIS, Venezia, Marcianum Press, 2010, pp. 577-593 (pp. 590 s. per le citazioni): anche in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, aprile 2009 (www.statoe-

chiese.it), p. 15. Ma è innegabile (perché così l'esperienza conferma) che le «ambiguità irrisolte» alle quali si accennava possono, nel contingente, generare atteggiamenti avvertiti come degli inammissibili «limiti esterni» a minaccia della sovranità statale e di una laicità «conforme a Costituzione»: GIUSEPPE CASUSCELLI, *Perché temere una disciplina della libertà religiosa conforme a Costituzione?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2007, (www.statoechiese.it), pp. 1-29 (26 s.).

Sui temi di cui al § 3, in particolare sul dualismo gelasiano e sulla vena ierocratica di alcune interpretazioni medievali v. ENNIO CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I-II, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, I, pp. 41-44, II, pp. 217-219, 228-233, 242-245 e letteratura ivi citata. In particolare le interpretazioni della metafora dei *duo luminaria* nella dottrina canonistica medievale sono attentamente seguite da DIEGO QUAGLIONI, *Luminaria, duo*, in *Federico II. Enciclopedia fridericiana*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2006, II, pp. 227-231. La metafora del sole e della luna, di origine biblica (Gen 1-15-18) ha una lunga storia nella tradizione cristiana, ed è più volte adoperata da Innocenzo III: OTHMAR HAGENEDER, *Il paragone sole-luna in Innocenzo III. Tentativo di una nuova interpretazione* (1967), ora in ID., *Il sole e la luna. Papato, impero e regni nella teoria e nella prassi del secolo XII e XIII*, Milano, Vita e Pensiero, 2000, pp. 33-68.

Il tema dei rapporti fra le due *potestates*, visto attraverso la metafora dei *duo gladii*, è studiato in numerosi lavori di ALFONS MARIA STICKLER, dei quali si trova riferimento nella bibliografia pubblicata negli *Studia in honorem Eminentissimi Cardinalis Alfonsi M. Stickler*, ed. ROSALIO JOSEPHO CARD. CASTILLO LARA (Studia et Textus Historiae Iuris Canonici 7), Roma, Libreria Ateneo Salesiano, 1992, pp. XXI-XXVIII. L'Autore ha offerto una trattazione di sintesi nel saggio *L'utrumque ius nella dottrina dei glossatori riguardante le relazioni tra Chiesa e Stato*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*. Atti del Convegno di Studi in onore di Giuseppe Ermini, Perugia, 30-31 ottobre 1976, a cura di DANILO SEGOLONI (Università degli Studi di Perugia, Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova serie VI.1), Perugia, Libreria Universitaria Editrice, 1980, pp. 417-431. Le tradizionali convinzioni dualistiche dei canonisti medievali trovano una espressione artistica nelle miniature studiate da ALFONS M. STICKLER, *Ursprung und gegenseitiges Verhältnis der beiden Gewalten nach den Miniaturen des Gratianischen Dekrets*, in *Studia Gratiana*, 20, 1976, pp. 339-359. Sulla scia dell'insegnamento di Stickler si colloca la ricca ricerca di ROSALIO CASTILLO LARA, *Coacción eclesiástica y Sacro Romano Imperio. Estudio jurídico-histórico sobre la potestad coactiva material suprema de la Iglesia en los documentos conciliares y pontificios del período de formación del derecho canónico clásico como un presupuesto de las relaciones*

entre «*Sacerdotium*» e «*Imperium*» (Institutum Historicum Juris Canonici. Studia et Textus Historiae Juris Canonici, 1), Augustae Taurinorum, Apud Custodiam Librariam Pontificii Athenaei Salesiani, 1956. Una ricerca specifica su uno dei più grandi e influenti canonisti del medioevo è stata condotta da GAETANO CATALANO, *Impero, regni e sacerdozio nel pensiero di Uguccio da Pisa*, Milano, Giuffrè, 1959.

Sul pensiero politico di Innocenzo III, sul quale mi sono soffermato nel § 3, la letteratura è ampia. Si vedano, in particolare, MICHELE MACCARRONE, *Chiesa e stato nella dottrina di Papa Innocenzo III* (Lateranum, Nova Series, 6.3-4), Romae, Facultas theologica Pontificii Athenaei Lateranensis, 1940; FRIEDRICH KEMPF, *Papsttum und Kaisertum bei Innocenz III. Die geistigen und rechtlichen Grundlagen seiner Thronstreitpolitik* (Miscellanea Historiae Pontificiae, XIX.58), Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1954; KENNETH PENNINGTON, *Pope Innocent III's Views on Church and State: A Gloss to Per Venerabilem*, in *Law, Church and Society. Essays in Honor of Stephan Kuttner*, a cura di KENNETH PENNINGTON - ROBERT SOMERVILLE, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1977, pp. 49-67, ora in ID., *Popes, Canonists, and Texts 1150-1550* (Collected Studies Series, 412), Aldershot, Variorum, 1993; WERNER MALECZEK, *Innocenzo III*, in *Enciclopedia dei Papi*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2000, II, pp. 326-350.

Concordia e consonantia (nel § 3 invocate quali principi direttivi dei rapporti fra *sacerdotium* e *regnum*) sono idee fondamentali che permeano, su piani diversi, il diritto canonico medievale e costituiscono chiavi di lettura per una sua comprensione storiografica: STEPHAN KUTTNER, *Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law* (St. Vincent College, Wimmer Lecture 10, 1956), Latrobe, Archabbey Press, 1960, ora in ID., *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages* (Collected Studies 113), Aldershot - Brookfield, Variorum, 1992, n. I.

Sulla bolla *Unam sanctam* v. EMANUELE CONTE, *La bolla Unam sanctam e i fondamenti del potere papale fra diritto e teologia*, in *Mélanges de l'École Française de Rome. Moyen Âge*, 113.1, 2001, pp. 663-684, con la letteratura ivi citata.

Sulla *ratio peccati* e la *potestas indirecta in temporalibus* v. Piero Bellini, *Sui caratteri essenziali della potestas indirecta in temporalibus* (1970), ora in ID., *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 185-250; ID., *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico, con particolare riferimento ai secoli XII e XIII* (Università degli Studi di Roma, Monografie dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza 19), Milano, Giuffrè, 1964; ID., *Respublica sub Deo. Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanista*, Firenze, Le

Monnier 1981; ID., «*Denunciatio evangelica*» e «*denunciatio judicialis privata*». *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1986; ID., *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, I-II, Torino, Giappichelli, 2000. Sulla problematicità del richiamo alla *ratio peccati* nel can. 1401 del vigente *Codex Iuris Canonici* v. VICENTE PRIETO, *Cose spirituali e annesse alle spirituali. La ratio peccati (can. 1401)*, in *Ius Ecclesiae*, 15, 2003, pp. 39-77.

Sui temi di cui al § 4.1. L'incidenza della *ratio peccati* sulla configurazione dei rapporti fra diritto civile e diritto canonico può essere studiata ed è stata studiata con riguardo specifico a molteplici tematiche. Mi sia consentito ricordare alcuni miei recenti lavori, dove si troveranno riferimenti alle modalità storicamente concrete di intervento dell'autorità ecclesiastica in materia temporale *ratione peccati*: *Alcuni casi di giuramento confirmatorio in materia di dote e di diritti successori. Contributo alla storia dell'«utrumque ius» (secoli XII-XV)*, in «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di ORAZIO CONDORELLI, I-V, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2004, I, pp. 491-565; *Il testamento confermato dal giuramento tra diritto canonico e diritto civile*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. I. Zivil- und Zivilprozessrecht*, a cura di ORAZIO CONDORELLI-FRANCK ROUMY-MATHIAS SCHMOECKEL (Norm und Struktur 37.1), Böhlau, Köln - Weimar - Wien 2009, pp. 311-336; *Il contributo delle ricerche canonistiche alla storia del pensiero medievale*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, a cura di MARIA LUISA TACELLI-VINCENZO TURCHI (Università del Salento, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, nuova serie 18), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 335-369 (in particolare pp. 355-369).

Su *utrumque ius*, “età del diritto comune” e “sistema del diritto comune” si vedano FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 343-629; MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune* (I Libri di Erice, 1), Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998⁸, pp. 163-215 [anche in traduzione inglese: *The Common Legal Past of Europe. 1000-1800*, translated by LYDIA G. COCHRANE, foreword by KENNETH PENNINGTON (Studies in Medieval and Early Modern Canon Law, 4), Washington D.C., Catholic University of America Press, 1995; in traduzione spagnola: *La Europa del derecho común*, introduzione di EMMA MONTANOS FERRÍN, traduzione di NADIA POLONI e JOSÉ ANTONIO DE PRADO DíEZ (I Libri di Erice, 14), Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1999²; in traduzione tedesca: *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, introduzione di HANS SCHLOSSER, traduzione di ELLEN DILCHER, München, C.H. Beck, 2005].

Per i cenni sulla concezione realistica del diritto e sulla connessione tra carità e diritto rinvio a due miei lavori: *Ius e lex nel sistema del diritto comune*

(secoli XIV-XV), in *Lex und Ius. Lex and Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, a cura di ALEXANDER FIDORA-MATHIAS LUTZ-BACHMANN-ANDREAS WAGNER (Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und der Neuzeit. Abteilung II: Untersuchungen, 1), Stuttgart [Bad Cannstatt], Frommann-Holzboog, 2010, pp. 27-88; *Carità e diritto agli albori della scienza giuridica medievale*, in *Diritto canonico e servizio della carità*, a cura di JESÚS MIÑAMBRES (Pontificia Università della Santa Croce, Monografie Giuridiche, 33), Milano, Giuffrè, 2008, pp. 41-103.

Sul tema del *ministerium regale* e sulla regalità sacra, trattato nel § 4.2, vi è copiosa letteratura: è sufficiente, in questa sede, un rinvio alle dense pagine di YVES CONGAR, *L'ecclésiologie du haut Moyen-Âge*, Paris, Cerf, 1968, pp. 249-317. Al riguardo PIETRO COSTA ha recentemente notato che «la teologia politica medievale presuppone la distinzione fra il temporale e lo spirituale, fra l'Impero e la Chiesa, ma al contempo rende possibile la sacralizzazione del potere non meno della politicizzazione del sacro»: «*Imitatio imperii*» e «*imitatio sacerdotii*»: morte e trasfigurazione di una celebre formula, in *Laicità e Stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà, Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di ADOLFO CERETTI-LOREDANA GARLATI, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 179-208 (p. 188). Condivido il giudizio che si tratta di una interconnessione persistente oltre i limiti cronologici convenzionali del medioevo, tanto che si potrebbe perciò «parlare di un 'lungo medioevo', che coesiste con (piuttosto che essere spazzato via da) gli squilli della modernità» (ivi, p. 190).

Nel § 4.2 mi sono soffermato, in particolare, sulla legislazione di Ruggero II il Normanno, re di Sicilia. Sulla sua idea di regalità si vedano MANLIO BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1993⁶, pp. 274-282. Sulla politica ecclesiastica dei Normanni v. GAETANO CATALANO, *Studi sulla Legazia Apostolica di Sicilia* (Historica, 4), Reggio Calabria, Parallelo 38; SALVATORE FODALE, *Comes et legatus Siciliae: Sul privilegio de Urbano II e la pretesa Apostolica Legazia dei normanni di Sicilia*, Palermo, Manfredi, 1970; SALVATORE BORDONALI, *Considerazioni sui rapporti Stato-Chiesa agli inizi del Regnum Siciliae*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, pp. 257 ss. Per una informazione generale sulla legislazione ruggeriana v. ORTENSIO ZECCHINO, *Assise di Ariano*, in *Federico II. Enciclopedia fridericiana*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2006, I, pp. 109-116, con la letteratura ivi citata. Per il collegamento tra i contenuti del proemio delle *Assisae* e le vicende che portarono all'incoronazione di Ruggero II v. MARIO CARVALE, *Il Regno normanno di Sicilia* (Ius Nostrum, 10), Milano, Giuffrè, 1966, pp.

40-51. Da oltre un secolo le *Assisae* non cessano di attirare l'attenzione della storiografia giuridica, sia sulla questione della paternità ruggeriana (che nel testo ho dato come risolta in senso affermativo), sia per il problema dell'individuazione delle fonti giuridiche utilizzate. Fra gli studi più antichi credo che siano ancora da tenere presenti quelli di FRANCESCO BRANDILEONE, *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve*, Torino, Bocca, 1884, e *Il diritto greco-romano nell'Italia meridionale sotto la dominazione normanna*, in *Archivio Giuridico*, 36, 1886, pp. 63-101, 238-291, ora entrambi ristampati in ID., *Scritti di storia giuridica dell'Italia meridionale*, a cura di CARLO GUIDO MOR (Società di Storia Patria per la Puglia, Documenti e Monografie, 34), Bari, Società di Storia Patria per la Puglia, 1970, rispettivamente pp. 315-413 e pp. 211-313. Tra i contributi più recenti, non coincidenti nelle conclusioni, v. KENNETH PENNINGTON, *The Birth of the «Ius commune»: King Roger II's Legislation*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 17, 2006, pp. 23-60; FEDERICO MARTINO-ADALGISA DE SIMONE, *Un documento in arabo e il diritto comune alla corte di Ruggero II*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 19, 2008, pp. 93-136; ENNIO CORTESE, *Il diritto romano in Sicilia prima e dopo l'istituzione del Regno*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 20, 2009, pp. 15-27; KENNETH PENNINGTON, *The Constitutiones of King Roger II of Sicily in Vat. lat. 8782*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 21, 2010, pp. 35-54. Sulle norme in materia ecclesiastica si vedano, in particolare, CHRISTOPH ULRICH SCHMINCK, *Crimen laesae maiestatis. Das politische Strafrecht Siziliens nach den Assisen von Ariano (1140) und den Konstitutionen von Melfi (1231)* (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Neue Folge, 14), Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 44-53, e ORTENSIO ZECCHINO, *Le Assise di Ruggiero II. Problemi di storia delle fonti e di diritto penale* (Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli CLXXXV), Napoli, Jovene, 1980, pp. 132-136. Il processo contro Filippo di Mahdia, ricordato nel testo, è ricollegato all'Assisa che punisce l'apostasia da SCHMINCK, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 77. L'episodio è riferito, oltre che nella interpolazione degli *Annales* di Romualdo Salernitano, anche da due cronisti musulmani. Secondo MICHELE AMARI, *Storia dei Musulmani di Sicilia*, seconda edizione accresciuta e modificata dall'Autore, a cura di CARLO ALFONSO NALLINO, I-III, Catania, Prampolini, 1933-1939; rist. Catania, Dafni, 1986, III.2, pp. 443-447, il fatto dovrebbe essere collocato nel 1153 piuttosto che nel 1146, data indicata dall'editore di Romualdo Salernitano. Trovo condivisibile la ricostruzione di SALVATORE TRAMONTANA, *La Sicilia dall'insediamento normanno al Vespro (1061-1282)*, in *Storia della Sicilia*, III, Napoli, Società Editrice Storia di Napoli e della Sicilia, 1980, pp. 222-224. Tra gli autori che più recentemente si sono occupati del caso cfr. GLAUCO MARIA CANTARELLA, *La Sicilia e i Nor-*

manni. Le fonti del mito (Il mondo medievale, Sez. di storia delle istituzioni, della spiritualità e delle idee, 19), Bologna, Patron, 1988, pp. 64-66 (dove fra l'altro descrive un ambiente in cui la dissimulazione della fede musulmana è piuttosto diffusa); HUBERT HOUBEN, *Ruggero II di Sicilia: un sovrano tra Oriente e Occidente* (Centro Europeo di Studi Normanni, Fonti e Studi 8), Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 142-145; JEREMY JOHNS, *Arabic Administration in Norman Sicily. The Royal Divan* (coll. Cambridge Studies in Islamic Civilization), Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 215-218, 250; ALEX METCALFE, *Muslim and Christians in Norman Sicily. Arabic Speakers and the End of Islam*, New York, Routledge Curzon, 2003, pp. 48-50.

Accennando alle possibili ascendenze della politica ecclesiastica di Ruggero II, ho fatto una rapida allusione al problema se e in quale misura una tralatizia terminologia storiografica che parla di concezione "costantiniana" o "carolingia", o di "sinfonia" o di "cesaropapismo", sia in effetti idonea a cogliere gli elementi di sintonia come pure le differenze che qualificano i rapporti tra Chiesa e potere politico nell'Occidente latino e nell'Oriente bizantino. Un aspetto di questo problema più generale riguarda la questione se la categoria del "cesaropapismo" sia o no adeguata a qualificare le relazioni tra autorità temporale e autorità spirituale nell'impero bizantino. Vi è chi risponde affermativamente: GILBERT DAGRON, *Empereur et prêtre. Étude sur le «césaropapisme» byzantin*, Paris, Gallimard, 1996; ID., *Cesaropapismo*, in *Federico II. Enciclopedia Fridericiana*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 2006, I, pp. 299-307. Vi è, al contrario, chi ritiene impropria l'applicazione di tale categoria al mondo bizantino, e afferma che tali relazioni si siano basate su uno schietto principio dualistico: si veda, per esempio, HÉLÈNE AHRWEILER, *L'idéologie politique de l'empire byzantin* (L'Historien, 20), Paris, Presses Universitaires de France, 1975, pp. 129-133. Lungo questa diversa linea interpretativa il modello è piuttosto quello giustiniano della "sinfonia" o, con neologismo greco, *synallelía*: sull'argomento si veda CONSTANTINOS G. PITSAKIS, *La synallelía, principe fondamental des rapports entre l'Eglise et l'Etat: idéologie et pratique byzantines et transformations contemporaines*, in *Kanon. Jahrbuch der Gesellschaft für das Recht der Ostkirchen. 10. Kirche und Staat im christlichen Osten*, 1991, pp. 17-35; ID., *Empire et Eglise (le modèle de la Nouvelle Rome): la question des ordres juridiques*, in *Diritto e religione da Roma a Costantinopoli a Mosca*, a cura di MARIA PIA BACCARI (Da Roma alla Terza Roma, Documenti e Studi: Rendiconti dell'XI Seminario, Campidoglio, 21 aprile 1991), Roma, Herder, 1994, pp. 127-123; ID., *Droit romain et droit canonique oriental*, in *Cristianità d'Occidente e cristianità d'Oriente (secoli VI-XI)*, 24-30 aprile 2003 (Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo 51), Spoleto, presso la sede della Fondazione, 2004, II, pp.

1435-1469. Per un quadro di insieme si veda AGOSTINO PERTUSI, *Il pensiero politico bizantino*, edizione a cura di ANTONIO CARILE (Il mondo medievale, sez. di storia bizantina e slava, 6), Bologna, Patron 1990 (già nella *Storia delle idee politiche, economiche e sociali* diretta da LUIGI FIRPO, Torino, Utet 1983). Dal punto di vista teologico, si nota che «nella prospettiva ecclesiologica che domina le considerazioni degli Orientali, è difficile separare la società umana in due ‘società perfette’, la Chiesa e lo Stato»: TOMÁŠ ŠPIDLÍK, *La spiritualità dell’Oriente cristiano. Manuale sistematico*, Roma, Pontificium Institutum Orientale, 1985, pp. 143. Ritengo interessante notare che nella Divina Liturgia di San Giovanni Crisostomo si recita una preghiera per i governanti e per le autorità civili e militari: «Pro piissimis et a Deo custoditis imperatoribus nostris, et pro toto palatio et exercitu ipsorum» («ypèr tôn eusebestáton kai theophylàkton basiléon emôn, pantòs toû palatíu kai toû stratopédou autôn») (*Patrologia Graeca*, vol. 63, col. 907). Mi sembra una bella manifestazione, sul piano della liturgia, della “sinfonia” o *synallelía* tra *sacerdotium* e *regnum* che connota la teologia politica bizantina.

Sul tema dell’obbligatorietà della legge umana in coscienza, affrontato nel § 4.3, rinvio al mio studio su *Norma giuridica e norma morale, giustizia e salus animarum secondo Diego de Covarrubias. Riflessioni a margine della Relectio super regula «Peccatum»*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 19, 2008, pp. 163-202 (in particolare pp. 179 ss., con la letteratura ivi citata). Sul tema sono tornato nella relazione su *Le origini teologico-canonistiche della teoria delle leges mere poenales*, tenuta presso la Villa Vigoni, Centro Italo-Tedesco (Lovenjo di Menaggio) nell’occasione della terza Conferenza di Ricerca sul tema *L’influsso del diritto canonico sulla cultura giuridica europea. III. Diritto penale e processuale penale* (21-24 ottobre 2010). Il testo è in corso di pubblicazione nel terzo volume della serie *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, a cura di ORAZIO CONDORELLI-FRANCK ROUMY-MATHIAS SCHMOECKEL (Böhlau, Köln - Weimar - Wien).

TAVOLE

1. Cesena, Biblioteca Malatestiana, ms. S.II.1: Graziano, *Decretum*, corredato dall'*apparatus* di Giovanni Teutonico e Bartolomeo da Brescia, fol. 2r. L'immagine è disponibile sul sito del *Catalogo aperto dei manoscritti malatestiani*: <http://www.malatestiana.it/manoscritti/index.htm>.

Il ms. è decorato da due distinti miniatori di ambiente bolognese, al primo dei quali si deve la miniatura di fol. 2r (tra secondo e quarto decennio del secolo XIV): FRANCESCA FLORES D'ARCAIS, *Le miniature dei manoscritti giuridici trecenteschi nella Biblioteca Malatestiana*, in *Libreria Domini. I manoscritti della Biblioteca Malatestiana: testi e decorazioni*, a cura di FABRIZIO LOLLINI – PIERO LUCCHI, Bologna, Grafis, 1995, pp. 249-263. Sul sito della Biblioteca Malatestiana si possono leggere la scheda catalogografica e una bibliografia dei lavori dove il ms. è studiato o menzionato.

L'immagine rappresenta il conferimento dei poteri da parte di Cristo al Papa e all'Imperatore. Cristo è assiso in trono, con un libro aperto sulla gamba sinistra. Alla sua destra il Papa, leggermente inclinato, riceve da un angelo un libro. Alla sua sinistra un angelo consegna all'Imperatore il *gladius*. *Clerici* e *milites* fanno da seguito a Papa e Imperatore. L'immagine è ispirata dalle parole con cui inizia il *Decretum*: «Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus». Dalla duplice modalità con cui il diritto si manifesta al genere umano l'artista trae l'idea di rappresentare i titolari dei due poteri, ecclesiastico e civile, attraverso i quali il mondo è governato. È una incisiva rappresentazione della dottrina delle *potestates distinctae* ma procedenti *ex uno eodemque principio* (cfr. Giustiniano, *Novella* 6): Papa e Imperatore, nei quali si incarnano le realtà del *sacerdotium* e del *regnum*, ricevono i loro poteri direttamente da Cristo. A margine del citato passo i commentatori del *Decretum* notano che le due potestà governano il genere umano attraverso i due diritti: naturale (cioè divino, spiega la glossa), e umano (cfr. glossa in *dictum ante* D.1 c.1, v. *duobus*, v. *naturali*, v. *moribus*). I due diritti sono *instrumenta* nelle mani dei due *auctores*.

Sebbene notevolmente semplificata, la scena è simile a quella del ms. Vat. Lat. 1366, fol. 1r, descritta da STICKLER, *Ursprung und gegenseitiges Verhältnis*, cit., p. 347. Sulle miniature del *Decretum* di Graziano si vedano i tre volumi di ANTHONY MELNIKAS, *The Corpus of the Miniatures in the Manuscripts of "Decretum Gratiani"* (= *Studia Gratiana* 16-18), Romae, 1975.

2. Beaune, Bibliothèque Municipale, ms. 5: Graziano, *Decretum* con vari strati di glosse, fol. 4r.

L'immagine è disponibile sul sito *Manuscrits enluminés des bibliothèques*

de France: <http://www.manuscritsenlumines.fr>

Descrizione, analisi e bibliografia in RUDOLF WEIGAND, *Die Glossen zum Dekret Gratians*. Teil III und IV (= *Studia Gratiana* 26), Romae 1991, pp. 687-689.

Secondo HERMANN SCHADT il manoscritto risale agli anni 1155/1165 e fu confezionato in Sicilia: *Die Darstellungen der Arbores Consanguinitatis und der Arbores Affinitatis. Bildschemata in juristischen Handschriften*, Tübingen, Verlag Ernst Wasmut, 1982, p. 48 e *passim*. La ragione di tale localizzazione dipenderebbe dal fondale dell'immagine posta a fol. 288v (*arbor consanguinitatis*), fondale che l'Autore trova somigliante ai mosaici della Cattedrale di Monreale e della Cappella Palatina di Palermo. La figura rappresentata nell'*arbor consanguinitatis* si ispira a un modello bizantino. L'origine siciliana del ms. è accettata, oltre che da WEIGAND, da PETER LANDAU, *Gratian and the Decretum Gratiani*, in *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, a cura di WILFRIED HARTMANN - KENNETH PENNINGTON, Washington D.C., Catholic University of America Press, 2008, pp. 22-54 (49).

L'immagine qui riportata rappresenta la lettera H, iniziale di *Humanum genus*. Cristo è raffigurato sopra il tratto orizzontale della lettera H; sotto, Papa e Imperatore stanno uno accanto all'altro. Cfr. STICKLER, *Ursprung und gegenseitiges Verhältnis*, 351.

3(a) e 3(b). Köln, Dombibliothek, Codex 127: Graziano, *Decretum* con vari strati di glosse, fol. 9r.

L'immagine è disponibile sul sito dei *Codices Electronici Ecclesiae Coloniensis*: <http://www.ceec.uni-koeln.de/>

Manoscritto databile intorno al 1170. Si veda la scheda di BEATE BRAUN-NIEHR, in *Glaube und Wissen im Mittelalter: die Kölner Dombibliothek. Katalogbuch zur Ausstellung, Erzbischofliches Diözesanmuseum Köln, 7. August bis 15. November 1998*, München, Hirmer, 1998, pp. 262-266, disponibile sul citato sito web. Il codice, splendido testimone della scuola decretistica coloniese, è stato analiticamente descritto da WEIGAND, *Die Glossen*, cit., pp. 782-785. Più recentemente è stato preso in considerazione da PETER LANDAU, *Die kölnen Kanonistik des 12. Jahrhunderts. Ein Höhepunkt der europäischen Rechtswissenschaft* (Kölner rechtsgeschichtliche Vorträge im Auftrag des Rheinischen Vereins für Rechtsgeschichte e. V. zu Köln, Heft 1), Badenweiler, Wissenschaftlicher Verlag Bachmann, 2008, pp. 11 s., 36 s.

La iniziale H di *Humanum genus* è rappresentata attraverso due figure, Imperatore incoronato (sinistra) e Papa con mitria e pastorale (a destra), che tengono insieme uno scettro. È una efficace rappresentazione della idea di

collaborazione (*concordia, consonantia*) di *sacerdotium* e *regnum* nel governo del genere umano. Cfr. STICKLER, *Ursprung und gegenseitiges Verhältnis*, p. 356.

4. Palermo, Chiesa di Santa Maria dell'Ammiraglio, detta della Martorana. Mosaico: Ruggero è incoronato re da Cristo.

La Chiesa fu fondata nel 1143 da Giorgio di Antiochia, ammiraglio di Ruggero II. I mosaici risalgono agli anni 1146-1151, furono dunque eseguiti durante la vita del sovrano.

Il re indossa il *lóros*, indumento da cerimonia proprio dell'imperatore bizantino. Il volto regale è simile a quello di Cristo. Il processo artistico di mimesi traduce l'idea del re terreno come immagine del Re celeste e rappresentante della Divinità in terra. Sulla regalità "cristomimetica", anche con riferimento a questa rappresentazione di Ruggero II, v. ERNST H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, traduzione italiana con introduzione di ALAIN BOIREAU, Princeton, 1957; Torino, Einaudi, 1989, pp. 43 ss., 58. Per una analisi del mosaico è fondamentale ERNST KITZINGER, *The Mosaics of St. Mary's of the Admiral in Palermo* (Dumbarton Oaks Studies, 27), Washington D.C., Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1990, pp. 189-197. L'idea che il re è investito del suo potere direttamente da Dio è rappresentata anche da una iscrizione trilingue (latino, greco e arabo) murata sul muro esterno della Cappella Palatina di Palermo. L'epigrafe afferma che il re aveva fatto costruire nel 1142 un orologio ad acqua. Nel testo in greco si parla del "possente sovrano Ruggero, re scettrato da Dio": AMARI, *Storia dei Musulmani di Sicilia*, cit., III.3, p. 702.



1. Cesena, Biblioteca Malatestiana, ms. S.II.1, fol. 2r.




2. Beaune, Bibliothèque Municipale, ms. 5, fol. 4r.

9

Concedita discordantia canonu. ac pnu de iur natu & constitutioni E.

Quibus non plura...
...conceditur...
...conceditur...



L	O	A	R	V	O
G	E	N	M		
D	L	O	B		
R	E	G	L		
C	V	R			
R	A	G	ZI		
R	A	L	I		
H	I	D	E		
L	I	C	Q		
I	V	R	E		
E	G	O	O		
R	I	B	V		
L	V	S	D		
A	G	V	R		
E	S	S	Q		
V	O	D	I		

Leg et euangelio connet.

q' q'q' ubi...
...de iur natu...
...de iur natu...
...de iur natu...

Omnis leges dicitur esse aut humana
 humani natura. humanae naturae
 leges. hae dicitur quoniam alio gen
 ere placuit fieri. lex divina est ius. lex hu
 mana transire per agrum dicitur. facta est
 in se. **E**t ubi dicitur auctoritate evident
 data intelligi. in quo dicitur inter de leg
 divina. et humana. cum omne quod facta
 est nomine humani vel naturalis leges accipi
 atque nominat ut leges humane. mores sunt
 consuetudines. remanet intelligantur. Et autem
 quod nomen multum habet ut videtur spec
 iem in eodem habet videtur autem ius. ius est
 in generali nomen est. lex autem iuris est
 in generali dicitur. quia ius est. Omne autem
 ius leges. ius mores. consuetudines. sic lex. et ex
 est consuetudo scripta. ad hoc modo dicitur autem
 longa consuetudo. de moribus tracta consuetudo
 consuetudo autem est ius quoddam moribus. et ad hoc
 scriptum. quod per leges dicitur cum consuetudo.
 dicitur lex. sic dicitur in scriptis an ius
 est. quoniam a legem contra commendat
 Porro si ratione lex constituitur. lex erit omne
 tam quod ratione constituitur. du tunc
 quod rationem amittit. quod dicitur
 consuetudo. quod saltem proficitur. vocatur
 consuetudo. quia in omnium est usu.
Cum magis de non dicitur. tunc consue
 tudo scripta ut ratione constituitur. apparet
 quod consuetudo partim est reducta
 in scriptis. partim moribus tantum. item
 tunc est restructa. Quae in scriptis
 reducta est. constituitur. siue ius vocatur.
 Quae autem in scriptis reducta non est. gene
 rali nomine constituitur. appellatur. Et nota dicitur
 hoc ius. ut in eodem libro testatur. istud
 ius dicitur. et sic dicitur. Ius autem
 est naturale est. autem consuetudo. autem quod
 ius naturale est. sic dicitur ad ius naturale
 nationis. eo quod ubique ius naturalis. non
 constituitur. aliqua habet. ut ius in se
 mine constituitur. leges. dicitur. et ad ius.
 omnium omnium possessio. et autem ius habet.

D I

...in...
...in...
...in...
...in...

3(a). Köln, Dombibliothek, Codex 127, fol. 9r



3(b). Köln, Dombibliothek, Codex 127, fol. 9r, particolare



4. Palermo, Chiesa di Santa Maria dell' Ammiraglio, detta della Martorana, mosaico (foto di Matthias Süßen disponibile su [http://de.wikipedia.org/wiki/Roger_II._\(Sizilien\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Roger_II._(Sizilien)))

I prodromi della questione cattolica in Italia

Note intorno al difficile dialogo tra la Chiesa cattolica e lo Stato unitario in Italia

ANTONINO MANTINEO

1. *Il punto sulla storiografia*

L'occasione dei centocinquanta anni dall'Unità d'Italia è stata partecipata dalla gerarchia ecclesiastica e dai vertici istituzionali dello Stato Città del Vaticano con dichiarazioni di amicizia e di grande attenzione verso il nostro Paese, come occasione per rinsaldare i “forti legami” fra Chiesa e Stato¹.

Non era stato con questi atteggiamenti che era stata salutata l'Unità nel 1861 e non solo dal Papato, costretto in esilio e quasi prigioniero nei Palazzi vaticani, ma dalla stessa massa di cattolici che nella *debellatio* del potere temporale della Chiesa avevano visto il disprezzo ed un'ingiuria insanabili dello Stato nei confronti dell'istituzione ecclesiastica.

La scelta di approfondire il ruolo dei cattolici – non solo e non tanto, quindi, quello della Chiesa nella sua espressione gerarchica, nelle fasi di avvio del processo unitario e fino alla formazione del nuovo Stato – e quella di approfondire il problema connesso al precedente, relativo alla posizione assunta dalla classe di governo dello Stato italiano di fronte alla Chiesa, alle sue istituzioni e nei confronti degli stessi cattolici, richiede, comunque sia, una premessa relativa al metodo seguito nel presente contributo.

Si ritiene si possa parlare di *prodromi* della *questione cattolica* proprio nella considerazione che si debba collocare proprio in quella fase storica in cui si completava l'Unità politica il distacco, la disaffezione, la presa di distanza dei cattolici dalla vita politica e sociale del nuovo Stato, che tanti effetti e conseguenze avrebbe prodotto e, forse, continua a produrre nella vita pubblica del nostro Paese. Di converso, può indicarsi con la stessa espres-

¹ Tra i tanti messaggi della Chiesa italiana in occasione della ricorrenza dei centocinquanta anni dell'Unità d'Italia, si segnalano: BENEDETTO XVI, *Messaggio al Presidente della Repubblica italiana*, del 16 marzo 2011, in www.wordpress.it; e il documento delle Commissioni Educazione cattolica, Scuola e Università, Cultura e Comunicazioni sociali, Laicato, Problemi sociali e Lavoro, Giustizia e Pace, Salvaguardia del creato (a cura di), *I centocinquanta anni dell'Italia unita: un'occasione per seminare un rinnovato ottimismo*, in www.censad.eu.

sione, di *questione cattolica*, la difficoltà con la quale si è mossa, soprattutto in avvio del processo unitario, la classe dirigente che si rese protagonista della *politica ecclesiastica* ed, in primo luogo, i governi della Destra e della Sinistra storica, i quali, prima ancora che attraverso i provvedimenti e gli atti legislativi adottati, si resero, di frequente, protagonisti di *atteggiamenti* di avversione, di emarginazione nei confronti dei cattolici, contribuendo a determinare una condizione di subalternità rispetto ad altre concezioni culturali e politiche². È indicativo di questa condizione il sillogismo cui furono sottoposti: “Se siete cattolici obbedite al Papa; se obbedite al Papa, desiderate il disfacimento dell’Unità italiana, siete nemici della patria”; sillogismo grossolano secondo Jemolo, che non ammetteva distinguo, tanto più dopo il 1866, in cui per l’ultima volta larghe masse cattoliche desiderarono la sconfitta del tricolore, e che, nonostante ciò, è stato ingiustamente utilizzato fino al 1912³.

Allo scopo del presente lavoro, ci sembra utile ribadire come la politica attuata dai primi governi dell’Italia unita nei confronti della Chiesa cattolica – orientata ad assegnare al nascente Stato funzioni tipiche di un ordinamento che si volesse affrancare da ogni istituzione privata, ma anche dalla istituzione della Chiesa cattolica, la quale rivendicava l’esercizio di una *potestas directa vel indirecta in temporalibus*, e ciò veniva ribadito con il Concilio Vaticano I del 1870 – si svolgeva, quasi esclusivamente, in una prospettiva *anti-ecclesiastica*. Ciò avveniva sia attraverso una politica legislativa di impronta liberale, non più connotata da una matrice religiosa, sia attraverso i diversi provvedimenti adottati nei confronti della Chiesa, finalizzati a ridimensionarne il peso politico e finanziario. In tal senso, fu determinante il concorso di diverse concezioni politiche e culturali, da quella liberale a quella socialista e radicale, come fu decisivo il ruolo della massoneria, presente nelle *élites* del Paese come nel Parlamento italiano⁴.

² Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla unificazione a Giovanni XIII*, Einaudi, Torino, 1974, il quale, da “osservatore imparziale”, voleva stemperare i toni di “certa” storiografia la quale aveva molto sottolineato l’avversione dello Stato liberale nei confronti di coloro i quali dissentissero e si opponessero al regime unitario. Secondo l’A., infatti, “l’Italia liberale non condannò alcuno per reati politici o per cospirazioni verso il nuovo Stato a pene sensibili”, meno che mai i cattolici. “... Viceversa, è esatto che i cattolici furono veramente assillati, dalla classe politica resasi protagonista dell’Unità, dalle *punture di spillo*, feriti nei loro sentimenti”.

³ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia*, cit., p. 56.

⁴ Sul ruolo della massoneria si sofferma a lungo lo stesso ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato*, cit., p. 57 e ss., secondo il quale la Massoneria in Italia, come in tutti i Paesi latini avrebbe avuto da sempre carattere anticlericale. Nell’Italia unita era già forte e, tra l’altro, portava “alla cattedra universitaria e a posti elevati molte nullità”. Si v., inoltre, la ricostruzione di storia locale di MARCO NOVARINO,

La *questione cattolica* potrebbe, quindi, essere vista, innanzitutto, dall'*angolo visuale* dello Stato unitario, il quale faticò molto nelle fasi di avvio a comprendere come fosse necessario creare le condizioni a che i cattolici – individualmente e collettivamente – sanassero e dirimessero quel *conflitto di lealtà* lacerante, che li costringeva a scegliere tra “gli opposti sentimenti di fedeltà nascenti dalla cittadinanza da un lato e dall’appartenenza ecclesiale dall’altro”⁵. Tenendo presente questi elementi, si è scelto di analizzare le ragioni che si ritiene abbiano frenato l’adesione dei cattolici e la loro partecipazione al processo unitario, in un arco temporale abbastanza limitato e, cioè, fino al pontificato di Leone XIII.

Di questione cattolica altri indirizzi storiografici si sono occupati, per analizzare problematiche similari, ma distinte.

Si richiamano, innanzitutto, i contributi che con l’espressione “questione cattolica” avevano indicato tanto l’“opposizione cattolica” espressa dalla gerarchia ecclesiastica al processo di unificazione, quanto la posizione assunta da una minoranza cattolica che riteneva fondamentale quel processo e, anzi, si impegnava per promuoverlo nella società italiana del tempo⁶.

Si può, altresì, richiamare quegli studi che hanno utilizzato l’espressione “questione cattolica” per ricercare le possibili connessioni, i collegamenti e le ipotesi di collaborazione tra le forze cattoliche e i partiti della sinistra italiana, già al loro nascere, superando, anche in questo caso, i conflitti ideologici e le contrapposizioni insanabili tra cattolicesimo e socialismo⁷.

La questione cattolica in Italia potrebbe, comunque sia, essere vista come una costante che ha attraversato il secolo XX, dalla partecipazione al primo conflitto mondiale, all’avvento del regime fascista, fino al dramma del secondo conflitto mondiale, con lo sterminio degli ebrei e delle minoranze religiose ed etniche, per interrogarsi sul ruolo assunto dalla Chiesa e dai cattolici per opporsi a quella follia collettiva che ha attraversato, non solo il nostro Paese

GIUSEPPE M. VATRI, *Uomini e logge nella Torino capitale. Dalla fondazione della loggia Ausonia alla rinascita del Grande Oriente italiano (1859-1862)*, Edizioni L’Età dell’Acquario, Torino, 2009.

⁵ A tale conflitto di lealtà fa espresso riferimento BENEDETTO XVI nel suo *Messaggio*, cit.

⁶ Si v., GIOVANNI SPADOLINI, *L’opposizione cattolica. Da porta Pia al ’98 (1961)*, Mondadori, Milano, 1991; GIORGIO CANDELORO, *Il movimento cattolico in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1974; GABRIELE DE ROSA, *Storia del movimento cattolico in Italia. Dalla Restaurazione all’età giolittiana*, Laterza, (Roma-)Bari, 1966.

⁷ Per tutti, si segnalano le considerazioni di FRANCESCO TRANIELLO, *Città dell’uomo. Cattolici, partito e Stato nella storia d’Italia*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 45 e ss. *Ivi*, i riferimenti a PIER GIORGIO ZUNINO, *La questione cattolica nella sinistra italiana (1919-1939)*, il Mulino, Bologna, 1975; GABRIELE DE ROSA, *Gramsci e la questione cattolica*, in *Politica e storia in Gramsci*, in FRANCESCO TRANIELLO, *L’opposizione cattolica e la sinistra*, in *Il Politico*, 1978, pp. 236-246.

a maggioranza cattolica, ma altri Paesi, come la Germania o la Spagna ed altri Paesi della stessa Europa, ove le religioni giunsero ad allearsi, o, almeno, a non ostacolare le dittature⁸.

Questi profili meriterebbero un approfondimento equilibrato ed analitico per potere bilanciare le gravi responsabilità, che pure ci sono state, nel non ostacolare e, peggio, nell'assecondare e sostenere l'avvento dei regimi totalitari⁹ e, d'altra parte, comprendere storie, protagonisti, pensieri e concezioni politiche ed ideali elaborati, anche da tanti cattolici, singolarmente o in gruppi, costretti spesso alla condizione di esiliati, per sconfiggere in patria e in Europa quella *notte della ragione* che ha attraversato una parte del Novecento.

Facciamo nostra, innanzitutto, l'avvertenza del grande Jemolo il quale, proprio nella ricostruzione dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia, avvertiva come non si possa con gli occhi del presente interpretare il passato, ne vale della veridicità e della capacità critica, parametri necessari ed ineliminabili per un bilancio storico che tenda all'obiettività¹⁰.

Quella raccomandazione è tanto più utile oggi – dopo un arco di tempo ampio, ma non abbastanza, che ci separa dalla tappa dell'Unità e dopo che il nostro sistema politico e ordinamentale, si è evoluto fino a trovare, da oltre sessant'anni, nella Costituzione repubblicana, la *magna charta* attorno alla quale coltivare le ragioni profonde e durature per la coesione sociale e politica del nostro Paese, di tutte e di ciascuna delle “famiglie culturali e religiose” – per interrogarci se sia esistita e permanga, sebbene in forme e modalità “nuove” una *questione cattolica* in Italia¹¹.

⁸ Si segnala, il lavoro di RICHARD A. WEBSTER, *The cross and the fasces*, (1960), trad. it., *La croce e i fasci*, Feltrinelli, Milano, 1964, richiamato da ARTURO CARLO JEMOLO, in *Chiesa e Stato*, cit., p. 281; e, altresì, il recente contributo di GIOVANNI SALE, *La Chiesa di Mussolini. I rapporti tra fascismo e religione*, Rizzoli, Milano, 2011.

⁹ Per un rapida ricostruzione sul ruolo dei cattolici in Europa nell'avvento dei regimi totalitari, si rinvia a GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia dall'Unità a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1999, in particolare, p. 46 e ss.

¹⁰ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato*, cit., p. 52, il quale, a fronte della storiografia italiana che si preoccupava di comprendere *a posteriori*, e cioè dopo l'avvento dell'Italia repubblicana “governata dai cattolici”, le forme di organizzazione cattolica tra il 1870 e il 1910, vi leggeva sì una “sana reazione all'indirizzo per cui la storia è scritta soltanto dai vincitori e non si interessa che di questi”. Avvertiva, però, come tale lettura storiografica avesse “in sé il pericolo del *post hoc, ergo propter hoc*; del voler ricollegare vittorie recenti ai precedenti remoti, dimenticando vasti moti mondiali, in tutti gli ambiti della politica e del pensiero, che sono i veri precedenti della riconquista cattolica dell'Italia”.

¹¹ È utile la riflessione a più voci di F. Traniello, F. Bolgiani, F. Margiotta Broglio (a cura di), *Stato e Chiesa in Italia. Le radici di una svolta*. Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino, il Mulino, Bologna, 2009.

2. Vocazione anti-unitaria del Papato e della Chiesa

Tentiamo di riprendere i nodi critici del rapporto tra Chiesa e cattolici che si presentarono con il nascente Stato italiano per cogliere in quel contesto storico particolare gli elementi tali che si possa, e a ragione, parlare di *prodromi della questione cattolica*.

Certo, in modo sommario e superficiale, come pure, talvolta, da alcune parti si è giunti a ritenere, si potrebbe indicare che la questione cattolica in Italia sia esclusivamente determinata dalla presenza di uno Stato, ieri, quello *pontificio* e dopo il Trattato lateranense del 1929, stipulato tra Stato italiano e la Santa Sede, dal riconoscimento dello *Stato della Città del Vaticano*, i cui interessi colliderebbero, *ab origine*, con quelli dell'Italia¹².

Se anche tale giudizio è smentito, come lo è, sul piano dei principi di legalità costituzionale, almeno a partire dall'avvento della Costituzione repubblicana, il cui articolo sette nella formulazione del suo primo comma ("Lo Stato e la Chiesa sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani")¹³ non comportò divisioni ideologiche e contrapposizioni tra i Costituenti in sede di approvazione¹⁴, né mai tale principio si è prestato a particolari rilievi interpretativi, o controversie giurisdizionali o, solo, di natura politica¹⁵, nel corso della vita repubblicana, andrebbe, quanto meno esaminata con animo sereno, la possibilità, storicamente verificabile, che proprio la presenza di quello Stato cui è attribuita, in forza del diritto internazionale la sovranità, che si sostanzia anche negli elementi costitutivi *del popolo e del territorio*, quale soggetto che trova la sua rappresentanza nella Chiesa, e nei suoi enti centrali, tutti sotto

¹² Cfr, su tali temi, MARIO TEDESCHI, *La posizione internazionale della Santa Sede*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 181-208.; cfr., altresì, RAFFAELE COPPOLA, *Elementi di continuità e profili "innovativi" nella posizione della Santa Sede in materia di tutela dei diritti umani*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Pellegrini, Cosenza, 2011, p. 293 e ss.. Sui motivi di attrito tra Stato italiano e Chiesa cattolica in Italia, cfr., altresì, VALERIO TOZZI, *Lo Stato Città del Vaticano rifiuta le leggi italiane*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2009.

¹³ Rimane insuperato il contributo sul tema di GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974. Più di recente, cfr. JULIA PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni: contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006; ed, ancora, GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *L'ordinamento legislativo in materia ecclesiastica dal 1929 alla prova delle innovazioni della Costituzione repubblicana*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo*, cit., p. 185 e ss.

¹⁴ Per un esame del dibattito in sede di Assemblea Costituente sull'articolo 7 Cost., si v., per tutti, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Zanichelli, Bologna, 2000, p. 102 e ss.

¹⁵ Si v., a tal riguardo, ANTONIO RUGGERI, *Indipendenza degli "ordini" di Stato e Chiesa e ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2007.

la guida del Romano Pontefice, costituisca, di per sé, un “caso” unico. Così, lo definisce lo stesso Benedetto XVI nel suo Messaggio al Presidente della Repubblica in occasione della ricorrenza dei centocinquanta anni dall’Unità, riconoscendo come questa condizione abbia concorso a determinare molti attriti nelle relazioni tra la Chiesa e lo Stato unitario¹⁶. Tale considerazione non sembra essere così distante dalla lettura che in ambito storiografico già Ruffini offriva, quando indicava le differenze tra i cattolici dell’Italia unita rispetto ai cattolici francesi di fine ottocento, i quali sentivano di appartenere ad una Chiesa nazionale, ove era forte il vincolo di appartenenza alla Nazione e alla Chiesa e ciò non determinò *gravi conseguenze* sul piano della lealtà alla Chiesa di Francia e allo Stato. Tale circostanza, che concorse all’instaurarsi di un regime di separazione tra Stato e Chiesa in Francia, fu determinata dai filoni del protestantesimo francese – la cui figura più fulgida fu quella del letterato e filosofo Alessandro Vinet, le cui idee, derivate dallo Schleiermacher, ebbero nel suo Paese, come in Italia, maggiore sviluppo, rispetto alla Germania – ma anche dal contributo del cattolicesimo liberale, il cui iniziatore fu l’abate Felicité de Lamennais, ed ebbe come esponente di primo piano il conte di Montalembert¹⁷.

Ancore di recente, è stato constatato come sia esistita una “vocazione antiunitaria del papato”, mancando i presupposti partecipativi

«“patriottici” perché potesse affermarsi nel tempo la figura d’una “Chiesa nazionale italiana”. Nulla di comparabile a quelle che nel tempo sarebbero state le Chiese patrie delle grandi Nazioni europee, Chiese bensì incorporate nella Chiesa universale: però, prima di tutto, nazionalisti»¹⁸.

Un altro interessante elemento si può, nel contempo, sottolineare, quanto alle conseguenze che si sono avute nel nostro ordinamento statale a seguito dello stretto rapporto tra potere politico e presenza del papato a Roma e cioè la “staticità delle appartenenze religiose nella popolazione italiana” che è stato

¹⁶ Sulla questione ritorna, di recente, anche GAETANO DAMMACCO, *Il diritto ecclesiastico tra riformismo e multiculturalismo*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Pellegrini, Cosenza, 2011.

¹⁷ Per riferimenti alle origini del separatismo francese e in Italia, si v. FRANCESCO RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, il Mulino, Bologna, 1974, p. 12 e ss.

¹⁸ Cfr. PIERO BELLINI, *La Chiesa e la politica*, in G. Leziroli (a cura di), *Atti del Convegno sul tema “La Chiesa in Italia: oggi”*, 16-17 ottobre 2009, Pellegrini, Cosenza, 2011, p. 14 e ss., il quale dopo un giudizio severo sul ruolo del Papato in Italia, richiama le esperienze della Francia con la sua *Eglise gallicane*, e la stessa Spagna con la *Iglesia de España*. Per considerazioni più generali, cfr. ELENA MUSIANI, GUIDO VERUCCI, *L’Italia laica prima e dopo l’Unità 1848-1876*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

uno dei “tratti caratteristici del rapporto dei cittadini con il territorio, tanto da non essere scalfito nemmeno dalla Riforma”: e ciò almeno fino agli anni successivi alla prima guerra mondiale¹⁹.

Tornando al contesto storico esaminato, si ricorda che alla vigilia dell’Unità di Italia i tanti Stati *pre-unitari* erano improntati ad un giurisdizionalismo in cui molti *Iura circa sacra* venivano attribuiti al potere civile, prevalente su quello ecclesiastico.

Così nel Regno delle Due Sicilie, nel Granducato di Toscana, come nel Lombardo-Veneto, o nel ducato di Modena e Parma. Di impronta giurisdizionalistica era pure il sistema attuato nello stesso regno Sabauda, anche quando lo statuto del 1848 aveva affermato la religione cattolica come religione di Stato. Eppure tale condizione degli Stati non aveva comportato un isolamento della Chiesa e del suo Stato rispetto a quei sistemi, tant’è che molti concordati si erano stipulati da parte della Chiesa cattolica con diversi governi²⁰.

Raggiunta l’Unità, lo Statuto albertino veniva esteso a tutto il regno. Ed è proprio a partire dal completamento del processo unitario e mentre vige il principio di un confessionismo di Stato, riaffermato dallo Statuto albertino, che si può iniziare a parlare di *questione cattolica*²¹.

Ci si può chiedere, innanzitutto, se le ragioni di tale opposizione della Chiesa e dei cattolici verso lo Stato risiedano nella politica ecclesiastica attuata dai primi governi della Destra storica e poi della Sinistra. Certo, molti provvedimenti, come già anticipato, furono improntati ad un ridimensionamento della Chiesa cattolica in Italia: a cominciare dalle leggi eversive del 1866-1867²²,

¹⁹ Sottolinea questo elemento GIOVANNI CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo*, cit., pp. 335 e 336.

²⁰ Ancora utile per comprendere la sistematica dei rapporti tra la Chiesa e gli Stati pre-unitari, FRANCESCO RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, cit., in ispecie, pp. 219-297. Sul punto si v. MARIO TEDESCHI, *Lo svolgimento legislativo in materia ecclesiastica nell’Italia post-unitaria*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, cit., p. 19 e ss.

²¹ Cfr. FAUSTINO DE GREGORIO, *La legislazione sardo-piemontese e la reazione cattolica (1848-1861). Con particolare riferimento al dibattito parlamentare*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1999.

²² Sulla politica finanziaria attuata dallo Stato unitario nei suoi primi anni di vita, che resero necessario l’incameramento di molti beni ecclesiastici costituenti la cosiddetta “manomorta”, per avviare un processo di modernizzazione dell’Italia, soprattutto sul versante delle infrastrutture, come una rete ferroviaria e viaria nel Mezzogiorno, in particolare, cfr., per tutti, FRANCESCO BARBAGALLO, *La modernità squilibrata del Mezzogiorno d’Italia*, Einaudi, Torino, 1994; con riferimento specifico alle cause e agli effetti della legislazione eversiva del 1866-1867, cfr. Atti del Convegno, *Le soppressioni delle istituzioni ecclesiastiche in Europa dalle riforme settecentesche agli Stati nazionali: modelli storiografici in prospettiva comparata*, Roma 28 febbraio-2 marzo 2011, in corso di pubblicazione, in ispecie, GIAN PAOLO ROMANATO, *Le soppressioni degli enti ecclesiastici italiani (1848-1873)*, *ivi*, PATRIZIA NARDI, *Terra e proprietà nell’Italia post-unitaria. La liquidazione dell’asse ecclesiastico in Calabria*, in *Storia contemporanea*, 1999, 2, pp. 249-273.

e dall'introduzione dell'istituto dell'autorizzazione governativa agli acquisti da parte degli enti ecclesiastici²³. O, ancora, la legge Casati sull'istruzione, che privava la Chiesa di una funzione tipica ed esclusiva, quella della educazione dei fanciulli e dei giovani, a vantaggio delle scuole comunali²⁴. E, ancora di più, la legge che disciplinava il matrimonio civile, introdotta con il codice civile del 1865²⁵. E, successivamente, la legge Crispi del 1890 con la quale si abrogavano tutti gli enti assistenziali cattolici²⁶, attribuendo la funzione da questi svolta direttamente allo Stato e alle istituzioni statali, creando in tal modo il primo nucleo di Stato assistenziale²⁷.

Ciascuno di quei provvedimenti²⁸ recava, di certo, nocumento alla Chiesa e alla sue istituzioni ma, per altro verso, tali interventi non possono non essere interpretati come l'opzione di fondo, adottata dal nascente Stato italiano, nella direzione di rafforzare le istituzioni statali e di attribuire ad esse funzioni

²³ Si ricorda che l'istituto dell'autorizzazione governativa risale a una delle leggi di riforma attuata dal parlamento subalpino nel 1850, su proposta del Guardasigilli Siccardi, la legge 5 giugno 1850, n. 1037, che venne estesa a tutto il Regno d'Italia ed immessa anche nel Codice civile del 1942, attraverso l'art. 17, con lo scopo prevalente di sottoporre a controllo l'attività degli enti ecclesiastici, per evitare la formazione della "manomorta". Su tale problematica, si v. SALVATORE BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nel diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1974; ID., *Enti e beni religiosi in Italia*, il Mulino, Bologna, 1992; ed, altresì, GIUSEPPE LEZIROLI, *Dalla legge Siccardi alla legge Bassanini. Itinerario storico e giuridico su vicende e problemi dell'istituto autorizzativo in materia ecclesiastica*, Giappichelli, Torino, 2000, e MARIO RICCA, *Morte della "manomorta"? Abrogazione dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche e rilevanza costituzionale della normativa concordataria*, in *Dir. Eccl.*, 1997, p. 1066. Tale autorizzazione è stata abrogata solamente con la legge 15 maggio 1997, n. 127, recante "Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo". Per alcune riflessioni sul punto si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2001, in specie, p. 10 e ss.

²⁴ Cfr. GIACOMO CIVES, *La scuola italiana dall'Unità ai nostri giorni*, La Nuova Italia, Firenze, 1990. Per alcuni approfondimenti sul ruolo dei cattolici nella stesura della "costituzione scolastica", si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *Ritorno "alle origini" o "progetto" per il futuro? Una ripresa del dibattito "sulla costituzione scolastica" di ispirazione cattolica*, in *Riv. Giur. della scuola*, 1991, 6, pp. 921-943.

²⁵ Per una ricostruzione dell'istituto matrimoniale tra competenza statale e competenza della Chiesa, si rinvia a FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 451 e ss.; ed, ancora, PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002.

²⁶ Per una ricostruzione storica sulla legislazione di Crispi e gli effetti sulle associazioni ecclesiastiche, si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, 2008, in particolare, p. 77 e ss.

²⁷ Per un rassegna puntuale sulla legislazione ecclesiastica attuata dal legislatore liberale nei primi decenni dello Stato unitario, si rinvia a ARTURO CARLO JEMOLO, *Stato e Chiesa*, cit., pp. 20-47; nonché GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., pp. 3-36.

²⁸ Sulla politica ecclesiastica adottata nell'Italia post-unitario, si v. il recente contributo di MARIO TEDESCHI, *Lo svolgimento legislativo in materia ecclesiastica nell'Italia post-unitaria*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo*, cit., pp. 19-32. *Ivi* vaste indicazioni bibliografiche.

proprie di un apparato centrale alle quali non poteva rinunciare²⁹.

Quanto alle reazioni della Chiesa a tali provvedimenti, per tutte, vale la pena ricordare quella espressa dall'ultimo Papa-re, Pio IX con l'enciclica *Quanta cura* del 1864, cui era annesso una sorta di "indice", indicato come *Sillabo*, contenente degli *errores* del tempo. Si formulava, infatti, la condanna dell'indifferentismo, del razionalismo e del liberalismo, del socialismo, e del comunismo, della teoria della separazione tra Stato e Chiesa, nonché con riferimento esplicito ai gruppi cattolico-liberali – ed il riferimento era tanto più evidente verso quelli italiani – vi era la condanna delle aspirazioni a conciliare cattolicesimo e libertà. L'ultima condanna del *Sillabo* era rivolta al principio secondo cui "Il pontefice romano può e deve riconciliarsi e farsi amico con il progresso, il liberalismo e la civiltà moderna". Si consumava, in tal modo, la cesura netta della Chiesa rispetto alle tendenze culturali e politiche del XIX e XX secolo, con le quali la possibilità di una ripresa di collaborazione e di dialogo avrebbero dovuto attendere a lungo, perché solo con il rinnovamento e la primavera del Concilio vaticano II la Chiesa si sarebbe aperta con "gioia e speranza" alla società contemporanea³⁰.

Il Concilio Vaticano primo, celebrato a Roma nel 1870 offrì, poi, il sostrato *ideologico* con il quale la Chiesa si costituiva quale *societas perfecta*³¹, contrapposta ad ogni organizzazione sociale ed istituzionale, confermando la condanna dei principali errori "moderni", il razionalismo, il naturalismo, il materialismo e l'ateismo e proponendo una Chiesa tutta arroccata su posizioni difensive e sostenuta dal principio autoritario della infallibilità papale, principio che si estendeva non solo nell'esercizio magisteriale *ex cathedra*, a prescindere dal consenso della Chiesa stessa³².

La questione romana risolta dall'occupazione di Roma e la successiva legge delle guarentigie, mai approvata dal Papato, avrebbero allargato la frattura tra Chiesa e Stato in Italia³³.

²⁹ Cfr. ENRICO VITALI, *A proposito del riformismo nel diritto ecclesiastico e canonico*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo*, cit., p. 9 e ss., secondo il quale il legislatore liberale attraverso i suoi interventi in ambito di politica ecclesiastica avrebbe attuato in Italia una sorta di "rivoluzione".

³⁰ GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., p. 12 e ss.

³¹ Sul significato (politico) del "dogma" vaticano del 1870, cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Il diritto pontificio nell'impatto dell'attuazione del Concilio Vaticano II. Tensioni e dinamiche di un travaglio non risolto*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo*, cit., p. 105 e ss.

³² Cfr. GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., 15.

³³ Secondo MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 24 e ss., la legge sulle guarentigie avrebbe rappresentato un vero *monumento di sapienza giuridica* del legislatore liberale, in quanto avrebbe avviato l'affrancamento del diritto ecclesiastico italiano dalle pretese della Chiesa cattolica. Per una valutazione negativa della stessa legge, ritenuta *ex post*,

3. *I cattolici e il lento cammino verso la democrazia*

E i cattolici?

Il *non expedit* pronunciato dal Papa Pio IX nel 1874 e ribadito dal decreto del Sant'Uffizio del 1886, accantonò, e a lungo, le aspirazioni dei cattolici a partecipare alla vita politica, negando loro ogni possibilità di collaborare, in tutti gli ambiti, anche in sede parlamentare, con le istituzioni dello Stato. Si indicò, attraverso quel divieto, di seguire la via di una penetrazione capillare nella società, partecipando alle elezioni amministrative, per conquistare nella società stessa posizioni di influenza, da contrapporre allo Stato italiano³⁴. Quel divieto rappresentò l'elemento principale della *questione cattolica* in Italia, ritardando la formazione di un partito cattolico che aderisse al gioco della democrazia liberale, che in quegli stessi anni, si andavano formando in altri Paesi dell'Europa. In Italia, invece, venivano elaborati solo i primi elementi di teoria dei partiti, contenuti nelle opere del Gioberti o di Taparelli, fratello di d'Azeglio di Balbo, progetti per la formazione di un *partito conservatore non confessionale*, che inglobasse gli interessi dei cattolici e destinato, nelle intenzioni di chi lo auspicava, a fare da perno del sistema parlamentare e che non si limitasse a "gruppo di difesa religiosa". Tali idee erano state prospettate già da Stefano Jacini o da Roberto Stuart o da Federico Sclopis e, sul versante dell'opinione cattolica, da Enrico Cenni, Cesare Valperga di Masino, Augusto Conti e, in generale, dopo il 1879, dalla rivista *Rassegna Nazionale*³⁵. Un tale progetto rimase a lungo irrealizzato, anche a causa dei contrasti profondi di orientamento tra i gruppi conservatori cattolici e ciò determinerà il fallimento della costituzione di una forza politica moderna, di Centro, sul modello tedesco³⁶.

Le pressioni della gerarchia trovavano, comunque sia, riscontro anche in sede parlamentare, ove, pure in assenza di una rappresentanza di cattolici organizzata, i singoli deputati, di volta in volta, restavano sensibili alle istanze

"imprecisa e disordinata, ridondante nella prima parte, lamentevolmente povera nella seconda", cfr. ENRICO VITALI, *A proposito del riformismo ecclesiastico*, cit., p. 12 e ss. Sul contenuto della legge, si v. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato*, cit., p. 42 e ss.

³⁴ Cfr. GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., p. 17.

³⁵ Cfr. sul punto, FRANCESCO TRANIELLO, *La città dell'uomo*, cit., p. 67 e ss.. Sul ruolo della rivista *La Rassegna Nazionale*, si v. GLAUCO LICATA, *La Rassegna Nazionale (1879-1915). Conservatori e cattolici liberali attraverso la loro rivista*, Edizioni Storia e Letteratura, Roma, 1968.

³⁶ Cfr. FRANCESCO TRANIELLO, *La città dell'uomo*, cit., p. 67 e ss. In particolare, sulle conseguenze determinate dal *non expedit*, cfr. FRANCESCO TAMBURINI, *Il Non-expedit negli atti della Penitenzieria Apostolica (181-1883)*, in *Riv. della storia della Chiesa*, 1987, I, pp. 18-151

della Chiesa, come, caso emblematico, nel disegno di legge Zanardelli, tendente a prevedere l'obbligatorietà del matrimonio civile, rispetto al matrimonio religioso³⁷. O, sempre in ambito matrimoniale, la proposta di introdurre l'istituto del divorzio, che, proprio in forza dell'opposizione *trasversale* di cattolici in Parlamento, non venne approvato³⁸.

Per comprendere meglio come i cattolici si accostassero alle istituzioni statali e vivessero le fasi dello Stato nascente, non si può sottacere di quelle posizioni espresse, faticosamente e tra mille diffidenze, anche *all'interno* stesso della Chiesa cattolica italiana: ora per chiedere una sua riforma, ora per sollecitare una fase nuova propositiva, partecipativa dei cattolici organizzati nella società.

In generale, si deve sottolineare come il mondo cattolico, già nei primi decenni dell'Unità, non si presentasse in modo monolitico, né cristallizzato sulle posizioni curiali, registrandosi posizioni e sensibilità diverse, quanto al diretto rapporto dei cattolici con lo Stato e quanto ai loro rapporti con la Chiesa e le autorità ecclesiastiche, emergendo l'esigenza, manifestata nei diversi ambiti, soprattutto nella componente laicale, ad avviare una nuova fase, non potendo ritenere sufficienti, né del tutto condivisibili gli esiti del Concilio Vaticano I, o i divieti del *non expedit*.

Emblematico della prima prospettiva il contributo di Rosmini, il quale riflettendo sulle *cinque piaghe della Chiesa*, indicava un disagio diffuso tra i cattolici, e propugnava una profonda e radicale riforma della Chiesa, attanagliata da mali cronici e distante dal vangelo³⁹.

E prima di Rosmini, anche uno statista come Bettino Ricasoli o un uomo di Chiesa come Lambruschini, auspicavano riforme radicali, tanto che neppure verranno accolte, a oltre cento anni di distanza, dallo stesso Concilio Vaticano II⁴⁰.

³⁷ Ancora nel 1914 il Guardasigilli Finocchiaro Aprile, siciliano, con molti legami massonici, aveva presentato alla Camera un disegno di legge che prevedeva sanzioni per gli sposi e il ministro di culto nel caso si celebrasse un matrimonio religioso non preceduto da quello civile. Cfr., sul punto, ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato*, cit., p. 129.

³⁸ Cfr. sul punto, ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato*, cit., pp. 104-105.

³⁹ Si segnalano, fra gli altri, FRANCESCO TRANIELLO, *Società religiosa e civile in Rosmini*, Morcelliana, Brescia, 1993; FULVIO DE GIORGI, *Rosmini e il suo tempo. L'educazione dell'uomo moderno tra riforma della filosofia e rinnovamento della Chiesa (1773-1833)*, Morcelliana, Brescia, 2003; e per profili ecclesiologici, ALBERTO NEGLIA, *Laici senza complessi. Intuizioni profetiche di Antonio Rosmini*, Edizioni Scienze Umane e Religiose, Messina, 1988.

⁴⁰ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Gli ideali giovanili di Bettino Ricasoli*, in *Rassegna storica toscana*, 1, 1971, pp. 3-34. Per seguire il percorso storico del separatismo italiano, soprattutto con riferimento alle figure di Cavour e Ricasoli, si vedano i capitoli su questi statisti, pubblicati da MARIO TEDESCHI, in *Nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 243-334. Si v., più di recente, CHRISTIAN SATTO, "Dicono

Nell'Italia nascono le prime testate, espressione anche di posizioni assunte da associazioni, le quali facevano atto di adesione allo Stato liberale e nazionale, che avanzavano proposte di riforma ecclesiastica, in primo luogo, attraverso la rinuncia del papato al potere temporale⁴¹.

Il movimento cattolico e l'Opera dei Congressi, prima forma organizzata culturalmente per una ripresa dell'impegno politico e sociale, manifestò divisioni e contrasti tra due posizioni antitetiche, quella prevalente, arroccata sulla difesa dei principi tradizionali, antiliberali e temporalistici e accanto l'altra, il cui esponente era il prete Davide Albertario, che univa alla polemica antiliberalista un vivace impegno sociale; ma era, altresì, presente la tendenza di giovani cristiani democratici, rappresentata da Romolo Murri e da Filippo Meda. Questi ultimi intendevano l'espressione "democrazia cristiana" non come iniziativa paternalistica assistenziale della Chiesa e delle classi agiate a favore della massa dei poveri, secondo l'interpretazione di Toniolo, ma come movimento popolare di ispirazione cristiana che, in contrasto con il liberalismo e con il socialismo, avrebbe dovuto procedere, sotto la guida della Chiesa, a un profondo rinnovamento della società e dello Stato, organizzandosi e preparandosi, secondo la formula della "preparazione nell'astensione", a un futuro intervento nella vita politica, una volta caduto il divieto del *non expedit*⁴². Murri e Meda inizieranno quell'azione politico-culturale che preparerà la nascita di un partito *a*-confessionale e di ispirazione cristiana e daranno un contributo, ripreso e sviluppato da Sturzo, per il superamento di una concezione borghese e liberale del sistema politico e per l'avvento di una democrazia partecipativa, per il tramite del suffragio universale e per la valorizzazione dei "corpi intermedi", quali associazioni, partiti e sindacati, e con le autonomie locali che bilanciassero lo Stato centrale⁴³.

Su un punto, in particolare, ci si vuole soffermare, per considerare come

che per compiere l'Unità d'Italia ci voglia la unità massonica. Ma questo io non intendo davvero". A proposito di alcune lettere inedite di Bettino Ricasoli sulla massoneria, in Rassegna storica toscana, 2009, 1, pp. 137-152.

⁴¹ Cfr. GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., p. 10 e ss., il quale richiama periodici curati da associazioni cattoliche significativi anche nei loro titoli, quali *Il Conciliatore*, *Il Carroccio*, di Milano, *Il Mediatore* di Torino, *l'Esaminatore* di Firenze, *L'Emancipatore cattolico* di Napoli con la Società emancipatrice del clero. L'A. segnala gli indirizzi del clero italiano al Papa con i quali chiedevano la sua rinuncia al territorio e un accordo con lo Stato. Un indirizzo di questo tipo, redatto dal teologo Carlo Passaglia fu sottoscritto da circa diecimila preti secolari e regolari. In quegli anni numerosi sarebbero stati i sacerdoti che abbandonarono l'abito religioso.

⁴² Cfr. GUIDO VERUCCI, *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., p. 24; GABRIELE DE ROSA, *Filippo Meda e l'età liberale*, Le Monnier, Firenze, 1959.

⁴³ Si v., sul punto, FRANCESCO TRANIELLO, *La città dell'uomo*, cit., p. 82 e ss. e le indicazioni bibliografiche *ivi* richiamate.

il pensiero cattolico di fine ottocento, fosse attento nel considerare come il nostro Paese, pur nella sua raggiunta unità politica, avrebbe dovuto faticare per essere avvertito dai suoi cittadini nella sua dimensione politica, popolare e partecipata: la questione meridionale. Questione meridionale e questione cattolica sono legate da una stretta relazione⁴⁴, in quanto nel Meridione – ove la Chiesa agiva spesso quale unica agenzia formativa, sulle masse spesso senza istruzione, e dove anche il clero, povero ed analfabeta⁴⁵, preferiva allearsi con i poteri locali, le aristocrazie nobiliari e parassitarie, solo per ricevere qualche prebenda tale da permettere la loro sopravvivenza – si registrava un netto distacco, se non una opposizione allo Stato unitario, il quale appariva esattore, repressore, sabauda ovvero “straniero”, distante, nel complesso, dalle esigenze dei ceti più emarginati. Sulla questione meridionale i contributi storiografici hanno da tempo evidenziato le linee di contatto tra la storiografia cattolica – quella che a partire da Sturzo, segnalava il divario del Sud come un elemento di freno del processo unitario, che unito al modello tutto centralistico come proposto dai governi liberali nei primi decenni della vita unitaria, produceva quella rivolta del Sud che si era manifestata anche in forme violente, sobillate ed etero-dirette dai gruppi conservatori dell'*ancien régime*⁴⁶ – e il contributo di Antonio Gramsci⁴⁷.

Sul versante della partecipazione attiva all'impegno sociale lo stesso successore di Pio IX, darà un impulso con la sua enciclica sociale *De rerum novarum*, alla formazione e costituzione del sindacalismo cattolico, delle leghe e cooperative bianche, allo scopo di bilanciare e frenare l'adesione alle forme di organizzazione socialiste ed anarchiche che lottavano in difesa dei lavoratori e per l'affermazione dei diritti civili e politici.

Quanto alla adesione all'impegno politico diretto dei cattolici sarà neces-

⁴⁴ Cfr., tra gli altri, BARTOLOMEO SORGE, *Mezzogiorno e Unità d'Italia*, in *Agg. Sociali*, 2010, 6, pp. 436-445.

⁴⁵ Cfr. GIORGIO CHIOSSO, *I cattolici e la scuola dalla Costituente al centro-sinistra*, La Scuola, Brescia, 1988, p. 17 e ss., il quale ricordava come i tassi dell'analfabetismo in Italia ancora nel 1931 fossero vicini al 20% della popolazione.

⁴⁶ Rimangono contributi ancora preziosi, GAETANO CINGARI, *Brigantaggio, proprietari e contadini nel Sud (1799-1900)*, Editori Meridionali Riuniti, Reggio Calabria, 1976; FRANCO MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, VI ed., Feltrinelli, Milano, 1983.; più di recente, ROSA VACCARO, *Brigantaggio, questione amministrativa e ordine pubblico nell'Unità d'Italia*, in *Annali dip. Studi geoeconomici, statistici, storici per l'analisi regionale*, 2003/2004, 8, pp. 109-153.

⁴⁷ Cfr. ANTONIO GRAMSCI, *Alcuni temi della questione meridionale (1926)*, ora in *La costruzione del partito comunista (1923-1926)*, Einaudi, Torino, 1971; tale questione è ripresa e radicalizzata nei *Quaderni dal carcere*, in particolare in *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*. Un accostamento tra l'analisi gramsciana e quella di Sturzo è più volte sottolineato da FRANCESCO TRANIELLO, *La città dell'uomo*, cit., p. 141 e ss.

sario attendere che si rimuovesse, il *non expedit*, e ciò avvenne lentamente. L'esito immediato del patto Gentiloni⁴⁸ non fu la partecipazione attiva generale dei cattolici, limitata anche dalle leggi elettorali fondate sul censo o anche quelle escludenti coloro che non avessero un livello sufficiente di istruzione; perché nelle prime elezioni in cui i cattolici entrarono ufficialmente nell'agone politico, quelle del 1914⁴⁹, quello che prevalse fu un accordo fra le forze liberali e quelle cattoliche unite nella contrapposizione ai partiti di sinistra e tendenti ad escludere ogni possibilità di dialogo tra sinistra e cattolici, come pure alcuni cominciavano a proporre, in testa, Romolo Murri⁵⁰.

La formazione del partito popolare, come ben si sa, fu a lungo osteggiata dalla gerarchia e non rappresentò l'elemento di coesione generale del cattolicesimo, unito nella partecipazione ai processi di democrazia liberale⁵¹, tant'è che di fronte alle intemperie della avanzata del fascismo la gran parte dei cattolici non trovarono di meglio che aderirvi.

Si può ritenere che il processo di ricomposizione sociale tale che i cattolici si sentissero protagonisti attivi, non succubi, né emarginati o penalizzati dal processo unitario sarà lungo, forgiato dalla resistenza e dalla stagione della Costituente repubblicana e non del tutto compiuto neppure oggi, ove persistono "conflittualità ed incomprensioni" tra Chiesa e Stato.

Quei rapporti così difficili tra Chiesa e Stato, in cui i cattolici mostrano di faticare a trovare le ragioni di un impegno e di una presenza che contemperino fede e politica, in una condizione in cui i laici possano ritrovare e difendere la loro autonomia dalla intromissioni della gerarchia ecclesiastica, è sempre messa a repentaglio e alla prova. Così, ancora le sfide "interne" al nostro Paese appaiono antiche e sempre attuali. Nel Nord del Paese la sfida più seria ed impegnativa è rappresentata da quelle forze politiche e culturali, sostenute ed alimentate anche in seno alla Chiesa locale⁵², quelle che in nome del federalismo, tendono, piuttosto, a disunire il Paese, privandolo di quei valori di *sussidiarietà* e *solidarietà* che sono irrinunciabili⁵³.

⁴⁸ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato*, cit., p. 133.

⁴⁹ Cfr. FILIPPO MEDA, *I Cattolici e le ultime elezioni politiche*, in *La Nuova Antologia*, 1914, p. 295 e ss.

⁵⁰ Cfr. ROMOLO MURRI, *Le vie nuovissime del socialismo*, in *La Nuova Antologia*, 1912, p. 476 e ss.

⁵¹ FRANCESCO TRANIELLO, SANDRO FONTANA, *Meda, Murri, Sturzo e alcuni momenti del dibattito sul partito cattolico (1894-1905)*, in *Luigi Sturzo nella storia d'Italia*, Edizioni Storia e Letteratura, Roma, 1973.

⁵² Si veda la ricerca recente sul rapporto tra la Lega Nord e la Chiesa, di RENZO GUOLO, *Chi impugna la croce. Lega e Chiesa*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

⁵³ Cfr. Commissione Educazione cattolica e altri (a cura di), *I Centocinquanta anni dell'Italia unita*, cit., il quale afferma che il processo unitario risulta ancora *in fieri*.

O, ancora, la sfida di uno sviluppo bloccato delle regioni meridionali, in cui le mafie controllano il territorio e lo depauperano delle risorse, anche umane, più vive e più propositive⁵⁴.

I cattolici oggi e la Chiesa possono concorrere ad unire di più il Paese, seppure l'Unità ieri non l'hanno voluta o favorita in ragione, non già dell'appartenenza alla religione cattolica, ma a quei valori e ai principi della nostra Costituzione che rimane sempre viva e che chiede ancora di essere pienamente attuata con il concorso di tutte le concezioni etiche, politiche e religiose.

⁵⁴ Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Per un paese solidale. Chiesa italiana e mezzogiorno*, in www.chiesacattolica.it.

L'attualità del metodo sistematico del cardinale Francesco Saverio Roberti nella modernizzazione del processo canonico

FABIO VECCHI

1. *Cenni rapidi sul personaggio*

L'eredità intellettuale del cardinal Francesco Saverio Roberti, l'inedita prospettiva del diritto penale e processuale canonico da rileggere alla luce autenticamente scientifica dei principi originatori anziché al fioco lume dell'esegesi testuale, non cessa negli anni di produrre frutto¹. Molteplici segnali sostengono tale asserzione: la vivacità scientifica della rivista «*Apollinaris*» da lui fondata e diretta per un cinquantennio (tra il 1928 e il 1977); le attività accademiche ed editoriali a lui dedicate²; l'interesse ininterrotto che dalla metà del Novecento si rinnova, oggi, nell'attuale dottrina canonica, per un metodo scientifico che con coraggio tendeva non solo ad aggiornare gli «*interna corporis*» delle procedure, ma mirava al confronto con gli abiti mentali della giusprocessualistica secolare.

Questo studio intende soffermarsi sull'ultimo di questi segnali ed approfondire le posizioni assunte dei canonisti recenti ed attuali, avvertendo che non ha la pretesa di esaurire il panorama, destinato fatalmente all'incompletezza, delle teorie sviluppate, o divaricanti, dal tronco principale.

Il lettore avrà tuttavia modo di cogliere da più punti d'osservazione un ritratto che fa del Roberti, nell'arco del più intenso impegno scientifico – tra il 1930 ed il 1958 – un intellettuale *ante litteram* dell'innovativo spirito conciliare del Vaticano II³. Né se ne potrebbe comprendere la grandezza spigolando

¹ Francesco Saverio Roberti, nato a Pergola (Pesaro) il 7 luglio 1889 e spirato a Roma, il 16 luglio 1977. Si veda «*La scomparsa del Cardinal Francesco Roberti*» (non firmato), in *L'Osservatore Romano*, 17 luglio 1977, p. 2.

² ELENA DI BERNARDO, *Il Cardinale Roberti e la teoria del rapporto giuridico processuale*, PUL, CdV, 2008; UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale Francesco Saverio Roberti (1889-1977)*, Seam, Roma, 1997; TERENCE ROBERTI, *Il Cardinal Francesco Roberti. Una testimonianza di famiglia*, in *Apollinaris*, LXXXI (2008), PUL, CdV, pp. 1051-1054.

³ ZENON GROCHOLEWSKI, *Ciò che sfugge ai canonisti. A proposito di una recente biografia del Cardinale Roberti*, in *Apollinaris*, LXX (1997), PUL, CdV, pp. 367-370.

sugli orientamenti dei canonisti di oggi fuori dal contesto culturale d'origine da cui quel percorso si avvia. Ci bastino poche date: il 17 giugno 1912 Roberti è dottore in teologia; vi aggiunge il grado in diritto canonico il 9 luglio 1914; il primo febbraio 1918 ottiene la cattedra di diritto processuale e penale presso l'*Apollinaris*. Sono anni di formazione, preludio di un raffinamento mai abbandonato, nel quadro di una tradizione scientifica intangibile – dalla quale Roberti prende presto le distanze –, capeggiata da Michele Lega. Sono anche gli anni della imponente riforma della Chiesa visibile delle Congregazioni e della Codificazione. Roberti vive il complesso degli avvenimenti nel turbinio della controversia antimodernista e avverte l'obbligo di contribuire alle attese del cambiamento con risposte adeguate. E vi riesce pienamente, rendendo scientifico il metodo, e moderno il suo oggetto, con un occhio alla storia, conscio che «*legista sine canone parum valet, canonista sine lege nihil valet*».

2. Il clima didattico e la tradizione scientifica canonistica nelle Università pontificie negli anni tra Leone XIII e Benedetto XV

Il can. 18 CIC '17 ci offre un segno attendibile del clima scientifico dominante negli ambienti ecclesiali nei primi anni del Novecento⁴. Vi si prescriveva il primato, ribadito da un decreto della S. Congregazione dei Seminari ed Università del 18 ottobre 1918, del metodo esegetico nello studio ed insegnamento delle leggi ecclesiastiche impartito nelle Facoltà pontificie⁵. Quelle prescrizioni non intendevano contraddire, beninteso, i cauti ma pur costanti tentativi della Chiesa, tra i pontificati di Leone XIII e di Pio X, di rapportarsi al temporalismo della società civile. Il coraggioso confronto con la modernità si sarebbe accompagnato ad un ripensamento delle strutture organizzative

⁴ «*Leges ecclesiasticae intelligendae sunt secundum propriam verborum significatione in textu et contextu consideratam*». Osserva Pinto che in questa formula il nuovo can.17 CIC 1983 in nulla ha innovato su quello del 1917: immutata resta la regola principale della cd. «interpretazione grammaticale». PIO VITO PINTO, *Commentario al CIC*, PUU, Roma, 1985, pp.18-19.

⁵ Tale decreto (in AAS, Vol. XI, p.19) consegue ad altro della S. Congregazione dei Seminari ed Università, del 7 agosto 1917 (in AAS, Vol. IX, p.439) nel quale si insisteva sulla natura scientifica del metodo esegetico, per cui l'esegesi doveva anche indagare sulle relazioni tra canoni, su loro cause e scopi e sul fondamento storico. La circostanza porta a congetturare un ripensamento della Curia in favore della tradizione, in un immobilismo impermeabile alla minima novità. Ciò sarebbe in linea con il persistente torpore accademico delle Università pontificie, in seguito ampiamente lamentato dagli ecclesiasticisti laici. CARLO FANTAPPIÉ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.233 ss.; MARCELINO CABREROS DE ANTA, *Derecho canónico fundamental*, CO.CUL.S.A., Madrid, 1960, p. 79; CARLO REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di Diritto Canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica*, LXXXVI (1997), p. 69.

(con la riforma curiale portata a termine da papa Ratti, nel 1908 e relativa a istituti pontifici, tribunali ecclesiastici e università cattoliche) e l'ardito progetto di tradurre in un codice unitario che archiviasse definitivamente la logica ordinativa del «*corpus legum*», l'intero e plurisecolare apparato legale della Chiesa d'Occidente (con il *Codex* pio-benedettino del 1917)⁶.

Tutto ciò, non senza ostacoli. Le rigidità di una burocrazia indisposta all'aggiornamento, rinvieranno la riforma delle Università pontificie alla Costituzione Apostolica «*Deus Scientiarum Dominus*» del 24 maggio 1931⁷. Nel versante della pratica forense l'esigenza della riforma aveva ricevuto nuovi impulsi a causa del cumulo della potestà giudiziaria e amministrativa in capo alle Sacre Congregazioni, per effetto della *debellatio* romana. Tale concentrazione giurisdizionale aveva gettato nel caos l'amministrazione della giustizia e posto la questione della scelta della tipologia, solenne o sommaria, del rito⁸.

Il rinnovamento avrebbe pertanto abbracciato attività pratiche e dottrinali, posto che la tradizione degli studi pontifici sulla procedura canonica incardinata per secoli, da un lato, sull'esegesi astratta ed acritica del testo e, dall'altro, sull'attribuzione *iure naturale* al giudice canonico di una illimitata autorità che lo rendeva *dominus* del processo, aveva da sempre sottratto il processo canonico e le sue regole di funzionamento al vaglio scientifico di tipo sistematico⁹.

Queste prime rapide riflessioni ci avvertono subito come l'apporto intellettuale di Francesco Saverio Roberti contenga in sé quel piglio – rivoluzionario per l'epoca sua – che gli avrebbe permesso di scuotere l'oscurantismo del mondo scientifico indifferente all'aggiornamento ed ancor meno avvezzo al confronto diretto con la dogmatica giuridica secolare¹⁰. Per altro verso,

⁶ Per i riferimenti storici alla Cost. Apost. «*Sapientis Consilio*», cfr. UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale cit.*, pp. 97 ss.; GIUSEPPE FERRETTO, *La riforma del beato Pio X*, in *Romana Curia a beato Pio X Sapientis Consilio reformata*, Roma, 1951.

⁷ AGOSTINO BEA, *La Costituzione Apostolica "Deus Scientiarum Dominus", origine e spirito*, in *Gregorianum*, 22 (1941), pp. 445-466. Vedasi AAS. XXIII (1931), pp. 241 ss.

⁸ PIO VITO PINTO, *I processi nel Codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, LEV, Pontificia Università Urbaniana, CdV, 1993, p. 6. Per l'importanza del Commentario sul diritto canonico preconciare di Francesco Roberti, cfr., PETER ERDÖ, *Storia della scienza del diritto canonico. Una introduzione*, Pontificia Universitas Gregoriana, Roma, 1999, p. 189.

⁹ ALESSANDRO GIULIANI, *L'ordo iudicarius medievale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XLIII (1988), pp. 598 ss.

¹⁰ Occorre tuttavia precisare la crescente disaffezione dei canonisti più sensibili verso la sterilità del metodo esegetico. Cfr. FRANCISCUS WERNZ-PETRI VIDAL, *Ius Canonicum*, I, *Normae Generales*, Pont. Univ. Gregoriana, Romae, 1938, pp. 98 ss. «De methodo docendi atque discendi ius ecclesiasticum» è «methodus positiva sive exegetica», ma chiarendo: «Cum methodo exegetica necessario coniungenda est methodo systematica vel potius scholastica... aliis verbis vocant iuridico-dogmaticam» e

Roberti assorbe il pensiero giusprocessuale laico, soprattutto quando privo di contaminazioni ideologiche, e nelle lezioni del Chioventa identifica i percorsi ideali per l'avvio di una indagine sistematica del processo, da fondare su parametri storici e dogmatici¹¹. Sarà la via maestra per l'inquadramento – mai azzardato prima – del diritto della Chiesa nella sua interezza entro una teoria generale del diritto¹². È sulla base di un rigore scientifico ricco di sapere e certo dell'importanza di abbracciare un metodo aggiornato per la scienza del diritto processuale canonico che Roberti, nell'esprimere il suo moderato giudizio sul Gasparri, ne cristallizza tutti i limiti¹³. In poche righe si declina una distanza abissale sulla concezione del metodo e sui due caratteri umani, pur nella condivisione degli intenti: Roberti, giurista dell'avvenire; Gasparri, fulcro dell'auspicato rinnovamento della Chiesa, ma forse non abbastanza coraggioso da infrangere l'armatura degli schematismi dell'esegesi¹⁴.

3. Il rapporto con Giuseppe Chioventa e la collaborazione con i giuristi d'area laica: adesione ad un approccio scientifico libero da inquadramenti

È noto che Francesco Roberti frequentò i corsi di diritto processuale civile tenuti da Giuseppe Chioventa e che con lui si laureò a pieni voti, nell'Università romana «La Sapienza» il 23 giugno 1927¹⁵. È altresì noto che l'insegnamento dell'illustre processualista, largamente ispirato alle fonti della

precisandone ulteriormente la consistenza: «...ita canonistarum est ex genuinis fontibus sive iura sive dogmata haurire, ordinare, probare, vindicare praecisione illa atque methodo vere iuridica quae etiam in scientia iuris ecclesiastici merito requiritur».

¹¹ Sulla fenomenologia storica del processo in Italia ed il nesso tra elemento logico ed atto di volontà che tanto interesse suscita in Roberti, cfr. GIUSEPPE CHIOVENTA, *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 9 (1932), Cedam, Padova, pp. 317-332, spec. p. 329.

¹² Su tale profilo insiste PIO CIPROTTI, *Metodologia e sistematica del diritto della Chiesa*, in *Studium*, Roma, 9-10 (1956), pp. 589 ss.

¹³ «Il Gasparri non fu un erudito del diritto... Nemmeno fu un teorico che abbia elaborato nuovi sistemi dottrinali. Ma fu un giurista vero, pratico. Intese il diritto come lo intesero i Romani: *ars boni et aequi*». Così, FRANCESCO ROBERTI, *Il cardinal Pietro Gasparri. L'uomo, il sacerdote, il diplomatico, il giurista*, in *Apollinaris*, PUL, CdV, XXXIII (1960), pp. 5-43. Roberti ricorda le capacità organizzatorie del Gasparri, più che la sostanza dei provvedimenti (anche circa la paternità degli *Schemata* al CIC 1917). Sul punto, ampliamente, CARLO FANTAPPIÉ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, T.II, *Il Codex Iuris Canonici* (1917), Giuffrè, Milano, 2008, pp. 908 e 912 ss.

¹⁴ Sulla fedeltà del Gasparri al metodo esegetico della cd. Scuola romana dell'Apollinare e sui modesti effetti sulla produzione canonica ad esso ispirata, GIUSEPPE DALLA TORRE-GERALDINA BONI, *Conoscere il diritto canonico*, Studium, Roma, 2009, pp. 100-101.

¹⁵ UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale* cit., p. 18; PIETRO TOCANEL, *La scomparsa di un grande giurista*, in *L'Osservatore Romano*, 12 agosto 1977, p. 2.

Pandettistica tedesca, e le sue innovative teorie sull'azione e sul rapporto giuridico processuale civile fecero ampia breccia nella formazione giusprocessuale del Roberti, il quale maturava in quegli anni il proposito di rinnovamento scientifico nello studio del processo canonico¹⁶.

Roberti avrà modo di riallacciarsi a più riprese, quasi in ogni pagina del *De Processibus*, all'impianto teorico¹⁷ ed il reverente ossequio per il Maestro civilista e quel sentimento di rispetto si trasformerà in commossa ammirazione nella lettera necrologia apparsa in *Apollinaris* nel 1937¹⁸.

In tema di azioni ed eccezioni Roberti rinvia al pensiero chiovendiano, quando allinea quattro differenti opinioni e prende le distanze dal Kohler e dal Goldschmidt che basa il suo edificio giusprocessuale sulla teoria della «posizione giuridica» (*Rechtslage*): «*Theoriam, quae non videtur facile conciliari posse cum nostra iuridica traditione et forte cum iure naturae*»¹⁹. Così Roberti

¹⁶ ELENA DI BERNARDO, *Il rapporto giuridico processuale nella prospettazione del Chioventa e nell'elaborazione giuridica di Francesco Roberti*, in *Apollinaris*, LXXIX, 3/4 (2006), PUL, Città del Vaticano, pp. 657 ss. La revisione concettuale cui il Roberti sottopone il processo canonico è assai ampia, toccando settori preliminari e profili specifici degli istituti processuali: natura dell'azione e della legge processuale; rapporto distintivo tra azione e diritto soggettivo; finalità del processo e rapporto tra processo azione e diritto soggettivo; processo come relazione giuridica; efficacia spazio-temporale delle leggi processuali e principi di interpretazione. Si tratta di un'impostazione riflessiva e sempre critica: attenta all'utilità di adottare istituti civili senza precludere l'accoglimento di concetti innovativi per il diritto canonico o principi distintivi a questo ignoti. È il caso della differenza tra potestà amministrativa e giurisdizionale; tra giurisdizione volontaria e contenziosa. Cfr. PIO FEDELE, *Diritto processuale canonico e dogmatica giuridica moderna*, in *Archivio di Diritto Ecclesiastico*, 3 (1941), Padova, p.339.

¹⁷ Rinvii costanti sono formulati all'opera maggiore del CHIOVENDA: *Saggi di diritto processuale civile*, Soc. Ed. Foro Italiano, Roma, 1931; ID., *Principi di diritto processuale civile, (le azioni, il processo di cognizione)*, Jovene e C., Napoli, 1928; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1950.

¹⁸ Roberti esalta qui il metodo sistematico del Chioventa: «Ipse enim pro sua diligenti historica investigatione, atque perfecta et definita ordinatione systematica de iure processuali canonico quoque bene meritus est. Quod non est mirum, si quis recogitet hodiernum ius processuale civile maxime ex romanis ac canonicis principiis originem ducere» e la sua attitudine a scorgere i punti di contatto e d'origine comune del processo civile con il canonico: «Nos vero usu compertum habuimus eius scientificum systema processuali canonico mirifice convenire, utpote non discissum a traditione illa romana et canonica quam religiose per saecula servavit Ecclesia», a segnalare quanto la fama del civilista fosse diffusa anche negli ambienti del foro canonico: «De cetero opera nostri Auctoris hodie communiter nota sunt inter canonistas...». FRANCISCUS ROBERTI, *Iosephus Chioventa*, in *Apollinaris*, X (1937), pp.625-626.

¹⁹ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus*, (Vol.I, *De actione, de praesuppositis processus et sententiae de merito*), Città del Vaticano, 1956, pp. 85 e 573; Il Roberti mette in netta contrapposizione la teoria della «relazione giuridica» (*Rechtsverhältnis*) da lui abbracciata e la teoria della «posizione giuridica» elaborata dal Kohler e sviluppata in sistema da JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denken*, J. Springer, Berlin, 1925. Quest'ultimo vede il processo come un complesso di «aspettative», di pesi e di possibilità di agire. Cfr. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones de derecho procesal canónico*. Eunsa, Pamplona, 2003, p. 175.

fa proprie le convinzioni del Chiovenda: «*Theoria, quae descendit ex traditione romana, perfecte videtur systema canonicum explicare*», per cui il diritto naturalmente richiede l'azione e l'azione non è data se non a difesa di un diritto tenendo conto, tuttavia, secondo le peculiarità canoniche, che è possibile la scissione dei due elementi in virtù del maggior bene pubblico²⁰.

Roberti ricorda come Chiovenda rielabori ed adatti in Italia le posizioni teoriche espresse dal Wach²¹ sull'azione, intesa come «*potestas iuridica*», nella quale è evidenziato il ruolo della pubblica autorità, ed in ciò sia seguito da altri giuristi civilisti come il Brugi, il De Luca, il Galli²².

Anche riguardo all'elaborazione del concetto di competenza funzionale Roberti non tralascia di sottolineare che, sulla scia del riconoscimento dogmatico in Germania e Italia, Chiovenda «*primus in Italia competentiam funtionalem in systema iuris processualis introduxit*»²³.

L'interesse del Roberti per la dottrina giuridica espressa dai civilisti laici corrisponde alla necessità di stringere con essi rapporti di duratura collaborazione. Questo progetto si manifesta in modo articolato attraverso la fondazione della rivista *Apollinaris* (1928). Se la rivista rappresenta il primo passo del luogo di confronto dottrinale tra diritto civile e canonico, intesi come «diritti operanti e viventi»²⁴, un ulteriore segnale del progetto di raccordo nell'*utrumque ius*, attraverso l'indagine storico-romanistica, è nella fondazione della rivista «*Studia et documenta Historiae et Iuris*», assieme con Emilio Albertario, Arcadio Larraona e Valentini Capocci, nel 1935. Ma presupposto necessario agli «*Studia*» è un altro non meno importante segnale di questa ricerca di armonizzazione culturale nell'*utrumque ius* e nei suoi cultori, su cui Roberti sempre insistette: il Convegno storico romanistico internazionale del 1934, organizzato da Albertario, Riccobono e Carusi²⁵.

²⁰ «...actionem a iure quidem distingui, sed ob eodem praescindere non posse. Quodlibet enim ius naturaliter requirit actionem seu tutelam. Actio igitur non datur nisi ad defendendum ius quod est aut esse praesumitur. Fieri autem potest ut ob bonum publicum certis iuribus actio denegetur (...) quare perfecte explicantur iura sine actionibus, et actiones sine iuribus de facto existentibus». FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 572.

²¹ ADOLF WACH, *Vortrage uber die Reichs Civilprozessordnung*, A. Marcus, Bonn, 1896.

²² «Instantia autem qua pars determinat publicam potestatem ad exequendam legem, dicitur *actio*: quae proinde a citato auctore definitur *potestas ponendi condicionem necessariam ut lex executionem accipiat*. Actio est potestas iuridica (ius potestativum) quae exercetur coram adversario. Publica auctoritas se interponit ad curandam legis executionem». FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 70.

²³ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 170, nota n. 2.

²⁴ ONORATO BUCCI, *Francesco Roberti, direttore delle Rivista «Apollinaris»*, in UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale* cit., p. 247.

²⁵ Il Congresso venne promosso dal Pontificium Institutum Utriusque Iuris, tra il 12 e 17 novembre

Non si può nascondere che il contatto con i giuristi laici sia tutt'uno con l'attenzione riservata dal Roberti al fermento dottrinale che ravviva la scienza processualistica civile di quegli anni e che il metodo sistematico da lui coraggiosamente abbracciato per esplorare con occhi nuovi il processo canonico respiri ampiamente di quell'atmosfera. Ma anche ne venga ricambiato dai giuristi laici ed ecclesiastici²⁶, con lusinghieri giudizi sul suo *De Processibus*²⁷.

4. *Il metodo sistematico, la lettura storica, la disponibilità alla comparazione disciplinare*

Circa l'apporto metodologico-sistematico del Roberti alla scienza giuridica canonistica, è stato ben sintetizzato come nel suo contributo si concretizzi il temperamento di tre metodi di prospettiva nella ricostruzione del diritto: storico, esegetico e sistematico²⁸.

Questa complementarità stretta di criteri concorrenti che si integrano l'un l'altro nella descrizione dei singoli istituti processuali appare a più riprese

1934, a commemorazione del XIV centenario della pubblicazione del *Codex Iustinianus* e del VII centenario delle Decretali di Gregorio IX. UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale* cit., pp.113, 119, nota 21 e 250.

²⁶ XAVIER OCHOA, *Actio e contestatio litis nel processo canonico*. (Atti del Colloquio romanistico-canonistico, PUL, febbraio 1978), PUL, Città del Vaticano, 1979, p. 363.

²⁷ Coraggiosa è infatti l'intenzione di mutuare idee e concetti e partizioni sistematiche della processualistica civile, sul modello innovativo proposto dal Chiovenda nei suoi *Principi* e nelle *Istituzioni*, introducendo un metodo di trattazione sistematica proprio, del tutto ignoto alle altre trattazioni canoniche del genere. Cfr. PIO FEDELE, *Diritto processuale canonico* cit., pp. 338-339. Jemolo, del Roberti, esalta la conoscenza del diritto romano e della storia del diritto canonico, nonché della giurisprudenza rotale e del diritto civile comparato, ma soprattutto, la sua capacità di svincolarsi dalla prassi acritica dei canonisti, tra i quali sono rari quelli «riusciti a sottrarsi alla strettoia del metodo imposto e dalla preclusione di ogni critica». E gli riconosce anche la capacità del giudizio oggettivo sulle soluzioni dogmatiche accolte dai civilisti: «nel giudicare le norme del diritto statale appare scevro da preconcetti, se pur naturalmente sia tratto a preferire sempre...le soluzioni adottate dal legislatore ecclesiastico». Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Franciscus Roberti, De Processibus*, Vol.I (Romae, apud aedes facultatis iuridicae ad S. Apollinaris), in *Riv. Diritto Processuale Civile*, 1928, pp. 372-3. Anche Pio Ciprotti serba parole d'encomio per il Roberti, del quale apprezza la tensione comparatista e le doti di sintesi e linearità nella trattazione, sottolineando come, per dare luogo ad una impostazione scientifica nel senso di una teoria generale del diritto canonico (speculare al diritto civile), occorre necessariamente possedere, «e molto bene», la conoscenza di entrambi gli ordinamenti canonico e civile, e le rispettive radici storiche. PIO CIPROTTI, *Metodologia e sistematica* cit., pp. 587 ss.; Vedi anche FERNANDO DELLA ROCCA, *Roberti Francesco* (voce), in *Noviss.Digesto It.*, XVI, UTET, Torino, 1969, pp. 246-247.

²⁸ *Recensione al Libro IV del De Processibus di mons. Francesco Roberti*, in *L'Osservatore Romano* (senza firma), 13 maggio 1956, dove il Recensore sottolinea l'esistenza di una «mens iuridica». Cfr. anche UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale* cit., p. 113.

nelle pagine della sua opera. Sul punto, è opportuno ribadire – alla luce della più recente dottrina giusprocessuale canonica – il valore scientifico attribuito dal Roberti all'impiego del metodo sistematico. Questo infatti si rivela utile nella ricostruzione scientifica – nel caso specifico, nella ricostruzione degli atti processuali di parte – a prescindere dalla concezione dogmatica di partenza sulla quale i civilisti, come il Goldschmidt, propongono le loro soluzioni²⁹.

Indicative, in proposito, le notazioni preliminari al processo nel Capo «*De interpretatione legum processualium*» laddove l'Autore sostiene la necessità del ricorso ad una serie di strumenti ai fini della comprensione, ossia dell'interpretazione della legge processuale: «...quare ad has quoque leges intelligendas succurrunt elementa grammaticalia, logica, historica, systematica...nec excluditur analogia sive legis sive iuris, quemadmodum recursus fieri potest ad stylum et praxim Curiae Romanae et ad iurisprudentiam»³⁰; nonché al successivo «*De methodo et ordine tractationis*», laddove il Roberti distingue nell'abito dei canonisti, quattro metodi (storico; pratico o casuistico; esegetico e sistematico). In poche righe l'Autore espone il suo pensiero sul metodo: censura il metodo pratico, in quanto privo di ragione scientifica: «Nemo est qui non videat hanc methodum esse qualibet fere scientifica ratione destitutam» giacché gli *exempla* non sono in grado di sostituire i principi scientifici: «*Exempla recte adducuntur ad theorias illustrandas, sed principia scientifica nec suppeditare valent nec substituere*»³¹.

Quanto al metodo esegetico, la sua validità ha limite nella sua natura, preludio d'avvio, necessario ma insufficiente alla ricerca dei principi scientifici, con ciò richiamandosi alla posizione assunta da Simoncelli e Filomusi-Guelfi: «Sed pura exegesis adhuc infantulam scientiam praebet. Exegesis nihilominus iam antecellit methodo practicae, et viam sternit ad expositiones systematicas»³².

Infine, il metodo sistematico. Accogliendo lo spirito della dogmatica civile, Roberti accetta l'impostazione organicistica del diritto quale organismo vivente, in sé ordinato, ma che non rifiuta indagini e ricostruzioni volte secondo un ordine riflessivo che raggiunge il suo scopo scientifico nel momento della ricostituita armonia sia delle sue relazioni interne che dei suoi singoli

²⁹ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 485. Vedasi anche pp. 85 ss. (*Theoria positionis iuridicae processualis*), con rinvio ai civilisti JOSEF KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888 e JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess* cit.

³⁰ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 98.

³¹ *Ult.loc.cit.*, p. 100.

³² FRANCESCO ROBERTI, *Ibidem*.

istituti componenti: «Corpus legum non est cumulus dispositionum undique coacervatarum; sed singulae *iuridicae relationes* ordinatae ad aliquem finem constituunt varia *instituta iuridica*; complexus vero institutorum iuridicorum efformat *systema*».

Se il corpo delle leggi è un sistema ordinato attraverso il comporsi di precise relazioni oggettive e non deformabili, l'esperienza scientifica deve saper riflettere quest'ordine naturale sistematico: «Expositio scientifica alicuius corporis legum non potest esse nisi expositio systematica»³³. Così il Roberti espone la sua idea di metodo sistematico: «Verum methodus systematica efficere potest ut expositio scientifica abstractis principiis adhaerens, nimis discedit a littera legum. Quare necesse est ut complexus normarum systematicae quidem exponatur, sed systema ex legibus positivis eruatur atque eisdem firmissime inhaereat»³⁴. E questo metodo, aggiunge il Roberti, ottiene maggiore certezza scientifica se supportato dalla conoscenza ed indagine storica: «Nostra methodus erit analytic-systematica. Praehabita de uniusquisque iuridici instituti historica notitia»³⁵.

Largo interesse esercita sul Roberti l'idea dello svolgimento sul piano storico delle istituzioni civili. Se ne coglie il senso anche in altri lavori impegnativi³⁶ – oltre che nel *De Processibus* – dove, ad esempio, l'approccio d'esame sulla natura della giurisdizione prende l'avvio da considerazioni storico-ricostruttive, riflettendo sul potere d'imperio civile-militare della magistratura romana delle origini, all'età classica e dell'impero, giungendo alla contemporaneità attraverso l'evo medio. Un approccio evolutivo che pervade i singoli concetti e annota puntigliosamente le distinzioni logiche, cosicché, nel richiamare la recente dottrina italiana e tedesca, delinea lo spazio intercorrente tra «giurisdizione» e «processo»³⁷. Lo stesso valga per la nozione di azione e le sue classificazioni³⁸, o per la differenza tra «*dilatatio*» e «*terminus*»,

³³ FRANCESCO ROBERTI, *Ibidem*.

³⁴ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 101.

³⁵ Il metodo analitico-sistematico con approccio storico adottato dal Roberti è, come egli si perita di sottolineare, lo strumento esaltato da PIO XII nell'opera di rinnovamento delle scienze sacre, avviata tempo prima da Leone XIII.

³⁶ FRANCESCO ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Padova, 1935², I, pp.240 ss., dove si analizza lo stato dei soggetti nel diritto canonico.

³⁷ «...iurisdictionem non esse nisi eam partem imperii seu publicae potestatis quae ad ordinem iuridicum tuendum et ad legem exsequendam ordinatur». Mentre: «Processus autem non est nisi medium quo iurisdictio exercetur». FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p.122. Cfr. XAVIER OCHOA, *Index verborum ac locutionum Codex Iuris Canonici*, Roma, 1983, pp.225 ss.

³⁸ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 59 ss.

riferita agli atti processuali³⁹, o tra sentenze definitive e interlocutorie⁴⁰, o tra giurisdizione contenziosa e volontaria⁴¹. Un ulteriore rinvio storico è nella ricostruzione del processo scritto ed orale, perché la tendenza dall'una all'altra soluzione viene espressa con un'analisi storico-comparata degli ordinamenti ottocenteschi e nel delineare il progresso dell'Italia liberale verso il processo orale, il Roberti fa cenno agli schemi di riforma di Chiovenda, Carnelutti e Solmi, susseguiti tra il 1919 e il 1939⁴².

La padronanza storica degli istituti civili e processuali che Roberti illustra nei richiami al Solmi, allo Scialoia, al Salvioli, al Biondi, al Pertile, al Bonfante, solo per citare alcuni degli Autori illustri, viene integrata da un'altrettanto solida conoscenza del processo canonico e delle sue traiettorie evolutive, con richiami al Concilio di Trento e alle vicende degli uffici della Curia romana, tratteggiati da Giovan Battista De Luca⁴³.

È probabile che l'incarico al Supremo tribunale della Segnatura cui fu assegnato sollecitò il Roberti allo sguardo comparato degli istituti giuridici, con particolare attenzione al diritto positivo ed è ipotizzabile pensare che gli avvenimenti concordatari italiano e portoghese, volti a stabilire la giurisdizione esclusiva per le cause di nullità matrimoniale abbiano concorso in tal senso⁴⁴.

Certamente, l'esigenza di modernizzare la potestà delle magistrature ecclesiastiche attraverso una concorrente ed organica esposizione dottrinale di quegli istituti dovè sollecitare il Roberti ad uno sguardo comparato e non limitato al confronto storico-ricostruttivo⁴⁵. La storia rimane il punto d'origine, ma da esso si dipana lo sguardo sulla letteratura relativa al processo romano e comune e alle tradizioni nazionali che hanno accolto una pluralità di «*legum systemata*»⁴⁶.

³⁹ CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., p.360, con espresso richiamo al Roberti, (*De Processibus* cit., pp. 448-458).

⁴⁰ *Ult.op.cit.*, pp. 382 ss., per cui, nel citare Roberti (*De Processibus* cit., p. 489) in base al can 1607 CIC '17, è definitiva la sentenza con la quale il giudice decide la causa principale e, interlocutoria, quella che risolve una causa incidentale.

⁴¹ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., pp. 154-155.

⁴² *Ult.loc.cit.*, p. 467.

⁴³ GIOVAN BATTISTA DE LUCA, *Theatrum Veritatis et inst. XV Relatio Romanae Curiae*, citato dal Roberti nel *De Processibus* cit., pp. 308, 335 e 338, per la Rota e a pp. 363 ss., per la Segnatura Apostolica.

⁴⁴ UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale* cit., pp. 150.

⁴⁵ ELENA DI BERNARDO, *Il rapporto giuridico processuale* cit., pp. 666-667.

⁴⁶ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., pp.45 ss., nota 1 e pp.50 ss. Circa il tema specifico della comunicazione degli atti, pp. 481 ss. o per la disamina delle azioni cauzionali, p. 580, nota 5.

Al citato scopo pratico di rafforzamento della potestà del foro canonico, Roberti indaga sulle attività che i sistemi ordinamentali secolari assegnano all'ufficio della Cassazione, sottolineando l'attribuzione moderna di tre funzioni: «Cassatio hodie quoque officium habet ad nihilum reducendi decisiones quae contineant aliquam legis violationem. Hoc officium negativum efficitur de facto maxime positivum ad tuendam legem, coercendos iudices et creandam unitatem interpretationis»⁴⁷.

L'analisi comparata risulta più efficace allo scopo preordinato e il Roberti dà prova di conoscere bene anche gli sviluppi della legge di riforma dell'ordinamento giudiziario italiano del 1923, oltre che la letteratura di commento⁴⁸.

È, dunque, quella adottata dal Roberti, una «prassi di tipo comparatistico induttivo»⁴⁹ finalizzata a scopi di indagine scientifica e a motivazioni di aggiornamento pratico della vita dei tribunali ecclesiastici. In questo quadro, il metodo sistematico verrà utile alla ricostruzione della teoria del rapporto giuridico processuale da lui innestata nel processo canonico, come si vedrà, attraverso un impiego estensivo della «teoria relazionale».

5. *Temi e problemi: l'apertura dogmatica alla «teoria relazionale» dei giurprocessualisti laici nel rispetto delle peculiari differenze di sostanza tra ordinamenti giuridici*

La recente dottrina ha puntualizzato l'equidistanza del Roberti sulla «teoria relazionale» la quale «non esse quidem exagerandam». A questa va tuttavia ascritto il merito di aver chiarito i ruoli dei soggetti processuali (parti confliggenti e giudice) e le loro interrelazioni dinamiche e, specialmente, la natura pubblica del processo, così da renderlo indisponibile al potere «privato» delle parti e collocare la potestà d'ufficio del giudice e la sua funzione⁵⁰ entro l'autentico scopo salvifico-istituzionale di giustizia⁵¹.

⁴⁷ *Ult.loc.cit.*, pp. 372-373.

⁴⁸ PIERO CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Torino, 1920; FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni IV*, n.329-334.

⁴⁹ ELENA DI BERNARDO, *Il rapporto giuridico processuale cit.*, pp. 675.

⁵⁰ *Ult.loc.cit.*, pp. 676.

⁵¹ Il dinamismo descritto dal Roberti è temperato dall'esigenza di certezza delle decisioni processuali, attraverso l'obbligo delle risultanze scritte. Perciò egli sostiene la prevalenza delle forme scritte, in modo che il processo canonico si configura come un modello «misto di scrittura e oralità». Così, FRANCESCO ROBERTI, *Processo (Dir. can.)*, in *Enciclopedia Italiana*, Treccani, XXVIII, Roma, 1935, p.286.

Si vorrà qui accennare previamente alle questioni maggiori cui l'oggetto di indagine del Roberti rinvia: l'intersoggettività dell'ordinamento canonico; la giuridicità dello stesso ed il connesso problema del difetto di statualità ed imperatività⁵²; il rapporto giuridico processuale. Questioni che non solo avrebbero stimolato la coeva e successiva⁵³ dottrina all'elaborazione di una teoria generale del diritto canonico⁵⁴, richiamandosi a identiche sollecitazioni emerse con vigore anche nella dogmatica laica⁵⁵, ma che rinviano alla più generale problematica sulla natura giuridica dell'ordinamento e della giurisdizione ecclesiale, non sempre comprese nella loro essenza dal pensiero giuridico laico, anche il più raffinato⁵⁶.

Quanto all'intersoggettività dell'ordinamento canonico la ricerca del chiarimento delle interrelazioni dinamiche interne al processo risponde ai dubbi un primo tempo espressi dal Carnelutti sulla natura giuridica dell'ordinamento canonico privo, a suo dire, della necessaria nota di intersoggettività, per difetto nelle sue norme – di natura eminentemente spirituale – della caratteristica forza compositiva dei conflitti di interesse⁵⁷. L'indirizzo dogmatico del

⁵² CARLO FANTAPPIÉ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 236.

⁵³ Si rinvia al prezioso articolo di aggiornamento steso da PIO FEDELE, *Analisi di saggi dell'ultimo decennio di teoria generale del diritto canonico*, in *Studi in onore di P.A. d'Avack*, II, Giuffrè, Milano, 1976, pp.147-224.

⁵⁴ Cfr. PIO CIPROTTI, *Metodologia* cit., p. 589; PIO FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941; PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Corso di diritto canonico I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1956; JAIME M. MANS PUIGARNAU, *Hacia una ciencia unitaria y general del derecho*, Editoria Latina, Barcelona, 1960; ATTILIO MORONI, *Sulla necessità di costruire una dottrina generale di diritto canonico*, pp. 937 ss. e PEDRO-JUAN VILADRICH, *Hacia una teoria fundamental del derecho canónico*, pp.1287 ss., entrambe in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio*, Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico. Roma, 14-19 gennaio 1970) II², Giuffrè, Milano, 1972; ALBERTO DE LA HERA, *A la recherche d'un fondement théologique du droit canonique*, in *L'Année canonique*, XII (1968), pp. 49-58; ID., *Introducción a la ciencia del derecho canónico*, Madrid, 1967; PIO FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962; UMBERTO MASSIMO MIOZZI, *Il cardinale* cit., pp.114.

⁵⁵ NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, Padova, 1953, Vol.I, pp.41-59. A sottolineare la tendenza del Novecento degli studi giuridici a ricorrere all'indagine di tipo metodologico per la costruzione di una teoria generale del diritto per scoprire la correlazione esistente tra istituti di diversa origine, cfr. ALESSANDRO LEVI, *Teoria generale del diritto* (rist. anastatica), Padova, CEDAM, 1967², pp.3 ss.

⁵⁶ JOAQUÍN LLOBELL, *Fondamento teologico del diritto processuale canonico*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, II, Cedam, Padova, 2000, spec. pp. 1161-1178. Sulle critiche all'«immobilismo metodologico» della canonistica curiale e la reazione costruttiva esercitata dal d'Avack, cfr. CARLO FANTAPPIÉ, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico* (a cura di J.I. Arrieta e G.P. Milano), CdV, 1999, pp. 139-170.

⁵⁷ Cfr. PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 16.

diritto ecclesiale si è svolto, sino ad oggi, sull'orizzonte della ricerca di una nuova determinazione dei rapporti intersoggettivi processuali e su tale base di partenza si è giunti ad aggettivare quelle relazioni in termini di rapporti di giustizia, entro il quadro volontaristico della transazione⁵⁸, più consoni all'ideale ecclesiale della composizione dei conflitti di minor impegno della forza ma nel temperamento della carità e del perdono misericordioso⁵⁹.

La questione dottrinale attorno alla giuridicità dell'ordinamento canonico fu oggetto di un vivacissimo confronto tra gli scettici, come il menzionato Carnelutti, o il Kelsen, nella preconcepita teoria delle «norme di comportamento»⁶⁰ e i sostenitori, Santi Romano in testa, con la sua teoria istituzionale della pluralità degli ordinamenti giuridici⁶¹. Benché il tema abbia manifestato ancora in tempi recenti vistose oscillazioni dogmatiche, riconducibili alle note critiche di Klaus Mörsdorf, non può sottacersi l'effetto di riequilibrio fornito dalla «teoria relazionale» accolta dal Roberti. Egli, rimanendo aderente al tracciato del processo e alla logica sistematica, offre una rilettura della «relazionalità» nel quadro della divisione delle potestà ecclesiali, notoriamente concentrate nell'«*unicum subiectum Romanus Pontifex qui universa pollet publica potestate*»⁶².

Di assoluta modernità appare, in tema di «*De potestatibus administrativa et iurisdictionali in modernis Civitatibus*», il richiamo alla formula di «governo legale» ma, soprattutto, allo «Stato di diritto», ignoto all'ordinamento della Chiesa: «...gubernium (...) debet suam activitatem exercere intra limites legis (gubernium legale); quin immo totum regimen Civitatis certis iuridicis normis est ordinandum et exercendum (Status iuris)»⁶³. Roberti sostiene l'impellente necessità di definire «*accurate*» i limiti di potere della giurisdizione amministrativa e anche in questo caso chiama a sostegno le teorie di illustri civilisti, da Romano a Scialoja, da Simoncelli a Chiovenda. E la distinzione teorica tra potere giurisdizionale e amministrativo, proposta da quest'ultimo, sembra al Roberti proponibile, anche se parzialmente, al diritto canonico,

⁵⁸ CARLOS J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, p.225; CARMELO DE DIEGO LORA, *La función de justicia en la Iglesia*, in *Ius Canonicum*, 16 (1976), pp. 287-316.

⁵⁹ GIUSEPPE DALLA TORRE-GERALDINA BONI, *Conoscere il diritto canonico* cit., p. 57.

⁶⁰ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ-MARTA TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp.52 ss.

⁶¹ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Spoerri, Pisa, 1918, pp. 93 ss.

⁶² FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 107, nota 4, il quale A. distingue tra «potestà» rimesse al Sommo Pontefice e «funzioni» (legislativa, amministrativa e giurisdizionale) le quali, invece, «in ipso Statu Vaticano inter plura organa dividuntur».

⁶³ FRANCESCO ROBERTI, *Ibidem*.

potendosi in seguito costruire la partizione tra «organi propri» e «regole d'azione proprie»⁶⁴.

Quanto, infine, al tema del rapporto giuridico processuale, esso compenetra integralmente l'indagine svolta nel *De Processibus*, perché in termini «relazionali» viene ora riformulato l'intero processo della Chiesa. È stata assai ben descritta la differente prospettiva con cui il Roberti guarda, difformemente dal Chiovena, al concetto di «rapporto giuridico processuale»⁶⁵: si può affermare che, mentre in Chiovena domina l'esigenza di assicurare al processo l'unitarietà dei suoi atti, offrendo alla parti uno spazio residuale, funzionale alla procedura e alle esigenze della sua celere attuazione e conclusione attraverso la decisione, per il Roberti, l'attenzione si trasferisce tutta sulle parti, non più strumentalmente agenti nel processo, ma centro pulsante di esso, attraverso interrelazioni giuridiche di diritti ed obblighi che legano l'attore al convenuto e costoro al giudice⁶⁶, senza trascurare l'intervento di altri soggetti con ruolo sostanziale «*ad adiuvandum*», come i terzi, o i personaggi muniti di funzioni accessorie – ma pur sempre pubbliche, nel senso di strumenti di verità e giustizia nella Chiesa⁶⁷ – siano questi gli avvocati⁶⁸, i notai, i periti, i Promotori di giustizia⁶⁹ ecc.

Si scorgono nitide le tracce di due modalità di concepire il processo che si pongono a confronto. Da un lato, il diritto germanico; dall'altro, la tradizione

⁶⁴ «Chiovena censuit in hoc stare discrimen ut activitas potestatis iurisdictionalis consistat in aliqua substitutione activitatis publicae activitati alienae, administrative vero in actione directa et immediata». Ed inoltre: «Ex distinctione inter utramque potestatem sequitur ut utraque sua organa habeat et propriam agendi rationem». FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 109.

⁶⁵ ELENA DI BERNARDO, *Il rapporto giuridico processuale* cit., pp. 668 ss.

⁶⁶ «Verum porcessus relatio iuridica dicitur non ut singulio actus porcessuales unica ratione concepti melius intelligantur, sed quia revera plura iura et obligationes supponitad eundem finem efficienti giuridica protectionem ordinata». Cfr. FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p.84. FERNANDO DELLA ROCCA, *Poteri e doveri del giudice nella causa canonica di nullità del matrimonio*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 1009 ss.

⁶⁷ JOAQUÍN LLOBELL, *Il patrocinio forense e la "concezione istituzionale" del processo canonico*, in *Il processo matrimoniale canonico*, CdV, 1988, pp.451-463.

⁶⁸ Sulla figura dell'avvocato Roberti si sofferma notevolmente, avendo cura anche di tracciare le linee di una responsabilità del procuratore legale negligente. FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 552.

⁶⁹ CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., pp.224-225, con richiamo alla configurazione comparativa con il PM. delle legislazioni secolari che ne fa il Roberti, *De Processibus* cit., pp. 296-298. A differenza che negli ordinamenti civili, nell'ordinamento canonico i soggetti titolari dell'ufficio (avvocati e procuratori), non sono i titolari assoluti, ma «*mere formalis*» dell'*ius postulandi*, giacché, come osserva il Roberti, (*De Processibus* cit., p.582) le parti conservano il dominio della lite. Cfr. MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Edizioni, Roma, 1996, pp. 169 e 195 ss., spec., p. 226.

romano-canonica: l'uno, preoccupato della certezza giuridica, espressa attraverso la garanzia della tutela apprestata da un ordinamento giuridico inteso in senso pienamente positivo e garante di sé medesimo dall'origine alla fine; l'altra, intesa a porre i diritti e doveri dei soggetti processuali come attributi della relazione e a rafforzare questi caratteri per accentuare non solo il protagonismo soggettivo e formale delle parti, ma soprattutto la loro umanità, in vista di una giustizia resa che eleva il processo canonico alla «*salus animarum*» che ispira tutto il diritto della Chiesa⁷⁰.

Ecco allora che, attraverso la giusta lettura del «rapporto giuridico processuale» in termini «relazionali» anche i concetti giuridici descriventi il processo assumono dimensioni e profondità nuove: così il concetto di «*ius processuale*» e di «procedura»⁷¹; così il «processo», ed il suo fine⁷², e la «controversia»⁷³.

Per certo, Roberti vede nella rilettura del processo come «relazione giuridica» la formula perfetta con cui concepire il triplice rapporto di responsabilità funzionale che lega le parti (*actor* e *reus*) al *iudex*⁷⁴, con ciò risolvendo il problema dell'estensione soggettiva del rapporto processuale: «*Verum moderni doctores, sicut antiqui, inter se non conveniunt circa extensionem huius relationis iuridicae. Quidam enim putarunt (Kohler) relationem iuridicam exurgere inter partes, alii (Hellwig) inter iudicem et singulas partes, alii (Bulow, Wach, Chioyenda), inter partes et inter iudicem et partes*»⁷⁵.

E sempre attraverso la chiave di lettura «relazionale» è possibile riscoprire la differenza sussistente tra azione ed eccezione⁷⁶ e il significato della partecipazione delle parti in causa⁷⁷ e la necessaria loro protezione processuale,

⁷⁰ È stato ben evidenziato come nel Roberti il bene pubblico assurga a causa di estinzione di talune azioni processuali. Cfr. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., p. 102, nota 28.

⁷¹ «...omnes illos actus quibus organa iurisdictionalia iuribus tutelam praestant». FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 74.

⁷² FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 76.

⁷³ «Controversia supponit conflictum voluntatum ad quem dirimendum invocatur publica potestate», riportando, poi, la nozione di indole civile: «Moderni doctores (...) processum saepe latius considerant, tamquam ordinatam seriem actuum quibus per organa iurisdictionalia iuris executio in casu concreto praestatur». FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., pp. 74-75.

⁷⁴ Tale responsabilità funzionale è chiaramente percepibile in capo all'attività del giudice canonico nella valutazione «*ex sua conscientia*» delle prove, posta la maggior libertà decisionale di cui dispone, rispetto al giudice statale civile. Vedi LUIGI DE LUCA, *Liberò convincimento del giudice. III Diritto canonico*, in *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, Vol. II, Cedam, Padova, 1997, pp. 744 ss.

⁷⁵ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 79.

⁷⁶ *Ult.loc.cit.*, pp. 573 ss. e 671 ss. Cfr. XAVIER OCHOA, *Actio e contestatio litis* cit., p. 364.

⁷⁷ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., pp. 506 ss.

quando incapaci ad agire⁷⁸, o la successione e sostituzione nel processo⁷⁹.

Chiarita la prospettiva del Roberti sul processo canonico come «servizio» nella giustizia e carità⁸⁰ e che a questo fine supremo, quasi equanimente livellati, si devono inchinare nell'ossequio di precisi diritti-doveri tutti i soggetti che vi operano a diverso titolo, risulta più agevole comprendere l'ampiezza delle divergenze dottrinali mantenute dal porporato verso il suo maestro civilista. Si direbbe che nella sua prospettazione del processo, dominante sia l'obbligatorietà in capo a tutti i soggetti che vi partecipano, mentre i diritti (*potestates*) rappresentano il versante minoritario, seppure essenziale, in virtù del citato servizio ecclesiale reso nel processo, del mutuo protagonismo di tutti nella condivisione dello scopo di giustizia⁸¹. La formula ed il metodo del Roberti, in altre parole, è innovazione nella tradizione: abbracciare un metodo innovativo pur nel rispetto dell'immutabile regola canonica⁸².

In un'atmosfera culturale sonnolenta in cui la maggioranza dei canonisti sembra adagiata nel sicuro grembo degli schemi tradizionali, l'opera del Roberti emerge per allinearsi con i classici, come Saegmuller e Creusen⁸³. Il rispetto consapevole dei fini metapositivi del diritto canonico e della natura misterica dell'ordinamento della Chiesa mantiene la rilettura sistematica operata dal Roberti entro il parametro giuridico ecclesiale, ossia i «limiti immanenti» della natura del diritto canonico, distante da ogni altra costruzione normativa positiva⁸⁴. In ciò, la modernità ed attualità dell'approccio scientifico del *De Processibus*, per nulla in opposizione all'idea tomista della legge quale «*quaedam rationis ordinatio*» ed insistendo sul fondamento unitario della legge canonica, in quanto «*ordinatio fidei*» (e non «*ordinatio rationis*») si apre ad una visione universale del metodo di comprensione ed indagine del diritto processuale⁸⁵.

⁷⁸ MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico* cit., pp. 221 ss. e 223 ss.

⁷⁹ FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., pp. 509 e 533 ss.

⁸⁰ ELENA DI BERNARDO, *Il rapporto giuridico processuale* cit., p. 673.

⁸¹ *Ult.loc.cit.*, pp. 668 ss. e 670 ss.

⁸² Si attua così un «significativo disancoramento dagli schemi tradizionali della trattazione, condotta tuttavia, nel suo complesso e nelle sue singole parti, secondo quelli che sono i postulati immutabili del diritto della Chiesa». Cfr. PIO FEDELE, *Diritto processuale canonico* cit., p. 337.

⁸³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Franciscus Roberti* cit., p.373.

⁸⁴ PIO FEDELE, *Diritto processuale canonico* cit., p.340.

⁸⁵ GAETANO LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico*, in *Il mistero del diritto*, I. *Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p.203.

6. *L'eredità del Roberti e l'attualità del suo contributo sul metodo scientifico nei canonisti recenti della Scuola italiana e spagnola: la dottrina processuale canonica tra le due codificazioni (Della Rocca; Moreno Hernández; Guasp; Cabrerros de Anta)*

L'indirizzo sistematico del Roberti ha esercitato un profondo influsso sul pensiero canonistico del Novecento, né ha cessato di orientare la recente dottrina, pur nel mutare delle impostazioni dogmatiche di fondo⁸⁶. La scossa indotta dal d'Avack al torpore metodologico della scienza giuridica ecclesiale appiattita sul metodo esegetico della «*schola textus*»⁸⁷ e il generale fermento dottrinale che conduce alla formazione di una scuola laica italiana del diritto canonico indica il costante interesse scientifico per il diritto della Chiesa. Più prossima a raccogliere l'insegnamento del Roberti, tra riscoperta neotomista e pluralismo giuridico di Santi Romano, si conferma la Scuola canonistica spagnola fiorita nei centri universitari di Pamplona e Salamanca⁸⁸. Si tratta di un interesse condiviso con i giuristi secolari. Tra i primi a considerare il beneficio reciproco alla scienza processuale canonica e civile dell'impostazione sistematica, di apprendimento nella consapevolezza della misura, affinché il «gioco delle interferenze» non si spinga al «trapianto spinto» ed innaturale di principi e schemi propri del processo civile nel modello ordinato del processo canonico, è Fernando Della Rocca⁸⁹.

La moderna apertura dell'Autore, che censura la trasposizione forzata di schemi, prelude alla prospettiva della conversione di diritti difformi, anche alla luce di un regime concordatario che in Italia lamentava tra i tecnici del foro la scarsità di una trattatistica scientifica aggiornata ai tempi e sufficientemente divulgativa. Della Rocca, sulla scia del metodo sistematico, fa un costante riferimento alla teoria processuale civile nella valutazione dell'apporto della teoria del diritto potestativo nella ricostruzione della natura dell'azione, con rinvii tanto alla dogmatica italiana del Betti, del Chiovenda

⁸⁶ ELENA DI BERNARDO, *Il rapporto giuridico processuale* cit., p. 676 e nota 93.

⁸⁷ GIUSEPPE DALLA TORRE-GERALDINA BONI, *Conoscere il diritto canonico* cit., p. 100.

⁸⁸ CARLO FANTAPPIÉ, *Introduzione* cit., p. 237. Questo studio non ha la pretesa di estendersi ad un esame complessivo della dottrina canonica, le cui relazioni con il Roberti sono già sufficientemente note. Cfr. MICHELE LEGA-VITTORIO BARTOCCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Alci, Roma, 1950; FRANCISCUS WERNZ-PETRI VIDAL, *De processibus*, Ap. Aed. Universitatis Gregoriana, Romae, 1949; MATTHAEUS CONTE A CORONATA, *De processibus*, Marietti, Taurini-Romae, 1957; EDUARD EICHMANN-KLAUS MOERSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrecht*, Schoeningh, Paderborn, 1960.

⁸⁹ FERNANDO DELLA ROCCA, *Istituzioni di diritto processuale canonico*, UTET, Torino, 1946. Prefazione, pp. V-VI.

o del Calamandrei, quanto alla tedesca del Degenkolb o del Binder⁹⁰.

È il conclamato impiego del metodo sistematico del Roberti e della sua stessa dottrina che si esprime tanto nella comparazione e nell'accoglimento delle teorie civili nel diritto canonico⁹¹, o nel confronto tra i due ordinamenti circa la proponibilità di limiti (ulteriori a quelli indotti al contrapporsi, o rimuovere o diminuire gli effetti della domanda giudiziale attrice) all'esercizio dell'azione riconvenzionale⁹²; o sull'impiego e valore da attribuire ad istituti quali l'intervento coatto *iussu iudicis*⁹³; o, infine, sul metodo divulgativo attraverso cui esporre la materia, finanche sugli argomenti di trattazione, ad esempio, sulla descrizione dell'organizzazione degli uffici della Cura romana, con uno sguardo alle procedure interne⁹⁴.

Della Rocca è discepolo del Roberti nell'adozione delle tematiche e dei problemi – il «rapporto giuridico processuale» – e nell'attenzione alle necessarie distinzioni concettuali (tra processo, giudizio e procedura)⁹⁵ presenti nel *De Processibus*. Non si tratta, tuttavia, di pedissequi rinvii, poiché molti sono i punti di dissentimento o divergenza con il Roberti: su come identificare il criterio di connessione o continenza⁹⁶; sul *dolus incidens* come valida causa produttiva dell'azione rescissoria⁹⁷; sulla sufficienza della condizione di «detenzione» ai fini della concessione dell'azione di spoglio⁹⁸; sul modo di conferma (se in forma specifica o in forma comune) dell'atto nullo⁹⁹.

Il metodo del Roberti viene estensivamente applicato da Miguel Moreno Hernández che, come espone Eloy Montero: «*tiene el mérito poco común de haber aportado la doctrina no sólo de los canonistas, sino también de procesalistas civiles*»¹⁰⁰. E indubbiamente, il richiamo ai processualisti laici fatto da Moreno

⁹⁰ *Ult.loc.cit.*, pp. 24-25.

⁹¹ Riferendosi al can. 1667, CIC '17, l'A. richiama la tematica del rapporto di autonomia dell'azione a fronte del diritto sostantivo controverso: «una interdipendenza [...] che] non è minore nel diritto canonico che nei diritti civili». *Ibidem*.

⁹² FERNANDO DELLA ROCCA, *Istituzioni cit.*, p.80.

⁹³ *Ult.loc.cit.*, p. 163.

⁹⁴ Della Rocca ricorda come la procedura di tipo inquisitoriale adottata al S.Ufficio è mutevole a seconda del momento della resa confessione. FERNANDO DELLA ROCCA, *Istituzioni cit.*, p. 132.

⁹⁵ FERNANDO DELLA ROCCA, *Istituzioni cit.*, pp. 4-5 e 17.

⁹⁶ *Ult.loc.cit.*, p. 39.

⁹⁷ *Ult.loc.cit.*, p. 73.

⁹⁸ *Ult.loc.cit.*, p. 71.

⁹⁹ *Ult.loc.cit.*, p. 79.

¹⁰⁰ MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal canónico*, Aguilar, Madrid, 1956, Prologo, p. XVI. Si noti che il prefatore cita in più occasioni la competenza scientifica del Roberti ed il suo metodo, volto ad illustrare il perfezionamento mutuo tra diritto processuale civile e canonico nel corso dei secoli.

Hernández è costante e puntuale. Ci basti qui ricordare l'applicazione delle teorie processuali civili dell'azione al diritto canonico con ampi richiami al Carnelutti e al Chiovenda come al Liebmann e al Redenti: Autori per i quali l'azione è intesa come un diritto soggettivo autonomo e, di conseguenza, come un «*derecho potestativo a poner en existencia la condición necesaria para la actuación de la Ley*»¹⁰¹.

L'Autore, non rinuncia a tratteggiare un vago antagonismo dottrinale considerando che la dogmatica dei processualisti laici è in certo modo superata dal diritto canonico, dal momento che questo individua nell'azione giudiziale ecclesiale una espressione della sua natura pubblica¹⁰². Questi, in linea con il Roberti, non solo dichiara che: «*El poder de jurisdicción de la Iglesia tiene un relevante carácter de función pública*», ma richiama apertamente il Chiovenda per sostenere il principio dell'indipendenza dell'azione dal diritto controverso¹⁰³. È, in altre parole, una esaltazione dello scopo di giustizia nel processo, attraverso una legittimazione alta del giudice che è, entro il recinto delle sue funzioni, un «*medio de la pública autoridad*». Su tale linea si spiega anche la coincidenza di posizioni relative al promotore di giustizia, osservato nella sua essenzialità di pubblico ufficio¹⁰⁴.

Anche l'azione viene esaminata nella sua duplice essenza, sia soggettiva (esprimente l'*ius agendi*), sia oggettiva (esprimente la *actio in acto secundo*): in altri termini, sia del diritto violato che del diritto invocato e agito, in modo da far risaltare il rapporto di indipendenza, già precisamente espresso in Roberti, tra azione e diritto controverso¹⁰⁵, e sottolineare ciò che per Roberti è essenziale dell'azione: l'essere uno strumento tecnico che permette alla parte, di sua iniziativa, di sollecitare «*a la pública autoridad a ejecutar la Ley, o la potestad de poner la condición necesaria para que se obtenga la ejecución de la Ley*»¹⁰⁶. Anche nella cura espositiva, attenta alle distinzioni concettuali, ad es. tra giurisdizione contenziosa e volontaria o tra civile e penale, l'Autore

¹⁰¹ MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal canónico* cit., p. 136.

¹⁰² «En realidad todas las teorías procesalistas que ven en la acción autonomía frente al Derecho procesal, mejor que las teorías civilísticas, que la confunden con el derecho material mismo, son de aplicación al Derecho canónico. La razón es que defenden con mayor eficacia el carácter público de la actividad jurisdiccional de la Iglesia, característica que adquiere mayor prestancia en la Iglesia que en los demás ordenamientos estatales». MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal canónico* cit., pp. 137-138.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal canónico* cit., pp. 78 ss.

¹⁰⁵ *Ult. op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

si richiama al Roberti, annotandone l'origine della diversa natura dei diritti (assoluti e relativi) che a quelle giurisdizioni corrispondono¹⁰⁷.

Va poi aggiunto che le critiche di Moreno Hernández si risolvono solo nell'insufficienza e non nell'erroneità della teoria sulla «relazione giuridica» del Roberti, giacché il processo nella sua natura di luogo pubblico di confluenza di interessi pubblici si esprime attraverso una molteplicità di soggetti e relazioni giuridiche processuali. E, tuttavia, il canonista spagnolo ammette tra teoria della «relazione giuridica» e della «istituzione giuridica» un compromesso sostenibile esclusivamente entro le dinamiche ed i fini propri del processo canonico¹⁰⁸. In tal senso tale Autore ripercorre il pensiero del Roberti e segnala la distanza concettuale tra ordinamento canonico e civile¹⁰⁹.

Di indubbio interesse appare anche la posizione assunta da Jaime Guasp relativamente alla teoria della «relazione giuridica processuale». Egli infatti riconosce la validità delle posizioni del Roberti, ma lo supera nella sua analisi del modello processuale civile, ritenendo che il processo è luogo istituzionale pubblico composto di relazioni giuridiche che non si esauriscono semplicemente in diritti ed obblighi, giacché la complessa natura ontologica di questi elementi ed i loro stessi effetti – pesi e responsabilità – che fanno da tratto di unione tra i molteplici rapporti umani dei soggetti processuali, non possono essere quantificati in modo esauriente e completo attraverso la sola valutazione giuridica¹¹⁰.

Guasp, che resta insoddisfatto nel risolvere la natura ultima del processo nella «relazione giuridica complessa», intende afferrare il fenomeno nella sua totalità, che include l'idea dell'unitarietà¹¹¹.

Egli ritiene che l'autentica comprensione della natura giuridica del processo sia inscritta nei vincoli che si creano al suo interno. Il processo consiste in una serie di vincoli intersoggettivi nella cui qualificazione risiede la risposta alla sua

¹⁰⁷ «Roberti distingue ambas clases de jurisdicción en razón a la correspondiente bipartición de categorías de derechos. Hay derechos absolutos que pueden ser violados y sua restaruración corresponde a la jurisdicción penal, y derechos relativos, cuya controversia y afirmación corresponde a la jurisdicción civil». MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal canónico* cit., p. 57.

¹⁰⁸ *Ult.op.cit.*, pp. 9-10.

¹⁰⁹ L'A. ricorda le critiche violente verso la teoria istituzionale, censurata per scarsa utilità pratica, mosse dal pensiero civile. Cfr. JUAN GOTI ORDEÑANA, *Tratado de derecho procesal canónico*, Colex, Madrid, 2001, p. 48.

¹¹⁰ JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Aguilar, Madrid, 21-22. Cfr. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., p. 175.

¹¹¹ Si osservi che per Guasp l'unità del processo è un carattere fondamentale comune a tutte le tipologie (civile, amministrativo, internazionale, canonico). JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 29.

natura giuridica: «...*en el proceso aparecen esencialmente una serie de vínculos entre los sujetos que en él intervienen, (...) y éste es el rasgo fundamental que como ente de derecho le corresponde, la determinación de la naturaleza jurídica del proceso supone, en definitiva, la calificación de tales vínculos*»¹¹². Egli esprime il suo convincimento osservando che «*Si se caracteriza el proceso como una relación jurídica (compleja) que es mera agregación de relaciones jurídicas (simples), no se consigue una fórmula unitaria explicativa de dicha naturaleza*»¹¹³. L'Autore accoglie dunque lo schema trilaterale del Roberti, identificando in esso la relazione giuridica fondamentale del processo. Ma per ottenere la pienezza del fenomeno giuridico intersoggettivo – per cui egli criticherà per «*insuficientes*» e non per «*inexactas*»¹¹⁴ le tesi del Roberti – occorre estendere lo schema delle relazioni accogliendo il concetto di «*carga*» (peso)¹¹⁵.

Analogamente al Roberti, per Guasp il processo è essenzialmente un istituto di diritto pubblico entro il quale la volontà – «*consentimiento*» – delle parti ed i loro interessi particolari, privati, non può esercitare condizionamenti¹¹⁶. È la sua risposta recisa alla teoria contrattuale del processo (sia nella versione «pura», che «quasi-contrattuale»). Seguendo Roberti, l'Autore non solo ritiene che la teoria della «relazione giuridica processuale» può oggi considerarsi «*dominante dentro del campo del derecho procesal civil*»¹¹⁷ ma che sia possibile inserirla pienamente nel parametro della teoria generale del diritto. Ciò perché se per sua natura il processo può essere considerato «*como un todo*», proprio per ciò esso si esplica in manifestazioni che variano per indole, contenuto e significato. In questo quadro, appare suggestivo l'orizzonte concettuale in cui il Guasp colloca il fondamento del processo come una «*relación ideal o de sentido*» nella quale si armonizzano fini (normali o anomali) e una serie di principi controbilanciati dalla convivenza sociale¹¹⁸.

¹¹² JAIME GUASP, *Derecho procesal civil* cit., pp. 19 e 24.

¹¹³ JAIME GUASP, *Comentarios* cit., 22.

¹¹⁴ JAIME GUASP, *Derecho procesal civil* cit., p. 22.

¹¹⁵ Concetto non assimilabile a quello di obbligazione, ma necessario a colmare la struttura del processo, ora riconducibile alla teoria dell'istituzione giuridica. Cfr. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., p. 177. Roberti tenta l'unione tra teoria della «relazione giuridica» e teoria della «istituzione giuridica». Guasp, ne è felice interprete e tale indirizzo è sostenuto anche da MARCELINO CABREROS DE ANTA, *Comentarios* cit., p. 197, nota 14. Cfr. JUAN GOTI ORDEÑANA, *Tratado* cit., p. 47.

¹¹⁶ «El proceso es, en todo caso, una institución de derecho público ; no puede explicarse como un mero entrecruce de voluntades particulares». JAIME GUASP, *Derecho procesal civil* cit., p. 20.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ La «convivencia social» è intesa quale contrappeso risultante dalla conciliazione delle esigenze-principi di armonia e economia del processo. JAIME GUASP, *Derecho procesal civil* cit., pp. 25-26.

Anche Marcelino Cabrerros de Anta si sofferma sul metodo sistematico affermandone il prezioso contributo alla perfezione scientifica. Il pensiero di questo Autore respira dell'innovazione del Concilio Vaticano II e, sulla scia del Roberti, sostiene la necessità di uno sguardo realmente scientifico sul diritto della Chiesa, pur aderendo alla teoria del processo come «istituzione giuridica»¹¹⁹. Nel trattato *«Derecho canónico fundamental»* egli dichiara la preferenza verso il metodo sistematico sull'esegetico¹²⁰ e non nasconde l'attenzione per un'attività scientifica rivolta allo studio ecclesiastico e civile *«porque la materia que exponemos puede decirse que es un género común e igualmente válida, como doctrina, para ambos Derechos»*. D'altra parte l'Autore sostiene l'importanza dell'approccio formalista, così da *«poder coadunar las dos formas: la canónica y la civil»*, ma sempre nel contesto della sistematica canonica: l'unico metodo che permetta una *«más alta valoración de los principios generales que deben informar todo el Derecho positivo»*¹²¹.

Va anche osservato come Cabrerros de Anta associ concettualmente l'elemento dogmatico al sistematico, attribuendogli la forza dell'efficacia scientifica che difetta agli altri metodi. Egli identifica nel Roberti il principale edificatore del metodo sistematico nel diritto della Chiesa e ne sottolinea l'attitudine ad organizzare gli istituti giuridici in un *«sistema jurídico teóricamente perfecto»*¹²².

Nel *Comentario* al CIC '17, nonostante le menzionate divergenze dottrinali col Roberti sul fondamento del processo, come «istituzione» o «luogo di relazione», Cabrerros de Anta riprende in più punti la strada del maestro, sia nel concetto pubblicistico del processo canonico¹²³, sia discorrendo di legittimazione di parte¹²⁴, sia nella differente concezione sulla natura dell'ufficio di Pubblico Ministero¹²⁵, o sul concetto e le classificazioni del litisconsorzio¹²⁶,

¹¹⁹ MARCELINO CABRERROS DE ANTA, *Comentarios al CIC '17*, La Editorial Católica, Madrid, 1960, p. 197, nota 4.

¹²⁰ MARCELINO CABRERROS DE ANTA, *Derecho canónico fundamental*, cit., p.11: *«nuestra obra es más doctrinal y sistemática que histórica o puramente exegetica»*.

¹²¹ *Ult.op.cit.*, p. 13.

¹²² *Ult.op.cit.*, p. 79.

¹²³ MARCELINO CABRERROS DE ANTA, *Código de derecho canónico*, La Editorial católica, Madrid, 1952, p. 626, nella nota al can. 1667, cic'17, dove esprime la sua idea moderna sul processo: *«Actualmente el proceso se considera como una institución de interés público, cuya finalidad predominante no es la satisfacción de los derechos particulares, sino dar cumplimiento a la Ley, ordenada a procurar el bien común»*. Cfr. anche MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal canónico* cit., p. 139.

¹²⁴ MARCELINO CABRERROS DE ANTA, *Comentarios* cit., pp. 364 e 368 ss.

¹²⁵ Cfr. MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico* cit., pp. 195-196.

¹²⁶ MARCELINO CABRERROS DE ANTA, *Comentarios* cit., p. 366.

che nell'analisi condotta sulla natura (es. le azioni cautelari), la concettualizzazione (ad es. azioni petitorie e possessorie) e la possibile applicazione al processo canonico di azioni usualmente esercitate nel processo civile¹²⁷.

Su tale ultimo aspetto, basti rammentare l'interesse dell'Autore circa l'impatto dell'azione di rescissione negli equilibri del processo canonico, soprattutto riguardo a quella logica distributiva che, come si trae dal Roberti, sostiene l'intera architettura di tale foro in vista del prioritario fine di giustizia, posto che tale azione pone il problema del fondamento delle aspettative della parte lesa: fondamento su cui legittimare una specifica azione di riparazione del danno sofferto¹²⁸.

7. *I canonisti posteriori al Codex Iuris Canonici del 1983 (Arroba Conde; Pinto; De Diego-Lora e Rodríguez Ocaña; Goti Ordeñana)*

L'attenzione della dottrina verso l'insegnamento del Roberti non si interrompe nella fase successiva al *Codex* del 1983.

Una suggestiva prospettiva dogmatica del processo canonico, configurato come armonizzazione tra istituzione e carisma della Chiesa, è offerta da Manuel J. Arroba Conde nel suo «*Diritto processuale canonico*»¹²⁹. Egli intende il processo come «strumento di accertamento e verifica che viene incontro alle situazioni di conflitto ed incertezza». Le parti e il giudice, e qui il richiamo al Roberti, sono intese in un complesso di relazioni istituzionali che privilegiano le ragioni della coscienza e garantiscono contemporaneamente l'autorità morale e giuridica della sentenza. Il mutamento di approccio non si avverte nella visione complessiva, ma nei singoli aspetti processuali: anche per Arroba Conde è insoddisfacente e inattuale il criterio di competenza del giudice, preferendo a quello indicato dal Roberti, il concetto di «*habilitación*»¹³⁰. Fondamentale appare per l'Autore la ricerca dell'attuazione dei valori processuali giacché «i principi basilari del diritto processuale in campo canonico sono permeati di valori ecclesiologici»¹³¹.

Il rinvio al Roberti appare con chiarezza sia nella scelta dell'impostazione

¹²⁷ *Ult.op.cit.*, pp. 405-406 e 413.

¹²⁸ *Ult.op.cit.*, p. 422. Cfr. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones cit.*, pp. 72-73, nota 22.

¹²⁹ MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Ediurcla, Roma, 1996³, Prefazione.

¹³⁰ *Ult.op.cit.*, p. 81.

¹³¹ *Ibidem*.

teorica, con riferimento alla teoria generale del diritto, sia nella preferenza per il metodo sistematico – e quindi dello studio delle norme sulla base dei principi di diritto positivo – ritenuto più comprensivo e «vasto» della sola esegesi normativa. L'Autore ribadisce la necessità di aderire ad una scelta metodologica, a partire dalla nozione codiciale del processo canonico, per ottenere un concetto unitario di procedura che, nella versione moderna, riflette le attività amministrative statuali. Per ricavare una corretta definizione di «processo» il rinvio alla teoria generale del diritto diviene necessario. Solo attraverso questa via il processo canonico, in quanto specie del genere «procedimento», si disvela nella sua natura di peculiare struttura dialettica (il contraddittorio) finalizzata alla tutela dei diritti. Seguendo ancora il Roberti, l'Autore ritiene non solo possibile ma utile l'applicabilità della nozione di processo propria della dottrina secolare a quella classica elaborata dai canonisti, la quale in ogni caso resta valida per sintesi ed ampiezza¹³².

Questa impostazione spiega il richiamo ai maestri civilisti, con la disponibilità ad aprirsi alle prospettive filosofiche e sistematiche del diritto processuale proposte da Carnelutti o Chiovenda, come da Cotta, Lumia o Cesarini-Sforza. Analogamente al Roberti, in Arroba Conde c'è l'attenzione per la chiarezza terminologica e l'uso appropriato dei termini tecnici diviene una scienza strumentale, non più semplicemente semantico-descrittiva, ma di ausilio alla precisazione di concetti ed istituti viventi nel processo¹³³.

L'Autore esalta l'insegnamento del Roberti e il suo «merito» dell'aver modernizzato la scienza processuale canonica con il coraggio di applicare ad essa la dottrina civile del «rapporto giuridico», ma si pone in una neutra equidistanza. Egli, infatti, plaude all'effetto (o intenzione) teorica di insistere sul superamento della visione privatistica del processo¹³⁴, ma ne censura l'eccessiva rigidità, con la conseguenza di danneggiare e limitare quegli spazi dinamici di discrezionalità con cui le parti interagiscono nel processo. All'attore e convenuto devono, infatti, essere garantiti quegli ambiti di autonomia per la salvaguardia del corretto andamento e del giusto esito del processo¹³⁵.

¹³² MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico* cit., p. 39, nota 80 (con rinvio a F.ROBERTI, *De Processibus*, p.56: «processus latius patet quam iudicium»). Cfr. però, ELIO FAZZALARI, *Procedimento e processo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 819 ss.

¹³³ MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico* cit., pp. 35-39.

¹³⁴ La teoria del «rapporto giuridico processuale» esprime per sua caratteristica il «vantaggio di sottolineare meglio la natura pubblica del processo, sottraendo dalla discrezionalità delle parti l'intero suo svolgimento». *Ult.op.cit.*, p. 60.

¹³⁵ «Questa teoria [del «rapporto giuridico processuale»] però, ha il difetto di considerare lo svolgimento del processo in modo inflessibile e prestabilito, il che non sempre risponde al vero. Infatti

Pio Vito Pinto rilegge gli istituti processuali nella luce della nuova codificazione del 1983. Nell'esposizione delle leggi processuali canoniche egli assegna un ruolo centrale ai rapporti giuridici intersoggettivi e prende atto della validità del metodo sistematico inteso, ora, come strumento per rin vigorire e dare certezza a quei rapporti. Si tratta di una certezza «metagiuridica», ossia «primordiale», nel senso di ontologicamente originaria e propria della Chiesa: la certezza ultima della «*salus animarum*» nei cui confronti le certezze comuni anche agli ordinamenti positivi (la certezza del diritto; della legge processuale e della sua applicazione; la certezza dell'esecutività delle sentenze) residuano come funzionali, subordinate, serventi¹³⁶.

L'insegnamento del Roberti rimane saldo, tanto che Pinto non ha riserve nell'affermare che «la storia contemporanea del diritto canonico deve veramente molto alla [sua] vasta opera» sia in termini dottrinali, sia per gli strumenti di tipo metodologico sistematico individuati sino dal tempo dell'elaborazione degli *Schemi* del CIC '17¹³⁷.

Ciò non esclude divergenze di pensiero. Pinto, ad esempio, ritiene, in disaccordo con Roberti, convinto del primato dell'antico sommario, che il tipo di processo accolto dal Codice pio-benedettino sia quello solenne¹³⁸; così ancora, egli, a proposito della teoria del «rapporto giuridico processuale», ne critica l'insufficienza a cogliere lo scopo del giudizio. E tuttavia, Pinto, come Roberti, esalta del giudizio ecclesiastico, la natura di eminente funzione pubblica che può esistere solo a patto della riconducibilità del conflitto dei diritti dal piano privato a quello pubblico. A questa essenziale conversione al momento pubblicistico sono piegati tutti gli strumenti del processo: dalla «*disceptatio controversiae*», alla «definizione», attraverso un ventaglio di elementi e condizioni (la funzione giudiziale «*coram tribunali*» che deve essere «*legitima*» e le materie di competenza ecclesiastica, ex can.1402) che ne garantiscono lungo il suo ordinato sviluppo, lo *status* pubblico¹³⁹.

c'è un grande spazio per l'attività delle parti, in quanto l'esito del processo dipende in gran misura dalla loro caparbietà nell'attuare la propria difesa. L'attività discrezionale delle parti è uno stimolo insostituibile per portare avanti, proseguire e dare impulso al processo». *Ult.op.cit.*, p. 61.

¹³⁶ PIO VITO PINTO, *I processi* cit., Prefazione, pp. XI-XII.

¹³⁷ FRANCESCO ROBERTI, *Codicis Iuris Canonici Schemata*, I. IV *De Processibus*, S.I. *De iudiciis in genere*, in *Civ.Vat.*, 1940. Si veda anche JOAQUIN LLOBELL-ENRIQUE DE LEÓN-JESÚS NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, Vol. I, *Cenni storici sulla codificazione. «De iudiciis in genere», il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 173-192, e (Tavole sinottiche dei canoni dei documenti 2.B-D e degli schemi pubblicati dal Roberti), pp. 1247-1275; PIO VITO PINTO, *I processi* cit., p.7, nota 6.

¹³⁸ PIO VITO PINTO, *I processi* cit., p. 6, nota 4.

¹³⁹ *Ult.op.cit.*, p. 36, nota 40 e p. 37.

L'impostazione del Roberti riemerge così in questo Autore, nei medesimi pilastri istituzionali su cui quello aveva diretto la sua indagine: il foro competente (con attenzione alla «competenza funzionale» del giudice e all'ipotesi di connessione)¹⁴⁰; la disciplina delle prove (specialmente nel giudizio contenzioso e con riguardo all'apparato probatorio e alla differente natura giuridica dei periti e dei testimoni)¹⁴¹; le azioni e le eccezioni (con particolare attenzione alla «*litis instantia*»)¹⁴².

Il sistema del Roberti riemerge soprattutto nel rinvio allo schema triangolare – «il triangolo giuridico tra il giudice e le due parti contrarie» instaurato dall'ammissione dell'istanza della parte attrice¹⁴³ – che struttura le dinamiche del processo canonico ed entro il quale è possibile inquadrare la ragione giuridica che legittima le parti al processo (legittimazione processuale)¹⁴⁴ o ne qualifica la diversa partecipazione in concorso ai fini istruttori (terzo in causa, volontario o necessario)¹⁴⁵.

Anche Carmelo de Diego-Lora e Rafael Rodríguez Ocaña ossequiano la dottrina del Roberti che riformulano utilizzando i medesimi schemi e rappresentazioni grafiche impiegate dall'illustre canonista per descrivere la teoria della «relazione giuridica»¹⁴⁶. Per mezzo di tale teoria, avvertono i due Autori, la dottrina tedesca di metà Novecento poté qualificare la natura giuridica unitaria di vincoli e legami tra i soggetti processuali ed esaminare la natura giuridica del processo, quale organismo complesso. Ciò, tanto se si tratti di vagliare la natura della capacità giuridica processuale¹⁴⁷; sia che si

¹⁴⁰ *Ult.op.cit.*, pp. 64 e 80 ss.

¹⁴¹ *Ult.op.cit.*, pp. 274 e 332.

¹⁴² *Ult.op.cit.*, pp.220 ss. e 257 ss.

¹⁴³ Pinto richiama l'equivalenza di piano, segnalata dal Roberti, cioè il fatto che le parti sono «fuenti di medesimi diritti processuali», solo che mentre l'attore non è obbligato «il convenuto invece è tenuto a rispondere». Cfr. PIO VITO PINTO, *I processi cit.*, p.191.

¹⁴⁴ *Ult.op.cit.*, p.235, nota 335 e p. 192, nota 276. Pinto ricorda del Roberti (*De Processibus*, p. 518) la distinzione circa la «*legitimatío ad causam*», attiva (*agere*) o passiva (*respondere*).

¹⁴⁵ *Ult.op.cit.*, p.3 63.

¹⁴⁶ *Ult.op.cit.*, pp. 173-177. Tali A. indicano: 1. lo schema triangolare perfetto (di Bulow e Wach); 2. lo schema bilaterale pubblicistico di mediazione del giudice (di Hellwig); 3. lo schema bilaterale privatistico, con riduzione del giudice a mezzo di esercizio di diritti e doveri (di Kohler). Secondo tali A. solo il primo schema, per la sua medietà, conduce ad un equilibrio del processo, contrariamente agli altri schemi che, per diverse prospettive, esasperano il protagonismo o del giudice, o delle parti.

¹⁴⁷ «...una actitud subjectiva, inmanente también a la persona, como lo es la capacidad jurídica, pero que corresponde, según el ordenamiento jurídico, a las personas que pueden responder de las consecuencias de sus actos, y en nuestro caso, de los actos procesales». CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones cit.*, p. 168.

tratti dell'interpretazione della legge processuale (per cui la regola del Roberti sull'osservanza del principio di uguaglianza delle parti diviene essenziale); sia, infine, che si tratti della valutazione del giudice o dell'«*ius postulandi*» come presupposto alla condizione di parte¹⁴⁸. Tuttavia essi sanno anche cogliere i limiti di tale impostazione: -«...*ciertamente no abarca la totalidad del proceso*»- ma aderiscono alla medesima preoccupazione che animava il Roberti nell'assicurare l'unitarietà del processo canonico, così rispettando tanto i suoi soggetti (parti e giudice), quanto il principio di consequenzialità degli atti processuali. Per questa via, riconoscono l'attualità della teoria della «relazione giuridica processuale», in grado di tratteggiare la natura giuridica strutturale del processo canonico, come complesso di relazioni fondamentali e ritengono di poterla collegare alla formulazione della dogmatica francese del processo come «istituzione giuridica»¹⁴⁹.

De Diego Lora e Rodríguez Ocaña appaiono particolarmente attratti dall'idea che nel processo canonico sussista la necessità di una pluralità di parti e che ne consegua un essenziale assetto di «*múltiples relaciones jurídicas*». Questo necessario pluralismo risponde allo schema triangolare del Roberti, da lui tratto dalla tradizione dottrinale classica del processo canonico¹⁵⁰. Il richiamo dei due Autori al Roberti è costante: si estende dall'esame sulla potestà giudiziale e l'impiego concettuale terminologico¹⁵¹, al tema della legittimazione delle parti, sia «*ad causam*» sia considerando i casi di diniego, sia analizzando le variabili dell'imputazione alla legittimazione passiva¹⁵². E così, ancora, circa la decisione didattica dei casi di accumulo di azioni¹⁵³ e di litisconsorzio¹⁵⁴. All'illustre canonista si richiamano nella ricostruzione del diritto all'azione processuale sia nel piano storico, relativo all'influenza dell'*actio* romana nel diritto canonico, sia nel piano dogmatico, circa la distinzione tra azione e diritto e tra azione e pretesa (*Anspruch*), sia nella relazione

¹⁴⁸ *Ult.op.cit.*, pp. 187 e 192 e 214.

¹⁴⁹ Con richiamo a MAURICE HAURIUO, *Principios de derecho público constitucional*, Madrid, 1927 e GEORGES RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey, Paris, 1930, le cui teorie furono accolte dal Wach ed, in seguito, dal Guasp. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones cit.*, p. 177.

¹⁵⁰ CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones cit.*, pp. 177 e 190.

¹⁵¹ *Ult.op.cit.*, pp. 26, 33-34, 36.

¹⁵² *Ult.op.cit.*, pp. 111, 125 e 127.

¹⁵³ I citati Autori richiamano Roberti anche nel caso di azioni i conflitto tra loro, *Ult.op.cit.* p.142, nota 2.

¹⁵⁴ Per il litisconsorzio e le sue classificazioni tipologiche, nonché per la distinzione tra titolo originario e derivativo, così come descritta dal Roberti, *Ult.op.cit.* pp. 150 e 155.

tra azione ed interesse – dal Roberti inteso come l'elemento soggettivo che suppone l'azione –, sia nel piano didattico-espositivo, laddove nell'elencazione delle azioni possessorie e miste, cautelari¹⁵⁵ o di rescissione di atti e negozi annullabili per «*dolus incidens*»¹⁵⁶ appare ben chiaro l'innovativo modello sistematico di riferimento. La consonanza di opinioni è irrobustita dai tratti distintivi col Roberti, sia in materia di competenza che di natura degli atti processuali¹⁵⁷, come in altri istituti processuali per i quali si richiede maggiore aggiornamento¹⁵⁸.

Quanto alla teoria degli atti processuali tali Autori si rivolgono ancora al Roberti e li descrivono come: «*actos humanos producidos nel ámbito formal del proceso y con la finalidad de producir eficacia en el proceso mismo*»¹⁵⁹. Così, ancora a questo si richiamano nell'espone il «principio di responsabilità» nella teoria delle forme, giacché gli atti processuali canonici sono soggetti alla disciplina del rispetto responsabile delle forme – la «*más rigurosa disciplina de las formas*»- in ciò stesso venendo ad esaltare il contenuto (la volontà) degli atti¹⁶⁰. Né questi Autori assumono una vera posizione di contrasto, semmai di precisazione, della tesi con cui Roberti rifiuta l'analogia tra accordo di volontà e negozio giuridico¹⁶¹.

Tra i canonisti più recenti Juan Goti Ordeñana ripropone le idee del Roberti rileggendo il processo canonico in chiave teologica. Per l'Autore ordine pubblico e giustizia (*situación jurídica* da ristabilire) sono gli scopi peculiari che illustrano la natura di tale foro, da esaminare in prospettiva sistematica, alla ricerca di quella «*perfección científica*» già indagata da Cabrerros de Anta, ma anche alla luce di quello «*esquema que del proceso se haya trazado mediante*

¹⁵⁵ *Ult.op.cit.*, pp. 65, 66 e 68.

¹⁵⁶ *Ult.op.cit.* p. 73.

¹⁵⁷ Va infatti avvertito che per i citati Autori è preferibile, circa il concetto di competenza, la posizione di Arroba Conde o del Llobell e meglio ancora, del Guasp, che non la ormai antiquata definizione del Roberti: definizione della quale tuttavia, sembrano accogliere la nozione normativa come: «parte della giurisdizione assegnata a ciascun giudice». Cfr. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., pp.305-306 (con rinvio a FRANCESCO ROBERTI, *De Processibus* cit., p. 163).

¹⁵⁸ Tali Autori avvertono i limiti del Roberti circa i criteri di attribuzione della competenza (quelli in grado di porsi come «*más rápido, mejor y con menos costes*»), ma che trascura i moderni criteri gerarchico e territoriale. CARMELO DE DIEGO LORA-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones* cit., pp. 308-309.

¹⁵⁹ *Ult.op.cit.*, p. 351.

¹⁶⁰ *Ult. op.cit.*, p.366.

¹⁶¹ Forma ed effetti degli atti giuridici processuali dipendono secondo Roberti, infatti, dal diritto processuale. Gli Autori solo aggiungono che tali atti dipendono dalla «*potestas iudicialis*» ossia sono sottomessi allo speciale diritto pubblico giurisdizionale della Chiesa. *Ult. op.cit.*, p. 372.

los principios generales», caro al Roberti¹⁶².

L'Autore disegna il profilo teologico su cui il processo canonico poggia; si tratta di un «segno» indelebile, derivato dalla tradizione delle originarie comunità paoline, unite nel sigillo dell'agape cristiana e sul proposito della riconciliazione fraterna. Ecco, allora, il valore strumentale del processo canonico ed il suo essere «segno» di fede, complesso di *«institutos que sean lo más idóneos para garantizar el carácter de signo que tiene la comunidad eclesial»* e per la cui ragione *«como elemento propio de la comunidad eclesial, tiene su fundamento y explicación en la constitución de un método para que en cada tiempo y en cada lugar (...) determine cuáles son los signos, que mejor significan la llamada hecha por Dios a través de Cristo a los hombres»*¹⁶³. Da ciò, il peculiare primato del processo canonico – nel confronto con i reciproci secolari –, in virtù della sua natura, modello di perfezione. Da ciò, l'inutilità di metodiche imitative di quelli: *«no puede imitar simplemente al derecho secular, por su esencial deferencia (...) sino que debe deducir de su propia naturaleza sus principios básicos»* e, per altro e non contrario verso, l'opportunità di riferirsi a quei modelli concettuali e ai mezzi tecnici della scienza processuale secolare, giacché *«el desarrollo técnico de este proceso le puede ampliar el campo de su propia investigación y hostigarle a realizar un estudio más profundo»*¹⁶⁴. Sulla scia del Roberti, Goti sostiene l'importanza di un approccio sistematico nello studio del processo canonico, in quanto mezzo capace di elevare il suo oggetto di indagine ad autentica *«categoría científica»*. Ma per ciò occorre sottoscrivere due regole pratiche (o questioni preliminari): 1. scegliere – secondo la sistematica concettuale di Calamandrei – la prospettiva di studio; 2. eleggere il metodo di lavoro che dall'analisi giunga alla sintesi, tenendo in debito conto la storia avverso il pericolo di astrazioni, giungendo così ad una definizione, seppur generica, di processo canonico¹⁶⁵.

Più nel dettaglio, Goti riconsidera la teoria del «rapporto giuridico processuale» di Roberti, rilevandone il pregio di strumento utile a chiarire con precisione istituti processuali di grande importanza (es. la litispendenza)¹⁶⁶; o la relazione formalmente eguale ma sostanzialmente diseguale che lega le

¹⁶² JUAN GOTI ORDEÑANA, *Tratado cit.*, Proemio, p. 27.

¹⁶³ *Ult.op.cit.*, p. 29.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ «...aquel conjunto de normas que tiene por objeto el proceso e que recaen sobre la marcha del juicio regulando la competencia del órgano jurisdiccional, la capacidad de las partes, y determina los requisitos, forma y eficacia de los actos procesales y de la sentencia». *Ult.op.cit.*, p.30.

¹⁶⁶ *Ult.op.cit.*, p. 46.

posizioni delle parti¹⁶⁷; o la diversità dei titoli di partecipazione al processo (che, ad es., escludono il Promotore di giustizia dalla relazione sostanziale)¹⁶⁸. L'Autore giunge così a definire la «relazione processuale» come il «*presupuesto necesario del juicio* [che] *se crea por el enfrentamiento que se da entre los elementos subjetivos: órgano jurisdiccional y las partes. Creándose entre ellos dos líneas de relación: una entre el órgano jurisdicción y las partes; y otra entre las partes, colocadas en situación contrapuesta entre sí, como actor y como demandado*»¹⁶⁹.

Goti, insomma, accetta la posizione del Roberti a patto di riceverne conferma dai mutamenti evolutivi della scienza del diritto. Perciò se il processo è – come per Roberti e Canelutti – metodo, sotto la cui lente analizzare la relazione distintiva tra azione e diritto soggettivo, così portando alla luce i punti di contatto con i cann.1491 e 1492¹⁷⁰, esso vale se compreso nella naturale trasformazione dei concetti e della scienza giuridica¹⁷¹. A queste condizioni l'insegnamento del Roberti è ancora diffusamente applicabile al processo, sia riguardo alla teoria degli atti processuali, dove Goti impiega l'ordine sistematico del Roberti¹⁷²; sia nella concezione dell'istituto dell'impugnazione delle sentenze¹⁷³; sia circa il fondamento della *restitutio in integrum*¹⁷⁴.

Per la concezione dell'oggetto del processo il fine di «*sistematizar*» risulta «*conforme a una metodología moderna*», ma l'Autore aderisce anche all'impiego formale della terminologia secondo il Roberti, sottolineando la maggior capacità descrittiva del termine «oggetto», pur essendo estraneo al vocabolario del canonista, ma pienamente idoneo ad esprimere la materialità della richiesta di giustizia – e di diritto – avanzata dall'attore al giudice¹⁷⁵.

¹⁶⁷ *Ult.op.cit.*, p. 128.

¹⁶⁸ *Ult.op.cit.*, p. 235.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ult.op.cit.*, pp. 248-249.

¹⁷¹ *Ult.op.cit.*, p. 39.

¹⁷² *Ult.op.cit.*, p. 267.

¹⁷³ «...los medios que concede el derecho, para depurar los vicios de que pueda estar cargada una sentencia ya de carácter sustancial ya procesal». *Ult.op.cit.*, p. 389.

¹⁷⁴ *Ult.op.cit.*, p. 419.

¹⁷⁵ *Ult.op.cit.*, p. 247.

8. Conclusioni

A conclusione di queste pagine mi corre l'obbligo di ribadire i limiti di una trattazione che ha spostato intenzionalmente il baricentro di indagine tra gli esponenti – molti ancora sorvolandone – della Scuola spagnola. Si vorrà, di sfuggita, rammemorare la statura scientifica di Xavier Ochoa, anch'egli attratto dal Roberti sul recupero del valore dei concetti giuridici, nella costruzione di una teoria generale del diritto processuale canonico fondato sulla «*res controversa*», con la speciale attenzione alla potestà del giudice ai fini della ricerca di giustizia¹⁷⁶. Né, muovendo a ritroso, può essere stralciato Servus Goyeneche, che ricostruisce il processo canonico entro una teoria generale, seguendo e citando ampiamente il Roberti, con sguardo comparato alla dottrina di Chiovenda e Carnelutti¹⁷⁷. Tornando all'oggi, rilievi non diversi possono valere per l'indagine di Joaquín Llobell che, alla scoperta di valori umani di diritto naturale sussistenti nell'ordine giuridico canonico¹⁷⁸ e nel suo processo, in specie, ha in più occasioni scandagliato il piano di lavoro del maestro pergolano, con riferimento, ad es., alla volontaria giurisdizione¹⁷⁹ o alla questione dell'eventuale estensibilità dei mezzi di impugnazione anche ai provvedimenti amministrativi¹⁸⁰ o alla riconvenzione anche nelle cause di nullità del matrimonio¹⁸¹. Né minor attenzione rivolge al Roberti, Juan José

¹⁷⁶ Su tale esigenza primaria, unita a quella dell'unità del processo, XAVIER OCHOA, *I processi canonici in generale*, in *Opus Iustitiae Pax. Miscellanea in onore del Prof. X. Ochoa* (a cura di Michele Basso), Typ. Poliglotta Vaticana, CdV, 1990, pp. 188-189.

¹⁷⁷ SERVUS GOYENECHÉ, *De processibus*, Voll.I-II, Romae, 1947.

¹⁷⁸ JOAQUÍN LLOBELL, *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comparazione dell'essenziale dinamica giuridica della Chiesa*, in AA. VV., *Il concetto di diritto canonico: storia e prospettive* (a cura di Carlos J. Errazuriz e Luis Navarro), Giuffrè, Milano, 2000, pp. 269 ss.

¹⁷⁹ JOAQUÍN LLOBELL, *Sistema giuridico canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6^a e 7^a approvati dal Sinodo del 1967*, in AA. VV., *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II* (a cura di Javier Canosa), Giuffrè, Milano, 2000, pp. 534-535.

¹⁸⁰ JOAQUÍN LLOBELL, *Diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, in AA. VV., *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa* (a cura di Eduardo Baura e Javier Canosa), Giuffrè, Milano, 2006, p. 267.

¹⁸¹ JOAQUÍN LLOBELL, *Acción, pretensión y fuero del actor en los procesos declarativos de la nulidad matrimonial*, in *Ius Canonicum*, 27 (1987), pp. 625-642; *La genesi della sentenza canonica*, in PIERO ANTONIO BONNET-CARLO GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 695-734; «*De foro competentis*» (cann. 1404-1416). *Introducción*, in ANGEL MARZOA-JORGE MIRAS-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4, pp. 667-697; *Comentario a los cann. 1404-1416*, in ANGEL MARZOA-JORGE MIRAS-RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4, pp. 698-753; *I principi del processo canonico: aporia, mimetismo civilistico*

García Faílde, nel suo trattato sul processo canonico¹⁸².

Orbene, e concludendo, la vasta schiera di autori qui menzionata, declina una serie di riserve all'edificio dogmatico del Roberti, quando annota, ad es., l'insufficienza della teoria del «rapporto giuridico processuale» – il cui schema triangolare viene, invero, ancora largamente adottato – o le strette concettuali del criterio di competenza del giudice.

E tuttavia, le attuali trattazioni scientifiche rispecchiano quell'insegnamento. Le ingiurie del tempo non ne hanno compromesso le basi: non solo per l'attenzione maturata per l'impiego in senso scientifico della terminologia tecnica¹⁸³ – cura che si armonizza con la sensibilità per la teoria delle forme processuali – ma anche per l'indagine, sempre viva, sulla *potestas iudicialis* e, soprattutto, per quell'approccio comparato con la dogmatica civile, ormai entrato a pieno titolo nella prospettiva dei canonisti, volti alla ricerca di «principi primi» a fondamento di istituti e norme: un approccio scientifico distante dall'esegesi scolastica e così strettamente legato alla sistematica del Roberti, vero precursore nella modernizzazione del processo canonico, nel metodo e nell'oggetto.

esigenza ecclesiale?, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 107/1 (1996), pp. 125-143; *Processo canonico ordinario*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. 15, Torino, 1997, pp. 15-37; *Le norme della Rota Romana in rapporto alla vigente legislazione canonica: la «matrimonializzazione» del processo; la tutela dell'«ecosistema processuale»; il principio di legalità nell'esercizio della potestà legislativa*, in PIERO ANTONIO BONNET-CARLO GULLO (a cura di), *Le «Normae» del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, 1997, pp. 47-92; *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano, 1997, pp. 47-84; *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo, versione ridotta* in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), pp. 363-386; versione integrale in DAVIDE CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 2005, pp. 63-143; *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in JAMES J. CONN e LUIGI SABBARESE (a cura di), *«Iustitia in caritate». Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Città del Vaticano, 2005, pp. 507-522; *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, in EDUARDO BAURA e JAVIER CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano, 2006, pp. 211-273; *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*, in *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 55-75; sulla competenza «funzionale»: *I tribunali competenti nell'Istruzione «Dignitas connubii»*, in HÉCTOR FRANCESCHI e Miguel Ángel Ortiz (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma, 2009, 347-372; ecc.

¹⁸² JUAN JOSÉ GARCÍA FAÍLDE, *Tratado de derecho procesal canónico*, Publ. Pont. Università di Salamanca, 2005.

¹⁸³ Per tutti, MANUEL J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico* cit., pp. 34 ss.; XAVIER OCHOA, *Il De processibus secondo il nuovo Codice*, in *La nuova legislazione canonica. Corso sul nuovo Codice di diritto canonico, 14-25 febbraio 1983*, Urbaniana University Press, Roma, 1983, p. 382 ss.

Omaggio al prof. Franco Bolognini

Su iniziativa di Mario Tedeschi, ordinario di diritto ecclesiastico all'Università Federico II di Napoli, con la collaborazione di altri illustri docenti universitari, lunedì 17 ottobre alle 11 nell'Aula Magna dell'Università di Macerata è stato presentato un volume di studi in onore di Franco Bolognini, ordinario di Diritto Canonico dell'Ateneo.

Gli "Studi in onore del prof. Franco Bolognini" oltre a costituire un "omaggio affettuoso e una testimonianza di stima per la persona" consentono di rinnovare un'antica tradizione dell'Università italiana, quella che vuole omaggiati, con la dedica di una raccolta di studi, i docenti che per lungo tempo hanno profuso la loro attività di maestri e studiosi nelle Facoltà giuridiche.

Bolognini ha iniziato la sua carriera accademica nel 1965, come assistente volontario presso la Facoltà di Giurisprudenza di Macerata, diventando ordinario di Diritto canonico nel 1984. Accademico dei Catenati e Commendatore al merito della Repubblica Italiana, Bolognini ha pubblicato, tra i tanti scritti, il manuale canonistico "*Lineamenti di diritto canonico*", giunto ormai all'ottava edizione.

Saluto con infinita riconoscenza tutti gli amici carissimi che, giunti anche da lontane sedi, hanno voluto partecipare a questo incontro e che, con generosità somma pari alla nobiltà del loro animo, mi hanno voluto gratificare.

Debbo subito ammettere che non pensavo di meritare questo onore: appresa l'iniziativa e rimasto confuso, ho tentato inutilmente di oppormi ad essa. Cresciuto come figlio unico e riservato per temperamento, non immaginavo di aver fatto breccia nella considerazione e nella stima di tante persone, che pur a mia volta amavo e ammiravo. Ma c'è di più: la convocazione per l'incontro odierno m'ha consolato anche per un'altra ragione: disperavo di poter incontrare ancora una volta tanti amici e colleghi in questa sede universitaria gloriosa e in questa Aula Magna dove ho trascorso tanto tempo della mia vita accademica. Con gli intervenuti ringrazio

altresì quelli che con i loro scritti hanno contribuito alla realizzazione del bellissimo volume, ma anche quelli che, desiderosi di partecipare, non sono riusciti a spedire il contributo nei termini. L'amicizia, esprimendo identità di fede e di ideali, è come il sole per l'anima, ma certo assume un valore ulteriore per chi come me non ha avuto la gioia di dar vita ad una nuova famiglia, né il privilegio della chiamata al sacerdozio.

Un grazie del tutto particolare agli amici Tedeschi e Varnier, impareggiabili per scienza e capacità di giudizio, che hanno effettuato una esposizione felicemente acuta, densa di fini osservazioni.

Il volume, s'è rilevato una fruttuosa occasione d'incontro fra studiosi provenienti da diverse esperienze giuridiche e, come tutte le espressioni scientificamente valide, trova in se stesso la ragione d'esistere e di circolare, quindi, una sua vita autonoma a prescindere dal dedicatario. Certo sono rimasto felicemente confuso dalle espressioni amabili rivolte alla mia persona.

In quest'ora di gioia e di grande consolazione sia a me consentito ricordare coloro che sono stati miei maestri e predecessori nelle cattedre maceratesi e che, in qualche modo, l'hanno preparata da lontano. Il pensiero corre così a Orio Giacchi, a Pietro Gismondi, ad Attilio Moroni (del quale ricorre quest'anno il 25° della morte), che mi onorarono della loro amicizia, mi furono prodighi di insegnamenti e mi sorressero nelle difficoltà della vita. Il ricordo del loro incitamento m'accende ancora d'entusiasmo per la ricerca.

Ora tante voci care mi chiamano e mi dicono che da loro si sta bene...

Coi maestri non posso non ricordare i colleghi maceratesi d'altre discipline miei coetanei, che la morte ha rapito anzi tempo: Franco Bartolomei, Mario Sbriccoli, Sandro Serangeli. Distante da loro per certe scelte ideologiche, non di meno li sentii fratelli per la passione verso lo studio e l'ansia di donarsi ai giovani. La recente perdita di Giuliano Ciocca (avvenuta in contemporanea con il mio pensionamento) è stata davvero molto sensibile nello studio delle scienze giuridiche.

Anch'io ho ritenuto l'insegnamento una missione fondamentale, che tuttavia ho svolto riportando molte soddisfazioni, grazie alla fiducia che ho sempre accordato ai giovani. Solo loro potranno ripulire il mondo insozzato da tante vecchie e indecorose canaglie, far trionfare i valori morali e sociali oggi negletti, riaccendere nei cuori di tutti la speranza.

Tra gli amici carissimi oggi convenuti, posso finalmente ripetere a voce elevata la preghiera che riuscii solo a farfugliare a conclusione dei miei corsi maceratesi:

Ti ringrazio Signore
per il dono della lunga vita universitaria,
per il privilegio d'averla vissuta
nel servizio dei giovani,
per il beneficio di tanti affetti
che l'hanno arricchita e consolata.

Perdonami Signore
per il bene che non ho fatto,
per le virtù che non ho insegnato,
per il perdono che non ho offerto
e che non ho chiesto.

*La Nunziatella e gli ideali unitari**

RAFFAELE COPPOLA

1. *Considerazioni introduttive*

Giuseppe Catenacci ha scelto di dare con accenti *bipartisan* voce ai “vinti”, dopo averci guidato nella visita alla mostra “La Nunziatella nel Risorgimento italiano”, allestita per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia, ed all'altra “La Nunziatella, una Scuola nella storia”, ambedue inserite nel programma di celebrazioni di Napoli e della sua Provincia.

Francesco II di Borbone, accompagnato dalla moglie Maria Sofia d'Austria, intendeva difendere con le armi, fino all'ultimo respiro, il prestigio del suo regno senza speranza. Carlo Giordano, l'ultimo caduto nella difesa della Rocca di Gaeta, faceva parte di quegli allievi della Nunziatella, che, quando questa aveva da poco superato il settantesimo anno di vita, decisero di seguire i propri ideali, come sempre hanno fatto coloro che sono stati educati nel “Rosso Maniero”, sacrificando la propria vita per la difesa della Patria e delle istituzioni. Carlo Giordano e, con lui, Ferdinando de Liguoro, Ferdinando e Manfredi Lanza, Ferdinando Ruiz, Antonio Rossi ed altri combatterono, giovanissimi (fra gli undici e i diciotto anni), per senso del dovere e dell'onore, difendendo una causa che per loro sbagliata non era.

Ma seguirono i propri ideali, contribuendo a rendere la Nunziatella celebre in Italia e nel mondo, anche quegli spiriti liberi e forti che, a partire dallo scoppio della rivoluzione francese, in particolare dopo la fuga del Sovrano nel 1798 (la Nunziatella aveva iniziato i suoi corsi il 18 novembre 1787), si sentirono sciolti dal vincolo di obbedienza verso questi ed optarono per la Repubblica partenopea.

* Relazione svolta a Napoli il 30 aprile 2011 nell'Aula “Francesco De Sanctis” della Scuola Militare “Nunziatella” nel quadro delle celebrazioni dell'Unità d'Italia, aventi carattere istituzionale, promosse dall'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” e dal Rotary International, Distretto 2120 (Puglia e Basilicata), con la collaborazione della Sezione Puglia dell'Associazione Nazionale ex Allievi della Nunziatella.

2. Dalla fondazione alla riforma del 1823

Proviamo a seguire tale strada, interessante e stimolante, sino alla caduta del regime borbonico ed alla conseguente proclamazione del Regno d'Italia. Un percorso inverso rispetto a quello tracciato da Catenacci (con lui concordato), che dà quindi voce ai “vincitori” ed allo sfondo culturale, di radice illuministica e riformistica, che ne animò il pensiero e l'azione.

L'attenzione si ferma, primo fra tutti, sull'ex allievo Pietro Colletta, con lo sguardo proteso verso i principi della grande rivoluzione di Francia, di cui era figlia la rivoluzione napoletana: non più le teorie, di stampo fideistico e razionalistico, dell'antico regime ma le suggestioni del diritto naturale, sganciato dall'interpretazione e dalle prescrizioni della Chiesa cattolica. In base a queste nuove teorie non esistono diritti di casta, gli uomini nascono eguali e liberi, debbono conservare detta libertà ed uguaglianza nel corso della loro vita; la sovranità appartiene al popolo, non discende dalla Divinità; vengono vagheggiati “patti della società” e si afferma la superiorità del diritto naturale (inteso in senso razionalistico) su quello positivo, che ad esso si deve conformare, almeno in linea di tendenza.

La Real Accademia Militare, secondo la denominazione riacquisita dal 1° dicembre 1802, non tarda tuttavia a tornare nella direzione propria dei valori dell'*ancien régime* e gli allievi della Nunziatella, sottoposti a controlli più rigidi, sono tenuti a prestare giuramento di fedeltà alla Corona con formula pesante, sul dato presupposto che il sovrano, in quanto investito della suprema autorità direttamente da Dio, dovesse essere protetto e difeso insieme con l'unica vera religione, quella cattolica (la *santa cattolica religione*).

Non è possibile seguire passo passo tutti gli eventi del lungo arco di tempo, che ci siamo proposti di considerare. Mi limito a segnalare il progresso che si registra nel decennio francese (1806-1815), contraddistinto dalla visione e dai programmi napoleonici e murattiani, sebbene di tono minore rispetto a quelli del periodo liberale e rivoluzionario. Dopo la seconda restaurazione (1815) ben nove allievi della Nunziatella si ribellano al Re Ferdinando di Borbone, in nome degli ideali murattiani: non riescono a far presa sul rimanente (e più consistente) corpo degli allievi solo per l'intervento energico del Comandante della Scuola, coadiuvato dal maresciallo di campo Francesco Costanzo.

La rivoluzione napoletana del 1820 vede la partecipazione di ufficiali e di soldati, accomunati dalle permanenze, più che dalle reminiscenze, delle tradizioni del periodo francese e dall'accoglienza dello spirito carbonaro, secondo uno schema che si radica fortemente soprattutto nell'ambito della Nunziatella. Il successivo ordinamento non raggiunge l'effetto sperato: la Nunziatella diviene una fucina di fermenti rivoluzionari e Guglielmo Pepe

uno dei principali protagonisti della nuova temperie, espressione o segno di quei tempi travagliati.

La durezza della repressione può misurarsi dalla consistenza delle epurazioni, che inclusero circa quaranta allievi di dimostrate simpatie carbonare, inoltre dal riaffidarsi del Sovrano al binomio trono-altare, per cui la difesa dello Stato non può che essere compiuta da uomini che, ancor più delle indispensabili virtù militari, siano dotati di sano talento, di buoni costumi e controllati dal punto di vista religioso.

Gli allievi vengono costantemente sorvegliati da persone di sicura affidabilità ed i contenuti dell'insegnamento devono uniformarsi ai principi dell'ortodossia dal punto di vista non solo politico ma anche religioso. I libri di testo, oltre che rispettosi della morale, non possono non essere ispirati alle massime della religione cattolica romana, la cui conoscenza entra fra i requisiti di ammissione degli aspiranti. Nella riforma del 1823 rimane la centralità dell'educazione religiosa, sicché l'ufficiale borbonico per eccellenza è "l'ufficiale pio"; i programmi di studio accentuano gli aspetti tecnico-scientifici rispetto a quelli umanistici, reputati evidentemente pericolosi da parte del regime.

3. Dal 1823 al 1848

Si legge negli annuari della Nunziatella, nel raccontare la sua luminosa storia, che il periodo seguente, dal 1823 al 1848, è uno dei più felici della vita della scuola. Al di là di quanto appena rilevato, di indubbio interesse per uno studioso di diritto ecclesiastico dello Stato (quale io sono), non può non ricordarsi il corpo di illustri ufficiali a cui è affidata la responsabilità della gestione della Nunziatella e della sua immagine esterna. Tra costoro si distinguono, in particolare, i comandanti Francesco Antonio Winspeare e Carlo Picenna, gli istruttori Mariano d'Ayala e Raffaele Niola, mentre fra i professori spiccano i nomi di Basilio Puoti, Francesco De Sanctis (a cui è dedicata l'aula in cui si svolge il presente incontro celebrativo), Michele Cremonesi, Errico Alvino e Filippo Cassola.

Scrivono egregiamente Giuseppe Ferrarelli (e. 1842-1850), il più insigne cultore della storia della Nunziatella, che, alla vigilia del 1848, mentre sempre più si diffonde l'ideologia unitaria, supportata dalle concezioni liberali, gli animi degli alunni del Collegio sono sempre più commossi dagli eventi e perché esistono professori valorosi, che educano più con l'esempio che con le parole. Al di là dei programmi di studio e degli obiettivi del reame, si realizza un capovolgimento di prospettive e di risultati, certo spiegabile, anche se non

può non destare meraviglia, specialmente oggi.

Come precisa ancora Ferrarelli, l'espressione "Italia", nella quale, anche non volendo, devono imbattersi segnatamente i professori di lettere, desta negli allievi un ardore insolito, che costringe i docenti a parlare con quell'ossequio verso la verità che hanno nell'anima, a dire ciò che la coscienza impone loro di dire e di spiegare, ossia che quella parola è in nome della Patria, della nostra grande Patria, la quale è dominata dagli stranieri e deve recuperare la sua indipendenza.

Per il dispotismo borbonico la Nunziatella diventa in tal modo un vero e proprio "cavallo di Troia", dal quale escono "a guisa di eroi omerici, i combattenti di libertà e d'italianità" (T. Battaglini). Ferdinando II non l'abolisce soltanto perché non intuisce pienamente il pericolo, dato dall'esistenza dell'Istituto: proprio gli ufficiali più studiosi, che saranno educati dal De Sanctis all'amore verso il libro (che cessa di essere il "proverbiale" nemico dei giovani), diventano con il trascorrere del tempo non solo liberali ma anche ribelli.

Abbiamo già ricordato del precedente periodo Guglielmo Pepe (c. 1797-99), protagonista dei moti del 1799, 1820-21 e 1848-49; Pietro Colletta (c. 1794-96), autore di una storia del reame di Napoli; Mariano d'Ayala (c. 1823-29), insegnante ed influente ufficiale del Real Collegio Militare, che produrrà nel 1873 un'appassionata difesa del medesimo in Parlamento, sventandone la soppressione insieme con altri deputati meridionali. Fra questi intellettuali "ribelli", oltre a Carlo Mezzacapo, Camillo Boldoni, Biagio de Benedictis, Giacomo Longo e Vincenzo Orsini, compaiono altri nomi famosi, che desidero principalmente rammentare: Luigi Mezzacapo (c. 1825-32), Ministro della Guerra del Governo italiano dal 1876 al 1878; Matteo Enrico Cosenz (c. 1832-40), primo Capo di Stato Maggiore dell'Esercito italiano; Carlo Pisacane (c. 1832-39), uno dei maggiori protagonisti del Risorgimento nazionale.

Mentre gli ufficiali murattiani, sostenitori di un riformismo nei limiti dell'assolutismo illuminato, sono trattati sostanzialmente bene da Re Ferdinando, l'avversione di questi si manifesta soprattutto nei confronti dei liberali, che non mancano tra le menti più colte del suo esercito, anche se esso rimane nel suo complesso fedele al Borbone (Savo).

Lo spirito liberale ed il senso di italianità si va sempre più diffondendo, in seno alla Nunziatella, ad opera soprattutto di Basilio Puoti e Francesco De Sanctis, il quale sarà allontanato dall'Accademia, insieme con Cassola ed altri, dopo gli avvenimenti del 1848. Il grande storico della letteratura, all'apparenza, parla di Italia meno degli altri professori, ma, appassionato degli scrittori liberali francesi, soprattutto di Thiers, riversa nelle lezioni il frutto delle sue

letture; inoltre, in primo luogo, insegna ad amare quelle eminenti figure della nostra letteratura che, a partire da Dante fino al Giusti ed al Berchet, hanno educato al sentimento nazionale (Cortese).

Egualemente significativo ed importante è il ruolo degli altri docenti, animati da spirito liberale, che trovano il modo di andare al di là degli aspetti tecnico-scientifici, propri delle loro discipline e si cimentano sul terreno impervio dei movimenti, che crescono in tutta la penisola, protesi a realizzare l'obiettivo dell'unità politica dell'Italia e di aprirla verso traguardi, fino ad allora mai raggiunti.

Desidero qui porre in luce alcune espressioni di Filippo Cassola, docente di chimica, che non aveva timore di affermare esplicitamente prima della radiazione, rivolgendosi ai suoi allievi: "Giovanotti, ci sarà la guerra dell'indipendenza italiana; io che son vecchio non posso farla, la farete voi, e perciò prima del tempo consueto sarete ufficiali"; di seguito aggiungeva: "ma lasciate che la mia amarezza si attenui pensando che voi, miei discepoli, vivrete un giorno la meravigliosa avventura di un'Italia non più a pezzi" (Castronuovo).

L'impostazione culturale tradizionalistica, basata sull'idea di un'origine trascendente del potere, sul primato della fede e del diritto divino, sui principi dell'ortodossia cattolica, è peraltro largamente dominante, mentre prende piede presso gli ufficiali liberali napoletani un modello di unificazione neo-guelfo, unitamente con la condanna del c.d. "piemontesismo" e della livellazione. Prevale in altri termini, ragionando con il senno di poi, l'idea di una sorta di federazione o di un regionalismo forte, che valorizza la "varietà italiana" ed il particolarismo, di cui è testimone la nostra storia, di contro a quella "esagerata unificazione", che forse il Cavour avrebbe corretto se fosse vissuto.

Illuminante è un *pamphlet* di Pietro Calà Ulloa, un altro ex allievo (c. 1806-10), che fu Presidente del Consiglio Borbonico a Roma dopo la caduta della cittadella di Gaeta: in questo volume, che mi è stato recentemente donato da Catenacci, Ulloa porta innanzi l'idea di un'Italia confederata, che potrebbe al giorno d'oggi avere il carattere dell'attualità, ove essa non avesse il significato reale di una rinuncia all'Unità italiana (*Union, et non pas Unité d'Italie*), per giunta sostenuta nel 1867, quando la partita era virtualmente chiusa per essere spenti "i fuochi del brigantaggio, ... l'amicizia del Papa del tutto insufficiente ad arginare i voltafaccia degli Stati una volta amici" (Gargano).

4. Dal 1849 alla fine del Regno delle due Sicilie

Non posso dilungarmi come l'ampiezza della materia richiederebbe. Dopo i fatti del 1848 si registra dappertutto una assai pesante repressione, anche

negli Istituti di educazione e di formazione per militari. Il 15 novembre 1849 la Scuola viene trasformata in “Battaglione Allievi Militari”; il controllo della Nunziatella passa per un breve lasso di tempo dal Ministero della Guerra al Ministero della Pubblica Istruzione; infine, con decreto del 28 ottobre 1849 del Ministro Ferdinando Troya, è espressamente confermato che il fondamento di qualsiasi insegnamento deve essere la religione cattolica romana, trasformata, come appare (non è la prima volta né sarà l’ultima), in *instrumentum regni aut dominationis*.

Il 27 aprile 1855, turbato dai ripetuti “tradimenti” della sua Accademia militare, dopo aver trasferito la corte nella splendida Reggia di Caserta, Ferdinando II vuole che anche la Nunziatella lo segua in *Terra di lavoro*, precisamente a Maddaloni nell’antica residenza dei Carafa, dove essa rimane fino al 1859. Nel settembre, dietro sollecitazione del Ministro della guerra Carlo Filangieri, per superare gli inconvenienti derivanti dalla sua ubicazione, Francesco II fa ritornare gli allievi della Nunziatella a Napoli.

Nella sede tradizionale si ripropongono i problemi di sempre: nonostante i tentativi di arginare il fenomeno, il richiamo alle pratiche devozionali e spirituali, la difesa della cultura dell’ufficiale devoto, il proselitismo liberal-nazionale trova nuovamente un fertile terreno a Pizzofalcone, quantunque, pure dopo lo sbarco dei Mille, gli ufficiali della Nunziatella siano rimasti, nella loro grande maggioranza, legati alla dinastia borbonica, non diversamente dai quadri militari in generale. Ma non manca chi, come in passato, difende strenuamente la causa nazionale.

Vincenzo Giordano Orsini, che aveva lasciato la Nunziatella nel 1837, partecipa all’impresa garibaldina ed è comandante d’artiglieria nelle Camicie rosse. Nel luglio 1860 inoltre disertano, entrando nei quadri dell’esercito piemontese, gli ufficiali borbonici Francesco e Michele De Renzis (il primo del genio e il secondo degli usseri), Rodolfo Acquaviva e Gaetano Pomarici (guardie del corpo), Giovanni Garofalo (fanteria), Adelchi Pierantoni (artiglieria) e con questi il capitano, duca Di Somma (Savo).

5. Dal 1861 alla fine del Regno d’Italia. La Nunziatella repubblicana

Il discorso qui si chiuderebbe, se le celebrazioni dei centocinquanta anni dell’Unità d’Italia non fossero intese, dal Comitato nazionale ad esse preposto e dal Capo dello Stato, come un disegno a tratti progressivi, comprensivo di tutta la storia che ci riguarda e che, perciò, giunge sino ai nostri giorni, non fermandosi al conseguimento dell’unità politica.

Abbiamo inteso dare speciale risalto, in questa sede, al ruolo della Nunzia-

tella dalle sue origini alla caduta del regime borbonico. Ma successivamente, dopo la proclamazione del Regno d'Italia, essa permane a maggior diritto nella grande storia nazionale, fungendo da importante elemento propulsore dell'auspicato "terzo risorgimento italiano", dopo gli errori dello Stato liberale ottocentesco e le rovine della dittatura fascista.

Non vorrei tornare sull'argomento, che ho affrontato due giorni addietro nell'introduzione, presso il Palace Hotel di Bari, alle riflessioni svolte da Gianfranco Liberati in merito al compimento dell'Unità d'Italia. Con riguardo al nostro tema, vorrei ora limitarmi a far presente che, dopo la caduta del Regno delle Due Sicilie, ha inizio quello che è stato giustamente definito il periodo più buio della Scuola. I Savoia, a onta di quanto fin qui dimostrato, considerano per gran tempo la Nunziatella come un'istituzione filoborbonica, il cui ruolo deve essere ridimensionato.

Anche questo infausto periodo viene superato e la Nunziatella torna ad essere, dopo la proposta di soppressione del 1873 (a cui ho accennato), "feconda nutrice di belli ingegni e di cuori generosi" tanto che i Savoia, a riprova del loro mutato atteggiamento, vi iscrissero il futuro Vittorio Emanuele III (c. 1881-84), Re d'Italia dal 1901 al 1945. Inoltre nel 1887, per il primo centenario del Collegio militare, hanno luogo solenni manifestazioni celebrative. Allievo della Nunziatella è anche Amedeo d'Aosta (c. 1913-16), Vice Re di Etiopia, Medaglia d'oro al valor militare (Amba Alagi, 10/6/1940 - 18/5/1941).

Oltre al già ricordato Ministro Luigi Mezzacapo ed al primo Capo di Stato Maggiore dell'Esercito italiano, Matteo Enrico Cosenz, nel segno del grande rispetto, in cui è tenuta la Nunziatella, sono da reputare le successive nomine a Ministro della Guerra di Bernardino Milon (c. 1842-48), nonché di Domenico Primerano (c. 1842-50) ed Alberto Pollio (c. 1852-60) a Capi di Stato Maggiore dell'Esercito.

La maggiore testimonianza della grandezza e del ruolo della Nunziatella nella storia d'Italia è data, in una dimostrazione che vuole essere necessariamente di sintesi, dal suo Albo d'onore, il quale comprende, dal 1849 ai nostri giorni, trentotto ex allievi della Nunziatella decorati della Medaglia d'oro al valor militare, prevalentemente durante la prima e la seconda guerra mondiale, fra cui il Cap. Rosario Aiosa (vivente), ai quali si aggiunge una Medaglia d'oro al Valor Civile e numerosissime medaglie d'argento e di bronzo al Valor Militare.

La Scuola Nunziatella, come ha affermato il Presidente della Repubblica Francesco Cossiga (18/11/1989), "oltre ad essere un luogo di formazione militare, è un luogo di grandissima formazione culturale e civile. Qui è racchiusa la Storia di tutto il nostro Paese. Io credo che l'Italia repubblicana deve far tesoro di tutte quelle che sono le grandi tradizioni militari e per ciò stesso

civili che si sono formate in tutto il Paese anche quando questo non aveva raggiunto l'unità politica. La mia presenza alla Nunziatella vuol dire dunque onorare l'Italia in tutta quella che è la sua Storia”.

L'intervenuta nomina nel corso del 2006 degli ex allievi Arturo Parisi (c. 1955-58) a Ministro della Difesa e Di Rolando Mosca Moschini (c. 1954-57) a Consigliere Militare del Presidente della Repubblica Napolitano, la concessione nel 2007 alla Bandiera della Nunziatella della Medaglia di bronzo al Valore dell'Esercito e, infine, la nomina nel 2008 di Carlo Mosca (c. 1961-64) a Consigliere di Stato, di Giorgio Piccirillo (c. 1962-65) a Direttore dell' AISI (Agenzia Informazione e Sicurezza Internazionale) e di Edmondo Cirielli (c. 1980-83) a Presidente della Commissione Difesa della Camera dei Deputati, stanno a dimostrare la validità del giudizio espresso dal Presidente Cossiga, ripreso dal Presidente Carlo Azeglio Ciampi in occasione della sua visita alla Nunziatella (18/11/2000). Anche nella vita civile gli ex allievi, legati dall'affezione comune verso la Scuola, si distinguono sempre, al di là dei traguardi raggiunti. Lo provano alcuni dei personaggi già menzionati, che rappresentano la punta di diamante di una base valida, leale ed efficiente, nonché alcuni protagonisti della vita giuridica, letteraria ed artistica del secondo Novecento, come Ettore Gallo (c. 1929-32), partigiano e grande giurista, Presidente della Corte Costituzionale dal 1991 al 1992; Mario Stefanile (c. 1925-28), che collabora attivamente al periodico “Sud”, quindicinale di letteratura ed arte vicino agli ambienti della Nunziatella; Eugenio Barba (c. 1951-54), originario della mia Gallipoli, che sfiora il Premio Nobel, ottenuto inaspettatamente da Dario Fo. A tali nomi può meritatamente aggiungersi quello di Raffaello Franchini, Professore di storia e filosofia alla Nunziatella.

Anch'io, come i partecipanti sanno, sono uno di loro (c. 1958-61), Presidente della Sezione Puglia dell'Associazione Nazionale ex Allievi di questa grande Scuola militare, la più antica d'Italia e forse del mondo. Lasciando eventualmente ad altri il compito di parlare di me, delle esperienze maturate in vari settori, desidero porre l'accento sulla figura di un mio compagno di corso, Alessandro Ortis.

Lo scorso 16 ottobre egli riceve il Premio “Luigi Coppola” - Città di Gallipoli 2010 (VIII edizione), intitolato a mio padre, dopo Rita Levi Montalcini a Padova nel 2008, per aver sempre dimostrato una particolare sensibilità ed una concreta attenzione sociale a sostegno dei valori di solidarietà e, più in generale, di progresso della qualità della vita nello sviluppare gli impegni professionali a lui affidati, ai più alti livelli istituzionali dello Stato (è stato, fra l'altro, Presidente dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il Gas e Vice Presidente dell'Enel).

Al corso immediatamente successivo appartiene il Presidente in carica

dell'Associazione Nazionale Ex Allievi della Scuola Militare Nunziatella, Gen. C. A. Goffredo Mencagli (c. 1959-62), di cui porto il saluto ai partecipanti, anche lui impegnato ai più alti livelli istituzionali, nel Ministero della Difesa.

Spero che tutto quanto ho esposto valga a dimostrare l'utilità e lo spessore, direi insieme la doverosità di questa visita alla Nunziatella, inclusa al primo posto fra le nostre celebrazioni dell'Unità di un'Italia, che amiamo pensare senza barriere geografiche né preclusioni ideologiche o culturali.

Congedandomi dalla Scuola nel 1961, ma continuando ad essere sempre ad essa vicino con il sentimento, l'impegno e le idealità, ho cantato anch'io, come ogni ex allievo, la canzone del Mak p 100 e specialmente quei versi che più corrispondono alle espressioni del suo odierno motto araldico (*Preparo alla vita ed alle armi*): "Ufficiali e dottori saremo / e la Patria col cuor serviremo / Ma se il cuor non basterà / e il coraggio ci vorrà / Noi siam pronti a tutto fare, a tutto dar".

*L'ultima lezione romana di Giorgio Peyrot**

NICOLETTA DE LUCA

Molto è stato detto in queste due giornate che abbiamo voluto dedicare a Giorgio Peyrot. Vorrei però esprimere, e mi si consenta, un sentimento personale. Per me Peyrot era un nome senza volto, ma solo “il Prof. Peyrot” perché lui prima di tutto fa parte dei ricordi della mia infanzia quando mio padre in casa parlava delle varie vicende universitarie e ovviamente il suo nome faceva parte di queste.

Solo successivamente, dedicandomi agli studi del Diritto ecclesiastico, ho avuto occasione di incontrarlo nell'Istituto di Diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma dove lui, nonostante l'insegnamento nell'Università di Perugia, continuava a svolgere alcuni corsi. Fu da allora che finalmente non solo gli diedi un volto, ma soprattutto cominciai ad apprezzarne il valore attraverso i suoi scritti.

Devo dire però, con rammarico, che l'unico vero incontro fu quando lui, ormai anziano, ma lucidissimo, ed io divenuta professore associato di Diritto ecclesiastico, presso la Facoltà di Scienze Politiche di Roma, accettò subito, con grande entusiasmo, di intervenire ad uno dei vari incontri che avevo organizzato nell'anno accademico 96/97 con le confessioni di minoranza. La sua presenza fu per me un onore.

Il tema su cui dibattere era “Credenti tra norme religiose e diritto dello Stato”, credo che non avrei potuto proporgli argomento più invogliante, era ciò di cui si era interessato e battuto per tutta la vita.

Ricordo ancora come sin dalle prime parole riuscì a catturare l'attenzione degli studenti, che sentivano forse in lui una voce nuova, una voce di protesta, critica nei confronti dei rapporti tra Stato e confessioni, una voce di richiesta di libertà.

Ho voluto intitolare questo mio breve ricordo “L'ultima lezione romana di Giorgio Peyrot” non solo perché credo che effettivamente sia stata l'ul-

* Questo scritto riproduce la relazione letta in occasione del Convegno di studio in onore di Giorgio Peyrot tenutosi a Genova l'8-9 aprile 2011 e destinato alla pubblicazione degli Atti del convegno.

tima occasione che abbia avuto di essere presente all'Università romana, ma soprattutto perché in essa si scorgeva, e non senza amarezza, un po' il riassunto di tutto ciò per cui aveva combattuto e che, tutto sommato, solo in parte si era attuato.

Sì, Giorgio Peyrot è stato sempre un combattente, la sua battaglia è stata sempre quella della difesa e del raggiungimento della libertà religiosa dell'individuo e delle chiese evangeliche, e di conseguenza di tutte le confessioni di minoranza.

“L'impegno politico – affermava quel giorno – dovrebbe poter organizzarsi in modo tale da proiettare nel cervello dei politici alcune direttive secondo le quali le confessioni religiose ... e tutti i credenti possano vivere in una condizione in cui ciascuno possa dire io mi trovo a casa mia”¹.

E questo è stato il suo impegno di vita. *Cives e fideles*, avvocato e giurista, titolare dell'Ufficio legale del Consiglio federale delle Chiese evangeliche in Italia e Professore di Diritto Ecclesiastico. L'insegnamento e la professione erano uno in funzione dell'altra per raggiungere il suo grande obiettivo.

Era studente a Roma Peyrot, al momento dell'emanazione della legislazione sui culti ammessi e della stipula dei Patti lateranensi e ricordava (quel giorno dell'incontro) come Francesco Scaduto, suo Maestro, solo alla fine del corso e su sollecitazione degli stessi studenti, commentò con laconiche parole l'accordo stipulato; “avete saputo che l'11 febbraio hanno combinato la conciliazione e firmato i Patti lateranensi; così la Chiesa è Chiesa e lo Stato è stato”. L'allievo si troverà su questo punto sempre d'accordo col Maestro. Contrario ad ogni forma di accordo tra Stato e chiese, perché contrario alla politica di privilegi. Ma sostenitore della tutela del diritto di libertà per tutte le confessioni religiose come cardine fondamentale di uno Stato laico.

Con l'emanazione della Costituzione e con l'affermazione dei nuovi principi di libertà e uguaglianza, si credeva in una nuova posizione dello Stato nei confronti delle confessioni di minoranza; ma è proprio qui, dice Peyrot, che sta l'“errore iniziale”, nella volontà dei Costituenti: di voler continuare a far vivere la situazione precedente, inglobando i Patti lateranensi così come erano nel '29, nel testo costituzionale “facendo finta di ignorarne il contenuto o perfettamente consapevoli dello stesso, perché era quello che si voleva man-

¹ Tutte le citazioni riportate nel presente testo sono riprese dalla trascrizione della lezione tenuta da G. Peyrot in data 3 dicembre 1996 nell'ambito del Seminario sul tema “Credenti tra norme religiose e diritto dello Stato”.

tenere in piedi”. E non si può che dare ragione, i governi futuri continuarono fino agli anni ‘60 a perseguire “quella politica intollerante e arrogante verso le Chiese evangeliche”.

È a questo punto che nasce il grande impegno di Peyrot, per l’affermazione di quei principi garantiti dalla Costituzione, ma che vede espressi solo sulla carta.

Molte sono state le sue battaglie, molte si può dire vinte, purtroppo altre ancora si devono realizzare.

Se ne possono citare alcune, che segneranno in modo emblematico il cambiamento del sistema della politica ecclesiastica italiana e le migliori condizioni delle minoranze religiose da parte dello Stato: l’invio di documenti, come capo dell’Ufficio legale, all’Assemblea costituente, che certamente furono determinanti per la formulazione dell’art. 8 Cost.; l’abrogazione nel 1955 della circolare Buffarini Guidi, che aveva imposto nel ’35 lo scioglimento delle comunità pentacostali, la chiusura delle sale di riunione e il divieto di celebrare culti; l’abrogazione di alcuni articoli della legislazione sui culti ammessi da parte della Corte Costituzionale nelle sentenze emesse negli anni tra il ’56 e il ’58 che confermarono quanto sostenuto dalle minoranze religiose a difesa dei loro diritti e delle loro libertà.

Significativa (erano gli anni di Pietro Pinna) è l’adesione al Comitato nazionale che si costituì a Roma nel 1961 con lo scopo di ottenere il riconoscimento giuridico dell’obiezione di coscienza al quale aderirono numerosi esponenti della cultura e della politica italiana. Cito per tutti, in quanto a noi caro, il grande Maestro del Diritto ecclesiastico Arturo Carlo Jemolo. Il movimento senza dubbio portò a quel mutamento profondo della società democratica, riuscendo a dar vita a quel cambiamento legislativo e giurisprudenziale che legalizzò la facoltà di obiettare. L’obiezione di coscienza considerata per molti anni “rifiuto di obbedienza” o “disobbedienza civile”, e come tale comportamento antisociale, diventerà, in quanto diritto di comportarsi secondo coscienza, compreso tra i diritti fondamentali dell’uomo.

E questo è stato certamente l’obbiettivo più forte raggiunto da Peyrot: la rivalutazione della coscienza umana. Perché come sostiene Cesare Mirabelli:

“L’obiezione oltre che un’affermazione di libertà è sempre anche una provocazione all’ordinamento ... nel senso che sollecita la riflessione di tutti ed è uno stimolo contro il conformismo e l’acquietamento delle coscienze”².

² C. MIRABELLI, *Il giurista Mirabelli: una provocazione che aumenta la libertà di tutti*, in *Corriere della Sera* (intervista di Gianna Fregonara), 1 gennaio 2011.

È proprio questo che vuole Peyrot: la provocazione all'ordinamento. La richiesta di tutela individuale della propria coscienza, e implicitamente di libertà religiosa, si proietta in tal modo in una visione di tutela collettiva del diritto di libertà.

In un recente incontro tenutosi a Roma in occasione della presentazione di un volume sul disegno di legge generale sulle Libertà religiose³, il Presidente Casavola si poneva l'interrogativo su cosa effettivamente richiedano le confessioni di minoranza: il riconoscimento della libertà di coscienza o la libertà di appartenenza e il riconoscimento della confessione?

Risponderei nel primo senso, almeno per quel che riguarda i valdesi, essi, infatti, non danno particolare rilevanza al concetto di "confessione religiosa", in quanto sanno di dar vita ad una fede, non ad una religione. Il loro operato è rivolto a diffondere un'educazione diretta alla formazione delle coscienze individuali.

E qui Peyrot fa una diversificazione da un lato tra il diritto canonico e l'insieme delle leggi di altre confessioni religiose (come la legge mosaica per gli ebrei) dove esiste una forte penetrazione tra norma e fede; dall'altro con quelle confessioni come le chiese cristiane riformate o evangelico-riformate "i cui credenti costituiscono le chiese dei luoghi dove abitano", con propri ordinamenti originari e pertanto in piena autonomia rispetto ai poteri dei singoli Stati. Essi hanno solo norme "relative alla fede" in quanto costruiscono "dei credenti non dei religiosi". Le norme religiose sono il fondamento della fede e non dell'organizzazione confessionale, sono le "*interna corporis*" delle confessioni religiose e non "la facciata" che può interessare lo Stato.

Egli si rende però conto che, nonostante il desiderio dei valdesi fosse quello di restare in piena autonomia nei confronti dello Stato valendosi del proprio ordinamento originario, bisognava dare esecuzione all'art. 8 Cost. proprio in quanto norma dello Stato. Poiché, comunque, rifiutare gli accordi significava ricadere in una legislazione giurisdizionalista, vista l'incapacità dello Stato italiano "di non saper provvedere con una normativa unilaterale" a regolare le condizioni delle confessioni diverse dalla cattolica⁴.

Ed è per questo che le comunità valdesi, e di questo si è fatto senz'altro forte portatore Peyrot, dell'Intesa non hanno voluto fare un baluardo di privilegi, ma con essa, e questo è il motivo fondante su cui fa perno tutto il testo

³ V. TOZZI, G. MACRÌ, M. PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁴ G. PEYROT, *L'ordinamento delle Chiese valdesi*, in V. Parlato, G.B. Varnier (a cura di), *Normative ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 175.

stesso, hanno voluto dare “un attestato di autentica identità”⁵, una richiesta di libertà di coscienza e di religione.

Non a caso proprio questo impegno di garantire la “libertà di coscienza di tutti” viene inserito per la prima volta in un testo legislativo italiano nell’art. 9, 2 co., dell’Intesa con le Chiese rappresentate dalla Tavola Valdese del 1984.

In un momento di “democrazia feudale” (qui si fa riferimento alla revisione concordataria firmata da Craxi) dove continua ad esistere nonostante tutto una politica di privilegi nei confronti della confessione di maggioranza, si può senz’altro affermare, come scrive Gianni Long che “egli ha lavorato per una sola intesa”⁶, a cui sperava che aderissero successivamente tutte le altre chiese evangeliche, per garantire la tutela della libertà religiosa e l’abrogazione della legislazione dei culti ammessi.

Quel giorno a Roma la sua lezione si concluse con un velo di malinconia per non aver visto raggiunto pienamente il suo obiettivo: la parità e l’uguaglianza delle confessioni di minoranza. La parità e l’uguaglianza, sosteneva, la nostra Costituzione non è arrivata a stabilirla perché non la si è voluta. La parità è ripartire a tutti in modo uguale, come avviene nel riparto dei “privilegi fra i signori della politica di oggi”; l’uguaglianza è ben diversa in quanto consiste “non a tutti lo stesso, ma ad ognuno il suo”. *Cives-fideles*. Una cosa è la parità tra cittadini e stranieri, ma la fede è un’altra cosa dalla cittadinanza, è “più pregnante nella persona ed è ricompresa nell’involucro che contiene ciascuno di noi”.

Tutto il percorso intrapreso nella sua lunga vita non rappresenta altro se non quella che si definisce la sua “duplice lealtà”, una verso lo Stato, l’altra verso Dio.

Così concludeva quel giorno la sua lezione e questo è l’insegnamento che ci ha lasciato:

l’ “impegno di fare società significa darsi al prossimo ... e allora bisognerebbe ricordarsi che qualsiasi attività di governo ... dovrebbe essere intesa come un servizio reso agli altri e non come l’esercizio di un potere. Perché ... il potere distrugge mentre il servizio fa crescere”.

Anche se queste parole risuonano purtroppo utopistiche, penso che mai come in questo momento in cui ci troviamo di fronte ad un forte mutamento della società, sia sotto il profilo etnico che religioso, in un momento di in-

⁵ Ivi, p. 178.

⁶ G. LONG, *Giorgio Peyrot. Un profilo*, in *Protestantesimo*, 61, 2006, p. 29.

certezze e di insicurezze in cui i valori sembrano svaniti, in un momento in cui gli interessi economici prevalgono sull'uomo, in un momento in cui lo Stato sembra essere tornato a dimostrare un indifferentismo per il sentimento religioso, credo che avremmo ancora molto bisogno di un giurista "combattente" come Lui.

*Esiste una tutela della vittima nel processo italiano?**

PAOLO DI MARZIO

1. *Chi è la vittima nel processo?*

Questi miei brevi appunti non sono una relazione ed intendono piuttosto stimolare una riflessione comune e, magari, un approfondimento di alcuni temi che riguardano un protagonista misconosciuto del processo: la vittima.

Innanzitutto credo occorra domandarsi *chi è la vittima* nell'ambito del processo, non dimenticando che il codice di rito penale, sino agli ultimi anni, neppure la nominava¹, e tantomeno ne detta una definizione. Il codice dedica un proprio Titolo² alla persona offesa dal reato, ma alla vittima³ del

* Questo elaborato riprende i contenuti della relazione proposta nel corso dell'incontro di studio su: "I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio", organizzato dal Consiglio superiore della magistratura e svoltosi a Roma dal 31 gennaio al 2 febbraio 2011.

¹ In verità la espressione "vittima del reato" ha recentemente trovato ingresso nel codice di procedura penale. L'art. 498 (*Esame e controesame dei testimoni*), comma 4-ter C.p.p., come integrato dall'art. 9, comma 1, lett. d), n. 2, DI 23.2.2009, n. 11 (conv. con modd. dalla L. 23.4.2009, n. 38) dispone che "l'esame della vittima del reato" minorenni, "ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di uno specchio unitamente ad un impianto citofonico". Si tratta però di una disposizione singolare, che trova applicazione solo in relazione a reati particolarmente gravi (riduzione in schiavitù, abusi sessuali, etc.) e pare lecito nutrire qualche dubbio in ordine al fatto che le scelte terminologiche del legislatore siano state consapevolmente orientate alla indicazione di un nuovo soggetto processuale e non semplicemente all'utilizzo di un termine diverso per indicare la persona offesa del reato. Merita comunque di essere segnalato che secondo GIOVANNI CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2010, pp. 988-992, cui si rinvia per l'approfondimento della tematica, la previsione negli ultimi anni di una serie di norme processuali dettate a tutela della testimonianza resa da vittime vulnerabili, sebbene "non si è certo in presenza dell'auspicato statuto o carta di diritti della vittima, né di un sistema organico ed integrato, bensì ancora di interventi legislativi frammentari e talora incoerenti", permette di ritenere che sia stato comunque realizzato un "microsistema della testimonianza della vittima vulnerabile". L'Autore ritiene che la recente legislazione italiana abbia anche realizzato un "microsistema cautelare a tutela della vittima", p. 987 s.

² Il Titolo VI del libro I (artt. 90-95) C.p.p.

³ La Decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 15 marzo 2001 (2001/220/GAI), su cui occorrerà tornare, definisce all'art. 1 la vittima come: "la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati *direttamente* da

crimine non dedica neppure un articolo. È possibile spiegare la scelta sostenendo che la “vittima” del crimine è lo Stato, il cui ordine è stato violato dal reato, ma questa motivazione non mi pare appagante. Potremmo allora forse meglio utilizzare la distinzione dicendo che la vittima è chiunque subisce un pregiudizio dal reato⁴, non solo chi è individuato dalle norme penali⁵ quale persona offesa.

Certo la vittima primaria⁶ delle lesioni personali è chi le subisce, e molti altri esempi possono farsi. Ma credo che le vittime del reato e/o del processo siano numerose e talora neppure le identifichiamo, nel processo penale come in quello civile⁷.

Non mi sembra infondato sostenere che nei processi di separazione e divorzio dei coniugi – che pure tante volte evidenziano pregressi gravi torti che i litiganti si sono arrecati, di regola reciprocamente – quasi sempre le “vittime” del processo siano innanzitutto i figli, specie se di tenera età, i quali talora confidano che il giudice possa assicurarli quello che non ha il potere di dare loro. Non solo, assistere le vittime del processo è attività complessa che richiede competenza⁸ ed impegno, nonché disponibilità e capacità di uscire

atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro” (corsivo aggiunto). Secondo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 16.6.2005, n. 105, in proc. C-105/03, *Pupino*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3167 ss., le decisioni quadro, pur non assumendo efficacia normativa diretta, sono “vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere”. Ne consegue che “il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell’ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro”. Sui limiti di questa c.d. interpretazione conforme, cfr. ERCOLE APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell’Unione Europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul “caso Pupino” in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1165 ss., in part. par. 4.

⁴ In tal senso, si badi, stiamo ancora parlando di una vittima del reato, non di una “vittima” del processo.

⁵ Non di rado solo a seguito di una dotta interpretazione delle stesse, per la verità.

⁶ In effetti, lo stesso fatto che parliamo di una vittima primaria del reato presuppone che, di regola, vi siano pure delle vittime secondarie.

⁷ Eppure “senza la dovuta considerazione anche della vittima non vi può essere la necessaria fiducia dei cittadini nella legge, nella giustizia, nelle istituzioni statuali”, scrive FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*³, Padova, 1992, p. 241.

⁸ La ricordata Decisione quadro adottata in sede europea (2001/220/GAI), prevede all’art. 14 che “Ciascuno Stato membro incentiva... iniziative atte ad assicurare un’adeguata formazione professionale alle persone che... comunque entrano in contatto con le vittime, con particolare riferimento alle necessità delle categorie più vulnerabili”. Merita di essere segnalato che, come osserva MARIAVALERIA DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato: il ruolo della vittima nel processo penale tra reazioni punitive e strategie alternative*, relazione proposta nel corso dell’incontro di studio promosso dal CSM su: *Giustizia riparativa e processo penale* (Roma, 1-3 marzo 2010), p. 1 (la relazione è consultabile e scaricabile dal sito del Consiglio), “la Decisione quadro... ormai risalente al lontano 2001... non ancora attuata dall’Italia, può, per il particolare status che riveste nell’ambito delle fonti, produrre effetti diretti nel sistema interno”.

dagli schemi che, come operatori del diritto, ci sono consueti.

Cerco di spiegarmi con un esempio. Una dozzina di anni fa, allora esercitavo le funzioni quale giudice civile, nel corso di un processo di separazione personale dei coniugi si pose un problema ricorrente: la figlia, quattordicenne e provvisoriamente affidata alla madre, si rifiutava di vedere il padre. Mi sembrò opportuno sentire la minore, alla presenza dei difensori dei genitori⁹. La ragazzina giunse alle porte del Tribunale, ma non accettò di salire nell'aula di udienza, quindi scesi giù per incontrarla in strada. Potete immaginare la sorpresa quando mi trovai di fronte una giovinetta di colore¹⁰, che mi dava del tu e precisò subito che lei non parlava con uomini che portavano la cravatta. Tolsi la cravatta. Dopo un lungo colloquio svoltosi presso un bar, mentre la ragazzina consumava il gelato che mi aveva domandato di offrirle, venne fuori la verità. Lei era in crisi profonda, voleva un bene pazzo al padre, e non sopportava di non averlo accanto tutti i giorni. Era venuta all'appuntamento con il giudice perché credeva che avesse il potere di costringere in qualche modo il padre a tornare a casa. Quando ci salutammo aveva le lacrime agli occhi e mi abbracciò nel congedarsi. Alla fine aveva apprezzato la disponibilità manifestata, ma le sue aspettative rimasero comunque deluse perché il padre non tornò a casa, anche se lei riprese ad incontrarlo.

Mutando ambito, e volgendo lo sguardo al processo penale, mi sembra di rilievo che pure nell'oggetto di questo nostro incontro di studi si è inteso fare riferimento alle *vittime vulnerabili*, individuate come coloro che hanno subito un trauma in conseguenza del reato¹¹ e sono esposte alla c.d. vittimizzazione secondaria, "ovvero al patimento di un nuovo trauma indotto dal processo e connesso alla riedizione del ricordo". Sviluppando questa condivisibile

⁹ La previsione generalizzata della necessità di procedere all'audizione dei minori nei processi di separazione e divorzio dei genitori è ora dettata dall'art. 155-*sexies* C.c., come introdotto dall'art. 1, comma 2, L. 8.2.2006, n. 54, sull'affido condiviso dei figli. Il legislatore non ha però disciplinato le modalità di tale audizione, e questo sta imponendo ancora una volta un'integrazione giurisprudenziale e "consuetudinaria" della normativa, anche attraverso l'adozione di protocolli concordati tra magistrati ed avvocati ormai in gran parte d'Italia, cfr. PAOLO DI MARZIO, "L'audizione del minore", relazione proposta nel corso dell'incontro di studio su: "Gli strumenti sovranazionali in materia di famiglia", organizzato dal Consiglio superiore della magistratura e svoltosi a Roma dal 12 al 14 maggio 2010 (la relazione, in corso di edizione in forma completa sulla rivista: *Il diritto delle famiglie e delle persone*, è consultabile sul sito del CSM e può essere scaricata).

¹⁰ Nessuno aveva pensato di avvertirmi che si trattava di una figlia adottiva.

¹¹ Inutile dire, peraltro, che ogni reato il quale offende (anche) beni della persona provoca nella vittima un trauma, più o meno forte. Anche reati che offendono enti collettivi, come lo Stato, o persone offese per così dire astratte, come l'amministrazione della giustizia, peraltro, arrecano offesa a tutti (o a molti de)i consociati. In queste ipotesi, tuttavia, più difficilmente il singolo consociato subisce un trauma tanto significativo da divenire una "vittima vulnerabile".

impostazione potrebbe allora dirsi che la *vittimizzazione primaria dipende dal trauma conseguente al reato*, mentre la *vittimizzazione c.d. secondaria dipende dal trauma conseguente allo svolgimento del procedimento penale e del processo*¹². Ora, non mi sembra che alla vittimizzazione secondaria sia esposta soltanto la persona offesa dal reato. Quale presidente di un collegio penale mi è capitato, in una realtà di frontiera per il contrasto della criminalità organizzata quale è quella del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, di dover esaminare un testimone in un processo per estorsione in cui l'imputato era ritenuto uno dei capi di una nota organizzazione camorristica. Si trattava del testimone chiave, un operaio avventizio di mezza età addetto al movimento terra che, secondo l'ipotesi accusatoria, aveva udito delle minacce volte a provocare l'arresto dei lavori, in attesa che l'imprenditore edile estorto ed il capozona della malavita locale si "mettessero d'accordo". Entrando in un'aula piena di pubblico, per gran parte si trattava di simpatizzanti dell'imputato, al testimone tremavano le gambe e si guardava intorno con occhi di bimbo spaurito. Al pubblico ministero che lo interrogava cercava di raccontare il meno possibile della vicenda che aveva vissuto. Su sollecitazione dei giudici *a latere* e credendo di interpretare correttamente il ruolo che mi era attribuito, oltre che le norme vigenti, ho allora evidenziato al testimone le possibili gravi conseguenze della sua reticenza. La sensazione è che il testimone avesse alla fine timore di queste conseguenze più di quanto non gli facesse paura raccontare tutta la verità, peraltro in quelle difficili condizioni ambientali. In ogni caso, il testimone ha ben narrato ogni cosa e l'imputato ha poi riportato condanna a pena severa. Giunti al momento di congedarlo il buon uomo mi guardava cercando un aiuto. Probabilmente mai, nell'esperienza giudiziaria, mi sono sentito tanto impotente¹³. Ho fatto accomodare il testimone in una

¹² Il fenomeno della vittimizzazione secondaria, peraltro, può verificarsi anche in conseguenza di fattori esterni al processo. Si pensi al trauma che la vittima del reato può subire in conseguenza dei processi mediatici che sempre più frequentemente seguono alla commissione di crimini efferati.

¹³ Eppure la Decisione quadro (2001/220/GAI), prevede all'articolo 4 (*Diritto di ottenere informazioni*), comma II, lett. e), che debba comunicarsi alla vittima "come e a quali condizioni può ottenere protezione". Non pare però che tali misure di protezione possano essere attivate dal giudice (italiano), e rimane il problema di verificare a chi, quand'anche fossero predisposte, dovrebbero applicarsi. Solo alla vittima primaria, o anche alle vittime secondarie e semmai ai testimoni dei fatti criminosi?

Mi sembra debba anche ricordarsi la previsione di cui all'art. 8 (*Diritto alla protezione*) della Decisione quadro, secondo cui: "Ciascuno Stato membro garantisce un livello adeguato di protezione alle vittime dei reati *ed eventualmente ai loro familiari o alle persone assimilabili*, in particolare per quanto riguarda la sicurezza e la tutela dell'intimità della vita privata, qualora le autorità competenti ritengano che esista una seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di un serio intento di intrusione nella sfera della vita privata" (corsivo aggiunto). In questo caso è la stessa normativa europea che

stanza protetta dalla P.G. e mi sono consultato riservatamente con il pubblico ministero, che mi ha promesso ogni impegno per proteggere il testimone. Nella pratica ho poi saputo che aveva fatto accompagnare a casa il testimone dai Carabinieri e ne aveva assicurato la vigilanza per una quindicina di giorni. Mi pare poco¹⁴. La principale vittima di quel processo, mi sembra, non è stato neppure il facoltoso imprenditore estorto, pur coraggioso nel denunciare il reato subito, ma il testimone, il cui sguardo spaventato alla ricerca di aiuto non potrò mai dimenticare.

Testimoni che, in ragione dell'ufficio che sono chiamati a prestare, hanno ragione di temere conseguenze pericolose, per sé e per i propri cari, ne esaminiamo nelle aule di giustizia tutti i giorni, e mi sembra ingiusto che neppure riconosciamo loro la qualifica di "vittime" delle vicende processuali.

I punti di vista, poi, possono naturalmente essere diversi. Sempre quando prestavo servizio a Santa Maria coordinavo un Osservatorio sulla criminalità organizzata. Nell'intento di promuovere la cultura della legalità ci determinammo ad organizzare un convegno aperto alla partecipazione di tutti ed invitammo il Prefetto della Provincia a voler intervenire per porgere i saluti. Con mia sorpresa il Prefetto domandò di essere incluso tra i relatori e, naturalmente, fu accontentato. Il suo intervento fu molto ricco, illustrò dati poco noti e propose riflessioni interessanti. La sua relazione si concluse con una frase che mi è rimasta impressa, secondo cui l'uomo che non denuncia il reato di cui è venuto a conoscenza perde la sua dignità. Eppure a me, il testimone dell'estorsione di cui abbiamo detto, che pure non aveva denunciato nulla, e lo stesso imprenditore estorto che aveva denunciato, erano sembrati dei piccoli, moderni eroi.

Credo allora che se, come temo, l'eroismo non è da tutti, dobbiamo farci carico come società civile di assicurare la miglior tutela alle "vittime" del

prevede l'estensione delle misure di protezione a soggetti diversi dalla vittima primaria del reato. Deve però anche ricordarsi l'osservazione di GIULIO UBERTIS, *Problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4060, secondo il quale il ricordato istituto dell'interpretazione conforme, che consentirebbe al giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce delle previsioni contenute nelle decisioni quadro adottate in sede europea, si rivela inefficace quando il giudice riscopra nell'ordinamento nazionale non "una norma interna incompatibile da eventualmente disapplicare, ma ... una lacuna della normativa codicistica che non è giuridicamente integrabile da parte di un organo giurisdizionale".

¹⁴ Narra nel corso di un convegno svoltosi una decina di anni fa un noto avvocato sammaritano recentemente scomparso, Alfonso Martucci, che al termine dei primi processi per camorra celebrati nel casertano i testimoni, fino alla condanna definitiva dei colpevoli, non erano stati neppure intimiditi. All'esito del giudizio di Cassazione, però, nel giro di qualche settimana diversi di loro erano stati "eliminati".

reato in senso lato, persone offese e testimoni, di cui abbiamo bisogno per combattere il crimine. La persecuzione delle condotte criminose ne scoraggia la commissione ed è tutta la società che, in definitiva, ne trae giovamento.

Dell'esigenza di assicurare tutela alle vittime secondarie del reato sembra stare prendendo coscienza, anche se adottando una normazione frammentaria, pure il legislatore. Penso, ad esempio, all'art. 282*bis*, comma 3, C.p.p., laddove si prevede che al ritenuto responsabile di reati commessi in ambito familiare, il quale sia stato perciò allontanato dalla residenza della famiglia, possa essere imposto il versamento di un assegno periodico in favore non solo della persona offesa dal reato, ma pure delle altre "persone conviventi"¹⁵ che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangano privi di mezzi adeguati".

2. Tutela delle vittime, un problema culturale

Il problema su cui ci confrontiamo oggi mi sembra, allora, che sia innanzitutto un problema culturale, perché solo se prendiamo coscienza della necessità di assicurare un aiuto alle spaventate vittime della tracotanza altrui¹⁶ potremo contribuire ad un cambiamento che mi pare opportuno, e fors'anche costituzionalmente doveroso. Proteggere le vittime ha un costo per la collettività e, in un'epoca di risorse scarse, non può che realizzarsi una scala di priorità in materia di utilizzo delle stesse. Occorre allora prendere coscienza

¹⁵ Si osservi che il beneficiario della corresponsione dell'assegno non si richiede sia un familiare, essendo ritenuto invece necessario che sia un convivente. Inoltre, l'art. 282-*ter*, comma 3, C.p.p., prevede ora che, "qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati" non solo dalla persona offesa, ma anche "da prossimi congiunti della persona offesa o da persone con questa conviventi o comunque legate da relazione affettiva". La tutela cautelare, pertanto, in questo caso consente di assicurare protezione a soggetti diversi dalla persona offesa e che, di regola, neppure sembra possano essere considerati "vittime" delle condotte contestate, se non in senso molto lato. Si intende evidentemente assicurare tutela non solo alle vittime del reato ipotizzato, ma pure alle vittime potenziali di eventuali condotte di ritorsione future, che si teme possano essere poste in essere dalla persona assoggettata alla misura cautelare.

¹⁶ Evidentemente la tracotanza altrui non può essere contenuta solo mediante lo strumento del diritto penale, *extrema ratio*, che pure deve fare la sua parte. Un paio d'anni fa mia figlia, che frequenta la scuola materna, quando tornava a casa era spesso mogia ed affamata. Siamo riusciti a scoprire che subiva frequentemente il furto delle merendine da parte di due compagni di classe appena un po' più grandi d'età. La bimba è sveglia e, dopo alcuni mesi, ha fatto amicizia con la giovane ladruncola ed il suo "complice", un maschietto, è diventato addirittura il suo fidanzatino. Però la bambina se l'è dovuta cavare da sola, perché i genitori dei suoi compagni di classe minimizzavano le cattive condotte dei loro bambini. Questi problemi, evidentemente, non possono (e non devono) essere risolti dal diritto penale, ma possono essere contenuti migliorando l'educazione, anche dei più piccoli. Anche qui un problema culturale, quindi.

che assicurare riparazione ed assistenza alle vittime del reato deve considerarsi una priorità. Se questa linea di pensiero dovesse divenire dominante, anche il mondo politico non potrebbe che prendere atto della necessità di dotare l'amministrazione della giustizia di risorse adeguate a realizzare le proprie finalità.

Ma il problema è culturale anche in un senso diverso, perché spesso sono proprio dei luoghi comuni errati che impediscono persino di comprendere chi siano le vittime del reato. Ancora traendo dall'esperienza giudiziaria, ricordo con inquietudine la deposizione di una madre in un processo in cui all'imputato erano contestati atti di violenza sessuale perpetrati sulla sorella minore. La signora, madre sia della persona offesa sia dell'imputato, non negava di aver visto la figlia dodicenne uscire dalla stanza in cui era sdraiato sul letto il fratello, e la ragazzina aveva indosso solo le mutandine e piangeva, ma non ha mancato di affermare che, qualunque cosa l'imputato avesse fatto "l'aveva fatto nell'interesse della sorella, perché lui è il fratello e le vuole bene".

Il problema è culturale anche in un senso ulteriore. Non di rado le vittime in senso lato del crimine neppure sono coscienti di esserlo. Ad esempio, il falso in bilancio, l'evasione fiscale, importano per lo Stato una minore disponibilità di fondi, ne discende il peggioramento dei servizi offerti alla collettività, penso alla scuola ed al servizio sanitario, di cui siamo utenti quasi tutti. Quasi tutti, allora, siamo "vittime" dei reati che dipendono da queste condotte; dovremmo prenderne coscienza ed impegnarci a rivendicare i nostri diritti.

3. *La tutela della vittima tra ordinamento vigente e prospettive de iure condendo*

In sede internazionale, come è ben noto, è stata adottata la Direttiva 2004/80/CE, che riconosce alle vittime del reato il diritto alla riparazione del danno subito. Il D.Lgs. n. 204 del 2007 destinato ad assicurare attuazione alla Direttiva, però, non ha previsto un diritto generalizzato (neppure) delle persone offese a conseguire un ristoro. In conseguenza vige attualmente una discriminazione che pare irragionevole, e perciò sospetta di incostituzionalità, tra le vittime di quei reati in ordine ai quali previsioni singolari di legge riconoscono il diritto alla riparazione con oneri a carico dello Stato¹⁷, quando

¹⁷ Cfr. le leggi n. 302 del 1990 e n. 206 del 2004, che prevedono indennizzi per le vittime di atti di terrorismo e criminalità organizzata, e la legge n. 44 del 1999 che permette di assicurare una riparazione alle vittime dei reati di estorsione ed usura.

non la ottengano dal responsabile del fatto criminoso, e le vittime di altri reati pur molto gravi, come la violenza sessuale, per le quali il nostro Paese¹⁸ non ha ancora previsto alcun indennizzo a carico dello Stato¹⁹.

Certo, per tutelare in maggiore misura le vittime del reato potrebbero meglio utilizzarsi istituti che già esistono. Ad esempio, è già prevista la possibilità di subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena alla riparazione del danno alla vittima²⁰, ma quante volte questo istituto viene utilizzato?

Ancora, al reo che abbia “risarcito” il danno, o comunque si sia impegnato per attenuarne le conseguenze dannose, è possibile riconoscere un’attenuante²¹ che, caso raro, dipende da una condotta successiva alla commissione del reato. Come mai capita di potere riconoscere questa attenuante così di rado? Occorre forse impegnarsi in un’opera di sensibilizzazione nei confronti dei difensori?

Inoltre, sappiamo bene che il procedimento penale è spesso assai lungo, e la vittima del reato non solo può perdere interesse alla definizione del giudizio, se pure vi si arriva, ma può anche sentirsi abbandonata da uno Stato che promette tutela e non la assicura in tempi ragionevoli. In effetti alla persona offesa è notificato il rinvio a giudizio, talora dopo anni da quando è rimasta vittima del reato, ma le indagini preliminari hanno termini ben più brevi.

¹⁸ A differenza di altri Stati europei, come l’Inghilterra che già negli anni ’70, decenni prima dell’adozione della ricordata Direttiva, ha dettato norme che prevedono l’indennizzo pubblico delle vittime di reati violenti.

¹⁹ Merita di essere ricordato che, ritenendo l’incompleto adempimento dell’Italia nell’attuazione della Direttiva 2004/80/CE, il Tribunale di Torino, con la recente sentenza 6.5.2010, n. 3145 (est. R. Dotta), ha condannato la Presidenza del Consiglio dei Ministri a versare un indennizzo di 90.000,00 Euro in favore della vittima di abusi sessuali perpetrati da due cittadini stranieri rimasti latitanti. Deve in proposito anche segnalarsi che con l’art. 53 della legge 4.6.2010, n. 96, legge comunitaria 2009, è stata attribuita al Governo la delega perché si provveda a dare attuazione alla Direttiva Europea. Tra i criteri e principi direttivi dettati dal legislatore si legge che dovranno essere inserite nel codice di procedura penale “una o più disposizioni che riconoscano alla persona offesa il diritto a ricevere da parte dell’autorità giudiziaria ... le informazioni relative all’esito della sua denuncia o querela”, e “disposizioni che riconoscano alla persona offesa dal reato ... particolarmente vulnerabile ... la possibilità di rendere la propria testimonianza ... secondo modalità idonee a proteggere la sua personalità e a preservarla dalle conseguenze della sua deposizione in udienza”. Ben vengano le nuove norme, anche se l’attenzione del legislatore rimane centrata sulla tutela della sola persona offesa dal reato, e non anche degli altri soggetti, penso in primo luogo ai testimoni, che, a causa del procedimento penale, possono rimanere esposti ad un fenomeno di vittimizzazione secondaria.

²⁰ Cfr. l’art. 165, comma I, C.p. Cfr. anche l’art. 163, comma IV, C.p., che pure detta una norma di rara applicazione.

²¹ Cfr. art. 62, n. 6, C.p.

Perché alla persona offesa non è notificato l'avviso di cui al 415^{bis} C.p.p.²² Se ne avesse conoscenza questo potrebbe confortarla sul fatto che lo Stato le è accanto, che il procedimento penale sta andando avanti. Sempre attingendo ad esperienze personali, ricordo di avere subito un modesto danneggiamento, la distruzione della ceneriera in plastica della mia autovettura, che pure era parcheggiata chiusa all'interno del Tribunale. Ho sporto regolare denuncia, segnalando, tra l'altro, che avrebbero potuto tentarsi degli accertamenti datiloscopici sui frammenti della ceneriera. Poiché presiedevo pure un collegio competente sull'applicazione di misure di prevenzione²³, la vicenda mi aveva un po' inquietato. Il Presidente del Tribunale interpretò i fatti ritenendo che qualcuno a cui avevo dovuto negare il permesso di parcheggiare nei limitati spazi riservati interni del Palazzo di Giustizia²⁴ avesse inteso "vendicarsi". Probabilmente aveva ragione. Sta di fatto che quando a distanza di anni, senza che nessun pubblico ministero avesse ritenuto di sentirmi o comunque di svolgere indagini, mi sono visto recapitare un avviso relativo alla richiesta di archiviazione, la sensazione di non essere stato molto assistito è stata forte.

In questo discorso mi sembra da ricomprendere anche il problema delle

²² È ben noto che la persona offesa ha facoltà di nominare un difensore che può aggiornarla sugli sviluppi del procedimento penale, anche se occorre risolvere qualche incertezza che ancora sussiste nel definire questo difensore quali poteri abbia in materia di indagini difensive (può indagare per accertare la colpevolezza del reo, o questa funzione è riservata al P.M.?)

Tuttavia l'esperienza delle aule giudiziarie impone di rilevare che ben poche persone offese si dotano di un difensore, qualche volta perché non sanno neppure di poterlo fare, non di rado perché l'assistenza di un professionista costa ... Certo qualcosa si è fatto ammettendo le persone offese non benestanti al patrocinio a spese dello Stato, ma quante vittime del reato indigenti lo sanno?

Ancora, se io sono pure benestante, ma comprendo che un'eventuale costituzione quale parte civile risulterebbe infruttuosa, semmai perché l'imputato risulta impossidente, è giusto che debba retribuire un legale per poter seguire le vicende di un procedimento penale in cui sono comunque la persona offesa? Il legislatore, è stato sostenuto, dovrebbe prevedere "che, in caso di condanna, il giudice disponga il risarcimento e le restituzioni anche in difetto di costituzione di parte civile", cfr. LIBERO MANCUSO, *Relazione al convegno intitolato: "La vittima del reato questa sconosciuta"*, svoltosi a Torino il 9.6.2001 (tutti gli atti del convegno possono essere liberamente consultati e scaricati all'indirizzo: www.ristretti.it/areestudio/cultura_giuristidemocratici_vittime.pdf), p. 68. Credo che sia compito dello Stato impegnarsi a prevenire il crimine ma, domando, non è suo compito assicurare pure tutela e ristoro alle vittime del reato, senza richiedere loro anche un sacrificio economico?

Deve comunque segnalarsi che, ancora mediante una norma singolare, l'art. 76, comma 4^{ter}, del Dpr n. 115 del 2202, come novellato ad opera del Dl. n. 11 del 2009 (conv. in L. n. 38 del 2009), è ammessa al patrocinio a spese dello Stato la persona offesa, cittadina o straniera, dei reati di violenza sessuale, "anche in deroga ai limiti di reddito", pertanto anche se benestante.

²³ Le misure di prevenzione permettono di conseguire risultati nel contrasto della criminalità organizzata più rapidamente del processo penale. In una realtà in cui le associazioni criminali sono fortemente radicate sul territorio, i magistrati che trattano le misure di prevenzione sono tra i più esposti.

²⁴ Un servizio che proprio il Presidente del Tribunale mi aveva richiesto di gestire.

condizioni in cui le vittime dei procedimenti giudiziari possono essere ascoltate. Si tratta di un problema chiaramente avvertito in sede internazionale, infatti la ricordata Decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 15 marzo 2001 (2001/220/GAI), relativa alla posizione delle vittime nel procedimento penale, all'art. 15, comma 2, ha impegnato ciascuno Stato membro a dedicare una particolare attenzione alle strutture giudiziarie. Ma qual è la situazione attuale, da noi? Poche settimane fa ho incontrato nel Tribunale di Napoli un giovane collega che ricordavo ai tempi del suo uditorato, ora Pubblico Ministero in Calabria. Era a Napoli perché doveva essere sentito un minore, che si ipotizzava essere rimasto vittima di violenza, e la più vicina aula attrezzata si trova nel capoluogo partenopeo, a centinaia di chilometri di distanza dal luogo in cui i fatti per i quali il collega procede si sono verificati.

Nel momento in cui lo Stato, se volete in conseguenza del c.d. contratto sociale, esautorata la vittima dal potere di farsi giustizia da sé, mi pare indubbio che debba provvedere lui ad assicurarle tutela e soddisfazione. Nella concezione dominante nei nostri istituti sostanziali e processuali, però, la soddisfazione della vittima dovrebbe essere assicurata dalla punizione del colpevole e, se ne ha la capacità anche emotiva di pretenderlo, in un ristoro in denaro. Ma questo basta? Credo che la vittima di un reato, specie se grave, non sia una fiera primitiva, capace di trovare soddisfazione solo mediante la sofferenza esemplare inflitta a chi le ha fatto del male, pertanto ottenendo vendetta²⁵, e semmai conseguendo una somma di denaro. La vittima, temo, è una persona ferita, che domanda innanzitutto di essere aiutata a superare il trauma che l'ha colpita²⁶.

²⁵ Scrive, proponendo un tema indubbiamente meritevole di riflessione, MARIAVALERIA DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato ... cit.*, p. 13, che "sul ritorno della vendetta ... i giuristi tornano oggi a riflettere. La vendetta, che sembra tornare negli Stati Uniti, dove ad esempio i parenti delle vittime sono ammessi ad assistere all'esecuzione della pena di morte dell'uccisore del congiunto. La vendetta, che dovrebbe essere l'assoluta antitesi della giustizia riparativa. E ancor più, in assoluto, della giustizia, *tout court*". Rimane però anche da considerare che nei sistemi penali moderni la pena ha conservato una funzione anche retributiva.

²⁶ Osserva condivisibilmente LIVIO PEPINO, *Relazione* al convegno: "La vittima del reato questa sconosciuta" ... *cit.*, p. 18, che "la retribuzione in quanto tale – la pena – ha giustificazioni etiche e morali ma, sotto il profilo della tutela della vittima, mostra gravi inadeguatezze". Scriveva già un paio di decenni orsono FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*³ ... *cit.*, 240-242, che a fronte del "processo di devittimizzazione (cioè di marginalizzazione della vittima), sincronico alla progressiva pubblicizzazione" di alcuni rami del diritto, la dottrina contemporanea afferma ora che è "opportuno e fattibile includere tra gli scopi del diritto penale, accanto alla retribuzione, generalprevenzione e specialprevenzione, anche quello della *pacificazione sociale*, perseguibile innanzitutto attraverso la *riparazione della vittima*", che certo non si realizza soltanto infliggendo al reo pene severe.

Lo stesso concetto che la vittima del reato possa essere “risarcita” merita di essere abbandonato. Per fare un esempio estremo, come può risarcirsi in denaro chi, in conseguenza del reato, ha subito un danno gravissimo, come la perdita della capacità di deambulare, o di vedere? Dobbiamo allora abituarci a parlare di riparazione nel danno²⁷, perché non è solo una questione di soldi ma pure, ad esempio, di assistenza, di solidarietà, ove necessario di aiuto nell’elaborazione del lutto, ed anche perché alla vittima di un reato grave non può assicurarsi un risarcimento per equivalente; quale che sia il “risarcimento” in denaro che riusciremo a garantirle, una cicatrice rimarrà per sempre.

²⁷ DUCCIO SCATOLERO, *Relazione al convegno: “La vittima del reato questa sconosciuta” ... cit.*, p. 54, rileva che “va ridefinita la nozione di riparazione del danno che non può essere solo risarcimento ma è molto di più”, ed aggiunge, proponendo una tesi per così dire “estrema” che, a suo parere: “la riparazione del danno non riguarda solo la vittima diretta che ha subito il danno, riguarda, anche, le vittime indirette che, in qualche modo, hanno avuto un danno indiretto, ma anche quelle che non hanno avuto nessun danno ed hanno, semplicemente assistito all’attuazione di un danno”.

In memoria di un Maestro di vita e di dottrina: Gaetano Catalano

PAOLO DI MARZIO

1. *Catalano e i giovani*

Non è facile scrivere qualcosa per ricordare Gaetano Catalano. Che cosa evidenziare di una personalità così complessa, così diversa da ogni altra? La vasta opera scientifica, sempre di livello molto alto, o forse l'uomo, il suo originale modo di essere, quello che le future generazioni non potranno evincere dai suoi scritti.

Mi sembra preferibile la seconda scelta¹, avendo avuto la fortuna di potermi avvalere non solo dei suoi insegnamenti, ma anche dei suoi consigli e di un rapporto personale con lui, per numerosi lustri². Del resto, di recente ha trattato della sua opera scientifica Mario Tedeschi, anche se pure lui non ha evitato di tratteggiarne, ancora una volta, la figura umana.

Parlare solo di Catalano accademico significherebbe per me fargli un torto, perché il Catalano studioso non rende giustizia all'uomo, non ne fornisce la misura.

Avevo già incontrato Gaetano Catalano in alcuni convegni, ma non avevamo un rapporto personale quando, poco dopo essermi laureato, Mario Tedeschi mi invitò ad andargli a parlare. A seguito di ripetute revisioni, una

¹ Per la verità ho esitato lungamente prima di accettare l'invito del professor Mario Tedeschi a scrivere qualcosa sul nostro comune Maestro, non dimenticando che era stato proprio lui, con cui mi ero laureato e che mi aveva iniziato all'attività scientifica, ad insistere perché provassi ad istituire un rapporto personale con il professor Gaetano Catalano. L'esitazione nasceva dal fatto che, mentre preparavo la tesi di laurea sulla libertà religiosa, un tema caro anche a Gaetano Catalano, avevo letto l'introduzione a *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Milano, 1992 (1a ed. Torino, 1901) di Francesco Ruffini, scritta da A.C. Jemolo. Ormai prossimo ai cinquant'anni mi sono abituato al confronto scientifico con i Maestri, stimolato a tanto proprio da Gaetano Catalano. Ma in questo caso è diverso. Quell'introduzione di Jemolo mi sembra impareggiabile, riesce a tratteggiare la figura di Ruffini, uomo e studioso, in maniera che non si dimentica. Cosciente di non sapere scrivere pagine simili nel ricordare Gaetano Catalano, auspico che altri possa riuscirci, credo lo meriterebbe.

² Scelta umanamente difficile e 'accademicamente' impopolare, temo, perché richiede che si parli di sé, oltre che di Gaetano Catalano. Ma credo ne valga la pena. Il primo che rifuggiva le rigidità accademiche era proprio Catalano ...

prima parte della tesi di laurea era ormai divenuta un saggio sull'autonomia positiva e concettuale della libertà religiosa intesa come diritto. Mario Tedeschi aveva però preferito pubblicare prima un altro saggio, scritto dopo, che sottoponeva a critica la dominante configurazione del diritto di libertà religiosa come un diritto pubblico soggettivo³. Il lavoro sull'autonomia del diritto di libertà religiosa era sembrato a Mario Tedeschi a tal punto fermo nella critica di alcune cose che aveva scritto il suo Maestro che non gli sembrava opportuno fosse pubblicato da un proprio allievo senza averne parlato proprio con Catalano.

Nel novembre del 1988 il professore Catalano mi convocò a Roma. Credevo che avremmo parlato dei miei scritti ma Catalano, mostrando anche in questo caso quell'originalità che ne ha sempre distinto la figura, cominciò a trattare di tutt'altro. Anziché interrogarmi per saggiare le mie letture ed il fondamento delle tesi che proponevo – cosa che per la verità ha poi fatto quasi ininterrottamente per il successivo ventennio – si mise a parlare di sé. Mi portò a pranzare in una trattoria toscana nei pressi di Porta Pia dove era di casa, e raccontò delle sue vicende di studioso e delle difficoltà del mondo accademico. Ricordò alcune sue battute che lo avevano reso invisibile a molti, come quando, nel corso di un ricevimento a cui un suo collega lo aveva invitato, aveva proposto un brindisi per il festeggiato, notoriamente di sinistra, per aver conseguito un'onorificenza dal Vaticano, o come quando aveva replicato, ad un Giudice costituzionale il quale aveva criticato alcuni suoi scritti, che le migliori pubblicazioni del suo interlocutore erano state certamente quelle del matrimonio che aveva contratto con la figlia di un potente politico. Dopo alcune ore mi accompagnò fino al treno che mi avrebbe riportato a Napoli e mi chiese se intendevo ancora lavorare con lui. L'emozione mi impedì di rispondere con delle parole, spero di essere riuscito a manifestare i miei intenti con i fatti, attraverso una collaborazione ventennale e priva di soluzioni di continuità.

All'atto di salutarci non sapevo ancora se avesse letto il lavoro sull'autonomia del diritto di libertà religiosa, e se le critiche che avevo rivolto alle sue tesi gli fossero apparse sbagliate, o comunque fuori luogo. Presi il coraggio a due mani e glielo domandai. Il professore questa volta rispose con poche parole, ringraziandomi di aver avuto l'ardire di criticare alcune sue posizioni, poiché cominciava a temere che i suoi scritti stessero divenendo come i Vangeli, visto che quasi nessuno osava più metterli in discussione. Aggiunse

³ Tesi che, per la verità, si poneva anch'essa in contrasto con quanto aveva scritto Catalano, cfr. G. CATALANO, *La libertà religiosa*, Milano, 1957, pp. 55 e 85.

poi che il lavoro andava bene, e l'aveva già trasmesso da mesi alla rivista del Diritto ecclesiastico perché lo pubblicasse⁴.

Ancora in contrasto con quanto aveva sostenuto il Maestro nel suo libro sul diritto di libertà religiosa, scrissi poi un saggio sulla configurazione positiva di questo diritto. Inviai l'elaborato a Catalano ed attendevo timoroso il suo giudizio. Con mia sorpresa il professore, lui che non amava il telefono e tanto meno ricercare i numeri dei suoi interlocutori, mi raggiunse a Frascati, mentre seguivo un corso organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura per la formazione dei magistrati. Ancora oggi non so come avesse fatto a sapere che ero lì e ad ottenere il numero di telefono della mia camera d'albergo. Il professore si manifestava decisamente allegro e mi disse che avevo ragione, che la configurazione esatta è quella positiva e che lui, trent'anni prima, si era lasciato influenzare dalla tesi prevalente, ma era contento che ora fosse stata superata.

La disponibilità di Catalano a rapportarsi con i giovani mi è stata poi confermata tante volte. Un episodio in particolare mi è rimasto impresso. Alla metà degli anni novanta Giovanna Cerreto, un giovane avvocato che sarebbe poi divenuta mia moglie, aveva inviato al professore il suo primo lavoro di ricerca. Si trattava dell'annotazione di una sentenza, poi pubblicata sul Diritto ecclesiastico. Catalano lesse con cura l'elaborato e nel rispedirlo corretto trasmise pure una missiva manoscritta in cui si manifestava prodigo di consigli e, in particolare, in relazione ad un passaggio di poche righe, ma che riteneva importante e perciò meritevole di essere reso meglio, il professore non esitò ad inviare un foglio su cui aveva scritto a macchina, lui non usava il computer, il testo che "si permetteva di suggerire". Che bell'esempio!

Non era facile, certo, intrattenere rapporti con Catalano. All'inizio degli anni novanta mi convocò presso l'Università della Sapienza nel pomeriggio. Giunsi in treno da Napoli e mi recai puntuale nella sua stanza, ma lui non c'era. Mentre aspettavo incontrai il professor Lariccia che mi disse di aver visto Catalano allontanarsi. Trovato con non poche difficoltà un telefono pubblico, all'epoca i cellulari non c'erano ancora, provai a chiamarlo a casa della sorella, dove alloggiava a Roma. Mi rispose proprio lui, e si disse rammaricato che "non ci eravamo incontrati". Chiamai un taxi, mi recai sotto casa e bussai al citofono. Il professore mi rispose ancora di persona, mi riconobbe subito, come se si aspettasse il mio gesto, disse che avevo la determinazione giusta

⁴ Cominciarono così i miei non sempre facili rapporti con editori e tipografi, perché avvertivo la necessità di rivedere ancora il saggio, e non fu un'impresa semplice ritrarlo quando era già in composizione.

per occuparmi di ricerca e scese per incontrarmi. I suggerimenti su come migliorare i miei lavori che mi diede in quell'occasione, mentre curiosavamo tra i prodotti esotici esposti in un enorme bar-ristorante-emporio della Nomentana, li ricordo ancora.

2. *Catalano anticonformista e gentiluomo*

Il professore Catalano mi aveva detto, una delle prime volte che avevo avuto occasione di parlargli, di non avere “*mai nascosto di essere un uomo di destra*”. Effettivamente nella stanza in cui lavorava, nella casa di campagna, è ancora appeso alla parete un ritratto di Benito Mussolini. Credo che questa impostazione gli derivasse dal padre, un medico che a suo tempo aveva rivestito qualche carica nel PNF a Messina.

Di certo, però, Catalano tutto era tranne che un conservatore o un formalista. Anzi, rispetto ai suoi colleghi dell'Accademia mi è sempre sembrato un progressista. Era decisamente aperto alle novità, e comunque non si sottraeva al confronto con alcuno studioso, esperto o alle prime armi, a condizione che il suo interlocutore gli apparisse dotato, anche se di diverso avviso.

Il suo anticonformismo era a tal punto estremo da mettere talvolta in difficoltà gli amici. Ricordo ancora, in occasione di un Convegno organizzato dal professore Tedeschi a Napoli negli anni novanta, che Catalano, chiamato a presiedere un tavolo di lavoro, lo aveva fatto con la consueta brillantezza, ma non aveva indossato la cravatta. Ad ora di pranzo mi chiese di attenderlo e salì nella sua camera. Mentre gli altri partecipanti al convegno prendevano posto a tavola, rimasi ad aspettarlo sull'ingresso della sala da pranzo. Quando il professore arrivò era vestito di tutto punto con un completo scuro, ed indossava una bella cravatta. Spiegò che a tavola occorreva presentarsi ben vestiti ...

Del resto Catalano era anticonformista, ma conosceva le buone forme, eccome se le conosceva.

Mi torna alla mente una volta che stavamo scendendo in Sicilia da Napoli con il professor Tedeschi, il quale aveva invitato a cena anche il professor Catalano. Avevo vinto il concorso in magistratura e volevamo festeggiare. Portavamo con noi il vero ragù napoletano che avevo preparato a casa perché, dati i tempi di cottura, sarebbe stato complesso cucinare il ragù in Sicilia. Il professore Tedeschi aveva deciso di aprire una bottiglia di Brunello d'annata che gli avevo regalato un po' di tempo prima, e lui aveva riservato per un'occasione meritevole. Sebbene disponessi soltanto di una Fiat Uno il viaggio era andato bene e credevamo di giungere puntuali. Arrivati a Villa San Giovanni,

però, dovemmo prendere atto che c'era una gran fila all'imbarco dei traghetti e giunse rapida l'ora della cena. Chiamai la moglie del professore Tedeschi per avvertire lei ed il professore Catalano del ritardo. La signora, però, mi disse che Catalano non era ancora arrivato, aveva telefonato poco prima chiedendo del marito e, appreso che non era ancora arrivato, aveva pregato la moglie di chiedere al professore Tedeschi, appena fosse giunto, di fargli un colpo di telefono, così poteva nel frattempo continuare a lavorare. Abitava vicino e sarebbe arrivato in pochi minuti. Da antico gentiluomo preferiva non recarsi a casa di un amico quando la moglie era sola.

3. *Catalano umorista*

Le battute, ed anche le freddure, di Catalano le ricordano tutti quelli che hanno avuto a che fare con il professore, purché lui ne avesse considerazione. Ammetteva che in questo ambito aveva avuto un allievo brillante, il professor Salvatore Bordonali.

Non mi sembra il caso di raccontare le battute su altri, specie i colleghi che, decontestualizzando le parole, potrebbero risentirsi.

Ricorderò allora solo qualche episodio che ha coinvolto me.

Quando ancora stavo scrivendo alcuni dei primi lavori, andai a trovarlo a Messina e gli lasciai un saggio a cui stavo lavorando. Un paio di settimane dopo ero di nuovo in Sicilia, e gliene lasciai un altro. Eravamo nel suo studio, Catalano era seduto davanti alla macchina da scrivere e stava fumando una sigaretta mitica, e già allora quasi introvabile, un'Alfa⁵. Il professore si alzò e cominciò a passeggiare per la casa, fino a quando non lo vidi più. Tornò dopo un certo tempo e cominciò a parlare d'altro, la scarsa rendita del latifondo, l'imposizione fiscale troppo elevata, e cominciai a domandarmi se mi avrebbe mai detto cosa pensava del primo saggio che gli avevo lasciato. Repentinamente Catalano cambiò espressione, divenne sorridente e mi disse, più o meno, "*Di Marzio, ma che mi porta due saggi, articolati e complessi, in due settimane? Si ricordi che occorre impegnarsi perché il travaglio non degeneri mai in fatica*".

Un'altra volta, arrivati nel palazzo in cui abitava a Messina, raccolse la corrispondenza e cominciò a selezionarla, assegnando alle buste un ordine preciso. Mi colpì che c'era una raccomandata, e lui l'aveva messa dietro tutte

⁵ Gli dissi che pure mio padre apprezzava le Alfa, ma non riusciva a trovarle in vendita. Catalano, un po' impacciato, mi rispose che si trovavano solo in alcune rivendite di Roma, ed un amico parlamentare gliel procurava.

le altre lettere. Catalano colse la mia sorpresa ma sul momento non disse nulla. Saliti a casa comincio ad aprire la corrispondenza. Solo la raccomandata non la aprì, e la mise sotto un'altra che giaceva, anch'essa ancora chiusa, sulla scrivania. A quel punto mi spiegò che quella comunicazione, evidentemente, era urgente per chi l'aveva inviata, ma non per lui, e quindi l'avrebbe aperta a tempo debito⁶, senza fare distinzioni censuarie tra i suoi corrispondenti.

Anni dopo, in occasione di un convegno, ci trattenemmo a cena a Napoli con un gruppo di giovani cattedratici spagnoli. Catalano si rivolgeva agli ospiti in castigliano, e si mostrava sinceramente interessato alle loro ricerche e prodigo di consigli. Poi arrivarono le pizze, ed i professori spagnoli domandarono di conoscere il segreto di una pizza perfetta. Essendo io napoletano, il professore mi lasciò la parola e cominciai allora un lungo discorso sulle origini della pizza, la temperatura necessaria nel forno, etc. Avevo appena terminato quando uno dei giovani docenti spagnoli mi chiese un parere in ordine ai rapporti Stato-Chiesa in Spagna nei secoli trascorsi e Catalano, prontissimo, gli suggerì di andarci cauto, perché la storia che potevo insegnare avevo appena finito di esporla: era quella della pizza. I giovani professori risero e continuarono ad interrogarmi e Catalano, sornione, interveniva con frequenza in mio aiuto per indirizzare lo sviluppo della riflessione.

Negli anni novanta Catalano mi chiese di far parte delle sue commissioni d'esame a Roma, e naturalmente accettai. Proprio una delle prime volte, iniziai l'esame di una studentessa fuori sede che tutti avevamo notato. Era una bella ragazza, alta, con lunghi capelli neri, ed indossava un vezzoso kilt. La studentessa fece scena muta alla prima domanda, che pure mi sembrava facile (le intese con le confessioni religiose), limitandosi a chinare gli occhi ed arrossire. Mi domandai se fosse il caso di continuare, ma le feci una seconda domanda, e poi una terza ed una quarta. Cercavo di non interromperla per non intimidirla e, con mia sorpresa, la ragazza rispondeva molto bene. Riprendemmo il discorso sulle intese e, passata l'emozione, mostrò di conoscere bene anche questo argomento; mi ero ormai determinato ad assegnarle un punteggio alto. Sicuramente l'esame stava durando più del consueto. Mi decisi a guardare il c.d. statone, che riportava il punteggio conseguito in occasione degli esami sostenuti in precedenza dalla studentessa e potei constatare che aveva un curriculum di studi brillante. A quel punto intervenne Catalano, che era sopraggiunto alle mie spalle senza che l'avessi sentito e, con un sorriso, disse: *“Di Marzio, ho capito che è un piacere trattenerne questa*

⁶ Il professor Mario Tedeschi mi ha raccontato che si regolava in questo modo già il padre del professore Catalano.

mia studentessa, ma abbiamo ancora tanti esami da fare". La studentessa era ormai completamente a proprio agio e regalò un sorriso smagliante, fui io che cominciai ad arrossire.

In quegli anni seguì anche diverse lezioni di Catalano alla Sapienza. Mi è rimasta impressa una volta che, di sabato, entrando nell'aula Catalano si guardò intorno e dovette constatare che gli studenti erano molti meno del solito. Si sedette con studiata lentezza e disse: *"So bene di avere degli studenti israeliti, ma non sapevo che avessero fatto tanti proseliti, visto che ora buona parte dei miei studenti rispetta il sabato e non viene a lezione"*.

4. *Catalano nel suo regno*

Catalano era uomo che conosceva il mondo, ci si muoveva con disinvoltura e sapeva apprezzarne i piaceri. Una volta mi costrinse ad un'autentica maratona, a Bari, per andare a prendere il caffè nel bar che riteneva lo facesse meglio.

Il luogo dove l'ho visto più sereno, più a suo agio, però, è sempre stata la casa di campagna, a San Salvatore di Fitalia⁷. La prima volta che lo raggiunsi lì - non senza difficoltà, visto che l'indirizzo consisteva esclusivamente nell'indicazione di una "contrada" - lo trovai che stava coccolando dei micetti. Dovette quindi allontanarsi per un po' per controllare una condotta dell'impianto di irrigazione e, con un'agilità impreveduta per un uomo già allora all'apparenza malconco, salì e si mise alla guida di una Jeep d'epoca. Mi spiegò poi che era un veicolo abbandonato lì dagli americani, quando erano andati via al termine della seconda guerra mondiale⁸.

Anni dopo, quando arrivai a San Salvatore lo trovai intento a verificare il grande impianto d'irrigazione del nocciolo che aveva appena fatto realizzare. Indovinando ciò su cui mi stavo interrogando, come faceva spesso, mi spiegò che l'impianto era costato caro, ma aveva voluto farlo realizzare anche per assicurare di poter proseguire nel suo lavoro a quello che chiamava il suo "campiere"⁹ che, anche lui avanti negli anni, aveva bisogno dell'aiuto della tecnica per poter *"travagliare, e comunque"*, mi chiese: *"A lei le nocciole non piacciono?"*. Passammo il pomeriggio a mangiare nocciole aprendole con i sassi.

⁷ In provincia di Messina.

⁸ Il che sembrava plausibile. Anni dopo gli chiesi di vedere la Jeep, ma mi disse che non l'aveva più perché l'aveva venduta, e questo mi lasciò qualche dubbio.

⁹ È un'espressione siciliana che credo significhi: 'mezzadro'.

Nelle prime occasioni in cui gli feci visita dominava la proprietà un enorme albero di pino. Catalano mi disse che era citato già in documenti del quattrocento custoditi presso la chiesa. Quando la vidi la prima volta la pianta sembrava rigogliosa, ma con il passare degli anni, prima da un lato, poi dappertutto, le fronde si erano ingiallite. Alla fine il pino era caduto, per fortuna senza danneggiare la casa. Lo guardavo pensando a tutta la legna che andava perduta, e Catalano mi spiegò che seghe così grandi da poter tagliare un tronco di oltre due metri di diametro non se ne trovano con facilità. Le fabbricano solo in Australia, ma era economicamente troppo oneroso acquistarne una per tagliare una sola pianta, anche se gli sarebbe piaciuto ricavarne almeno una fetta. Mi condusse allora nel salone e mi fece vedere il camino, spiegò che non tirava bene. Era però riuscito a trovare un trattato irlandese del settecento ed aveva restaurato il camino applicando gli stessi criteri, realizzando perciò più canne fumarie di cui le esterne fungevano da camera d'aria, una inserita nell'altra, una ogni dieci gradi di prevista differenza tra la temperatura interna e quella esterna. Ora il camino tirava benissimo anche in pieno inverno, e con il vento.

Volle farmi assaggiare l'olio che produceva e ci recammo in cantina. Era difesa da un portone solido, chiuso da una serratura in ferro, fatta a mano, che aveva superato i secoli. Mi spiegò che un architetto gli aveva chiesto di cedergliela in cambio di una nuova, di ottima qualità, ma aveva rifiutato. A parte che forse nessuno era oggi in grado di realizzare una copia della chiave, grande ed elaborata, che azionava la serratura antica, un pezzo unico è un pezzo unico, è una fortuna averlo e non deve essere ceduto.

È stato a San Salvatore che il professore mi ha mostrato la collezione degli estratti dei suoi lavori, tanti ed alcuni ormai difficili da reperire perché pubblicati su riviste estinte da decenni, e mi ha invitato a prendere quelli che ancora non avevo.

Eravamo seduti nell'aia, quando mi raccontò di una sua vicenda dei tempi in cui svolgeva la professione di avvocato. Catalano era stato un avvocato di gran nome a Palermo, ma quando ci siamo incontrati aveva già scelto di non esercitare più. Qualche decennio prima era riuscito, tra l'altro, a formarsi una buona clientela a Bagheria, cercando di evitare le persone più vicine all'onorata società, e naturalmente aveva anche clienti di San Salvatore. Raccontò che, in una causa civile, giunti all'esame del testimone chiave del processo, l'avvocato di controparte, alla presenza di quest'ultima, aveva subito cercato di intimidire il teste, e lui si era rivolto al giudice per domandare il rispetto delle regole. Il difensore di controparte, però, non la smetteva, e lui era sbottato dicendogli: "*Si vossia site di Bagheria, io sugno du Salvaturi, la vulemo fnire?*". La testimonianza era stata quindi raccolta, e Catalano aveva

vinto la causa. Qualche settimana dopo si trovava a Bagheria in una strada secondaria, quando aveva riconosciuto la controparte in persona. Camminava con la coppola calcata sugli occhi, seguito da due persone robuste che lo seguivano un passo indietro. Catalano era rimasto intimorito e mi chiese cosa avrei fatto in quel frangente. Gli risposi che avrei cercato di raggiungere una strada principale e sarei entrato in un bar affollato. Mi disse che aveva fatto proprio così. Ma il problema era rimasto, perché l'uomo e i due che lo accompagnavano lo avevano raggiunto e, parandogli davanti e continuando a camminare, l'avevano costretto ad entrare in una stanzetta. A questo punto l'uomo che aveva perso la causa contro il suo cliente si era rivolto ai compari e gli aveva detto: "*Chisto è un avvocato bono, coraggiuso*". Uscendo gli aveva offerto il caffè e aveva domandato se accettava di essere il suo difensore in altre cause, ma Catalano aveva declinato l'invito.

Un paio di anni fa tornai a trovarlo a San Salvatore. Ero finalmente diventato padre e Catalano non conosceva ancora mia figlia. Passò quasi tutto il tempo a giocare con lei. Al momento di congedarci le regalò delle miniature di ombrellini di carta di fabbricazione giapponese.

5. *L'amico Catalano*

Catalano ha insegnato per molti anni lontano dalla Sicilia, ma è sempre rimasto un vero siciliano ed un profondo conoscitore della propria terra.

Quando alla fine degli anni ottanta avevo trovato lavoro a Palermo, come dirigente di una associazione di datori di lavoro, cominciarono a capitarmi cose strane. Rientravo a casa e trovavo tutte le luci accese. Il giorno dopo tutti i rubinetti erano aperti, e così via. Cominciai a provare ansia, mi domandavo se si trattasse di pressioni da parte della criminalità organizzata, ed andai a trovare Catalano per parlargliene. Il professore mi ascoltò in silenzio, quindi si alzò e si allontanò, credo per scegliere le parole. Tornò e mi disse: "Interpreta bene i fatti. C'è qualcuno che la sta mettendo alla prova, vogliono sapere di che pasta è fatto. Non ci vedo pericoli immediati, mi tenga aggiornato". Poi, passando al siciliano, aggiunse: "*Comunque lei manovalanza vide, chiddi boni tutti a Roma stanno*".

Una decina di anni più tardi gli portai in omaggio un libro di poesie scritte da mio padre, Giulio Di Marzio. Nelle successive occasioni in cui ci eravamo incontrati non aveva mai fatto cenno a quella raccolta di versi. Dopo un annetto mi chiamò e mi chiese di domandare a papà se poteva pubblicare una delle sue liriche, che erano molto belle, su una rivista locale per la quale teneva una rubrica di poesie. Pubblicò i versi con un suo commento.

6. *Catalano e l'Accademia*

Il professore Catalano aveva un rapporto tutto suo con il mondo accademico. Aveva molta stima di alcuni colleghi, ma non direi che ne cercasse con frequenza la compagnia. Era piuttosto disposto a confrontarsi con loro scientificamente.

Non ho mai dimenticato una lezione di un altro uomo d'eccezione, il canonista tedesco Rudolf Weigand, ascoltata durante un convegno tenutosi a Napoli, presso il Suor Orsola Benincasa. Weigand propose un'analisi complessa e, rispondendo alle domande dell'uditorio, chiari ulteriormente le sue posizioni. In sintesi: è vero che Cristo dice: "Non separi l'uomo ciò che Dio ha unito", ed anche su queste parole si è fondata la dottrina cattolica sull'indissolubilità del matrimonio. Ma se il progetto di vita comune di due coniugi non esiste più, se vivono lontani e non provano più interesse l'uno per l'altro, forse il loro matrimonio è ormai cessato. La eventuale pronuncia dei Giudici ecclesiastici che sancisse la fine del matrimonio, in questo caso, non sarebbe costitutiva, il che non è consentito a nessuna autorità terrena, ma dichiarativa. Prenderebbe atto di una realtà che, ormai, è già tale. Per quanto esposta con molta misura e pesando ogni parola, la tesi era indubbiamente rivoluzionaria. Un prelado che aveva ascoltato la lezione si avvicinò a Weigand, forse con l'intenzione di ricondurlo alla retta dottrina ma, compreso da una crocetta applicata su un'asola della giacca che anche il professore tedesco era un sacerdote, rimase senza parole. Mi avvicinai a Catalano per sapere cosa pensasse di quello che avevamo ascoltato, ma lui rimase evasivo. Più tardi, dopo cena, Weigand mi stava riassumendo gli esiti del suo lavoro della mattina, quando ci eravamo recati alla Biblioteca Nazionale di Napoli e lui aveva messo a confronto le due copie del Decreto di Graziano che sono lì custodite. Parlava in tedesco di cose per me già troppo difficili nella lingua madre, come le diverse grafie della lettera alfa e simili, capivo poco ma non ardivo allontanarmi. Arrivò Catalano che non sapeva di cosa stessimo parlando e disse: "*Di Marzio, già il professor Weigand espone tesi che sono avanti di anni e forse di secoli, poi lei pretende di seguirlo in tedesco ...*". Weigand sorrise e cominciò a parlare in italiano. Tutti e due, almeno, avevamo scoperto cosa avesse pensato Catalano della lezione tenuta dal professore tedesco nel pomeriggio.

Con il passare degli anni Catalano scriveva sempre meno, si era un po' impigrito. Abbiamo atteso per anni che completasse il suo manuale. Una volta mi domandò di scrivere assieme la parte sul matrimonio, ma poi non se ne è fatto più niente ed il suo manuale è rimasto incompiuto.

Continuava però a seguire le pubblicazioni degli altri ed anche quando ho scritto una monografia sul matrimonio concordatario l'ha letta tutta ed ha dispensato consigli.

Una decina di anni fa arrivai in ritardo ad uno dei consueti convegni. Era l'ora della pausa per il caffè e Catalano appena mi vide mi venne incontro, mi abbracciò, cosa assolutamente inusuale, e mi chiese un passaggio per tornare a Napoli. Gli spiegai che avevo l'esigenza di passare da Santa Maria Capua Vetere e speravo di non fargli perdere il treno per la Sicilia. Mi rispose che non poteva perdere il treno perché non ne aveva prenotato nessuno, e neppure conosceva gli orari. Quindi mi spiegò che già due docenti napoletani gli avevano offerto un passaggio, ma si trovava in difficoltà perché tutti e due partecipavano ad un concorso e lui era stato nominato quale componente della commissione esaminatrice.

Catalano era uomo non facile e studioso rigoroso, ma non mancava di senso pratico. Tante volte ha sostenuto le mie ragioni quando cambiavo lavoro per migliorare la mia condizione, anche contrastando le perplessità di Mario Tedeschi, il quale temeva che lavori sempre più impegnativi e di responsabilità mi avrebbero distolto dalla ricerca. Una volta mi disse che la passione per la ricerca è una malattia, e non si guarisce mai, qualsiasi cosa si faccia per vivere.

Poco tempo fa gli chiesi, in presenza di un suo collega della Sapienza, perché scriveva poco, perché anche i suoi interventi ai convegni erano divenuti più rari, chi avrebbe diffuso la sua dottrina? Catalano accennò un sorriso, e rispose solo: "*Beb, finché c'è lei*". Forse scherzava, come faceva spesso. Ma l'ho preso in parola, e la sua lezione continuerà ad essere diffusa anche attraverso le mie parole ed i miei scritti. Arrivederci, straordinario Maestro di vita e di dottrina.

Gli insegnamenti del Diritto Canonico ed Ecclesiastico nell'Università di Napoli: la storia¹

FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER

1. *L'assidua attenzione dell'Ateneo napoletano all'insegnamento delle discipline*

A centocinquant'anni dall'Unità d'Italia è doveroso e corretto segnalare, innanzitutto, che gli insegnamenti del diritto ecclesiastico e del diritto canonico hanno sempre trovato grande attenzione nella Facoltà giuridica dell'Università di Napoli, oggi titolata Federico II. Questo dato trova conferma sia nella priorità cronologica dell'istituzione della cattedra di diritto ecclesiastico¹, sia nella perdurante preoccupazione di provvedere tempestivamente alla istituzione e alla copertura delle cattedre con autorevoli docenti, sostenuta dalla risposta di generazioni di discenti in gran parte attenti e sensibili, e sempre più interessati alle problematiche in oggetto.

Prima in Italia, infatti, la Facoltà giuridica partenopea delibera di ricoprire

¹ Note elaborate per il Convegno "Gli insegnamenti del diritto canonico ed ecclesiastico a centocinquant'anni dall'Unità", Padova, 27 -29 ottobre 2011.

RENATO BACCARI, *Priorità e continuità dell'insegnamento del diritto ecclesiastico nella Facoltà giuridica di Napoli*, in *Studi in memoria di M. Petroncelli*, Jovene, Napoli, 1989, vol. 1°, p. 3 s. In relazione alla tempestiva istituzione della disciplina e al sollecito bando della cattedra GAETANO CATALANO, *L'apporto di Francesco Scaduto al "nuovo" diritto ecclesiastico*, in *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico. Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 3, Jovene, Napoli, 1994, p. 117, specifica che, consapevole delle qualità di Scaduto, "La Facoltà giuridica e letteraria partenopea s'indusse, infatti, a chiedere (all'allora ministro on. Coppino) che le fosse concesso di bandire un concorso per la copertura della cattedra di diritto ecclesiastico, in deroga alle direttive impartite un decennio prima dal Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione: direttive che (in parte recepite dal regolamento contenuto nel r.d. 8 ottobre 1876 n. 3434) prevedevano non soltanto la soppressione delle cattedre di diritto canonico (o ecclesiastico), mano a mano che fossero risultate vacanti, ma addirittura lo smembramento della disciplina, assegnando l'insegnamento del diritto della Chiesa alle cattedre di storia del diritto (di cui era prevista l'obbligatoria istituzione in ogni facoltà) e distribuendo per contro lo studio della legislazione in materia ecclesiastica (o, come allora dicevasi della "polizia ecclesiastica") o del "diritto pubblico ecclesiastico" agli insegnamenti di diritto costituzionale, amministrativo e civile". Le affermazioni di Gaetano Catalano, che è stato attento studioso dell'ecclesiasticista Scaduto, fanno però riferimento ai successi riscossi dal discorso svolto da Scaduto nell'Università di Palermo, nel 1884, mentre Baccari parla di delibera della Facoltà del 1883: un divario di date che, almeno per ora, non è stato possibile verificare.

con un titolare di cattedra in seguito a concorso l'insegnamento del Diritto ecclesiastico, ponendo fine ai corsi di *jus publicum ecclesiasticum* svolti da don Carlo Cucca, con ambiziose mire ma con modesto seguito, in ragione dell'intervenuta soppressione delle Facoltà di teologia, dell'anticlericalismo dilagante e di personali difficoltà del docente.

La lungimirante determinazione della Facoltà porta nell'Ateneo napoletano, nel 1886, il vincitore di concorso Francesco Scaduto, che la dottrina unanime riconoscerà, unitamente a Francesco Ruffini, fondatore del nuovo diritto ecclesiastico².

In seguito alla chiamata alla sede universitaria romana di Scaduto, nel 1911, la cattedra è affidata al suo allievo Domenico Schiappoli, già impegnato nella stessa Facoltà, dal 1895, con un corso libero di diritto ecclesiastico e di esegesi delle fonti del diritto canonico³: uno studioso attento, che condivide l'evoluzione impressa alla disciplina e ha prodotto apprezzate pubblicazioni.

Schiappoli lascia l'insegnamento per limiti di età nel 1940 e gli succede Vincenzo Del Giudice, anch'egli allievo di Scaduto, che ha svolto 16 anni di insegnamento presso l'Università cattolica di Milano: uno studioso autorevole, profondo conoscitore del diritto ecclesiastico e del diritto canonico, al quale in particolare rivolge sensibile attenzione. Ed è, quest'ultima, materia giuridica che, da oltre un ventennio, ha ricevuto e continua a suscitare nuovo crescente interesse, a livello di ricerca e di didattica, perché il suo secolare sviluppo legislativo è approdato nel 1917 a una codificazione di carattere universale per la chiesa cattolica latina, e per il tenore dei Patti del Laterano che, se con il Trattato hanno composto la "questione romana", con il Concordato molto invitano a riflettere e a praticare in ordine ai necessari raccordi tra l'ordinamento dello Stato e il diritto della Chiesa.

Del Giudice insegna a Napoli solo per un triennio, travagliato in ragione delle vicende belliche, poi viene chiamato a Roma a coprire la prima cattedra di diritto canonico di una Università statale. La sua breve presenza, comunque, determina una incisiva svolta nell'insegnamento delle discipline. Il diritto canonico viene ora decisamente considerato nella sua autonomia, come scienza "separata" dal diritto ecclesiastico: una materia della quale si è previsto l'insegnamento con il R.D. 1936/882, il cui studio, al di là delle più recenti sollecitazioni, ha solide basi giuridiche e può vantare una plurisecolare

² V. GAETANO CATALANO, *Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita e allo sviluppo del diritto ecclesiastico italiano*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1995, I, p. 845 s.

³ V. RENATO BACCARI, *Priorità cit.*, p. 6, e MARIO PETRONCELLI, *Domenico Schiappoli*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1945, p. 209.

tradizione didattica e scientifica⁴. Le due discipline, nonostante la difficoltà dei tempi, con la didattica di Del Giudice tendono ad acquistare nuove dimensioni e stabilità⁵. Giova la capacità del Maestro di coagulare l'attenzione con una attenta e perenne riflessione tra le istanze di sintesi teorica e l'analisi dell'esperienza dei casi giuridici pratici⁶.

A giugno 1943, con l'Italia che si appresta a essere "divisa" (le "forze alleate" interverranno in Sicilia il 3 agosto e a Napoli il 1° ottobre dello stesso anno, influenzando, inevitabilmente, l'ordinario svolgimento della vita della società civile), la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli avvia la procedura per coprire la cattedra di diritto ecclesiastico che Del Giudice lascia, ma le circostanze impediscono di provvedere alla chiamata di un nuovo titolare sino al 1944. L'insegnamento, per il periodo di vacanza, viene affidato a Giuseppe Buonocore, libero docente della materia, che non aveva in precedenza potuto insegnare perché antifascista.

Al bando della cattedra del 1943 segue una tempestiva domanda di Mario Petroncelli, allievo di Del Giudice e titolare di diritto ecclesiastico nell'Università di Catania, dove è stato anche Preside della Facoltà di giurisprudenza e si accinge a espletare il mandato di Rettore, sia pure per breve tempo⁷. L'istanza, che nel corso di un travagliato viaggio svolto alla conclusione della sessione estiva degli esami a Catania è stata di persona comunicata al Maestro Del Giudice e ad alcuni colleghi ecclesiasticisti che risiedono a Roma, viene presentata a Napoli il 5 luglio 1943, e trova immediata disponibilità nell'Ateneo napoletano, ferma in ogni caso l'attesa di poter svolgere un Consiglio di Facoltà capace di esprimere un largo consenso. Forte è il senso di responsabilità dei futuri colleghi partenopei, capace di coinvolgere e, talora, stupire anche i responsabili degli uffici culturali delle forze alleate stanziate in Sicilia che devono provvedere all'adozione delle certificazioni necessarie al trasferimento.

⁴ La fondazione dell'Ateneo napoletano voluta dall'imperatore Federico II, nel 1224, ha come prime articolazioni gli insegnamenti del diritto comune e del diritto canonico.

⁵ V. VINCENZO DEL GIUDICE, *Per lo studio del diritto canonico nelle Università italiane*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, Firenze, 1936.

⁶ V. i necrologi relativi a Vincenzo Del Giudice di Pietro Gismondi e Mario Petroncelli, in *Il diritto ecclesiastico*, 1971, I, p. 535 s., e p. 539 s.

⁷ La stessa nomina a Rettore, firmata il 26 ottobre 1943 dal Brigadier General USA FRANK J. McSHERRY del Governo militare alleato specifica la limitazione a un anno. L'elezione è stata una testimonianza di fiducia da parte dei colleghi, condivisa dai responsabili delle "forze alleate", perché tutti erano stati informati della richiesta di trasferimento in corso: l'attestazione di una stima che trova conferma nei diari di G.R. Gayre consulente presso l'AMGOT e direttore della Commissione per l'educazione (v. *Italy in transition.*, G.R. Gaire Estratti del diario privato, Faber and Faber Limited, London).

La chiamata di Mario Petroncelli alla cattedra di diritto ecclesiastico, deliberata dal Consiglio di Facoltà il 18 febbraio 1944, unitamente all'assegnazione della cattedra di Storia del diritto romano a Mario Lauria, viene comunicata con lettera della stessa data dal Preside della Facoltà Vincenzo Arangio Ruiz al Colonnello Gayre responsabile per la pubblica istruzione.

Nel lungo periodo trascorso tra il bando della cattedra e l'intervento della delibera necessaria per la sua formale copertura interviene un consistente scambio epistolare, tra Petroncelli e i docenti della Facoltà napoletana e di altre sedi, che segnala consensi alla persona e notizie circa le difficoltà che caratterizzano in questo periodo lo svolgimento della attività accademiche, non soltanto a Napoli⁸. Unitamente agli accenti di stima personale, si evidenzia nella vicenda (e merita ribadirlo) il prestigio di cui godono le discipline ecclesiasticistiche nel mondo accademico napoletano. Le cattedre non abbondano. La procedura penale è anch'essa in attesa di un bando⁹, ma le ragioni del diritto ecclesiastico e del diritto romano, che gode anch'esso nella Facoltà di tradizione e prestigio, hanno la precedenza. Un certo peso hanno anche le rassicurazioni di Petroncelli di trasferirsi definitivamente a Napoli (quindi, di garantire stabilità didattica) e la sua pregressa esperienza di gestione delle vicende accademiche. E tutto questo, in uno con il responsabile impegno da parte della Presidenza consente di conseguire, per quanto lo permettono i tempi, il perfezionamento della copertura della cattedra di diritto ecclesiastico.

L'attività didattica di Petroncelli a Napoli si protrae sino al 1978; la permanenza nell'Ateneo, secondo le leggi allora vigenti, per un ulteriore triennio. In questi anni intervengono più riforme, il clima universitario è rinnovato

⁸ Come già ho avuto modo di segnalare (v. FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *La sollecitudine per la 'rivista' nel 1942*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1990, I, p. 265), in siffatte contingenze la comunicazione "via posta" si dispone quale mezzo di contatto privilegiato e, nel caso di specie, assicura una larga condivisione delle aspettative di Petroncelli per la cattedra napoletana, da parte di più colleghi della disciplina e di autorevoli docenti di altre discipline che già svolgono il loro insegnamento a Napoli. In particolare, nel clima di insicurezza (anche in ordine alla legittimità dei provvedimenti da adottare) che si è determinato (non soltanto nella vita universitaria), costanti sono il sostegno di Arturo Carlo Jemolo e la disponibilità di Pietro Agostino D'Avack, che è disposto a presentare eventualmente anch'egli una domanda, sia pure al solo fine di costituire una "terna" da sottoporre al Ministero competente. Meno disponibile si manifesta solo Pio Fedele, dal momento che non nega, pur senza aver presentato un'istanza, un suo interessamento per la cattedra napoletana. Più silente è Del Giudice che non ritiene corretto adoperarsi per sollecitare o raccomandare qualcuno ai colleghi.

⁹ Questa cattedra potrebbe essere coperta con la chiamata a Napoli da Bari di Giovanni Leone, e in questo senso sembra sussistere un'aspettativa di Biagio Petrocelli che è Rettore dell'Università di Napoli.

e il prestigio del diritto ecclesiastico e del diritto canonico è sempre alto. I corsi sono molto frequentati, numerosissime le tesi di laurea, attenta e aggiornata la cura della biblioteca della Facoltà che ora comincia a vantare la disponibilità di un cospicuo patrimonio librario. Si costituisce l'Istituto di diritto ecclesiastico e canonico e viene creata la Scuola di perfezionamento in diritto ecclesiastico e canonico, "unica nelle Università statali, perché l'altra scuola di perfezionamento in diritto canonico esisteva già da molto tempo all'Università cattolica del Sacro Cuore"¹⁰. Si crea un gruppo di giovani studiosi, alcuni dei quali intraprendono la carriera universitaria (A. Vitale, F. Janes Carratù, R. Balbi L. Notaro, R. Pascali), altri conseguono la libera docenza (Elio Mazzacane e Silvestro Landolfi, entrambi magistrati) e altri ancora proseguiranno l'attività di ricerca con i docenti chiamati ad affiancare e, poi, a succedere Petroncelli.

Nel 1967 si rende possibile istituire nella Facoltà una seconda cattedra di diritto ecclesiastico, che viene coperta da Guido Saraceni, autorevole docente presso l'Università di Padova (della quale conserverà sempre un caro ricordo): uno studioso vigile e sensibile, capace di "formare", ma anche esigente, che Petroncelli, pur consapevole di deludere legittime attese di docenti delle Università meridionali, vuole a Napoli in considerazione del tenore delle sue ricerche scientifiche. E anche questo Maestro è molto attento alla qualità degli studi di diritto ecclesiastico e canonico che si sviluppano nell'Ateneo napoletano.

Di seguito, con l'uscita dal ruolo di Petroncelli, Saraceni passa alla prima cattedra di diritto ecclesiastico e alla seconda, nel 1978, viene chiamato Tommaso Mauro che lascia l'insegnamento a Pavia e rimarrà a Napoli sino al 1984. Nel 1980 a Saraceni succede, per un solo anno Cesare Mirabelli.

All'inizio degli anni '80, l'istituzione di una cattedra di diritto canonico porta a Napoli Renato Baccari, che ha con pazienza "atteso" e che affermerà, con la sua acuta ironia, di avere avuto "la soddisfazione di inaugurare l'insegnamento del diritto canonico all'Università di Messina nel 1938 e poi di averlo fatto ripristinare all'Università di Bari" e "l'ambito onore di essere stato il primo professore titolare di diritto canonico all'Università di Napoli".

Nel 1982 si attiva anche l'insegnamento di Storia e sistemi dei rapporti tra Stato e Chiesa. Nel 1984, sono chiamati a Napoli Antonio Vitale (allievo

¹⁰ V. RENATO BACCARI, *L'insegnamento*, cit., p. 10. La Scuola di perfezionamento in diritto ecclesiastico e canonico godrà anche, per diversi anni e a tutti gli effetti di legge, della qualifica di Scuola di specializzazione, unitamente ad altre quattro Scuole costituite presso la Facoltà di Giurisprudenza, finché una improvvida riforma non ne costringerà la soppressione in favore di una, sia pur necessaria, Scuola di specializzazione per le professioni legali.

di Petroncelli e attento studioso delle discipline) e Mario Tedeschi che, forte della sua preparazione e delle sue capacità organizzative, riuscirà a dare un deciso impulso alla didattica (in anni che segnalano una crescita del numero dei discenti) e alla ricerca, anche con la promozione di numerosi incontri e convegni orientati a cogliere e a valorizzare il patrimonio di dottrina e i profili scientifici dei precedenti maestri.

Il resto è storia presente, nella quale merita sottolineare, mentre si ascolta con rammarico che le materie ecclesiasticistiche trovano difficoltà di insegnamento in più Atenei, che la Facoltà di Giurisprudenza (destinata a trasformarsi con l'attuazione della riforma Gelmini) oggi dispone di tre cattedre di Diritto ecclesiastico e di stabili corsi di Diritto canonico, di Storia e sistemi dei rapporti tra Stato e Chiesa, di Diritti confessionali. E le discipline vengono insegnate con profitto anche nella Facoltà di Scienze politiche e nel Corso di Laurea in Scienze del Servizio Sociale.

2. Lo studio del diritto ecclesiastico svolto dai docenti dell'Ateneo

Gli autorevoli Maestri che hanno insegnato nella Facoltà partenopea hanno dato un notevole contributo allo studio del diritto ecclesiastico¹¹. Essi sono giunti alle cattedre napoletane quando già avevano raggiunto una consistente maturità scientifica, riconosciuta a concorso e testimoniata da monografie e altri scritti dei quali si danno accurati resoconti nei rispettivi studi in onore o in memoria che gli allievi e i colleghi hanno voluto loro tributare. Su queste consolidate basi, la loro produzione scientifica, anche in ragione della ancor giovane età di alcuni (Scaduto e Petroncelli sono chiamati alla cattedra napoletana a 38 anni) e della significativa permanenza in un ambiente cittadino ricco di stimoli e di tradizioni legali, è intensa e articolata. Più scritti guardano allo sviluppo teorico della disciplina; meditati articoli e note alla giurisprudenza considerano, con tratto da maestri, vicende particolarmente significative; un'ampia produzione manualistica, crea una felice sintesi tra formazione e informazione per generazioni di discenti e operatori del diritto. E, quasi a

¹¹ Con incisività, in una giornata di studio dedicata a Guido Saraceni, Mario Tedeschi afferma che "La cattedra di diritto ecclesiastico conserverà il suo prestigio solo se si pensi che allo Scaduto – che resterà a Napoli per una quindicina d'anni – succederanno Maestri quali Domenico Schiappoli, Vincenzo del Giudice e Mario Petroncelli. Chi volesse ricostruire la storia culturale della disciplina non potrebbe prescindere da questa significativa presenza napoletana che ha sempre dato un costante, notevole contributo". V. MARIO TEDESCHI, *Introduzione ai lavori*, in *Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 5, Jovene, Napoli, 1999, p. 175.

naturale dilatazione di questa intensa e poliedrica attività di studio, possono anche essere riguardati gli studi celebrativi dei Maestri e le iniziative intraprese per approfondire la qualità delle loro ricerche, senza, peraltro, trascurare quanto del loro percorso scientifico è trasfuso nella produzione personale degli allievi che si sono formati alla loro scuola¹².

Francesco Scaduto, profondo conoscitore della storia come necessario riferimento per le indagini giuridiche, capace al contempo di guardare con concretezza alla realtà di una disciplina che presenta “istituti sorti da esigenze tanto diverse, che avevano più volte dovuto mutare natura per sopravvivere alle tempeste politiche”¹³, trasfonde nei suoi numerosi scritti (oltre un centinaio di saggi sui problemi più disparati) e in particolare misura nella nota seconda edizione dei due volumi del manuale di Diritto ecclesiastico¹⁴ (“riveduta ed ampliata, specialmente delle nuove leggi e giurisprudenza, della bibliografia e delle fonti del Diritto Canonico del prof. Huebler”) tutti i contenuti organici di una disciplina giuridica che ha guadagnato nuova autonomia didattica e scientifica: una materia nella quale i “sacri canoni” rientrano se e in quanto “siano stati riconosciuti direttamente o indirettamente dal potere civile”, che evidenzia, al contempo, come il fenomeno religioso non sia realtà che possa restare confinata nell’ambito della coscienza individuale¹⁵. In questa ottica, la Chiesa cattolica si dispone entro i confini di “un’associazione privata”, i cui statuti acquistano efficacia civile “in quanto non contraddicono

¹² V., in particolare, gli *Studi in onore di Guido Saraceni*, a cura dell’Istituto di diritto ecclesiastico e canonico dell’Università di Napoli, Jovene, Napoli, 1988 e gli *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, a cura dell’Istituto di diritto ecclesiastico e canonico, Jovene Napoli, 1989; *La tradizione dottrinale nel diritto ecclesiastico*, a cura di Mario Tedeschi, in *Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto canonico ed ecclesiastico*, 3, Jovene, Napoli, 1994; le relazioni della giornata di studio su *Il dispositivo autonomo nella teoria delle fonti di diritto ecclesiastico. Il contributo di Guido Saraceni* (7 ottobre 1998), in *Quaderni della Scuola* cit., 5, p.173 ss.; ANTONIO GUARINO, *Lo Scaduto dimenticato!*, in *Quaderni della Scuola* cit., 7, Jovene, Napoli, 2002, p. 131 ss.; GERMANA CAROBENE, *Il concetto di diritto ecclesiastico e i rapporti Stato-Chiesa nella produzione scientifica di Domenico Schiappoli*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2004, I, p. 459 ss.; MARIA D’ARIENZO, *Francesco Scaduto candidato al Parlamento. Un episodio inedito della sua biografia*, in *Diritto e religioni*, n. 1, 2008, p. 368 ss.; RAFFAELE BALBI, *Riflettendo sull’opera di Mario Petroncelli come studioso e Maestro*, in *Rileggere i Maestri*, a cura di Mario Tedeschi, Pellegrini Ed. Cosenza, 2011, p. 93 ss..

¹³ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Introduzione*, pubblicata nelle Edizioni della Regione siciliana e letta in occasione della presentazione della ristampa del volume di FRANCESCO SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, Palermo, 1887.

¹⁴ V. FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1892 e 1894.

¹⁵ Per lo sviluppo di questa fondamentale innovazione, v.: GAETANO CATALANO, *Il contributo di Francesco Scaduto*, cit. ; IDEM, *L’apporto di Francesco Scaduto al “nuovo” diritto ecclesiastico*, in *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, cit.

alle nostre leggi al diritto pubblico o alla morale” (universale e dominante è, al momento, la teoria che solo lo Stato guadagna la qualifica di ordinamento giuridico), ma anche il diritto canonico riceve una considerazione che certo non ne esclude l'autorità e una intrinseca giuridicità. I canoni e le decretali che lo integrano (dal momento che solo nel 1917 si provvederà a una codificazione) vengono esaminati da Scaduto senza privarli del proprio tenore normativo, fermo il primario fine della trattazione di fare ordine nella complessa congerie di fattispecie che si presentano al giurista civile con forti elementi di regolamentazione canonica. E le riflessioni del Maestro (che hanno considerazione e ripercussioni su tutta la dottrina, mentre formano ed entusiasmano allievi e operatori del diritto¹⁶), se sono di fondamentale rilievo per sancire l'autonomia del diritto ecclesiastico dello Stato, non contrastano certo le attese di sviluppi dottrinali a livello di teoria generale del diritto (al momento presenti in alcuni interrogativi di Ruffini e che troveranno spazio negli studi di Santi Romano), che riguardino immediatamente la realtà della Chiesa e il suo ordinamento¹⁷.

Domenico Schiappoli, che ha completato i suoi studi in Germania, frequentando i corsi di Hinschius e Huebler, prosegue nella ricerca e nella didattica sulle linee tracciate da Scaduto e, nel ricostruire gli istituti del diritto ecclesiastico, riconosce parimenti un rilievo giuridico al diritto canonico. Si coglie, inoltre, nei suoi scritti l'esigenza di “confrontarsi” con gli interrogativi che si pone Ruffini in ordine a quanto sia corretto vedere la Chiesa cattolica solo come “uno spontaneo e libero associarsi di individui per il loro perfezionamento morale e religioso”¹⁸. E tale attesa diventa necessità dopo l'avvento dei Patti del Laterano. Così, nei lavori pubblicati nel corso della sua lunga permanenza a Napoli, Schiappoli, forse ingiustamente sottovalutato, si segnala come studioso rigorosamente laico, attento alle dinamiche del diritto di libertà religiosa, che non trascura (anche se non condivide nei risultati) l'evolvere dei rapporti tra Stato e Chiesa¹⁹. Nei manuali evidente è l'attenzione alle relazioni

¹⁶ Il 9 giugno 1907, in occasione della candidatura politica di Scaduto nel collegio di Girgenti, ad iniziativa del Comitato degli studenti universitari napoletani viene anche pubblicato un fascicolo (Stab. Tip. “*Diritto e Giurisprudenza*”, Piazza dei Tribunali, 46) che ne sostiene le attese, con notizie biografiche, interviste e un ampio elenco delle pubblicazioni, specificamente attento agli scritti “tecnici” di diritto ecclesiastico del Maestro.

¹⁷ V. ANTONIO GUARINO, *Le chiese e gli ordinamenti giuridici*, Pellegrini ed., Cosenza, 2008.

¹⁸ EMIL FRIEDBERG-FRANCESCO RUFFINI, *Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1983, p. 29.

¹⁹ V. GERMANA CAROBENE, *Il concetto di diritto ecclesiastico.. cit.*, anche per l'ampiezza delle citazioni della produzione scientifica di Domenico Schiappoli.

tra lo Stato e la Chiesa cattolica, sempre vigile l'aggiornamento in riferimento alle innovazioni legislative, precisa la scelta di procedere con mirate modifiche strutturali dei testi²⁰. Fermo rimane, in ogni caso, il dogma della sovranità statale e, di conseguenza, pienamente critico il giudizio sull'intervento dei Patti del Laterano; e per questo, in una realtà che molto muta negli anni '30, a livello politico e legislativo, il suo contributo scientifico perde forse di originalità, ma non certo di rigorosa coerenza interna.

Del Giudice porta a Napoli la significativa svolta di un insegnamento del diritto ecclesiastico che non è più contrassegnato da un indirizzo anticlericale e che ha guadagnato traguardi in ordine al "metodo" e ai rapporti "della scienza giuridica con altri rami del sapere"²¹: una disciplina che, anche in ragione dei traguardi conseguiti dalla teoria generale del diritto, non sente più il bisogno di negare propria giuridicità all'ordinamento canonico²².

A sostegno del corso di diritto ecclesiastico, il Maestro, sin dal 1929, ha provveduto ad affiancare ai suoi numerosi scritti²³ la pubblicazione di chiari e sempre aggiornati "corsi" o "manuali", anche litografati. A Napoli adotta la IV ediz. (a stampa) del *Corso di diritto ecclesiastico*, Milano, 1939, che verrà ulteriormente aggiornato già nel 1941. E si tratta di testi che guadagnano consenso, utili per lo studente e per gli operatori del diritto, nei quali si segnalano dottrina e giurisprudenza, così da assicurare (come sottolineerà Jemolo), anche a seguito di una rapida consultazione, "se non la soluzione

²⁰ Il denso e corposo Manuale di diritto ecclesiastico del 1902, destinato agli studenti dell'Università di Pavia, dove Schiappoli al momento è titolare e agli studenti del corso libero di Napoli, dedica il primo libro ai "Principi generali, fonti e relazioni fra lo Stato la Chiesa cattolica e gli altri culti, e il secondo al diritto della Chiesa cattolica. Il più contenuto Manuale del 1934, che segue un *Corso di diritto ecclesiastico* del 1930, "in cui erano specialmente esposti i principi fondamentali della nuova legislazione", risponde all'intento "di essere chiaro e preciso nella trattazione della materia" e nell'esposizione del proprio pensiero, ed esordisce con l'analisi dei principi generali e delle fonti del nuovo diritto ecclesiastico italiano, dopo aver specificato nella prefazione che "All'interpretazione religiosa o ecclesiastica dei Patti lateranensi che intorno ad essi aveva creato un ambiente supercattolico... ho preferita (com'era doveroso per me) quella puramente giuridica, seguendo i metodi d'interpretazione delle altre leggi e tenendo presenti due principi generali, cioè che la nuova legislazione ecclesiastica non ha fatto opera di annientamento, ma di revisione di quella precedente e che si è mantenuto intatto il domma fondamentale che la sovranità spetta unicamente allo Stato e che essa dev'essere assoluta per fini sociali che dallo stesso si devono raggiungere".

²¹ V. GAETANO LO CASTRO, *Diritto, storia, dogma in Vincenzo del Giudice*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 3, p. 153.

²² V., VINCENZO DEL GIUDICE, *Contributi di Santi Romano nello studio dei problemi di Diritto canonico e di Diritto ecclesiastico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1947, p. 280 s.

²³ Per l'elenco esauriente, v. gli *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, Milano 1953, vol. I, p. XIII ss., dove si menzionano anche le diverse edizioni dei manuali, di diritto ecclesiastico e di diritto canonico. La *Lettera dedicatoria* di ARTURO CARLO JEMOLO posta in premessa menziona specificamente la qualità dei manuali dell'amico docente.

quanto meno ciò che occorre per la rapida impostazione del problema”. L’organizzazione dei corsi muove da un’analisi dei concetti generali e dello svolgimento storico degli istituti (pre e post Concordato), per addentrarsi, poi, nell’esame del diritto ecclesiastico vigente (fonti, posizione della Santa Sede, enti, patrimonio, matrimonio ecc.): uno schema che si adotterà a lungo nella didattica italiana; e che in certa misura, ma con minore chiarezza, caratterizza anche il *Corso di Diritto Ecclesiastico* (Edit. Alberto Morano) del Prof. Buonocore, che sostiene l’incarico di insegnare il diritto ecclesiastico nell’anno accademico che si svolge tra il trasferimento a Roma di Del Giudice e la chiamata a Napoli di Petroncelli.

La lunga permanenza di Mario Petroncelli nella Facoltà si segnala per la copiosità e per la qualità della sua produzione scientifica²⁴, per quanto saranno sempre considerate particolarmente incisive le monografie che ha pubblicato in precedenza, “perché consentono di riflettere con profitto sulle radici più profonde dei modelli concettuali del presente”²⁵. Nei suoi lavori emerge l’influenza degli insegnamenti di Del Giudice (un Maestro che viene sempre ricordato con affetto e ammirazione, che Petroncelli ha voluto seguire già nel corso degli studi universitari, con un trasferimento dall’Università di Firenze alla Cattolica di Milano), ma nei limiti di una sicura scelta di piena autonomia intellettuale. Di convinta fede cattolica come il Maestro, ma pienamente rispettoso della libertà di coscienza di ciascuno, e fortemente impegnato nel sociale (per quanto può e deve esserlo uno studioso docente), molto l’A. dedica all’analisi delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa cattolica e (dopo l’avvento del sistema repubblicano) anche alla difesa dell’art.7 della Costituzione, senza mancare di osservare quanto sia necessario percorrere la strada della contrattazione bilaterale anche con le altre confessioni religiose. L’attività scientifica svolta a Napoli, comunque, tocca un po’ “tutti i temi sia ecclesiasticistici, sia canonistici, con particolare riguardo per quelli di diritto positivo”²⁶; si sofferma sui problemi della “rilevanza dei controlli canonici” nell’ordinamento dello Stato e sul rilievo della volontà dei coniugi ai fini della trascrizione civile dei matrimoni canonici, che sono nodi, più volte affrontati anche dalla giurisprudenza, che troveranno una più stabile composizione solo dopo l’intervento dell’Accordo del 1984 e della L. 1985/222; si confronta con

²⁴ Per una elencazione completa dei numerosissimi scritti dell’A. si rinvia necessariamente all’avantesto degli Studi in memoria già citati.

²⁵ RAFFAELE BALBI, *Riflettendo sull’opera*, cit., p. 369. Le monografie del periodo pre-napoletano, peraltro, costituiscono dei capisaldi per le sue indagini e saranno di base per lo sviluppo dei temi dell’“ufficio ecclesiastico” e degli “edifici di culto”, che verranno più volte affrontati.

²⁶ TOMMASO MAURO, *Mario Petroncelli*, in *Studi in memoria*, cit., p. XXI.

i problemi, via via più scottanti, degli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; non trascura le problematiche relative agli enti e al patrimonio ecclesiastico, delle quali ha cominciato a occuparsi mentre era in dirittura d'arrivo il codice civile del 1942, e dall'avvio del suo impegno per la rivista *Il diritto ecclesiastico*²⁷. Nell'evolvere della società democratica, spesso sollecitato a intervenire, ritiene che molte questioni possano costituire una valida occasione per chiarire i principi della materia e la sua capacità di dare un valido contributo alla soluzione di più problemi giuridici.

Ai fini dello svolgimento della didattica (attività cui Petroncelli si rivolge con particolare dedizione, nel costante ricordo del suo giovanile impegno a Firenze e a Milano), consistente è la produzione di manuali e di corsi di diverso spessore, ma anche di "parti speciali" di carattere monografico (v. *Il regime matrimoniale in Italia*, del 1974), rese in ragione di contingenti sviluppi dell'insegnamento. Le edizioni dei manuali si susseguono numerose tra il 1945 (*Corso di Diritto Ecclesiastico*, Pellerano del Gaudio, Napoli) e il 1981; particolarmente esauriente e apprezzato rimane, senza dubbio, il testo del 1965 (*Manuale di Diritto Ecclesiastico*, 2^a ed., Jovene, Napoli) presentato, al pari della 1^a ed. del 1961, come un libro "sostanzialmente dedicato alla scuola" che vuole "dare un'elementare informazione su tutta la disciplina" e "formare nello studente una mentalità giuridica che lo metta in grado di risolvere le numerose questioni pratiche che la vita gli offrirà"; e, sotto questo profilo, il testo istituzionale di diritto ecclesiastico di Petroncelli ha conseguito anche l'obiettivo di "fare giurisprudenza" e di porsi "come un organico approfondimento di tale ampiezza di prospettiva da poter essere considerato una testimonianza preziosa della complessa evoluzione della materia"²⁸.

L'insegnamento di Guido Saraceni, integra e arricchisce l'attività di ricerca e la didattica con altre peculiari caratterizzazioni²⁹. Lo studioso attento e rigoroso, dalla personalità forte ma insieme sensibile, che persegue nelle sue ricerche l'unitario disegno di "mettere in luce, in una visione armonica ed approfondita, gli essenziali problemi di fondo delle nostre discipline"³⁰, insegna a riflettere instancabilmente sull'identità dei sistemi giuridici, ecclesiastico e civile, al cui interno muove il *civis fidelis* e sui diritti di questi nella sua costante tensione volta a coniugare libertà e doverosità. Il discorso è attuale

²⁷ V. FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *La sollecitudine per la rivista*, cit.

²⁸ RAFFAELE BALBI, *Riflettendo sull'opera*, cit., p. 378.

²⁹ Per una recente e attenta lettura della personalità e dell'impegno scientifico di Guido Saraceni, v. RINALDO BERTOLINO, *La memoria di un Maestro*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2007, p. 363 ss.

³⁰ TOMMASO MAURO, *Guido Saraceni: lo Studioso*, in *Studi in onore di Guido Saraceni* cit., p. XI.

e difficile (particolarmente ostico per gli studenti, che sono abituati a letture di carattere istituzionale), ma certo formativo, dove insegna a prendere le distanze da posizioni radicali che si vanno assumendo nella società civile e nella Chiesa nel post-concilio, e ad andare oltre, senza negare l'autonomia di ciascun ordinamento, o procedere solo con il sussidio delle costruzioni giuridiche internazionalprivatistiche, perché il diritto di libertà religiosa autorizza a praticare soluzioni giuridiche di raccordo interistituzionale anche indirette, mediante la valorizzazione dell'autonomia negoziale. Si tratta di intuizioni che affascinano gli allievi (al cui novero ho avuto il privilegio di essere ascritta sin dal suo arrivo a Napoli nel 1967); che il Maestro sviluppa in più scritti, di diritto ecclesiastico e di diritto canonico, spiegando concetti che si fanno strada sino a essere in parte recepiti nelle opzioni di "collaborazione" cui si ispirano l'Accordo di revisione del Concordato del Laterano del 1984 e le Intese, ex art. 8 della Costituzione, successivamente siglate con le confessioni religiose diverse dalla cattolica; che trovano anche, ai fini della didattica, dimensioni di sintesi sistematica.

A integrazione dei corsi, infatti, Saraceni produce un interessante testo di *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico* (edito nel 1973 con il titolo *Prelezioni di diritto ecclesiastico*), che conosce fino al 1986 cinque riedizioni, con i necessari aggiornamenti, ed è capace di assicurare ai giovani le linee essenziali del suo discorso, nelle premesse storiche, nella problematica delle fonti normative (dove ampio spazio è riservato alla tesi volontaristica), nei rapporti tra le giurisdizioni dello Stato e della Chiesa, nell'analisi del dettato costituzionale e concordatario.

Il Professore Mauro, sempre presente e vigile nel difendere le attese della disciplina in alcuni momenti critici della vita della Facoltà napoletana, ha prodotto, come è noto, interessanti scritti di diritto ecclesiastico nel corso della sua presenza a Napoli e reso puntuali relazioni nei convegni e nelle altre iniziative che via via sono stati svolti, ma purtroppo non si è trattato di una presenza lunga al punto da segnare l'avvio di una nuova linea di ricerca scientifica. Per tutti i più giovani ricercatori, in ogni caso, è stato guida preziosa, nel suggerire temi meritevoli di approfondimento e nell'indirizzarne lo svolgimento. Allievi, colleghi e collaboratori, lo ricordano con gratitudine e nostalgia, per il suo tratto signorile e per la generosa disponibilità a farsi carico dei problemi umani e delle attese di ciascuno.

3. *L'attenzione rivolta allo studio e all'insegnamento del diritto canonico*

Il diritto canonico (come ho già segnalato) nella Facoltà napoletana è stato sempre oggetto di studio (anche quando ne era stato bandito l'insegnamento come disciplina autonoma). Cessati i corsi impartiti da Don Carlo Cucca, le esigenze definitorie del nuovo diritto ecclesiastico italiano ne hanno subito imposto una considerazione, anche abbastanza unitaria (e lo segnala lo Scaduto nelle prefazioni al *Manuale di diritto ecclesiastico*). In conseguenza, se l'impostazione del suo studio è mutata, il diritto canonico non è mai rimasto confinato solo nello stretto ambito degli studi storici o in quelli delle materie affini per contenuti (civile, amministrativo e costituzionale) dove lo avevano relegato, smembrandolo, i provvedimenti del legislatore liberale.

Scaduto, sia pure al fine di delimitarne i confini di rilevanza e di applicazione, guarda, come di necessità, al dettato dei canoni, con indagini scrupolose, anche di carattere esegetico, sulle fonti, sullo sviluppo dei più tradizionali istituti, sulla condizione degli ecclesiastici e dei religiosi, sugli enti ecclesiastici conservati e sull'assetto gerarchico della Chiesa. Schiappoli procede nello stesso senso, assicurando ampio spazio anche al diritto costituzionale della Chiesa e soffermandosi (al pari del Maestro) sull'assetto della Chiesa evangelica e del culto israelitico.

La particolare sensibilità di Del Giudice per questa disciplina, unita alle già ricordate circostanze (l'intervento del *Codex iuris canonici*, la "riconciliazione" dello Stato con la Chiesa e le conseguenti evoluzioni legislative, tra le quali ha un suo specifico peso il R.D. 1936/882) e, soprattutto, a quanto si è definitivamente acquisito in relazione all'oggetto del diritto ecclesiastico e in tema di pluralità degli ordinamenti giuridici, consente (specie negli anni '40 del secolo scorso) di assicurare allo studio del diritto canonico nuova meritata centralità³¹. Pur nella brevità della sua presenza a Napoli, si segnala la costante preoccupazione del Maestro per la questione del metodo nello studio del diritto canonico³² e si evidenzia l'impegno per l'autonomia della materia. Lo svolgimento dell'attività didattica, dal 1941, è assistito dalle *Nozioni di diritto canonico*, 5° ed., che, in premessa, presentano la disciplina, "dopo revisione e qualche ampliamento, in volume separato per soddisfare il desiderio di coloro che vogliono avere alla mano soltanto il diritto della Chiesa", laddove le

³¹ V. PEDRO LOMBARDIA, *Contributi di Vincenzo del Giudice allo studio sistematico del diritto canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1963, I, p. 3 s.

³² VINCENZO DEL GIUDICE, *Note conclusive circa la questione del metodo nello studio del diritto canonico*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, n. 1, 1940.

precedenti stesure delle *Istituzioni di diritto canonico* (ivi compresa la 4° ed. del 1939) si disponevano come prima parte del *Corso di diritto ecclesiastico*, “obbligatorio per il conseguimento della laurea in Giurisprudenza”. E si tratta di circostanza significativa, che costituisce anche un preciso segnale della costante tensione di Del Giudice a dare una determinante svolta allo studio di una materia che è stata a lungo confinata nelle Facoltà pontificie³³.

Di pari intensità è l'attenzione che Mario Petroncelli ha rivolto alla disciplina, nel lungo arco di tempo dedicato alla didattica e alla ricerca nella Facoltà partenopea. Il docente, che giunge a Napoli forte di studi canonistici che lo hanno portato in cattedra e che segneranno a lungo le ricerche su “*La personalità dell'ufficio nell'ordinamento canonico*” e su la “*deputatio ad cultum publicum*”, sente viva l'esigenza di promuovere lo studio del diritto canonico a ogni livello, nel fermo convincimento che esso sia di fondamentale complementarietà per l'ecclesiasticista e, in via generale, per tutti i giuristi. In questa prospettiva, in pro dei discenti, incoraggia la presenza a entrambi i corsi, si fa carico di numerose sedute di esami di profitto e assegna un ragguardevole numero di tesi di laurea; per il folto gruppo di allievi già laureati, pur nel rispetto della libertà di ciascuno, incoraggia la scelta di temi canonistici e ne sostiene l'indagine. Molto ampia è la sua produzione di corsi di diritto canonico immediatamente finalizzati alla didattica, ma capaci di rivolgersi anche a professionisti, con puntuali aggiornamenti di dottrina, di legislazione e di giurisprudenza: testi che esordiscono come *Lineamenti di diritto canonico*, nel 1945, come *Corso di diritto canonico – Parte speciale*, nel 1947, e così di seguito, con cadenze ravvicinate; che guardano al *Diritto canonico dopo il Concilio Vaticano II*, nel 1969; volumi che si susseguono, sino alla pubblicazione, nel 1985 (quindi trascorsi sette anni dalla cessazione dell'insegnamento e nell'anno che precede la sua scomparsa), della IX ed. del *Diritto canonico* totalmente aggiornata alla luce del nuovo dettato codiciale.

Nel campo della ricerca, gli scritti sono numerosi e, talora, si avvalgono dell'esperienza di servizio maturata a seguito delle nomine di Consultore dello Stato della Città del Vaticano (1969), di Avvocato concistoriale (1973), di Consultore per l'elaborazione del nuovo Codice di diritto canonico (1978).

³³ V. la *Lettera dedicatoria* di Arturo Carlo Jemolo posta in premessa agli *Studi in onore di Vincenzo del Giudice*, presentati al Maestro nel 1953, dove specifica “*Se il diritto canonico comincia ad essere presente come elemento di confronto di cui occorre tenere conto ai cultori delle varie discipline giuridiche; se i docenti delle Università dello Stato sono in continua e nobile emulazione con i canonisti delle Università pontificie; ciò è certo in parte il frutto della Tua opera*”. E a conferma della costanza e dell'alacrità profusa da Del Giudice parlano anche le considerazioni che lui stesso svolge in quella circostanza (*Sull'insegnamento del diritto canonico nelle Università italiane*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1953, p. 3 s.).

Molte indagini sono sollecitate da inviti a svolgere relazioni ai Congressi e ai Convegni di diritto canonico, che si fanno più numerosi dopo la conclusione del Concilio e con l'avvio della rielaborazione del *Codex iuris canonici*³⁴. In queste riflessioni si coglie, in particolare, la viva preoccupazione del Maestro di difendere, con onestà scientifica (quindi, senza aprioristici rifiuti del nuovo, o sconsiderate corse in avanti), le basi fondazionali del diritto della Chiesa; e forse anche questa produzione meriterebbe, oggi, una indagine più specifica (ma non è questa la sede), dal momento che molto si torna a discutere sulla reale portata del Vaticano II³⁵.

Lo studio del diritto canonico svolto (negli anni napoletani) da Guido Saraceni sviluppa un ampio discorso sulle ripercussioni degli insegnamenti conciliari nell'ordinamento canonico: una riflessione intensa, talora severa ma insieme sostanzialmente propositiva, capace di rendere (come ha sottolineato Baccari) sintesi armoniose di apparenti prese di posizione di contrasto, costantemente attenta alle legittime attese dei fedeli e alla missione di salvezza della Chiesa. In questa economia, si dispone già lo studio su *L'esclusione dello "jus ad vitae communionem" nello "schema iuris recogniti 'de matrimonio'"*. (*Apertura a moderne istanze, meritevoli di ulteriori riflessioni*), in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, 1, Jovene, Napoli, 1978, p. 455 s., dove evidenzia le fondamentali attese della libertà e della dignità del fedele. Una più ampia e globale espressione del disegno scientifico emerge, poi in particolare, dagli

³⁴ V., in particolare: *Le potestà della Chiesa*, in *La Chiesa dopo il Concilio*, in *Atti del I Congresso internazionale di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. I, p. 113 s.; *Discorso introduttivo alla Tavola Rotonda sulla "Lex fundamentalis Ecclesiae"* (12 – 13 ottobre 1971, Macerata), Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, Università di Macerata, serie II, 1973, p. 9; *Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa*, in *Atti del II Congresso internazionale di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 402; *Polemiche sulla nozione di ufficio ecclesiastico e gli insegnamenti del Concilio Vaticano II*, in *Jus*, p. 215 s.; *La collaborazione dei laici all'esercizio della giurisdizione e la nozione di ufficio ecclesiastico*, in *Giustizia e servizio, Studi sul nuovo Codice di diritto canonico in onore di Mons G. De Rosa*, Napoli 1983, p. 221; *I laici e la 'potestas iudicialis' nel codice canonico*, in *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, a cura di GIOVANNI BARBERINI, I, Perugia, 1984, p.369 s..

³⁵ Con il rammarico "di non poterne fare un lungo discorso, RAFFAELE BALBI, *Mario Petroncelli* cit., p. 101, segnala come il Maestro "nel considerare la 'sacra potestas' ed il difficile equilibrio tra primato pontificio e collegialità episcopale..., riporti alla nostra attenzione un insegnamento antico", ma ancora valido. "In tutti i casi, difatti, la potestà di giurisdizione dei vescovi deve essere 'regolata dalla suprema autorità della Chiesa' in funzione del bene comune, e, quindi, della salvezza degli uomini". Parimenti, in relazione al problema dei compiti dei fedeli laici, Balbi evidenzia la preoccupazione del Maestro per una sorta di confusione che si è portati a operare equiparando un "semplice *munus*" alla titolarità di un ufficio che comporta l'esercizio della *potestas regiminis*. E una nuova riflessione dei canonisti sullo svolgimento del Concilio e sullo sviluppo normativo dei suoi dettati sembra urgere, specie quando si osservano alcune recenti più generali iniziative di travolgimento del patrimonio conciliare (v. ROBERTO DE MATTEI, *Il Concilio Vaticano II, Una storia mai scritta*, Lindau Torino, 2010).

scritti: *Ius publicum ecclesiasticum externum e "diritti dell'uomo"*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, 2, 1981, p. 343 s.; *Protagonismo del laico nello ius publicum ecclesiasticum externum* (a proposito del settimo Sinodo dei Vescovi), in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, Jovene, Napoli, 1989, vol. II, p. 667 s.; *Per una visione giuridica della pastorale nella Chiesa post-conciliare*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia, 1984, vol. I, p. 259 ss., dove il Maestro, "pur senza aderire a talune impostazioni ingiustificatamente ed eccessivamente innovatrici, intervenute sulla base dei lavori conciliari, ha saputo, tuttavia, riconoscere ed evidenziare, con una rigorosa aderenza al dato normativo, l'importanza da sempre, e direi ontologicamente, attribuita dal legislatore della Chiesa alle esigenze del governo spirituale dei fedeli"³⁶.

³⁶ V. TOMMASO MAURO, *Guido Saraceni: lo studioso*, in *Studi in onore di Guido Saraceni*, Jovene, Napoli, 1988, p. XIV.

Relativismo e principi non negoziabili.

Risposta a Fabio Vecchi.

CESARE PINELLI

1. *Come e perché proseguire una discussione*

Fabio Vecchi confuta sinceramente e con sottili argomenti le tesi espresse in un mio lavoro su laicità, libertà religiosa e relativismo¹. Sento di dover rispondere. Chiarirò i punti su cui posso non essermi spiegato, mi soffermerò sui dissensi che mi sembrano evidenti e cercherò infine un percorso per non renderli insuperabili.

Attribuisco una rilevanza civile all'ultimo passaggio, indipendentemente dai risultati. Tra Fabio Vecchi e me c'è un *idem sentire* su molti aspetti della convivenza, agevolato dal comune sguardo di giuristi; in particolare, ci accomunano la convinzione che l'Italia stia attraversando una fase di forti sbandamenti anche di carattere etico, e l'auspicio di un dialogo non meramente diplomatico fra Stato e Chiesa cattolica. Le spiegazioni che ne diamo e i termini del dialogo auspicato tradiscono tuttavia differenti impostazioni, anche di cultura giuridica se non di matrice disciplinare, sui temi della laicità e del relativismo. Il fatto è che – ecco la rilevanza civile del nostro discutere – potremmo non esser soli a trovarci in queste condizioni; e personalmente sono convinto che quanti, giuristi e non, vi si trovassero dovrebbero cominciare o continuare il dialogo fra loro stessi, distinguendo i dissensi apparenti da quelli effettivi, e provando il più possibile a comporre questi ultimi. Nella società e nella cultura le prove di dialogo sono più sgombre di ostacoli, presupponendo solo fiducia nelle chances di un discorso pubblico più vasto e profondo della sola dinamica del rapporto fra poteri.

¹ Cfr. rispettivamente FABIO VECCHI, *Spunti critici attorno ai temi del "relativismo etico" in democrazia, del dialogo e dei principi "non negoziabili" dalla Chiesa*, in *Diritto e Religioni*, 2008, pp. 572 ss., e CESARE PINELLI, *Principio di laicità, libertà religiosa, accezioni di relativismo*, in *Diritto pubblico*, 2006, pp. 821 ss.

2. *Dialoghi e trattative*

Intanto un'incomprensione, più facile da rimuovere. Il ritorno di «confessionismo di costume», del quale ho parlato richiamando Jemolo, si riferiva alle dinamiche di schieramento politico finalizzate al tornaconto elettorale che anche Vecchi depreca, non certo a parole o ad atti di autorità ecclesiastiche².

Ho posto casomai un problema a proposito di taluni interventi della Chiesa italiana. L'invito all'astensione nel corso della campagna per il referendum abrogativo della legge sulla fecondazione assistita, che consentiva di vincere politicamente a costo di far leva su un astensionismo di massa largamente permeato di indifferenza per ogni valore etico, fu preferito all'invito a votare no all'abrogazione, soluzione questa idonea a testimoniare la fedeltà a «principi non negoziabili» ma non a vincere. La richiesta ultimativa ai parlamentari cattolici, in occasione dell'esame delle proposte di legge in tema di unioni di fatto, di scegliere tra obbedienza al magistero ecclesiastico e rispetto del principio di laicità, che non mi sembrava attagliarsi alla natura delle questioni in gioco, e che, aggiungo, avrebbe dovuto porsi allo stesso modo nei Paesi dove le medesime questioni venivano non solo dibattute in Parlamento ma anche decise con legge.

Un ordinamento improntato alla libertà «di professare la propria fede religiosa» anche in forma associata nonché «di farne propaganda» (art. 19 Cost.), e a quella concezione aperta e inclusiva della laicità bene messa in luce dalla Corte costituzionale (a partire da sent.n. 203 del 1989), non può inibire ad alcuna confessione religiosa espressioni di dissenso anche forte. Ma, in ambedue i casi, non di questo si trattava, bensì del tentativo di vincere a tutti i costi una partita che per la Chiesa italiana rispondeva al fine di far valere «principi non negoziabili» e nello stesso tempo costituiva una partita tutta politica nella vita pubblica italiana.

A proposito della difesa dell'embrione, ma con un intuibile margine di estendibilità a tutte le questioni eticamente sensibili, Vecchi individua «due opposte reazioni ad una questione etica: mentre la Chiesa reagisce opponendo le 'ragioni confessionali' del primato intangibile della dignità della persona, l'ordinamento civile non elabora 'ragioni laiche' a tutela dei fondamenti dello Stato di diritto»³.

Se per «ordinamento civile» Vecchi intende le autorità di governo, andrei

² Come afferma invece FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., 583. Cfr. CESARE PINELLI, *Principio di laicità*, cit., p. 833.

³ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., p. 583.

oltre. Trattasi di autorità talora versate più in trattative da mercato di tappeti che nell'arte del governare un grande Paese democratico: figuriamoci dove vanno a finire le ragioni laiche e lo spessore etico. Ma se l'interlocutore può venire così ritratto, se la Chiesa agisce invece per far valere principi di cui l'etica è la dimensione primaria e che considera perciò «non negoziabili», e se è perfettamente fondato chiedersi se le questioni eticamente sensibili possano ridursi «a semplici opportunità nel gioco politico» oppure richiamino «l'uomo, anche il non credente, ad un confronto impegnato con sé stesso e con la propria dimensione etica»⁴, ciò non esaurisce il discorso né sull'uno né sull'altro versante. Non può esaurirlo, nella misura in cui valutiamo atti, dichiarazioni e comportamenti in termini di dover essere costituzionale.

Allora, dovremo intendere «ordinamento civile» in un'accezione più propria, comprensiva di principi costituzionali a loro volta, come vedremo, «non negoziabili»; e dovremo altresì chiederci se l'azione della Chiesa per far valere quelli che essa ritiene non negoziabili si sottragga ad ogni critica indipendentemente dai mezzi impiegati.

Secondo Vecchi, «Il dialogo insterilisce nell'apprensione al dominio laico di momenti e legami relazionali di tale capienza etica – espressioni di un ordine morale da sempre affermato dalla Chiesa – i quali, pur non essendo 'verità di fede' esprimono un'intrinseca connessione con la dimensione della fede, con la conseguenza che la traduzione di essi entro il quadro normativo comporta l'inevitabile rispetto di limiti d'azione non valicabili. Quei medesimi momenti e legami relazionali che danno luogo alla famiglia come struttura naturale, alla tutela della vita in tutte le sue fasi esistenziali, al diritto dei genitori all'educazione dei propri figli, hanno un impianto radicale nel diritto naturale»⁵.

Se però vi è «intrinseca connessione» delle questioni di cui si tratta con la dimensione della fede, a maggior ragione l'azione della Chiesa al riguardo dovrebbe essere portata avanti universalmente, anche nei Paesi in cui l'esito negativo appaia scontato. A contare non dovrebbe essere l'esito, ma fare il massimo possibile per testimoniare e quindi diffondere una posizione ritenuta rispondente a «principi non negoziabili». Invece l'azione risulta concentrata là dove se ne prevede un esito positivo, e le sue modalità risultano coincidenti con le tecniche impiegate dalle forze politiche per raggiungere un esito positivo. Se, per far valere «principi non negoziabili», la Chiesa si pone sul piano di

⁴ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., p. 583, (39).

⁵ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., 582, con richiamo a GAETANO Lo Castro, *Interpretazione e diritto naturale*, in *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 167 ss.

chi riduce questioni cruciali per l'identità e per la dignità umana «a semplici opportunità nel gioco politico», non ci si può meravigliare che il confronto possa apparire svilito a scontro o a trattativa politica.

Nel 2001, al ricevimento dell'Ambasciata italiana presso la Santa Sede per la celebrazione dei Patti Lateranensi, che cadeva alla vigilia delle elezioni politiche, il Segretario di Stato cardinale Sodano dichiarò di voler conoscere dagli aspiranti premier la loro posizione sui «problemi della vita, della famiglia, della gioventù, della libertà scolastica, della solidarietà nazionale e internazionale», e successivamente ebbe una serie di colloqui con leaders politici. Che alcuni dei problemi citati rientrassero tra quelli oggetto di «principi non negoziabili» bastava forse a dare carta bianca a qualsiasi comportamento? Riporto il commento di Pietro Scoppola: «È legittimo e doveroso per tutti i cittadini, e perciò anche per i cattolici, contribuire a far sì che le leggi dello Stato siano ispirate ai propri convincimenti o alla propria fede, ma questo diritto dovere non è la stessa cosa che esigere una piena identità fra i propri valori e la legge»; e si chiese: «Perché mai la segreteria di Stato vaticana entra di forza nel tema, in forme per giunta desuete e controproducenti per la sensibilità del nostro tempo? E perché mai l'Italia, i cattolici italiani devono sempre essere trattati come 'giardino della Chiesa'?»⁶.

Ho già ricordato più consistenti «entrate di forza» verificatesi in seguito. Esse hanno varcato i confini della libertà religiosa esercitabile negli ampi spazi riconosciuti dall'art. 19 Cost., per entrare nel territorio nell'art. 7 Cost., nonostante le questioni trattate non fossero annoverabili fra le *res mixtae*, ma fra quelle su cui vale il «ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani». La constatazione prescinde da ogni giudizio sulla tesi della sussistenza di una soglia istituzionale oltre la quale contano soltanto le ragioni laiche⁷, e non si può confondere con posizioni orientate ad affermare un incondizionato diritto all'autodeterminazione individuale in tutta l'area delle questioni eticamente sensibili, di cui si sono giustamente messi in rilievo i risvolti laicisti⁸. La Chiesa, secondo costoro, sarebbe veicolo di tradizioni superate e di paterna-

⁶ PIETRO SCOPPOLA, *Se qualcuno dimentica il Concilio Vaticano II* (3 febbraio 2001), in Id., *La coscienza e il potere*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 116-7.

⁷ È la nota tesi di JÜRGEN HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 33 ss., alla quale si riferiva ampiamente il mio scritto, insieme a quelli di FRANCESCO RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, e di ALDO TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo*, in *Diritto pubblico*, 2006, risp. pp. 335 ss. e pp. 375 ss..

⁸ AUGUSTO BARBERA, *La laicità come metodo*, Relazione al primo incontro de "Il Cortile dei Gentili. Spazio di dialogo fra credenti e non credenti", Università di Bologna – Pontificium Consilium de Cultura, Bologna, Aula Magna di Santa Lucia, 12 febbraio 2011, in www.forumcostituzionale.it, p. 8.

lismi ingiustificati, la loro sarebbe una posizione espressiva della modernità o della postmodernità. Non mi ci riconosco, anche perché non credo che stare “al passo coi tempi” sia di per sé un bene, ammesso che abbia senso⁹. Tuttavia, non per questo mi sento di difendere, per le ragioni ora illustrate più diffusamente, i comportamenti delle autorità ecclesiastiche italiane nei casi prima riportati.

3. *Relativismo politico e relativismo etico*

La discussione con Vecchi è proseguita sul tema strettamente connesso del “relativismo” quale tratto distintivo della convivenza democratica, più volte deprecato dagli ultimi due Pontefici.

Avevo distinto l'indifferenza per i valori etici dal relativismo, richiamando fra gli altri un passo di Kelsen nel quale egli considera «un errore grossolano presumere che la teoria relativistica dei valori propria del positivismo implichi la concezione che non esistono valori, che non vi è legge e ordinamento morale, che la democrazia è una mera finzione», poiché «Il relativismo politico significa soltanto che i giudizi di valore in generale – senza i quali le azioni umane non sono possibili – ed in particolare il giudizio che la democrazia è una buona o la migliore forma di governo, non può essere provata come assoluta per mezzo di una conoscenza razionale e scientifica, una conoscenza cioè che escluda la possibilità di un giudizio di valore opposto. La democrazia, se realmente stabilita, è, anche dal punto di vista di una teoria dei valori relativistica, la realizzazione di un valore e in tal senso, sebbene il valore sia solo relativo, una realtà e non una mera finzione»¹⁰.

Si noti che Kelsen parla sempre di relativismo *politico*, non *etico*¹¹. La differenza è cruciale. Schierarsi contro l'assolutismo e a favore del relativismo, sul presupposto che il contrario di ‘relativo’ sia ‘assoluto’, non ha la stessa valenza nella sfera politica e nella sfera etica. Nella prima equivale a rigettare quelle visioni totali della politica, prima ancora che singoli partiti totalitari, le quali

⁹ Da vecchio lettore di Musil, conservo nella memoria questo suo passo: “I tempi erano in movimento. La gente che non è vissuta allora non lo crederà, ma già allora, e non soltanto adesso, i tempi procedevano alla velocità di un cammello. Non si sapeva però in che direzione. Ed era difficile distinguere il sopra dal sotto, e le cose in regresso da quelle in progresso.” (ROBERT MUSIL, *L'uomo senza qualità*, I, 1972, Torino, Einaudi, 1972, p. 9).

¹⁰ HANS KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1955-56), in *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1981, p. 262, *sub* (1).

¹¹ V. invece FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., p. 586.

assumono che qualunque dimensione umana possa risolversi nei termini politici dell'*amicus-hostis*. Ai tempi di Kelsen, questa fu la posizione del suo grande avversario Carl Schmitt¹², di cui è appena necessario ricordare il contributo teorico all'avvento del nazismo e la mai rinnegata adesione al nazismo¹³.

In tal senso, schierarsi per il relativismo politico significava e significa non soltanto schierarsi per la tolleranza e contro la legittimazione della forza, ma prima ancora affermare la condizione di pensabilità, per usare un'espressione kelseniana, di una pluralità di sfere dell'azione e della convivenza umana, compresa quella etica. E se la tesi del relativismo politico quale condizione della democrazia serve, fra le altre cose, ad evitare che l'assolutizzazione di una certa posizione politica travolga, oltre alle altre posizioni, la stessa distinzione tra sfere, sarebbe un *non sequitur* ascriverle il giudizio che nella sfera etica un valore vale l'altro, e dunque indifferenza ai valori.

A conclusione del *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, dopo aver riassunto brevemente l'andamento del processo a Gesù, Kelsen commenta: «Forse si obietterà, forse i credenti, i credenti politici, obietteranno che quest'esempio parla piuttosto a sfavore che a favore della democrazia. E bisogna riconoscere il valore di tale obiezione; a condizione però che i credenti siano tanto sicuri della loro verità politica – che, se necessario, dovrà venire realizzata anche per vie cruente – quanto il figlio di Dio»¹⁴. L'esito di una procedura democratica, sembra dirci Kelsen, è stata una decisione ingiusta, la condanna di un innocente. In questo senso l'esempio parla a sfavore della democrazia. Ma per poter negare il fondamento della democrazia, quanti siano convinti della priorità di un valore politico su ogni altro, al punto da usare la forza per affermarlo, vengono invitati a una prova impossibile: dovrebbero dimostrare di esserne convinti quanto il figlio di Dio era sicuro della sua (non politica ma trascendente) verità.

La conclusione è che è bene che le sfere della politica e della fede continuino a restare distinte. Nella seconda, dove l'assoluto è concepibile, il credente può limitarsi a scorgere nella democrazia, fatta di valori solo relativi, una povera cosa, oppure può essere tentato di imporvi le proprie certezze «anche per vie cruente»: allora l'assolutismo etico si è tradotto in volontà di assolutismo politico, con la conseguenza di distruggere la democrazia¹⁵.

¹² CARL SCHMITT, *Il concetto di 'politico'* (1932), in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di GIANFRANCO MIGLIO e PIERANGELO SCHIERA, il Mulino, Bologna, 1972, 101 ss.

¹³ Cfr. ALBERTO PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, La Nuova Italia, Firenze, 1998.

¹⁴ HANS KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in *La democrazia*, cit., p. 144.

¹⁵ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il "Crucifige!" e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 119-120, rico-

Con il crollo del totalitarismo, con l'avvento di Costituzioni strutturate per principi e col lungo processo di apprendimento che ne è seguito, alcuni dei presupposti da cui muoveva la teoria kelseniana della democrazia sono irreversibilmente mutati. In particolare la consapevolezza della strutturale precarietà degli assetti politici e dei limiti della razionalità artificiale è entrata nel patrimonio del costituzionalismo europeo, attraverso l'affermazione del principio di dignità e un ripensamento in senso pluralistico e inclusivo del principio di laicità. Ma il senso del limite dell'artificio umano, come non comporta rinunce a progetti, iniziative e opere scientifiche capaci di arricchire di senso il presente e il futuro, così non vale a dimenticare l'intuizione di base kelseniana che, nell'ordine politico, soltanto una procedura democratica può stimolare le virtù trasformative e autocorrettive necessarie a una convivenza pluralistica. In questo senso può dirsi che le elaborazioni post-totalitarie del rapporto fra costituzionalismo e democrazia abbiano aggiornato il lascito di Kelsen senza rinnegarlo.

La composizione fra questi diversi elementi risulta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha affermato la sussistenza di principi supremi dell'ordinamento suscettibili di fungere da parametro nel sindacato sui vizi sostanziali delle leggi costituzionali e perciò rendendolo possibile (sent.n. 1143 del 1988). Una giurisprudenza che ha non poco risentito della risalente convinzione della dottrina circa la sussistenza di limiti impliciti alla revisione costituzionale al di là del limite espresso della «forma repubblicana», e identificati appunto nei principi fondamentali della Costituzione.

Affermazioni simili, se risultano compatibili con la teoria kelseniana della democrazia nei termini e limiti dianzi accennati, ben poco hanno a che vedere con la *Stufenbautheorie* e con la ipotesi della norma fondamentale presupposta, non posta, di Kelsen, nella misura in cui introducono nel sistema delle fonti, anzi alla sommità del sistema, un elemento materiale-contenutistico che urta inesorabilmente con la strutturazione formale dell'impianto kelseniano¹⁶. E a cosa corrispondono i principi supremi se non a "principi non negoziabili"? La sottrazione di essi a revisione costituzionale non equivale a dire che non sono suscettibili di trattativa politica?

struise diversamente il processo a Gesù: se Pilato non può "occupare la parte del vero amico della democrazia", visto il carattere non democratico del suo ricorso al plebiscito, Gesù, "che, silente, fino alla fine invita al dialogo e al ripensamento", è diverso da noi, che "non possiamo permetterci di attendere in silenzio 'fino alla fine'". La conclusione è che "la democrazia della possibilità e della ricerca, la democrazia critica, deve mobilitarsi contro chi rifiuta il dialogo, nega la tolleranza, ricerca sempre il potere, crede di avere sempre ragione".

¹⁶ Quanto ai limiti espressi o impliciti alla revisione costituzionale v. già VEZIO Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1976, p. 329.

4. *Modalità di perseguire il 'bene comune' fra Stato e Chiesa*

Quando Vecchi osserva che la teoria kelseniana «nasconde... gravi pericoli di degradazione del sistema giuridico a causa dell'enunciata indifferenziazione dei valori», ponendo «uno sbarramento formale» all'immissione di contenuti morali nello spazio giuridico, e sottovalutando il momento ideologico che è l'essenza delle «norme religioso-confessionali»¹⁷, si riferisce al Kelsen fondatore della «dottrina pura del diritto». Dottrina, come è notissimo, che definisce il suo oggetto prescindendo volutamente e preliminarmente dal contenuto, morale o meno, delle norme, per prenderle in considerazione sotto il solo profilo formale-procedurale¹⁸. Ma, come abbiamo ora detto, lo «sbarramento formale» insito nei presupposti della dottrina pura non ricorre nelle costruzioni, scientifiche e giurisprudenziali, del nostro sistema giuridico.

Tuttavia, a erigere uno sbarramento non meno alto è proprio Vecchi. Prima di esaminare le critiche degli ultimi due Pontefici alla responsabilità della democrazia circa il montante relativismo etico, egli precisa «le variabili del fine di 'bene comune', unitariamente perseguito da Stato e Chiesa», osservando fra l'altro trattarsi di un fine «che l'uno inquadra nelle proposizioni giuspositiviste e l'altro, nel diritto naturale; che l'uno ha lentamente maturato identificandolo attraverso l'esperienza storica 'in via pragmatica' e l'altra ricava dalla percezione ontologica dell'uomo per via dottrinale, dogmatica e fondativa; che l'uno persegue attraverso una concezione puramente tecnica del diritto il cui valore esclusivamente strumentale finisce per essere, come le sue elaborazioni, di indole relativa, dovendo regolare convenzionalmente interessi contrapposti e rapporti di forza, e che l'altra persegue identificando nel diritto ecclesiale, in quanto 'diritto di ciò che è giusto', la base realistica e personalistica dei rapporti di giustizia»¹⁹.

Fatte queste precisazioni, Vecchi individua «il punto del possibile equivoco sulla critica al 'relativismo etico' addebitata dalla Chiesa alla democrazia» nel fatto che per Giovanni Paolo II e Benedetto XVI «non è la democrazia come forma istituzionale di governo, ma la democrazia come espressione decadente di una cultura 'neomaterialista', che ha perso i propri cardini etici di riferimento, a pregiudicare le condizioni che possono attuare una dialettica dei

¹⁷ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., pp. 585-586.

¹⁸ Non è qui necessario ricordare le ragioni e gli aspetti fondamentali per i quali il positivismo kelseniano si distingue da quello statualistico diffuso in Europa continentale a partire dalla seconda metà del XIX secolo.

¹⁹ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., pp. 586-587.

circuiti di ascolto e di apprendimento delle ragioni dell'altro»²⁰.

Ora, delle due l'una. Se si ritiene che lo Stato, nella specie lo Stato democratico, sia destinato a perseguire il fine comune solo regolando «interessi contrapposti e rapporti di forza» e perciò con «un valore esclusivamente strumentale», il bersaglio della critica diventa proprio «la democrazia come forma istituzionale di governo», che sarebbe incapace di esprimere, produrre e far circolare al proprio interno valori morali. Se invece è la «cultura 'neomaterialista'» che avrebbe fatto perdere alla democrazia «i propri cardini etici di riferimento», e si presuppone così che lo Stato (democratico) vi si sia in passato ispirato, occorrerebbe qualche parola di spiegazione su quando e come tale mutamento si sia verificato.

I termini dell'alternativa non stanno sullo stesso piano. Se il secondo rimane sfumato, ben più esplicita e ferma appare per contro la convinzione che la fondamentale differenza fra Stato e Chiesa nel perseguire il bene comune consista nel discriminare diritto positivo/diritto naturale, cui viene fatto corrispondere quello tra un'attitudine pragmatica e strumentale, in quanto volta per sua natura a comporre interessi, e un'attitudine orientata a rinvenire, attraverso «la percezione ontologica dell'uomo per via dottrinale, dogmatica e fondativa», la «base realistica e personalistica dei rapporti di giustizia».

Si ha l'impressione di uno scarto incolmabile e metastorico tra *salus publica* e *salus animarum*, indipendentemente da ogni giudizio circa le valutazioni della Santa Sede su relativismo e democrazia. Quando gli enti fra cui si suppone si debba aprire (o riaprire) un dialogo si occupano l'uno di interessi l'altro di valori, quando l'uno impone con la forza i precetti di diritto positivo e l'altro inquadra il bene comune nel diritto naturale, fra di essi si può concepire non tanto un dialogo, quanto uno scambio. E già l'abate Gianmaria Ortes scriveva: «L'autorità di persuasione, parlando delle intiere nazioni, è l'autorità di Religione, e l'autorità di forza è l'autorità del Principato. Sicché la Religione potrà ben persuadere, ma per questo non potrà mai astringere, e il Principato potrà ben astringere, ma per questo stesso non potrà mai persuadere. Prima della Religione cristiana non vi era nelle nazioni che l'autorità di forza. Questa era quella del Principato, il quale aveva a sé assoggettata l'autorità di Religione: cosa ben facile per esser quella Religione falsa e pagana, facile a investirsi dei sentimenti ambiziosi e vani del Principato... Quando poi i sovrani abbracciarono il Cristianesimo, s'accorsero dell'errore di soggettar a se stessi la Religione quando sia vera, e conobbero che l'unico partito e più sicuro per governar i popoli era quello di unirsi ad essa per sostenerla fra i

²⁰ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., p. 588.

popoli e per comandar loro in conformità a una tal Religione»²¹.

5. *Stato costituzionale e accezioni di diritto naturale*

A mio giudizio, le chances di dialogo passano per l'approfondimento delle trasformazioni che hanno investito, più che le funzioni assolute dai due enti in quanto tali, la percezione del valore dello *ius quo utimur* nell'ambito delle democrazie contemporanee.

Mi riferisco in primo luogo ai presupposti, che sono ad un tempo storici e assiologici, dello Stato costituzionale: del suo essere informato a un diritto più alto delle leggi e delle trattative che le precedono. Un diritto non meramente predicato ma tutelato in via giurisdizionale dalle violazioni, assunte come sempre possibili, ad opera delle maggioranze parlamentari di volta in volta al potere. Un diritto che non si può ricondurre alla dicotomia diritto positivo/diritto naturale, in quanto adottato secondo le procedure del primo eppure ricognitivo di valori etici, a cominciare dai diritti fondamentali. Ancora una volta siamo ricondotti allo spartiacque del totalitarismo nella storia europea e italiana, quando accadde che «Mentre la variante liberaldemocratica del costituzionalismo liberale riconosceva sempre più la dimensione sociale dell'individuo 'situato', il pensiero cattolico metteva progressivamente da parte le vecchie fondazioni ontologiche 'fisiciste', basate su un concetto astratto della 'natura umana' e delle 'leggi naturali' cui essa è sottoposta, mettendo di più l'accento sui valori della persona, sulla sua libertà e responsabilità, sia pure in armonia con la razionalità immanente alla natura»²².

L'evoluzione accennata è attestata da un passo del dialogo con Habermas dell'allora Cardinale Ratzinger, nel quale egli osservava: «Il diritto naturale – particolarmente nella Chiesa cattolica – è rimasto il modello di argomentazione, con cui essa si appella alla ragione comune nei dialoghi con la società laica e con altre comunità di fede e cerca i fondamenti a favore di un'intesa sui principi etici del diritto in una società pluralistica 'secolare'. Ma questo strumento purtroppo risulta spuntato, e io non vorrei quindi far leva su di esso in questo dialogo. L'idea del diritto naturale presupponeva un concetto di natura, in cui natura e ragione fanno presa l'una nell'altra, la natura stessa

²¹ GIANMARIA ORTES, *Dell'autorità di persuasione e di forza fra loro divise* (1788), in Id., *Calcolo sopra la verità dell'istoria e altri scritti*, Presentazioni di ITALO CALVINO e GIUSEPPE DOSSENA, Costa&Nolan, Genova, 1984, pp. 198-199.

²² AUGUSTO BARBERA, *La laicità come metodo*, cit., p. 3.

è razionale. Questa visione della natura si è spezzata con la vittoria della teoria dell'evoluzione. La natura come tale, secondo essa, non è razionale, anche se in essa vi sono modi di operare razionali: questa è la diagnosi che da quella prospettiva ci viene posta e che oggi in larga misura sembra incontrovertibile»²³. Egli aggiungeva poi, nel modo più significativo: «Come ultimo elemento del diritto naturale, che nella dimensione più profonda voleva essere un diritto razionale, comunque, nell'epoca moderna, sono rimasti i diritti umani. Essi non si possono comprendere senza il presupposto che l'uomo come uomo, semplicemente a motivo della sua appartenenza alla specie uomo, è soggetto di diritto, che il suo stesso essere porta in sé valori e norme, i quali si devono trovare, non inventare. Forse oggi la dottrina dei diritti umani dovrebbe essere integrata con una dottrina dei doveri umani e dei limiti dell'uomo, e ciò potrebbe ora comunque aiutare a rinnovare il problema se non possa darsi una ragione della natura e così un diritto naturale per l'uomo e per il suo dimorare nel mondo»²⁴.

6. *Ancora sulla laicità*

Se a formare oggetto del dialogo non è il diritto naturale della tradizione cattolica, ritenuto oggettivamente rilevabile dalla natura stessa, ma dei diritti dell'uomo inteso come tale, e all'uomo riconosciuti anche nei testi costituzionali a seguito di un lunghissimo processo storico costellato di scacchi e di apprendimenti, d'altra parte è stata giustamente notata la divaricazione fra una «accezione tralaticia di laicità, nella primitiva rozzezza del modello francese, e il costituzionalismo europeo e occidentale, che segue un modello diverso di laicità. La laicità partecipa del maggiore equilibrio, del bilanciamento, che il costituzionalismo riserva ai diritti, i quali non precedono la legge ma sono fondati, unitamente alla legge, nella Costituzione»²⁵. Si guarda insomma a una laicità che, «pur affermando il principio della distinzione tra Stato e Chiese, quindi la sovranità dello Stato costituzionale, non per questo pretenda di revocare alla religione il suo ruolo pubblico, anzi lo consideri apertamente una risorsa per la vitalità della comunità politica in generale, fatta salva ov-

²³ JOSEPH RATZINGER in JOSEPH RATZINGER-JÜRGEN HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Dialogo di Monaco del 19 gennaio 2004, Morcelliana, Brescia, 2004, p. 50. Sul punto ORLANDO FRANCESCHELLI, *Dio e Darwin. Natura e uomo tra evoluzione e creazione*, Roma, Donzelli, 2005.

²⁴ Op. e loco cit.

²⁵ NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 50.

viamente la compatibilità dei diversi valori religiosi con i valori fondamentali della stessa comunità»²⁶. Una laicità «che oggi nessuno dovrebbe mettere più in discussione, specialmente se si vuole impedire che la politica si faccia religione, ossia la sacralizzazione della politica a cui mirano sia i clericali che i laicisti»²⁷.

Simile visione sembra corrispondere a convinzioni espresse da Benedetto XVI fin dalla sua prima enciclica, là dove afferma fra l'altro che «La politica è più che una semplice tecnica per la definizione dei pubblici ordinamenti: la sua origine e il suo scopo si trovano appunto nella giustizia, e questa è di natura etica», e che «la costruzione di un giusto ordinamento sociale e statale, mediante il quale a ciascuno viene dato ciò che gli spetta, è un compito fondamentale che ogni generazione deve nuovamente affrontare. Trattandosi di un compito politico, questo non può essere incarico immediato della Chiesa. Ma siccome è allo stesso tempo un compito umano primario, la Chiesa ha il dovere di offrire attraverso la purificazione della ragione e attraverso la formazione etica il suo contributo specifico, affinché le esigenze di giustizia diventino comprensibili e politicamente realizzabili»²⁸.

Queste enunciazioni di principio ben possono tradursi in condizioni di dialogo anche, anzi a più forte ragione, quando si pongano questioni eticamente sensibili. Qui, sintetizzando quanto detto in precedenza, sono in gioco diverse interpretazioni di principi parimenti ritenuti non negoziabili, ovvero supremi. Una posta in gioco evidentemente altissima, e tuttavia stabilita fra termini perlomeno fra loro omogenei. Il requisito dell'omogeneità invece si perde ogni volta che, a fronte di una Chiesa orientata dal progetto di redenzione, si immagina uno Stato che, assumendo come relativi la libertà soggettiva e i suoi limiti etici, si schiera «in favore di una espansione illimitata dei diritti soggettivi individuali»²⁹.

Avendo formulato un dissenso dalle posizioni scientifiche e culturali volte ad affermare un incondizionato diritto all'autodeterminazione individuale, mi rimane da chiedere: «lo Stato» le ha forse già fatte proprie, o potrebbe piuttosto farle proprie in futuro? Poiché, allo stato della legislazione italiana, deve risponderci nel secondo senso, è proprio qui che nasce nella Chiesa il

²⁶ SERGIO BELARDINELLI, *La laicità dello Stato alla luce del discorso di Ratisbona*, in STANISLAW GRYGEL e STEPHAN KAMPOWSKY (edd.), *Fede e ragione, libertà e tolleranza. Riflessioni a partire dal discorso di Benedetto XVI all'Università di Ratisbona*, Cantagalli, Siena – Città del Vaticano, 2009, p. 43.

²⁷ S. BELARDINELLI, *La laicità dello Stato*, cit., p. 41.

²⁸ BENEDETTO XVI, *Deus caritas est*, in *Il Regno*, Suppl., 1 gennaio 2006, pp. 74-75.

²⁹ FABIO VECCHI, *Spunti critici*, cit., p. 589.

timore di una deriva relativistica, che se per un verso la induce alle accennate «entrate di forza», per l'altro la spinge a dichiarazioni che finiscono per coinvolgere 'democrazia' e 'modernità' in una generale condanna dell'indifferenza ai valori morali.

Per concepire il dialogo in termini di diverse interpretazioni di principi non negoziabili, occorrerebbe non avere paura. Occorrerebbe mantenere la fiducia che spira dall'allocuzione di apertura del Concilio Ecumenico Vaticano II, dove il Pontefice, distinta la modernità da «quei costumi di vita, che disprezzano Dio e la sua legge, la eccessiva fiducia nei progressi della tecnica, il benessere fondato esclusivamente sui comodi della vita», prendeva le distanze dai «profeti di sventura» i quali «nei tempi moderni non vedono che prevaricazione e rovina» e «annunziano eventi sempre infausti, quasi sovrasti la fine del mondo», e affermava che la Chiesa «ritiene di venire incontro ai bisogni di oggi mostrando la validità della sua dottrina piuttosto che con la condanna»³⁰.

³⁰ *Per l'apertura del Concilio ecumenico. Estratti dall'allocuzione dell'11 ottobre, in 1963. Annuario politico italiano*, Milano, Comunità, 1963, pp. 1237 ss.

*Saint Louis des Français – Présentation des tableaux
du Caravage de la Chapelle Saint-Matthieu
Commentaires des tableaux*

PATRICK VALDRINI

© Immagini pubblicate per gentile concessione della Soprintendenza Speciale per il Patrimonio storico, artistico ed etnoantropologico e per il Polo museale della Città di Roma



Tableau: APPEL DE MATTHIEU.



Commentaire (Patrick Valdrini):

«Comme il s'en allait, Jésus vit, en passant, assis au bureau des taxes, un homme qui s'appelait Matthieu. Il lui dit «suis-moi». Il se leva et le suivit» (Matthieu 9/9).

Sur la droite, ne nous y trompons pas, ce n'est pas un homme ordinaire, c'est Jésus le Nazaréen dont la mission est d'appeler, appeler tous les hommes à l'unité cassée par le péché, le péché d'origine d'où part le désir de Dieu de remettre sur le métier la création salie. Cassure entrée par un homme, Adam. Cassure réparée par un autre homme, le nouvel Adam, Dieu lui-même qui vient montrer ce que veut dire vivre «en



créé». Ce tableau de Caravage part de la création du monde et de l'homme par Dieu. Ce Jésus incarne Dieu qui crée et qui répare. Pour ce faire, il est unique, médiateur de la grâce de Dieu. Où est la grâce dans ce tableau, la grâce œuvre de l'Esprit? C'est ce faisceau de lumière, ce long trait qui vient du fond, d'au delà du cadre, de là où Dieu, qui ne se voit pas, se tient. Christ médiateur de cette grâce, au visage éclairé bien que la lumière vienne de derrière, mais pouvait-il en être autrement puisque le Christ est le visage du Père qui éclaire tout homme en ce monde. Ce visage ne connaît pas l'ombre. Il laisse toujours passer la grâce.



Ce faisceau éclaire la scène et surtout les visages de ceux qui se tiennent dans ce lieu qui sera celui de l'irruption du Christ. Moment apocalyptique qui rappelle les annonces de Jean-Baptiste. Attention! Quelqu'un vient que je ne connais pas. Quand il sera là tout changera. Ce sera le moment de la révélation, non pas seulement de ce qu'il est dans son être mais de vous-mêmes. Sa lumière, à laquelle vous ne pourrez échapper, dira ce que vous êtes. Votre être apparaîtra au grand jour. Caravage l'a compris. Aucune de ces personnes ne pourra rester dans l'ombre: d'abord ces deux jeunes hommes, pages fringants et insoucians, magnifiques dans leur manière de rester eux-mêmes alors qu'entre un homme important. Comme un gosse, cet adolescent, qui fait plus que son âge, gigote dissipé et insoumis. L'autre, proche de Matthieu, décontracté mais intéressé, regarde celui qui entre, curieux de ce qui se passe sans pour autant en être loin. Les deux participent à ce que vit Matthieu avec la fraîcheur de leur âge. Et puis ces deux changeurs ou percepteurs occupés par leurs comptes que rien ne semble pouvoir détourner de

leurs affaires, d'une grossière cécité, cloués dans leur monde, un premier, plus jeune, les yeux rivés sur les deniers, l'autre, à la face expérimentée, semblant le contrôler. Caravage les a représentés découverts par le rayon de grâce, mis à nu, pris la main sur l'argent, en flagrant délit de compter alors que s'ouvre un événement unique dans la vie d'un des leurs, qui, un instant encore, leur était proche et s'apprête à partir.

Partir, comme Abraham, comme les prophètes que Dieu a sortis de leur vie commune, comme Pierre,



Jacques et Jean qui ont laissé leurs filets de pêcheur. Matthieu va se lever et suivre Jésus. Il est au centre, peint au moment précis de la décision, quand il part comme un éclair. Il passe du monde des percepteurs, ses collègues, au monde où Jésus l'appelle, d'un monde ancien au monde nouveau que lui ouvre celui qui le regarde.

Le peintre est un génie. Jésus tend la main. C'est celle du médiateur, main d'un Dieu incarné dans l'histoire, qui réalise ce que Dieu fit quand il créa. Dieu étendit la main. Le Christ la tend aussi. Caravage



aurait repris ce que Michel-Ange a peint sur le plafond de la Sixtine: la main de Dieu, créatrice. Celle du Christ l'est aussi. Mais elle recrée en appelant à passer de ce monde à un autre, du vieux au nouveau monde qui est le sien, dans lequel il règne comme Dieu d'amour. Sur ce tableau Matthieu est en train de passer.

Observez ce jeu des mains, d'abord la main de Matthieu, la droite. Caravage la rapproche tellement de celle de ce jeune compteur qu'on la croit de lui. La couleur de sa manche le trahit. C'est la main de Matthieu qui compte encore et touche les pièces si précieuses. Elle est encore dans son vieux monde. L'autre main a bougé pour reproduire celle du Christ, restant elle-même car elle est de Matthieu, mais prenant la direction qu'indique celle du Christ, la direction de la grâce. Tout part de Dieu et se dirige ailleurs.

On nous dit que cette main montre son voisin pour signifier le doute sur celui que Christ appelle. Est-ce moi ou lui que tu désignes? Caravage s'en serait-il tenu à présenter un Matthieu doutant de l'appelé? L'homme attendait. Il était prêt. Il ne manquait que Jésus, son geste et sa parole. Suis-moi. Sans hésiter il se leva et le suivit. De plus qu'aurions-nous dit si la main de Matthieu avait montré son buste, fût dirigée sur sa poitrine? Caravage aurait-il voulu dire que la grâce était faite pour Matthieu? Non! A peine le texte d'Évangile rapporte-t-il que Matthieu s'est levé et a suivi le Christ qu'il déclare appeler tous les pêcheurs, ceux que Matthieu a côtoyés.

Pour Caravage, la main de Matthieu, la gauche, au contraire de l'autre, est déjà dans le nouveau monde tout juste inauguré et récemment créé. Il manque une légende qui fasse parler le Christ: «Matthieu, suis celui qui te demande de prendre la direction donnée par ma main. Ta main, qui restera la tienne, ne t'appartient plus, elle est déjà une main du monde qui vient, main aussi nouvelle que le sont le cœur et l'esprit nouveaux que Dieu met en ceux qui le suivent».

Les pieds de Mathieu vont suivre car, quand le corps bouge et passe, ils

sont sollicités. Le pied droit, du côté de la main encore vieille, est déjà levé, il part vers le nouveau monde. L'autre pied, le gauche, du côté de la main qui a bougé, est encore posé par terre. Rien à faire. Le nouveau Mathieu est arrivé. Rien ne l'arrêtera. Son visage illuminé et même étonné de ce qui survient – comme l'homme surpris par l'amour – exprime l'instant précis du mouvement: je viens.



Le contraste est rendu par les visages penchés de ces deux compagnons, harpagnons du XVI^e siècle, lourds de préoccupations sonnantes et trébuchantes. Ici on compte, on n'entend pas, on palpe, on ne voit pas, on se concentre, on ne perçoit rien d'autre. On voit représentée l'imperméable manque de générosité des hommes face à la grâce.

La scène -avons-nous dit- se joue dans la lumière, sur un fond de ténèbres qu'interprète facilement une clé de



lecture pascale. Les ténèbres évoquent l'obscurité du tombeau qu'illuminera la résurrection. Là où l'artiste met le noir, il y a la mort, là où il met la lumière, il y a la vie. Quand le Christ entre, la lumière qu'il transporte en lui-même, car il est la lumière du monde, éclaire tout homme et le place sur le chemin de la conversion. Cette œuvre réparatrice et créatrice, appelante et transformante, est unique quand il s'agit du Christ, car Dieu a fait en lui ce qu'il veut faire avec tout homme. Elle est offerte quand il s'agit de ceux qui marchent dans l'histoire.

Il faut alors parler de celui qui se tient près de Jésus, Pierre, l'apôtre qui dépend du Christ. Il représente l'Église, laquelle fait au cours des siècles dans l'histoire, ce que Jésus est, le médiateur de la grâce. Pierre reprend la position de Jésus et surtout sa main qui a la forme et la direction de celle du maître. Jésus et l'Église ne font qu'un dans l'œuvre du salut. Ils appellent encore et toujours, tendant la main vers l'homme dans la direction donnée par la grâce.

TABLEAU: MATTHIEU INSPIRE PAR L'ANGE.



Commentaire (Patrick Valdrini):

Répondre à l'appel du Christ est un acte. Y donner suite en est un autre. Tout commence avec l'appel. L'homme a répondu. Il faut désormais découvrir la route qui s'ouvre, non écrite, à écrire, à inventer. L'homme est créé libre. Sa relation à l'au-delà doit être de confiance. Le ciel m'aidera mais je dois écouter ce qu'il dit. Devrai-je compter sur son appui? Oui mais sans qu'il touche à mon autonomie. Mon histoire sera la mienne dans laquelle l'au-delà s'engagera. Il respectera ce que je suis, ce que je veux, ce que je choisirai. A la confiance que je lui donne et qu'il me réclame, il répondra par une même confiance. A la fidélité qu'il me réclame et que je ne lui donne pas toujours, il me répondra par la fidélité constante, à toute épreuve.

Mathieu rédige son Évangile. Il le commence plutôt. Son regard est tourné vers le jeune ange qui, de ses mains, compte la généalogie: livre des origines de Jésus Christ fils de David, fils d'Abraham, Abraham engendra Isaac, première génération, Isaac engendra Jacob, deuxième génération, Jacob engendra Juda et ses frères, troisième génération et ainsi de suite jusqu'à Joseph, l'époux de Marie de laquelle est né Jésus que l'on appelle Christ.



Mathieu est dans une position étrange, que l'on comprend si on pense que Caravage a voulu montrer le dynamisme de l'acte d'écrire, mieux encore de l'Écriture elle-même. Écriture ou Parole de Dieu en mouvement constant, car elle n'est pas figée par l'encre, encore moins fixée sur son support. Elle est vivante la Parole, allant vers le moment ultime qui sera celui de la Rencontre!



Cette œuvre de Caravage est la seconde. Un premier essai, dit-on, n'aurait pas plu aux commanditaires. On ne saura jamais si cette thèse est vraie. L'essai est peu connu, aujourd'hui disparu dans un incendie du musée de Berlin qui l'avait abrité. On ne possède qu'une reproduction sans couleur. Faut-il y voir le signe que cette œuvre était maudite, destinée à mourir car elle trahissait ce que le christianisme pense de ce qui le constitue et le fonde: la Parole devenue chair et entrée dans l'histoire qui appelle ceux qui le veulent à entendre, parler, écrire. On ne saura jamais pourquoi Caravage a peint comme cela l'œuvre de Mathieu. On



ne saura jamais s'il a erré bêtement ou s'il devait encore apprendre quelque chose de la manière dont Dieu parle à l'homme et à sa liberté.

Regardez cette reproduction. Quelque chose ne va pas: Passons sur le visage de Mathieu, trop affairé, les yeux hagards, loin de la solennité du moment, passons sur ses jambes et pieds grossiers qui furent reprochés à l'artiste – représenter ainsi un saint! –, passons sur l'attitude de l'ange trop lascive et ambiguë, a-t-on dit, pour être dans une église, passons sur le manque d'élégance de l'ensemble qui devait trancher avec celle des autres toiles. Arrêtons-nous sur «le» détail mais qui n'en fut pas un pour ceux qui reçurent l'œuvre: l'ange tient la main de Mathieu, le guide, écrit avec et peut-être pour lui. Mais que reste-t-il de Mathieu, de sa liberté dans cet acte d'écrire qui ne paraît plus le sien? L'évangile serait-il donc dicté et même écrit d'ailleurs, sans que l'homme ait à choisir sa fidélité à ce qu'il a entendu, incapable d'écrire lui-même, incapable d'être inspiré, incapable d'être un auteur ?

Dans la toile refaite, on retrouve ce que Mathieu nous a donné: son évangile ou l'évangile selon lui-même, écrit par lui, avec des mots choisis par lui, proposés par lui et inspirés par Dieu dont l'ange est le messager. Caravage revient à la structure essentielle de l'acte de croire qui est d'abord écouter, entendre, suivre ce qui est dit, obéissance dira la tradition comme acte de confiance et connivence profonde avec celui qui parle. Sur cette toile, chacun est dans son rôle. Du haut vient la proposition, l'homme la reçoit dans son monde – appelons-le l'histoire. C'est là où il marche et avance, c'est là où il vit et répond, pas seulement une fois mais toujours car répondre est un acte qui dure, dynamique tant il se construit et reconstruit au fil des événements qui passent, portent et marquent.

La toile précédente nous donnait un Mathieu saisi dans un moment, celui de la décision de partir, de tout laisser et de suivre. Le voici ratifiant ce choix dans ce qu'il doit écrire. Le voilà maintenant dans sa vocation de transmettre ce qu'il aura vu et entendu, expérimenté dans l'accompagnement de celui qui l'a appelé. Mathieu regarde l'ange, tendu dans l'attention car la confiance qu'il lui porte l'entraîne à ne rien perdre de ce qu'il dit. Aussi parce qu'il a une claire conscience de la portée de ce qu'il fait. Il écrit l'histoire unique et inouïe des relations de Dieu avec les hommes. Le Verbe s'est fait chair. Il a parlé. Lui l'a entendu. Une fois le Verbe retourné vers le Père, Matthieu veut participer à cette incarnation en transformant ce qu'il a vu et entend encore de l'ange en chair.



Caravage est un génie pour avoir mis sur cette toile une philosophie de

l'histoire dont l'origine est Dieu. Deux mondes semblent séparer Mathieu de l'ange comme deux cercles opposés. C'est le verbe qui les rapproche. Le ciel habité parle. L'homme dans l'histoire tourne son regard vers là-haut et ouvre ses oreilles. Ses membres sont prêts pour la course. Ses mains seront agiles pour écrire. Écrire. Nous avons devant nous l'homme que Dieu a créé pour écrire son histoire, accompagné par Dieu qui le regarde et qui l'inspire. C'est nous qui sommes ainsi représentés, marchant, courant, soufflant, crachant, essoufflés, portant notre histoire, la grande, celle des hommes et la petite qui est la nôtre. Mais nous-mêmes. Autonomie de l'homme. Respect de sa liberté par Dieu. Aide constante sur laquelle il peut s'appuyer alors que le tabouret le lâche, responsabilité dans l'accueil fidèle de ce qui est proposé. Tout est dit de cette vocation qui nous occupait il y a un instant. A peine recréé par Dieu par la réponse à l'appel reçu, il faut traduire celle-ci en mots qui, voulus par Dieu, restent les siens.

TABLEAU. LE MARTYRE DE MATTHIEU:



Commentaire (Patrick Valdrini):

Cette fois, l'Éthiopie est le cadre de cette scène tirée de la légende dorée de Jacques de Voragine (12^e siècle). Le roi Hirtacus désirait prendre pour femme une vierge pieuse, Euphigénie. Matthieu s'y opposa: «Le mariage étant ainsi chose sacrée et inviolable, dit-il, un esclave qui voudrait posséder la femme de son roi mériterait la mort. Et, de même, toi, Hirtacus, sachant qu'Euphigénie est la femme du roi éternel, comment oses-tu songer à prendre la femme de plus puissant que toi? Ce qu'entendant, le roi fou de de rage sortit de l'église. L'apôtre plein de constance et d'intrépidité engagea le peuple à la patience ... Quand la messe fut achevée, le roi envoya dans l'église un bourreau qui, frappant par derrière, de son épée, l'apôtre debout devant l'autel et les mains jointes en prière, le tua sur place et lui assura ainsi la couronne du martyr» (*La légende dorée*, Ed. du Seuil, 1998, p. 531).

Caravage a modifié substantiellement la scène, une nouvelle fois, à sa manière. Quand se passe-t-elle? Aux premiers siècles de notre ère ou au XVI^e siècle quand ce tableau fut peint? Comme pour l'appel de Matthieu, l'artiste a donné aux événements qu'il représente un sens au-delà de leur enracinement dans l'histoire. Ils sont datés et, dans ce qu'ils engagent et révèlent de l'homme aux prises avec les autres et avec Dieu, de la lutte entre le bien et le mal, de la nécessité de choisir la trahison ou la fidélité, ces faits sont de tous les temps et deviennent une mise en scène de ce que chacun est ou peut devenir.

L'homme couché est Matthieu, prêt à être transpercé. Il ne manque que la Croix pour que l'on soit au Calvaire. Matthieu martyr la revit en lui-même. Son corps est une croix à l'image de tous ceux qui suivent le maître sur le chemin qu'il a montré, dans lequel luit la lumière de la résurrection. Il est devenu la lumière, qu'il laisse passer car, déjà, dans sa mort qui vient, il reçoit la résurrection qui vient. L'ange penché, au bord du nuage d'où il pourrait glisser, lui tend la palme du martyr. Prends-la, c'est le ciel qui t'aide une nouvelle fois et t'accueille parmi les siens. Matthieu sois heureux d'être image souffrante du Christ car ton martyr sera couronné et lumineux malgré l'opposition de ceux qui sont autour de toi.

Tout le monde ne s'oppose pas. On vient l'aider. Des hommes ont accouru mais la violence du sicaire armé de son épée repousse les essais de fraternité. Le servant se sauve hurlant. Trois puissants hommes en bas sont écartés. Sur la gauche les autres tombent renversés et reculent impuissants. Ils assistent alors qu'ils voudraient secourir. Un homme regarde au visage plutôt triste, pensif, interrogant. C'est Caravage qui s'est représenté. On dit volontiers qu'il observerait ce que lui-même aurait pu faire. A qui peut-il s'identifier?



Au bourreau vociférant, à Matthieu qui se donne? En tout cas, spectateur engagé, il nous donne une fois encore la clé de ces œuvres immortelles: elles sont faites pour se regarder comme dans un miroir, à l'image des Écritures qui révèlent l'homme à l'homme. Cette scène du martyr aide chacun à comprendre ce qu'il est devant Dieu: celui qui se donne jusqu'au bout par fidélité à la Parole? Qui ne trahit pas son oui dit une fois pour toutes? Ou celui que la Parole dérange, qui évacue ce qui l'empêche de réaliser ses projets et qui peut manier l'épée pour faire disparaître ceux qui témoignent d'une vie vraie et donnée?



L'ensemble est plutôt violent. Caravage, qui l'était, l'a sans doute voulu ainsi pour montrer l'œuvre ambiguë, paradoxale, en teintes contrastées de l'homme. Le sicaire est un Adam, comme Matthieu dont il partage l'humanité, mais trahissant l'être qu'il a reçu, Adam opposé au lien du martyr avec le ciel. Sa main faite pour la relation est fermée sur le poignet du saint. Elle l'enserme pour l'empêcher de saisir la palme qui donne sens à ce que vit Mathieu. Rien ne doit venir du haut. Le sicaire ignore ce qui est au-dessus. Seul compte le retrait de cet homme, témoin d'une vérité qui empêche de faire ce que le roi a désiré. Qui est le roi dans ce tableau? Serait-ce celui, qu'on ne voit pas, qui a donné l'ordre de tuer Mathieu car il s'oppose à son projet, ou celui, qu'on ne voit pas, qui a donné l'ordre à cet ange de sauver le martyr?



La royauté n'est pas de ce monde. Si Adam, dans la version que représente Matthieu, est fait pour la partager, la royauté est celle qui vient d'un lien de transcendance. Il donne aux êtres humains de vivre leur histoire, appelés à se dépasser toujours dans la fidélité à la parole divine, à la vérité contenue dans la relation à

Dieu et au don total de soi qui est, dans tous les cas, - dans l'ordre divin et dans l'ordre humain – le lieu où apparaît la transformation de l'homme apportée par Dieu. Ce tableau est une lutte entre deux *Adam*, l'un qui l'est trop et fait penser au



premier pêcheur qui s'est coupé de Dieu pour vivre «comme lui» et «sans lui», l'autre qui l'est à la manière du Christ qui restaure par le don total de soi la relation lumineuse que Dieu a voulu entre lui et l'homme.

Encore de la lumière sur fond d'obscurité. Encore de la vie sur fond de tombeau. Encore la résurrection qui brille dans les ténèbres. Le corps de Matthieu, pourtant couché, est prêt à se lever car l'axe principal du cadre part du bas et va vers le haut. Comme le Christ qui fut élevé de terre –manière de dire ressuscité– Matthieu surplombe cette scène par la force qui l'anime. Rien ne lui est épargné. Ses souffrances sont immenses. Or c'est la tranquillité qui ressort de son corps, la paix qui en émane et la douceur de son visage faisant face à celui déformé de son tueur qui sont le centre de l'action. Il est prêt pour la mort. Il est prêt pour la résurrection. Les deux vont ensemble. On passe par l'une pour vivre la seconde. Matthieu est le vainqueur. Caravage a en lui cette espérance qui donne la force de ne jamais enfermer l'histoire, fût-elle écrasante, lumière de la foi qui fait croire ce qui ne se voit pas. Alors que tout semble perdu, bouché et résolu, une porte reste ouverte qui laisse passer la grâce. Petite et discrète, elle est là. On l'a vu opérer dans l'appel de Matthieu, clairement si l'on ose dire, on l'a vu suggérée dans Matthieu inspiré, on doit la deviner dans ce tableau. Et pourtant c'est elle que Caravage a peint. La grâce qui passe par le corps de Matthieu, ce n'est pas sa lumière mais celle de celui qui l'habite. Il la porte à l'infini de ce qu'il peut faire. Matthieu est un martyr car il a laissé Dieu faire.

Evangelo, impero, cristianità. Ambiguità di un incontro¹

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

1. *Paganesimo e monoteismi mediorientali*

La ricerca di un incontro con la persona storica di Gesù tende sempre, inevitabilmente, a essere avvertita come un rischio di scandalo nelle chiese. Lo mostra, ultimamente, la censura caduta sul libro di Iosé Antonio Pagola, *Jesùs. Aproximaciòn històrica*. Il punto è che mentre le chiese si fondano su una elaborazione già data in precedenza del messaggio profetico di questa personalità straordinaria, mediato da un percorso complesso di filtraggio a più strati (elaborazione che una tradizionale dossologia mistica rafforza), la mera logica rigorosa di un approccio storico finisce per azzerare tendenzialmente tale percorso, esponendo l'itinerario gesuano al pericolo di altre e originali appropriazioni, potenzialmente aperte ad un diverso percorso in termini di ermeneutica teologica, di culto, di spiritualità. Così, nel cattolicesimo odierno, il Gesù di Ratzinger si sente (per così dire) minacciato anche dalla sola ipotesi di lavoro di un nuovo, seppur rigoroso percorso ricostruttivo.

Lo stesso avviene per la storia della chiesa, che una lunga tradizione tende a chiudere nell'orizzonte di alcune coordinate essenziali, la cui messa in questione ipotetica è avvertita come una possibile minaccia eversiva per equilibri interni di potere ormai consolidati.

Fino alle *Antichità giudaiche* di Giuseppe Flavio, non emerge alla coscienza dello storico il tema (estraneo forse all'esilio egiziano) delle conseguenze problematiche dell'instaurazione di una relazione -che non sia di mero potere- con il potere pagano dominante. È viceversa il clima del secondo esilio – quello babilonese – ad aprire la via a modulazioni più significative di tale rapporto, in chiave di apertura di contraddizioni interne sia al mondo pagano

¹ Testo della relazione inedita letta al XIX Convegno internazionale dell'Accademia Costantiniana (giugno 2009: *Organizzare, sorvegliare, punire: il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della Tarda antichità*).

stesso, sia al popolo di Israele come custode storico di una fede monoteista rigidamente esclusivista.

Assistiamo dunque all'apparire in Roma di un atteggiamento di rispetto vero dell'identità giudaica nella sua specificità (si pensi alla curiosità riflessiva di Pompeo); e, al tempo stesso, a divisioni profonde in Israele sulle modalità di gestione del rapporto col mondo cesariano e pre-cesariano. Certo, all'empatia di Pompeo, che neppure si indignò per i riti di purificazione disposti a seguito della sua visita al tempio (quello eretto dopo Ciro e Dario) farà seguito man mano la durezza di un assoggettamento reso necessario dalla posizione di frontiera della Palestina nell'impero, per non parlare della preoccupazione di moti eversivi, alimentati dalle frange più estreme dell'ebraismo.

D'altronde, se le relazioni col mondo giudaico erano state mediate dalla classe più colta ed elevata, fortemente ellenizzata, l'unificazione erodiana, tra la liquidazione degli asmonei e la costruzione del terzo tempio, aveva dato corso ad una sanguinosa faida dinastica, tale da indurre Augusto a non indulgere a tentativi democratici di ripristino degli antichi ordinamenti deuteronomici, ma piuttosto a imporre con la forza la spartizione prevista dal testamento più recente del vecchio tiranno, corretta poco dopo dalla deposizione di Archelao e dal definitivo assoggettamento della Giudea al diretto potere imperiale.

Questo punto di partenza agevolava l'integrazione del nuovo assetto politico nel sistema dello *jus gentium*, legittimata dalla base etnica dell'identità giudaica, come tale di buon grado accettata tra i *socii et amici populi romani*. Ma il successivo prevalere sui farisei e i sadducei di tendenze ribellistico-apocalittiche che, indotte da periodici episodi dissennati di saccheggio del tempio, andavano preparando le due grandi sollevazioni antiromane del tempo di Tito e di Adriano, portò col tempo alla caduta definitiva di ogni possibilità di tenuta di rapporti politici fondati sulla fiducia reciproca tra l'impero e la Palestina giudaica assoggettata. Fatto questo, del resto, già anticipato da una imponente diaspora spontanea verso le metropoli ellenistiche dei ceti collaborazionisti e conservatori, per natura più propensi a un'assimilazione rispettosa delle peculiarità etico-religiose dei loro insediamenti, espressa in forme proprie, istituzionali o consuetudinarie, volte a assicurare continuità e efficacia alle osservanze tradizionali, sancite dall'interpretazione dei rabbini.

2. *Sinagoga e chiesa*

Mentre la libertà di culto giudaica appare, nella diaspora, adeguatamente tutelata da un suo proprio statuto giuridico a base etnica, diversa è la sorte delle comunità cristiane, che in tale ambiente non si vedono riconosciuta una

protezione analoga, per la loro composizione a base prevalente di cittadini, privi come tali di strumenti di esenzione dal diritto comune.

Il processo di penetrazione cristiana nell'ambiente romano propone quindi un problema di ricattabilità soprattutto alle classi agiate o mercantili, specie nell'ambito dei mestieri e delle professioni intellettuali, contigue all'ambiente dei pubblici poteri, o delle magistrature. Viene ad esserne interessata, così, soprattutto parte rilevante delle comunità urbanizzate che sono state più influenzate dalla predicazione di Paolo. Mentre l'elemento giudaizzante, oramai da tempo recessivo e minoritario, più facilmente si mimetizza a margine di altre sette monoteiste e dei culti orientali, che pullulano nei sobborghi e nel contado.

Lo scontro col potere imperiale interessa perciò proprio la grande chiesa, come insieme delle comunità più colte ed avanzate, e al tempo stesso più remote dalle radici ebraiche del movimento. Nei processi avanti al pretore, la questione capitale è dunque quella della lealtà verso i numi dell'imperatore, ritualizzata nel sacrificio a Cesare: un gesto di idolatria esplicito, inaccettabile anche per il più semplice e moderato dei convertiti.

L'età delle persecuzioni vede, pertanto, porsi il problema di trattamento di un fenomeno come quello cristiano come scelta alternativa tra omologazione del nuovo culto nel *pantheon* di un impero abituato a esigere dai cittadini forme sacralizzate di riconoscimento della propria supremazia e qualificazione di illiceità della pretesa di esprimere la lealtà politica del cittadino romano in maniera svincolata da modalità culturali. Onde, paradossalmente, la contesa tra il potere e la pratica cristiana viene a porsi, all'inizio, come una richiesta di qualificazione laica del dovere di cittadinanza.

Siamo di fronte, cioè, a una presa di posizione che certamente ha radice monoteista, ma che, al tempo stesso, non rifiuta l'obbligazione politica, chiedendo solamente di mediarla a un livello etico diverso dalla dimensione del sacro. Nella storia concreta delle chiese non sempre il tema si porrà con altrettanta chiarezza, come nell'età romana prima dell'editto di Nicomedia. Né, al fondo, la vicenda sarebbe stata diversa per il rabinismo talmudico, senza la copertura tollerante, in blocco, dello *jus gentium* sui suoi ordinamenti autonomici.

Per venire a un editto di tolleranza nei confronti di una pretesa tanto eversiva comportava sicuramente l'esercizio di un potere di innovazione costituente, tale da proporsi comunque in termini di discontinuità col *milieu* augusteo, che aveva segnato la fine degli ordinamenti della repubblica. L'esigenza posta dal nuovo culto, dirompente rispetto alla *pax deorum* costituita, era tale da non poter affermarsi senza una previa, profonda trasformazione culturale, mediata dal dialogo tra intellettuali pagani e patristica cristiana e attraversato dalla polemica crescente di questa con l'ebraismo e con le prime eresie cristologiche.

In questo contesto, il passaggio dalla tolleranza all'egemonia era destinato

ad avvenire quasi insensibilmente; e l'istituzione statale avrebbe trovato poi naturale che l'atteggiamento empatico iniziale di Pompeo si volgesse, tre secoli dopo, in attività di garanzia e protezione di un fenomeno, che la politica di Costantino andava elevando a valore costituzionale, anche in grazia dell'incomparabile compattezza sociologica raggiunta a causa dell'istituto episcopale e dei suoi centri sinodali di coordinamento. Su questo sfondo, giustamente si è osservato che la personalità di Costantino ha rilievo epocale, come quello di chi riassume nelle sue gesta la trasformazione radicale di un mondo mediante la creazione di un mondo nuovo: quello della Tarda antichità.

Ciò non significa che Costantino fosse cristiano, sebbene della sua santità gli ortodossi si dicano convinti. Il suo contributo è piuttosto quello dell'instaurazione di un diverso rapporto tra stato e religione, mediato da una stabile relazione intergerarchica con il corpo episcopale della *catholica ecclesia*, quale garante dell'instaurarsi di una nuova e definitiva *pax deorum*, fondata teologicamente sul connotato di "Nuovo Israele" rivendicato dalla grande chiesa con il sostegno polemico di apologeti ormai pienamente integrati nella cultura del tempo; alla quale appariva ormai persuasiva l'idea che, nel seno dell'impero, i cristiani si situassero – in virtù di alcune connotazioni fondamentali di una *paideia* illuminata dalla Rivelazione – "come l'anima nel corpo". Idea, questa, tertulliana, ma destinata a essere estremizzata sia nell'evoluzione eusebiana, che nella rivoluzione gregoriana occidentale.

3. Chiesa e regno di Dio. Critiche recenti al sistema costantiniano

Nelle loro aree di rispettiva influenza, le chiese pretendono di esercitare sulle scienze un controllo, al quale rifiutano di sottoporsi a loro volta. D'altra parte, la situazione culturale dell'occidente secolarizzato (soltanto a parole fondato sull'indifferenza rispetto alle opzioni confessionali concrete) favorisce questa immunità a senso unico, dato che tentare di uscirne significa esporsi a censure canoniche quando si sia con la chiesa *de qua* in rapporto di appartenenza; e/o, in ipotesi alternativa, alla accusa di giurisdizionalismo che tocca a chi, dall'esterno, pretenda di esercitare un ruolo di correzione critica nei confronti di taluna di dette chiese, presidiate come sono, in vario modo, dal costantinismo istituzionale dominante.

Mi è stato chiesto di riferire al Convegno sull'ambiguità dell'incontro tra cristianesimo e Impero nella Tarda antichità. Vorrei farlo con le parole di Piero Bellini in un seminario non troppo remoto su *Romanità e cristianesimo*, tenuto a Teramo una diecina d'anni fa sotto la presidenza dell'amico Crifò; ma, reduce da un trasloco, non sono stato in grado di rintracciare il volume degli Atti.

L'intervento di Bellini si apriva con un ampio sguardo sulla situazione culturale del mondo greco-romano in rapporto all'evangelo cristiano, integrato da un approfondimento critico sulla situazione della grande chiesa nelle persecuzioni e sui considerevoli fenomeni di cedimento etico dei convertiti di fronte ai pretori, nelle varie forme dell'apostasia esplicita (o implicita nel sacrificio prestato all'imperatore), o della *libellatio*. Ne conseguiva, specie a seguito dell'esito della controversia donatista sui *lapsi*, un giudizio fortemente negativo sulla consistenza etica del corpo ecclesiale dopo il mutamento della sua composizione seguito al trasformarsi delle piccole comunità giudaizzanti delle origini in una rete organizzata di chiese ellenizzanti, a direzione quasi esclusivamente episcopale.

Tale giudizio comportava quello di un successo delle persecuzioni, intese come vaglio della capacità di resistenza del cristianesimo ad una integrazione compatibile nel più ampio sistema culturale dell'ecumene. Ciò in quanto, a parere del relatore, si era verificata la caduta di quei connotati di incompatibilità col sistema, che nella letteratura apocalittica del periodo giudaizzante si erano evidenziati, soprattutto nelle comunità giovaniche.

In termini sociologici, è probabile che il giudizio di Bellini sulla trasformazione di gruppi entusiasti ancora fortemente identitari in comunità organizzate gerarchicamente, con gravi conseguenze sulla tenuta etica di queste ultime in situazioni di contrasto col potere romano, possa essere condiviso. Vale anche qui la parabola del sale, e il modello di superiore virtù delle piccole comunità riformate (si pensi al valdismo) rispetto alla chiesa multitudinista di cattolicesimo consolidato.

C'è, per altro, qualche argomentazione ulteriore da sollevare con riguardo allo sfondo complessivo della considerazione della violenza nel messaggio cristiano, che potrebbe qui essere riportata ad integrazione di questi ultimi rilievi; i quali mi sembrano ignorare il processo di integrazione del dogma, in corso attualmente a partire dall'approfondimento di fonti della rivelazione cristiana in precedenza non adeguatamente considerate nelle chiese.

4. *I dati biblici. L'orizzonte del regno di Dio*

Il discorso che segue propone un approccio, dal punto di vista cristiano, agli istituti della repressione penale nel diritto della Tarda antichità a partire da un nucleo in apparenza non certo dogmatico (e che, da taluni, è stato anzi trattato come meramente etico) del Nuovo Testamento.

Come prima approssimazione osservativa, infatti, può ben dirsi che il diritto dell'epoca costantiniana presenta per la prima volta un ossequio non

di sola facciata quanto alle dimensioni dottrinali del fatto cristiano; ossequio vissuto, dalla grande chiesa, come evento provvidenziale nella convocazione di Nicea da parte di Costantino. A paragone della quale, le glosse del Biondi a quello che da lui fu detto diritto romano cristiano appaiono conseguenze irrilevanti rispetto a un'assunzione di responsabilità ecclesiastica riservata al *basileus* che, da allora, diventa parte essenziale della politica costituente non solo di Costantino e dei suoi successori, ma anche di tutti i sistemi di sovranità poi costruiti su un rapporto di inerenza reciproca tra impero e cristianità, sia in oriente che in occidente, fino alla loro crisi (neppure forse definitiva) in età moderna e contemporanea.

Questa assunzione di responsabilità ecclesiastica del politico (e viceversa) sta o cade, però, a misura che procede l'approfondimento dottrinale dell'idea gesuana del regno di Dio; e che nell'occidente europeo se ne cominciano a smantellare, a partire dalla Riforma di Lutero, le mistificazioni neo-davidiche sottostanti (che in altri rami del mondo evangelico hanno finito però, non di rado, per riprodursi in altra forma).

Piero Bellini è stato lo studioso che più di recente ha tentato lo sforzo di elevare a sistema descrivibile i connotati del compromesso a suo tempo raggiunto, nell'età di fondazione della cristianità occidentale, dalla Chiesa romana col "gladio bellico", come funzione di autodifesa dello Stato di cristianità nei confronti dei suoi nemici interni ed esterni. E, per questa via, ha mostrato che la rivoluzione gregoriana non solo mai si è assicurata un controllo completo sull'autorità politica, ma che l'ideologia subordinazionista con cui ha tentato di affrontarla in campo l'ha indotta a inglobare nelle proprie istituzioni un quoziente di violenza decisamente inaudito per il diritto canonico precedente. Si pensi in proposito al ruolo della *animadversio debita* del principe rispetto alla condanna chiesastica per eresia nei primi secoli del secondo millennio cristiano, quando a Roma non sono più in gioco i pilastri della fede da instaurare, ma piuttosto le deviazioni tardive (che contestano un mondo ormai concentrazionario) da reprimere.

Eppure, questo punto dei rapporti con l'autorità politica (e dei relativi equilibri di compromesso e di convenienza) resta, stando a passi eloquenti delle Scritture, un *locus theologicus* ineludibile per la sequela di Gesù; ed il suo capo delle tempeste si eleva sui fondali della violenza, che permea quello che a Vico pareva un risvolto oltre misura drammatico (fin dall'archetipo del fratricidio di Romolo) della "natura delle nazioni". Un punto sul quale, non a caso, la posizione delle chiese ancora oggi non è chiara, nemmeno nel dialogo ecumenico; se è vero che è a partire dal *compelle intrari* agostiniano, che esse tanto spesso hanno ceduto al fascino corruttore della coercizione. Un fascino che, del resto, già andava equamente ripartito tra calvinisti e cattolici, in età

moderna: se è vero che Bruno era già stato condannato a morte a Ginevra, prima di finire a Roma sul rogo dell'Inquisizione; e che al *Dei delitti e delle pene* del Beccarla la Curia romana prontamente aveva reagito con l'inserirlo nell'Indice dei libri proibiti.

D'altronde, proponendo l'economia neotestamentaria l'apertura della fede biblica all'accesso dei gentili, il conseguente superamento dell'etnocentrismo giudaico era suscettibile di una doppia incarnazione alternativa: quella dell'accoglienza indistinta nella nuova comunità messianica di chiunque liberamente confessasse la paternità del Dio salvatore, annunciato da tutti i profeti di Israele fino a Gesù; ovvero, per contro, il *bellum contra inimicos fidei*, esteso ovunque il potere dell'impero lo consentisse.

5. *Tutti i popoli e tutte le lingue (Is., 66, 19)*

Nella stessa bibbia ebraica, l'orizzonte messianico include tutti i figli di Adamo e di Noè. E i testi che descrivono l'avvento della Gloria non ne connettono il regno ad alcun principato terrestre, atteso che uno dei segni dell'età messianica è la fine dei conflitti della storia, la trasformazione delle spade in falci.

Orbene, con i sistemi di cristianità si configura una situazione paradossale: in cui le chiese precipitano in un nuovo etnocentrismo, la cui identità è tracciata a un tempo dai segni visibili della fede e dai confini concreti della sovranità dello stato cristiano. Ben lontani dalla fine della storia, i cristiani si trovano quindi coinvolti in un mondo, che ai motivi di conflitto tradizionali aggiunge ben presto anche quelli che sorgano tra principi cristiani, o tra questi e gli "infedeli", dopo la caduta e la dissoluzione dell'ecumene imperiale.

I segni che questa permanenza di un etnocentrismo mutuato su quello di Israele lascia nella memoria profonda delle cristianità storiche possono misurarsi oggi alla prova della polemica dell'ortodossia slava contro il proselitismo cattolico in quelli che considera i suoi territori canonici; o a quella sulle "radici cristiane dell'Europa" (intesa rigorosamente nei suoi confini carolingi, che quindi a stento includerebbero la Grecia, mentre la Turchia "infedele" dovrebbe restarne in eterno esclusa), del cui presidio la Santa Sede si sta facendo, senza legittimazione dottrinale persuasiva, improvvida e (per ora fortunatamente) inascoltata garante.

Siamo qui alla questione della fine dell'era di cristianità, della quale il concilio Vaticano II ha rappresentato un forte segnale di anticipazione. Come infatti Nicea è provvidenziale radice identificante d'una cristianità già unificata nell'impero, così il Vaticano II – ricusando ogni forma di anacro-

nistico esclusivismo – ha voluto segnare per le chiese l'avvento di una nuova età ecumenica, nella quale non lealtà politica, ma servizio disinteressato del prossimo diventi segno di identificazione del credente alla luce dell'unico precetto (inclusivo) dell'amore: "fa questo, e vivrai" (Lc. 10, 28).

Si ripropone su questo sfondo, in qualche forma, la polemica di Gesù coi farisei sulle osservanze della tradizione e sull'intima novità – universale – dell'annuncio del Regno. Novità che la chiesa di Pentecoste annunciava con forza nella predicazione in primo luogo di Pietro, colta mediante il suo stesso stupore di circonciso di fronte a un Dio che "non fa preferenze di persone, ma accoglie chi lo teme e pratica la giustizia, a qualunque nazione appartenga" (At. 10, 34 ss.). Novità di liberazione cosmica, secondo Paolo, di fronte alla quale "la creazione stessa attende con impazienza la rivelazione dei figli di Dio... e geme, soffrendo le doglie del parto" (Rm. 8, 19 ss.), nell'attesa del manifestarsi del mondo nuovo di Dio, "che giustificherà per la fede i circoncisi, e per mezzo della fede anche i non circoncisi" (Rm. 3, 30).

6. *Il regno come escatologia inaugurata*

Chiaro è, allora, come l'economia neotestamentaria sia già, dopo il martirio del Battista (Lc. 16, 16), funzione di una "escatologia inaugurata", in cui l'etnocentrismo dell'Israele "secondo la carne" è destinato a un ridimensionamento radicale. Una pluralità coerente di fonti lo mostra, con dovizia di particolari rafforzativi.

Chiaro è, pertanto, che il sistema di cristianità è un controsenso rispetto alle fonti della rivelazione cristiana, a partire da quell'evangelo del regno "che è potenza di Dio per la salvezza di chiunque crede, del Giudeo prima e poi del Greco" (Rm. 1, 16).

Tale sistema è, anzi, divenuto un controsenso ancora prima a livello dogmatico che a livello etico; per quanto le chiese si attardino a rivendicare, vittimisticamente, i "diritti" e i privilegi loro accordati dai sovrani del passato, non di rado atei devoti, in funzione di *captatio complicитatis* (non sempre incolpevole) nell'asservimento degli oppressi della storia.

È su tale sistema che, del resto, dopo lo scisma d'Oriente l'esegesi medievale ha costruito, in sinergia con le falsificazioni isidoriane, un coerente complesso di manipolazioni curiali di brani evangelici (Mt. 22, 15 ss.; Mc. 12, 17 ss.; Mt. 18, 15 ss.; Rm. XIII, 1 ss.), utilizzati per rafforzare l'istanza gerarchica ed il suo inserimento, in posizione di "dignità" almeno pari, tra i regimi di potere politico. Manipolazioni tutte messe in crisi sia dai più raffinati strumenti dell'esegesi moderna, sia dal concilio Vaticano II (*Gaudium*

et spes, § 76); e che comunque sono espressione, oltre che di solido realismo politico, di una ben scarsa fiducia nel “Signore che solleva i miseri e abbatte i potenti” (Sal. 146, 6).

In logica coerenza con tutto ciò, meglio si spiega l’osmosi evidente tra i principi afflittivi del diritto ebraico antico e il diritto delle chiese e, in particolare, di quella che dei modelli romanistici ha saputo fare un uso più accorto e spregiudicatamente creativo fin dall’età carolingia (per non parlare pure del debito contratto con i diritti barbarici e feudali). Osmosi sempre proiettata in direzione del rafforzamento delle proprie istanze gerarchiche, sullo sfondo di un’ideologia “petrina” straripante rispetto al connotato identificativo del vertice di detta chiesa come *servus servorum Dei*.

Nessuna meraviglia, allora, che i postulati pacifisti e non violenti, presenti negli *Acta martyrum*, non abbiano trovato spazio adeguato di attenzione da parte della *maiestas* imperiale, né riuscissero ad influenzarne comunque prassi repressive collaudate da lunga esperienza. Come infatti osare di sfidare l’autorità garante dell’ordine ecclesiastico, oltre che difensore della fede di fronte alle eresie cristologiche? Nella grande chiesa del primo millennio una tale emancipazione appare inconcepibile, e un diritto di critica ecclesiastica autorevole del comportamento imperiale (salvo il caso di Ambrogio e Teodosio dopo la strage di Tessalonica) maturerà solo con la riforma gregoriana e la secessione cattolico-romana del 1054 dalla grande chiesa.

7. *L’ideologia neo-davidica sottostante al regime di cristianità*

Per certi versi, lo scisma cattolico del 1054, con la conseguente emancipazione dall’impero bizantino, avrebbe potuto forse portare ad un allentamento di taluno dei legami già strutturati con il potere politico dominante nella cristianità antica. Ma è ben noto che un cambiamento di paradigma neppure fu tentato, preferendosi puntare su una *translatio imperii ad Francos*, i cui innegabili connotati innovativi trovavano un limite (perennemente in contestazione) e un bilanciamento nei principi, in buona parte mitici, dei *Dictatus papae* e della teocrazia gregoriana.

Ne conseguiva la partizione dell’ecumene antico in due cristianità contrapposte, di pari spessore teocratico, accomunate, con modalità diverse, dalla convinzione di avere realizzato, o di stare realizzando, il regno di Dio in terra (Runciman); mentre la più forte di esse, quella occidentale, utilizzava argomenti di fede con finalità espansive verso l’altra (intento ratificato nella stessa *Unam sanctam* di Bonifacio VIII), fino a tentare di sopprimerne, con la sovranità politica, perfino la stessa gerarchia episcopale costituita.

Del resto, nel corso del progressivo smantellamento della civiltà antica, le ondate successive di stirpi avevano visto scomparire la memoria dei Celti romanizzati, e di seguito quella dei padroni sopraggiunti. E, in alternativa o in parallelo con la pulizia etnica, un paradigma invariabile vedeva comunque la sostituzione violenta di una *élite* all'altra, e con essa di un episcopato ad un altro (senza riguardo alla comunanza di fede, non di rado appositamente negata); come in Inghilterra mostrano gli strati archeologici sovrapposti di cattedrali di età britanna, e poi sassone, sulle cui macerie si staglia ora un nuovo tempio, simbolo del potere normanno. Un succedersi questo di transizioni da un'egemonia ad un'altra, assecondato opportunisticamente dalla Santa Sede nel proprio magistero di pace e di riconciliazione e, *last but not least*, nel significato di un assenso doveroso al *signum Dei* riconoscibile nella vittoria delle armi. Puntuale riscontro della massima marxiana, che indica nella religione (non nella fede!) l'oppio dei popoli.

Quanto alle sorti della repressione penale in tale contesto, il brocardo che vuole la Chiesa in orrore del sangue ne vede il magistero indifferente di fronte alle torture più fantasiose e alle più sbrigative applicazioni della pena capitale. Qui, infatti, a lungo dettò legge un richiamo costante all'Antico Testamento e alle prescrizioni di Esodo e del Deuteronomio; laddove l'idolatria è punita con la morte (Es. 32, 27), non diversamente dall'adulterio (Lv., 20, 10).

Di qui, un prevalere inevitabile dei risvolti afflittivi della pena, congruenti del resto con una cultura politica come quella romana, in cui della civile concordia era necessaria garanzia, con l'*imperium* dei consoli, l'ascia dei littori. Donde una contaminazione fatale dell'amore cristiano con regole ad esso estranee; l'inizio cioè di un lungo lavoro, di osmosi perfino raffinata tra i valori propri alle due dimensioni: quella dei regni intramondani e quella del Regno annunciato dai profeti di pace, nel vaticinio di un'epoca destinata a consumare l'incompiutezza dei primi, risolvendo la giustizia in fraternità e dissolvendo in cenere l'ipocrisia delle chiese stabilite.

Ma quale, al fondo, è l'errore delle chiese, l'ottava piaga, per usare un'espressione cara al Rosmini (che per questo tanto si opponeva al loro "perfettismo")? Ma è chiaro, si tratta di concepire la "figura di questo mondo" in termini di arbitraria anticipazione dell'*eschaton*, pretendendo in conseguenza di orientarne l'etica verso una realizzazione di quest'ultimo affidata alle umane forze, anziché alla pratica divina della compassione e all'annuncio eucaristico di quel "già" del Regno che l'assemblea liturgica invoca come un dono, di cui ha premonizione per un tempo ultimo (*certus an, incertus quando*), presente in mistero nel *maranathà* del culto della chiesa delle origini; nella quale così viva era ancora la memoria dell'evento pasquale, del passaggio cioè dalla Legge alla fede degli apostoli, pescatori di uomini sviati e di donne "perdute".

Ricordo di Giuseppe Caputo. A vent'anni della sua scomparsa

ANDREA ZANOTTI

Potevamo scegliere, per ricordare Giuseppe a vent'anni dalla scomparsa, anche un luogo diverso, contando sul fatto che la sua figura aveva via via nel tempo assunto un ruolo istituzionale ed intellettuale che varcava i confini della Facoltà di Giurisprudenza e, più in generale, del diritto.

Abbiamo scelto, invece, di ricordarlo qui perché, a distanza di tempo, il suo luogo, il fondale di teatro dove io continuo ad immaginarlo è e rimane pur sempre l'aula universitaria.

C'è qualcosa nella dimensione di totalità con la quale Giuseppe Caputo aveva abbracciato ed esercitato questo mestiere che ancora colpisce ed affascina: il rapporto con le generazioni più giovani costituiva per lui una sorta di linfa vitale non sostituibile con nessun'altro alimento spirituale ed istituzionale.

Non ho mai conosciuto un'incarnazione più significativa dei lamedofori di cui parlava Giorgio Federico Hegel: di coloro, cioè, deputati a trasmettere di mano in mano la luce del sapere in grado di illuminare la tenebra della nostra provenienza.

Quella stessa luce ho visto accendersi negli occhi di studenti che affollavano le aule, stipatissime ed oceaniche, delle sue lezioni allorquando riusciva ad interpretare, attraverso il suo magistero, le loro stesse vite: quella luce che ancora vedo accendersi quando riesco, a tratti, a ricalcare le tracce dei suoi insegnamenti.

In questo senso Giuseppe è stato un maestro insuperato ed insuperabile: un uomo, cioè, in grado attraverso l'angolo stretto della sua specializzazione scientifica, di leggere il mistero dell'universo e dell'uomo.

Sono convinto che la sua straordinaria passione per l'Università si radichi proprio in questa urgente necessità di capire e di far capire: ponendo così un sigillo infrangibile sul rapporto di colleganza tra il ricercare e l'insegnare.

Come era alle origini di quella Università che Giuseppe Caputo ha saputo reinterpretare nel presente restituendole la dignità e la pregnanza della sua storia.

In Giuseppe Caputo si realizzava, per così dire, la stessa Costituzione

materiale dell'Università, spesso oggi purtroppo così disgiunta dalle carte della sua Costituzione formale.

So bene, caro Rettore, quanto la rideterminazione dello Statuto appena modificato ti abbia assorbito di energia e forza in questi ultimi mesi: eppur tuttavia entrambi siamo intimamente consapevoli che quelle carte sono vuote e vane se poi non conoscono una traduzione nella realtà quotidiana che si ispiri agli esempi di uomini grandi e generosi che hanno fatto e segnato la nostra storia.

È qui e solo qui che si radica ed innerva lo straordinario impegno profuso da Giuseppe per l'*Alma Mater*: il quale dalla dedizione per l'aula si trasforma nel disegno di un futuro possibile, proprio a garanzia che questo moto della libertà interiore che sostiene ormai da un millennio questa comunità di professori e studenti possa tramandarsi in un mondo divenuto tanto complesso da mettere in discussione i capisaldi primi della nostra millenaria eredità culturale.

Quest'impegno non è stato assolto da Giuseppe con uno stile che oggi chiameremmo manageriale: in lui passione, organizzazione ed intuizione geniale convivevano nella dimensione, leggera ed eroica ad un tempo, dell'impresa condivisa.

Se mi si consente il rimando letterario, in questo senso il IX Centenario dell'Università di Bologna è stato – e Fabio Roversi Monaco lo sa bene, così come altre persone che vedo qui oggi – una sorta di “ragazzi della Via Pal”, votati alla ricerca di un mito che si era perduto.

È anche questa dimensione insieme di gioco e di strenuo impegno che senza di lui oggi risulta impoverita, lasciandoci un po' più orfani e soli: come se dallo schermo improvvisamente scomparissero i colori e dominassero solo i toni del bianco e del nero.

Non sta a me, nell'introdurre il tema, definire i contorni del canonista e del giurista raffinato che saranno tratteggiati in maniera ben più autorevole da Piero Bellini: o, ancora, soffermarmi sul profilo istituzionale del contributo dato da Giuseppe all'Ateneo falsineo che immagino tratteggerà Fabio Roversi Monaco.

A me tocca, viceversa, rimarcare il tema dell'assenza e del suo peso che si è fatto in questi anni via via più evidente.

Nel tempo dello *zapping*, dell'attenzione che tiene l'attimo della pubblicità – o di un dato effimero di cronaca che sempre più si confonde con essa – il lasso di un ventennio è un tempo lunghissimo; ed appare quasi singolare una commemorazione a così lunga scadenza.

Eppure il nostro ritrovarci qui testimonia, pur nell'assenza, di un dialogo ininterrotto, dove la mancanza di interlocutori che facciano pensare diviene oggi drammatica.

Con Giuseppe si poteva anche non essere d'accordo: ma il suo pensiero e il suo punto di vista non erano facilmente liquidabili e costringevano sempre allo sforzo ed al rigore esigente del ragionamento.

È questa la fucina alla quale siamo cresciuti: la bottega rinascimentale nella quale abbiamo avuto la fortuna di imparare a forgiare il nostro mestiere e, con esso, la nostra stessa vita.

Credo che se per avventura lui potesse sentirmi abbozzerebbe quel sorriso ironico che preludeva alla battuta smitizzatrice: eppure la sensazione di aver percorso un tratto di strada a fianco di un uomo e di un intellettuale di caratura fuori del comune aumenta proprio con il passare del tempo.

A contrario di quanto accade alle vecchie fotografie che ingialliscono nel trascorrere dei giorni, il ricordo e l'immagine di Giuseppe riacquistano, nella memoria, vividità di contorno e immediatezza di colore.

A conferma di quanto lui stesso asseriva con temeraria profondità parlando del rapporto tra la Chiesa e i Regni dell'Invisibile, insegnandoci che non c'è soluzione di continuità tra cielo e terra, tra la nostra finitudine e l'eterno.

È questo, nel salutarti ancora, ciò che di più prezioso conserviamo nel nostro cuore.

Diritto e religioni

PARTE II

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. III, 25 marzo 2011, n. 546

Religioni, culti e Chiesa – C.E.I. – Pareri – Valutazione tecnico-discrezionale – Sindacabilità

Il parere della C.E.I. costituisce espressione di una valutazione tecnico-discrezionale, sindacabile e dunque censurabile solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di incongruenza, contraddittorietà, illogicità.

Omissis (...)

FATTO e DIRITTO

L'Istituto per il Sostentamento del Clero della Diocesi di Firenze, proprietario di un terreno in Firenze, in catasto al foglio 17, particella 14, ricadente in zona agricola, soggetto a vincolo paesistico, ex Legge n.1497 del 1939, apposto con D.M. 20 maggio 1967, in data 31 marzo 1995 presentava in Comune domanda di condono edilizio, ai sensi dell'art.39 della Legge n.724 del 1994, per la realizzazione abusiva di un capannone prefabbricato per il ricovero di materiali edili di mq.96 e di un box prefabbricato per macchine edili di mq.13,50.

La C.E.I., con parere del 5 ottobre 1995, evidenziava che i materiali e le caratteristiche costruttive, aventi natura di temporaneità e prive di ogni intento di decoro, erano incompatibili con la tutela dei valori estetici tradizionali del luogo; seguiva pertanto il diniego di condono del 24 febbraio 1996.

L'interessato impugnava i suindicati atti, censurandoli per violazione degli artt.3, 7, 8, 9 della Legge n.241 del 1990, degli artt.24, 97 Cost. nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, dell'illogicità manifesta, della perplessità, della contraddittorietà, della carenza dei presupposti.

Il ricorrente in particolare ha fatto presente che non risulta una sufficiente motivazione a supporto del suindicato diniego; che l'abuso è di ridotto rilievo, realizzato con materiali tipici per l'uso cui è destinato, non in contrasto con il contesto nel quale si inserisce; che non sono state date indicazioni per rendere conforme l'opera all'ambiente; che non era stato comunicato l'avvio del procedimento né il responsabile del medesimo.

L'Amministrazione si costituiva in giudizio per la reiezione del gravame, illustrando con apposita memoria l'infondatezza nel merito del medesimo.

L'Istituto inoltre, in data 6 aprile 2007, depositava istanza di fissazione di udienza, in riscontro all'avviso di cui all'art.9, comma 2 della Legge n.205 del 2000 e con successiva memoria ribadiva i propri assunti nel merito, richiamando puntuale giurisprudenza (TAR Toscana, III, n.5938 del 2010) a sostegno delle proprie ragioni.

Nell'udienza del 17 dicembre 2010 la causa veniva discussa e quindi trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato e va pertanto respinto per le ragioni di seguito esposte.

Invero va evidenziato che il parere della C.E.I. costituisce espressione di una valutazione tecnico-discrezionale, sindacabile e dunque censurabile solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di incongruenza, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, che nel caso di specie non è dato riscontrare; che anzi il predetto Organo consultivo, in base agli atti acquisiti, esamina le caratteristiche delle opere e del contesto ambientale nel quale si inseriscono e mette a raffronto le prime con il secondo, ne ha correttamente evidenziato le ragioni di contrasto (cfr., tra l'altro, documentazione fotografica annessa alla domanda di condono, all.1 al ricorso e all.1 atti del Comune); che dunque il predetto parere ed il susseguente diniego di condono che lo ha recepito risultano corredati da adeguata e congrua motivazione (cfr., tra le ultime, TAR Toscana, III, nn.773, 2275, 6657, 6667 del 2010).

Giova ancora rilevare che l'Amministrazione non era vincolata a fornire indicazioni per rendere il manufatto compatibile con il contesto paesaggistico (cfr. Cons. Stato, VI, n.4238 del 2009); che il richiamo giurisprudenziale operato dalla parte ricorrente a TAR Toscana, III, n.5938 del 2010 è inconfidente, atteso che in quella sentenza veniva rilevato il difetto di motivazione del parere della C.B.A., la quale si limitava alla mera affermazione che "l'intervento costituisce danno ambientale".

Quanto infine alle censure di ordine procedimentale, premesso in ogni caso che trattavasi di procedura attivata su istanza di parte, occorre evidenziare che le stesse, in applicazione dell'art.21 octies, comma 2 della Legge n.241 del 1990, non conducono all'annullamento del gravato diniego di condono il quale, secondo quanto dianzi esposto, non poteva avere un contenuto diverso da quello in concreto assunto (cfr. TAR Toscana, III, n.1465 del 2010).

(...)

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 263

Sanità pubblica – Unità o aziende sanitarie locali – Personale – Servizio di assistenza religiosa – Rapporto d’impiego pubblico fra l’Amministrazione ed il sacerdote designato dalla Curia – Presupposti

L’art. 38, L. 23/12/1978 n. 833 impone, come presupposto per l’attivazione nell’ambito delle strutture ospedaliere pubbliche del servizio di assistenza religiosa, il raggiungimento di una intesa tra l’Amministrazione e la Curia, in mancanza della quale non è configurabile un rapporto di pubblico impiego fra il religioso e l’Amministrazione, ma al limite un rapporto di mero fatto rilevante peraltro nella misura consentita dalla legge, e cioè in presenza di un rapporto di subordinazione gerarchica, implicante esclusività e continuità delle prestazioni, osservanza di un orario di lavoro, retribuzione in misura fissa e continuativa e stabile inserimento del religioso nella struttura organizzativa dell’ente.

Omissis (...)

FATTO E DIRITTO

1. Il ricorrente, sacerdote, chiedeva in primo grado l’accertamento del rapporto di pubblico impiego con le amministrazioni succedutesi nella gestione dell’Ospedale di Norcia affermando di avere svolto di fatto le mansioni di assistente religioso presso la suddetta struttura nella sua qualità di religioso.

Con la sentenza appellata, il Tar Umbria dava atto che l’Ordinario Diocesano aveva fornito il nominativo di due sacerdoti e che proprio per tale ragione, cioè per avere fornito due nominativi anziché uno solo, la USL non aveva regolarizzato il rapporto né con l’uno, né con l’altro, ma osservava nel contempo che le funzioni spirituali del sacerdote Gi.Be. erano state di fatto svolte. Se era quindi da escludere che potesse ritenersi costituito il rapporto di pubblico impiego in quanto era mancata una intesa, il Tar riteneva che l’amministrazione non aveva fatto quanto poteva e doveva per uscire dalla situazione di stallo determinatasi.

Da quanto sopra il Tar traeva la ulteriore conclusione che esisteva un obbligo di provvedere a carico dell’amministrazione intendendosi per tale obbligo quello di coprire il posto di assistente religioso ancorché di intesa con l’autorità ecclesiastica nonché l’obbligo di assumere i provvedimenti volti a regolarizzare la situazione pressa del Be. tenuto conto del servizio prestato de facto.

A seguito della sentenza del Tar la Ausl n. 3, con delibera n. 400 del 16.7.1999, stabiliva di prendere atto della decisione ed, in parziale ottemperanza alla stessa, di procedere “alla copertura del posto di assistente religioso che dovrà svolgere le funzioni di assistenza spirituale ai pazienti negli ospedali di Norcia e di Cascia”. A tale riguardo con nota del 23.8.1999 prot. 17851 del Dirigente del Servizio personale della Ausl n. 3 veniva fatta richiesta all’Arcivescovo di Spoleto di proporre il nominativo del religioso cui conferire l’incarico senza però ottenere alcuna risposta, né alcuna designazione diretta agli Ospedali di Cascia e Norcia.

Quanto a quella parte della sentenza che aveva dichiarato l'obbligo della amministrazioni intimate, per quanto di rispettiva competenza, di adottare "i provvedimenti necessari a regolarizzare la situazione pregressa, tenuto conto del servizio prestato de facto, nella misura consentita dalla legge", l'Azienda, unitamente alla Gestione Liquidatoria della USL Comunità Montana della Valnerina, ha interposto l'odierno appello affidato a plurimi motivi ed in specie:

- inesistenza del silenzio rifiuto, mancando un obbligo di provvedere a carico della amministrazione atteso che l'art. 38 della legge n. 833 del 1978 prevede una intesa che, come tale, non può rendere dovuti i comportamenti di una delle parti;

- il giudice si sostituirebbe alla amministrazione nell'indicare pretese ed obblighi procedurali per addivenire ad una intesa;

- carenza di interesse stante l'età del ricorrente che non esercita più per motivi di età con conseguente impossibilità di procedere ad una intesa per conferire l'incarico;

- impossibilità di individuare un obbligo a carico della Gestione Liquidatoria trattandosi di ente ormai soppresso;

- contraddittorietà della sentenza che, pur riconoscendo non essersi realizzata la intesa per fatti e comportamenti riferibili all'ordinario diocesano e pur escludendo pretese di carattere compensative o risarcitorie a carico della amministrazione conclude illogicamente affermando un obbligo di regolarizzare della situazione pregressa;

- prescrizione del credito vantato;

- difetto di contraddittorio nel giudizio di primo grado in quanto il ricorso introdotto non era stato notificato all'ordinario diocesano.

L'appellato non si è costituito.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

All'udienza del 19.11.2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Possono essere assorbite le eccezioni pregiudiziali avanzate in quanto l'appello nel merito è fondato.

Come rilevato dagli appellanti viene posto a carico delle Amministrazioni un dovere di attivazione insussistente in quanto non discendente dalla legge né da previsioni di carattere negoziale. La normativa posta dall'art. 38 della legge n. 833 del 1978 impone, come presupposto per la attivazione del servizio di assistenza religiosa, il raggiungimento di una intesa tra la amministrazione e la Curia che nella specie è mancata per fatto dell'Ordinario religioso che richiedeva la nomina di due assistenti e non di uno solo, come consentito.

Quanto alla adozione dei provvedimenti necessari a regolarizzare la situazione pregressa stabilita dalla sentenza appellata "tenuto conto del servizio de facto nella misura consentita dalla legge" deve rilevarsi che nella specie sono completamente insussistenti gli indici rilevatori di un rapporto di fatto ed in specie di un rapporto di subordinazione gerarchica, e cioè la esclusività e continuità delle prestazioni, la osservanza di un orario di lavoro, la retribuzione in misura fissa e continuativa, l'inserimento del lavoratore nella struttura organizzativa dell'ente. La prestazione del sacerdote Be. era infatti del tutto saltuaria e per la sua natura di assistenza spirituale, non assimilabile in alcun modo a quella di un rapporto di pubblico impiego. Egli si recava nell'Ospedale di Norcia sporadicamente, solo quando veniva chiamato dai malati o dai loro familiari e non era soggetto ad alcun vincolo di orario ed ancor meno ad una qualche forma di vincolo gerarchico nei confronti della struttura ospedaliera.

Contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, era quindi inconfigurabile alcun obbligo giuridico per le amministrazioni appellanti di regolarizzare la pregressa situazione del ricorrente.

3. In conclusione l'appello merita accoglimento e per l'effetto la sentenza appellata deve essere riformata, il ricorso in primo grado respinto.

(...)

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata respinge il ricorso in primo grado.

(...)

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

(...)

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione canonica relativa al secondo numero dell'anno 2011 della rivista *Diritto e Religioni* pubblica documenti di legislazione universale e nazionale ed una sentenza del *Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano e di Appello di Napoli*, a dimostrazione del fatto che il diritto canonico conserva intatto il suo interesse e rappresenta, contrariamente a ciò che si può pensare, un ordinamento in continua evoluzione.

Il primo documento è di rilevante interesse. Trattasi del *Motu Proprio* con il quale il Pontefice Regnante riorganizza le competenze del Tribunale Apostolico della Rota Romana, attraverso la modifica di alcune disposizioni della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus*. In particolare, alla Rota Romana viene assegnata la competenza “di trattare i procedimenti per la concessione della dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della Sacra Ordinazione”. L'aspetto più interessante sul piano normativo è rappresentato proprio dall'accentuazione del carattere giurisdizionale dei procedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato e di nullità della Sacra Ordinazione. Il che, in riferimento al primo dei due procedimenti, potrebbe costituire una novità anche in relazione al mancato riconoscimento agli effetti civili delle dispense relative, posto che uno degli ostacoli più rilevanti apposti dalla giurisprudenza italiana consisteva proprio nel carattere amministrativo delle procedure di emanazione della dispensa.

Di un certo interesse sono anche i provvedimenti di modifica dei rapporti di lavoro conclusi con il personale laico che esercita le funzioni tecniche presso i tribunali ecclesiastici regionali italiani. Si tratta di atti di un certo rilievo, che risolvono problemi reali e potenziali emersi nella gestione dei Tribunali ecclesiastici soprattutto negli ultimi anni.

La sezione di giurisprudenza contiene una sentenza del Tribunale Campano di Napoli, che riguarda una questione procedurale relativa alla validità del decreto di conferma di una sentenza ecclesiastica di nullità di matrimonio, a conferma del fatto che nonostante il diritto canonico sia informato a criteri di giustizia sostanziale, in quanto diritto non può sottrarsi totalmente alle regole della “forma” giuridica.

Lettera apostolica in forma di motu proprio «Quaerit Semper» del Sommo Pontefice Benedetto XVI

con la quale è modificata la Costituzione apostolica *Pastor bonus* e si trasferiscono alcune competenze dalla **Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti** al nuovo Ufficio per i procedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della sacra Ordinazione costituito presso il **Tribunale della Rota Romana**.

La Santa Sede ha sempre cercato di adeguare la propria struttura di governo alle necessità pastorali che in ogni periodo storico emergevano nella vita della Chiesa, modificando perciò l'organizzazione e la competenza dei Dicasteri della Curia Romana.

Il Concilio Vaticano II confermò, d'altronde, detto criterio ribadendo la necessità di adeguare i Dicasteri alle necessità dei tempi, delle regioni e dei riti, soprattutto per ciò che riguarda il loro numero, la denominazione, la competenza, i modi di procedere e il reciproco coordinamento (cfr. Decr. *Christus Dominus*, 9).

Seguendo tali principi, il mio Predecessore, il beato Giovanni Paolo II, procedette a un complessivo riordino della Curia Romana mediante la Costituzione apostolica *Pastor bonus*, promulgata il 28 giugno 1988 (AAS 80 [1988] 841-930), configurando le competenze dei vari Dicasteri tenuto conto del Codice di Diritto Canonico promulgato cinque anni prima e delle norme che già si prospettavano per le Chiese orientali. In seguito, con successivi provvedimenti, sia il mio Predecessore, sia io stesso, siamo intervenuti modificando la struttura e la competenza di alcuni Dicasteri per meglio rispondere alle mutate esigenze.

Nelle presenti circostanze è parso conveniente che la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti si dedichi principalmente a dare nuovo impulso alla promozione della Sacra Liturgia nella Chiesa, secondo il rinnovamento voluto dal Concilio Vaticano II a partire dalla Costituzione *Sacrosanctum Concilium*.

Pertanto ho ritenuto opportuno trasferire ad un nuovo Ufficio costituito presso il Tribunale della Rota Romana la competenza di trattare i procedimenti per la concessione della dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della sacra Ordinazione.

Di conseguenza, su proposta dell'Em.mo Prefetto della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti e col parere favorevole dell'Ecc.mo Decano del Tribunale della Rota Romana, sentito il parere del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, stabilisco e decreto quanto segue:

Art. 1.

Sono aboliti gli articoli 67 e 68 della menzionata Costituzione apostolica *Pastor bonus*.

Art. 2.

L'articolo 126 della Costituzione apostolica *Pastor bonus* viene modificato secondo il testo seguente:

«Art. 126 § 1. Questo Tribunale funge ordinariamente da istanza superiore nel grado di appello presso la Sede Apostolica per tutelare i diritti nella Chiesa, provvede all'unità della giurisprudenza e, attraverso le proprie sentenze, è di aiuto ai Tribunali di grado inferiore.

§ 2. Presso questo Tribunale è costituito un Ufficio al quale compete giudicare circa il fatto della non consumazione del matrimonio e circa l'esistenza di una giusta causa per concedere la dispensa. Perciò esso riceve tutti gli atti insieme col voto del Vescovo e con le osservazioni del Difensore del Vincolo, pondera attentamente, secondo la speciale procedura, la supplica volta ad ottenere la dispensa e, se del caso, la sottopone al Sommo Pontefice.

§ 3. Tale Ufficio è anche competente a trattare le cause di nullità della sacra Ordinazione, a norma del diritto universale e proprio, *congrua congruis referendo*.

Art. 3.

L'Ufficio per i procedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della sacra Ordinazione è moderato dal Decano della Rota Romana, assistito da Officiali, Commissari deputati e Consultori.

Art. 4.

Il giorno dell'entrata in vigore delle presenti norme, i procedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della sacra Ordinazione pendenti presso la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, saranno trasmessi al nuovo Ufficio presso il Tribunale della Rota Romana e da esso saranno definiti.

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera apostolica in forma di *Motu Proprio*, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga promulgato mediante la pubblicazione sul quotidiano «L'Osservatore Romano», entrando in vigore il giorno 1° ottobre 2011.

Dato a Castel Gandolfo, il giorno 30 agosto dell'anno 2011, settimo del Nostro Pontificato.

BENEDETTO XVI

Indicazioni concernenti le Determinazioni circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici, degli uditori laici, e dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani

Le *Determinazioni* approvate dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 28-30 marzo 2011 intendono assicurare ai fedeli laici, che esercitano l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore o patrono stabile nei Tribunali ecclesiastici regionali, una disciplina del rapporto di lavoro adeguata alla mansione svolta, nella consapevolezza dell'alta rilevanza ecclesiale di tali uffici, che esige una peculiare competenza professionale, una sincera adesione al Magistero, una spiccata appartenenza ecclesiale e una condotta di vita conforme ai dettami della morale cattolica.

La prima *Determinazione*, in particolare, disciplina il rapporto di lavoro dei fedeli laici che esercitano in maniera stabile ed esclusiva l'ufficio di giudice, difensore del vincolo e uditore; la seconda *Determinazione* precisa le condizioni di esercizio dell'ufficio di patrono stabile da parte dei fedeli laici, definendone i criteri e i parametri per il compenso.

Allo scopo di favorirne la fruttuosa e omogenea applicazione, la Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana ha elaborato le seguenti indicazioni.

1. Compete ai Moderatori e ai Vicari giudiziali dei Tribunali ecclesiastici regionali curare la corretta applicazione delle *Determinazioni*, avvalendosi dell'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici in particolare per quanto concerne l'utilizzazione delle risorse economiche messe a disposizione dalla Conferenza Episcopale Italiana per il funzionamento dei Tribunali.

2. Spetta all'Ufficio Nazionale predisporre i modelli di contratto di lavoro da utilizzare per le diverse tipologie professionali. L'Ufficio Nazionale presta consulenza ai Tribunali nel periodo di avvio della disciplina aggiornata, al fine di favorire la corretta applicazione delle *Determinazioni* per coloro che già prestano servizio. L'Ufficio deve essere sentito, nei singoli casi, prima dell'inizio del periodo di praticantato.

3. L'Ufficio Nazionale deve essere previamente informato qualora la Regione ecclesiastica, per il servizio presso il Tribunale, intenda assumere personale dipendente, avviare collaborazioni professionali stabili o mutare l'inquadramento o il livello retributivo del personale in servizio.

4. Al fedele laico che, al momento dell'entrata in vigore delle *Determinazioni*, esercita l'ufficio di giudice, difensore del vincolo, uditore o patrono stabile, deve essere assicurato un corrispettivo tendenzialmente non inferiore a quello attualmente percepito.

5. Qualora il periodo di *praticantato* previsto nella *Determinazione* concernente i giudici, i difensori del vincolo e gli uditori laici sia svolto da personale già dipendente, permane la disciplina del lavoro e la retribuzione spettante per la mansione precedentemente svolta.

Roma, 27 giugno 2011

LA PRESIDENZA
DELLA CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA

Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici, dei difensori del vincolo laici e degli uditori laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani

Il Consiglio Episcopale Permanente, nella sessione del 28-30 marzo 2011

VISTE le Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi, approvate dalla 47a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana;

- CONSIDERATA la Determinazione concernente le tabelle dei costi e dei servizi dei Tribunali ecclesiastici regionali per le cause di nullità matrimoniale, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 22-25 marzo 2010;

- RITENUTA la necessità di aggiornare la Determinazione concernente la remunerazione dei giudici laici a tempo pieno operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 20-22 gennaio 2003;

- CONSIDERATO che l'esperienza maturata rende opportuno stabilire specifiche disposizioni per la disciplina del rapporto di lavoro dei laici operanti presso i Tribunali ecclesiastici regionali italiani in qualità di giudici, uditori e difensori del vincolo;

- PRESO ATTO del parere favorevole espresso dal Consiglio per gli affari giuridici,

approva
la seguente determinazione

Giudici laici

1. Il fedele laico che, possedendo i requisiti previsti dalla normativa canonica, è nominato giudice per un quinquennio, è assunto dalla Regione ecclesiastica con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, della durata di cinque anni, non rinnovabile, con la qualifica di responsabile di ufficio di particolare importanza. Terminato il quinquennio, qualora sia nominato giudice per un ulteriore quinquennio, è assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la medesima qualifica.

2. Il contratto di lavoro, di cui al numero precedente, può essere a tempo pieno o a tempo parziale. Il contratto a tempo pieno prevede quaranta ore di lavoro settimanali, di cui più della metà destinate all'attività istruttoria, da svolgere, di norma, presso la sede del Tribunale ecclesiastico regionale.

3. Ai fini dell'assunzione si richiede:

a. la presentazione del candidato da parte dell'Ordinario proprio;

b. l'esercizio di due anni completi di praticantato come giudice membro del collegio (anche istruttore) presso il Tribunale; il periodo di praticantato è ridotto a un anno per coloro che esercitano l'ufficio di difensore del vincolo a tempo pieno o di uditore a tempo pieno da almeno due anni;

c. la comunicazione previa all'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici, corredata da:

- *curriculum vitae* del candidato;

- relazione dell'attività svolta nel periodo di praticantato, comprensiva dell'eventuale partecipazione a corsi di formazione e aggiornamento;

- parere favorevole motivato del Vicario giudiziale;
- parere favorevole motivato del Moderatore.

4. Possono essere assunti dalla Regione ecclesiastica non più di due giudici laici per Tribunale ecclesiastico regionale. Eventuali eccezioni sono valutate dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, considerando il numero di cause introdotte e pendenti e l'organico del Tribunale.

5. Per la parte economica e, in quanto compatibile, per la parte normativa si fa riferimento al contratto collettivo nazionale per i dipendenti degli Istituti per il sostentamento del clero.

6. La Regione ecclesiastica stipula con il fedele laico, per il periodo in cui esercita l'ufficio di giudice in modo non stabile o non in via esclusiva, un contratto d'opera professionale. Il compenso è determinato in base alle prestazioni effettuate, nella misura stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente.

7. La disposizione di cui al numero precedente si applica anche a coloro che esercitano il periodo del praticantato, di cui al numero 3, lettera b.

Difensori del vincolo laici e uditori laici

8. Il fedele laico che, possedendo i requisiti previsti dalla normativa canonica, è nominato difensore del vincolo per un quinquennio, è assunto dalla Regione ecclesiastica con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, della durata di cinque anni, non rinnovabile, con la qualifica di responsabile di progetto. Terminato il quinquennio, qualora sia nominato difensore del vincolo per un ulteriore quinquennio, è assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la medesima qualifica.

9. Il contratto di lavoro, di cui al numero precedente, può essere a tempo pieno o a tempo parziale. Il contratto a tempo pieno prevede quaranta ore di lavoro settimanali, comprensive della partecipazione alle sessioni istruttorie e della redazione delle animadversiones, da svolgere, di norma, presso la sede del Tribunale ecclesiastico regionale.

10. Ai fini dell'assunzione, si richiede:

- a. la presentazione del candidato da parte dell'Ordinario proprio;
- b. l'esercizio di due anni completi di praticantato come difensore del vincolo presso il Tribunale;
- c. la comunicazione previa all'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici, corredata da:

- *curriculum vitae* del candidato;
- relazione dell'attività svolta nel periodo di praticantato, comprensiva dell'eventuale partecipazione a corsi di formazione e aggiornamento;
- parere favorevole motivato del Vicario giudiziale;
- parere favorevole motivato del Moderatore.

11. Può essere assunto dalla Regione ecclesiastica non più di un difensore del vincolo laico per Tribunale ecclesiastico regionale. Eventuali eccezioni sono valutate dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, considerando il numero di cause introdotte e pendenti e l'organico del Tribunale.

12. Per la parte economica e, in quanto compatibile, per la parte normativa si fa riferimento al contratto collettivo nazionale per i dipendenti degli Istituti per il sostentamento del clero.

13. La Regione ecclesiastica stipula con il fedele laico, per il periodo in cui esercita l'ufficio di difensore del vincolo in modo non stabile o non in via esclusiva, un

Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei giudici laici...

contratto d'opera professionale. Il compenso è determinato in base alle prestazioni effettuate, nella misura stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente.

14. La disposizione di cui al numero precedente si applica anche a coloro che esercitano il periodo del praticantato, di cui al numero 10, lettera b.

15. Il fedele laico che possiede i requisiti previsti dalla normativa canonica può essere nominato uditore con la medesima disciplina di cui ai numeri 8-14, in quanto a lui applicabile.

16. Può essere assunto dalla Regione ecclesiastica non più di un uditore laico per Tribunale ecclesiastico regionale. Eventuali eccezioni sono valutate dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, considerando il numero di cause introdotte e pendenti e l'organico del Tribunale.

17. La presente determinazione entra in vigore il 1° gennaio 2012

Determinazione circa la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani

Il Consiglio Episcopale Permanente, nella sessione del 28-30 marzo 2011

- VISTE le Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi, approvate dalla 47a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana;

- CONSIDERATA la Determinazione concernente le tabelle dei costi e dei servizi dei Tribunali ecclesiastici regionali per le cause di nullità matrimoniale, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 22-25 marzo 2010;

- RITENUTA la necessità di aggiornare la Determinazione circa i patroni stabili, approvata dalla Presidenza nella riunione del 19 gennaio 1998 e la Determinazione concernente la remunerazione dei patroni stabili laici operanti nei Tribunali ecclesiastici regionali italiani, approvata dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 20-22 gennaio 2003;

- CONSIDERATO che l'esperienza maturata rende opportuno stabilire specifiche disposizioni per la disciplina del rapporto di lavoro dei patroni stabili laici;

- PRESO ATTO del parere favorevole espresso dal Consiglio per gli affari giuridici,

approva

la seguente determinazione

1. La Regione ecclesiastica può stipulare con il fedele laico che esercita l'ufficio di patrono stabile un contratto d'opera professionale.

2. Per la nomina all'ufficio di patrono stabile, il fedele laico, oltre ai requisiti previsti dalla normativa universale, deve aver conseguito il dottorato in diritto canonico. Si richiede, inoltre, la presentazione del candidato da parte dell'Ordinario proprio, che ne attesti l'inserimento nella comunità ecclesiale e la buona fama. Ulteriori requisiti possono essere stabiliti dalla Conferenza Episcopale Regionale.

3. Il patrono stabile presta l'impegno professionale in piena autonomia, secondo i tempi e le modalità organizzative previsti dal Regolamento del Tribunale ecclesiastico regionale presso cui svolge il servizio (cfr art. 6 § 2 delle Norme), assicurando la presenza presso la sede dell'ufficio, nei giorni pattuiti, per rendere in misura adeguata il servizio di consulenza previa ai fedeli e il patrocinio nelle cause introdotte.

4. L'incarico di patrono stabile presso un Tribunale ecclesiastico regionale è incompatibile con l'esercizio del patrocinio di fiducia presso i Tribunali ecclesiastici regionali italiani (cfr art. 6 § 1 delle Norme) e con l'assunzione della difesa dei patrocinati in procedimenti davanti ai giudici dello Stato, fatto salvo l'eventuale procedimento di delibazione della sentenza di nullità matrimoniale.

5. Il patrono stabile riceve dalla Regione ecclesiastica un compenso costituito da una parte fissa, pari a € 2.000,00 mensili lordi, e da una parte variabile, pari a € 30,00 per colloquio di consulenza e a € 90 per libello introdotto.

6. La presente determinazione entra in vigore il 1° gennaio 2012.

Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano e di Appello, sentenza 9 maggio 2011, coram Leone, ponente

Matrimonio Canonico – Nullità del matrimonio – Decreto confermativo sentenza di I grado – Querela di nullità del decreto – Processo contenzioso orale

Fattispecie

(*Omissis*) 1. P. ed A. si sono conosciuti a febbraio del 1996, quando l'attore contava 20 anni e la convenuta 22.

Sorta reciproca simpatia, dopo una breve frequentazione, si fidanzarono.

L'attore già lavorava come operaio nell'azienda del padre di A., a conduzione familiare, e perciò venne a trovarsi in una situazione imbarazzante, quando si rese conto che non riusciva a legare con la S., tanto è vero che, dopo essersi fidanzati, volle licenziarsi e trovare un altro lavoro.

2. Il loro rapporto era diventato abitudinario e P. che non avvertiva un forte amore maritale per A., aveva pensato di lasciarla già varie volte.

Le due famiglie, tuttavia, si erano conosciute ed erano favorevoli alla relazione sentimentale dei due giovani e, quindi, divennero un naturale ostacolo all'interruzione del fidanzamento.

Fu A. che propose il matrimonio, ma l'attore era dubbioso e perplesso, circa la tenuta e la riuscita del loro rapporto.

3. Prima delle nozze, perciò, l'attore fece conoscere ai suoi familiari, dai quali era particolarmente spinto al matrimonio, che egli sposava la S. con riserve mentali, circa il vincolo perpetuo e la procreazione della prole.

Il matrimonio data 6 settembre 2002 e la convivenza coniugale è durata meno di 2 anni, costellata da litigi, contrasti ed incompatibilità caratteriali.

È seguita la separazione giudiziale, chiesta dalla convenuta.

Svolgimento del processo

4. Le parti in causa hanno ottenuto Sentenza affermativa di I grado, il 25 marzo 2009, dal Tribunale Interdiocesano di Benevento.

Tale Sentenza è stata appellata dal Patrono di parte convenuta, che ha inviato a questo Tribunale i relativi motivi, il 22 maggio 2010.

Il 21 settembre 2010 è stato costituito il Collegio giudicante che ha studiato attentamente gli Atti di causa nonché la *prosecutio appellationis* ed ha confermato con Decreto, in data 30 novembre 2010, la Sentenza affermativa di I grado.

5. Il Patrono di parte convenuta interponeva formale querela di nullità del decreto confermativo, in data 22 gennaio 2011, chiedendo la sostituzione del Collegio, l'ammissione della causa all'ordinario esame e la sospensione dell'esecuzione della sentenza di I grado.

Il Vicario Giudiziale di questo TERC, il 7 febbraio 2011, decretava *ad cautelam* la sospensione delle trascrizioni canoniche e l'invio della querela al Promotore di

Giustizia ed al Difensore del Vincolo, per rituali pareri in merito.

6. Acclusi agli Atti detti pareri, nonché le richieste ed osservazioni dei Patroni delle parti, il Vicario Giudiziale, in data 23 marzo 2011, confermava il Collegio giudicante, che si riuniva il 28 marzo 2011 e decretava di ammettere la trattazione della *quaerela nullitatis*, secondo le norme del Processo Contenzioso Orale, ex can. 1656 § 1 CIC, per il giorno 2 maggio 2011, alle ore 11.00, stabilendo il dubbio nella seguente formula:

“Se consti, ex can. 1622 n. 2 CIC, la nullità del Decreto confermativo della Sentenza affermativa di I grado, emesso il 30 novembre 2010, da questo TER Campano, nella causa di nullità di matrimonio T.– S.” (p. 45).

7. Riunitosi il Collegio, il 2 maggio 2011, non si procedeva alla trattazione della querela, in quanto assenti giustificati il Ponente ed il Congiudice.

Il Preside stabiliva, pertanto, di rinviare la celebrazione del Processo Contenzioso Orale, il giorno 9 maggio 2011, alle ore 11.00.

In questa data, ritualmente riunito il Collegio e le parti interessate, dato ampio spazio al confronto ed all'analisi delle rispettive posizioni, i Rev.mi Giudici si sono radunati, immediatamente dopo la discussione, in camera di consiglio ed hanno deciso la conferma del Decreto collegiale del 30 novembre 2010, cui fa seguito la presente Sentenza.

In iure

8. Il can. 1640 stabilisce che “nel grado di appello si deve procedere allo stesso modo che in prima istanza, cogli opportuni adattamenti; ma, se non si debbano eventualmente completare le prove, si addivenga alla discussione ed alla sentenza immediatamente dopo la contestazione della lite, fatta a norma dei cann. 1513 § 1 e 1639 § 1”.

All'art. 266 DC, poi si legge che “ogni qualvolta contro una sentenza negativa è stato interposto appello o la sentenza affermativa è stata emessa in secondo o in un ulteriore grado di giudizio la causa, sia nel secondo grado che in quelli successivi, deve essere sempre rimessa all'ordinario esame”.

9. È chiaro che il predetto canone enuclea una normativa “che è in linea con lo spirito che anima il Codice, per quanto concerne la massima speditezza del processo, pur compatibilmente con i principi della scrittura e della solennità caratterizzanti il processo contenzioso ordinario” (F. Della Rocca, *Commento al Codice*, LEV 2001, 944).

Il precitato articolo dell'Istruzione, quindi, mette in evidenza che può essere trasmessa al Tribunale di grado superiore solo una sentenza negativa appellata.

Questo, a sua volta, ha l'onere di riaprire l'istruttoria per l'esame ordinario.

Quando si tratta, invece, di sentenze affermative di I grado, pur se appellate, rimane sempre nel potere discrezionale del Collegio decidere per la ratifica o per l'ulteriore approfondimento dell'istruttoria.

10. Rimane assodato che, a parte le cause sullo stato delle persone, che non passano mai in giudicato (can. 1643), la cosa giudicata si ha quando tra le medesime parti ci furono due sentenze conformi “de eodem petito et ex eadem causa petendi” (can. 1641 n. 1).

È chiaro pure che la cosa passata in giudicato gode della stabilità del diritto e non può essere direttamente impugnata (can. 1642 § 1), se non in caso di palese ingiustizia, per la quale si chiede la *restituito in integrum* (can. 1645 § 1).

Circa la sospensione dell'esecutività della Sentenza che è passata in giudicato,

anche quando una parte chiedesse la *nova causae propositio*, a motivo di gravi e nuove prove ed argomenti, detta sospensione non viene concessa, a meno che non vi sia una statuizione precisa di legge o il Tribunale appellato non la ordini, a tenore del can. 1650 § 3, per evitare qualche danno irreparabile.

Infatti, è ben risaputo che le norme che limitano i diritti soggettivi vanno interpretate in modo restrittivo (can. 18).

11. Va subito detto che, da questo punto di vista, i Rev.mi Giudici hanno notato che sia il Vicario Giudiziale prima, che lo stesso Collegio poi, sono stati abbastanza indulgenti verso tale richiesta contenuta nella querela di nullità *de quo*, anche perché questa si sostanzia e fa riferimento ad un motivo, relativo ad un vizio di nullità sanabile (can. 1622 n. 2).

Non va dimenticato che la Sentenza, non appena è diventata esecutiva, deve essere notificata all'Ordinario del luogo in cui fu celebrato il matrimonio, e questo deve dare seguito alle dovute annotazioni nei registri dei matrimoni e dei battezzati (can. 1685), a tutela della giustizia verso chi ha ottenuto legittimamente una pronunzia del Tribunale a suo favore ed intende regolarizzare la propria posizione ecclesiale o anche passare a nuove nozze.

12. Per quanto attiene alle motivazioni ossia alle ragioni della decisione, inoltre, già si è detto che il can. 1622, 2° prevede solo un vizio di nullità sanabile, qualora la Sentenza non contenga detti motivi *seu rationes decidendi*.

È risaputo che il nuovo Codice ha soppresso la riserva prevista per la Segnatura Apostolica (can. 1605 § 1 CIC '17), che avrebbe anche potuto emettere decreti e sentenze senza le dovute motivazioni *in iure et in facto*, ma in generale la nuova normativa ha ampliato l'ambito della legge, in quanto non solo ha riportato negli stessi termini i 4 vizi già previsti dalla legislazione precedente, per la nullità sanabile della sentenza, ma ne ha aggiunti altri 2 nuovi (il numero non legittimo dei giudici – n. 1; l'atto giudiziale nullo o non sanato – n. 5) ed ha modificato, in forma estensiva, i vizi relativi al difetto di motivazione ed al difetto di legittima citazione (cf. can. 1894 CIC '17).

13. Quanto al difetto di motivi o ragioni della decisione, che ha interessato in modo particolare il Collegio giudicante, va rilevato che tale difetto ha ricevuto una maggiore chiarezza ed assolutezza sia perché è scomparsa la predetta, precedente riserva di legge e sia perché il Codice ha ampliato l'ambito della norma e ha dato valore a quelle motivazioni che siano adeguate, almeno in modo sufficiente, a giustificare l'esito della decisione giudiziale.

Qualora mancassero i motivi, è chiaro che la Sentenza risulterebbe priva di elementi che restano comunque essenziali, per la sua compiutezza e funzionalità e, pertanto, le norme codiciliari prevedono la ritrattazione o la correzione della stessa Sentenza (cf. can. 1616 § 1 CIC).

14. Il can. 51 vuole che il decreto si metta per iscritto, “esponendone almeno sommariamente i motivi, se si tratta di decisione”.

Anche la Sentenza giudiziaria, a tenore del can. 1611 n. 3, deve “esporre le ragioni o motivi, sia in diritto che in fatto, sui quali si fonda la parte dispositiva della Sentenza”.

Non va dimenticato che tutti i pronunciamenti dei Giudici devono essere motivati e non hanno valore se, almeno sommariamente, non riportano le ragioni della decisione oppure se non rimandano a motivazioni contenute in un altro atto (can. 1617).

15. Anche il can. 1612 ritorna sull'argomento, quando al § 3 richiede che la Sentenza contenga, oltre alla fattispecie ed alla formulazione dei dubbi, “la parte

dispositiva ... premesse le ragioni sulle quali si regge”.

Finanche nel processo contenzioso orale, il can. 1668 § 3 prevede che “il testo integrale della sentenza, espressamente motivata, sia notificato alle parti al più presto e ordinariamente non oltre 15 giorni”.

Infine, l'art. 265 § 4 DC dice chiaramente che “il decreto con cui la decisione affermativa è confermata con procedura abbreviata deve, sotto pena di nullità, esprimere almeno in modo sommario i motivi e dare risposta alle Osservazioni del Difensore del vincolo e, se del caso, a quelle delle parti”.

16. A tal proposito, è opportuno richiamare il principio generale che dice “*in dubio, standum est pro valore sententia vel decreti*” (cf. can. 14), dal momento che “nullo” potrebbe essere solo un provvedimento che non contenga (il Pompèdda parla di “difetto assoluto”) alcun motivo o nessuna ragione della decisione.

Quando, invece, l'argomentazione del Collegio giudicante ha una sua interna e fattuale coerenza e fondatezza, senza pregiudicare il percorso logico del sillogismo probatorio, non può essere tacciata di difettualità motivazionale, pur in presenza di qualche svista secondaria e non incidente sul ragionamento principale.

Tanto vale anche in ordine al decreto querelato, di cui si fa carico la presente sentenza collegiale, con opportune ed esplicite chiarificazioni.

La prova documentale

17. Il processo canonico prevede ed ammette ogni genere di prova (can. 1527 § 1), “sempre che esse appiano utili per la decisione della causa e siano lecite” (art. 157 § 1 DC).

Il can. 1539 enunzia un principio generale: “*In quolibet iudicii genere admittitur probatio per documenta tum publica tum privata*”, ma si specifica, di seguito, che mentre “*documenta publica fidem faciunt de omnibus quae directe et principaliter in iis affirmantur*” (can. 1541), il documento privato ha, contro il suo autore, la stessa forza probante della confessione extragiudiziale, mentre contro gli estranei ha la stessa forza di prova delle dichiarazioni delle parti, che non siano confessioni (can. 1542), cioè a dire che tutto viene rimesso al potere discrezionale del Giudice che, “*perpensis omnibus adiunctis*”, decide quale valore dare a tale documento privato (can. 1537).

18. In senso generale, per documento s'intende un oggetto, diverso e distinto da ciò a cui fa riferimento, che comporta un atto di umana volontà.

Quest'oggetto permette di compiere la valutazione di un fatto avvenuto e, come tale, può essere presentato al giudice, perché si possano chiarire qualità e circostanze del fatto stesso.

In questa accezione ampia del termine, possono essere compresi tutti i documenti (cf. DEVOTO-OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze 1987, 744-745).

Tuttavia bisogna tener presente che il CIC parla piuttosto di documenti scritti e non, ad esempio, di un filmato, di un dipinto o altro.

In realtà, tutti i documenti sono espressione dell'atto d'umana volontà, ma non tutti allo stesso modo. Può sembrare molto più evidente e diretto ciò che viene mostrato da un film, da una foto e non quanto asserito da uno scritto, perché questo può essere anche frainteso o male interpretato e quindi solo indirettamente riesce a esprimere l'atto umano.

19. Il CIC prevede anche le falsificazioni di questo (can. 1543), ma è certo che quanto più evidente è, nel documento scritto, l'espressione della personalità del suo autore, tanto più è facile scoprire anche la sua falsificazione, qualora ci fosse; cosa

che sarebbe molto più difficile, se l'atto umano fosse sostituito ed espresso, in gran parte, dal mezzo tecnico (cf. DELLA ROCCA F., *Istituzioni di diritto processuale canonico*, 248-250).

Il nuovo Codice, quindi, ha promosso la prova documentale, poiché “modificando anche qui l'ordine del CIC 1917, si occupa dei documenti, non più strumenti, prima di regolare la prova testimoniale.

Nel farlo, vuole senz'altro mettere in rilievo la maggiore garanzia d'imparzialità e consistenza che hanno le prove scritte, non modificabili a volontà, né sorte in occasione del processo.

Per di più, assistono i documenti pubblici, specialmente quelli che impegnano la credibilità di ufficiali cui la società ha confidato questa, e che per questo possiedono una peculiare forza probatoria” (SERRANO RUIZ. J. M., *Le prove*, in *Commento al Codice*, 887).

20. A completezza di tutto quanto predetto, si sa bene in dottrina che la coscienza del Giudice ha sempre il primato nelle decisioni di merito e “tutte le garanzie poste a sua tutela ne sono conferma. Appare immediatamente evidente, così, che la formazione del Giudice non è correlabile o verificabile semplicemente ad un elemento: essa attinge la (sua) persona...

Anzitutto intendo sgombrare il campo dall'idea che il Giudice sia chiamato a giudicare “*ex sua conscientia*” esclusivamente nel campo della valutazione dei fatti sottopostigli tramite l'istruttoria legittimamente condotta.

Se, per la verità, la decisione giudiziale, come appare dalla stessa strutturazione del testo della Sentenza, si compone di una parte *in iure* e di una parte *in facto*, logicamente correlate, e solo dopo aver raggiunto la certezza morale su entrambi è emesso il giudizio, la coscienza del Giudice, seppur in modi diversi, si esplica e si esercita tanto nella valutazione dei fatti addotti quanto nell'interpretazione della norma canonica da applicare” (Pompedda M. F., *Il Giudice Ecclesiastico*, Prolus. Studium R.R., 6 novembre 2002).

21. Infine, l'oggi beato Giovanni Paolo II, nell'Allocuzione alla Rota, del 23 gennaio 1992, notava che l'interpretazione giudiziale “non ha valore di legge ed obbliga esclusivamente le persone o concerne le cose per cui la Sentenza è stata pronunciata; ma non per questo l'opera del Giudice è meno rilevante o meno essenziale.

Se l'attività di giudicare consiste nel far calare la legge nella realtà e quindi nell'attuare concretamente la volontà della norma astratta, ... non si può negare la delicatezza della funzione intermediatrice che il Giudice è chiamato a svolgere...

L'astratta maestà della legge ... resterebbe un valore avulso dalla realtà concreta in cui esiste ed agisce l'uomo, ... se la norma stessa non venisse rapportata all'uomo, per il quale è stata stabilita” (n. 4).

In facto

22. Il Collegio appellato, anche se già aveva ravvisato negli Atti di I grado dati e circostanze costituenti pienezza di prova, nel senso dell'accusa attorea, dopo aver esaminato l'espletata istruttoria, ampliata anche a due successivi supplementi, con allegati documenti e foto, ha individuato più chiari elementi di prova, per una parola definitiva su questa vicenda, anche in seguito all'interposizione della querela di nullità ex can. 1622, 2° CIC.

Da premettere che lo stesso Collegio, tornato all'analisi della vicenda e allo studio del nuovo fascicolo processuale, con i nuovi pareri acclusi, ha ravvisato nel decreto di conferma, del 30 novembre 2010, completezza ed omogeneità nelle sue varie

parti, adeguate risposte alle osservazioni ed obiezioni contenute nell'Atto di appello, presentato a questo TERC, nonché esposizione chiara e dettagliata, in ordine ai vari elementi di prova offerti dalla sentenza beneventana.

23. È stato dato rilievo, nel decreto *de quo*, alle confessioni e dichiarazioni delle parti, come pure a quanto riferito dai testi, con opportune citazioni e riferimenti.

La Terna ha poi riesaminato in dettaglio il referto ginecologico del 24 marzo 2004, con i riferimenti alle varie date della separazione definitiva *de facto* delle parti, prendendo atto del relativo libero convincimento dell'estensore, che non ha però inficiato il ragionamento deduttivo ed il generale impianto probatorio di conferma del pronunciato di I grado.

I Rev.mi Giudici sono stati, perciò, dell'avviso che la riserva del vincolo perpetuo era certamente presente nella volontà dell'attore, come pure l'esclusione della prole, prima ed al momento delle nozze non volute, ma imposte dalle circostanze e da motivazioni personali e familiari.

24. La causa *de quo* è stata già abbondantemente istruita nel Tribunale inferiore beneventano di I grado.

Già all'epoca furono ascoltate 2 volte le parti e la convenuta, sig.ra S. A., ebbe a presentare più testi che non lo stesso attore.

Questi, infatti, ne addusse 5, mentre la convenuta 7, e cioè prima 5 ed in seguito altri 2, nel primo supplemento istruttorio.

Al Collegio appellato non è parso né giusto e neppure opportuno e necessario riaprire l'istruttoria, pur in presenza di un atto di Appello della stessa convenuta, in quanto già allora furono portate prove piene e di vario genere, che ulteriormente vagliate dal Collegio appellato, sono state di supporto alla decisione dei Giudici di II grado.

25. Il Decreto del 30 novembre 2010 ha osservato che la Sentenza di I grado "poteva essere più esplicitiva" (p. 7) e, perciò, esso si è disteso in modo adeguato ed analitico su tutti gli elementi presenti nella precedente istruttoria, finalizzati alla prova piena dei capi accusati, già accolti dal Collegio beneventano, per dare la dovuta risposta, ai motivi presenti nell'Atto di appello della parte convenuta, sia circa il mancato richiamo della Sentenza ai testi presentati dalla S. e sia alla poca attenzione ai documenti esibiti dalla stessa, in particolare al referto medico della dott.ssa M. M. (cf. p. 13 e p. 24 – I suppl.), tenuto presente che il can. 51 esige che nel decreto si metta per iscritto, "esponendone almeno sommariamente i motivi, se si tratta di decisione".

26. In realtà i Rev.mi Giudici hanno preso atto che questo documento nulla dice circa la volontà attorea antiprocreativa e, inoltre, esso si potrebbe meglio capire, nel suo contenuto, alla luce di quanto ebbe a riferire la teste R. M. N., nel I suppl., quando attestò che "la convenuta, sia prima che dopo le nozze, di tanto in tanto si portava dalla ginecologa per un controllo di routine... per verificare se poteva avere figli" (20 – 21/11).

Ora, ciò potrebbe avere attinenza con una generale volontà della convenuta di avere figli nel matrimonio, ma nulla si può inferire da ciò, in ordine alla volontà del partner, che esplicitamente ha detto e dimostrato di non volere figli; infatti, figli non sono nati nel matrimonio ed i testi di parte convenuta non hanno saputo spiegare questo fatto, dimostrando di essere, nel processo, semplici testi *adfirmantes sed non probantes*, non avendo ricevuto conoscenza della riserva antivincolistica attorea, come pure di quella antiprocreativa (cf. 22/2 – 13; p. 3).

27. La convenuta ha poi detto che, all'epoca della sua visita ginecologica, del 24 marzo 2004, l'attore già da vari mesi vedeva e frequentava Z. C., amica comune,

che le parti ospitarono a casa loro, per 4-5 volte, dalla fine di agosto del 2003, fino a gennaio 2004.

La convenuta ha riferito che questa “oggi è la compagna di mio marito e la madre di un suo figlio.

Nel maggio del 2004, mio marito che probabilmente aveva già intrecciato la relazione clandestina, improvvisamente mi abbandonò, ecco perché mi rivolsi ad un legale per la separazione. Purtroppo, ritengo che questa sia l'unica causa determinante il fallimento del matrimonio” (I suppl. 12/18).

28. Questa è la versione della fine del matrimonio offerta dalla convenuta nel suo riascolto, mentre l'attore, che è stato anch'egli riascoltato, ha tenuto a precisare che fu lui “ad interrompere il matrimonio con A. ed anche in quella circostanza la convenuta mi prendeva in giro, dicendomi che non avevo il coraggio di lasciarla; fu lei poi ad iniziare le pratiche di separazione legale” (8/18) e, per quanto riguarda la visita ginecologica, l'attore ha precisato che egli non voleva proprio figli dalla convenuta e che tanto meno conosce la dott.ssa M., di cui neppure ha mai sentito parlare, “per cui nulla so dire circa le visite ginecologiche fatte da A.. È chiaro che, se usavo il contraccettivo, non volevo figli” (7/16).

D'altra parte, se l'attore ha avuto un figlio dalla sua convivente, C. Z., vuol dire che era proprio con la convenuta che il T. non voleva figli e non con altre donne.

29. I testi di parte convenuta affermano un rapporto sereno e solare tra le parti ma, in realtà, non fanno nulla delle riserve attoree:

S. A., fratello maggiore della convenuta, ha detto: “Non so se P. avesse desiderio di mettere al mondo figli, perché mai avemmo occasione di affrontare tale tema... tanto meno so se P. fosse predisposto a chiedere il divorzio, qualora il suo matrimonio fosse naufragato. Non ho mai assistito a suoi discorsi contro la perpetuità del matrimonio” (60/11 – 13)

La sorella maggiore di A., S. A., ha ugualmente detto: “quando si era insieme... P. lasciava intendere che era suo desiderio avere una famiglia allietata da figli; per essere più chiari, P. dal suo matrimonio desiderava avere dei bambini... sia da altri che per bocca dello stesso P., non ho mai sentito dire che egli intendeva contrarre un matrimonio dissolubile” (63/11 – 12).

30. Il cognato della parte convenuta, sig. G. N., ha detto: “P. e A. in più di un'occasione mi avevano fatto capire che desideravano avere una famiglia allietata da figli, in special modo l'attore.

Che io sappia, P., prima del matrimonio... non ha mai fatto espressa menzione del fatto che, se fra loro le cose non fossero andate bene, egli avrebbe fatto ricorso al divorzio” (66/11 – 12).

V. M., mamma di A., ha depresso: “nell'imminenza del matrimonio, ogni qual volta il discorso cadeva sui figli, sia P. che A. non ponevano alcuna riserva al riguardo, anzi manifestavano grande desiderio di avere bambini...P., in mia presenza, non ha mai fatto discorsi che tendessero ad escludere l'indissolubilità del matrimonio” (50/11 – 13).

31. S. C., padre di A., ha riferito che “P. ed A. sia durante il fidanzamento che nell'imminenza delle nozze, a casa, quando il discorso cadeva sui figli e sulla possibilità di averne, non manifestavano alcuna riserva al riguardo, anzi non vedevano l'ora di sposarsi per avere bambini.

P., prima del matrimonio non ha mai manifestato l'intenzione di ricorrere al divorzio... l'attore in mia presenza non ha mai fatto discorsi contrari alla perpetuità del vincolo matrimoniale” (53/11 – 12).

A.M., amica di A., ha deposto: “da quando ho conosciuto P. .. egli in più di un occasione, prima delle nozze...ha sempre detto di voler stare insieme ad A.con la gioia dei figli” (I suppl. 17/10).

La stessa, tuttavia, ha aggiunto che A. “dopo circa un anno di matrimonio, mi confidò che non riuscivano ad avere figli, ma non mi disse di essere stata da uno specialista” (*ivi*, 18/11).

32. Il teste R. M. N., amica delle parti, ha detto che prima delle nozze P. “ha sempre dato un alto significato al sacramento del matrimonio... a proposito dei figli, egli prima delle nozze, più volte, ha manifestato l’intenzione di averne” (*ivi*, 20/10).

La stessa teste ha però detto che, dopo le nozze, A. “continuò a fare normali controlli per verificare se poteva avere figli e da quello che mi confidava risultava che non aveva problemi circa il concepimento” (*ivi*, 21/11).

Detti testi, nella maggioranza, sembrano essere testi affermativi in quello che hanno deposto, ma ciò urta chiaramente con quello che ha affermato l’attore (e i di lui testi) quando ha detto, sin dal libello, che egli si confidò con A. e con i suoi parenti (p. 3) e, in particolare, con sua sorella A., mentre ha aggiunto pure chiaramente che ai parenti della S. disse solo, 2 settimane prima delle nozze, che egli non voleva assolutamente sposarsi (p. 2).

33. Quello che hanno riferito i testi di parte convenuta è ciò che essi hanno sentito, capito e percepito, ma non possono dire ciò che non è stato portato alla loro conoscenza. Infatti, l’attore ha riferito le sue riserve solo ad A. (che le nega) ed ai suoi familiari ed amici (che le confermano e sostengono) (cf. p. 3; 25/2 – 13; II suppl., 7/11; 57/12).

La posizione processuale della convenuta e dei suoi testi risulta, per di più, minata da detti e circostanze che contraddicono le loro asserzioni giudiziali.

La teste S. A., sorella maggiore della convenuta, ad esempio, ha riferito che “non sono nati figli, forse perché in P. vi era l’intenzione di iniziare un nuovo rapporto con C.” (64/17), smentendo in tal modo quello che vorrebbe dimostrare la convenuta quando, con il referto ginecologico (del 24 marzo 2004), insiste nel dire che tale visita era finalizzata alla gravidanza e, indirettamente, vorrebbe anche dimostrare che P. voleva la prole.

34. Il teste G. N., cognato di A., dice il contrario di quanto riferito dalla convenuta, quando nota che “le intimità tra P. ed A., almeno per i primi tempi, avvenivano in modo regolare e senza cautele” (67/adr. 4).

Nel riascolto, invece, la convenuta ha detto che entrambi desideravano avere figli, ma “dopo le nozze decidemmo di goderci per i primi 5-6 mesi la nostra intimità e poi averne; in detto periodo, P. usava il “coito interrotto”. Decorso il summenzionato periodo, io e l’attore abbiamo avuto rapporti completi e poiché per un anno circa non rimanevo incinta, mi sono recata dalla dott.ssa M. M., per comprendere il perché non riuscivo a procreare” (I suppl. 11 – 14).

Poi ha proseguito nel dire che i litigi più seri tra di loro “iniziarono all’incirca dopo un anno, quando incominciai ad insospettirmi per la presenza e frequentazione, presso la nostra casa coniugale, di una tale signorina M.” (40/12 – 14).

35. Dinanzi a questa affermazione appare insostenibile la di lei tesi che, nei mesi successivi, P. volesse avere figli, quando il loro rapporto si andava completamente sfaldando e neppure dormivano più insieme (cf. 45/18).

Nel ricorso per separazione personale dei coniugi, poi, la S. ha detto che l’attore ha manifestato completo disinteresse per il buon andamento del rapporto coniugale, trascurando “tutti i doveri che derivano dal matrimonio, sia morali che materiali e,

da quando ha abbandonato il tetto coniugale, si comporta come se il vincolo matrimoniale non fosse mai esistito” (p. 11).

Non è vero quindi che “il rapporto è stato armonioso fino al giorno 19.05.2004, data in cui il coniuge, all’insaputa dell’esponente è andato via di casa, senza giusti motivi e senza dare spiegazione alcuna” (p. 10), poiché la stessa convenuta ha detto che circa un anno dopo le nozze (cioè da settembre 2003), i litigi sono diventati più seri tra di loro e perciò neppure è vero ciò che lei ha scritto al Tribunale di Benevento, quando ha dichiarato che “di tale sua riserva mentale non ne sono mai stata a conoscenza, né potevo mai esserlo, visto il suo costante comportamento amorevole nei miei confronti, sia prima che dopo il matrimonio” (p. 20).

36. Il Collegio ha preso atto che l’espressione usata dall’attore: “questa specie di convivenza durò all’incirca un anno e mezzo” (25/17 – 18) è molto generica ed approssimativa e, pertanto, la deduzione fatta dall’estensore del decreto di conferma, in ordine alla fine della convivenza, rapportata con la data della visita ginecologica della S., presso la dott.ssa M., avvenuta il 24 marzo 2004, è certamente impropria, anche perché l’attore già nel libello aveva chiaramente scritto che la separazione di fatto avvenne il 19 maggio 2004 (p. 4).

Ciò, tuttavia, non incide minimamente sul merito della causa e sull’insieme delle circostanze che si sono determinate all’epoca della fine della convivenza coniugale delle parti, per cui tenuto presente il modo come è finito questo matrimonio ed i successivi strascichi giudiziari, in foro civile e canonico, i Rev.mi Giudici hanno ritenuto, del tutto presumibile (anche se di presunzione *iuris tantum*) che la convenuta abbia agito in questa causa, come ha detto l’attore, con “spirito vendicativo” (26/19).

37. E neppure i documenti presentati dalla S. (scioglimento dell’impresa – libro matricola e foto varie) possono ritenersi concludenti ai fini probatori.

Circa le foto, ha risposto l’attore nel suo riascolto (cf. II suppl., 8/19).

Per quanto riguarda il libro matricola, risulta che l’attore è stato impiegato presso la ditta del S.– padre, solo per 2 brevi periodi, tra il 1996 ed il 1997, e ciò non è contestato dalle parti, anche se ciascuna delle due ne deduce argomenti a proprio favore e, tuttavia, nessuno di questi può essere determinante sulla prova giudiziale.

Per quanto riguarda il documento di visura camerale, in ordine all’impresa del di lei padre, risulta semplicemente che la stessa è stata cancellata dal Registro delle Imprese il 1° febbraio 2005, a motivo dello scioglimento della Società, formata da membri della stessa famiglia S.

38. Circa il fatto che poi l’attore non abbia parlato della sua relazione con C. Z., bisogna notare che domande specifiche al riguardo non sono state poste, ma l’attore, già nella sua deposizione dell’8 maggio 2006, disse che frequentava un’altra ragazza (cf. 26/17 – 18) e così hanno detto pure i testi attori.

Neppure nel riascolto è stata posta all’attore specifica domanda in merito (cf. II suppl., 8/18).

Certamente, se l’attore si è messo con C. Z., dopo circa un anno di matrimonio (cf. 40/12 – 14), è chiaro indice che con A. P. non voleva stare e questa stessa, contraddicendo la sua generale posizione assunta in questo processo, ha scritto che l’attore “ha trascurato tutti i doveri che derivano dal matrimonio..., come se il vincolo matrimoniale non fosse mai esistito” (p. 11).

Indirettamente, la S. ha ammesso che il T. non si è voluto legare a lei e, quindi, è venuto a cadere anche l’impianto difensivo da lei strenuamente sostenuto, sia al Tribunale di Benevento che a questo TERC.

39. Infine, va detta una parola chiara, anche sulla *vexata quaestio* del referto

ginecologico del 24 marzo 2004, di cui l'attore ha detto di non sapere nulla (cf. II suppl., 7/16).

Il Collegio ha ribadito che il documento ha una sua efficacia in giudizio, in quanto si tratta di un documento originale (o esibito in copia autentica), depositato presso la cancelleria del Tribunale, così da poter essere esaminato da chi di dovere (can. 1544), ma non va dimenticato che, nelle cause di nullità matrimoniali, i documenti privati hanno "quel peso probatorio che deve essere giudicato dalle circostanze e soprattutto dal tempo in cui sono stati redatti" (art. 186 § 2 DC).

Tale documento privato, esibito dalla S., è stato redatto da un professionista, nell'esercizio della funzione medica, ma anche se in sé stesso, per quello che afferma, non è sospetto, certamente l'epoca della richiesta, della redazione e dell'esibizione in giudizio (12 febbraio 2008) rimane sospetta, dal momento che il processo, dal 9 luglio 2007, era già in fase di *conclusio in causa*.

40. Da ultimo, il Collegio ha notato, in ordine a qualche rilievo contenuto nel decreto di conferma querelato, circa il *modus procedendi atque argumentandi* dell'istruttoria e sentenza di I grado che lo stesso Patrono di parte convenuta, nelle sue richieste istruttorie ha rilevato che in I grado anche alla parte convenuta (e non solo all'attore) non furono poste domande su specifici argomenti inerenti la fattispecie *de quo* (cf. I suppl., p. 8).

Perciò, si dovette procedere a ben 2 supplementi di istruttoria, per dare a tutti la possibilità di offrire, in modo chiaro e completo la propria esposizione dei fatti e delle circostanze.

41. Le spese processuali sono a carico delle parti in causa, secondo la normativa della CEI ed il particolare Regolamento di questo Tribunale Regionale (can. 1611, 4° CIC).

Le spese di patrocinio sono ugualmente a carico delle parti e sono liquidate, conformemente alle tariffe CEI, secondo le lettere di impegno formalizzate dinanzi all'ufficio.

Conclusione

Tutto attentamente vagliato e considerato, in diritto e in fatto, NOI sottoscritti Giudici, sedendo *pro Tribunali*, dopo aver invocato il nome del Signore Gesù e della sua SS.ma Madre ed avendo solo Dio davanti ai nostri occhi,

DICHIARIAMO
PRONUNZIAMO

E

DEFINITIVAMENTE SENTENZIAMO

che al dubbio concordato, nel Decreto collegiale del 28 marzo 2001:

"Se consti, ex can. 1622 n. 2 CIC, la nullità del decreto confermativo della Sentenza affermativa di I grado, emesso il 30 novembre 2010, da questo TER Campano, nella causa di nullità di matrimonio T. – S.";

si deve rispondere, come in effetti rispondiamo:

NON CONSTARE

de decreti confirmativi nullitate ex can. 1622 n. 2 CIC.

Primi gradus ideo sententia fit immediate esecutiva. (Omissis)

Corte Costituzionale **Sentenza 25 luglio 2011, n. 245**

Matrimonio – Straniero – Permesso di soggiorno – Pubblicazioni – Diritti inviolabili dell’uomo – Uguaglianza – Immigrazione – Libertà di contrarre matrimonio

La limitazione al diritto dello straniero a contrarre matrimonio nel nostro Paese - introdotta dalla rinnovato testo dell'art. 116, comma 1, c.c. - si traduce anche in una compressione del corrispondente diritto del cittadino o della cittadina italiana che tale diritto intende esercitare. Ciò comporta che il bilanciamento tra i vari interessi di rilievo costituzionale coinvolti deve necessariamente tenere anche conto della posizione giuridica di chi intende, del tutto legittimamente, contrarre matrimonio con lo straniero. Si impone, pertanto, la conclusione secondo cui la previsione di una generale preclusione alla celebrazione delle nozze, allorché uno dei nubendi risulti uno straniero non regolarmente presente nel territorio dello Stato, rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella presente ipotesi, specie ove si consideri che il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) già disciplina alcuni istituti volti a contrastare i cosiddetti "matrimoni di comodo".

Fonte: www.cortecostituzionale.it

**Corte Costituzionale, sentenza n. 245 del 25 luglio 2011.
Illegittimità costituzionale dell'articolo 116,
primo comma, del codice civile, come modificato
dall'articolo 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94
(Disposizioni in materia di sicurezza pubblica),
limitatamente alle parole «nonché un documento
attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano»**

**Corte Costituzionale, Sentenza 25 luglio 2011 n. 245. Illegittimità
costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come
modificato dall'articolo 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94
(Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle
parole «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno
nel territorio italiano».**

SENTENZA N. 245
ANNO 2011
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

Composta dai signori: Presidente: Alfonso QUARANTA; Giudici : Alfio FINOCCHIARO, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), promosso dal Tribunale ordinario di Catania nel procedimento vertente tra P.A. e M.A. e il Ministero dell'interno, con ordinanza del 17 novembre 2009, iscritta al n. 26 del registro ordinanze 2011 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 8, prima serie speciale, dell'anno 2011.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nella camera di consiglio del 6 luglio 2011 il Giudice relatore Alfonso Quaranta.

Ritenuto in fatto

1.— Il Tribunale ordinario di Catania ha sollevato – in riferimento agli articoli 2,

3, 29, 31 e 117, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».

1.1.— In punto di fatto, il Tribunale remittente premette di essere stato adito da una cittadina italiana e da un cittadino marocchino per la declaratoria dell'illegittimità del diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile alla celebrazione del loro matrimonio.

In particolare, riferisce che in data 27 luglio 2009 i ricorrenti avevano chiesto all'ufficiale dello stato civile di procedere alla pubblicazione della celebrazione del matrimonio, producendo la documentazione prevista dalla allora vigente formulazione dell'art. 116 cod. civ. Il successivo 28 agosto, quindi, gli stessi avevano chiesto che il matrimonio venisse celebrato.

Il 31 agosto 2009, l'ufficiale dello stato civile aveva motivato il diniego alla celebrazione del matrimonio per la mancanza di un «documento attestante la regolarità del permesso di soggiorno del cittadino marocchino», così come previsto dall'art. 116 cod. civ., come novellato dalla legge n. 94 del 2009, entrata in vigore nelle more.

1.2.— Tanto premesso in fatto, il giudice a quo prospetta l'illegittimità costituzionale della norma suddetta, giacché essa contrasterebbe:

con l'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità;

con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza;

con l'art. 29 Cost., per violazione del diritto fondamentale a contrarre liberamente matrimonio e di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sui quali è ordinato il sistema del matrimonio nel vigente ordinamento giuridico;

con l'art. 31 Cost., perché interpone un serio ostacolo alla realizzazione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio;

con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

In particolare, il remittente precisa che il matrimonio costituisce espressione della libertà e dell'autonomia della persona, ed il diritto di contrarre liberamente matrimonio è oggetto della tutela di cui agli artt. 2, 3 e 29 Cost., in quanto rientra nei diritti inviolabili dell'uomo, caratterizzati dall'universalità. Inoltre, l'art. 31 Cost., nel sancire che la Repubblica agevola la formazione della famiglia, «esclude la legittimità di limitazioni di qualsiasi tipo alla libertà matrimoniale».

La libertà di contrarre matrimonio, prosegue il Tribunale di Catania, trova fondamento anche in altre fonti. A questo riguardo richiama l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il già citato art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e successivamente recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. In particolare, con specifico riferimento all'art. 12 della CEDU, il remittente osserva che la predetta norma «ricomprende la libertà matrimoniale tra quei diritti e libertà che devono essere assicurati senza distinzione di sorta» e che, «pur prevedendo che tale diritto debba essere esercitato nell'ambito di leggi nazionali», tuttavia, la stessa non consente «che queste ultime possano porre condizioni o restrizioni irragionevoli».

2. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato

e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e, comunque, non fondata.

2.1. L'Avvocatura dello Stato precisa, da un lato, che la modifica contenuta nella disposizione censurata «deve essere letta congiuntamente» al nuovo testo dell'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) che, in generale, prevede l'obbligo di esibizione della documentazione di soggiorno per gli atti di stato civile; dall'altro che il requisito della regolarità del soggiorno, richiesto ai fini della celebrazione del matrimonio, «tende a soddisfare l'esigenza del legislatore di garantire il presidio e la tutela delle frontiere ed il controllo dei flussi migratori».

La difesa statale sottolinea che la libertà di contrarre matrimonio e di scegliere il coniuge attiene alla sfera individuale del singolo sulla quale lo Stato, in linea di massima, non potrebbe/dovrebbe interferire, salvo che non vi siano interessi prevalenti incompatibili, quali potrebbero essere la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico. A questo riguardo, la difesa statale ritiene che il legislatore, nella propria discrezionalità, abbia considerato «lo status di clandestino» come «una situazione giuridica soggettiva valutabile negativamente in punto di ordine pubblico e sicurezza» e, pertanto, sufficiente a giustificare la limitazione del diritto a contrarre matrimonio.

Sostiene l'Avvocatura che, in un giudizio di bilanciamento di interessi, le prerogative dello Stato volte a tutelare la sovranità dei confini territoriali ed a controllare i flussi migratori, anche per evitare matrimoni di comodo, siano prevalenti e legittimino la scelta legislativa di limitare il diritto a contrarre matrimonio delle persone che non risultino in regola con le norme che disciplinano l'ingresso ed il soggiorno nel territorio nazionale.

2.2.— La norma censurata, sempre ad avviso della difesa dello Stato, non si porrebbe in contrasto con le Convenzioni internazionali richiamate dal giudice remittente e, in particolare, con gli artt. 8 e 12 della CEDU. Entrambe le disposizioni, infatti, attribuirebbero al legislatore nazionale il potere di limitare il diritto al matrimonio, in vista della tutela di valori «evidentemente ritenuti di rango superiore», tra i quali sono inclusi la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico. Siffatto potere di ingerenza sarebbe stato confermato, inoltre, dalla medesima Corte europea dei diritti dell'uomo.

Da ultimo, sempre a sostegno dell'esistenza di un'ampia discrezionalità legislativa, l'Avvocatura dello Stato richiama la giurisprudenza costituzionale e, in particolare, la sentenza n. 250 del 2010. Con la predetta pronuncia, la Corte costituzionale, precisa la difesa dello Stato, nel riconoscere al legislatore la discrezionalità di definire quali condotte costituiscano o meno fatti aventi rilevanza penale sembra aver «affermato la sussistenza di una discrezionalità del legislatore nel qualificare la situazione di clandestinità come rilevante in punto di tutela dell'ordine pubblico».

Pertanto, la necessità di un controllo giuridico dell'immigrazione, in vista della tutela di valori costituzionali – ordine pubblico, sovranità territoriale, rispetto di obblighi internazionali – giustifica e legittima la scelta legislativa oggetto di censura, frutto, prosegue l'Avvocatura, di un bilanciamento di valori, tutti di rango costituzionale, tale per cui la clandestinità è qualificata situazione ostativa al matrimonio, in ragione di esigenze di ordine pubblico, di difesa dei confini e di controllo del flusso migratorio.

Del pari infondati sarebbero i profili di censura relativi alla violazione degli artt. 2, 3, 29 e 31 Cost., poiché la norma impugnata «non è tale da impedire in assoluto

il matrimonio tra il cittadino italiano e il cittadino straniero o tra cittadini stranieri»; piuttosto essa si limiterebbe a «regolamentare la posizione giuridica del cittadino straniero che intende contrarre matrimonio in Italia, in conformità alle norme dell'ordinamento in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri» sul territorio nazionale. Del tutto inconferente sarebbe, infine, la giurisprudenza richiamata dal Tribunale remittente, poiché essa investirebbe profili diversi rispetto alla questione sollevata nel giudizio a quo.

Considerato in diritto

1.— Il Tribunale ordinario di Catania ha sollevato – in riferimento agli articoli 2, 3, 29, 31 e 117, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano». La novella introdotta dalla predetta legge, in altri termini, fa carico allo straniero che intenda contrarre matrimonio in Italia di produrre tale atto.

La questione è stata sollevata nel corso di un giudizio civile, promosso da una cittadina italiana e da un cittadino marocchino, avente ad oggetto – previo accertamento della illegittimità del rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile alla celebrazione del matrimonio tra gli stessi – la richiesta di pronuncia di un ordine all'ufficiale dello stato civile medesimo di celebrazione del matrimonio in questione.

1.1.— Il remittente reputa rilevante detta questione, sul presupposto che la già intervenuta effettuazione della pubblicazione – sotto il vigore della precedente formulazione dell'art. 116 cod. civ. – non esclude l'applicazione dello *ius superveniens*. Conclusione, questa, che risulta conforme a quanto precisato dalla circolare del Ministero dell'interno 7 agosto 2009, n. 19, la quale – oltre a confermare che dall'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009 «il matrimonio dello straniero (extracomunitario) è subordinato alla condizione che lo stesso sia regolarmente soggiornante sul territorio nazionale» – specifica che la predetta condizione «deve sussistere all'atto della pubblicazione e al momento della celebrazione del matrimonio».

1.2.— Con riguardo, invece, al profilo della non manifesta infondatezza, il Tribunale pone in luce, in primo luogo, come il matrimonio costituisca espressione della libertà e dell'autonomia della persona, sicché il diritto a contrarlo liberamente è oggetto della tutela primaria assicurata dagli artt. 2, 3 e 29 Cost., in quanto rientra nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo.

Tale diritto, infatti, tende a tutelare – osserva sempre il remittente – la piena espressione della persona umana, e come tale deve essere garantito a tutti in posizione di eguaglianza, come aspetto essenziale della dignità umana, senza irragionevoli discriminazioni. Inoltre, l'art. 31 Cost., nel prevedere che la Repubblica agevola «la formazione della famiglia», esclude la legittimità di limitazioni di qualsiasi tipo alla libertà matrimoniale.

Secondo il giudice a quo, questa Corte avrebbe ripetutamente affermato come nella sfera personale di chi si sia risolto a contrarre matrimonio non possa sfavorevolmente incidere alcunché che vi sia assolutamente estraneo, al di fuori cioè di quelle regole, anche limitative, proprie dell'istituto. Infatti, prosegue il remittente, il relativo vincolo, cui tra l'altro si riconnettono valori costituzionalmente protetti, deve rimanere frutto di una libera scelta autoresponsabile attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana ed alle sue fondamentali istanze, sottraendosi a ogni forma di

condizionamento indiretto, ancorché eventualmente imposto dall'ordinamento (sono richiamate le sentenze di questa Corte n. 445 del 2002, n. 187 del 2000, n. 189 del 1991, n. 123 del 1990, n. 73 del 1987, n. 179 del 1976, n. 27 del 1969).

Ne deriverebbe, pertanto, la necessità – conclude sul punto il Tribunale di Catania – di sottrarre la libertà matrimoniale ad inammissibili condizionamenti, diversi da quelli giustificati dall'ordine pubblico.

1.3.— Sotto altro aspetto, inoltre, il remittente rileva che la libertà di contrarre matrimonio costituisce un diritto fondamentale della persona riconosciuto anche dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 16), dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 9).

In particolare, il Tribunale deduce che la CEDU – includendo la libertà matrimoniale tra quelle che devono essere assicurate senza distinzione di sorta (di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza ad una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione) e pur prevedendo che il relativo diritto debba esser esercitato nell'ambito delle leggi nazionali – non consentirebbe che queste ultime possano porre condizioni o restrizioni irragionevoli.

Alla stregua di tali principi, la disposizione censurata – secondo il remittente – sarebbe «limitativa della libertà matrimoniale, sia per lo straniero che per i cittadini italiani», e sembrerebbe «determinare una discriminazione nell'esercizio di un diritto fondamentale dell'uomo legata ad una mera condizione personale, che non appare ragionevole», in assenza di esigenze «di salvaguardia di altri valori costituzionalmente rilevanti di pari grado», tali da giustificare un «limite al diritto fondamentale in esame».

2. Tanto premesso sul contenuto dell'ordinanza di rimessione, appare opportuno procedere, in via preliminare, alla ricognizione del quadro normativo nel quale si inserisce la norma oggetto del vaglio di costituzionalità.

2.1. In particolare, la questione sollevata attiene alla disciplina del matrimonio dello straniero in Italia, quale prevista dall'art. 116 cod. civ.

Prima della modifica legislativa, intervenuta con la citata legge n. 94 del 2009, ai sensi di tale norma lo straniero, intenzionato a contrarre matrimonio in Italia, doveva presentare all'ufficiale dello stato civile solo un nulla osta rilasciato dall'autorità competente del proprio Paese.

Oltre al predetto requisito formale, sul piano sostanziale, il nubendo doveva in ogni caso (e deve tuttora) rispettare le condizioni previste dalla normativa italiana riguardanti la capacità di contrarre matrimonio (tra l'altro, libertà di stato, età minima) e l'assenza di situazioni personali ostative (ad esempio, impedimenti per parentela ed affinità). Si tratta, infatti, di norme di applicazione necessaria secondo l'ordinamento interno, che devono comunque essere osservate, anche se non sono previste dalla legge nazionale dello straniero.

2.2.— Con la citata legge n. 94 del 2009 è stato modificato l'art. 116, primo comma, cod. civ.

La nuova norma stabilisce che «lo straniero che vuole contrarre matrimonio nella Repubblica deve presentare all'ufficiale dello stato civile», oltre al nulla osta, di cui sopra, «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».

Detta norma deve essere letta anche alla luce delle modifiche introdotte dal legislatore in merito ai requisiti necessari per l'acquisto della cittadinanza a seguito di matrimonio dello straniero con il cittadino italiano, disciplinati dalla legge 5 febbraio

1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza).

La legge n. 94 del 2009, al fine di ridurre il fenomeno dei cosiddetti matrimoni di comodo, come risulta dai suoi lavori preparatori (Senato della Repubblica, XVI legislatura, relazione al disegno di legge n. 733, che reca Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), ha sostituito l'art. 5 della predetta legge n. 91 del 1992, prevedendo: al comma 1, che «il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora», al momento dell'adozione del decreto di acquisto della cittadinanza, «non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi»;

al successivo comma 2, che i termini sono, peraltro, «ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi».

3.— Così ricostruito il quadro complessivo in cui si inserisce la disposizione censurata, si può procedere al chiesto scrutinio di costituzionalità.

La questione è fondata.

3.1.— Giova ricordare come questa Corte (sentenze n. 61 del 2011, n. 187 del 2010 e n. 306 del 2008) abbia affermato che al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia.

Tali norme, però, devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, tra i quali certamente rientra quello «di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (sentenza n. 445 del 2002).

In altri termini, è certamente vero che la «basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero» – «consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo» – può «giustificare un loro diverso trattamento» nel godimento di certi diritti (sentenza n. 104 del 1969), in particolare consentendo l'assoggettamento dello straniero «a discipline legislative e amministrative» ad hoc, l'individuazione delle quali resta «collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici» (sentenza n. 62 del 1994), quali quelli concernenti «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione» (citata sentenza n. 62 del 1994). Tuttavia, resta pur sempre fermo – come questa Corte ha di recente nuovamente precisato – che i diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani», di talché la «condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi» (sentenza n. 249 del 2010).

Sebbene, quindi, la ratio della disposizione censurata – proprio alla luce della ricostruzione che ne ha evidenziato il collegamento con le nuove norme sull'acquisto

della cittadinanza e, dunque, la loro comune finalizzazione al contrasto dei cosiddetti matrimoni di comodo – possa essere effettivamente rinvenuta, come osserva l'Avvocatura dello Stato, nella necessità di «garantire il presidio e la tutela delle frontiere ed il controllo dei flussi migratori», deve osservarsi come non proporzionato a tale obiettivo si presenti il sacrificio imposto – dal novellato testo dell'art. 116, primo comma, cod. civ. – alla libertà di contrarre matrimonio non solo degli stranieri ma, in definitiva, anche dei cittadini italiani che intendano coniugarsi con i primi.

È, infatti, evidente che la limitazione al diritto dello straniero a contrarre matrimonio nel nostro Paese si traduce anche in una compressione del corrispondente diritto del cittadino o della cittadina italiana che tale diritto intende esercitare. Ciò comporta che il bilanciamento tra i vari interessi di rilievo costituzionale coinvolti deve necessariamente tenere anche conto della posizione giuridica di chi intende, del tutto legittimamente, contrarre matrimonio con lo straniero.

Si impone, pertanto, la conclusione secondo cui la previsione di una generale preclusione alla celebrazione delle nozze, allorché uno dei nubendi risulti uno straniero non regolarmente presente nel territorio dello Stato, rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella presente ipotesi, specie ove si consideri che il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) già disciplina alcuni istituti volti a contrastare i cosiddetti matrimoni di comodo.

Ed infatti, in particolare, l'art. 30, comma 1-bis, del citato d.lgs. n. 286 del 1998 prevede:

con riguardo agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, che il permesso di soggiorno «è immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole»;

con riguardo allo straniero che ha fatto ingresso in Italia con visto di ingresso per ricongiungimento familiare, ovvero con visto di ingresso al seguito del proprio familiare nei casi previsti dall'articolo 29, del medesimo d.lgs., ovvero con visto di ingresso per ricongiungimento al figlio minore, che la richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno «è rigettata e il permesso di soggiorno è revocato se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato».

3.2.— Del pari, è ravvisabile, nella specie, la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

In proposito, si deve notare che la Corte europea dei diritti dell'uomo è recentemente intervenuta sulla normativa del Regno Unito in tema di capacità matrimoniale degli stranieri (sentenza 14 dicembre 2010, *O'Donoghue and Others v. The United Kingdom*).

In particolare, la Corte europea ha affermato che il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione (par. 89 della sentenza). Secondo i giudici di Strasburgo, pertanto, la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è lesiva del diritto di cui all'art. 12 della Convenzione.

Detta evenienza ricorre anche nel caso previsto dalla norma ora censurata, giacché

il legislatore – lungi dal rendere più agevole le condizioni per l'accertamento del carattere eventualmente di comodo del matrimonio di un cittadino con uno straniero – ha dato vita, appunto, ad una generale preclusione a contrarre matrimonio a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 20 luglio 2011.

F.to:

Alfonso QUARANTA, Presidente e Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 25 luglio 2011.

Il Direttore della Cancelleria

Presentazione

La sezione di giurisprudenza e legislazione civile di questo numero della *Rivista* si caratterizza per la ricchezza e la numerosità dei documenti pubblicati.

Per la Giurisprudenza di merito si pongono all'attenzione le pronunce del Tribunale di Piacenza riguardante un rifiuto, da parte dell'ufficiale di stato civile, alle pubblicazioni di un matrimonio anche in assenza di nulla osta previsto dall'art. 116 c.c.; l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma inerente il problema delle immissioni nel caso concreto di una parrocchia e la normale tollerabilità del suono delle campane; da ultimo, ma non per interesse, si evidenzia l'ordinanza del Tribunale di Padova in cui viene stabilito che la scuola che non attiva l'insegnamento alternativo all'ora di religione cattolica commette una discriminazione religiosa; la sentenza del Tribunale di Gaeta in materia di livelli ecclesiastici; la sentenza del Tribunale di Roma inerente il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari in presenza di persecuzioni per motivi religiosi.

Con riferimento alla Giurisprudenza della Corte di Cassazione si evidenziano le sentenze riguardanti il matrimonio: il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto ad un'azione risarcitoria nei confronti di un giudice ecclesiastico; il rapporto tra matrimonio concordatario e *condicio de futuro*; matrimonio concordatario e vizi del consenso.

La sezione si arricchisce di ulteriori tre pronunce della Suprema Corte. La prima portata all'attenzione riguarda un tema ampiamente dibattuto inerente il rapporto tra la libertà religiosa e la presenza dei simboli religiosi, nel caso di specie, all'interno di aule giudiziarie; la seconda sentenza verte sull'applicabilità del C.C.N.L. per dipendenti delle aziende alberghiere al rapporto di lavoro subordinato di un portiere impiegato in una casa generalizia in cui si offra temporaneo soggiorno ad ospiti laici e religiosi; la terza inerente la giurisdizione del giudice italiano sulle attività svolta dagli enti gestiti direttamente dalla Santa Sede.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili Sentenza 14 marzo 2011, n. 5924

Simboli religiosi – Laicità dello Stato – Libertà religiosa – Aule giudiziarie – Responsabilità magistrato – Rifiuto svolgimento udienze

La laicità dello Stato rappresenta un interesse diffuso e come tale adespota, perché facente capo alla popolazione nel suo complesso. Proprio per la suddetta natura degli interessi diffusi, la tutela degli stessi è affidata agli enti esponenziali della collettività nel suo complesso, salvo che la tutela non sia anche rimessa ad associazioni o enti collettivi in specifiche ipotesi previste dalla legge (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 9, L. 8 luglio 1986, n. 349, art. 18). Tuttavia la condivisibile giurisprudenza di questa Corte (Cass. S.U. n. 2207/1978; Cass. S.U. n. 1463/1979) ha ritenuto configurabili accanto agli interessi cosiddetti diffusi, da parte di collettività unitariamente considerate, anche la titolarità di interessi individuali, da parte dei singoli coinvolti dal procedimento stesso. In questi casi il titolare di ogni singolo diritto soggettivo inviolabile leso ha azione per la sua tutela. Da ciò consegue che, mentre la lesione di un proprio diritto soggettivo inviolabile può essere fatta valere nell'ambito del rapporto di impiego anche in via di autotutela, allorché tale lesione del diritto soggettivo è esclusa, non può invece essere fatta valere, come causa giustificante, la lesione di un interesse diffuso.

Nel caso di specie, dunque, poiché la Sezione disciplinare ha affermato la responsabilità del ricorrente solo in relazione ai disservizi verificatisi per il rifiuto di tenere udienze in stanze o aule prive del crocifisso, e quindi in situazioni che - secondo l'accertamento fattuale della Sezione - non potevano comportare la lesione del suo diritto di libertà religiosa, di coscienza o di opinione, non può intentare causa giustificante di tale rifiuto la pretesa tutela della laicità dello Stato o dei diritti di libertà religiosa degli altri soggetti che si trovavano nelle altre aule di giustizia della Nazione, in cui il crocifisso era esposto.

Infine, appare infondata anche la censura secondo cui il rifiuto del ricorrente di tenere udienza poteva ritenersi giustificato dalla mancata autorizzazione ad esporre nelle aule giudiziarie la menorah, simbolo della religione ebraica. Per poter accogliere tale pretesa è infatti necessaria una scelta discrezionale del legislatore, che allo stato non sussiste. È vero infatti che sul piano teorico il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l'alto (laicità per addizione) che consenta ad ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione). Tale scelta legislativa, però, presuppone che siano valutati una pluralità di profili, primi tra tutti la praticabilità concreta ed il bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa da parte degli utenti di un luogo pubblico con l'analogo esercizio della libertà religiosa negativa da parte dell'ateo o del non credente, nonché il bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili **Sentenza 6 luglio 2011, n. 14839**

Difetto di giurisdizione giudice italiano – Azione risarcitoria promossa contro un giudice ecclesiastico – Comportamento processuale – Assenza di rilevanza penale

Il giudice italiano difetta di giurisdizione rispetto ad una azione risarcitoria promossa da un cittadino nei confronti del giudice ecclesiastico per supposti comportamenti, non penalmente rilevanti, produttivi di danno che quest'ultimo avrebbe tenuto nel processo canonico per la dichiarazione di nullità di un matrimonio che sia stato celebrato a norma dell'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121.

Fonte: www.dirittoeprocesso.com

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili **Sentenza 1 agosto 2011, n. 16847**

Giurisdizione del giudice italiano – Enti ecclesiastici – Enti centrali della Chiesa cattolica – Enti gestiti direttamente dalla Santa Sede – Istituti ecclesiastici di educazione ed istruzione

L'immunità di giurisdizione prevista dall'art. 11 del Trattato Lateranense a favore degli enti centrali della Chiesa cattolica non si estende agli istituti ecclesiastici di educazione e di istruzione (nel caso di specie, un Collegio Ecclesiastico della Santa Sede, annoverato nell'Annuario Pontificio tra gli Istituti Ecclesiastici di Educazione ed Istruzione che svolgono la propria funzione istituzionale di seminario e collegio per candidati al sacerdozio). La funzione da essi svolta in concreto non appare, infatti, compatibile con la nozione di enti centrali della Chiesa, che è riferita all'organizzazione centrale del governo della Comunità ecclesiale, cui appartengono le istituzioni e gli uffici della Curia romana.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile Sentenza 10 giugno 2011, n. 12738

Nullità matrimonio canonico – Delibazione sentenza ecclesiastica – Condizione futura – Scelta della residenza coniugale – Conoscibilità

La tutela di interessi riguardanti la costituzione di un rapporto - quello matrimoniale - oggetto di rilievo e tutela costituzionale, in quanto incidente in maniera particolare sulla vita della persona e su istituti e rapporti costituzionalmente rilevanti” (Cass. n. 3339/2003), impongono alla Corte d’appello di verificare, rendendone conto con adeguata motivazione, se il coniuge che abbia apposto la condizione al matrimonio, abbia anche reso partecipe l’altro coniuge del suo contenuto effettivo, se cioè - nel caso di specie - egli volendo effettivamente subordinare il vincolo matrimoniale ed il suo mantenimento alla fissazione della residenza coniugale nel luogo da lui prescelto, abbia espresso questa sua precisa volontà alla moglie, o quanto meno le abbia consentito la percezione di tale riserva con fatti concludenti, dai quali fosse univocamente desumibile con ordinaria diligenza.

Fonte: www.massimario.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile Sentenza 16 giugno 2011, n. 13240

Nullità matrimonio canonico – Delibazione sentenza ecclesiastica – Autonomia del giudice italiano circa l’accertamento della conoscenza e della conoscibilità della riserva mentale – Rilevanza probatoria degli atti del processo canonico

Pur tenendo conto “del favore particolare al riconoscimento che lo Stato italiano s’è imposto con il protocollo addizionale del 18 febbraio 1984, modificativo del Concordato” (S.U. n. 19809/2008), il giudice interno, cui sono inibiti riesame del merito ed assunzione di ulteriore istruttoria in ordine alla sussistenza della riserva mentale, ha però il potere d’accertarne in piena autonomia la conoscenza o l’oggettiva conoscibilità da parte di un coniuge, sulla base degli atti del processo canonico eventualmente prodotti (per tutte Cass. n. 3339/2003). Il corollario esclude il giudicato formatosi in sede ecclesiastica in ordine al menzionato requisito.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 22 agosto 2011, n. 17465

**Nullità matrimonio canonico – Delibazione sentenza ecclesiastica
– Induzione al matrimonio – Esclusione dei bona matrimonii – Co-
noscibilità**

La sentenza ecclesiastica che abbia pronunciato la nullità del matrimonio per esclusione, da parte di uno dei coniugi, dei bona matrimonii è delibabile purché tale divergenza tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge o da questo conosciuta o comunque conoscibile con ordinaria diligenza. Nel caso di specie, il fidanzamento interrotto da una relazione con altra donna, i tratti caratteriali del coniuge sensibile al fascino di altre donne e alieno da legami stabili e duraturi, l'induzione al matrimonio per intervenuta gravidanza e la convinzione, espressa in varie sedi, che vi sarebbe stata comunque la possibilità di divorzio, sono apparsi elementi idonei a ritenere insussistente la violazione del principio dell'affidamento incolpevole.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro Sentenza 19 agosto 2011, n. 17399

Dipendenti enti ecclesiastici – Enti ecclesiastici – Lavoro – Turismo religioso – Applicabilità C.C.N.L. per dipendenti aziende alberghiere

Una comunità religiosa può svolgere, accanto all'attività principale di religione o di culto, anche altra attività, meramente accessoria, ma non sporadica od occasionale di tipo alberghiero, richiedente pertanto l'impiego di personale per esigenze e necessità organizzative tipiche di tale tipologie di strutture.

Questa ipotesi si verifica in particolare laddove essa, oltre ad offrire - in via principale - stabile permanenza ai soggetti appartenenti alla comunità, consenta anche - in via accessoria - temporaneo soggiorno ad ospiti laici e religiosi estranei alla comunità tenuti per l'accoglienza al pagamento di un corrispettivo. Il fine spirituale o comunque altruistico perseguito dall'ente religioso non pregiudica, infatti, l'attribuzione del carattere dell'imprenditorialità dei servizi resi, ove la prestazione sia oggettivamente organizzata in modo che essa sia resa previo compenso adeguato al costo del servizio, dato che il requisito dello scopo di lucro assume rilievo meramente oggettivo ed è quindi collegato alle modalità dello svolgimento dell'attività (Cass. 31 marzo 2009, n. 7770; Cass. 12 ottobre 1995, n. 10636; Cass. 19 dicembre 1990, n. 12390).

Pertanto, deve essere qualificata come commerciale un'attività di gestione di una struttura alberghiera da parte di ente assistenziale, sia pure svolta in modo da non eccedere i costi relativi alla produzione del servizio, dal momento che, ai fini della valutazione del carattere imprenditoriale di un'attività economica, organizzata per la produzione o lo scambio di beni o servizi, rimangono giuridicamente irrilevanti sia il perseguimento di uno scopo di lucro - che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività (Cass. 29 febbraio 2008; Cass. 34 giugno 1994, n. 5766; Cass. 23 aprile 2004, n. 7725) - sia il fatto che i proventi della attività siano poi destinati alle iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente (Cass. 17 febbraio 2010, n. 3733). Nelle suddette ipotesi, infatti, il carattere imprenditoriale dell'attività "collaterale" va escluso soltanto nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti (Cass. 14 giugno 1994, n. 5766; Cass. 23 aprile 2004, n. 7725). Di qui, nel caso di specie, posto che le mansioni svolte dal ricorrente riguardavano precipuamente esigenze proprie della suddetta attività accessoria (attività di portierato), l'inapplicabilità del c.c.n.l. per i lavoratori domestici, e la conseguente parametrizzazione della retribuzione secondo il c.c.n.l. per i dipendenti delle aziende alberghiere.

Fonti: www.olir.it

Tribunale Civile di Padova

Ordinanza 30 luglio 2010

Insegnamento religione cattolica – Previsione di attività alternative – Pluralismo confessionale – Comportamento discriminatorio – Danno non patrimoniale

Sussiste l'obbligo delle autorità scolastiche ad attivare insegnamenti alternativi rivolti a chi non intenda avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica. Questo in virtù del principio affermato nell'Accordo tra Santa Sede e Repubblica Italiana del 18.02.1984 (Concordato Lateranense), secondo cui la scelta se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali non può dar luogo ad alcuna forma di discriminazione. Pertanto, stante l'obbligo e non la discrezionalità per gli istituti scolastici di attivare gli insegnamenti alternativi a quello della religione cattolica, il mancato adempimento determina a danno degli interessati una discriminazione indiretta fondata sul credo religioso, in violazione dell'art. 43 del d.lgs. n. 286/98 (divieto di discriminazioni) - norma che sebbene collocata entro il T.U. immigrazione, si applica anche quando la parte lesa sia un cittadino italiano o dell'Unione europea (art 43 comma 3) - nonché dei d.lgs n. 215 e 216/2003 relativi al recepimento delle direttive europee contro le discriminazioni fondate rispettivamente sull'appartenenza etnico-razziale e, tra l'altro, sul credo religioso.

Fonte: www.asgi.it

Tribunale Civile di Latina – Sez. di Gaeta Sentenza 25 marzo 2011

Istituto Diocesano per il sostentamento del Clero – Compravendita – Livelli ecclesiastici

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 titolo costitutivo del proprio diritto preteso 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.

Sentenza inedita reperita dal Notaio Prof. Antonio Fuccillo

Tribunale Civile di Latina
Sezione distaccata di Gaeta
Il Giudice istruttore in funzione di Giudice unico Dott.ssa Maria Teresa Onorato,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

Nella causa iscritta al n.926/2009, decisa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c.
all'udienza del 25 marzo 2011 I.E., (...)

Attrice

Contro

Istituto Diocesano per il sostentamento del Clero della Diocesi di Gaeta (...)
Convenuto

Conclusiones: come da verbale dell'udienza di discussione
che si ha per integralmente trascritto.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato, Irace Elisa esponeva di avere acquistato da Irace Edoardo con atto per notar Negro rep. N. 36026, racc. n. 3724, al prezzo di L. 5.000.000 l'appezzamento di terreno denominato "Pantano" con sovrastante fabbricato rurale sito in agro di Castelforte, frazione di Suio, (...). Riferiva che dalla certificazione catastale storica, sulle particelle catastali che compongono detto fondo risulta un livello in favore della Mensa Arcivescovile di Gaeta, cui è ora succeduto l'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero di Gaeta. Assumeva che di detto livello, nondimeno, non vi è alcuna menzione nelle trascrizioni ed iscrizioni dei RR.II. e che né l'istante, né i suoi danti causa hanno mai corrisposto canoni od eseguito altre prestazioni in favore dell'Ente ecclesiastico. Rammentato, infine, che la legge 22 luglio 1966, n. 607 consente comunque l'affrancazione dei fondi gravati da canoni, censi, rendite di ogni tipo, tramite il pagamento di una somma pari a quindici volte il reddito dominicale, concludeva come segue "accertare e dichiarare l'inesistenza giuridica ovvero l'inopponibilità all'attrice del livello di cui in premessa in quanto

lo stesso non è previsto dal codice civile né da leggi speciali ed in quanto esso non risulta trascritto, come prescritto dalla legge per qualsiasi diritto reale, nei registri immobiliari. In subordine.... dichiararne l'estinzione in quanto esso non è mai stato esercitato nei confronti della Irace e del suo dante causa e, comunque, non è mai stato esercitato nel corso dell'ultimo ventennio. Solo in via ulteriormente gravata, accertare e dichiarare il diritto dell'attrice ad affrancare il terreno indicato in premessa fissando il capitale d'affranco a norma dell'art. 1 legge 22 luglio 1966, n. 607.

Si costituiva l'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero di Gaeta sostenendo che i beni immobili indicati in citazione risultano gravati da livello in favore della Mensa Archievoscovile, assimilabili all'enfiteusi disciplinata, oltre che dalla legge 607/1966, dagli artt. 957 e ss.c.c., giusta visure catastali e note di trascrizione della Conservatoria dei RR.II. di Latina nn. 14386/21701 del 13/12/1988 e nn. 1638/6352 del 07/04/1989. Quanto alla subordinata domanda di declaratoria di estinzione del diritto del concedente per non uso, evidenziava la prescrittibilità, al più, del diritto del livellario e l'irrelevanza dell'omesso pagamento del canone, inutile a dimostrare finanche l'intervento possessionis di talché il livellario resta pur sempre un detentore qualificato. Stante l'imprescrittibilità del dominio diretto, spiegava domanda riconvenzionale per il pagamento dei canoni scaduti e non corrisposti o, almeno, delle ultime cinque annualità.

In relazione alla subordinata domanda di determinazione del capitale d'affranco, invocava l'applicazione del periodico criterio di aggiornamento tramite criteri di maggiorazione idonei a mantenerne adeguata la misura alla effettiva realtà economica ed impedire una ablazione gratuita del diritto del concedente, per cui invocava la nomina di un consulente. Per l'effetto, concludeva come segue: "Respingere le avverse domande di declaratoria di inesistenza giuridica/inopponibilità all'attrice e di estinzione del livello *rectius* del diritto del Concedente) siccome infondate in fatto ed in diritto e non provate; disporre l'affrancazione dei beni per cui è causa dal livello su di essi gravanti in favore dell'Istituto concludente previa determinazione del relativo capitale di affranco con le modalità ed i criteri *ut supra* indicati, anche a mezzo di idonea CTU; in via riconvenzionale, condannare l'attrice al pagamento in favore dell'Istituto convenuto dei canoni dovuti e non corrisposti relativi all'ultimo quinquennio antecedente l'introduzione del presente giudizio; condannare l'attrice alla refusione delle spese, competenze ed onorari del giudizio".

Concessi i termini di cui all'art. 183 VI comma c.p.c., era fissata udienza per la decisione con le modalità di cui all'art. 281 *sexies* c.p.c., concedendo un termine per il deposito delle note illustrative finali.

All'udienza odierna, sulle conclusioni delle parti costituite, il Giudice decideva la lite come da pronuncia allegata a verbale d'udienza della quale era data lettura.

Motivi della decisione

1.- Preliminarmente va dichiarata corretta la vocatio in *ius* dell'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero di Gaeta, intestatario catastale del bene, in quanto ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, legittimato al giudizio quanto ai beni pervenutigli in forza della legge 20 maggio 1985, n.222. L'Ente, invero, è subentrato nella titolarità del patrimonio spettante al beneficio ecclesiastico ai sensi dell'art. 22 della citata legge che, nell'erigere gli Istituti Diocesani di Sostentamento del Clero, ha contestualmente estinto la mensa vescovile, i benefici capitolari, parrocchiali, vicariali curati o comunque denominati, con successione *ex lege* quanto ai loro patrimoni (ex art. 31), mentre le trascrizioni e le volture catastali relative ai trasferimenti previsti dagli art. 28 e 30 sono avvenute sulla base dei decreti ministeriali, senza necessità di

ulteriori atti o documentazioni. Del resto, la corretta individuazione del legittimato passivo all'azione è avvenuta ad opera della medesima parte attrice che ha costituito il contraddittorio.

2.- Nel merito, la domanda di accertamento negativo del diritto reale del concedente in capo all'I.S.D.C. va accolta, per quanto di seguito si espone. Si premette che, vertendosi in tema di actio negatoria, in punto di prova, alla parte attrice spetta esclusivamente di dimostrare la piena proprietà del cespite ritenuto esente da gravami, mentre parte convenuta deve offrire la prova tranquillizzante della titolarità del diritto reale preteso, vigendo diversamente, stante il conforto dei titoli prodotti, la presunzione iuris tantum della libertà del bene da ogni vincolo. Ebbene, parte attrice ha proposto, con l'atto introduttivo del giudizio, preliminarmente domanda per l'accertamento dell'inesistenza del diritto del quale – effettivamente – alcuna indicazione sussiste all'ispezione ipocatastale condotta sulle particelle a lei pervenute con atto per notar Negro del 18/06/1974, rep. n. 36026, racc. n. 3724, in cui il “livello” è menzionato esclusivamente quanto alla indicazione catastale dei beni trasferiti in piena proprietà. Anche all'esito di visura aggiornata, il livello non compare, mentre esso appare esclusivamente alla visura catastale storica.

2.1.- È noto come il catasto non sia affatto probatorio della proprietà, principio naturalmente estensibile al dominio eminente ed ai diritti del concedente (“Poiché il catasto è preordinato ai fini essenzialmente fiscali, il diritto di proprietà, al pari degli altri diritti reali, non può – in assenza di altri e più qualificanti elementi ed in considerazione del rigore formale prescritto per tali diritti – essere provato in base alla mera annotazione di dati nei registri catastali, che hanno in concrete circostanze soltanto il valore di semplici indizi”, Cassazione civile, sez. II, 24/08.1991, n.9096).

2.2.- Alcune visure ipocatastali ed ispezione delle risultanze dei RR.II. comprova l'esistenza del diritto del concedente, né è stato individuato l'atto costitutivo (contratto, testamento, atto amministrativo), della cui esistenza parte attrice ha dubitato, ritenendolo retaggio del passato preunitario, evidentemente cessato con la creazione del Regno d'Italia, in al modo non alleviando l'onere probatorio che grava sulla controparte. La nota di trascrizione in favore dell'attrice del 01/07/1974, n.r.g. 10211, n.r.p. 8952, riporta la proprietà esclusiva in capo a Irace Elisa ed omette ogni riferimento al livello, indicato solo catastalmente nel rogito (anche qui in difetto di riferimento al titolo costitutivo la qual cosa, oltre a rendere ininfluenza la possibile obiezione per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*).

Né offrono elementi contrari specifici quanto alle proprietà indicate nel rogito per notar Negro le due note di trascrizione nn. 14386/21701 del 13/12/1988 e nn. 4638/6352 del 07/04/1989 richiamate in comparsa che attengono esclusivamente la successione *ex lege* di cui si è detto al paragrafo sub 1. La loro genericità e la evidente non conformità agli artt. 2659, 2660 e 2826 c.c. Non dà la prova del diritto qui contestato, nulla conoscendosi del soggetto contro cui la trascrizione è presa, né degli immobili cui la detta è riferibile. Per altro, le due note suddette non hanno corrispondenza nell'ispezione ipotecaria prodotta dall'attrice e curata dall'Agazia Romano.

2.3.- Nel rogito per notar Negro, dell'anno 1974, si legge che l'immobile è ceduto in proprietà, solamente nella indicazione catastale essendo stato riferito il livello, neppure riportato nell'art. 2 quanto ai titoli di provenienza. Al punto 4 del rogito, invero, si specifica, ulteriormente, che il venditore ha garantito la proprietà e la disponibilità

dell'immobile venduto, nonché la sua libertà da vincoli, pesi ed oneri di qualsiasi natura, affermazione che non risulta contraddetta da alcun atto di ricognizione da parte del presunto concedente, ai sensi dell'art. 969 c.c. Solo simile atto, avente natura confessoria quanto all'enfiteuta, a norma dell'art. 2720 c.c., avrebbe potuto esplicitare efficacia probatoria quanto ai fatti produttivi di situazioni o rapporti giuridici sfavorevoli al titolare del dominio utile. In sua assenza, invero, nulla comprova l'esistenza del diritto di proprietà o di altro diritto reale in capo al convenuto.

3.- Ad ogni modo, lo statuto proprietario qualche consacrato nel rogito per notar Negro e nella conforme nota di trascrizione trova certa corrispondenza nella inopponibilità alla Irace delle note di trascrizione prodotte dall'odierno convenuto (generiche e comunque antecedenti il ventennio, l'ultima delle quali risalendo al 1989); nella mancata ricognizione del diritto dal presunto concedente; nella omessa indicazione del suo titolo costitutivo; nella omessa richiesta dei canoni per relevantissimo periodo temporale (non essendo stata neppure contestata l'affermazione per la quale essi non sono stati corrisposti neppure dai remoti danti causa dell'attrice, con quanto consegue ai sensi del II comma dell'art. 115 c.p.c.). Tutto ciò ha determinato il conseguimento della proprietà piena in capo a I.E. anche per effetto del decorso del ventennio utile ai sensi dell'art. 1158 c.c. (ove non si voglia applicare la disposizione dell'art. 1159 o dell'art. 1159 bis c.c., pure astrattamente invocabili). Invero l'usucapione compiutosi all'esito di possesso ventennale (volendo – per ipotesi assolutamente scolastica – ritenere l'attrice priva di valido titolo trascritto quanto al livello) estingue i gravami del caso esistenti se non per effetto del discusso istituto della usucapio libertatis, per conseguenza dell'efficacia retroattiva dell'usucapione stessa.

4.- Assorbite, allora, le ulteriori domande di affrancazione e riconvenzionale, quest'ultima incompatibile con la domanda attorea, va accertata e dichiarata l'inesistenza giuridica ovvero l'inopponibilità all'attrice del livello di cui in premessa in quanto lo stesso non è previsto né dal codice civile né da leggi speciali ed in quanto esso non risulta trascritto, come prescritto dalla legge per qualsiasi diritto reale, nei registri immobiliari.

5.- La novità della questione e la qualità stessa delle parti suggerisce di compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio, concorrendo giustificati motivi in tal senso.

P.Q.M.

Il Giudice Unico, definitivamente pronunciando sulla domanda promossa da I.E. avverso l'Istituto Diocesano per il sostentamento del Clero, ogni altra istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

-- accoglie la domanda e per l'effetto dichiara la proprietà piena in capo a I.E. dell'appezzamento di terreno denominato "Pantano" con sovrastante fabbricato rurale sito in agro di Castelforte, frazione di Suio, (...), salvi altri e diversi confini e dichiara l'inesistenza giuridica ovvero l'inopportunità all'attrice del livello riportato solo catastalmente;

-- assorbe la domanda di affrancazione;

-- respinge la domanda riconvenzionale;

-- compensa tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Gaeta in data 25 marzo 2011.

Tribunale Civile di Roma

Sentenza 11 aprile 2011

Diritto di asilo – Persecuzioni – Fede cattolica – Protezione internazionale – Permesso di soggiorno – Motivi umanitari

Il rischio di essere sottoposto a persecuzioni per motivi religiosi nel proprio Paese di origine costituisce giustificato motivo per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Fonte: www.olir.it

Tribunale Civile di Piacenza

Decreto 05 maggio 2011

Matrimonio degli stranieri in Italia – Mancato rilascio del nulla osta per motivi religiosi – Disparità di culto – Libertà matrimoniale

L'ufficiale dello stato civile può procedere alle pubblicazioni anche in assenza del nulla osta previsto dall'art. 116 c.c. per il matrimonio dello straniero, qualora il mancato rilascio risulti ingiustificato o sia determinato da motivi religiosi (mancata adesione di un nubendo alla religione dell'altro: nel caso di specie, mancata conversione alla fede musulmana del nubendo cittadino italiano) e costituisca perciò un'arbitraria o discriminatoria preclusione del diritto di contrarre matrimonio.

Fonte: www.olir.it

Tribunale Civile di Roma

Ordinanza 09 maggio 2011

Parrocchia – Immissioni sonore – Condizioni dei luoghi – Normale tollerabilità

L'immissione, di qualunque natura essa sia, assume connotato illecito laddove essa travalichi la "normale tollerabilità" (art. 844 c.c.) . In particolare, detto giudizio di tollerabilità deve elaborarsi tenendo in considerazione la "condizione dei luoghi" e comparando le contrapposte esigenze, riferibili alla causa del fatto immissivo e a colui che le subisce. (Nel caso di specie, la pretesa dei ricorrenti, volta in via cautelare d'urgenza all'adozione di un provvedimento di interdizione dell'utilizzo parziale degli impianti sportivi della Parrocchia è apparsa accoglibile laddove temporalmente circoscritta). Deve, inoltre, rilevarsi che la vicinanza tra le strutture parrocchiali e i vicini immobili adibiti ad abitazione e l'orario mattutino dello scampanio sono circostanze valorizzabili per inferire una valenza immissiva del conseguente suono che, in ragione della sua protrazione, può travalicare la tollerabilità. Nel caso di specie, le concorrenti esigenze, di tranquillità dei ricorrenti e di richiamo della parrocchia (estrinsecazione, quest'ultima, del diritto all'esercizio del culto, assistito da garanzia sia costituzionale (art. 7) che legislativa, espressa, quest'ultima, dall'art. 2 della legge 25.03.1985 n. 121, recante le modifiche al Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929) sono contemperabili ed entrambe perseguibili in sede cautelare restringendo temporalmente lo scampanio delle ore 7,00 entro i venti secondi di rintocchi.

Fonte: www.olir.it

Presentazione

La sezione di 'Giurisprudenza e legislazione internazionale' di questo numero della Rivista riporta, per quanto riguarda la legislazione, le nuove disposizioni turche sulla restituzione alle minoranze religiose dei famosi beni confiscati; per quanto riguarda la giurisprudenza, *in secundis*, si annoverano sentenze tedesche sulla non licenziabilità nelle imprese di tendenza, sull'utilizzabilità delle immagini del Papa per la propaganda politica, sulla macellazione islamica; sentenze francesi sulle pensioni di reversibilità indispensabilmente legate al matrimonio, sull'apertura domenicale dei negozi, sul finanziamento indiretto ai culti, sulla differenza fra 'insegnamento religioso' ed 'indottrinamento religioso', sui simboli religiosi indossati nei luoghi di lavoro privati; una sentenza del *Tribunal constitucional* peruviano, sui simboli religiosi nei luoghi pubblici e sulla laicità dello Stato; sentenze della CEDU sull'obiezione di coscienza al servizio militare, sull'educazione della prole, sul divieto d'erigere minareti, sulla tassazione dei culti.

Legislazione

TURCHIA

Decreto sulla restituzione alle minoranze religiose dei beni confiscati, KHK/651, pubblicato sulla Resmî Gazete n. 28038, del 27 agosto 2011.

Nell'ambito d'un 'decreto omnibus', l'articolo che riguarda il (parziale) ritorno allo *status quo* del 1936 è il n. 17:

MADDE 17 – 5737 sayılı Kanuna a a ıdaki geçici madde eklenmi tir.

“GEÇ C MADDE 11 – Cemaat vakıflarının;

a) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup malik hanesi açık olan ta inmazları,
b) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamula tırma, satı ve trampa dı ındaki nedenlerle Hazine, Vakıflar Genel Müdürlü ü, belediye ve il özel idaresi adına kayıtlı ta inmazları,

c) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamu kurumları adına tescilli olan mezarlıkları ve çe meleri,

tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu maddenin yürürlü e girdi i tarihten itibaren oniki ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescil edilir.

Cemaat vakıfları tarafından satın alınmı veya cemaat vakıflarına vasiyet edildi i veya ba ı landı ı halde, mal edinememe gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kayıt edilen ta inmazlardan üçüncü ahışlar adına kayıtlı olanların Maliye Bakanlığı inca tespit edilen rayiç de eri Hazine veya Genel Müdürlük tarafından ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ili kin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”

Esso modifica l'art. 11 della legge del 2008 sulle Fondazioni.

Il precedente articolo 11 prescriveva che il valore di mercato delle proprietà acquistate da Fondazioni religiose o lasciate in eredità o donate loro, ma che fossero state assegnate al Tesoro, alla Direzione Generale per le Fondazioni, oppure alle Amministrazioni Provinciali Speciali, sarebbero state valutate e che il pagamento sarebbe stato fatto alla rispettiva Fondazione dal Tesoro o dalla Direzione Generale. Questo si sarebbe fatto anche per le proprietà trasferite a terze parti, e l'articolo stabiliva che successive disposizioni avrebbero precisato le procedure per l'applicazione di queste norme.

Il nuovo articolo 11, invece, dice che le proprietà immobiliari potranno venir restituite dietro presentazione d'apposita istanza entro dodici mesi dall'entrata in vigore della normativa.

Giurisprudenza

GERMANIA

Bundesarbeitsgericht, 8 settembre 2011, n. 2 AZR 543/10 (Imprese di tendenza – diritto del lavoro)

Un primario d'un ospedale cattolico viene licenziato per essersi risposato solo civilmente. La direzione dell'ospedale invoca il diritto costituzionalmente garantito alle confessioni religiose d'organizzarsi secondo proprie normative, il che presuppone da parte dei loro dipendenti un obbligo di fedeltà verso i principî fondamentali della confessione religiosa interessata, la cui violazione giustifica senz'altro il licenziamento. Il BAG conferma e ribadisce quest'orientamento, peraltro costante nella giurisprudenza tedesca, tuttavia ritiene non sia applicabile nel caso *de quo*, giacché l'ospedale cattolico aveva esso stesso disatteso questi principî, assumendo negli anni precedenti medici non cattolici sia divorziati e risposati, sia semplicemente conviventi. Se dunque l'ospedale per primo ha soprasseduto in quei casi al rispetto dei principî cattolici, ciò significa che ritiene la loro osservanza non essenziale, e dunque non può oggi invocarne la violazione per giustificare un licenziamento.

Verwaltungsgericht di Berlino, sentenza del 30 agosto 2011, n. VG 1 L 285.11 (Neutralità religiosa – Papa – partiti politici)

I partiti politici in Germania, ma soprattutto secondo la Costituzione del Land di Berlino, devono obbligatoriamente essere neutrali dal punto di vista religioso. Proprio per questo loro universalismo la città mette loro a disposizione pannelli pubblicitari di 9 mq ai principali incroci stradali. Non è perciò permesso ad un partito politico utilizzare immagini del Papa e della sua imminente visita in Germania a scopo di propaganda politica.

BayVerwG, sentenza n. 9 BV 09.2892, del 22 luglio 2011 (Islam – macellazione islamica)

Alla macellazione islamica si applica la protezione della libertà religiosa costituzionalmente garantita, sicché un macellaio islamico può svolgere il proprio lavoro violando anche senza specifica ed apposita autorizzazione la legge sulla protezione degli animali.

FRANCIA

Conseil Constitutionnel, sentenza n. 2011-155, del 29 luglio 2011 (libertà di coscienza – matrimonio)

Non viola la libertà di coscienza garantita dalla Costituzione francese la legislazione sulle pensioni di reversibilità, che ne prevede la concessione solo alla parte superstite di una coppia coniugata, mentre la nega nel caso in cui vi fosse stata una semplice convivenza, ancorché di lunghissima data.

Conseil Constitutionnel, sentenza 2011-157, del 5 agosto 2011 (laicità dello Stato – apertura domenicale dei negozi)

Non viola il principio d'eguaglianza, né quello di laicità dello Stato, la normativa che vieta, in Alsazia e Lorena, nei dipartimenti dell'Alto Reno, del Basso Reno e della Mosella, l'apertura domenicale dei negozi, a nulla rilevando che all'origine dell'introduzione di questo divieto vi sia il rispetto per la festività domenicale cattolica.

Conseil d'État, n. 308544, del 19 luglio 2011 (legge del 1905 di separazione – finanziamento culti)

La legge del 1905 non impedisce che una collettività territoriale partecipi al finanziamento d'un bene destinato ad un luogo di culto (qui: un nuovo organo per la chiesa comunale), laddove ciò fosse giustificato dall'esistenza d'un interesse locale.

Conseil d'État, n. 308817, del 19 luglio 2011 (legge del 1905 di separazione – finanziamento culti)

La legge del 1905 non vieta alle municipalità di valorizzare i monumenti d'attrazione turistica presenti sul loro territorio, anche se si trattasse di edifici di culto, ed anche se l'opera di valorizzazione (qui: un ascensore che permettesse anche alle persone disabili d'accedere ad una basilica) tornasse a vantaggio dell'edificio di culto.

Conseil d'État, n. 309161, del 19 luglio 2011 (legge del 1905 di separazione – finanziamento culti)

Lo stanziamento di fondi pubblici a favore della risistemazione d'un macello locale, essenzialmente ma non esclusivamente destinato ad essere utilizzato per la macellazione rituale islamica, non viola la legge del 1905, essendo prevalente il principio d'ordine pubblico della tutela della sanità pubblica e delle normative igienico-sanitarie, ed a condizione che l'opera così migliorata sia poi accessibile a tutti, senza preferenze per un dato culto.

Corte d'Appello di Bordeaux, VIa chambre civile, n. 10/06281, del 14 giugno 2011 (affidamento prole – insegnamento religioso – indottrinamento religioso)

Coniugi divorziati, figlio assegnato in affidamento congiunto. La madre chiede l'affidamento esclusivo del figlio, asserendo sia negativa l'influenza su di lui esercitata dal padre, che – come avvalorato da varie testimonianze – non gli parla d'altro che della propria religione e del proprio Dio, e contesta l'insegnamento scolastico bollando come 'sciocchezze' l'insegnamento della preistoria e dei dinosauri. La Corte accoglie l'istanza, distinguendo fra insegnamento religioso ed indottrinamento religioso, che – quest'ultimo – può essere ansiogeno e nocivo alla salute.

HCI (Haut Conseil à l'intégration), parere dell'11 settembre 2011 (abbigliamento sui luoghi di lavoro privati – simboli religiosi)

L'HCI, nell'ambito della missione affidatagli dal Presidente della Repubblica nel 2010, sull'applicazione del principio di *laïcité* in Francia, massime sul tema "espressione religiosa e laicità nell'impresa", ha presentato un rapporto nel quale certo ribadisce che le imprese private debbano rispettare la libertà di coscienza dei propri dipendenti, ma debbono anche garantire un ambiente di lavoro religiosamente neutro, sicché l'HCI raccomanda caldamente modifiche legislative alla normativa sul lavoro che permettano alle imprese d'inserire nei propri regolamenti interni disposizioni che regolamentino l'abbigliamento ed simboli religiosi indossati, nonché le pratiche religiose in azienda.

PERÙ

Tribunal Constitucional, sentenza n. 0P5416-2009-PA/TC, del 27 giugno 2011 (simboli religiosi nei luoghi pubblici – laicità dello Stato – Chiesa cattolica)

Il ricorrente chiede la rimozione dalle aule giudiziarie dei simboli della religione cattolica come la Bibbia ed il crocifisso, invocando violazione della libertà religiosa *ex art. 2 comma 3* della Costituzione peruviana (“Tutti hanno diritto alla libertà di coscienza e di religione, in forma individuale od associata: Non vi saranno persecuzioni contro idee o credenze religiose. Non vi sono delitti d’opinione. L’esercizio pubblico di tutte le confessioni è libero, sempreché non offenda la morale o l’ordine pubblico”), e violazione del principio di non discriminazione, *ex articolo 2 comma 2* (“Tutti hanno diritto... ad essere uguali dinanzi alla legge. Nessuno può esser discriminato per motivi di ... religione”), e violazione del principio di laicità dello Stato, *ex art. 50* (“Nell’ambito d’un regime d’indipendenza ed autonomia, lo Stato riconosce la Chiesa cattolica come elemento importante nella formazione storica, culturale e morale del Perù, e le presta collaborazione. Lo Stato rispetta le altre confessioni religiose e può stabilire con esse forme di collaborazione”).

L’istanza viene respinta dal Tribunal Constitucional, sulla base d’una serie d’argomentazioni:

I) il diritto fondamentale alla libertà religiosa, secondo la Corte Interamericana per i Diritti Umani, è uno dei pilastri della società democratica, e permette alle persone di conservare, cambiare, professare o diffondere la propria religione o le proprie credenze con assoluta libertà (*affaire ‘Olmedo Bustos vs. Cile’, 5 febbraio 2001, n. 79*), il che implica il diritto a non essere obbligati ad agire contro le proprie convinzioni, cosa che la presenza d’un simbolo religioso non obbliga a fare;

II) la laicità dello Stato implica che lo Stato non aderisca a nessun credo religioso in particolare, ma il Perù riconosce la Chiesa cattolica come elemento integrante del suo processo di formazione storica, culturale e morale: dalla lettura sistemica della Costituzione peruviana emerge chiaramente che lo Stato distingue gli elementi temporali da quelli spirituali, affermando che la fede religiosa e la morale sono regolate esclusivamente dalla coscienza personale. Però non può essere sottovalutato il fatto che la religione cattolica è stata ed è la fede tradizionale del popolo peruviano, e per varie ragioni permea il concetto stesso di nazione. Perciò si può affermare che la presenza di simboli religiosi come il crocifisso o la Bibbia è frequentissima in molti luoghi pubblici, comprese le aule giudiziarie, ma non essi violano né la libertà religiosa né la laicità dello Stato, essendo simboli delle radici storiche del Perù.

Ne discende che se in una chiesa un crocifisso ha un significato religioso, in un luogo pubblico esso ha un valore culturale, legato alla storia del Paese, alla sua cultura od alle sue tradizioni. In questo contesto, il fatto che lo Stato conservi questi simboli nei luoghi pubblici non significa che abbandoni la propria condizione di Stato laico, esattamente nel senso indicato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza ‘Marsch vs. Chambers’ (463 US 783 [1983]), con la quale essa ha riconosciuto la costituzionalità del fatto che all’apertura delle sessioni parlamentari parli un cappellano retribuito con fondi pubblici, dato che ciò vien fatto ininterrottamente da più

di 200 anni, e tale pratica è ormai entrata a far parte del patrimonio storico-sociale statunitense. Invocare la guida divina in un organo pubblico incaricato di fare le leggi non significa l'instaurazione d'una religione ufficiale, ma è semplicemente un riconoscimento tollerabile delle convinzioni religiose ampiamente sentite dal popolo di quel Paese.

La laicità dello Stato è incompatibile con uno Stato che si consideri difensore o protettore d'una determinata confessione, e lo è parimenti con uno Stato che promuova l'ateismo o l'agnosticismo o l'eliminazioni dall'ambito pubblico d'ogni espressione d'origine religiosa. L'incompetenza dello Stato verso la fede e la pratica religiosa non significa la promozione dell'ateismo, né dell'ateismo con l'eliminazione dei simboli religiosi dalla sfera pubblica, né l'imposizione d'una ideologia antireligiosa.

Corte Europea per i Diritti dell'Uomo

Grande Chambre, affaire 'Bayatyan vs. Armenia',

n. 23459/03, sentenza del 7 luglio 2011

(Testimoni di Geova – libertà di coscienza – servizio militare)

Il ricorrente, testimone di Geova, chiamato nel 2001 sotto le armi, segnala alla competente Autorità militare il fatto di non poter svolgere, per motivi religiosi, il servizio militare, dichiarandosi però al contempo disposto a prestare servizio civile alternativo. L'Armenia, però, all'epoca non aveva ancora una legge che prevedesse il servizio civile alternativo a quello militare obbligatorio (approvata nel 2003 ed entrata in vigore nel 2004), sicché il ricorrente viene condannato a due anni e mezzo di prigione. Adita la CEDU, nel 2009 la Terza sezione aveva escluso la violazione dell'art. 9; la Grande Camera, interpellata in appello, ha invece ora riconosciuto la violazione dell'art. 9, condannando l'Armenia al pagamento di 20.000 euro di risarcimento.

La Grande Camera riconosce che l'art. 9 non menziona espressamente il diritto all'obiezione di coscienza, ma afferma che il testo della Convenzione vada interpretato secondo lo spirito dei tempi.

V Sezione, affaire 'Dojan et alii vs. Germania', n. 319/08, decisione sull'ammissibilità del 13 settembre 2011

(Chiesa evangelica battista – educazione della prole – libertà religiosa)

I ricorrenti sono 5 coppie di genitori della Chiesa evangelica battista che hanno adito, nel 2005, la CEDU contro il rifiuto delle autorità scolastiche della Nordreno-Vestfalia d'esonere i loro figli, in quarta elementare, dai corsi obbligatori d'educazione sessuale, dalle attività teatrali in cui si rappresentavano scene di violenza sessuale e stupri di gruppo insegnando alle bambine a come difendersi, e dalle feste organizzate a scuola per il carnevale, invocando il loro diritto ad educare i propri figli secondo le proprie convinzioni religiose. La CEDU osserva che il sistema tedesco esclude la possibilità dell'insegnamento privato a domicilio, essendo invece volto all'integrazione dei bambini nella società onde scongiurare la formazione di società parallele, e ciò è conforme alla giurisprudenza CEDU relativa all'importanza del pluralismo per la democrazia. La Corte dichiara l'istanza inammissibile, dato che la Convenzione non garantisce il diritto d'una persona di non trovarsi esposta ad idee, anche religiose, diverse e finanche opposte alle sue.

**II sezione, affaires ‘Ouardiri vs. Svizzera’, n. 65840/09,
e ‘Lega dei musulmani di Svizzera vs. Svizzera’, n.
66274/09, decisione sull’ammissibilità del 28 giugno 2011
(Islam – libertà religiosa – minareti)**

In Svizzera, com'è noto, il 29 novembre 2009 si svolse un referendum propositivo volto a modificare la Costituzione elvetica inserendovi il divieto di costruire minareti. Avendo prevalso, col 57,5%, i favorevoli alla modifica, tale divieto è stato inserito nel nuovo comma 3 dell'art. 72 del testo costituzionale svizzero. I ricorrenti invocano gli artt. 9 e 14 della Convenzione, sostenendo vi sia una violazione della libertà religiosa ed una discriminazione su base religiosa.

La CEDU dichiara l'istanza inammissibile: i ricorrenti lamentano che la disposizione costituzionale contestata violi le loro convinzioni religiose, ma non adducono nessun effetto concreto al riguardo, perciò non possono certamente essere vittime, dirette od indirette, della disposizione in questione. La Corte esamina poi se potrebbero essere vittime potenziali: essa constata ch'essi non abbiano sostenuto di poter prevedere, in un futuro prossimo, di costruire una moschea priva di minareto; essi non hanno cioè reso verosimile che la disposizione costituzionale in oggetto possa venir loro applicata. Non sono perciò in nessun modo attualmente vittime d'una violazione a danno della loro libertà religiosa. La semplice eventualità che ciò possa accadere, in un giorno più o meno lontano, non è sufficiente. Inoltre la Corte ritiene che le giurisdizioni svizzere sarebbero perfettamente in grado di valutare la compatibilità con la CEDU d'un eventuale rifiuto all'autorizzazione per costruire un minareto.

**Va sezione, affaire ‘Associazione dei Testimoni di Geova
vs. Francia’, sentenza del 30 giugno 2011, n. 8916/05
(Testimoni di Geova – finanziamento dei culti – tassazione dei culti)**

L'Associazione ricorrente invoca la violazione dell'art. 9 della Convenzione, dato che, dopo essere stata qualificata come ‘setta’ in un rapporto parlamentare del 1995, è stata fatta oggetto di molteplici ispezioni e controlli fiscali, al termine dei quali le è stata negata l'esenzione dalle imposte sulle donazioni ed offerte ricevute dai propri aderenti, venendo considerata dal Fisco francese come una normale persona giuridica, il che ha portato a comminarle una sanzione di 45 milioni di euro, di cui circa la metà a titolo di interessi e di sanzioni amministrative. La CEDU ritiene che il ricorso sia parzialmente fondato: quest'accertamento tributario costituisce senz'altro un'ingerenza nel diritto alla libertà religiosa del ricorrente; perché una tale ingerenza sia ammissibile, però, è necessario *ex art. 9* della Convenzione ch'essa sia ‘prevista dalla legge’. La versione dell'articolo 757 del codice generale delle imposte in base al quale la sanzione è stata calcolata ed irrogata risale però al 2005. Solo a partire da tale data, dunque, l'Amministrazione tributaria francese può imporre all'Associazione ricorrente il pagamento delle imposte contestate.

Presentazione

In relazione alla “giurisprudenza e legislazione penale” in questo numero si è ritenuto di dare spazio ad alcuni interventi giurisprudenziali in tema reato di diffamazione, assistenza spirituale e appartenenza confessionale (tutti pubblicati con massima redazionale).

La prima delle sentenze pubblicate è apparsa rilevante in quanto, è stata ritenuta diffamatoria la scritta “*Per la sfortuna di avere un testimone di Geova come confinante vendo immobile con progetti di ampliamento, vendo assieme attività di autoriparazione/ gommista e vendita auto e altro*” sul presupposto che attraverso di essa il ricorrente avesse tentato di ledere e sminuire il credito della vittima nella comunità sociale di appartenenza, mediante la diffusione di una sua immagine di intollerabile inciviltà.

Del pari rilevante è apparsa la sentenza della Cassazione penale n. 20979/2011 che, in tema di assistenza spirituale, ha sancito che «*Non pare possibile negare ad un credente - ed a maggior ragione ad un testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della bibbia - almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario*».

Da ultimo si è dato spazio alla sentenza n. 32132/2011 in tema di appartenenza confessionale con la quale la Suprema Corte ha ritenuto di rigettare il ricorso presentato dall'imputato avverso la sentenza resa dalla Corte di Appello di Roma sul presupposto che «*La professione di una fede o l'adesione a qualunque pratica rituale non escludono l'indipendente compimento di fatti estranei o incompatibili con quella fede o per essa irrilevanti, quale può essere la cessione di stupefacenti per un aderente al credo rasta che se suscettibile, in ipotesi, di scriminare il consumo personale, mai potrebbe scriminare la cessione a terzi. Il ragionamento in tal senso sviluppato dalla sentenza impugnata sintetizza regole di esperienza convalidate dalla storia delle religioni e dai dibattiti che ancora riguardano la riconosciuta questione*».

Corte di Cassazione, Sez. penale V, 23 febbraio 2011, n. 7017

Diffamazione – Onore – Reputazione - Espressioni offensive - Appartenenza confessionale - Credo religioso

Integra il reato di diffamazione la volontà di ledere e sminuire il credito di un determinato soggetto, nella comunità sociale di appartenenza, mediante ingiustificate censure nei confronti della sua personalità e della sua scelta di aderire a un credo religioso diverso rispetto a quello storicamente e culturalmente radicato nella società italiana.

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con sentenza 8.7.09, il tribunale di Torino, in riforma della sentenza 3.7.08 del giudice di pace di Susa, ha ritenuto integrato il reato di diffamazione in danno di L.R.D. e ha condannato, ex art. 576 c.p.p., M.F. al risarcimento dei danni e alla rifusione delle spese in favore della parte civile.

Il difensore del M. ha presentato ricorso per violazione di legge in riferimento all'art. 595 c.p. Secondo il ricorrente, il tribunale ha errato ritenendo diffamatoria la scritta "Per la sfortuna di avere un testimone di Geova come confinante vendo immobile con progetti di ampliamento, vendo assieme attività di autoriparazione/gommista e vendita auto e altro". Queste frasi non esprimono un fatto determinato in termini di tempo e di spazio, e da esse non emerge nessuna potenziale attività disonorevole del L. R.. In altri termini non è individuabile concretamente un fatto determinato, che, sotto il profilo oggettivo, sia sufficiente a integrare il reato. Sul piano soggettivo, non vi è certezza che le frasi siano state scritte allo scopo di ledere la personalità e/o la reputazione del L.R..

D'altra parte, lo stesso giudice esclude il reato, laddove afferma che il termine "testimone di Geova", utilizzato per identificare il vicino di casa, non è percepito in modo negativo dalla collettività. La tesi della assenza di potenzialità offensiva dei termini è confermata dall'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il fatto di diffamazione deve essere valutato nella sua singolarità storica, per trarre dalla sue caratteristiche intrinseche la possibilità di configurare la sussistenza di estremi oggettivi e soggettivi della lesione (sez. 17.2.1990 Scalfari, in Giust. Pen. 1990,413).

Il ricorso non merita accoglimento, in quanto le censure sulla valenza offensiva delle espressioni diffuse dal M. sono infondate. Correttamente il giudice di appello ha ritenuto che al L. R. sono stati attribuiti comportamenti e connotazioni del tutto incompatibili con i canoni della civile convivenza, tanto da indurre il vicino di casa a mutare, in maniera radicale e pregiudizievole per i propri interessi, le proprie scelte esistenziali e lavorative.

È di tutta evidenza la consapevolezza e la intenzione del M. di comunicare alla cittadinanza della comune area territoriale e sociale di aver vissuto quotidianamente e a stretto contatto con persona indegna, sotto tutti i profili, di avere corretti e sereni rapporti interpersonali.

Questa totale e ingiustificata censura nei confronti della personalità del querelante e il riferimento alle sue generali anomalie sono stati resi ancora più pesantemente e convincentemente offensivi con il richiamo alla sua scelta di aderire a un credo religioso, diverso rispetto a quello storicamente e culturalmente radicato nella società italiana.

Questa volontà di ledere e sminuire il credito del L.R. nella comunità sociale di appartenenza, mediante la diffusione di una sua immagine di intollerabile inciviltà ha quindi integrato la fattispecie della diffamazione, così come correttamente ritenuto dalla sentenza impugnata. Il ricorso va quindi rigettato, con condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali

Corte di Cassazione, Sez. penale I, 25 febbraio 2011, n. 20979

Testimoni di Geova - Appartenenza confessionale – Assistenza spirituale

Non pare possibile negare ad un credente - ed a maggior ragione ad un testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della bibbia - almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario.

Svolgimento del processo

1. Con ordinanza del 31.10.2010, il Magistrato di Sorveglianza di Cuneo ha respinto il reclamo, proposto da D.O., detenuto presso la casa circondariale di Cuneo, sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis o.p., avverso il provvedimento con cui l'amministrazione penitenziaria aveva rigettato la sua istanza, intesa ad ottenere l'autorizzazione ad incontrare in via permanente un ministro del culto dei testimoni di Geova per lo studio della Bibbia.

2. Il Magistrato di sorveglianza ha ritenuto che il rigetto dell'istanza formulata dal detenuto non poteva ritenersi una violazione della libertà religiosa, assicurata ai detenuti dall'art. 26 o.p., in quanto lo studio della Bibbia ben poteva essere svolto dal richiedente mediante contatti epistolari con il ministro del culto e non comportava necessariamente la presenza fisica di quest'ultimo in carcere, anche perché il richiedente era persona sottoposta al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis o.p.

3. Avverso detto provvedimento del Magistrato di Sorveglianza di Cuneo D.O. ha proposto personalmente ricorso per cassazione, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 26, comma 1, o.p. e degli artt. 8 e 19 Cost., in quanto la richiesta da lui formulata di poter liberamente studiare la Bibbia con il proprio ministro del culto era da ritenere come attività di assistenza di natura religiosa o spirituale, riconosciuto ad ogni individuo dall'art. 19 Cost..

Motivi della decisione

1. Il ricorso proposto da D.O. è fondato.

2. I provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza in materia di reclami generici, proposti dai detenuti ex art. 35 o.p. sono adottati al di fuori di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio e sono ricorribili in Cassazione solo se con essi viene lamentata un'eventuale violazione di diritti soggettivi (cfr. Cass. 1A 21.5.08 n. 21704, rv. 239885).

3. Sotto tale ultimo aspetto va rilevato che non appare esaustiva la motivazione adottata dal magistrato di sorveglianza di Cuneo per respingere l'istanza proposta dal ricorrente, atteso che, ai sensi dell'art. 26, comma 4 ord. Penit., detenuto, siccome appartenente a religione diversa dalla cattolica, ha diritto di ricevere, su sua richiesta, l'assistenza del ministro del proprio culto e di celebrarne i riti.

4. Invero il giudice di merito ha ritenuto che la libertà riconosciuta dall'art. 26 ord.

penit. ai detenuti e agli internati “di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto” non implicava che lo studio dei testi biblici dovesse necessariamente e sistematicamente avvenire alla presenza di un ministro del culto di appartenenza, come chiesto dal ricorrente.

Detta motivazione appare insufficiente, ritenendosi altresì necessario che venga approfondito il ruolo che svolge, nell’ambito del culto praticato dai testimoni di Geova, lo studio della bibbia e che venga inoltre accertato se, nell’ambito dell’anzidetto culto, siano prescritte specifiche modalità per lo studio della bibbia, tali da richiedere la presenza necessaria del ministro di quel culto.

5. Ferma l’anzidetta esigenza di approfondimento, va peraltro rilevato che, se da un lato è vero che, come giustamente osservato dal magistrato di sorveglianza, lo studio dei testi biblici non comporta la costante e sistematica presenza del ministro del culto, dall’altro neppure può escludersi che l’approfondimento di tali testi richieda talvolta l’assistenza del ministro del proprio culto al fine di chiarire eventuali punti oscuri o di difficile comprensione per un soggetto di non elevata cultura, atteso che il termine “assistenza” adoperato dalla norma non può che essere inteso come presenza materiale e spirituale del ministro del culto che aiuti il credente ad approfondire i testi religiosi.

6. Ne consegue che, in linea di massima, non pare possibile negare ad un credente - ed a maggior ragione ad un testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della bibbia - almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l’esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l’ordine e la sicurezza dell’istituto carcerario.

7. L’ordinanza impugnata va pertanto annullata con rinvio per nuovo esame al magistrato di sorveglianza di Cuneo, il quale, svolti gli opportuni accertamenti, provveda a contemperare le esigenze di ordine e di sicurezza dell’istituto di detenzione con il diritto del detenuto di essere assistito nello studio della bibbia da un ministro del proprio culto.

P.Q.M.

Annulla l’ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al magistrato di sorveglianza di Cuneo.

Corte di Cassazione, Sez. penale IV, 17 agosto 2011, n. 31132

Appartenenza confessionale - Credo religioso – Riti – Stupefacenti

La professione di una fede o l'adesione a qualunque pratica rituale non escludono l'indipendente compimento di fatti estranei o incompatibili con quella fede o per essa irrilevanti.

Svolgimento del processo

Con sentenza resa in esito all'udienza del 9/3/2010 la Corte di Appello di Roma ha confermato la sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Roma che aveva ritenuto T.U. responsabile del delitto di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, e applicate le attenuanti generiche nonché l'attenuante speciale di cui allo stesso art. 73, comma 5, lo aveva condannato alla pena di mesi otto e d Euro 3.000,00 di multa.

L'imputato T.U. ha proposto ricorso per cassazione per ottenere l'annullamento del provvedimento appena sopra menzionato.

Il ricorrente censura la sentenza impugnata per erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche di cui si deve tener conto nella applicazione della legge penale; nonché inosservanza delle norme stabilite a pena di inutilizzabilità, inammissibilità o di decadenza. Infine il ricorrente denuncia mancanza o manifesta illogicità della sentenza impugnata risultante dal testo della medesima sentenza. L'imputato si duole di non essere stato ammesso al richiesto rito abbreviato condizionato che avrebbe consentito attraverso la semplice esibizione di una ricevuta di trasferimento somma, la legittima ragione del possesso dei 250 Euro sequestrati e ritenuti provento di spaccio. Lamenta ancora che la ulteriore prova testimoniale richiesta avrebbe introdotto nel giudizio la verifica di circostanze, quale l'uso rituale di stupefacenti a causa del credo (rasta) professato, che avrebbero mutato la qualificazione giuridica del fatto addebitato.

Infine l'imputato denuncia la erroneità del ragionamento giustificativo che ha escluso l'ingresso delle richieste prove confondendo gli assunti in fatto della difesa del D. con quelli della difesa dello stesso ricorrente.

All'udienza camerale del 6 Maggio 2011 il ricorso è stato deciso con il compimento degli incombenzi imposti dal codice di rito.

Motivi della decisione

La sentenza impugnata rileva che i Carabinieri di Frascati, all'imputato, nel corso di un loro servizio hanno seguito e osservato l'imputato nell'atto di scambiare, a bordo di un autobus, un involucro con denaro. L'operazione dei Carabinieri si è completata con l'immediato sequestro di gr. 57 di marijuana, gr. 15 di hashish ed Euro 250,00 in contanti rinvenuti addosso al T., oltre 34 grammi di hashish sequestrati al cessionario che avrebbe dichiarato di averli acquistati dal T. per sè e per la propria fidanzata.

Non è ravvisabile vizio alcuno nella ordinanza che ha respinto l'istanza di accesso a rito abbreviato condizionato posto che la sentenza stessa ha evidenziato come tra i fatti già accertati e i fatti da provare, con la richiesta escussione di un testimone e la richiesta valutazione di un documento di trasferimento somma in favore dell'imputato

per Euro 250,00, non esiste alcuna ragione di incompatibilità, la verità degli uni non escludendo la verità degli altri. La professione di una fede o l'adesione a qualunque pratica rituale non escludono l'indipendente compimento di fatti estranei o incompatibili con quella fede o per essa irrilevanti, quale può essere la cessione di stupefacenti per un aderente al credo rasta che se suscettibile, in ipotesi, di scriminare il consumo personale, mai potrebbe scriminare la cessione a terzi. Il ragionamento in tal senso sviluppato dalla sentenza impugnata sintetizza regole di esperienza convalidate dalla storia delle religioni e dai dibattiti che ancora riguardano la riconosciuta questione del rapporto di non coincidenza tra fede e opere nelle sue più diverse prospettazioni.

La esistenza di un documento di trasferimento somma per Euro 250,00, ove provata, non avrebbe inciso sull'autonomo accertamento della attività di vendita a terzi conseguente alle dichiarazioni dell'acquirente D. e sulla punibilità d'essa affermate in sentenza, sicché sotto nessun profilo il negato accesso a rito abbreviato condizionato è stato mal motivato o ha prodotto violazione di leggi penali o di leggi processuali. Tanto basta a ritenere corretta sul punto la decisione impugnata.

Il diniego della sospensione condizionale della pena è motivato con argomentazioni esplicite e argomentazioni implicite che, nel loro insieme, danno pieno conto delle ragioni soggettive e oggettive poste a base di una prognosi sfavorevole quanto alla reiterazione delle condotte di spaccio. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Ministero dell'Economia e delle Finanze - Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa - Circolare 1 agosto 2011 n. 38

Organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Decreto legislativo 4 dicembre 1997 n. 460. Indirizzi interpretativi su alcune tematiche rilevanti.

INDICE

1. ESENZIONE DALL'IMPOSTA DI REGISTRO PER GLI ATTI COSTITUTIVI DELLE ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO.
2. PARTECIPAZIONE DI ENTI "ESCLUSI" NELLE ONLUS.
3. ISCRIVIBILITÀ DEL TRUST NELL'ANAGRAFE DELLE ONLUS.
 - 3.1. Tipologie di enti che possono assumere la qualifica di ONLUS.
 - 3.2. Soggettività passiva del trust.
 - 3.3. Condizioni generali per il riconoscimento della qualifica di ONLUS in capo ad un trust.
 - 3.3.1. Trust trasparente e qualifica di ONLUS.
 - 3.3.2. Trust opaco e qualifica di ONLUS.
4. PARTECIPAZIONE DI UNA ONLUS IN UN'IMPRESA SOCIALE.

Omissis...

3. ISCRIVIBILITÀ DEL TRUST NELL'ANAGRAFE DELLE ONLUS

3.1. TIPOLOGIE DI ENTI CHE POSSONO ASSUMERE LA QUALIFICA DI ONLUS.

Il D. Lgs. n. 460 del 1997 non richiede, per l'acquisizione della qualifica di ONLUS, l'appartenenza a particolari forme giuridiche.

In particolare, ai sensi dell'art. 10, comma 1, del citato D. Lgs. n. 460 del 1997, possono assumere la qualifica di ONLUS, oltre alle associazioni, ai comitati, alle fondazioni e alle società cooperative, "gli altri enti di carattere privato" con o senza personalità giuridica.

Atteso che l'iscrizione nell'Anagrafe delle ONLUS comporta l'acquisizione di un'autonoma e distinta qualifica avente rilevanza fiscale che si traduce nella fruibilità di un regime tributario di favore, il riferimento agli "altri enti" di carattere privato recato dall'art. 10 del D. Lgs. n. 460 del 1997 deve essere inteso come riferimento a tutte le organizzazioni aventi autonoma soggettività sotto il profilo tributario, a prescindere dalla forma giuridica assunta e dalla qualificazione delle stesse agli effetti civilistici.

Pertanto, ai fini dell'acquisizione della qualifica di ONLUS, possono essere ricondotte tra "gli altri enti di carattere privato" tutte le organizzazioni che: - abbiano

soggettività passiva ai fini tributari;

- si conformino alle condizioni richieste dal citato art. 10 del D. Lgs. n. 460 del 1997.

3.2. SOGGETTIVITÀ PASSIVA DEL TRUST.

Dalle considerazioni svolte nel paragrafo 3.1. consegue che la problematica relativa alla possibile acquisizione, da parte di un trust, della qualifica di ONLUS presuppone, in primo luogo, che il trust costituisca un autonomo soggetto passivo d'imposta.

Al riguardo si fa presente che i trust sono inclusi tra i soggetti passivi IRES individuati dall'art. 73, comma 1, lettere b), c) e d) del TUIR, come modificato dall'art. 1, comma 74, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Con circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 (con la quale sono stati forniti i primi chiarimenti sulla disciplina fiscale applicabile ai trust ai fini delle imposte sui redditi e delle imposte indirette) e con successiva circolare n. 61/E del 27 dicembre 2010 (che ha fornito ulteriori chiarimenti in merito alla disciplina fiscale dei trust) è stato precisato che il riconoscimento del trust nell'ambito dell'ordinamento nazionale si verifica esclusivamente nei confronti di quei trust che rispettano le condizioni e hanno gli elementi previsti dalla Convenzione di L'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364.

In particolare, nelle citate circolari è stato precisato, fra l'altro, che in forza dell'art. 2 della citata Convenzione possono essere riconosciuti nell'ordinamento italiano solo i trust aventi i seguenti elementi essenziali:

- i beni vincolati nel trust devono costituire una massa distinta e separata rispetto al patrimonio del disponente, del trustee e del beneficiario;
- i beni vincolati nel trust sono intestati al trustee o ad altro soggetto per conto del trustee;
- il trustee è tenuto ad amministrare, gestire e disporre dei beni in trust secondo le indicazioni dettate nell'atto istitutivo del trust e nel rispetto della legge;
- il trustee deve rendere conto della gestione.

Ricorrendo le predette condizioni, infatti, si verifica l'effetto principale dell'istituzione di un trust che consiste nella segregazione patrimoniale in virtù della quale il disponente trasferisce taluni beni o diritti a favore del trustee, nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo prestabilito, ed i beni o diritti conferiti in trust costituiscono un patrimonio separato rispetto a quello del trustee.

Pertanto, solo in presenza degli elementi sopra individuati può ravvisarsi un autonomo soggetto passivo ai fini IRES ai sensi dell'art. 73 del TUIR.

Peraltra, valgono al riguardo le considerazioni espresse nella circolare n. 61/E del 2010 in merito alle ipotesi in cui il trust costituisca una struttura fittiziamente interposta: è evidente che in tali casi, non essendo in presenza di un autonomo soggetto d'imposta, il trust non può acquisire la qualifica di ONLUS.

3.3. CONDIZIONI GENERALI PER IL RICONOSCIMENTO DELLA QUALIFICA DI ONLUS IN CAPO AD UN TRUST.

L'autonoma soggettività passiva dei trust ai sensi dell'art. 73 del TUIR, che può dirsi sussistente laddove ricorrano i presupposti richiamati al paragrafo precedente, comporta l'astratta riconducibilità dei trust tra gli "altri enti di carattere privato" di cui al citato art. 10, comma 1, del D. Lgs. n. 460 del 1997.

Tuttavia, la presenza dei suddetti presupposti costituisce condizione necessaria ma non sufficiente ai fini del riconoscimento della qualifica di ONLUS in quanto

l'iscrivibilità nell'Anagrafe delle ONLUS è, altresì, subordinata alla verifica della compatibilità, in via generale, delle differenti tipologie di trust con il regime tributario di favore previsto per le ONLUS nonché al rispetto, da parte del trust, delle clausole stabilite dal D. Lgs. n. 460 del 1997.

In proposito, si fa presente che l'art. 73 del TUIR, nell'individuare le modalità di tassazione dei redditi prodotti dal trust, distingue due principali tipologie di trust: - i trust con beneficiari individuati, nei quali "i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali" (cc.dd. trust trasparenti) e tassati in capo agli stessi come redditi di capitale ai sensi della lett. g-sexies) del comma 1 dell'art. 44 del TUIR;

- i trust senza beneficiari individuati, i cui redditi vengono direttamente attribuiti al trust medesimo (cc.dd. trust opachi).

Con riguardo alla prima categoria di trust sopra richiamata, la citata circolare n. 48/E del 2007 ha chiarito che – premesso che il presupposto di applicazione dell'imposta è il possesso di redditi – per "beneficiario individuato" deve intendersi il beneficiario "di reddito individuato", ovvero il soggetto che sia puntualmente individuato e che "risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza".

Riguardo alla nozione di trust "con beneficiario di reddito individuato", con risoluzione n. 425/E del 5 novembre 2008 è stato precisato che la tassazione per trasparenza di un trust presuppone che "il reddito sia immediatamente e originariamente riferibile ai beneficiari".

In sostanza, secondo il citato documento di prassi, "il diritto all'assegnazione del reddito deve nascere ab origine a favore di determinati beneficiari".

Al fine di ulteriormente puntualizzare i principi espressi con la citata risoluzione n. 425/E del 2008, si precisa che, per soddisfare la condizione sopra evidenziata, vale a dire la titolarità ab origine in capo ad un beneficiario puntualmente individuato (o a beneficiari puntualmente individuati) del diritto all'assegnazione del reddito dei beni in trust, è necessario:

- a) che il beneficiario sia puntualmente individuato;
- b) che al beneficiario venga riconosciuta la titolarità di una situazione giuridica soggettiva comportante il diritto a pretendere l'assegnazione del reddito prodotto dai beni facenti parte del trust;
- c) che il diritto a pretendere l'assegnazione del reddito prodotto dai beni in trust sia conferito al beneficiario anteriormente alla produzione del reddito stesso in quanto solo in tal caso è possibile ravvisare, sin dall'origine, la riferibilità al beneficiario medesimo del reddito e, quindi, il possesso di detto reddito in capo al beneficiario;
- d) che l'esistenza di beneficiari individuati risulti da una espressa, inequivoca e adeguatamente documentata manifestazione di volontà, intervenuta anteriormente alla produzione del reddito realizzato dal trust e diretta ad individuare uno o più beneficiari ed a riconoscere ai medesimi il diritto a pretendere l'attribuzione del predetto reddito.

Relativamente all'individuazione del beneficiario e all'attribuzione allo stesso del diritto a pretendere l'assegnazione del reddito dei beni in trust si precisa che tali previsioni possono costituire oggetto sia di una manifestazione di volontà del disponente nell'ambito dell'atto di costituzione del trust o in documenti successivi, sia di una decisione del trustee qualora l'atto costitutivo riservi a quest'ultimo la possibilità di individuare uno o più beneficiari e di attribuire ad essi il diritto a pretendere

l'assegnazione del reddito dei beni facenti parte del trust.

Dalla disamina sopra effettuata emerge che, agli effetti dell'imposizione sui redditi, possono individuarsi le seguenti tipologie di trust:

- trust trasparente, nel quale i beneficiari, essendo espressamente individuati ed avendo il diritto di pretendere l'assegnazione dei redditi prodotti dal trust, esprimono, rispetto a tali redditi, autonoma capacità contributiva;

- trust opaco, nel quale non essendovi beneficiari di reddito individuati nel senso sopra precisato, i redditi prodotti dal trust sono imputati direttamente in capo al trust stesso.

3.3.1. TRUST TRASPARENTE E QUALIFICA DI ONLUS.

La compatibilità o meno con la qualifica di ONLUS del trust c.d. "trasparente" deve essere verificata raffrontando le modalità di tassazione del trust trasparente con il regime fiscale applicabile alle ONLUS ai fini IRES.

Per quanto concerne le modalità di tassazione dei trust trasparenti, si fa presente che in detta tipologia di trust il reddito è imputato per trasparenza ai singoli beneficiari di reddito individuati in quanto gli stessi, essendo titolari del diritto di pretendere l'assegnazione del reddito prodotto, sono qualificabili come possessori del predetto reddito (cfr. circolare n. 48/E del 2007 e risoluzione n. 425/E del 2008).

Conseguentemente, il reddito prodotto dal trust trasparente viene tassato non in capo al trust ma ai beneficiari, come sopra individuati, quale reddito di capitale, secondo le aliquote IRPEF personali di ciascuno.

Il regime di favore previsto, ai fini delle imposte sui redditi, per le ONLUS è recato dall'art. 150 del TUIR, secondo cui per le ONLUS:

- non costituisce esercizio di attività commerciale lo svolgimento delle attività istituzionali nel perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale;

- non concorrono alla formazione del reddito imponibile i proventi derivanti dall'esercizio delle attività direttamente connesse a quelle istituzionali.

Di conseguenza, i proventi derivanti dall'esercizio, da parte delle ONLUS, delle attività istituzionali e delle attività connesse non sono assoggettati a tassazione in capo all'organizzazione ai fini delle imposte sui redditi.

L'anzidetto regime fiscale presuppone, quindi, che l'ente riconosciuto come ONLUS sia possessore dei redditi per i quali si rende applicabile il regime di favore recato dal citato art. 150 del TUIR e che, conseguentemente, non solo la determinazione del reddito, ma anche la tassazione dello stesso, avvengano in capo al medesimo ente che ha ottenuto la qualifica di ONLUS.

In sostanza, il regime di favore previsto per le ONLUS presuppone la coincidenza fra l'ente che effettua una determinata attività di solidarietà sociale, alle condizioni e nei limiti previsti dal D. Lgs. n. 460 del 1997, e l'ente che, essendo possessore del reddito derivante da quell'attività, beneficia della detassazione prevista dall'ordinamento.

Da quanto sopra consegue la sussistenza di un'incompatibilità tra il sistema di tassazione proprio dei trust "trasparenti" – nel quale gli effettivi possessori del reddito prodotto sono i beneficiari, in capo ai quali avviene la tassazione dei predetti redditi ad essi imputati per trasparenza – e le modalità di tassazione delle ONLUS, che presuppongono l'imputazione direttamente ed esclusivamente in capo all'organizzazione dei redditi determinati secondo il regime di favore proprio delle ONLUS. Infatti, l'eventuale riconoscimento della qualifica di ONLUS in capo ad un trust trasparente comporterebbe che a beneficiare del regime fiscale previsto per le ON-

LUS - consistente nella detassazione dei proventi derivanti dalle attività istituzionali e connesse - sarebbe un soggetto diverso rispetto all'organizzazione che svolge l'attività di utilità sociale agevolata ai fini IRES. In sostanza, il beneficio della detassazione dei proventi prodotti dal trust si tradurrebbe, in sede di determinazione della quota di spettanza di ciascun beneficiario da imputare per trasparenza, in un'agevolazione a favore di quest'ultimo.

Al verificarsi delle suesposte condizioni, quindi, deve ritenersi precluso il riconoscimento della qualifica di ONLUS al c.d. trust "trasparente".

Peraltro, l'art. 10, comma 1, lett. e), del D. Lgs. n. 460 del 1997 impone alle ONLUS di impiegare tutti gli utili e gli avanzi di gestione esclusivamente per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse.

Pertanto, in via generale, l'erogazione, in denaro o in natura, da parte di una ONLUS, dei redditi da essa prodotti è ammessa limitatamente alle ipotesi in cui fra le attività istituzionali svolte dall'ente figurino l'attività di beneficenza individuata dall'art. 10, comma 1, lettera a), n. 3 del D. Lgs. n. 460 del 1997.

Tale attività, che deve essere svolta a favore di soggetti indigenti o a favore di enti senza scopo di lucro che operano prevalentemente nei settori tipici delle ONLUS (cfr. circolare n. 168 del 26 giugno 1998 e circolare n. 12/E del 9 aprile 2009, par. 2.2), consiste nell'effettuazione di prestazioni erogative, a carattere liberale, in denaro o in natura, nei confronti dei predetti soggetti ed enti.

Il carattere liberale delle prestazioni erogative implica la completa discrezionalità in capo all'erogante nella scelta del beneficiario.

Tale circostanza non appare soddisfatta nel trust trasparente in quanto, da un lato, il beneficiario è titolare di un diritto a pretendere l'assegnazione della parte di redditi prodotti dal trust (che vengono ad esso imputati per trasparenza) e dall'altro il trustee è obbligato ad assegnare tali redditi al beneficiario individuato (dal disponente ovvero dal trustee medesimo)

Anche per questo motivo, quindi, l'assegnazione dei redditi prodotti dal trust si configurerebbe come attività non consentita ad una ONLUS ai sensi del D. Lgs. n. 460 del 1997, non potendo la stessa assegnazione qualificarsi come erogazione liberale in favore del beneficiario e non costituendo, in capo al trust, attività di beneficenza ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettera a), n. 3 e comma 2-bis del D. Lgs. n. 460 del 1997.

3.3.2. TRUST OPACO E QUALIFICA DI ONLUS.

Come evidenziato nel precedente paragrafo 3.3., con riguardo ai trust "opachi" il reddito prodotto dal trust è imputato direttamente e interamente al trust stesso ed assoggettato a tassazione in capo a quest'ultimo. Tale modalità di tassazione, in base alla quale l'effettivo possessore del reddito è il trust stesso, appare compatibile con il regime fiscale di favore previsto per le ONLUS che, come evidenziato nel precedente paragrafo, presuppone l'imputabilità dei redditi dell'organizzazione che ottiene il riconoscimento direttamente ed esclusivamente in capo alla stessa.

Da ciò consegue che, sotto tale profilo, non sussistono preclusioni al riconoscimento della qualifica di ONLUS in capo ai trust opachi.

Si precisa, tuttavia, che possono legittimamente ottenere il riconoscimento della qualifica di ONLUS e mantenere detta qualifica solo i trust che, sia al momento del riconoscimento, che durante tutta la vita del trust stesso, siano totalmente privi di beneficiari di reddito individuati nel senso indicato nel precedente paragrafo 3.3.

In sostanza, qualora nell'ambito di un trust opaco, che abbia ottenuto il ricono-

scimento della qualifica di ONLUS, vengano eventualmente individuati uno o più beneficiari aventi il diritto di pretendere l'erogazione, in tutto o in parte, dei redditi che il trust dovrà produrre, il trust perderà definitivamente la qualifica di ONLUS.

Tale qualifica non potrà più essere attribuita al medesimo trust, anche nel caso in cui, in seguito, quest'ultimo riacquisisca la configurazione di trust opaco.

Ciò posto, si fa presente che i trust opachi possono ottenere la qualifica di ONLUS a condizione che gli stessi siano in possesso di tutti i requisiti previsti dall'art. 10 del D. Lgs. n. 460 del 1997.

È quindi necessario, ai fini del riconoscimento della qualifica di ONLUS in capo al trust opaco, che l'atto costitutivo o lo statuto dello stesso, redatto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata, contenga tutte le clausole previste dall'art. 10, comma 1, del citato D. Lgs. n. 460 del 1997 e che le medesime clausole siano, in concreto, rispettate.

Si precisa che, qualora l'attività del trust opaco consista nell'effettuazione di erogazioni in denaro o in natura, realizzate a titolo gratuito e con spirito di liberalità, è necessario che il trust, per ottenere il riconoscimento della qualifica di ONLUS, preveda nell'atto istitutivo, tra i settori di attività, quello della beneficenza di cui al n. 3 dell'art. 10, primo comma, lett. a) del citato D. Lgs. n. 460. Per quanto concerne le modalità, le condizioni e i limiti allo svolgimento di attività di beneficenza da parte delle ONLUS si rinvia ai chiarimenti forniti, fra l'altro, con le sopra citate circolari n. 168 del 1998 e n. 12/E del 2009, par. 2.2.

Si precisa, altresì, in merito alla clausola di cui alla lett. h) dell'art. 10, comma 1, del D. Lgs. n. 460 del 1997 – secondo la quale è imposto alle ONLUS di prevedere statutariamente la “disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l'effettività del rapporto medesimo” – che la stessa non trova applicazione, per espressa previsione del comma 7 del citato art. 10, nei confronti, fra l'altro, delle fondazioni, attesa la diversità degli elementi costitutivi che caratterizzano tali ultimi enti rispetto alle associazioni.

La previsione di cui alla citata lett. h), volta, in sostanza, a garantire l'effettività del rapporto associativo, è del pari inapplicabile ai trust in considerazione della peculiare configurazione giuridica degli stessi, che non si sostanzia in un rapporto a struttura associativa. Si evidenzia, infine, che l'acquisizione della qualifica di ONLUS ed il mantenimento della stessa da parte dei trust opachi sono altresì subordinati alla compatibilità delle disposizioni contenute nella legge straniera – individuata dall'atto istitutivo come legge applicabile al trust – con i requisiti e le condizioni previsti dall'art. 10 del D. Lgs. n. 460 del 1997.

4. PARTECIPAZIONE DI UNA ONLUS IN UN'IMPRESA SOCIALE.

La questione relativa alla possibilità per una ONLUS di detenere una partecipazione di un'impresa sociale comporta la verifica della compatibilità della disciplina normativa della stessa impresa sociale recata dal decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, con i limiti e le condizioni richiesti per l'acquisizione e il mantenimento della qualifica di ONLUS dal D. Lgs. n. 460 del 1997.

Al riguardo, si evidenzia, in via preliminare, che le ONLUS sono, ai sensi del dell'art. 10 del D. Lgs. n. 460 del 1997, organismi di carattere privato che operano, senza fini di lucro, in determinati settori di interesse collettivo per il perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale.

In particolare, relativamente all'assenza del fine di lucro, si ricorda che è espressamente previsto per le ONLUS:

- il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili o avanzi di gestione durante la vita dell'organizzazione (cfr. art. 10, comma 1, lettera d) del D.Lgs. n. 460 del 1997);

- l'obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse (cfr. art. 10, comma 1, lettera e) del D.Lgs. n. 460 del 1997);

- l'obbligo di devolvere il patrimonio dell'organizzazione in caso di suo scioglimento ad altre ONLUS o per fini di pubblica utilità (cfr. art. 10, comma 1, lettera f) del D.Lgs. n. 460 del 1997).

Si ricorda, inoltre, che le ONLUS sono tenute ad operare, nell'esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale, in uno o più dei seguenti settori: assistenza sociale e socio-sanitaria; assistenza sanitaria; beneficenza; istruzione; formazione; sport dilettantistico; tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico; promozione della cultura e dell'arte; tutela dei diritti civili; ricerca scientifica di particolare interesse sociale (cfr. art. 10, comma 1, lettera a) e comma 2 del D.Lgs. n. 460 del 1997).

Ciò posto, per quanto concerne l'impresa sociale, si fa presente quanto segue. L'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 155 del 2006 stabilisce che possono acquisire "la qualifica" di impresa sociale "tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale".

Dal punto di vista soggettivo è richiesta, unitamente alla natura giuridica privata dell'ente, l'"assenza dello scopo di lucro". Al riguardo, l'art. 3 del D.Lgs. n. 155 del 2006, stabilisce, al comma 1, che l'organizzazione che esercita un'impresa sociale deve destinare gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.

Il successivo comma 2 dello stesso art. 3 del D.Lgs. n. 155 del 2006, prevede, a tale fine, il divieto di distribuzione, anche in forma indiretta, di utili e avanzi di gestione, comunque denominati, nonché di fondi e riserve in favore di amministratori, soci, partecipanti, lavoratori o collaboratori.

Al fine di preservare l'assenza dello scopo di lucro il D.Lgs. n. 155 del 2006 prevede, altresì, all'art. 13, comma 3, che in caso di cessazione dell'impresa, il patrimonio residuo è devoluto a ONLUS, associazioni, fondazioni ed enti ecclesiastici, secondo le norme statutarie.

Dal punto di vista oggettivo l'impresa sociale è tenuta ad operare nei seguenti settori di attività, individuati dall'art. 2 del citato D.Lgs. n. 155 del 2006:

a) assistenza sociale, ai sensi della legge 8 novembre 2000, n. 328, recante legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali;

b) assistenza sanitaria, per l'erogazione delle prestazioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emanato in data 29 novembre 2001, recante "Definizione dei livelli essenziali di assistenza", e successive modificazioni;

c) assistenza socio-sanitaria, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emanato in data 14 febbraio 2001, recante "Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie";

d) educazione, istruzione e formazione, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, recante delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale;

e) tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ai sensi della legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, con esclusione delle attività, esercitate abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi;

f) valorizzazione del patrimonio culturale, ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42;

g) turismo sociale, di cui all'art. 7, comma 10, della legge 29 marzo 2001, n. 135, recante riforma della legislazione nazionale del turismo;

h) formazione universitaria e post-universitaria;

i) ricerca ed erogazione di servizi culturali;

l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo;

m) servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano un'impresa sociale.

Inoltre, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 2 del D.Lgs. n. 155 del 2006, indipendentemente dall'esercizio dell'attività di impresa nei settori sopra elencati, possono acquisire la qualifica di impresa sociale le organizzazioni che esercitano attività d'impresa al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti che siano:

- lavoratori svantaggiati ai sensi dell'art. 2, primo paragrafo, lettera f), punti i), ix) e x), del regolamento (CE) n. 2204/2002, 5 dicembre 2002, della Commissione relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione;

- lavoratori disabili ai sensi dell'art. 2, primo paragrafo, lettera g), del citato regolamento (CE) n. 2204/2002.

In merito alla struttura proprietaria dell'impresa sociale, l'art. 4 del D.Lgs. n. 155 del 2006 stabilisce che "le imprese private con finalità lucrative e le amministrazioni pubbliche" non possono esercitare attività di direzione e detenere il controllo di un'impresa sociale.

Dalla ricostruzione normativa sopra svolta emerge, in primo luogo, che sia le imprese sociali che le ONLUS devono operare senza fini di lucro.

In particolare, il carattere non lucrativo delle due tipologie di organizzazioni è garantito da previsioni di contenuto analogo recate dalle rispettive discipline che prevedono entrambe: a) il divieto di distribuzione, anche in forma indiretta, di utili e avanzi di gestione; b) l'obbligo di impiegare gli utili e gli avanzi di gestione nello svolgimento dell'attività statutaria; c) l'obbligo di devoluzione del patrimonio, in caso di cessazione dell'attività, a finalità di utilità sociale (cfr. articoli 3 e 13, comma 3 del D.Lgs. n. 155 del 2006 e art. 10, comma 1, lettere d), e) e f), del D.Lgs. n. 460 del 1997).

Si rileva, in secondo luogo, che le imprese sociali, al pari delle ONLUS, sono caratterizzate da una comune connotazione solidaristica che si esplica nello svolgimento di attività socialmente rilevanti.

Tale comune connotazione si ravvisa sia nella circostanza che le imprese sociali devono operare in determinati settori di particolare rilevanza sociale, in gran parte coincidenti con quelli delle ONLUS, sia nella circostanza che, qualora le imprese sociali intendano svolgere la loro attività in settori diversi da quelli previsti dal citato art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 155 del 2006, le stesse devono operare al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati o disabili.

Il carattere non lucrativo dell'impresa sociale, unitamente all'obbligo, per la stessa,

di svolgere l'attività in particolari settori di rilevanza sociale o al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati o disabili, inducono a ritenere ammissibile, da parte di una ONLUS, la detenzione di partecipazioni in una organizzazione che abbia assunto la qualifica di impresa sociale.

Tale partecipazione, infatti, non altera la natura solidaristica della ONLUS partecipante e non comporta l'elusione del divieto di distribuzione di utili proprio delle ONLUS atteso che, anche per l'impresa sociale, opera il vincolo della non lucratività.

Tale conclusione è avvalorata, peraltro, dal citato art. 4, comma 3, del D. Lgs. n. 155 del 2006 che, nel vietare la partecipazione in un'impresa sociale di imprese private con finalità lucrative e di amministrazioni pubbliche, sembra riservare tale partecipazione a soggetti privati non aventi finalità lucrative.

Si precisa, peraltro, che il D. Lgs. n. 155 del 2006 non prevede alcun tipo di agevolazione fiscale per le imprese sociali e, pertanto, le stesse sono assoggettate a imposizione secondo i criteri ordinari che disciplinano le società e gli enti commerciali.

Omissis...

Corte di Cassazione civile, Sezione Tributaria, 28 gennaio 2011 n. 2080

Gestione pensionato con pagamento di rette – Attività oggettivamente commerciali – Esenzione Ici – Non compete.

In tema di ICI, le esenzioni previste dall'art. 7, comma 1, lett. i D.Lgs. n. 504 del 1992 e dell'art. 7, comma 2 bis della L. n. 248 del 2005 non spettano all'ente ecclesiastico in relazione agli immobili, nella specie un pensionato, destinati a svolgimento di attività oggettivamente commerciali.

Omissis...

RITENUTO IN FATTO

Che, ai sensi dell'art. 380 bis cod. proc. civ., è stata depositata in cancelleria la seguente relazione:

“1. Il Comune di Marliana propone ricorso per cassazione avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale della Toscana n. 19/26/07, depositata il 10 aprile 2007, con la quale, accogliendo l'appello dell'Istituto Don Bosco di Pescia, è stata affermata l'illegittimità degli avvisi di accertamento emessi nei confronti del contribuente ai fini dell'ICI per gli anni 2000 e 2001. In particolare, il giudice a quo ha ritenuto, da un lato, che il D.L. n. 203 del 2005, art. 7, comma 2 bis, (convertito nella L. n. 248 del 2005) fosse norma di interpretazione autentica, avente quindi effetto retroattivo, e, dall'altro, che sussistesse il requisito oggettivo della destinazione degli immobili ad attività di assistenza e previdenza, senza scopo di lucro, come provato dalla stessa documentazione prodotta dall'Amministrazione.

Omissis...

3. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 504 del 1992 art. 7, comma 1, lett. i), e della L. n. 248 del 2005, art. 7, comma 2 bis, la omessa motivazione su punto decisivo e il “mancato rilievo della novità legislativa recata dal D.L. n. 223 del 2006, art. 39”: la CTR avrebbe erroneamente ritenuto che l'attività svolta dall'Istituto rientrasse tra quelle indicate nella D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, lett. i) e che l'art. 7, comma 2 bis, cit. dovesse considerarsi norma interpretativa.

Il motivo appare manifestamente fondato, sulla base dei seguenti principi affermati dalla giurisprudenza di questa Corte: a) in tema di ICI, l'esenzione prevista dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. i), spetta a condizione che gli immobili - appartenenti ai soggetti di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 87, comma 1, lett. c), - siano destinati esclusivamente allo svolgimento di una delle attività contemplate nella norma medesima, tra le quali, nel caso degli enti ecclesiastici, anche quelle indicate nel richiamato L. 20 maggio 1985, n. 222, art. 16, lett. a), (attività di religione o di culto, cioè dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana): ne consegue che il beneficio dell'esenzione dall'imposta non spetta in

relazione agli immobili appartenenti ad un ente ecclesiastico che siano destinati allo svolgimento di attività oggettivamente commerciali (nella fattispecie, gestione di pensionati con pagamento di rette) (Cass. n. 4645 del 2004); b) l'esenzione dall'imposta prevista dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. i), è subordinata alla compresenza di un requisito oggettivo, rappresentato dallo svolgimento esclusivo nell'immobile di attività di assistenza o di altre attività equiparate dal legislatore ai fini dell'esenzione, e di un requisito soggettivo, costituito dallo svolgimento di tali attività da parte di un ente pubblico o privato che non abbia come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 87, comma 1, lett. c), cui il citato art. 7 rinvia): la sussistenza del requisito oggettivo - che in base ai principi generali è onere del contribuente dimostrare - non può essere desunta esclusivamente sulla base di documenti che attestino a priori il tipo di attività cui l'immobile è destinato, occorrendo invece verificare che tale attività, pur rientrando tra quelle esenti, non sia svolta, in concreto, con le modalità di un 'attività commerciale' (Cass. n. 5485 del 2008); c) l'esenzione prevista dal del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 art. 7, comma 1, lett. i), è limitata all'ipotesi in cui gli immobili siano destinati in via esclusiva allo svolgimento di una delle attività di religione o di culto indicate nella L. 20 maggio 1985, n. 222, art. 16, lett. a), e pertanto non si applica ai fabbricati di proprietà di enti ecclesiastici nei quali si svolga attività sanitaria, non rilevando in contrario nè la destinazione degli utili eventualmente ricavati al perseguimento di fini sociali o religiosi, che costituisce un momento successivo alla loro produzione e non fa venir meno il carattere commerciale dell'attività, nè il principio della libertà di svolgimento di attività commerciale da parte di un ente ecclesiastico - fondato, oltre che sulla L. n. 222 del 1985, art. 16, lett. a), anche sulla L. 25 marzo 1985, n. 121 in tema di revisione del concordato -, nè la successiva evoluzione normativa, in quanto il D.L. 30 settembre 2005, n. 203, art. 7, comma 2 bis, (aggiunto dalla Legge Di Conversione 2 dicembre 2005, n. 248, poi modificato dalla L. 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, comma 133 ed infine sostituito dal D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 39, convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248), nell'estendere l'esenzione disposta dall'art. 7, comma 1, lett. i), cit. alle attività ivi indicate "a prescindere dalla natura eventualmente commerciale delle stesse" (versione originaria) e poi a quelle "che non abbiano esclusivamente natura commerciale" (versione vigente), ha carattere innovativo e non interpretativo (Cass. n. 24500 del 2009 e, sull'ultima parte, Cass. n. 14530 del 2010).

Omissis...

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, dichiara inammissibile il primo, assorbito il terzo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa, anche per le spese, ad altra sezione della Commissione tributaria regionale della Toscana.

Omissis...

Corte di Cassazione civile, Sezione Tributaria, 15 aprile 2011 n. 8643

Immobili strumentali di proprietà di una parrocchia – Esenzione Invim decennale – Non compete.

In tema di INVIM decennale, gli immobili strumentali di proprietà di una parrocchia non godono dell'esenzione di cui alla legge 16 dicembre 1977 n. 904 art. 8 comma 3, già prevista per i benefici ecclesiastici, atteso che la normativa fiscale va interpretata in maniera restrittiva e le due fattispecie non sono identiche.

Omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La controversia concerne la contestata pretesa dell'ente parrocchiale di aver diritto, in quanto ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, all'esenzione dall'INVIM decennale indistintamente per tutti i beni immobili posseduti (nel caso di specie dieci terreni agricoli e due terreni edificabili), la congruità del cui valore dichiarato chiedeva fosse confermata.

La Commissione adita riteneva applicabile nel caso l'esenzione dall'INVIM, parificando il trattamento dell'ente parrocchiale, in quanto ente con finalità di religione e di culto, a quello dei "benefici ecclesiastici".

In accoglimento parziale dell'appello dell'Ufficio, la Commissione Tributaria Regionale, con la sentenza in epigrafe, dichiarava applicabile nella specie la riduzione di cui al D.P.R. N.643 DEL 1972 ART. 25, comma 5 lett. a), in quanto i beni analiticamente indicati nell'impugnato avviso di accertamento costituivano un "compendio che certamente poco o nulla può avere a che fare con la destinazione istituzionale di un soggetto avente per sua natura costitutiva finalità di culto". Inoltre il giudice d'appello riteneva di dover rideterminare il valore dei terreni agricoli secondo il calcolo tabellare disposto dal D.L. n.299 del 1991 art.1, comma 8.

Avverso tale sentenza propone ricorso l'Agenzia delle entrate con due motivi. Resiste l'ente parrocchiale con controricorso, proponendo con lo stesso atto ricorso incidentale con unico motivo.

Diritto MOTIVAZIONE

Preliminarmente occorre disporre la riunione del ricorso principale e del ricorso incidentale ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Deve essere esaminato in via pregiudiziale il motivo del ricorso incidentale, in quanto, l'eventuale fondatezza del medesimo - con il quale l'ente parrocchiale reclama il diritto all'esenzione tout court per tutti i beni posseduti, secondo le linee argomentative già sviluppate dal giudice di prime cure - avrebbe capacità risolutiva dell'intera controversia.

Il motivo, tuttavia, non è fondato. Da un lato, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, "ai fini del godimento dell'esenzione dall'INVIM decennale, prevista a favore dei benefici ecclesiastici dalla L. 16 dicembre 1977, n. 904, art. 8,

comma 3 - disposizione che, come tutte le norme che prevedono agevolazioni fiscali, va considerata di stretta interpretazione - per beneficio ecclesiastico deve intendersi, secondo la definizione di cui al canone 1409 del codice di diritto canonico del 1917, la persona giuridica ecclesiastica non collegiale nella quale siano presenti tutti gli indispensabili elementi della dote (un patrimonio autonomo), dell'officium (la destinazione perpetua del patrimonio al mantenimento del titolare pro tempore di un determinato ufficio sacro) e dell'erezione canonica in persona giuridica, restando di conseguenza escluso dall'agevolazione in questione qualsiasi altro ente ecclesiastico " (Cass. n. 381 del 2006). Dall'altro, come pur questa Corte ha già avuto modo di affermare, "in tema di esenzione dall'INVIM decennale, nel vigore del D.P.R. n. 643 del 1973, art. 25, comma 2, nel suo testo originario, il godimento da parte degli enti non commerciali del beneficio della esenzione totale presuppone - e tale presupposto non risulta venuto meno a seguito delle modifiche apportate alla predetta norma dal D.L. n. 396 del 1991, art. 1, comma 5 - la destinazione immediata e diretta degli immobili appartenenti a tali enti alla realizzazione di scopi istituzionali, mentre una eventuale utilizzazione indiretta o mediata ... comporta solo la riduzione del cinquanta per cento dell'imposta ai sensi della lett. a) del citato art. 25, comma 5" (Cass. nn. 12463 del 2001, 5482 del 2008).

Sicché la soluzione adottata sotto questo aspetto dalla sentenza impugnata si palesa corretta ed esente da censura.

Omissis...

Diritto e religioni

PARTE III

Letture

HAROLD J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it e *Presentazione* di D. Quaglioni, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. XXIII, 691.

È quasi senso comune che la costruzione degli ordinamenti giuridici, la cultura giuridica stessa, si siano modellate nell'Europa occidentale, almeno fino alla modernità illuministica, in stretto rapporto con la religione, le sue istituzioni ed assetti confessionali. Tuttavia non sempre il tema è stato affrontato dalla storiografia con piglio deciso e in un'ampia prospettiva diacronica. Harold J. Berman è tra i pochissimi che abbiano tentato l'impresa, con un'opera di grande mole, articolata in due volumi intitolati *Law and Revolution*: il primo, del 1983, recante come sottotitolo *The Formation of the Western Legal Tradition* e dedicato all'età medievale (trad. it. Bologna, Il Mulino, 1998), e il secondo, del 2003, dedicato a *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, da poco tradotto per i tipi della stessa Casa editrice.

Berman si è spento nel novembre 2007. Quando pubblicò il secondo volume aveva ottantacinque anni, ma il libro ha energia e freschezza, e la finissima traduzione di Diego Quaglioni ne restituisce sia il nerbo, sia le peculiarità stilistiche e la precisione tecnica. Ho avuto occasione di conoscere l'Autore di persona e so che meditava da tempo di scriverne un terzo, sulle rivoluzioni dalla fine del Settecento fino a quella sovietica, per il quale avrebbe messo a frutto le sue riconosciute competenze di costituzionalista e di sovietologo. Intendeva in sostanza disegnare un completo affresco, a larghi tratti, dell'intera tradizione giuridica occidentale, comprensiva sia dell'Europa, sia degli Stati Uniti e della Russia. E il primo dato che emerge con forza dalla sua impostazione è infatti proprio questo: in una «prospettiva millenaria», si può e si deve riconoscere una grande civiltà comune, da porre in luce e da *rivendicare*, di fronte alla crisi attuale di quella *western tradition*, il cui appannamento costituisce la preoccupazione principale dell'Autore.

Berman considera l'esperienza giuridica occidentale come un dato profondamente unitario, una tradizione di lunga durata formatasi in una linea di continuità «millenaria», ma rinnovata periodicamente da «Grandi Rivoluzioni» interne (si notino le maiuscole) di natura religiosa. Essa definisce l'identità distintiva di una parte cospicua e determinante delle popolazioni del pianeta, pone le sue basi nell'età della riforma gregoriana con l'opera dello Studio bolognese (sec. XI), e si sviluppa sino alla frammentazione prodotta dall'avvento degli Stati-nazione (fine sec. XVIII – XIX). La lunga durata di una lunga «modernità», disegnata dal nesso dialettico continuità/ rivoluzioni, che è a rischio di smarrirsi nell'oblio e nella perdita di consapevolezza dell'età della «globalizzazione». Siamo perciò avvertiti: l'Autore intende staccarsi perentoriamente sia dal comparativismo giuridico superficiale, che suddivide il

diritto europeo in distinte «famiglie», sia dalla storiografia «convenzionale», con le sue partizioni geografiche e cronologiche, con le sue periodizzazioni usuali e la sua inclinazione a distinguere puntigliosamente tempi, ambienti e culture.

Nella drasticità delle affermazioni, non di rado volutamente forzate, risuonano accenti che non tutti sono disposti a condividere senza battere ciglio. Ma il pregio forse maggiore della storiografia di Berman sta proprio nella perentorietà delle sue forzature, che inducono alla riflessione e alla discussione. Nel contrastare senza mezzi termini interpretazioni consolidate, costringendo tutti a ripensare il passato alla luce delle incertezze dell'oggi, a ritornare sui vasti scenari, sulle interpretazioni complessive, sui temi di largo respiro. Classificare le culture per grandi tipologie, sentendosi parte di quella europea, ma con il privilegio di poterla guardare di là dal mare, dagli Stati Uniti, per insiemi che (semplificandoli) ne colgano «l'essenziale», corre molti rischi di riduzionismo, ma induce a staccarsi dai dibattiti su questioni minori, ad uscire dalle nicchie tutt'altro che confortevoli dei vari ambiti disciplinari.

Una ulteriore tonalità dell'opera, anch'essa frequente tra i giuristi statunitensi, è la venatura religiosa che la percorre. Non credo sia da sottovalutare in proposito il nome di Teilhard de Chardin, che compare una volta, peraltro in una citazione piuttosto scialba. Il fatto è che lo studioso affermato della Costituzione degli *States* – una costituzione nella quale un celebre passo di Tocqueville, opportunamente riportato nella *Presentazione* di Diego Quaglioni, avvertiva «un'aura di antico e quasi un sentore biblico» – individua nel cristianesimo le radici e la «vitalità» della tradizione giuridica occidentale. Ritornare al passato vuol dire allora ripensare i valori morali, che il cristianesimo stesso ha riassunto e promosso, per «farli rivivere», contro la decadenza e la perdita. Berman non respinge l'accusa che gli fu rivolta all'uscita del primo volume di *Law and Revolution*, di essersi orientato sotto l'ossessione, addirittura *near-hysterical* secondo Ibbetson, della «crisi» attuale. Se ne fa merito anzi, perché dalla crisi occorre muovere per acquisire consapevolezza della dimensione religiosa della «nostra» tradizione giuridica, nutrita dalle diverse forme della fede cristiana, «al fine di rispondere in modo creativo alla nuova epoca della storia mondiale», per dare «un reale contributo allo sviluppo di un diritto mondiale multiculturale». La storia infatti è anche «profezia». E l'espressione – a mio parere – non va intesa nel significato banale di capacità predittiva, né in quello di una virtuosa circolarità tra le ère, che ne permetta la reciproca illuminazione, bensì nel senso testamentario di predicazione di valori antichi e perenni, per proiettarli vivi dentro il presente e il futuro.

Per Berman la tradizione giuridica occidentale conserva una continuità durante tutto il millennio moderno. Una continuità che però non è statica, è intessuta al contrario di rotture periodiche, che non la frantumano, ma la rigenerano, restando sempre nel suo perimetro. Le Rivoluzioni (sono *sei* le meritevoli della *R* maiuscola) costituiscono il modo specificamente europeo di rinnovare la tradizione rielaborandola e confermando «una fede che è unicamente occidentale», quella in un concetto di diritto come corpo coerente e ordinato di norme, capace di crescere ininterrottamente per logica interna con mutamenti e sviluppi che sono parte di un più vasto ordine di cambiamenti. Hanno di regola uno svolgimento triadico: una fase di attacco acceso e «apocalittico» al tradito; una di riflusso conservatore con tentativi di ritorno all'indietro; una di sintesi e di assestamento mediante compromessi che però garantiscono l'innovazione.

Le grandi rivoluzioni denominate e datate dall'Autore, con un centro motore localizzato, ma di portata europea e che hanno plasmato nell'alveo comune la nostra coscienza giuridica, sono quella papale (la riforma gregoriana, 1075-1122), le due

protestanti (la riforma luterana: Germania 1517-1555, e la calvinista: Inghilterra 1640-1689), la francese, l'americana (la cronologia è qui significativamente invertita) e la bolscevica. Alla prima è dedicato il primo volume. Da essa scaturì «il primo moderno sistema giuridico occidentale, il diritto canonico cattolico romano». Alla seconda e alla terza è dedicato il secondo. Alle ultime si riferiscono numerosi cenni nei due libri, e più particolarmente tre paragrafi appositi nel secondo. Tutte ebbero origine sul terreno della religione, nel senso che anche le meno risalenti ne furono profondamente marcate: la francese dal razionalismo deistico, l'americana dal puritanesimo e dal comunitarismo calvinisti, la bolscevica dalla «eresia cristiana» dell'ateismo millenaristico. Si trattò di rivoluzioni «totali», di cambiamenti violenti, rapidi, duraturi, nell'ordine politico e sociale e nel «sistema di valori» degli individui stessi. Il nesso tra diritto e politica, comunemente privilegiato dagli storici giuristi è insufficiente a cogliere e a descrivere lo spessore delle trasformazioni. Occorre perciò servirsi di una concezione «preilluministica» del diritto. E inoltre scegliere il punto di vista delle rivoluzioni religiose, che può permettere di «integrare» in una sintesi più complessa e esauriente una pluralità di fenomeni: valori etici, dottrine giuridiche (le esperienze storiche del diritto), conflitti politici ed economici.

Indubbiamente sorprende che in un'opera così sensibile e attenta alla religione si mostri un sostanziale disinteresse per le questioni teologiche. Intendiamoci: le parti del libro dedicate alle innovazioni tecniche nel diritto civile, penale, processuale, e così via, riconducibili al mutare della fede religiosa, sono estese e tracciate con la mano maestra di un giurista di razza: sono tutte da meditare. Ma la teologia spesse volte aveva parte non piccola nel configurare le nuove definizioni. E se è vero che l'indicazione di Carl Schmitt (non credo che Berman lo conoscesse, e se lo conosceva, lo ha accantonato intenzionalmente) circa la genealogia teologica di fondamentali concetti giuridici è divenuta ormai quasi una vulgata, resta il fatto che senza i teologi mai i giuristi avrebbero avuto la forza di distinguere e selezionare comportamenti economici, o nell'amministrazione della cosa pubblica e della famiglia, o istruire processi e far correre sangue ed accendere roghi. C'è poi da osservare che in un così vasto affresco, di un diritto moderno europeo intimamente innervato dalle fedi confessionali, la Controriforma e la sistemazione giuridico-teologica del Tridentino sono praticamente assenti, se non per un paio di accenni *en passant*. Tutta protestante la rivoluzione dei secoli XVI e XVII?

Ma non è solo questione della Controriforma e del Tridentino. Se si entra nel merito delle tesi, la partigianeria delle scelte colpisce, e colpisce la tendenza dell'Autore ad *affermare*, piuttosto che *argomentare* (un po' lo fanno parecchi storici americani). Cominciamo dalla Germania. Luterana interamente la sua riforma sotto le insegne del buon Martino e di Melantone (due teologi per nulla omogenei)? E luterana perciò la rivoluzione europea del diritto nel Cinquecento? Il luteranesimo fu variegato e progressivamente sempre più discorde al suo interno sul piano politico ed ideologico, con ricadute evidenti nel mondo dei giuristi. Si andava dagli ortodossi (gli *streng-lutherisch*), a chi si tenne in bilico a lungo rispetto ai «papisti», per convinzione, per opportunismo o per irenismo (il vecchio Zasius ed altri dopo di lui), ai «filippisti» di Melantone, ai «criptocalvinisti», come si dissero allora, orientati dall'uno o dall'altro astro della numerosa costellazione di teologi riformati. Anche il rapporto dei giuristi protestanti con i principi territoriali, di cui rafforzavano con convinzione le tendenze accentratrici, ne risentì abbondantemente. Il luteranesimo finì col restringersi in una dimensione sostanzialmente tedesca, oppure, sul piano politico, si assestò in più complicate alleanze.. Per esempio Vigelius, che Berman cita, luterano di stretta osservanza,

militava ormai, a fine Cinquecento, con gli altri del suo partito confessionale, tra i filo-imperiali (in prevalenza cattolici) ed era alquanto sgradito ai principi luterani moderati dell'Assia, dove insegnava, i quali finirono per allontanarlo. Oldendorp, il principale protagonista di Berman per questa sezione del libro, che non di rado scriveva in tedesco, fuori dalla Germania fu accolto limitatamente per temi particolari e per le sue tesi giusnaturalistiche. L'opera assai suggestiva di Melchior Kling, un altro dei protagonisti di Berman, non uscì mai dai suoi stretti confini territoriali, ancora una volta anche per ragioni linguistiche, oltre che per la gran parte dei temi affrontati (gli *iura propria*). Una delle opere di maggior rilievo del secolo, il compendio di Lagus, giustamente valorizzato da Berman, ebbe a mio avviso successo (peraltro modesto fuori dalla Germania) non già per l'ispirazione di fede, ma per la robustezza dell'impianto umanistico. Che poi i *Topica* di Melantone fossero il pilastro teorico dominante nel cambiamento perseguito dai giuristi, è discutibile. Non mancavano in Germania le *Dialettiche* filosofiche (Sturm, Agricola, ecc.), utilizzate da Melantone e talvolta di maggior seguito che non la sua, indirizzate a cercare una saldatura tra la dialettica e la retorica per costruire un piano organizzato che fornisse l'«astrolabio» adatto per navigare nell'«oceano» delle discipline. Anche le *dialettiche* e le *methodus* specificamente giuridiche avevano una tradizione risalente e si moltiplicarono nel Cinquecento. E se è vero forse che è generalmente sovrastimata l'influenza sui giuristi dell'antiaristotelico Pierre de la Ramée (Petrus Ramus), l'ugonotto ucciso nella notte di san Bartolomeo, è certo comunque che la sua fortuna fu grande non solo in Francia, ma soprattutto in Germania e in parte in Inghilterra, favorita proprio dalla sua collocazione confessionale.

La 'internazionale' che determinò la «rivoluzione» cinquecentesca del diritto europeo difatti non fu composta di luterani, ma di calvinisti (nello loro varie segmentazioni), e fu avviata e guidata dagli ugonotti francesi e dalla loro diaspora, tutti intrisi di cultura umanistica. Non per caso fu la matrice umanistica a consentire la diffusione ingente dei loro scritti anche nei paesi cattolici, ovvie censure a parte, e a moltiplicarne stampe e ristampe nella breve stagione neoumanistica tra Sei e Settecento, per esempio a Napoli ed in Toscana. Berman invece cancella i giuristi umanisti ed il cosiddetto (forse infelicemente) umanesimo giuridico. Ne bersaglia, quando gli capita, gli ammiratori adoperando frecce acuminate. Con una partigianeria evidentissima, si spinge fino a considerare Schwarzenberg e la sua *Bambergensis* (la «codificazione» penale del 1507), poi rifluita nella *Carolina* del cattolicissimo Carlo V, come un testo luterano *ante litteram*, oscurando gli interventi sul penale della dottrina e dei comuni italiani e rilanciati per esempio in Francia a partire dalla fine del Quattrocento.

La parte migliore del libro a me sembra la sezione amplissima dedicata alla rivoluzione inglese. Accanto alle ricostruzioni ricche ed originali, si manifesta però anche una evidente parzialità, a cominciare dalle inclusioni e dalle esclusioni. Spicca fra tutte la marginalizzazione di Hobbes, citato solo in quanto tenuto presente da Hale. Berman poi insiste sul comunitarismo dell'Inghilterra, di stampo nettamente calvinista. Eleva anzi la Rivoluzione inglese e l'ordinamento che ne scaturì a paradigma e modello di ordine calvinista – quasi un *Idealtypus*, starei per dire con Weber, che l'Autore non ama e difatti critica duramente. Ma la Chiesa anglicana, con tutto il suo spirito comunitario, non conservò i vescovi e la gerarchia? Non perseguì a più riprese, sanguinosamente, i calvinisti inglesi, peraltro variegati e divisi e niente affatto ortodossi? Non li costrinse a emigrare in America quando non riuscì ad assorbirli e addomesticarli?

Un volume così corposo merita certo di più delle mie rapide rilevazioni d'insieme. Ma forse Berman chiedeva proprio questo, e lo ottiene con efficacia: indurre a considerare le tesi di fondo, a ripensare i fondamenti cristiani della tradizione giuridica occidentale per rifondarla nell'età del suo appannamento. Contrastare punto per punto le singole analisi vorrebbe dire esser capaci di scrivere un libro analogo, ma diverso.

Aldo Mazzacane

Cibo e religione: diritto e diritti, a cura di Antonio G. Chizzoniti e Mariachiara Talachini, Libellula Edizioni, Tricase (Le), 2010, pp. 322.

Ancor prima della nascita e della diffusione del Cristianesimo e dell'Islam, il filosofo greco Platone nel suo *Convivium* affida al ricordo dei posteri una irraggiungibile quanto evocativa immagine della sacralità dell'*agape* (nell'accezione cristiana di banchetto comunitario), nella quale ogni commensale, attraverso il piacere di assaporare cibi e bevande, si immerge in una riflessione comunitaria sull'amore che, veicolata dalle parole che si pronunciano, lo spingono ad avvicinarsi all'altro in quella forma di amore fraterno, puro, disinteressato, spirituale (appunto l'*agape* nel suo significato originario) che riduce la comunità ad unità. È nella dimensione conviviale, infatti, che emerge il rispetto della persona, perché la comunicazione richiede ancor prima di essere ascoltati l'ascolto dell'altro e delle sue opinioni e, in questo reciproco gioco di rinuncia ai propri egoismi, la comunione diventa un mezzo per elevarsi moralmente, non da soli, ma insieme.

Considerando l'elevazione morale e spirituale della comunità la fondante finalità di ogni confessione religiosa, diventa quindi facile da comprendere il rapporto "in-scindibile", che lega ogni religione al cibo. L'opera recensita indaga su tali legami e li ricostruisce minuziosamente servendosi degli apporti di più studiosi.

La prima parte dell'opera, "*Libertà religiosa e prescrizioni alimentari*", si apre con il contributo del curatore Antonio G. Chizzoniti, su cui si ritornerà successivamente in quanto le riflessioni ivi contenute ben si collocano a chiusura dell'intera trattazione. L'indagine vera e propria delle regole alimentari religiose (RAR), ha inizio con l'analisi della "normativa alimentare cristiana" ben riassunta da Laura De Gregorio nelle affermazioni: "*Mangiare tutto, mangiare con tutti, ringraziare Dio*" (p. 49). L'intervento non si limita ad un'asettica ricostruzione delle (non numerose) prescrizioni alimentari cristiane. Difatti, la De Gregorio antepone all'indagine di tali norme un'introduzione incentrata su due casi di stretta attualità. Il primo caso esaminato concerne gli inviti proposti da alcune Diocesi ai propri fedeli di astenersi, durante il periodo quaresimale, dall'alcool, dall'auto, dagli *sms* e da *facebook* piuttosto che dal consumo di acqua minerale imbottigliata, inviti che richiamano ad uno stile di vita autenticamente cristiano, lontano dal superfluo e che vengono allontanati dalla loro apparente eccentricità per essere ricondotti all'ortodossia dalla De Gregorio attraverso il calzante riferimento all'antico inno liturgico quaresimale "*Utamur ergo parcius, /verbis, cibi set poti bus, /somno, iocis et arctius /perstemus in custodia*" (Usiamo in modo più sobrio parole, cibi, bevande, sonno e giochi e rimaniamo con maggiore attenzione vigilanti, p. 60). Ben più ricca di implicazioni problematiche la questione relativa alla circolare Marsilio, dal nome dell'assessore al Comune di Roma per le po-

litiche educative e scolastiche, il quale, accogliendo le richieste provenienti da alcune famiglie cattoliche, imponeva a tutte le scuole pubbliche elementari e medie dell'*Urbe* di anticipare al giovedì, per la durata del periodo quaresimale, le pietanze che al venerdì contemplavano la carne. Al riguardo la De Gregorio non esita a ravvisare una lesione al supremo principio di laicità e al principio di uguaglianza, prevalentemente in ragione del carattere generale e preventivo della misura in esame. L'opinione è da condividere proprio perché la tutela delle esigenze alimentari degli studenti cristiani era già garantita attraverso la possibilità di derogare al menù in forma individuale, con la conseguenza che la circolare, non realizzando alcuna utilità pratica, appare come un atto fortemente orientato in senso confessionale. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è ancor più doveroso segnalare che sia lo stesso riconoscimento dell'autonomia delle istituzioni scolastiche, contenuto nell'art. 117 Cost., unitamente all'esercizio da parte dei Comuni di incisivi poteri normativi in materia di organizzazione delle mense scolastiche a rendere allarmante il rischio di regolamentazioni frammentarie e disomogenee a seconda dei diversi territori comunali.

Il resto dell'intervento è dedicato alla disamina dell'astinenza e del digiuno, compreso quello eucaristico, così come disciplinati nelle Costituzioni *Sacrosanctum Concilium* e *Paenitemini* e nel diritto particolare. Manca invece una riflessione più completa sul ruolo della tavola e del cibo nella religione cattolica, che avrebbe sicuramente meritato un cenno dal momento che è nella mensa comune, nella mensa eucaristica, che il cristiano, annullando le distanze con la divinità, si ciba della divinità stessa, di Cristo fatto corpo. Nel Cristianesimo, infatti, la divinità si fa cibo ed è col nutrirsi di questo cibo che il fedele testimonia la sua vicinanza a Dio consacrando l'inscindibile legame tra religione e cibo.

A differenza del cattolicesimo, numerose sono le regole alimentari nel diritto musulmano, cui è dedicato il contributo di Lorenzo Ascanio che accompagna all'elencazione delle prescrizioni alimentari islamiche, comprese le regole in materia di macellazione rituale, la *ratio* delle stesse, con rigorosa attenzione alle fonti da cui sono tratte. Apprezzabili le conclusioni, da cui emerge in modo significativo, che le RAR islamiche, affermatesi in un primo momento attraverso la mescolanza di tradizione e consuetudini con il fattore etico-religioso, con l'avvento del Profeta Maometto vengono "codificate" nella *Sunna*, trasformandosi così da usanze in norme da osservarsi ad imitazione del comportamento del Profeta stesso: il cibo è strumento con cui uniformare la propria condotta a quella indicata come retta dal Profeta e dalla divinità.

Segue l'indagine delle innumerevoli regole alimentari ebraiche (*kasberùt*) che Stefania Dazzetti ha il merito di elencare in modo ordinato e completo. È condotta una doviziosa ricerca dei fondamenti di tali regole, tutte dirette a realizzare "la composizione meravigliosa del piacere del corpo con quello dello spirito" (p. 108); non mancano, inoltre, opportune considerazioni sul significato che l'ebreo è tenuto ad attribuire alla propria condotta alimentare. Se ne ricava che tutte le RAR ebraiche sembrano essere "ossessionate" dal ricordo degli antenati e delle proprie radici spirituali, e questo è anche comprensibile alla luce delle vicissitudini storiche del popolo israelita. Per cui la tavola, soprattutto nei secoli della diaspora, rinnovava il legame della famiglia con le proprie radici culturali e religiose, così come il rispetto delle rigide prescrizioni alimentari sanciva, e sancisce ancora, il mezzo quotidiano con cui affermare l'appartenenza ad un'identità religiosa forte che funge da collante della stessa comunità ebraica.

Il contributo di Maria Rosaria Piccinni sul "labirinto" delle RAR della Chiesa

ortodossa, che prevedono limitazioni alimentari per ben 210 giorni all'anno (opportuna sinteticamente in uno schema dalla Piccinni), ed il lavoro di Tiziano Rimoldi sulla Chiesa avventista, in cui il corretto rapporto con il cibo ed uno stile di vita sano diviene l'essenza stessa del messaggio religioso – non a caso la Chiesa avventista è definita Chiesa della *Health Reform* –, chiudono quella parte del volume che si occupa, con profitto, di divulgare la conoscenza delle RAR delle principali confessioni.

Sicuramente interessante è il tema dell'utilizzabilità di simboli religiosi (mezzaluna, croce, stella di Davide), o di particolari denominazioni (ad esempio i termini *halal* o *kascher*) in marchi atti a certificare il rispetto, nella produzione e preparazione degli alimenti, delle regole alimentari confessionali, particolarmente stringenti nell'Islam e nell'Ebraismo. La tematica è affrontata da Fernando Leonini, il quale, dopo una breve rassegna della legislazione italiana – che non esclude l'utilizzo di simboli o denominazioni religiose nei marchi in virtù dell'impossibilità di vantare un diritto di esclusiva nei confronti di simboli e denominazioni religiose, per definizione appartenenti all'intera collettività –, propende per la possibilità della confessione religiosa di registrare un marchio collettivo, onde consentire, da un lato all'autorità confessionale i necessari controlli sulle produzioni effettuate dagli imprenditori che decidano di avvalersi del marchio collettivo, e dall'altro, garantire, mediante il coinvolgimento della stessa autorità confessionale, la piena fiducia del fedele-consumatore sul rispetto delle norme in tema di macellazione rituale. Senza dubbio l'utilizzo del marchio collettivo depositato dalla stessa autorità confessionale si fa preferire all'utilizzo dei marchi cd. di selezione o raccomandazione, nei quali rimane l'imprenditore titolare del marchio ad autocertificare il rispetto delle procedure produttive conformi ai precetti religiosi. Con il marchio di selezione diventa difficile eliminare del tutto quella legittima diffidenza che può sorgere nel consumatore in assenza del coinvolgimento, nelle veci di garante, della rappresentanza confessionale. Tuttavia, pur condividendo l'adozione di marchi collettivi, non si può non segnalare come una tale prospettiva, possibile per gli ebrei, appaia di problematica attuazione per la religione islamica, istituzionalmente priva di una rappresentanza unitaria.

I successivi contributi, che chiudono la prima parte dell'opera, tratteggiano i sistemi adottati da Regno Unito e Spagna per la tutela delle “diversità alimentari religiose”. Con riferimento al Regno Unito, Anna Gianfreda, dopo una rassegna delle norme britanniche in materia di macellazione rituale – consentita in deroga all'obbligo del previo stordimento degli animali destinati al macello previsto già a partire dalla direttiva CE 93/119 –, si concentra fruttuosamente sull'atteggiamento dello Stato in relazione al rispetto delle RAR nei luoghi di lavoro, nelle strutture ospedaliere ed in quelle obbligate, come le carceri. La Gianfreda delinea con chiarezza i principi guida del sistema di tutela britannico, caratterizzato da uno Stato che si attiva in maniera quasi maniacale (nel senso positivo del termine) per garantire il rispetto delle RAR. Ciò si realizza principalmente attraverso l'emanazione di disposizioni – del tutto atipiche per un sistema di *civil law* – quali regolamenti organizzativi, circolari, codici di condotta, guide pratiche, rapporti informativi, atti dirigenziali in cui Stato, Agenzie nazionali di controllo, Dipartimenti, le stesse comunità religiose interagiscono tra loro nella condivisione, lontana da schemi e formalismi, dello stesso potere normativo e regolamentare. Non deve quindi sorprendere che lo Stato britannico si spinga a consentire l'accesso alle cucine ai detenuti stessi ed agli *imam* per far controllare il rispetto delle RAR islamiche, attribuendo agli stessi poteri di vigilanza, o che lo stesso obblighi i datori di lavoro a “sostenere il personale” durante i periodi di digiuno religioso, o che addirittura nelle strutture di detenzione il Dipartimento per l'Assi-

stenza spirituale in carcere, a tutela dell'esercizio del paganesimo, debba ordinare e far pervenire nel luogo di detenzione una rilevante quantità di vino, avendo cura che sia "tenuto al sicuro e utilizzato solo ed esclusivamente sotto la supervisione del cappellano pagano" (p. 183), senza tener conto delle dettagliate regole, ora sì davvero eccessive, da osservarsi per l'impiego del vino nella cerimonie pagane celebrate in carcere. Ma in un modello in cui ciò che è emerso è l'idea "che la collaborazione tra istituzioni statali, pubblica amministrazione e associazioni/confessioni religiose non avviene secondo formule predefinite" bensì "attraverso prassi informali che sono in grado di incidere, orientare e delineare la normativa" (p. 190), è inevitabile che siano anche questi i risultati, alcune volte bizzarri altre volte esemplari, di una istituzionalizzazione, spesso esasperata, della collaborazione tra Stato e confessioni religiose.

Stella Coglievina, dopo una ricostruzione di carattere generale delle fonti del diritto ecclesiastico spagnolo, comprensiva di un'attenta analisi della legge organica sulla libertà religiosa del 1980 e degli *Acuerdos* con la Federazione delle Comunità Israelitiche di Spagna (FCI) e la Commissione Islamica di Spagna (CIE), affronta il tema riguardante la registrazione dei marchi *halal* e *casher* e la disciplina della macellazione rituale – consentita anch'essa in deroga all'obbligo del previo stordimento degli animali e caratterizzata dall'attribuzione di importanti funzioni di controllo alle autorità confessionali –, per poi prendere in considerazione, la tutela delle necessità alimentari degli *internados* musulmani. Lo sforzo e la rigorosità dell'intera normazione spagnola diretta all'effettiva tutela delle RAR è tuttavia temperato, come fa notare la Coglievina, dalla ricorrente formula "en la medida de lo posible" (per quanto possibile), che sembra far degradare gli obblighi a impegni più o meno stringenti, rispetto ai quali le amministrazioni, anche in caso di una mancata tutela, possono essere manlevate da ogni responsabilità, eccependo, in virtù dell'elasticità di tale clausola normativa, di aver fatto appunto il possibile per venir incontro alle diverse esigenze alimentari dei fedeli.

Gli studiosi di diritto ecclesiastico, nel considerare i limiti in cui incorre il diritto di libertà religiosa si trovano normalmente a dover contemperare tale diritto con le altre libertà e i diritti fondamentali della persona, nonché con clausole di carattere generale quali l'ordine pubblico, il buon costume o anche – recependo l'art. 9 CEDU – la salute e la morale pubblica. Nella seconda parte del volume recensito la tutela della libertà di professare il proprio credo attraverso l'osservanza delle regole religiose sulla macellazione rituale è confrontata con l'esigenza di garantire il benessere animale, esigenza avvertita sempre più con maggiore sensibilità dal momento in cui si riconosce all'"animale non umano" carattere di essere senziente. Alla base della macellazione rituale vi è infatti la circostanza che al momento dell'abbattimento l'animale arrivi cosciente, non stordito, né anestetizzato o narcotizzato. Tale attenzione verso le sofferenze dell'animale destinato al macello ha portato ad introdurre l'obbligo del previo stordimento al fine di evitare quelle inutili e crudeli sofferenze che la macellazione rituale sembrerebbe non impedire. Tuttavia, come è noto, si tratta di un obbligo cui è possibile derogare proprio per soddisfare le esigenze alimentari religiose di ebrei e musulmani.

La seconda parte è aperta dal contributo di Diego Fonda che, avvalendosi degli ultimi risultati della ricerca scientifica sulla macellazione rituale e la conseguente percezione del dolore da parte dell'animale, cerca di dettare una serie di proposte atte a perfezionare la procedura di abbattimento ai fini dell'ottimizzazione del rapporto tra macellazione e benessere animale. Segue la cronistoria normativa della macellazione rituale scritta a quattro mani da Franco Pezza e Paola Fossati. L'intervento si fa par-

ticolarmente apprezzare per la comprensione della necessità di uniformare a livello comunitario la concessione di deroghe all'obbligo del previo stordimento del bestiame, in quanto *“una modifica parziale solo in alcuni Stati membri altererebbe gli equilibri del libero commercio”* (p. 255) finendo con lo squilibrare inevitabilmente il mercato ed il commercio delle carni. Seguono i contributi di Paola Fossati, Rossella Bottoni e della curatrice Mariachiara Tallachini. Quest'ultima chiude il volume domandandosi se il crescente rispetto per gli animali non costituisca una tappa obbligata verso la costruzione dell'Unione Europea intesa come società democratica ed etica.

A conclusione della lettura risulta indispensabile rileggere il contributo che apre il volume, dal titolo *“La tutela della diversità: cibo, diritto e religione”*. In esso, il curatore Antonio G. Chizzoniti, affronta il tema della tutela delle RAR mettendo in risalto le problematiche di diritto ecclesiastico che ne scaturiscono: il rischio di discriminazioni alla rovescia, il rischio dell'affermazione di *“statuti personali non in linea con gli assetti propri di una società democratica”* nel caso di un *“generale e generico accoglimento di ogni possibile regola alimentare”* (p. 25); il problema della fonte cui affidare la tutela delle RAR e la scelta tra una tutela generale contenuta in una legge organica sulla libertà religiosa o una tutela differenziata da inserirsi nelle singole intese. Non manca una rapida sintesi di come la libertà religiosa e le relazioni dello Stato con le confessioni religiose sono riguardate nell'ordinamento italiano. Sono commentati l'art. 9 CEDU, gli artt. 7, 8, 19 Cost., l'art. 3, 2° comma viene opportunamente letto congiuntamente all'art. 19 in virtù *“dell'apporto della dimensione religiosa allo sviluppo della personalità umana”* (p. 28). All'art. 3, 1° comma Cost. Chizzoniti attribuisce la funzione di garantire ai singoli ed *“ai gruppi pari dignità sociale e uguaglianza davanti alla legge”* (p. 27). Sicuramente attribuire tale funzione all'art. 3, 1° comma Cost. significa forzare la lettera della disposizione costituzionale, che si rivolge inequivocabilmente ai soli cittadini, lettura peraltro confermata dal precedente art. 2 che si riferisce non ai gruppi, ma ai singoli all'interno del gruppo e dall'art. 8, 1° comma che, lungi dal proclamare l'uguaglianza dei gruppi religiosi, garantisce solo un'eguale libertà degli stessi. D'altronde ritengo che la principale preoccupazione delle singole confessioni religiose non sia quella di essere assimilate alle altre, stante l'esclusività del messaggio e della missione di cui ognuna si fa portavoce. Credo, al contrario, che alle singole confessioni possa maggiormente interessare il riconoscimento di un'uguaglianza nella libertà ed in tal senso l'art. 8, 1° comma offre un'adeguata tutela.

La rilettura del contributo di Chizzoniti, offrendo allo stesso tempo premesse e conclusioni, elimina buona parte degli insopprimibili difetti di un'opera collettanea, quale quella recensita. Le inevitabili ripetizioni e sovrapposizioni non minano la scorrevolezza della lettura, sorretta costantemente dalla curiosità e impegnata dalla meticolosità degli interventi, non solo limitati alla divulgazione scientifica, ma proiettati ad offrire allo studioso del diritto ecclesiastico un quadro completo della tutela delle esigenze alimentari religiose. L'indiscusso raggiungimento di questo obiettivo, a mio giudizio, non può non dare soddisfazione agli ideatori di questa pregevole iniziativa scientifica.

Fabio Balsamo

Sergio Lariccia, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci, Roma, 2011, pp. 281

Sotto il titolo *Battaglie di Libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci, Roma, 2011, pp. 281, Sergio Lariccia fa a me e a tutta la comunità di ecclesiastici e pubblicisti un dono inaspettato, quello di ripercorrere le vicende del nostro Stato Repubblicano più recenti e le tappe principali che le hanno segnate: la scuola, il divorzio, la riforma del diritto di famiglia, la legge sull'aborto, le intese con i gruppi religiosi di minoranza, la giurisprudenza della Corte costituzionale, dopo un certo periodo evolutiva, la riforma del concordato, le prospettive europee.

Dal momento che questo arco di tempo racchiude il periodo stesso della mia vita biologica, debbo dire che la lettura è stata per me piacevolissima perché mi ha indotto a rivisitare vicende in buona parte vissute e partecipate ma soprattutto per la consonanza di idee che da sempre mi accomuna a Sergio Lariccia, come nessun altro studioso di adamantina chiarezza e lucidità, sempre informato e mai ambiguo nelle sue conclusioni, con una visione ampia dei diritti e dei doveri dei cittadini e delle formazioni sociali, con un preciso riguardo alla storia legislativa e politica del nostro Paese, con una sensibilità costituzionale e in senso lato giuridica che caratterizza pochissimi altri cultori di tali discipline. Il modo stesso in cui procede Lariccia è poco accademico, volutamente asistemico, perché parte da citazioni importanti o dagli stessi articoli di legge e denuncia, di volta in volta, l'inattuazione dei diritti civili, la tardiva attuazione degli impegni costituzionali, più volte sottolineata da Calamandrei, i tentativi di revisione costituzionale di Lelio Basso, i problemi mai risolti come quello della laicità, o degli effetti civili del matrimonio canonico, in una prospettiva quanto mai attuale dal momento che affronta aspetti nuovi come quello dei simboli religiosi, dell'identità europea, della bioetica.

Se ne trae un quadro direi quasi esaltante di una legislazione *in progress* che nessuna resistenza politica – soprattutto di parte cattolica – riesce a frenare, così come per la legge sul divorzio e il relativo *referendum*, che quella sull'aborto, per la concezione stessa della famiglia e della condizione della donna, per la depenalizzazione dei reati di opinione, per cui sembrerebbe che le riforme legislative in materia ecclesiastica si siano potute attuare conformemente agli auspici della società civile, e che i cosiddetti diritti sociali abbiano fatto agio sui diritti formali, ancorché garantiti dal Codice civile, dalla stessa Costituzione, ma soprattutto dal concordato.

Lariccia, se non ricordo male, fu Segretario di quella Commissione Gonella con la quale iniziò la revisione del Concordato del '29 (gli altri commissari erano Jemolo e Ago), tendente ad evitare l'abrogazione dell'istituto concordatario e ad adeguarlo alle disposizioni costituzionali. Seguirono, com'è noto, sei bozze più una quinta *bis* che costituirono la base degli Accordi dell'84. Nonostante questa sua partecipazione di stampo revisionista, è del tutto evidente che Lariccia è contrario allo strumento del concordato, anche a quello dell'84, così come è evidente che non ha alcuna remora circa le responsabilità politiche della Democrazia Cristiana, ma soprattutto del magistero ecclesiastico. Lariccia ricorda molto bene che Moro fu costretto alle dimissioni per la questione del divorzio, che Rumor fece altrettanto per non sottoscrivere la legge, che gli stessi cattolici, nonostante fossero divisi, soprattutto sull'opportunità del *referendum*, trovarono una loro unità contro l'aborto, adeguandosi pedessequamente agli interventi pontifici.

Che cosa se ne trae? Costantemente la Chiesa è intervenuta nelle questioni legi-

slative e giurisdizionali italiane criticando anche alcune sentenze della Corte Costituzionale, e ciò le è stato ampiamente consentito tranne che da alcuni gruppi cattolici di sinistra. Emblematica al riguardo la questione dei consultori familiari. Lariccia coglie l'occasione, parlando delle identità individuali e collettive, di esprimere una parola in favore del matrimonio omosessuale, come, tornando più volte sulla questione scolastica, in favore della scuola pubblica, ricordando, per quello che concerne la scuola privata, l'inciso della Costituzione "senza oneri per lo Stato", riprende la sentenza Cordero del '72 che io stesso avevo annotato proprio nel senso datogli da Lariccia, cioè della prevalenza della libertà di insegnamento individuale su quella dell'istituzione; accenna alle inefficienze parlamentari che hanno dato ampio spazio alla giurisprudenza costituzionale, sia essa interpretativa o manipolativa; difende con sensibilità il rapporto tra individuo e gruppi sociali e gli aspetti stessi del pluralismo giuridico tardivamente attuatisi. È, come dicevo prima, una visione "progressista" della nostra società che stride alquanto con l'attuale situazione politico-giuridica, che si sostanzia in reiterati favori alla Chiesa cattolica da parte del governo, in continui attacchi al potere giurisdizionale e alla stessa Corte costituzionale, una visione sostanzialmente di conservazione e garanzia molto simile a quella che si trae dai primi anni della nostra vita repubblicana, dove però i cattolici avevano un partito che li rappresentava sistematicamente mentre oggi, in mancanza di qualsiasi opposizione, questo partito è del tutto trasversale.

Su quest'ultimo periodo Lariccia avrebbe potuto dire qualcosa di più, anche se è comprensibile quali siano le sue opinioni. Il fatto è che la nostra generazione è del tutto superata per il venire meno delle ideologie e dei partiti politici che le rappresentavano. Ciò è avvenuto anche per loro responsabilità, per non aver saputo interpretare i tempi, per non aver dato seguito e sviluppo alle loro idee. Di questo Lariccia non è certamente responsabile.

Non credo che solo io abbia tratto grande piacere dalla lettura di questo libro, credo che tutti gli ecclesiasticisti di estrazione laica – purtroppo molti pochi – abbiano tratto analogo piacere. Lo strumento concordatario è ancora in vigore al pari della legislazione ecclesiastica che lo attiva, il magistero continua a intervenire nelle questioni di sua stretta competenza, nulla è mutato, anzi rispetto alla stagione analizzata da Lariccia la situazione è notevolmente peggiorata. Spero che gli attentati alla Costituzione non riguardino i diritti di libertà. Non è solo l'art. 7, com. 2, che non ha più copertura costituzionale, a destare perplessità. La stagione delle comunità intermedie è terminata e i riferimenti alle formazioni sociali sembrano disposizioni antiquate per il minore valore oggi assunto da sindacati e partiti politici, per la diversa visione della famiglia, ma soprattutto perché l'individuo non è più al centro di tali diritti ma continuo oggetto di sopraffazioni e limitazioni della propria libertà che storicamente ha costituito un valore solo per lo Stato liberale. Per questo verso v'è una continuità tra il fascismo e il periodo attuale, incapace di garantire ai singoli i propri e più elementari diritti.

Mario Tedeschi

Il fenomeno migratorio. Note a margine di Agostino Marchetto – Chiesa e migranti. La mia battaglia per una sola famiglia umana. Intervista di Marco Roncalli. Ed. La Scuola – 2010.

In un genere consolidato e di successo, quale l'“intervista” si inserisce il libro in questione. Viene trattato un tema di grande attualità in quanto l'opinione pubblica è fortemente scossa dagli avvenimenti di questi ultimi tempi, mi riferisco agli sbarchi continui sulle nostre coste di “migranti” da paesi più poveri verso terre più ricche, e alle tragedie umane di cui costoro sono portatori, unitamente ai fortissimi disagi che provocano nel paese ricevente e che spesso vengono amplificate nei media e dalla politica.

La conversazione di Mons. Agostino Marchetto tralascia l'aspetto esteriore e formale del fenomeno per affrontare questioni di sostanza, dove “l'uomo di Chiesa”, forte della sua esperienza acquisita sul campo, non teme di mettersi contro le false e poco umane prospettive suggerite dalla politica, specialmente in occasione di competizioni elettorali, per privilegiare l'uomo o meglio la persona con tutta la sua dignità.

Appare subito chiaro che ci troviamo di fronte ad una voce che spesso si pone “fuori dal coro” e che evidenzia come il cattolicesimo vissuto non sia monolitico e compresso all'ombra della Chiesa-istituzione, resta comunque fermo che per l'autore i punti di riferimento continuano ad essere l'insegnamento evangelico, la dottrina sociale della Chiesa e l'impegno per la giustizia sociale.

Certamente si tratta di un vivace dibattito stimolato da domande spesso suggestive a cui corrispondono risposte puntuali e informate; viene messo a fuoco un quadro reale del fenomeno migratorio, dove non sono taciuti i problemi veri, le delusioni per le scelte affrontate, ma si intravede sempre la speranza e la voglia di riscatto. In ogni risposta prevale l'anima sacerdotale di Mons. Marchetto, perché è dettata dal rifiuto di ogni discriminazione verso i più deboli fra tutti gli immigrati in fuga dai continenti dove la fame e la guerra non lasciano spazio al vivere. Il richiamo alla “Scrittura” diventa il filo conduttore e la ragione ultima delle sue risposte e ancora di più della sua azione passata e (credo) presente, pur non occupando più posti di responsabilità istituzionale, dopo le sue dimissioni da vescovo settantenne ancora pieno di “voglia di fare”.

Il nostro autore preferisce non entrare nella polemica con una certa parte politica ma preferisce meditare su un insegnamento di Esodo 22,20 “non molesterai il forestiero né lo opprimerai perché voi siete stati forestieri in terra di Egitto”; questo pensiero ritorna più volte quando vi è una sollecitazione in tal senso; in altri passaggi richiama l'opera del buon Samaritano, e si interroga sul significato della frase evangelica: “Ero straniero e mi avete ospitato”.

Nell'intervista in commento, se il richiamo alla “Scrittura” e all'insegnamento ecclesiale rappresenta la trama su cui si svolge il pensiero di Mons. Marchetto, non mancano i riferimenti a temi tecnici propri che ci aiutano a meglio comprendere il fenomeno migratorio. Si affronta con proprietà quello che viene denominato il “pianeta migranti” e si fa chiarezza sui soggetti interessati agli spostamenti volontari o forzati. Da qui l'opportuno richiamo ad una esatta terminologia: vi sono gli “immigrati economici” quali le persone che volontariamente abbandonano il loro paese per cercare lavoro e una migliore condizione di vita (residenti regolari con permesso); i “clandestini” che in maniera irregolare e senza permesso entrano nei paesi di destinazione; i “rifugiati” che hanno uno “status” riconosciuto dalla convenzione di

Ginevra del 1951 perché perseguitati nel loro paese; infine vi è l'ampia categoria dei "richiedenti asilo" che presentano una domanda per il riconoscimento di status di rifugiato oppure per ottenere altre forme di protezione internazionale.

Discorso a parte presentano i "nomadi" e in special modo gli "zingari" comprendenti le varie sigle (Rom, gitani, Sinti, etc), infatti si tratta di gruppi che sono particolarmente avversati dalla società civile (si veda la posizione della Francia e la adesione parziale dell'Italia ai rimpatri), qui la parola chiara di Mons. Marchetto nel richiamare la "missione di verità da compiere dalla Chiesa" ("Caritas in veritate"), diventa più forte e convinta.

Dopo l'opportuna chiarificazione dei termini essenziali del fenomeno, l'intervento acquista una dinamica più attuale e potremmo dire politico-sociologico, viene affrontato il grave problema del traffico umano e la sua gestione da parte della malavita organizzata; non mancano chiari riferimenti alle strategie fornite dalla politica dove la paura del diverso, l'insicurezza in casa, e l'alterazione della realtà rappresentata nei periodi preelettorali provocano rigetto, segregazione e mettono in seria crisi la tanto discussa "integrazione".

Su quest'ultimo termine l'autore denuncia la scarsa chiarezza semantica per cui difende una chiara tesi: l'integrazione non è "assimilazione", non si può parlare di "acculturazione" ma "inculturazione" e in modo specifico non si può parlare di "multiculturalità". Pregevole è il tentativo di costruire il concetto di "giusta integrazione" prendendo in prestito il pensiero di Weil con riferimento alla Francia, per cui l'integrazione giustamente deve essere fondata sul principio di uguaglianza, sulla lingua, sulla memoria della rivoluzione e sulla laicità positiva.

I mezzi concreti perché vi sia una "giusta integrazione" e perché l'immigrazione non sia solo un problema ma una risorsa, vanno ricercati nel lavoro, nella casa, nella tutela della salute e ancora di più nella necessità dei ricongiungimenti familiari. Mons. Marchetto non tralascia di evidenziare l'importanza della scuola in questo percorso di integrazione, anche se non nasconde le difficoltà che si riscontrano quando si parla di "tetto" massimo che limita il numero di bambini stranieri in ogni scuola e qui riferisce che occorre mantenere un certo equilibrio tra le parti interessate affinché l'integrazione riesca. In questa ricerca di pervenire ad una "giusta integrazione" l'autore affronta l'annosa questione dei contenuti che deve avere l'insegnamento della religione nelle scuole, purché essa sia formazione e non indottrinamento; così come affronta la difficoltà di un insegnamento della religione islamica, mancando ancora oggi "una legittima rappresentabilità" di questi soggetti.

Effettivamente, collegata alla problematica di cui sopra e in special modo all'educazione, vi è la questione della cittadinanza; secondo l'autore propone che è auspicabile il passaggio dallo "jus sanguinis" allo "jus soli"; l'autore difende la tesi che cittadini si diventa perché vi è stata la nascita in un determinato paese, anche sulla scorta di altre legislazioni, quale quella americana, o quella tedesca con alcuni temperamenti. Con questo viene auspicata una evoluzione dell'idea di cittadinanza, vista la non coincidenza tra la comunità politica e quella residenziale.

Mons. Marchetto non si limita a fornire risposte solo improntate al buon senso ma quando si affronta, da parte dell'intervistatore, il contesto legislativo in cui si è snodata la politica italiana in tema di immigrazione, le risposte diventano ancora più puntuali e informate. La conoscenza del lungo iter legislativo (leggi: Martelli, Turco-Napolitano, Bossi-Fini) ci consegna un interlocutore che è sempre intervenuto nei processi legislativi, formulando critiche costruttive e giudizi rigorosi. Sul punto mi sembra emblematica la disamina al c.d. "Pacchetto sicurezza" del luglio 2009.

A parere di mons. Marchetto questo provvedimento ha instaurato una “legislazione criminalizzante”, per le pene reclusive, le sanzioni economiche e in particolar modo perché i “centri di identificazione ed espulsione sono diventati nuovi lager”. Si tratta quindi di una legislazione “chiusa all’umano”, che ha trasformato la immigrazione irregolare in un crimine.

Anche pronunciando queste parole così forti l’autore non entra mai nella polemica politica e quando gli attacchi di certa parte politica diventano violenti, il sacerdote non “si ferma a raccogliere le pietre che gli buttano dietro perché pensa di aver fatto il suo dovere”.

Non mancano, comunque, nell’intervista, riferimenti a temi di pregnante attualità quali il caso Libia e i respingimenti in mare effettuati in modo indiscriminato, il trattato firmato da Berlusconi con il governo libico del rais Gheddafi, gli effetti negativi in termini di umanità, l’esame dello Statuto della regione Veneto dove il tentativo di chiusura verso i “forestieri”, va contro i diritti umani fondamentali anche degli immigrati irregolari.

La parte che mi piace evidenziare è il richiamo costante agli insegnamenti evangelici del “prete” Marchetto ed il riferimento alla dottrina sociale della chiesa; alla luce di questi principi si afferma che l’integrazione è sicuramente difficile specialmente quando vi è il rischio di perdere l’identità cristiana di fronte ai consistenti afflussi di persone appartenenti ad altre religioni. Il nostro autore non sminuisce il concetto di identità nazionale perché “serve ad essere se stessi, a dare sicurezza e a permettere il dialogo con l’altro”, aggiungendo che “l’identità locale deve accompagnarsi con l’apertura universale”, ovviamente avverte che la questione dell’identità potrebbe essere usata come arma contro i soggetti che professano altre religioni ed in particolare contro i gruppi di fede musulmana (l’Islam). A questo punto, ancora una volta il buon senso dell’autore disdegna la parola “contenimento” di altre tradizioni, culture e culti e continua a privilegiare una integrazione che non diventi assimilazione; ovviamente l’accettazione da parte dei gruppi, delle leggi, della costituzione e della cultura del paese che li ospita, potrebbe evitare posizioni squilibrate con tentativi di manifestazioni di forza e di arroganza non proprio accettabili come è avvenuto nel caso della preghiera islamica in piazza del Duomo a Milano.

In questa disamina l’autore ha coscienza che vi è difficoltà di dialogo e quindi di integrazione con l’Islam perché il sistema teocratico che lo caratterizza, le frange estremiste esistenti all’interno di questo mondo complesso rendono gli immigrati musulmani “diversi più di altri”, allora tutte le questioni riguardanti i segni, i loro vestiti (il niqab, il burqa), l’uso dei luoghi pubblici, non vanno affrontate da un punto di vista religioso, ma “pur nel segno di un diritto dello Stato, non con un’apposita legge, ma ricercando una convinzione in dialogo con i gruppi che hanno atteggiamenti meno duri”. In definitiva viene auspicato un cambiamento di mentalità perché vengano aboliti i pregiudizi laicisti o clericali; intanto il confronto sul dialogo interreligioso, privilegiando l’aspetto interpersonale degli incontri, può portare ad una integrazione.

In questo dialogo a mons. Marchetto non sfugge mai la dimensione religiosa del problema migratorio, specialmente quando la Chiesa è chiamata, in via sussidiaria, ad individuare le principali questioni con le quali deve confrontarsi sia a livello particolare che internazionale. Allora, non solo la denuncia, la negoziazione, la mediazione appartengono al ruolo svolto dalla Chiesa, ma è opportuno tenere in gran conto la metodologia che va adottata nella sua azione: prevedere l’individuazione di un proprio progetto sociale e culturale che diventi un fattore di “stabilizzazione sociale”.

La Chiesa con le sue strutture pastorali e la sua specificità nell'intervento, anche se non perviene ad una piena integrazione, all'attualità già profonde ogni sforzo perché "si determini almeno una capacità di convivere in pace". In questa opera della Chiesa, va evitata ogni confusione con gli indirizzi politico-sociali e con il momento legislativo-normativo, ma anche ritenendo importante la conoscenza del credo religioso degli immigrati, che permetta di individuare le modalità di insediamento nel Paese che li accoglie; resta infine fondamentale il privilegiare la centralità della persona umana perché "la posta in gioco non è un mero incontro tra le culture ma la consapevolezza che ci stiamo interrogando sul senso della vita".

A voler dare un giudizio complessivo sulle pagine di questa intervista, emerge con grande chiarezza sia la piena conoscenza del problema migranti da parte di mons. Marchetto, maturata nel suo decennale servizio in un dicastero della S.Sede quale il "Pontificio Consiglio della pastorale per i migranti e gli itineranti", sia la passione del vescovo verso temi che richiedono oltre che competenza formale anche passione sacerdotale.

Dalle pagine in commento rileviamo altresì una sensibilità oltre che per le questioni sociologiche anche per i profili politico-funzionali del fenomeno migratorio, inquadrati nel termine ormai abusato del "multiculturalismo". Sotto il profilo della sociologia l'autore approfondisce le specificità culturali dei gruppi che sono presenti sul territorio e formano comunità in quanto sono fornite di una forte identità (lingua- religione- connotati etnici comuni). Mons. Marchetto ben conosce le elaborazioni fornite dalla sociologia, allorché pensa che la strategia dell'"assimilazione" non ha ragion d'essere, ma in uno Stato democratico il problema che i governi devono affrontare è quello dell'integrazione "dei soggetti nuovi arrivati". La parola magica "integrazione" presuppone, quindi, il rispetto delle tradizioni e delle religioni professate, che si traduce nella conservazione dei riti comunitari e nella costituzione di luoghi di preghiera e di culto. All'uomo attento che ha una visione concreta della realtà, perché l'ha vissuta come Nunzio della S.Sede in svariati paesi dell'Africa e dell'America latina, non sfugge che anche l'integrazione può produrre effetti negativi, perché può creare comunità chiuse dove vengono accentuate ed esasperate le divisioni dal resto della società. A questo proposito, una attenzione particolare l'autore la dedica agli immigrati musulmani provenienti da paesi diversi ma uniti da una stessa fede religiosa; egli, nel prendere atto che questa fede rappresenta ormai la seconda confessione esistente nel nostro paese, dopo il cattolicesimo, non può trascurare il problema dell'Islam, delle sue divisioni interne, della mancanza di univoci centri di riferimento, della considerazione erronea che l'integralismo sia espressione unica dell'Islam, ed allora ipotizza, forse con grande senso dell'utopia, una cultura musulmana che esca dalla "gabbia" del "credere obbedire e combattere" e i musulmani, pur continuando a professare la loro fede, possano individuare processi educativi capaci di arginare ed isolare gli estremismi facendo prevalere il dialogo autentico. Qui incontriamo l'utopista ma ancor di più il credente che non perde la speranza.

Mons. Marchetto sa bene che le problematiche del multiculturalismo, necessariamente devono trasferirsi dalle ricostruzioni teoriche fornite dalla sociologia all'impatto con la realtà ed allora la parola passa alla politica, in questo caso è opportuno procedere all'esame dell'azione delle forze politiche presenti nel nostro paese, tenendo conto, in special modo, della produzione legislativa approntata per disciplinare il fenomeno.

Le problematiche politico-giuridiche hanno un rilievo particolare nel libro. Mons. Marchetto ben conosce la legislazione che si è succeduta negli anni in cui ha avuto

responsabilità istituzionali come rappresentante della S.Sede, in questo capitolo si evidenzia tutta la “vis polemica” dell’autore verso forze politiche che vogliono ostacolare l’accoglienza e rifiutano di mantenere le comunità di migranti nel nostro paese. Forte è la critica verso il c.d. “pacchetto sicurezza” che istituzionalizza i respingimenti e la costituzione dei “Centri di identificazione e di espulsione”, fino ad arrivare alla criminalizzazione degli irregolari. Ma assieme a questa forte critica dell’apparato normativo, vi è sempre, nelle parole del vescovo, la ricerca di risposte personali e di proposte legislative perché venga superata la ordinaria indifferenza della società civile, sia verso i primi bisogni materiali degli immigrati, sia come riconoscimento delle istanze identitarie culturali e religiose degli stranieri. Per Marchetto è possibile una “società al plurale” dove si confrontano identità culturali diverse, dove non è vigente esclusivamente il diritto all’“uguaglianza” (diritto dei gruppi presenti nel tessuto sociale di essere uguali) ma, negando l’assimilazione, si può passare al “diritto alla diversità” come istanza di restare diversi, con una propria identità ben conoscibile attraverso anche segni esteriori.

In questi processi vi deve essere certamente un intervento necessario dello Stato, anche perché una legislazione opportuna dovrebbe risolvere i conflitti e trovare compromessi accettabili, ma è chiaro all’autore che anche la Chiesa deve fare la sua parte perché si avvii un dialogo nel rispetto della tolleranza, sempre avendo come riferimento la persona umana con i suoi diritti inviolabili. L’uomo di chiesa è consapevole che questa istituzione ha un ricco bagaglio di umanità che emerge non solo dagli atti ufficiali ma anche dalle attività concrete portate avanti dalle organizzazioni del volontariato cattolico; allora vi è “la necessità di restituire alla dottrina sociale della chiesa quella centralità nell’etica e nella morale cattolica che le è propria, ma che sembra aver smarrito nel tempo”. Solo questa riscoperta può tradurre in atti concreti i valori di dignità dell’essere umano, pur in presenza delle complesse e variegate esigenze del Paese. Nella nostra società pluralista che vuole aprirsi ad un orizzonte multiculturale si possono creare ulteriori conflitti oltre a quelli che già esistono tra l’obbligo giuridico che deve disciplinare l’esistente e l’obbligo morale che scaturisce dall’accettazione morale dei valori universali quali la dignità della persona umana e la pacifica coesistenza; allora anche la legislazione statale potrebbe individuare nella “giustizia” il valore critico che il diritto è chiamato ad esprimere. Allora una legge sarà giusta quando garantirà le relazioni tra gli uomini nel pieno rispetto delle identità, quando al “diritto all’uguaglianza (come uguale trattamento, come libertà e tutele garantite, come reciprocità) si aggiunga anche il “diritto alla diversità”. In questi termini potrà avere risvolti positivi la “battaglia per una sola famiglia umana”, ingaggiata da mons. Marchetto.

Luigi Notaro

Laura Mai, *Per una rilettura del concetto di tolleranza*, Pellegrini, Cosenza, 2011, pp. 141.

In questo studio, prima filosofico-sociale e poi giuridico, l’A. - con argomentazioni strutturate e ragionate – ritaglia un ruolo “da protagonista” al concetto di tolleranza religiosa, inserendolo di merito tra quei principi fondamentali che devono guidare il legislatore e l’interprete nel difficile compito di garantire a tutti l’affermazione dei diritti assoluti, tra cui quello di libertà religiosa.

Osserva l'A. che negli ultimi vent'anni «il fenomeno religioso si è trasformato da fattore di pacificazione all'interno delle democrazie occidentali in elemento altamente conflittuale, produttivo di una crescente instabilità politica e sociale» (p. 23). Tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, appare complicato – e forse azzardato - circoscrivere effettivamente l'apice della problematica religiosa al periodo indicato, atteso che le ragioni a monte dell'11 settembre 2001, dei conflitti successivi a quella data, e degli attentati terroristici che ne hanno caratterizzato l'atmosfera, di religioso hanno avuto soltanto l'alibi, tra l'altro debole e sconveniente, come quello utilizzato per le cosiddette guerre di pace.

Di certo c'è che la globalizzazione ha aumentato la complessità sociale di tutte le comunità - con una particolare incidenza su quelle occidentali -, che si sono «dilatate» in maniera esponenziale sino a giungere negli ultimi periodi ad un punto di rottura, dove infrastrutture giuridiche rigide e vetuste non sono più riuscite a confrontarsi adeguatamente con le nuove esigenze sociali, palesando quell'incapacità attuale – rilevata dall'A. - «delle costituzioni democratiche di garantire l'integrazione politica, economica e sociale attraverso i soliti istituti giuridici ed il tessuto di premesse normative non assolute che le sorreggono» (p. 25).

Secondo l'A., questa difficoltà delle democrazie occidentali è stata generata da due causali concomitanti: da un lato, la ripresa della questione religiosa dovuta alla «fine dell'utopia in una società in costante progresso umano ed avvolta nelle sue sicurezze materiali» (p. 32); e dall'altro, dalla «particolare» interpretazione che gli Stati hanno dato al principio di separazione tra Stato e Chiesa, che ha creato - nel «vuoto» di neutralità - «un affollamento di dottrine religiose nella sfera del dibattito pubblico, ognuna delle quali cerca di prevalere sulle altre» (p. 37).

Ma la necessità d'imporre la propria dottrina religiosa, per l'A. deriverebbe dalla mancanza di un habitat istituzionale che sia in grado di accogliere ogni identità allo stesso modo, e di assicurare certezza e sicurezza, per cui il fondamentalismo religioso, unitamente al nazionalismo culturale, rappresenterebbero solo delle «reazioni difensive ... dirette contro tre minacce fondamentali ... la globalizzazione ... la società a-centrica e retificata ... la crisi della famiglia patriarcale» (p. 41).

Il fattore religioso meriterebbe, pertanto, nuova dignità e considerazione, e sia lo Stato che l'opinione pubblica dovrebbero intenderlo, secondo l'A., nel suo reale valore, ossia quale «fattore di razionalità, di svolgimento di pretese razionali all'interno di un ordinamento pluralistico e democratico e non come un bene-rifugio di individui soggiogati dalla paura del nuovo» (p. 43).

Solo se si comprende, infatti, l'essenza dell'istanza sociale che viene dai soggetti etero-colti è possibile trovare un raccordo di positiva sintesi tra diritto naturale – che riflette la portata olistica delle esigenze spirituali e materiali dell'uomo - e diritto positivo – che rappresenta l'artificiale costruzione di un ordine, e che si pone come diga ai nuovi flussi culturali, «il primo immodificabile, eterno ed universale, il secondo cagionevole, provvisorio, relativo a certi agglomerati sociali storicamente dati» (p. 49).

Non è semplice, secondo l'A., ricercare l'ideale punto di raccordo tra i due diritti, sviluppando un dialogo costruttivo e positivo, in quanto «le domande sono non solo molteplici, ma anche difficilmente conciliabili e va ricercata una conciliazione che comprenda le differenze. Dunque l'unità e l'intesa vanno conciliate con la frammentazione e l'antagonismo» (p. 70).

Per conseguire questo obiettivo, a parere dell'A., lo Stato deve dimostrare «neutralità di fronte alle differenze religiose» (p. 73), e non indifferentismo normativo verso il

fattore religioso, in quanto l'atteggiamento del governo deve essere includente e non escludente. In questo contesto, nel rispetto del principio d'eguaglianza religiosa, è compito del legislatore quello di discernere e tutelare le legittime differenze religiose, da quelle che invece potrebbero rappresentare delle insostenibili diseguaglianze religiose e sociali.

In questo confronto dialettico – che deve necessariamente coinvolgere la comunità sociale – secondo l'A., riprendendo Habermas, la tolleranza «perde la sua origine "colonialista" e assume un significato più mite: tollerare equivale a riflettere sulla possibilità che il proprio patrimonio identitario-valoriale si confronti alla pari con un patrimonio uguale (perché simmetricamente olistico) e contrario (perché fondato su assunzioni fideistiche diverse)» (pp. 78-79).

Nella prospettiva data dall'A., la tolleranza diviene un vero e proprio «dovere cognitivo verso l'altro (credente o non credente)» (p. 82), un principio basilare di convivenza civile, che unitamente alla neutralità dello Stato dovrebbe garantire la paritetica e piena affermazione dei diritti fondamentali.

L'A., tuttavia, non nasconde il paradosso della tolleranza, ovvero che in una società pluralista quest'ultima appare «appropriata solo per ciò che sembra intollerabile» (p. 88), e che quindi in essa siano presenti dei limiti strutturali ben evidenti, laddove per tollerare bisogna prima disapprovare. Tenta, però, di superare questo tipo di obiezione considerando l'ipotizzata «neutralità tollerante» (p. 91), alla stregua di un'impostazione ideale che «guarda al disaccordo tra concezioni religiose come ad un dissenso ragionevolmente prevedibile» (p. 97).

Per cui, il sentimento che sarebbe alla base della moderna tolleranza non è generato dall'aprioristica disapprovazione, ma dal rispetto per una posizione che per ragioni religiose e culturali non può essere condivisa. Tuttavia questa interpretazione, ad avviso di chi scrive, per la sua complessità e per il grado di maturazione dei fattori che coinvolge, sembra essere più rispondente alle esigenze della libertà religiosa che a quelle della tolleranza religiosa.

Sulla scorta di questa posizione, l'A. critica chi ritiene superflua l'affermazione del principio di tolleranza laddove si è in presenza del riconoscimento del diritto di libertà religiosa, nel suo pieno e complessivo significato, affermando che «il principio di tolleranza può continuare a giocare un ruolo fondamentale come principio fondamentale, direttivo dell'interpretazione (e della legislazione successiva) concernente i diritti in questione», ed assumendo che «nell'esercizio di un diritto legittimo si può essere intolleranti, soprattutto se lo si interpreta come un diritto assoluto, insuscettibile di essere bilanciato da altre diverse considerazioni di carattere normativo e, prima di ogni cosa, da altri diritti» (p. 112).

Così secondo l'A. la tolleranza assumerebbe in questa prospettiva moderna le vesti di «un *test*, un principio-base dell'esercizio del diritto di libertà religiosa», basato su «tre sottocriteri: ... il criterio di razionalità ... il criterio di universalizzabilità ... il criterio di proporzionalità ...» (p. 113).

Questa affascinante funzione regolatrice del diritto di libertà religiosa attribuita dall'A. al principio di tolleranza, tuttavia non appare del tutto convincente. Preliminarmente occorre tener presente che il principio di tolleranza è insito nel dna del diritto di libertà religiosa: dal principio di tolleranza nasce – come positiva evoluzione - quello di libertà religiosa, il quale non soltanto ha fatto propri gli aspetti della tolleranza, ma li ha sintetizzati con altre imprescindibili prerogative, unificandone e sviluppandone i sensi, creando, quindi, un'unica ed intangibile portata etica, che è certamente comprensiva del principio di tolleranza.

Per cui, ad avviso di chi scrive, non è possibile riconoscere in maniera “intollerante” il diritto di libertà religiosa, questa sarebbe un’evidente contraddizione in termini. Di certo, invece, può accadere di garantire il diritto di libertà religiosa solo ad alcuni, ma in questo caso non vi è un problema di tolleranza nell’esercizio del diritto, ma semmai una disfunzione nel rapporto tra il diritto di libertà religiosa ed il principio di eguaglianza religiosa, al quale - negli ordinamenti laici e democratici - è deputato il compito di regolare e bilanciare l’esercizio del diritto di libertà religiosa, in maniera che a tutti sia riconosciuto il diritto alla libertà di coscienza, il diritto di professare la propria credenza e il diritto di ottenere pari opportunità per professare la propria fede religiosa, senza né calpestare, né essere calpestati da chi si fa portatore di ideologie diverse.

Appare, pertanto, a chi scrive, concettualmente difficile separare il principio di tolleranza religiosa dal diritto di libertà religiosa e studiarne gli effetti di un autonomo rapporto, perché il diritto di libertà religiosa può dirsi affermato solo nella sua complessiva unicità valoriale. Si potrebbe soltanto prospettare, allora, un ricorso al principio di tolleranza religiosa, in via sussidiaria, come rimedio ad un’errata traduzione giuridica del principio di libertà religiosa, che in quanto tale, non ne permette l’affermazione del diritto. In questa ipotesi - del tutto frequente, laddove sono rari i casi in cui può dirsi affermato il diritto di libertà religiosa - certamente il principio di tolleranza potrebbe costituire un volano per la futura edificazione del diritto di libertà religiosa, ma giammai un *test ex post* o *ex ante* per disciplinarne l’affermazione.

Da ciò, il lettore ne trae un’importante riflessione: ogniquale volta che - in maniera ipocrita - Stati e ordinamenti giuridici dichiarano di riconoscere il diritto di libertà religiosa, dando per scontata l’esistenza dei diversi presupposti giuridici e sociali che ne costituiscono la base essenziale, sarebbe effettivamente può preciso, leale ed opportuno discorrere di mera tolleranza religiosa, in quanto come giustamente afferma l’A., solo «la nozione di tolleranza ... riesce a mettere a fuoco l’impossibilità di spogliarci dei nostri pregiudizi ... ma indica nello stesso tempo lo sforzo, altrettanto umano, di mettere in discussione le ragioni su cui tali pregiudizi si fondano», per cui «si tratta di un concetto fallibile e aperto» (pp. 116 -117).

E, senza dubbio, praticare la tolleranza religiosa - nel senso pieno ed intenso indicato dall’A. - riconoscendo ciò che divide le diverse religioni (ossia le ragionevoli differenze) (p. 134), può certamente costituire un primo importante punto di partenza per la futura e sostanziale affermazione - in quei tanti Paesi che non lo garantiscono, o lo riconoscono solo formalmente - del diritto all’eguale libertà religiosa.

Fabio Falanga

Istruzione e libertà religiosa. Le scuole delle organizzazioni di tendenza, a cura di N. Fiorita e A. Viscomi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, pp. 162.

In questo volume sono raccolte le riflessioni presentate e discusse nell'ambito di un Seminario universitario, promosso dalla Sezione Italiana dell'Associazione internazionale per la difesa della libertà religiosa (IRLA), tenutosi a Firenze dal tema: "Le scuole delle organizzazioni di tendenza tra libertà religiosa e istruzione pubblica".

I diversi contributi, lodevolmente sistematizzati dai curatori dell'opera Nicola Fiorita e Antonio Viscomi, delineano, con precisione cronologica e logicità descrittiva, il ruolo delle organizzazioni di tendenza nel mosaico multiculturale che pervade la sostanza dell'attuale società europea, ponendo l'accento sugli elementi caratterizzanti tali organizzazioni e sui riflessi che queste hanno sul sistema d'istruzione pubblico e privato italiano ed europeo, con un interessante riferimento anche al diritto del lavoro.

L'introduzione è affidata a Nicola Fiorita, il quale affronta subito il nodo centrale della tematica, ovvero la funzione delle scuole delle organizzazioni di tendenza in una comunità che ha l'obbligo di contemperare pluralismo e libertà. A questi istituti, si dice, è affidato l'arduo compito di conservare e rinnovare il pluralismo culturale dei gruppi che agiscono nella società (p. 5), pur nella consapevolezza che saranno altri i luoghi ed i banchi di prova dove si dovrà misurare l'effettiva sintesi tra i diversi modi di interpretare il mondo.

Seppure appare condivisibile la necessità di uno strumento atto a preservare le plurime identità culturali, non poche perplessità stimola nel lettore il conseguente obiettivo che ci si pone mediante questi istituti, ossia, favorire l'approdo ad una società interculturale nella quale possa esservi l'effettivo perseguimento della libertà e dell'uguaglianza nella diversità.

L'aspetto più problematico è difatti

rinvenibile nella seguente semplice constatazione: formare le coscienze dei giovani in maniera settoriale, trattando argomenti di studio tendenziosamente orientati verso le credenze delle organizzazioni a capo delle scuole, può effettivamente agevolare l'integrazione culturale?

Questo percorso, un po' semplicemente inteso come un processo di naturale evoluzione della specie umana (con buona pace per gli ideali perpetuati dai cultori del darwinismo), affinché possa creare le condizioni per le quali i giovani siano pronti ad integrarsi e ad accogliere la costruttiva convivenza di culture e credenze diverse, necessita di un sistema formativo quanto più obiettivo e pluralista possibile.

Le coscienze in formazione devono essere allenate alla percezione, alla comprensione, e quindi all'accettazione del diverso. Cosa che sembra difficile da attuarsi in una scuola propria di un'organizzazione di tendenza.

Come si segnala nel puntuale contributo offerto al volume da Marco Croce, infatti, nell'analisi dell'art. 33 della nostra Costituzione vi è certamente una dialettica irrisolta tra individualismo e comunitarismo, un difficile bilanciamento tra le libertà in esso garantite, ponendosi la libertà della scuola come limite implicito di quella nella scuola (p. 16).

Questo contrasto ideologico può certamente influire sulla qualità formativa offerta ai discenti, i quali verosimilmente non sarebbero agevolati nel confronto con chi ha beneficiato di una libera formazione pubblica, e quindi difficilmente predisposti ad una sintesi con valori diversi.

Per cui, secondo Croce, l'unica lettura armoniosa e costituzionalmente orientata dell'art. 33 della Costituzione è quella che tende a preservare e a far prevalere sempre e comunque la libertà nella scuola sulla libertà della scuola, sia essa pubblica o privata, in quanto condizione essenziale per costruire scienza (p. 28).

Sulla stessa linea sembra convenire

anche Marco Parisi, che nel suo intervento sull'autonomia scolastica e sul pluralismo delle scelte educative, ricorda come il D.P.R. 24 giugno 1998 n. 249 ponga quale preconditione essenziale per l'operatività delle singole istituzioni scolastiche autonome il rispetto della libertà di pensiero, di coscienza e di religione (p. 42); mentre l'art. 4, comma 1, del regolamento sull'autonomia scolastica, in considerazione della libertà d'insegnamento e delle scelte educative delle famiglie, stabilisce che vanno riconosciute e valorizzate le diversità, oltre che promosse le potenzialità di ciascuno, adottando tutte le iniziative utili al processo formativo (p. 43).

Pertanto, secondo Parisi, l'impegno educativo delle istituzioni scolastiche dovrebbe essere quello di tendere ad approcci di natura comparativa ad altri universi, così come imposto dall'attuale contesto socio-culturale (p. 50). Ed anti-educativo e proselitistico risulterebbe l'atteggiamento formativo finalizzato alla promozione di un unico linguaggio identitario, in particolare se perpetuato nell'ambito della scuola pubblica.

Giovanni Cimbalo allo stesso modo, nella sua analisi storica delle scuole delle organizzazioni di tendenza nel sistema di istruzione integrato pubblico-privato, nella quale vengono poste in evidenza le ambigue politiche perpetuate dai diversi governi repubblicani che si sono succeduti, conclude il suo appassionato contributo auspicando un forte impegno della società civile affinché venga ribadito il comune interesse per una scuola laica, gestita dai poteri pubblici in modo neutrale, e capace di rielaborare valori condivisi e comuni frutto di un rapporto dialettico tra le culture delle diverse componenti della società.

Questo perché, secondo lo studio operato dallo stesso A., la scuola privata, soprattutto se confessionale, tenderebbe nei fatti alla separazione, promuovendo lo sviluppo di comunità differenti stanziate sullo stesso territorio, mantenendo un costante confronto e coltivando la

diversità, nell'opinabile prospettiva di assorbire – adeguandole – le differenti culture (p. 88).

Chiara Favilli si è invece occupata del rapporto libertà religiosa e istruzione pubblica nell'ambito delle organizzazioni di tendenza, valutandone la disciplina prevista dall'ordinamento dell'Unione europea.

L'A. evidenzia che non avendo l'Unione competenza nel merito della disciplina dei presupposti e delle modalità di funzionamento dell'istruzione, questa assume l'atteggiamento neutrale di mero osservatore rimandando la disciplina alle legislazioni degli Stati nazionali (p. 90).

Tuttavia, l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali avente ad oggetto il diritto all'istruzione, innovando anche rispetto a quanto in precedenza previsto dalla CEDU, sancisce la libertà di creare istituti di istruzione privati e il corrispondente diritto dei genitori di usufruire di tale offerta formativa (p. 95). Tale libertà è rimessa alla disciplina dei singoli Stati membri e corrisponde al diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le proprie convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche. Unico limite è che tale libertà sia esercitata nel rispetto dei principi democratici (p. 96).

Seguono le interessanti riflessioni di Antonio Viscomi sulle organizzazioni eticamente fondate così come disciplinate nel diritto del lavoro.

L'A. segnala subito come manchi un'omogenea e precisa definizione normativa dell'organizzazione di tendenza, e come questo dia adito a non poche ambiguità (p. 104). Si pensi, ad esempio, al conseguente effetto legale di sottrazione del 728/161 istituto alle regole generali dell'ordinamento giuridico (in quanto giuridicamente "indefinito"), trasformando in legittima differenza ciò che nella sostanza giuridica è invece una palese discriminazione: l'art. 4 della l. 11 maggio 1990 n. 108, infatti, stabilisce che la disciplina della reintegrazione (a seguito di dichiarazione di nullità, annullabilità o

inefficacia del licenziamento, ex art. 18, l. 20 maggio 1970 n. 300) non trova applicazione “nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto” (p. 105).

La centralità sistemica del carattere non imprenditoriale, ai fini del riconoscimento del privilegio di cui al menzionato art. 4, produce un'evidente svalutazione del profilo ideologico, con l'immediata presa d'atto che nell'ordine giuslavoristico la “tendenza” è carattere solo eventuale di quelle che pure chiamiamo organizzazioni di tendenza (p. 107).

Questa considerazione costituisce un elemento di forte divergenza con l'ordinamento comunitario nel quale il carattere imprenditoriale o meno dell'attività svolta non sembra assumere significativa rilevanza. Difatti in quest'ordinamento i requisiti che deve avere l'organizzazione per ottenere i privilegi di legge (Direttiva 2000/1781/CE art. 4, par. 2) sono due: l'acclarata presenza di un'etica dell'organizzazione; e l'individuazione del relativo fondamento sulla religione o sulle convinzioni (p. 109). Per questo, molto appropriatamente, l'A. parla di organizzazioni eticamente fondate.

Restano, a parere dell'A., i dubbi relativi alla mancanza di una chiara definizione di organizzazione di tendenza, esistendo oggi alcuni fenomeni come quello delle religioni aziendali – per i quali è la stessa azienda ad assumere la funzione di soggetto produttore di senso e quindi di modelli etici (p. 111) – che potrebbero dilatare (forse impropriamente) l'ambito di applicazione della normativa privilegiata. Questo, seppure, si nota nelle ultime introduzioni normative (Ris. 2 aprile 2009) una sorta di ripensamento rispetto all'ampliamento operato dalla direttiva del 2000 (p. 112), non parlandosi più di ethos dell'organizzazione ma precisamente di organizzazioni basate sulla religione o sulle convinzioni personali.

Seguono ancora le riflessioni di Vin-

cenzo Pacillo su fedeltà ideologica e diritti fondamentali dei docenti negli istituti di tendenza, in una prospettiva comparata tra Germania, Francia e Svizzera.

L'argomento è estremamente interessante, ed in particolare si segnala il riferimento all'orientamento della Corte di Strasburgo secondo il quale le organizzazioni di tendenza potranno considerare moralmente deplorabili determinati comportamenti dei propri dipendenti, ma perché dalla deplorazione morale si passi al licenziamento, è necessario che i comportamenti incriminati si ripercuotano oggettivamente sulla specifica prestazione cui il dipendente è tenuto in forza del contratto, in modo da renderla *inutiliter data* (p. 130).

Significativo anche il contributo di Tiziano Rimoldi su istruzione e religione in Irlanda dall'indipendenza alla costituzione dell'Eire, dove si descrivono i contrasti politico-religiosi con il governo britannico e il sistema della *mixed education*.

Di gusto, l'intervento conclusivo di Luciano Zannotti che, con piglio al limite del satirico, pone in rilievo le problematiche inerenti al continuo sostegno governativo allo sviluppo delle scuole private a fronte dei sistemati e cospicui tagli alla scuola pubblica.

Queste politiche indeboliscono l'architettura laica del panorama istruttivo, rallentando inesorabilmente il processo d'integrazione culturale e di sedimentazione dei valori comuni.

Un meccanismo, questo, che innesca per supportare le scuole cattoliche potrebbe, paradossalmente, nell'immediato futuro segnare il ridimensionamento dell'istruzione cattolicamente orientata a tutto favore di altre istituzioni private oggi maggiormente accattivanti (p. 158) e più convenienti, che senza dubbio riflettono con forte intensità i valori dominanti nella nostra società (ma che purtroppo difficilmente collimano con quelli eticamente rilevanti).

Fabio Falanga

ISSN 1970-5301