



## Giuseppe Dalla Torre

(ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico nella Facoltà di  
Giurisprudenza della Libera Università Maria Ss. Assunta – Lumsa)

### Il sistema di accordi con la Chiesa cattolica e l'incidenza delle fonti unilaterali statali<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. L'ordinamento giuridico come organismo vivente - 2. Fonti unilaterali statali integratrici del diritto pattizio - 3. Fonti unilaterali statali "praeter legem" - 4. Il superamento del diritto pattizio ad opera di fonti unilaterali statali - 5. Il contrasto tra fonti pattizie e fonti unilaterali statali - 6. L'incidenza "negativa" per non attuazione o per non ricorso all'art. 13 conc. - 7. Conclusioni.

#### 1 - L'ordinamento giuridico come organismo vivente

Il titolo assegnato a questa relazione, che mette in rapporto fonti pattizie e fonti unilaterali statali, presenta a ben vedere una certa, intrinseca ambiguità. A prima ed immediata lettura, infatti, pone il problema di valutare se e quale sia la incidenza delle fonti unilaterali statali sul sistema di accordi con la Chiesa cattolica.

E tuttavia, se si scende alquanto nella considerazione del tema proposto, sorge una serie di interrogativi che ne rendono più articolata e complessa la interpretazione e, di conseguenza, il percorso di ricerca da seguire. Ad esempio ci si potrebbe chiedere se il rapporto tra fonti pattizie e fonti unilaterali statali debba essere colto nella sola prospettiva sincronica, o viceversa vada individuato in una più ampia prospettiva diacronica; prospettiva quest'ultima che a ben vedere è prevalente sulla prima, anzi parrebbe in ultima analisi l'unica teoreticamente possibile, perché se gli ordinamenti giuridici sono – come sono – organismi viventi, ne consegue evidentemente che il loro trasformarsi è continuo, ad opera del legislatore statale, regionale, comunitario, oltre che degli interventi del giudice costituzionale, più in generale dell'evolversi del "diritto vivente" nella giurisprudenza e nella stessa prassi dell'agire della pubblica amministrazione.

---

<sup>1</sup> Testo della relazione tenuta al Convegno nazionale di studio (organizzato dall'A.D.E.C. e tenutosi a Bari il 17-18 settembre 2009) sul tema *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, destinata ad essere pubblicata negli atti del Convegno.



A proposito di giurisprudenza occorre richiamare un fenomeno più generale, e sempre più frequente, che ha suscitato e viene suscitando dissenso e polemiche in dottrina e nell'opinione pubblica. Mi riferisco ad un esercizio della giurisdizione che tende talora ad una surroga del legislatore, e non solo in caso di lacune dell'ordinamento, dando così vita ad una giurisprudenza creatrice di norme che sembra mal conciliarsi con i caratteri di un ordinamento di *civil law* qual è quello italiano. Si tratta di un fenomeno che pone problemi a livello costituzionale per rapporto, tra l'altro, a quel secondo comma dell'art. 101 cost., pel quale "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Difatti casi recenti, specie in materia di bioetica, sembrano aver messo in luce come nonostante la sussistenza di disposizioni di legge, criticabili quanto si vuole ma vigenti, si sia prodotta una giurisprudenza innovativa dell'ordinamento<sup>2</sup>. Anche nell'ambito che ci interessa sembra talora assistere ad uno svuotamento delle disposizioni pattizie per via giurisprudenziale, con conseguente incidenza sul sistema di accordi con la Chiesa cattolica<sup>3</sup>.

Resta comunque che ogni innovazione che, da qualsiasi parte provenga, interviene in un settore particolare dell'ordinamento, inevitabilmente produce riflessi più o meno ampi all'interno dell'ordinamento stesso nel suo complesso. Sicché considerare i singoli interventi ignorando il quadro più generale, avrebbe lo stesso senso dell'isolamento di un fotogramma rispetto allo scorrere della immagine cinematografica, con l'effetto di rendere meno comprensibile il particolare perché avulso dal contesto. Come ammonisce l'antica *regula juris*, "*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita judicare vel respondere*".

Se tuttavia si considera la dinamicità dell'ordinamento giuridico, si finisce necessariamente per dover valutare in tutte le direzioni le incidenze delle dinamiche innovative. Sicché se si parla di incidenza delle fonti unilaterali statali sulle fonti pattizie, si dovrebbe anche parlare, reciprocamente, di incidenza delle fonti pattizie sulle fonti

---

<sup>2</sup> Mi riferisco in particolare a Cass. civ., sez. I, sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748 (in *Foro it.*, 2007, I, col. 3025 ss.), relativa al cosiddetto "caso Englaro", in cui – e la cosa sorprende assai – il giudice della nomofilachia non si è neppure posto il problema della vigenza dell'art. 579 cod. pen., che punisce l'omicidio del consenziente.

<sup>3</sup> Il riferimento è in particolare alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 18 luglio 2008, n. 19809 (cfr. in *Foro it.*, 2008, I, col. 3130 ss.), che, in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, pone filtri tali da svuotare potenzialmente il contenuto dell'art. 8, n. 2 del Concordato e gli impegni che lo Stato si è assunto in sede pattizia. Ma in generale vedasi **AA.VV.**, *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, a cura di G. Dalla Torre e P. Lillo, Giappichelli, Torino 2008.



unilaterali statali, che in fin dei conti è fenomeno ben più ampio e rilevante del primo.

Più in generale ancora, in una prospettiva diacronica, sarebbe interessante valutare in quale misura le fonti unilaterali statali abbiano inciso sul sistema di accordi con la Chiesa cattolica, condizionando in specie la revisione concordataria. Si pensi, a titolo di esempio, all'incidenza che in tema di giurisdizione matrimoniale ecclesiastica, ed in particolare per ciò che attiene alla sua esclusività, sia venuta alla revisione concordataria del 1984 dalla legge sul divorzio del 1970 e dalle note sentenze della Corte costituzionale dei primi anni ottanta del secolo appena trascorso<sup>4</sup>; ovvero si pensi a quanto abbia influito la riforma del diritto di famiglia del 1975 sulla revisione concordataria del 1984, sia per quanto attiene alle cause di intrascrivibilità del matrimonio canonico agli effetti civili, sia per quanto attiene alla determinazione dell'ordine pubblico invocabile come limite alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni canonici trascritti. E gli esempi potrebbero continuare.

In questa prospettiva non parrebbe esagerato affermare che, su più punti, l'Accordo di Villa Madama del 1984 è stato in sostanza nient'altro che un adeguamento al diritto unilaterale statale che si era venuto trasformando ed evolvendo rispetto al 1929.

Dal punto di vista teorico, poi, il tema proposto riporta all'antico problema strettamente tecnico-giuridico del sistema delle fonti, e più precisamente al rapporto tra fonti pattizie e fonti unilaterali nelle materie oggetto di accordi con la Chiesa. E qui rientrano alcune questioni connesse al tema della c.d. copertura costituzionale delle fonti pattizie di grado subordinato rispetto alla legge n. 121 del 1985, di esecuzione dell'Accordo di Villa Madama, su cui la dottrina si è ampiamente soffermata. Problemi concreti non ancora tutti risolti, come quello della forza derogatoria di una disposizione di legge, anche regionale, o di un atto avente forza di legge, successiva ad una fonte di derivazione pattizia, qual è data dalle c.d. intese subconcordatarie, che sia stata emanata in attuazione dell'Accordo quadro con decreto del Presidente della Repubblica.

In siffatta prospettiva le ipotesi concrete si presentano numerose. Si pensi, ad esempio, alla legge n. 186 del 2003, sullo stato giuridico dei docenti di religione, per rapporto ad eventuali difformità applicative nelle procedure di nomina e di assegnazione degli incarichi rispetto all'intesa con la Conferenza Episcopale Italiana.

---

<sup>4</sup> In merito cfr. **AA.VV.**, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. Botta, ESI, Napoli 2006.



Come è noto, la dottrina su questo argomento non è univoca, ma vi è da considerare la tendenza di una parte di essa ad ammettere la “copertura” solo per le fonti direttamente menzionate nell’ art. 7 cost., cioè per la legge di esecuzione dei Patti lateranensi, per alcuni limitatamente agli originari Patti. Questa tesi radicale è, a mio avviso, assolutamente da rigettare, per le ragioni addotte in altra sede a sostegno della “copertura costituzionale” anche delle modifiche apportate dall’Accordo di Villa Madama<sup>5</sup>. Senza ripetere qui le motivazioni già portate, vorrei solo ricordare che la tesi della “copertura costituzionale” delle modifiche apportate con l’Accordo del 1984 è stata, sia pure indirettamente ma in modo non equivoco, fatta propria dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>6</sup>.

Altra parte della dottrina concorda sul fatto che la “copertura costituzionale” si estenda anche alle modifiche apportate ai Patti lateranensi, secondo le procedure previste dal secondo comma dell’ art. 7 cost., e quindi alla legge di esecuzione dell’Accordo del 1984, con la conseguenza che per le ulteriori fonti rimane integro il rispetto del criterio gerarchico. Si noti che in tal caso anche una fonte unilaterale statale di pari grado prevarrebbe su una fonte pattizia precedente, in base al principio della successione delle leggi nel tempo.

Siffatta tendenza di una parte della dottrina ad ammettere una “copertura costituzionale” solo per le fonti direttamente menzionate nel secondo comma dell’art. 7 cost., non tiene conto che la stessa natura di accordo-quadro o cornice dell’Accordo del 1984, e quindi della legge n. 121 del 1985, sembrerebbe implicare per consequenzialità logica un nesso di dipendenza delle intese subconcordatarie rispetto alle disposizioni dell’Accordo, di cui sono specifica attuazione. Più precisamente sarebbe opportuno distinguere al riguardo a seconda della funzione svolta dalle intese in questione rispetto alle norme dell’Accordo, se cioè di attuazione diretta, o meramente indiretta, o solo genericamente riconducibile alla materia pattizia. In questa prospettiva mi parrebbe quanto meno problematico non ammettere una “copertura costituzionale”, laddove l’intero contenuto di un’intesa sia effettivamente riconducibile ai contenuti della disposizione dell’Accordo.

---

<sup>5</sup> Rinvio a **G. DALLA TORRE**, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino 2007, p. 105 s.

<sup>6</sup> Cfr. le sentenze 12 aprile 1989, n. 203 e 29 novembre 1993, n. 421: vedile in **S. DOMIANELLO**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 597 ss., 635 ss.



Ma se si volesse comunque prescindere dal considerare la sussistenza, per via riflessa, di una “copertura costituzionale” delle fonti in questione, rimane tuttavia il fatto che l’accordo-quadro pone in essere comunque un vincolo per ciò che attiene alle modalità della produzione giuridica. Con la conseguenza che la questione della illiceità di norme unilaterali statali incidenti su norme pattizie tenderebbe a spostarsi piuttosto verso il principio di competenza, che non quello di gerarchia.

Un diverso aspetto potrebbe essere dato dal fenomeno del rinvio degli accordi o intese subconcordatarie a disposizioni unilaterali statali o regionali, di grado pari o inferiore, per la disciplina di dettaglio di determinati punti della disciplina. Sul piano pratico il fenomeno è ricorrente in particolare nella disciplina pattizia di livello regionale.

## **2 - Fonti unilaterali statali integratrici del diritto pattizio**

La prospettiva teorica cui s’è fatto cenno si intreccia inevitabilmente con un’altra, di carattere più propriamente descrittiva, volta all’individuazione delle materie o settori di materie, soggette a disciplina pattizia, in cui sia dato riscontrare un concorso di fonti unilaterali statali in senso lato, comprese quindi anche le leggi regionali, che in sostanza vengono ad integrare il diritto pattizio.

Questa seconda prospettiva richiede l’individuazione di ambiti o settori materiali in cui si presenta un concorso di fonti pattizie e di fonti unilaterali, al fine di poter poi valutare l’incidenza delle seconde nella prospettiva di un loro sviluppo quantitativo, o di una loro interpretazione “prevalente” nel caso di discipline pattizie ritenute non più coerenti con i principi generali o con l’evoluzione della materia. Nel caso, si presentano problemi di coordinamento tra queste fonti, talora non di facile soluzione.

Giova notare che le possibili ipotesi al riguardo sono numerose, si direbbe tante quante sono le materie soggette a normativa pattizia. Si possono fare degli esempi al riguardo.

Un primo esempio riguarda il tema dell’assistenza spirituale. Come noto l’art. 11 del concordato, dopo aver assicurato la piena libertà religiosa degli appartenenti alle istituzioni cosiddette “totalizzanti” e, in particolare, l’adempimento delle pratiche di culto dei fedeli cattolici, dispone al secondo comma che l’assistenza spirituale “è assicurata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti su designazione dell’autorità ecclesiastica e secondo lo stato giuridico, l’organico e le modalità stabiliti fra tali autorità”. Ora in relazione all’esigenza di



inquadrate giuridicamente il personale di assistenza spirituale nei vari comparti della pubblica amministrazione ove deve esserne assicurata la presenza, si ricorre di frequente nelle relative intese tra le competenti autorità al rinvio a disposizioni unilaterali, statali o regionali, concernenti lo stato giuridico o il trattamento retributivo, fiscale e contributivo dei dipendenti pubblici. Si tratta evidentemente di un rinvio in bianco – per dir così –, che presenta il vantaggio di assicurare al personale religioso destinato all'assistenza spirituale una condizione giuridica coerente con l'istituzione di appartenenza e con le figure professionali in essa esistenti, oltre all'ulteriore vantaggio di essere aperta automaticamente ad eventuali modifiche che, soprattutto dal punto di vista lavoristico, possano essere introdotte con portata generale in dette istituzioni. E tuttavia si deve anche rilevare qualche profilo problematico, se non negativo, legato al fatto che la possibilità della modifica di tali norme di mera origine unilaterale statale venga ad incidere pure sui contenuti della disciplina di origine pattizia, facendo sorgere problemi di coordinamento tra fonti.

Caso analogo è dato a partire dalle disposizioni concordatarie in materia di tutela e conservazione dei beni culturali. Il n. 1 dell'art. 12 conc., dopo aver genericamente affermato che la Santa Sede e la Repubblica italiana collaborano, nel rispettivo ordine, per la tutela del patrimonio storico ed artistico, prevede accordi tra gli organi competenti delle due Parti al fine di dettare "opportune disposizioni per la salvaguardia, la valorizzazione e il godimento dei beni culturali d'interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche", nonché per "la conservazione e la consultazione degli archivi d'interesse storico e delle biblioteche" delle medesime istituzioni. A tal fine sono state stipulate intese tra la Conferenza Episcopale Italiana ed il Ministero per i beni culturali, nonché numerosi accordi a livello regionale. In entrambi i casi si riscontrano nella normativa pattizia ipotesi di rinvio a fonti unilaterali statali e di conseguenza si possono porre problemi di coordinamento tra queste fonti e, in caso di mutamento nel tempo, di coerenza tra di loro.

Un ultimo esempio si può cogliere nel n. 3 dell'art. 5 del concordato, laddove si dispone che "l'autorità civile terrà conto delle esigenze religiose delle popolazioni, fatte presenti dalla competente autorità ecclesiastica, per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto cattolico e delle pertinenti opere parrocchiali". Si tratta di una disposizione assai generica, dal contenuto sostanzialmente programmatico, che esprime la consapevolezza del fatto che la costruzione di edifici di culto è strettamente inerente alla possibilità effettiva di esercitare il diritto di libertà religiosa; essa tuttavia suppone,



per il rilascio del “permesso di costruire”, sostitutivo della vecchia concessione edilizia<sup>7</sup>, la coerenza con gli strumenti urbanistici adottati dai Comuni in attuazione delle disposizioni previste dalle leggi regionali, data la competenza delle Regioni in materia. La genericità della norma concordataria, se da un lato rinvia necessariamente alla definizione da parte dell’ente territoriale competente di procedure amministrative che consentano l’intervento dell’autorità ecclesiastica, dall’altra trova normativamente la sua necessaria integrazione nei criteri – peraltro differenti – che le singole Regioni hanno adottato circa, ad esempio, la misura degli spazi destinati all’edilizia religiosa.

Dunque dal punto di vista classificatorio e sistematico si può dire che sussistono – o potranno venire in essere – delle fonti unilaterali statali che possono essere considerate come *integratrici* del diritto pattizio, in quanto fonti la cui produzione è presupposta dalle norme pattizie, per una piena disciplina delle materie via via prese in considerazione.

### 3 - Fonti unilaterali statali “*praeter legem*”

Caso diverso è quello delle fonti unilaterali statali che vanno al di là di quanto richiesto dalle disposizioni pattizie. Si tratta di fonti che non sono presupposte da norme pattizie né appaiono in contrasto con queste ultime ma che, anzi, possono in qualche modo essere anch’esse considerare come integratrici delle disposizioni convenute. Un esempio tipico al riguardo può scorgersi nella legge n. 186 del 2003 sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica. In effetti il carattere curricolare dell’insegnamento, ricavabile da più indicatori – programmi e libri di testo normativamente definiti, collocazione nel quadro orario delle lezioni, dovere-diritto degli avvalentisi dell’insegnamento di essere valutati ecc. – giustifica la decisione dello Stato di provvedere ad una collocazione in ruolo dei docenti di religione cattolica.

Dunque il concordato non giunge a chiedere il ruolo per i docenti di religione, ma la previsione del legislatore unilaterale è perfettamente coerente, a mio avviso, con la disciplina concordataria dell’ora di religione.

Mi pare di poter osservare che con la legge del 2003 sullo stato giuridico l’intreccio tra fonti pattizie e norme unilaterali statali ha raggiunto un livello significativo; in particolare per i docenti assunti in

---

<sup>7</sup> Cfr. d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) e successive modificazioni e integrazioni.



ruolo la normativa unilaterale statale relativa ai docenti di ruolo può venire a porre problemi di coordinamento con la normativa pattizia, specificamente quella contenuta nell'Intesa con la Conferenza Episcopale Italiana.

Ancora mi sembrano rientrare nelle fonti unilaterali statali che potremmo dire – rispetto al concordato ed agli impegni da esso derivanti per lo Stato – “*praeter legem*”, le molte riforme che hanno interessato negli ultimi anni gli enti privati non lucrativi (regime fiscale, riconoscimento, attività). Al riguardo spesso è intervenuto lo stesso legislatore statale a precisare la loro applicabilità o meno ai primi, ma possono porsi alcune questioni, per esempio in ordine all'applicabilità agli enti ecclesiastici di misure promozionali previste genericamente dalle legislazioni regionali per gli enti non lucrativi. Il riferimento è, in particolare, al d. lg. 4 dicembre 1997, n. 460 (*Riordino della disciplina tributari degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*), che costituisce un interessante – ancorché parziale e limitato – tentativo operato sul piano normativo per dare concreta attuazione al disegno costituzionale affermativo di un sistema sociale pluralistico, informato a sussidiarietà.

Questo provvedimento prevede un nuovo regime fiscale a favore di enti privati operanti nel c.d. “*terzo settore*”, in ragione dell'utilità sociale delle attività dai medesimi svolte in diversi campi considerati particolarmente rilevanti e pienamente meritevoli di tutela e di sostegno da parte dello Stato. Nell'ambito del c.d. “*non profit*” lo Stato, da un lato, non si sostituisce all'operato delle diverse organizzazioni sociali le quali – sulla base delle proprie specificità caratteriali che ne connotano la rispettiva identità – perseguono scopi di pubblica utilità; dall'altro, promuove e stimola la loro penetrazione nel “sociale” attraverso differenti forme di sostegno e di incentivazione, sia pure indirettamente, attraverso l'introduzione di un regime fiscale di favore.

La nuova disciplina tributaria appare anche di rilevanza ecclesiasticistica in quanto investe la vita e il trattamento fiscale di alcuni enti ecclesiastici le cui specifiche attività sono riconducibili all'area del “socialmente utile”.

Non è possibile negare però che si pongono diversi problemi di raccordo tra norme pattizie e questa normativa unilaterale statale, nascenti dal fatto che, al fine della individuazione dei soggetti destinatari dei relativi benefici fiscali, la legge delegata non segue un criterio *soggettivo*, cioè non si basa sul profilo genetico dell'ente potenziale beneficiario e perciò sulla sua struttura e sulle sue finalità istituzionali; sibbene segue un criterio *oggettivo*, che guarda al profilo funzionale dell'ente, prendendo in considerazione le attività dal



medesimo concretamente svolte nell'ambito del "socialmente utile", come l'assistenza sociale e socio-sanitaria, l'assistenza sanitaria, la beneficenza, l'istruzione, la formazione, lo sport dilettantistico, la tutela, promozione e valorizzazione dei beni culturali, la difesa e valorizzazione della natura e dell'ambiente, la promozione della cultura e dell'arte, la protezione dei diritti civili, la ricerca scientifica di particolare interesse sociale (art. 10). E qui sono evidenti le connessioni con l'art. 16 della legge 222 del 1985, che distingue chiaramente, in ordine agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, le attività di religione o di culto da quelle che tali non sono considerate; connessioni che appaiono ancor più rilevanti se si considerano i limiti e le condizioni poste dal d. lgs. 467 sia in merito agli statuti o atti costitutivi, sia in merito alle regole interne di funzionamento. E ciò, nonostante le precisazioni poste dall'art. 10, nono comma, in materia di enti ecclesiastici che possono usufruire dei benefici fiscali previsti per le ONLUS, di attività assoggettabili al relativo regime, di tenuta delle scritture contabili idonea a mantenere distinte attività beneficiarie ed altre attività.

Un altro caso può essere rinvenuto in materia di oratori. Le attività di oratorio tradizionalmente sarebbero da qualificarsi come attività di religione o di culto svolte da enti ecclesiastici (parrocchie), come tali soggette all'autorità ecclesiastica, ma la legislazione unilaterale, statale e regionale, è intervenuta a precisarne contenuti e finalità in modo più ampio al fine di sostenerle e agevolarle, assimilandole di fatto ad attività di utilità sociale, si pone quindi il problema di meglio precisarne la natura giuridica e il regime cui sono soggette.

L'esperienza insegna poi che talora l'intervento del legislatore unilaterale statale è provocato dalla esigenza di correggere un orientamento giurisprudenziale, che appare non conforme con la volontà precedentemente espressa dal legislatore, ma anche con il più generale quadro costituzionale e pattizio.

Un esempio al riguardo può forse cogliersi nella questione dell'esenzione dall'ICI riconosciuta ad alcuni immobili utilizzati dagli enti non commerciali per attività di particolare rilevanza sociale, in base all'art. 7, c. 1, lett. i, d. lg. n. 504 del 1992. Si tratta di una esenzione che, come noto, riguarda gli immobili di tutti gli enti non commerciali (pubblici o privati, laici o religiosi, cattolici o di altre confessioni religiose) che svolgono quelle determinate attività. Rientrano infatti nella stessa previsione gli immobili dello Stato e degli altri enti pubblici, delle associazioni, delle fondazioni, delle organizzazioni di



volontariato, delle ONG, delle ONLUS e, in generale, di tutti gli enti del cosiddetto *non profit*.

Ora una sentenza della Corte di Cassazione del 2004<sup>8</sup> venne a ritenere inapplicabile l'esenzione, fino ad allora pacificamente applicata, di cui alla suddetta disposizione; sentenza opinabile sia in riferimento all'art. 7, n. 3 del concordato, sia all'art. 20 cost., nella misura in cui pongono un parametro di eguale trattamento giuridico. Di qui la scelta, compiuta dal Parlamento nel 2005 con il d.l. 30 settembre 2005, n. 203, diretta a ribadire l'esistenza di questa esenzione introdotta sin dal 1992.

#### **4. Il superamento del diritto pattizio ad opera di fonti unilaterali statali**

L'incidenza delle fonti unilaterali statali sul sistema di accordi con la Chiesa cattolica può essere tale, da condurre addirittura al superamento di alcune disposizioni pattizie.

Un esempio interessante al riguardo è dato dall'art. 13 della legge 15 maggio 1997, n. 127, modificato dalla legge 22 giugno 2000, n. 192, che come noto ha abrogato tutte le disposizioni, originate dalla legislazione antiecclesiastica liberale ottocentesca e poi estesa a tutte le persone morali, che prescrivevano autorizzazioni per l'acquisto di beni immobili o per accettazioni di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, ovvero il riconoscimento o l'autorizzazione agli acquisti di immobili od all'accettazione di donazioni, eredità o legati da parte di associazioni, fondazioni e ogni altro ente non riconosciuto. È evidente che con questa disposizione, successiva all'Accordo di Villa Madama, è allo stato attuale sostanzialmente svuotato di contenuto l'art. 17 della legge 20 maggio 1985, n. 222, recante disposizioni sugli enti ecclesiastici, secondo cui "Per gli acquisti degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti si applicano le disposizioni delle leggi civili relative alle persone giuridiche". Vero è che la legge n. 222 non ha formalmente natura pattizia, essendo legge unilaterale statale, ma occorre ricordare al riguardo sia che si tratta di "legge fotocopia" della legge 20 maggio 1985 n. 206, di ratifica ed esecuzione del protocollo del 15 novembre 1984, che approva le norme per la disciplina della materia degli enti e dei beni ecclesiastici formulate dalla commissione paritetica di cui all'art. 7 n. 6 dell'Accordo di Villa Madama; ma sia anche e

---

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. tributaria, sentenza 8 marzo 2004 n. 4645, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1212 ss.



soprattutto che detto art. 17 non fa altro che ripetere quanto previsto dal n. 5 dell'art. 7 dell'Accordo stesso.

Nel caso non può certo parlarsi di implicita abrogazione della disposizione pattizia, per la semplice ragione della differente forza abrogante delle due fonti; ma anche perché, a ben vedere, la norma pattizia rimane astrattamente vigente nella sua potenzialità, ma condizionatamente ai contenuti che eventualmente il legislatore statale venisse in futuro a determinare dando nuove disposizioni in materia. L'art. 17 della legge n. 222, infatti, non pone un rinvio fisso alle disposizioni storicamente vigenti nell'ordinamento al momento dell'entrata in vigore della legge stessa.

Situazione analoga può riscontrarsi nell'art. 11 del Trattato lateranense, che non è stato oggetto di revisione, e per il quale gli enti centrali della Chiesa sono esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano, "(salvo le disposizioni delle leggi italiane concernenti gli acquisti dei corpi morali), nonché dalla conversione nei riguardi dei beni immobili".

Altro caso interessante è quello riguardante il servizio militare. L'art. 4, al comma 1, del concordato vigente, prevede che "i sacerdoti, i diaconi ed i religiosi che hanno emesso i voti hanno facoltà di ottenere, a loro richiesta, di essere esonerati dal servizio militare oppure assegnati al servizio civile sostitutivo". Con questa disposizione si veniva a superare il regime del 1929 che, prevedendo l'automatica esenzione dal servizio militare dei chierici e dei religiosi (art. 3, comma 2), appariva doppiamente in contrasto: con l'ordinamento canonico, nel quale la codificazione latina del 1983 aveva portato al superamento della antica categoria dei *privilegia clericorum*; e soprattutto con l'ordinamento italiano, in particolare con il principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzione, tra l'altro, di religione (art. 3 cost.). In questo secondo caso il contrasto era molto rilevante, considerando che il "sacro dovere di difendere la Patria" è uno dei pochi doveri inderogabili di solidarietà posti, al cittadino, a norma dell'art. 2 cost. Ricordo come la questione fu oggetto di ampie discussioni negli incontri delle Delegazioni italiana e della Santa Sede dirette ad elaborare la revisione concordataria in armonia con la Costituzione e come fu proprio il presidente senatore Guido Gonella a proporre il testo poi approvato, che presentava il pregio di analogare sostanzialmente il regime di esenzione per chierici e religiosi al regime dell'obiezione di coscienza al servizio militare, introdotto dalla legge del 1972 per tutti i cittadini, facendo venire meno ogni connotazione privilegiaria. In base all'art. 4, primo comma, dell'Accordo del 1984, infatti, l'esonero dal servizio militare per chierici e religiosi non è più



automatico, ma su richiesta, come nel caso dell'obiezione di coscienza; anche per loro viene sostanzialmente contemplato un adempimento alternativo al servizio militare, vale a dire il servizio civile o, implicitamente, il servizio religioso attinente al loro *status*; unica differenza residua era data dal fatto che la semplice appartenenza allo stato clericale o religioso comportava la facoltà di ottenere a richiesta l'esonero, mentre per gli obiettori la legge del 1972, almeno nella sua stesura originaria, prevedeva una penetrante valutazione della autenticità delle motivazioni da parte di quello che fu icasticamente chiamato il "tribunale delle coscienze": ma è evidente che in questo caso il legislatore concordatario aveva valutato la scelta vocazionale come indicatore sicuro della autenticità della assunta contrarietà all'uso delle armi.

Ora tutta questa disciplina, così come quella contenuta nel successivo comma 3 dello stesso articolo 4, relativamente al rinvio del servizio militare per gli studenti di teologia e per i novizi religiosi, è stata svuotata di contenuto precettivo a seguito dell'istituzione del servizio militare professionale (legge n. 331 del 2000), con conseguente venir meno della leva obbligatoria in base alla legge 226 del 2004. In realtà la leva obbligatoria è stata sospesa, non abrogata, per cui le disposizioni concordatarie richiamate, così come quelle contenute nella normativa sull'obiezione di coscienza al servizio militare, rimangono potenzialmente attive e verrebbero a produrre effetti giuridici concreti qualora tale sospensione venisse meno ad opera del legislatore.

Per completezza occorre poi dire che la legge n. 226 del 2004 ha comunque fatto salvo l'obbligo militare in casi eccezionali di guerra o di crisi di particolare rilevanza, nel qual caso, qualora ricorressero gli estremi della mobilitazione generale, sarebbe comunque operativa la norma di cui al secondo comma dell'art. 4 conc., per cui in tal caso "gli ecclesiastici non assegnati alla cura d'anime sono chiamati ad esercitare il ministero religioso fra le truppe, oppure, subordinatamente, assegnati ai servizi sanitari".

Caso diverso è quello di cui all'art. 4, quarto comma, del concordato, secondo cui "Gli ecclesiastici non sono tenuti a dare a magistrati o ad altra autorità informazioni su persone o materia di cui siano venuti a conoscenza per ragione del loro ministero", disposizione che ripete quanto era già previsto nell'art. 7 del concordato del 1929. Questa garanzia convenzionale del segreto d'ufficio degli ecclesiastici è ribadita dall'art. 200, comma 1, lett. a del codice di procedura penale, approvato con d.p.r. 22 settembre 1988, n. 447, quindi con una fonte successiva alla revisione concordataria.



In realtà in questo caso – ma non è l'unico – non ha luogo un superamento del diritto pattizio ad opera di fonti unilaterali statali: queste non fanno altro che ricalcare, estendendola anche ai ministri delle altre confessioni religiose, la facoltà-obbligo dell'ecclesiastico in tema di segreto professionale. Qui semmai è da ravvisare l'incontro non conflittuale di due disposizioni aventi una diversa collocazione gerarchica e, quindi, una diversa forza di resistenza passiva all'abrogazione, sicché nel caso di una modifica dell'art. 200 c.p.p., la garanzia prevista dall'ordinamento a favore del segreto professionale degli ecclesiastici rimarrebbe integra grazie all'art 4, quarto comma, del concordato.

## 5 - Il contrasto tra fonti pattizie e fonti unilaterali statali

Rispetto a quelle sin qui considerate, fattispecie diversa è quella di fonti unilaterali statali che siano in contrasto con la normativa pattizia.

Dal punto di vista storico a me pare che il caso più rilevante in tema ha riguardato la materia matrimoniale: in particolare la legge sul divorzio 1° dicembre 1970, n. 898 (modificata ed integrata dalla l. 1 agosto 1978, n. 436 e dalla l. 6 marzo 1987, n. 74), la quale ha peraltro resistito al sindacato di legittimità della Corte costituzionale, oltre che ad una consultazione referendaria nel 1974. Questa legge, come noto, ha previsto una piena giurisdizione dei tribunali dello Stato non soltanto sulle cause concernenti lo "scioglimento" dei matrimoni civili (art. 1), ma anche sulle cause concernenti la "cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio" celebrato con rito religioso (art. 2).

Ora a me pare che il giudicato della Consulta non abbia del tutto fugato i dubbi su una violazione costituzionale ed un illecito internazionale, nella misura in cui con legge ordinaria statale si è – e per giunta retroattivamente – sostanzialmente modificato l'impegno assunto dallo Stato di far conseguire effetti civili al matrimonio così come disciplinato dal diritto canonico (e quindi anche nel suo carattere indissolubile)<sup>9</sup>. A questo punto rimane in sostanza irrilevante la formale (e diciamo pure un poco ipocrita) distinzione tra matrimoni civili, per i quali il giudice del divorzio pronuncia sentenza di scioglimento, e

---

<sup>9</sup> Rimane al riguardo fondamentale la critica di **O. GIACCHI**, *Matrimonio canonico e ordinamento italiano (a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 dicembre 1970, n. 896)*, ora in **O. GIACCHI**, *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, studi raccolti e presentati da Fumagalli Carulli, II, *La Chiesa davanti allo Stato. Lo Stato e la vita sociale*, Giuffrè, Milano 1981, p. 269 ss.



matrimoni concordatari, per i quali pronuncia sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico.

Un caso recente, riguardante però non il concordato ma il Trattato lateranense, è stato quello relativo alla nota vicenda della Radio Vaticana<sup>10</sup>. Anche qui, infatti, si è verificata una incidenza di fonti unilaterali statali su fonti pattizie, grazie alla quale ha potuto prendere vita un procedimento penale nei confronti dei dirigenti dell'emittente pontificia.

Prescindiamo pure da ogni problema interpretativo dell'art. 11 del Trattato e, quindi, da ogni valutazione della condizione giuridica in Italia degli enti centrali della Chiesa, che costituisce pure l'aspetto principale della questione. Rimane peraltro il fatto assai singolare della pretesa di modificare sostanzialmente, attraverso fonti unilaterali statali di diverso grado gerarchico – segnatamente il decreto ministeriale 381 del 1998, emanato in base al disposto dell'art. 1, comma 6, lett. a), n. 15 della legge 249 del 1997 –, i contenuti dell'Accordo tra la Santa Sede e l'Italia dell'8 maggio 1951, ratificato e reso esecutivo con legge 13 giugno 1962, n. 680, che legittimava la Radio Vaticana a svolgere l'attività di emittenza senza alcun limite o alcuna condizione.

Un caso dubbio, riguardante anch'esso il Trattato e non il concordato, è quello relativo alla testimonianza dei cardinali nel processo penale.

Di recente si è venuta ponendo la questione se, ai fini dell'assunzione della testimonianza in sede penale, la posizione dei cardinali così come definita nell'art. 21 del Trattato lateranense, in particolare al primo comma, comporti qualche speciale attenzione da parte dell'ordinamento italiano.

La questione si è venuta ponendo dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. Difatti nel codice del 1930, all'art. 356 primo comma, si prevedeva che "se un Cardinale o un Grande Ufficiale dello Stato deve essere sentito come testimonia, il giudice, presi gli opportuni accordi, si reca con il cancelliere nel luogo indicato dal testimonia per riceverne la deposizione. Se per l'esame è richiesto un altro giudice, sono specificati nella richiesta i fatti su cui il testimonia dovrà essere esaminato e si procede con la osservanza delle forme predette". Viceversa l'art. 205 del vigente codice di procedura penale dispone al primo comma che "La testimonianza del Presidente della Repubblica è assunta nella sede in cui egli esercita la funzione di Capo dello Stato", ed aggiunge poi al comma successivo che "Se deve essere

---

<sup>10</sup> Cfr. AA.VV., *Radio Vaticana e ordinamento italiano*, a cura di G. Dalla Torre e C. Mirabelli, Giappichelli, Torino 2005.



assunta la testimonianza di uno dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei Ministri e della Corte Costituzionale, questi possono chiedere di essere esaminati nella sede in cui esercitano il loro ufficio, al fine di garantire la continuità e la regolarità della funzione cui sono preposti”.

Nel nuovo codice di procedura penale, dunque, è venuta meno la speciale forma di assunzione delle testimonianze dei Cardinali, precedentemente prevista in maniera esplicita.

La questione è dubbia, perché discussa è la portata dell’art. 21 Trattato, laddove dispone che i cardinali “godono in Italia degli onori dovuti ai Principi del sangue”. In effetti, se tra questi “onori” dovesse rientrare anche la peculiare forma di assunzione della testimonianza e se, di conseguenza, si debba ritenere la stessa come contenuto di un impegno patrizio, allora dovrebbe evidentemente concludersi che il mutamento del diritto interno ha leso quanto convenuto in sede internazionale<sup>11</sup>.

Il problema di un eventuale contrasto tra fonti pattizie e fonti unilaterali statali è venuto in evidenza anche nel corso delle discussioni, nel Parlamento e nel Paese, seguite alla presentazione dei vari disegni e proposte di legge recanti norme sulla libertà religiosa e l’abrogazione della legislazione sui culti ammessi del 1929-1930, in quanto ancora vigente. Perché da più parti, come noto, si è sollevata l’obiezione di una tendenziale riconduzione al diritto comune del fenomeno religioso, in evidente contraddizione non solo con il disegno costituzionale contenuto negli artt. 7 e 8 cost., ma anche – per quanto riguarda in specie la Chiesa cattolica – con il regime patrizio. Se questo davvero avvenisse, si sarebbe dinnanzi alla singolare situazione di una fonte unilaterale statale incidente al tal punto sulle fonti pattizie, da svuotarle sostanzialmente di contenuto, con evidente stravolgimento di ogni ordine gerarchico, sia per rapporto all’art. 7 cost., sia per rapporto all’art. 10, primo comma, cost.

Ma questo è un ragionare per ipotesi. Più concretamente ci si potrebbero porre altri problemi relativi a materie, nelle quali l’intervento del legislatore unilaterale statale ha modificato

---

<sup>11</sup> Rinvio al riguardo a **G. DALLA TORRE**, *L’art. 21, comma 1°, del Trattato lateranense e la testimonianza dei Cardinali*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, V, Giappichelli, Torino 2008, p. 21 ss. La Commissione paritetica Italia-Santa Sede ha al riguardo formulato una proposta di modifica del codice di procedura penale ed anche del codice di procedura civile, nel quale la speciale forma di assunzione della testimonianza dei Cardinali è ancora presente: la relazione della Commissione ed il testo della proposta si possono leggere in *Communicationes*, vol. XLI, n. 1, 2009, p. 63 ss.



profondamente il quadro normativo generale in rapporto al quale si era definita la normativa concordataria, dandosi così luogo ad una eterogeneità di discipline difficilmente compatibili con le esigenze di organicità ed armonia dell'ordinamento giuridico, oltre che con il rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 cost.).

Il caso più evidente mi pare di vedere in materia di matrimonio concordatario, e specificamente con riferimento al problema dell'applicabilità o meno della legge n. 218 del 1995, di riforma del diritto internazionale privato, alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio. Infatti questa legge non soltanto ha determinato l'abrogazione – in quanto ritenuti "incompatibili" (art. 73) – degli art. 796 ss. c.p.c. che disciplinavano il giudizio di delibazione delle sentenze straniere, ma nel riformulare il sistema che disciplina il riconoscimento di tali sentenze nell'ordinamento italiano ha introdotto un principio opposto rispetto a quello enunciato nelle norme previgenti: mentre prima ogni sentenza straniera per avere efficacia in Italia doveva essere sottoposta ad uno specifico giudizio di delibazione, come avviene per le sentenze canoniche di nullità in base alla speciale normativa concordataria, ora il riconoscimento delle sentenze straniere avviene automaticamente in presenza di determinati requisiti (art. 64), che sono poi sostanzialmente gli stessi di quelli che precedentemente costituivano oggetto di previo accertamento in sede di delibazione (art. 796 c.p.c.)<sup>12</sup>.

Si è discusso se questo capitolo della riforma del diritto internazionale privato dovesse o meno applicarsi anche alle sentenze ecclesiastiche di nullità.

Parte della dottrina ha osservato che il concordato conterrebbe in materia un rinvio mobile alle "condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere" (art. 8, n. 2, lett. c), che pertanto dovrebbero intendersi ora riferite agli artt. 64 ss. della legge n. 218. La prevalente dottrina ha peraltro ritenuto diversamente, argomentando sia dall'art. 2 della stessa legge n. 218, che fa salve le "convenzioni internazionali in vigore con l'Italia", quindi anche l'Accordo del 1984; sia dal regolamento europeo n. 2201 del 2003 (art. 63), che sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale fa salvo il concordato con la Santa Sede (ma forse non impedirebbe il loro riconoscimento automatico negli ordinamenti degli altri Stati dell'Unione); sia dal *Regolamento dello stato civile* (d.P.R. 3 novembre

---

<sup>12</sup> Il tema è stato più approfonditamente trattato in G. DALLA TORRE, *Riconoscimento di sentenze ecclesiastiche di invalidità del matrimonio*, in *Dizionario di diritto privato*, diretto da Irti, in corso di pubblicazione con i tipi dell'Editrice Giuffrè.



2000, n. 396), che ai fini della trascrizione nei registri dello stato civile considera distintamente le sentenze “pronunciate all'estero” di nullità, scioglimento o cessazione degli effetti civili, direttamente trascrivibili, e le “sentenze della corte d'appello previste dall'articolo 17 della legge 27 maggio 1929, n. 847, e dall'articolo 8, comma 2, dell'Accordo del 18 febbraio 1984” (art. 63, comma 2, lett. g-h), confermando così per le sentenze canoniche di nullità il percorso obbligato del procedimento di delibazione. Questa soluzione, ancorché più convincente sul piano tecnico-interpretativo, determina peraltro la situazione singolare di una maggior chiusura dell'ordinamento italiano nei confronti delle sentenze ecclesiastiche, nonostante provengano da un ordinamento ben cognito e ritenuto non contrastante con l'ordinamento italiano (come si può argomentare dal combinato disposto del primo comma art. 7 e secondo comma art. 8 cost.), rispetto alla apertura che lo caratterizza, in base alla legge n. 218, nei confronti degli altri ordinamenti stranieri.

Da parte sua la giurisprudenza ha sostanzialmente adottato una – a mio avviso irragionevole – soluzione intermedia tra le due, opposte, prospettate dalla dottrina, ritenendo che il rinvio agli artt. 796-797 c.p.c. di cui all'art. 4, lett. b), del Prot. addizionale, “va inteso solo in senso materiale e non comporta comunque la sopravvivenza” in sede di delibazione “delle norme abrogate”, per cui debbono essere in concreto applicati i requisiti di cui all'art. 64 della legge 218.

## **6 - L'incidenza “negativa” per non attuazione o per non ricorso all'art. 13 conc.**

Un problema singolare, al momento del tutto ipotetico, e che non mi pare sia stato affrontato in dottrina, potrebbe insorgere in rapporto all'art. 13, n. 2, del concordato, laddove è detto che “Ulteriori materie per le quali si manifesti l'esigenza di collaborazione tra la Chiesa cattolica e lo Stato potranno essere regolate sia con nuovi accordi tra le due Parti sia con intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale Italiana”.

Si tratta a tutta evidenza di una disposizione che facoltizza il ricorso alla negoziazione normativa, sicché in generale sembra non potersi configurare una illegittima incidenza sulle fonti pattizie di un intervento normativo unilaterale statale che eventualmente dovesse intervenire. E però, se si considera la disposizione in rapporto all'art. 1 del concordato, che in parte – ma solo in parte – ripete il testo del primo comma dell'art. 7 cost., mi sembrerebbe di dover dire che la disciplina di una materia di comune interesse dello Stato e della Chiesa non è del



tutto rimessa ad una valutazione assolutamente discrezionale nella scelta fra normazione concordata e normazione in via unilaterale statale.

Una certa discrezionalità al riguardo non può negarsi, e tuttavia all'interno delle due coordinate poste dal primo articolo del concordato in vigore, e cioè: il riconoscimento della sussistenza di due ordini – quello dello Stato e quello della Chiesa – e conseguentemente di due distinte competenze, da un lato; l'impegno alla collaborazione reciproca per la promozione dell'uomo ed il bene del Paese dall'altro.

Sarebbe poi di certo negativamente incidente sul sistema di accordi dello Stato con la Chiesa una sistematica disapplicazione nel tempo, da parte statale, del disposto dell'art. 13, n. 2, conc., nonostante la ricorrenza degli estremi per una sua applicazione.

## 7 - Conclusioni

Tra fonti pattizie e fonti unilaterali statali si è venuta sviluppando, nel tempo, una dinamica che a mio avviso è rimasta quasi sempre fisiologica, cioè conforme al quadro costituzionale. Nel complesso non mi pare che un qualche implemento della legislazione unilaterale, certamente registrabile nei tempi più recenti, si sia discostata dal paradigma della negoziazione legislativa contenuto in Costituzione. La legislazione unilaterale si è in realtà posta non contro, ma conformemente al contesto normativo dato dal concordato e dalle intese, sviluppando linee di politica ecclesiastica insite proprio nella normativa negoziata. Il che significa soltanto che gli accordi stipulati dalle confessioni religiose hanno raggiunto il loro obiettivo.

Ma qui occorre essere chiari. Si assiste, infatti, ad una certa tendenza diretta a svuotare il disegno costituzionale sui rapporti fra Stato e confessioni religiose, che si muove secondo tre direttrici.

La prima è quella legislativa. Al riguardo basti fare riferimento al già ricordato disegno di legge sulla libertà religiosa, che viene riproposto inutilmente da alcune legislature. Il fatto che sia sin qui rimasto senza effetto dovrebbe far pensare, perché in definitiva forte rimane il dubbio, leggendo i diversi testi, che ci si voglia servire di tale strumento come grimaldello per scardinare il sistema costituzionale di cui al secondo comma dell'art. 7 ed al terzo comma dell'art. 8<sup>13</sup>. Mentre

---

<sup>13</sup> Dubbi in tal senso sono emersi, ad esempio, dall'indagine conoscitiva svolta dalla Commissione I della Camera nel gennaio 2007: cfr. in particolare Camera dei Deputati, XV Legislatura, I Commissione, seduta dell'11 gennaio 2007; seduta del 16 luglio 2007. Si vedano anche le osservazioni che facevo nelle conclusioni della



è evidente che un intervento del legislatore avrebbe senso per cancellare le disposizioni fasciste del 1929-1930 sui “culti ammessi” e sarebbe senz’altro urgente, considerando la posizione delle confessioni senza intesa.

La seconda direttrice è quella – già accennata in apertura – dell’intervento giurisprudenziale, a fronte di una magistratura che sembra sempre più attratta da una funzione nomopoietica, che appare assai distante dai caratteri fondamentali di un ordinamento di *civil law*, qual è il nostro, e dal disposto costituzionale per il quale i giudici sono soggetti *soltanto* alla legge, ma a questa sì (art. 101, secondo comma, cost.).

La terza direttrice è quella di una dottrina giuridica che, a Costituzione invariata, tende ad affermare, nei rapporti tra Stato e confessioni religiose, il primato della legge unilaterale. Secondo questa prospettiva di pensiero non solo la legislazione unilaterale in materia sarebbe rispettosa della Costituzione ma, nel tempo, sarebbe sostanzialmente vocata al superamento del sistema pattizio, o quantomeno alla sua marginalizzazione.

Siffatto modo di pensare è ovviamente del tutto legittimo, ma se si colloca nella prospettiva di una riforma costituzionale. È del tutto comprensibile che, per quanto attiene al problema dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, si possa preferire un modello come quello italiano ottocentesco, anziché quello che la Costituzione ha recepito. Ma a “bocce ferme”, è quest’ultimo quello che conta e che vincola la vita giuridica.

Qui vorrei solo ricordare che per Costituzione quello della c.d. negoziazione legislativa non è un’opzione eventuale ma la regola, anche se, come ogni regola può conoscere eccezioni. L’art. 7, secondo comma cost., non dice che i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica “possono” essere regolati pattiziamente: dice perentoriamente “sono”; parallelamente il terzo comma dell’art. 8 cost. dispone che i rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica “sono” – non “possono” essere – regolati per legge sulla base delle relative rappresentanze.

È evidente che all’accordo si può non giungere, perché le parti in rapporto non giungono a soluzioni condivise, o perché la parte confessionale non desidera una disciplina speciale. Ma è altrettanto

---

relazione su *Libertà di coscienza e di religione. Considerazioni sulla Proposta di testo unificato sulla libertà religiosa*, tenuta al Convegno di studio su *Libertà religiosa e multiculturalismo* (Gallipoli: 29 febbraio – 1 marzo 2008), i cui atti sono in via di pubblicazione.



evidente che il sistema costituzionale in questo caso legittima solo il ricorso al diritto comune generale.

A ben vedere, la questione non è soltanto formale. Gli artt. 7 e 8 della Costituzione riflettono l'idea di laicità che il costituente ha fatto propria: un'idea ben diversa a quella tradizionalmente sottesa alla *laïcité* della tradizione francese, implicante contrasto o ignoranza del fenomeno religioso da parte dei pubblici poteri<sup>14</sup>. Quella sottesa al testo costituzionale è una laicità che parte dal presupposto che lo Stato non ha una *plenitudo potestatis* sul reale; che esiste un ordine, quello proprio delle confessioni religiose, in cui non solo non è legittimato ad intervenire unilateralmente, ma è radicalmente e strutturalmente incompetente<sup>15</sup>. Di qui il principio pattizio, chiamato ad elaborare la disciplina di materie giuridicamente rilevanti per l'ordinamento statale e per gli ordinamenti confessionali; ma anche e prima ancora per definire concordemente – e seppure in via pratica, mai di principio e definitiva – ciò che rientra certamente nell'ordine proprio delle confessioni religiose.

In questa idea di laicità, non v'è spazio per il vecchio principio giurisdizionalistico secondo cui lo Stato ha, in definitiva, la "competenza delle competenze".

Ed è interessante notare che anche la Francia, che pure in materia di laicità ha una tradizione ben definita e che nel tempo ha avuto la pretesa di farsene propagandista e missionaria nel mondo, oggi, dinnanzi soprattutto alla realtà problematica dell'islam, venga sostanzialmente ad avvicinarsi verso modelli di laicità *à l'italienne*, che non preclude ma postula relazioni convenzionali con le confessioni<sup>16</sup>.

Per concludere vorrei richiamare quel fenomeno, sotto gli occhi di tutti, detto della globalizzazione. Si tratta di un fenomeno dalla crescita inarrestabile, che prende vigore e si accelera nel tempo, e che è connesso con l'inevitabile declino dello Stato moderno, cioè della forma di organizzazione giuridica della società politica che abbiamo conosciuto negli ultimi secoli.

---

<sup>14</sup> Per approfondimenti al riguardo **P. CAVANA**, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, AVE, Roma 1998; **ID.**, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino 2004.

<sup>15</sup> Rinvio al riguardo alle considerazioni svolte in *Metamorfosi della laicità*, in **AA.VV.**, *Laicità e relativismo nella società post-secolare*, a cura di S. Zamagni e A. Guarnieri, il Mulino, Bologna 2009, p. 143 ss.

<sup>16</sup> Una impostazione del tutto inusuale del problema in Francia in **N. SARKOZY**, *La République, les religions, l'espérance. Entretiens avec Thibaud Collin et Philippe Verdin*, Cerf, Parigi 2004. Cenni sulle evoluzioni dell'ordinamento francese in **S. FERRARI**, *Stati e religioni in Europa: un nuovo baricentro per la politica ecclesiastica europea?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008/1, p. 10.



Al progressivo ridursi della sovranità dello Stato, corrisponde una metamorfosi del diritto positivo. In effetti la globalizzazione tende propriamente ad un diritto non più (solo) territoriale, ma potenzialmente universale; non più (solo) nazionale, ma tendenzialmente planetario; non più di esclusiva produzione statale. Una delle conseguenze più rilevanti al riguardo è quella della progressiva disarticolazione del sistema delle fonti, con un passaggio tra l'altro dalla tradizionale organizzazione secondo il principio di gerarchia, particolarmente negli ordinamenti di *civil law* come il nostro, ad una organizzazione delle fonti secondo il diverso principio di competenza. Un esempio particolarmente evidente è dato dallo svilupparsi del diritto europeo come diritto immediatamente vigente negli ordinamenti degli Stati appartenenti all'Unione Europea.

A mio modo di vedere – ma solo i posteri potranno dare l' "ardua sentenza" – il fenomeno della pluralizzazione delle fonti del diritto positivo con il parallelo affermarsi del principio di competenza come criterio ordinatore della pluralità, appare molto legato al fatto che aspetto peculiare dei processi di globalizzazione è il consistente fenomeno dei popoli che si sono rimessi in movimento. Il fenomeno migratorio porta alla crescita, in senso fattuale, della "pluralizzazione" delle società per motivi etnici, culturali ed etico-religiosi. Esso, se contribuisce al declino del diritto "nazionale", porta al problema – di oggi e ancor più di domani – del governo possibile di una società multietnica, multiculturale, multietico-religiosa. Il problema è di conciliare unità e diversità: quella diversità che oggi è sempre più rivendicata, dai diversi gruppi etnici e religiosi, come un diritto: il diritto alla propria identità; il diritto alla differenza.

Tutto ciò condurrà inesorabilmente, volenti o nolenti, ad un qualche ritorno ad ambiti di diritto "personale" – che è cosa ben diversa dagli antichi "statuti personali" –, peraltro nel quadro e con i limiti di un sistema di valori giuridici fondamentali inderogabili ed uguali per tutti: in particolare i diritti umani. In fondo, gli appartenenti a confessioni religiose con accordi con lo Stato già vivono secondo un diritto personale, seppure limitatamente a determinate materie.

Dunque una pluralizzazione di fonti normative, particolarmente negli ambiti più sensibili alla diversità etica e religiosa.

Queste succinte e frammentarie considerazioni conclusive, in sostanza per richiamare l'attenzione di tutti noi a non cadere nella tentazione, che talora mi appare riaffiorare nella nostra produzione giuridica, di guardare ai problemi antichi ma sempre nuovi che il fenomeno religioso pone a livello giuridico, con gli occhi del passato; con le lenti di uno Stato che pretende il monopolio della produzione del



diritto positivo e che in nome della sovranità vuole un controllo pieno di quanto si svolge sul territorio nazionale, ciò che non corrisponde oggi né alla realtà dell'ordinamento, né alle sue possibilità attuali.

Se ciò facessimo, tradiremmo la nostra vocazione ed il nostro ruolo di lettori dei segni dei tempi, di elaboratori e propositori degli strumenti giuridici adeguati a modellare la società del futuro.