



**Andrea Bettetini**

(ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza  
dell’Università degli Studi di Catania)

## **Brevi riflessioni sulla recente giurisprudenza “apicale” in ambito ecclesiastico \***

**SOMMARIO:** 1. Premessa. Stasi normativa e diritto giurisprudenziale in ambito ecclesiastico - 2. Il valore pubblico e giuridicamente rilevante della religione. Per un corretto principio di laicità dello Stato - 3. Autoreferenzialità e principio di effettività nella giurisprudenza del Consiglio di Stato - 4. La giurisprudenza della Cassazione sul matrimonio canonico trascritto, tra consolidamento di principi elaborati in via giurisprudenziale e nuove letture di rottura del sistema.

### **1 - Premessa. Stasi normativa e diritto giurisprudenziale in ambito ecclesiastico**

In un momento di stasi normativa nelle nostre materie (come non pensare alle intese stipulate e in attesa di essere tradotte in legge; o ai ripetuti disegni di legge sulla libertà religiosa che non vedono mai concludere il loro itinerario di approvazione parlamentare); in cui le uniche nuove norme che paiono avere qualche “rilievo ecclesiastico” sono quelle dettate in modo disorganico in leggi che regolamentano le più disparate materie (immigrazione; edilizia; programmazione scolastica ecc.); in tale momento, dicevamo, la giurisprudenza si trova a ricoprire un ruolo decisivo, non solo di applicazione del dato positivo, ma altresì di supplenza di questo.

Talune norme infatti paiono talora distanti dalla vita, “spoglie esanimi” come le avrebbe definite Cesarini Sforza<sup>1</sup>, per la loro incapacità di rappresentare il dato reale, di adeguarsi ad esso.

La vita con le sue esigenze e problematicità “spinge”, stravolge relazioni consolidate (o che tali parevano), crea nuovi rapporti, richiede che tali rapporti siano regolati secondo giustizia. E poiché si diventa

---

\* Il presente lavoro è destinato ad essere pubblicato negli atti del 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*.

<sup>1</sup> **W. CESARINI SFORZA**, *Concetti e precetti*, in *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, Giuffrè, 2004, p. 161-162 (originariamente in *Foro it.* 57 [1942], 11).



giusti non semplicemente sapendo che cosa sia il “giusto”, ma compiendo e volendo compiere azioni giuste, è necessario poter disporre di quei mezzi che permettano di riconoscere quali sono appunto le azioni secondo giustizia e verità. Fra i “mezzi” che forniscono tale indicazione vi sono le leggi positive, e vi è l’attività giudiziaria quando, facendo rivivere e ripresentando il rapporto conteso, si interpreta e applica la legge per dare a ognuno quanto gli spetta.

Ciò tanto più in un momento in cui molte disposizioni paiono appunto spoglie che in qualche modo attendono di essere rivitalizzate al giudice, aspettando che gli organi a ciò deputati possano scrivere, o riscrivere (la legge matrimoniale!) le leggi necessarie in una società democratica e plurale.

Non meraviglia pertanto che buona parte del “diritto ecclesiastico vigente” sia di origine giurisprudenziale, o che comunque l’opera dei giudici appaia anche quantitativamente più rilevante che in passato. Non tanto (o non soltanto) per l’indubbia aumentata litigiosità giudiziaria che caratterizza la società italiana, ma piuttosto (o soprattutto) per il porsi di inediti problemi cui le norme vigenti non sanno dare una risposta secondo giustizia, o perché mancano del tutto, o perché inadeguate a una nuova realtà.

Analizzando specificamente la più recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione e quella del Consiglio di Stato ( la giurisprudenza che ho definito nel titolo “apicale”, in quanto posta al vertice del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti) sui problemi posti dai rapporti fra ordine spirituale e ordine politico, mi pare si possano cogliere alcuni tratti comuni. Alcuni elementi di sintesi che vorrei ora evidenziare.

Il primo (anche da un punto di vista sostanziale) è l’indubbio valore pubblico e giuridicamente rilevante del fattore religioso, e quindi l’irriducibilità di questo a una realtà meramente interiore.

Il secondo è il costante richiamo a un principio di effettività, tale per cui la reale natura di un ente o di un’attività non è sottratta ad una valutazione della legittima autorità che garantisca l’identità tra realtà effettuale e realtà dichiarata.

Il terzo è il consolidamento di alcuni principi elaborati soprattutto in via giurisprudenziale, pur non mancando alcune nuove letture di rottura del sistema.

## **2 - Il valore pubblico e giuridicamente rilevante della religione. Per un corretto principio di laicità dello Stato**



Per quanto concerne il primo “filo rosso” pare interessante ed esemplificativa una sentenza della Cassazione penale.

La Suprema Corte<sup>2</sup> ha annullato con rinvio una sentenza della Corte di appello di Perugia sul presupposto che, secondo le notizie relative alle caratteristiche comportamentali degli adepti della religione rastafariana, la marijuana non è utilizzata solo come erba medicinale, ma anche come “erba meditativa”, come tale possibile apportatrice dello stato psicofisico inteso alla contemplazione nella preghiera; nel ricordo e nella credenza che “l’erba sacra” sia cresciuta sulla tomba di re Salomone. Infatti, il “semplicistico richiamo” da parte della sentenza censurata al dato ponderale della sostanza, e la trascurata valutazione delle circostanze di tempo, luogo e modalità comportamentali dell’imputato non è sufficiente ad integrare l’obbligo di motivazione, specie quando siano indicate dall’imputato circostanze specifiche quali, per l’appunto, l’appartenenza alla religione rastafariana. Detto in altri termini, gli adepti della religione rastafariana possono possedere marijuana anche in quantità superiore alla soglia legalmente prevista.

Invero l’art. 73 d.p.r. 309 del 1990 come modificato dal decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49, non ha introdotto nei confronti dell’imputato che detiene un quantitativo di sostanza stupefacente in misura superiore ai limiti massimi indicati con decreto ministeriale né una presunzione, sia pure relativa, di destinazione della droga detenuta ad uso non personale, né un’inversione dell’onere della prova, costituzionalmente inammissibile ex artt. 25 comma 2 e 27 comma 2 Cost. I parametri indicati nella fattispecie per apprezzare la destinazione ad uso “non esclusivamente personale” (quantità, modalità di presentazione o altre circostanze dell’azione) costituiscono criteri probatori non diversi da quelli che già in passato venivano impiegati per stabilire la destinazione della sostanza detenuta. Tali parametri non vanno considerati singolarmente e isolatamente, sicché non è sufficiente la sussistenza di uno solo di essi (come nel caso in ipotesi, il superamento quantitativo dei limiti tabellarmente previsti) affinché la condotta di detenzione sia penalmente rilevante: pur in presenza di quantità non esigue, il giudice può e deve valutare se le modalità di presentazione e le altre circostanze dell’azione siano tali da escludere un uso non esclusivamente personale<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Cass., VI Sez. Pen., sentenza 10 luglio 2008 n. 28720

<sup>3</sup> Cfr. Cass., VI Sez. Pen., n. 17899/08; n. 19788/08; n. 27330/2008; n. 40575/2008.



Formalmente, la sentenza della Corte contiene pertanto un invito ai giudici di merito affinché valutino nella sua concretezza la fattispecie loro sottoposta nel momento in cui sono chiamati ad accertare il carattere "personale" della quantità di droga posseduta. Ma, nella sostanza, ci pare che la sentenza abbia introdotto una nuova scriminante per i reati in materia di sostanze stupefacenti in ragione della religione praticata. È solo la motivazione religiosa, infatti, che permette ai rastafariani di detenere una quantità di sostanza stupefacente superiore a quella tabellare. È la religione che giustifica un atto che, altrimenti compiuto, costituirebbe una violazione di legge penalmente sanzionata.

La religione rileva come fatto di interesse pubblico e di rilevanza giuridica altresì in una pronuncia del Consiglio di Stato che affronta il tema del velo islamico, e della sua possibile contrarietà all'ordine pubblico.

Si afferma nella sentenza (19 giugno 2008, n. 3076) che l'art. 5 della legge n. 152/1975 vieta l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. La *ratio* della norma, diretta alla tutela dell'ordine pubblico, è quella di evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento. Tuttavia, un divieto assoluto vi è solo in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino. Negli altri casi, l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento è vietato solo se avviene "senza giustificato motivo". Nella sentenza si afferma che, quanto al "velo che copre il volto", o in particolare al burqa, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture. Il citato art. 5 consente, dunque, nel nostro ordinamento che una persona indossi il velo per motivi religiosi o culturali; le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall'obbligo per tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine.

Il che significa che l'uso di questi simboli religiosi non può essere vietato o comunque regolato in nome di una laicità dello Stato intesa come mera neutralità, come "anestetizzazione" dei luoghi pubblici da ogni ideologia o credenza; ma l'unico criterio, preventivo e repressivo, è quello penalistico basato sul principio di legittimità e di tassatività. Peraltro, come ebbe a evidenziare la Corte Costituzionale in uno dei



suoi primi interventi<sup>4</sup>, il nostro ordinamento giuridico non prevede che “ad ogni limitazione posta ad una libertà costituzionale debba implicitamente corrispondere il potere di un controllo preventivo dell’autorità di pubblica sicurezza”. La trasgressione del limite posto dalla norma in esame - ha proseguito la Corte - potrà “costituire un illecito giuridico, anche penale; e in tal caso il divieto sarà garantito dalla corrispondente sanzione”; ma, “fuori di questa ipotesi”, nella quale la prevenzione sarebbe possibile, perché è funzione della polizia quella di prevenire la commissione di reati, il controllo preventivo “se ed in quanto importi una restrizione della sfera giuridica del cittadino, in ordine ai suoi possibili futuri comportamenti, potrà esercitarsi soltanto nei casi e nei modi espressamente indicati dalla legge”. Pertanto, per rispetto alla libertà di religione quale tutelata ex art. 19 Cost., l’uso di un segno religioso in luogo pubblico è permesso, fintantoché non violi una norma penalmente rilevante (e naturalmente, ma nel caso di specie l’ipotesi è remota, il buon costume).

Si comprende allora come una laicità correttamente intesa non solo deplori ogni forma di laicismo ideologico o di separazione ostile tra le istituzioni civili e quelle religiose; ma non possa ugualmente essere intesa come una sorta di ipotetica, ma invero irraggiungibile neutralità. L’esperienza stessa dimostra che proprio laddove le identità, anche religiose, sono ideologicamente negate, esse finiscono per coltivare una logica di separazione.

Nell’odierna società multietnica, e multireligiosa, la laicità va allora riqualificata come capacità di dialogo e di rispetto fra posizioni (le religioni fra di loro; e queste con l’ordinamento politico) che non devono sacrificare il loro patrimonio di senso per assumere una funzione sociale pubblica. Anzi, il riconoscimento del valore pubblico del fatto religioso può costituire l’impulso per la costruzione di una società più umana, che si opponga in modo costruttivo e propositivo a un assetto istituzionale che sembrerebbe operare, e di fatto opera in una prospettiva di mero mercato economico, spersonalizzando e omogeneizzando il vivere quotidiano<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sentenza 18 marzo 1957, n. 45.

<sup>5</sup> Penso sia al riguardo divenuto importante il riferimento all’enciclica di **BENEDETTO XVI** *Caritas in veritate* del 29 giugno 2009, dove il Pontefice afferma con grande chiarezza che il binomio Stato–Mercato sta ponendo fine alla socialità, quindi sta facendo venire meno la relazionalità fra le persone; e che è pertanto necessario civilizzare il mercato, adoperandosi perché il profitto non sia considerato il fine esclusivo dell’attività economica, ma siano tutelati e promossi tutti gli *stake holder*, i portatori di interessi: clienti, fornitori, distributori ecc.



### **3 - Autoreferenzialità e principio di effettività nella giurisprudenza del Consiglio di Stato**

Naturalmente, nel momento in cui una determinazione confessionale interferisca con il nostro ordinamento, poiché questo attribuisce alla qualifica religiosa specifiche prerogative giuridicamente rilevanti (ad es. ministro di culto, edificio di culto), è gioco-forza che l'autorità civile incroci la qualifica religiosa con un principio di effettività, attraverso un'indagine diretta ad applicare un principio di verità e di corrispondenza tra quanto la confessione dice di sé e l'effettiva realtà.

È quanto emerge dalla vicenda giudiziaria che ha accompagnato un erigendo luogo di culto islamico nella provincia di Trento. Da essa appare che, in modo analogo a quanto deciso dalla Corte costituzionale in tema di qualificazione degli enti<sup>6</sup>, un criterio formale può e deve essere contemporaneo con quello sostanziale, in base al quale, per valutare la posizione giuridica di un bene nel nostro ordinamento, bisogna riferirsi non solo alla sua qualifica intraconfessionale, ma alla funzione da esso "de facto" svolta, in quanto l'autoreferenzialità appare un indice accettabile della qualifica se tale risulta dalla prova incrociata con la sua effettività.

Così, a fronte della richiesta dell'Associazione comunità islamica del Trentino Alto Adige di poter destinare un immobile a sede per la propria attività, il Comune di Trento ne negava il permesso, sostenendo che si trattava di destinazione che non era complementare alla dimensione del quartiere residenziale dove intendeva essere inserita, essendo per dette strutture richiesta l'espressa previsione in zona AR (attrezzature religiose) secondo la disciplina dell'art. 69 delle norme tecniche di attuazione del P.R.G. di Trento. Sosteneva in verità l'Associazione che le proprie strutture non erano culturali in senso stretto, ma in esse, oltre ad attività di preghiere, si sarebbero tenute attività didattiche, di biblioteca, assistenza culturale ecc. Quindi, quanto si richiedeva in realtà, non era l'edificazione di un luogo di culto, bensì di una struttura polivalente, in linea con la tradizione islamica<sup>7</sup>. Ma

---

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 396 del 24 marzo 1988.

<sup>7</sup> Nel corso della prima "International Islamic Conference" che si tenne nel 1975 presso la sede della Lega Musulmana Mondiale alla Mecca, e a cui presero parte rappresentanti musulmani di ottanta paesi, fu redatto un documento finale nella cui *Section 7* – intitolata "Architectural Planning of the Mosque" – la Conferenza raccomanda di considerare la moschea "the centre of the social life in the Islamic society, where the social activities are an extension of the religious duties", e invita a costruire moschee che possano soddisfare i bisogni complessivi dei fedeli musulmani.



come correttamente prospettato dal Tribunale amministrativo di Trento, l'esame globale della documentazione prodotta (e quindi della reale e concreta attività che si sarebbe svolta nell'edificio) postulava che la destinazione d'uso dei locali fosse principalmente quella di un luogo di culto islamico, con locali accessori per attività sociali e religiose collaterali, anziché, principalmente, quella di un centro culturale religioso con accessoria e secondaria possibilità di preghiera.

L'ordinanza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino Alto Adige (n. 94/2008) è stata confermata in sede di Consiglio di Stato<sup>8</sup>, il quale ha inoltre specificato la necessità di definire nel merito la questione della legittimità della contestata denuncia di inizio di attività (D.I.A.). La successiva sentenza del Tribunale regionale<sup>9</sup> ribadiva la sostanza dell'ordinanza. Specificamente il collegio – come già nell'ordinanza – ha valutato che la nuova destinazione d'uso oggettivamente impressa con la D.I.A. sia principalmente quella di un luogo di culto islamico con locali accessori per attività sociali e religiose collaterali, piuttosto che quella di un centro culturale religioso cui acceda accessoriamente l'eventuale possibilità di un'attività di culto.

Il ragionamento dei giudici amministrativi avvalora quanto sin qui abbiamo rilevato, e cioè che non basta la volontà della confessione per rendere di culto un luogo, ma è necessaria l'oggettiva attitudine e conformazione del sito a essere considerato cultuale. Una "oggettivazione" che, in assenza di specifici accordi, prevale pertanto sulle disposizioni interne soggettive della confessione e dei suoi rappresentanti. "Ritiene ... il Collegio che il mutamento strutturale e funzionale della destinazione d'uso vada qualificato, non tanto in base alle intenzioni espresse dalla parte interessata, quanto dalle oggettive caratteristiche che presentano i locali". E, nel caso specifico, "la sua [del locale] obiettiva idoneità ad ospitare riti religiosi, avvalorata dal mirhab, che indica ai fedeli in quale direzione prostrarsi per la preghiera è peraltro sufficiente, al di là delle intenzioni dichiarate, a far ravvisare la prevalente destinazione a luogo di culto". Ne consegue che se un locale svolge effettivamente una funzione di culto, non può essere

---

Esse dovevano pertanto comprendere una libreria, una sala di lettura, una sala polifunzionale, un luogo per l'insegnamento del Corano, un'area ricreativa per bambini, una zona "for Muslim women with separate facilities", un centro di pronto soccorso e di servizi funerari. Tutte le nuove moschee occidentali avrebbero dovuto avere "the same requirements mentioned in the recommendations of the first Conference": **S. AD-DARSH**, *The Mosque as a Community Centre*, in *The Role of the Mosque in Islam*, Kingdom of Saudi Arabia 1996, p. 17 (anche in <http://www.islamonline.net>).

<sup>8</sup> Sez. IV, ord. n. 6086 del 18 novembre 2008.

<sup>9</sup> Sent. n. 150 del 7 maggio 2009.



qualificato diversamente, al di là di ogni intenzione dei soggetti interessati.

Pertanto, il principio di autoreferenzialità deve sempre essere incrociato con quello di effettività, al fine di poter correttamente qualificare, e quindi dare certezza giuridica e unitarietà formale e sostanziale, ad un insieme di elementi che, in sé considerati, di tale rilevanza non godrebbero.

Invero, se la definizione confessionale interferisce con il nostro ordinamento, conferendo questo alla qualifica "luogo di culto" rilevanza giuridica, è necessario che l'autorità civile riscontri la qualifica religiosa con un principio di effettività, per verificare la veridicità dell'asserzione confessionale<sup>10</sup>. Un controllo limitato a valutare l'esistenza di una preminente attività di culto, un criterio cioè, se non del tutto predefinito, senz'altro oggettivizzabile, così da permettere un più agevole controllo di legittimità sostanziale in caso di un eventuale rifiuto del riconoscimento di tale qualifica, perlomeno sotto il profilo dell'eccesso di potere (con la logica difficoltà di qualificare ciò che si intenda per religione e per attività di culto).

Il possibile conflitto potrebbe peraltro essere prevenuto, o ridotto, mediante una proceduralizzazione delle relazioni tra le autorità competenti e la confessione religiosa, qualora la disciplina sui luoghi di culto abbia applicazione sulla base di intese tra i soggetti ora richiamati<sup>11</sup>. In tal modo si coordinerebbero e comporrebbero gli interessi dell'amministrazione e quelli della confessione per pervenire a

---

<sup>10</sup> Come evidenzia **M. TEDESCHI** (*Manuale di diritto ecclesiastico*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 270), "per l'ordinamento statuale la qualificazione civile non è senza effetti perché sottopone gli edifici alle leggi particolari che li disciplinano, senza rinviare a quella data loro dai singoli ordinamenti confessionali in capo ai quali essi sono preliminarmente sorti. Lo Stato valuterà pertanto sia l'uso, che la destinazione, che gli interessi che l'edificio soddisfa, senza assumere come propria la qualifica conferitagli dal diritto canonico o dalle altre confessioni religiose, che pure costituisce il necessario presupposto di quello statuale".

<sup>11</sup> Tale istanza è peraltro presente in modo costante nei vari disegni di legge presentati all'esame delle Camere nelle ultime Legislature. Si veda da ultimo, per la XVI Legislatura, il d.d.l. S. 618, a norma del cui art. 22, § 1 "Le disposizioni in tema di concessioni e locazioni di beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato e degli enti locali in favore di enti ecclesiastici, nonché in tema di disciplina urbanistica dei servizi religiosi, di utilizzo dei fondi per le opere di urbanizzazione secondaria o comunque di interventi per la costruzione, il ripristino, il restauro e la conservazione di edifici aperti all'esercizio pubblico del culto, si applicano alle confessioni religiose aventi personalità giuridica che abbiano una presenza organizzata nell'ambito del comune. L'applicazione delle predette disposizioni ha luogo, tenuto conto delle esigenze religiose della popolazione, sulla base di intese tra le confessioni interessate e le autorità competenti".



un risultato che, pur con possibili sacrifici, sia quello che possa maggiormente soddisfare non solo i soggetti esponenziali (confessione religiosa e soggetto pubblico), ma soprattutto la persona, termine ultimo e fondamento dell'ordinamento.

#### **4 - La giurisprudenza della Cassazione sul matrimonio canonico trascritto, tra consolidamento di principi elaborati in via giurisprudenziale e nuove letture di rottura del sistema**

Come abbiamo anticipato, un terzo profilo emerge dalla prassi giurisprudenziale in ambito ecclesiastico. Assume al riguardo senz'altro rilievo la giurisprudenza della Suprema Corte in tema di riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, "monotona" nell'affermare alcuni principi, ma "dirompente" nel proporre alla suddetta uniformità eccezioni che in realtà non sono solo tali, ma, appunto, paiono piuttosto elementi di potenziale rottura del sistema concordatario.

La Corte ha così ribadito che la diversità di disciplina dell'ordinamento canonico rispetto a quello interno non è impeditiva della delibazione di una sentenza canonica di nullità matrimoniale, a meno che tale diversità non incida sui principi generali dell'ordinamento, o sulle regole fondamentali che definiscono in esso l'istituto del matrimonio (si veda, per tutte, di recente, Cass., 15 gennaio 2009 n. 814).

Se è chiaro e consolidato il principio, la sua applicazione può tuttavia comportare, e di fatto ha comportato, alcuni problemi interpretativi, l'ultimo dei quali si ritrova formalizzato nella ormai ben nota sentenza n. 19809 del 18 luglio 2008 delle S.U. In essa si afferma (come abbiamo ora visto) che non ogni vizio del consenso accertato nelle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio consente di riconoscerne la efficacia nell'ordinamento interno, dandosi rilievo nel diritto canonico, come incidenti sull'iter formativo del volere, anche al foro interno e a motivi non significativi per il nostro ordine pubblico, per il quale solo cause esterne e oggettive possono incidere sulla formazione e manifestazione della volontà dei nubendi, viziandola o facendola mancare. Pertanto, l'errore indotto da dolo, che rileva nell'ordinamento canonico ma non in quello italiano, se accertato come causa di invalidità in una sentenza ecclesiastica, potrà dar luogo al riconoscimento di questa in Italia solo se sia consistito in una falsa rappresentazione della realtà che abbia avuto ad oggetto circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la



persona dell’altro nubente. Con parole della sentenza ora richiamata, “in nessuno dei casi tassativi di legge del sistema interno [italiano] che incidono sulla formazione del consenso, assume rilievo peculiare la coscienza interna dei nubendi”<sup>12</sup>.

In questa prospettiva, che tende a recuperare o salvaguardare la piena validità funzionale dell’atto, il consenso non si presenta quale congruità effettiva fra due intime volizioni, ma in termini di congruenza esteriore tra due dichiarazioni che sono valutate e interpretate secondo il loro significato esteriore oggettivamente percepibile<sup>13</sup>, che non necessariamente coincide con la volontà interna e “reale” delle parti<sup>14</sup>. Nel bilanciamento tra principio volontaristico e principio dell’affidamento è questo secondo che finisce per prevalere, e il fatto psicologico rileva solo in quanto sia riconoscibile. Si può altresì dire che il bene tutelato dalla normativa è, per la Corte, la dichiarazione, e il conseguente affidamento che sorge nell’altra parte, mentre perde rilevanza l’interiorità della persona.

Ma una tale limitazione al riconoscimento delle sentenze canoniche, che parrebbe limitato all’ipotesi di errore doloso non ricadente su circostanze oggettive ed empiricamente rilevabili, in realtà rischia di porre in crisi buona parte del sistema concordatario. Lo spazio del nostro studio è limitato per dimostrare analiticamente questo nostro asserto. Sinteticamente, possiamo rilevare come tutto il sistema canonico sia improntato alla ricerca della verità, quale si forma “in interiore homine”. È altresì evidente che la volontà, per essere giuridicamente efficace, e valutabile, deve essere esternata, oggettivizzata. Però nel diritto della Chiesa quella che è stata definita oggettivazione del volere<sup>15</sup> è avvenuta in modo tale che le “due volontà” siano comunque considerate tra di loro in relazione, ed una (quella interna) costituisce la chiave ermeneutica dell’altra (quella esteriorizzata), soprattutto in ipotesi particolarmente significative come sono quelle delle dichiarazioni costitutive di uno *status*. Al valore sociale dell’apparenza è qui preferito quello morale dell’imputabilità e della salvaguardia della reale volontà delle parti, giungendosi ad

<sup>12</sup> Cass., S.U., 18 luglio 2008, n. 19809 (su cui cfr. F. FRANCESCHI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte*, in *Rivista di diritto civile* 2009).

<sup>13</sup> P. BARCELLONA, *Errore (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 258-259.

<sup>14</sup> C. ROSSELLO, *L’errore nel contratto. Artt. 1427-1433*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 215. Cfr. inoltre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 647-648.

<sup>15</sup> S. BERLINGÒ, *Vizi della volontà (diritto canonico)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1017.



esempio a sanzionare con la nullità un atto viziato nella sua sostanza da un errore.

Nell'ordine dello Stato, non essendo rilevanti per il diritto i fatti interni se non nella misura in cui sono manifestati, l'unica volontà che si può considerare è quella rappresentata e dichiarata. Sì che la contrapposizione fra volontà interna e volontà esteriorizzata, non escludendo comunque la formazione del negozio, sarebbe in definitiva artificiosa e decettiva<sup>16</sup>.

Le esigenze sottese a tale opzione legislativa vanno senz'altro ritrovate nel principio della sicurezza e del dinamismo del traffico giuridico, nonché –soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia nell'affidamento che è riposto sulla dichiarazione altrui –sul suo significato socialmente tipico- nel conflitto con la protezione dell'effettiva volizione. Non che l'ordinamento dello Stato non presti attenzione ai fatti di sentimento o ai moti interiori della volontà (come non ricordare, a mero titolo di esempio, la disciplina in tema di simulazione negoziale; o ancora l'eccezionale ipotesi di rilevanza dell'errore sui motivi nel testamento – art. 624, co. 2 c.c. – e nella donazione – art. 787 c.c. – sempreché risultino dalla dichiarazione e siano i soli a determinare il disponente). Però è altrettanto vero che quel legame che unisce la volontà che si è formata *in interiore homine* con quella riconoscibile, nel diritto statuale, per precise scelte politiche e dogmatiche, si è reso sempre più tenue, sino a separare di fatto le due volontà, per dare giuridica rilevanza solo a quella dichiarata, e quindi come tale esternata, ponendo il problema della tutela del dichiarante, e dei limiti di questa, secondo un principio di responsabilità<sup>17</sup>.

Questa empasie, questa chiusura all'ordinamento canonico da parte della Suprema Corte, si potrebbe superare ipotizzando un compromesso analogo a quello che si è dato, in sede giurisprudenziale, a proposito della delibazione delle sentenze che dichiarano la nullità di un coniugio per simulazione unilaterale. Come la delibazione è sempre ammissibile sia quando la simulazione unilaterale, compiuta da uno

<sup>16</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, UTET, 1960, p. 424-432; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1963, p. 306 e ss.

<sup>17</sup> Rileva P. BARCELLONA (*Errore* cit., p. 258-259) che nella civilistica contemporanea ormai non ha rilievo la frattura tra il fatto materiale della dichiarazione (la “ausserer Tatbestand” della dottrina tedesca) e il volere interno (“innerer Tatbestand”), in quanto la vera divergenza si verifica tra il contenuto significativo del negozio così come ricostruito attraverso le regole interpretative, e quanto l'errante ritiene di aver assunto a oggetto della propria dichiarazione. Ossia, diciamo noi, tra due realtà aventi comunque un rilievo oggettivo, empiricamente rilevabile.



degli sposi, era conosciuta o era conoscibile dall'altro al tempo delle nozze; sia quando tale simulazione era rimasta allora ignota, ma il coniuge in buona fede o non si opponga al riconoscimento della sentenza ecclesiastica, o sia lui stesso a domandarne il riconoscimento; così potrebbero essere riconosciute le sentenze di nullità per errore doloso meramente "interno" se sia la stessa parte ingannata a chiedere il riconoscimento, ovvero questa non si opponga ad esso.

Conducendo invece sino in fondo il ragionamento della Corte, dovremmo affermare che praticamente nessuna sentenza canonica potrebbe essere riconoscibile, posto che nella Chiesa non si guarda solo a "cause esterne e oggettive che possono incidere sulla formazione della volontà", ma altresì e soprattutto alle cause interne, alla libertà interiore del soggetto.

Tale preclusione pare un'evidente forzatura del sistema concordatario la cui *ratio* è, nel riconoscimento di una diversità fra ordinamenti, il raggiungimento di un accordo per rendere "permeabili" l'ordine dello Stato e quello della Chiesa. Quel sistema mirabilmente definito di separazione imperfetta creato soprattutto con l'Accordo del 1984<sup>18</sup>, rischia in realtà di trasformarsi in un regime di separazione perfetta, perché no, di divorzio. E con ciò da un lato si mette in dubbio la capacità stessa del sistema concordatario di regolare le relazioni fra ordine temporale e ordine spirituale; dall'altro, si ha la certezza che l'attuale opzione politica e costituzionale di definire i termini delle relazioni fra i due ordini in prospettiva pattizia o comunque di cooperazione non può limitarsi agli angusti confini di un documento; ma, pur presupponendolo, implica un'azione dinamica di continua modifica, sia per l'introduzione di nuovi assetti normativi, sia per le mutate condizioni storiche e sociali. Una modifica che sia però frutto non di una unilaterale interpretazione ma di un bilaterale accordo nella prospettiva di concertazione richiesta dalla nostra stessa Carta costituzionale. In tal modo si potrà parlare di una vera libertà religiosa, ed evitare anche il solo risvegliarsi di quel giurisdizionalismo che, come l'araba fenice, rinasce dalle sue ceneri in forme diverse, forse nuove, ma in realtà sempre antiche.

---

<sup>18</sup> F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed. a cura di A. Bettetini e G. Lo Castro, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 459-460.