



Antonio Fucillo

(straordinario di Diritto ecclesiastico e interculturale
nella Seconda Università di Napoli, Dipartimento di Giurisprudenza)

Valori religiosi vs. valori laici nel diritto di famiglia (rileggendo il saggio di Walter Bigiavi su "Ateismo e affidamento della prole") *

SOMMARIO: 1. Ateismo del genitore e affidamento della prole nel dibattito giuridico di inizio anni '50 – 2. Religione e diritto: la contemporaneità delle riflessioni di allora – 3. Procedimento educativo dei minori e cultura religiosa – 4. La determinazione dell'interesse del minore nella recente prassi giurisprudenziale – 5. L'attualità di un dibattito antico.

1 - Ateismo del genitore e affidamento della prole nel dibattito giuridico di inizio anni '50.

Nel 1951, per i tipi dell'editore Cedam di Padova¹, vide la luce un originale volume di Walter Bigiavi², con lettera introduttiva di Piero Calamandrei, che affrontava il delicato tema dei conflitti religiosi all'interno della famiglia traendo spunto dal notissimo caso "Poldino", ovvero dalla decisione del Tribunale di Ferrara³ di ritenere, ai fini dell'affidamento di un minore, più affidabile il genitore credente (cattolico) e osservante rispetto a quello proclamatosi "ateo".

L'Autore non esitò a definire la sentenza un «monstrum giuridico»⁴ per i suoi contenuti e per i presupposti sui quali si fondava il pronunciato⁵. La sua lucidità, inoltre, non gli impedì di

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ **W. BIGIAVI**, *Ateismo e affidamento della prole*, Cedam, Padova, 1951.

² L'Autore (Il Cairo 1904 - Bologna 1968) è stato professore di diritto commerciale dal 1931, condirettore della Giurisprudenza italiana e della Rivista di diritto civile, nonché socio corrispondente dei Lincei dal 1963. Opere principali: *La rivendicazione del venditore* (1935); *La delegazione* (1940); *I regolamenti internazionali mediante compensazione-clearing* (1942); *L'imprenditore occulto* (1945); *Difesa dell'imprenditore occulto* (1962).

³ 31 agosto 1948, più volte edita.

⁴ **W. BIGIAVI**, *Ateismo e affidamento della prole*, cit., p. 9.

⁵ La medesima problematica fu affrontata dal Bigiavi anche in merito all'ordinanza 27 settembre 1952 del Tribunale di Rovigo (in *Foro It.*, IV, 1953, c. 1), nella quale si ritenne ammissibile l'istruttoria sulla irreligiosità di uno dei genitori; cfr. **W. BIGIAVI**, *Un altro e*



evidenziare come «in controversie giuridiche intrecciate con questioni religiose, molti giuristi - ma fortunatamente non tutti i giuristi - perdono il lume degli occhi e non esitano ad obliterare o ad oscurare le norme più evidenti, magari in perfettissima buona fede»⁶.

L'Autore, quindi, pose in grande evidenza la delicatezza di ogni questione che si collochi tra "diritto e religione" con la conseguente opportuna e necessaria attenzione che i giuristi debbano riservare a esse. Attenzione stimolata anche da Calamandrei che (nella sua "introduzione") evidenzia i rischi gravi di una scienza giuridica che serva la fede in obbedienza alla coscienza del giurista che la sostiene⁷. In una società profondamente diversa da quella di oggi una simile consapevolezza attribuisce al saggio in esame un valore attuale e una preziosa occasione di riflessione sul ruolo dei giuristi in tale delicato settore dell'ordinamento.

La "polemica" scientifica dalla quale trae spunto l'Autore nasce sulle pagine della Rivista "Giurisprudenza italiana" per la penna magistrale di Enrico Allorio⁸, per poi espandersi in altri autorevoli luoghi, vedendo coinvolti giuristi di grande levatura che difesero, pur con varie motivazioni, la citata sentenza, tra questi lo Stolfi⁹, Satta¹⁰, Carnelutti¹¹, Lener¹² e Orestano¹³. Altrettanto autorevole fu poi la pattuglia di giuristi

più grave «caso di Ferrara», in *Foro It.*, IV, 1953, c. 1 ss.; **ID.**, *Affidamento della prole, ateismo e comunismo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957, p. 240 ss.

⁶ **W. BIGIAMI**, *Ateismo e affidamento della prole*, cit., p. 4 ss.

⁷ Cfr. **P. CALAMANDREI**, Lettera introduttiva a **W. BIGIAMI**, *Ateismo e affidamento della prole*, cit., p. XVI.

⁸ Cfr. **E. ALLORIO**, *Ateismo ed educazione dei figli*, in *Giur. It.*, I, 2, 1949, c. 11.

⁹ Cfr. **G. STOLFI**, *Sull'art. 155, al. 1 del codice civile*, in *Foro It.*, IV, 1949, c. 49.

¹⁰ Cfr. **S. SATTA**, *L'affidamento della prole nei poteri e doveri del giudice*, in *Foro It.*, IV, 1949, c. 52.

¹¹ Cfr. **F. CARNELUTTI**, *Libertà di coscienza nell'affidamento della prole al coniuge separato*, in *Foro It.*, IV, 1949, c. 56.

¹² Cfr. **S. LENER**, *Differenze religiose tra coniugi, separazione personale (o divorzio) e assegnazione dei figli*, in *Foro It.*, IV, 1949, c. 61.

¹³ Cfr. **R. ORESTANO**, *Educazione religiosa ed affidamento della prole nella separazione personale dei coniugi*, in *Foro It.*, IV, 1949, c. 70.



che invece criticò la sentenza, tra i quali Nappi¹⁴, Barbareschi¹⁵, Barile¹⁶ e Jemolo¹⁷.

Perché la vicenda appariva di così tanto interesse? Certamente la questione per i giuristi era (come peraltro lo è tuttora) di assoluto rilievo, la Carta Costituzionale era appena fresca di stampa e le libertà in essa promosse e garantite non erano ancora del tutto entrate, nei loro risvolti pratici, pienamente nel dibattito giuridico¹⁸, soprattutto dei non costituzionalisti. Ciò tuttavia non mi sembra del tutto sufficiente a spiegare tanto interesse verso una sentenza di merito di così numerosi e autorevoli giuristi appartenenti a settori scientifici molto diversi per una questione che, dopo poco tempo, venne risolta con “buon senso” dalla Corte di Appello di Bologna¹⁹. Non era forse la fattispecie concreta a interessare i giuristi ma il delicato equilibrio tra diritto e religione, ovvero la particolare caratterizzazione che le questioni giuridiche assumono quando interessate dal fattore religioso o si intersecano a esso. Del resto, il mondo del diritto non è estraneo né indifferente verso la religione e i valori sociali di cui è intrisa, in quanto questi ultimi si traducono al suo interno attraverso un inevitabile continuo procedimento di osmosi.

2 - Religione e diritto: la contemporaneità delle riflessioni di allora.

¹⁴ Cfr. **G. NAPPI**, *Interferenze politico-confessionali nell'applicazione del diritto*, in *Mon. Trib.*, 1949, p. 49.

¹⁵ Cfr. **L. BARBARESCHI**, *Assegnazione dei figli e libertà di coscienza*, in *Giur. It.*, IV, 1949, c. 42.

¹⁶ Cfr. **P. BARILE**, *Regime costituzionale e disciplina concordataria in tema di educazione della prole*, in *Foro pad.*, IV, 1949, c. 168.

¹⁷ Cfr. **A.C. JEMOLO**, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Sem. giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-49), p. 54 ss.

¹⁸ Circa il contributo della Corte costituzionale, *ex plurimis*, si rinvia ad **AA. VV.**, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. Botta, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; **A. ALBISETTI**, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2010; **M. CANONICO**, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2005; **S. DOMIANELLO**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987; **ID.**, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999.

¹⁹ Corte di Appello di Bologna, sentenza 13 aprile 1950, in *Foro It.*, I, 1950, c. 894 ss., in sostanziale riforma.



Religione e diritto, il rapporto indissolubile che si è, per lungo tempo, fatto finta di non notare, anzi si è difesa oltre modo un'idea di laicità "statica" cioè appiattita su posizioni positiviste e nichiliste che ben poco hanno a che vedere con la realtà variegata del fenomeno religioso all'interno delle società contemporanee²⁰. Una simbiosi che, nonostante il diverso contesto, appariva invece ben chiara al dibattito tra esimi giuristi dal quale si è tratto spunto. L'esercizio della libertà religiosa viene visto non soltanto nella sua dimensione individuale, ma anche nella sua dimensione sociale con i conseguenti riflessi sull'applicazione del diritto positivo e quindi nei suoi effetti verso la collettività. La fattispecie concreta fornisce, quindi, l'occasione per una profonda riflessione su temi che invadono il delicato rapporto tra doveri della coscienza e doveri giuridici e di come l'intero mondo del diritto debba rapportarsi al variegato universo dei credenti. Il Saggio diviene, quindi, non una riflessione tecnica su una questione di puro interesse civilistico, ma una profonda analisi del rapporto tra "diritto e religione", dalla quale emerge in modo evidente il grande apporto della dottrina civilistica allo sviluppo del diritto ecclesiastico in chiave contemporanea²¹.

Entrare nel merito dei profili tecnici affrontati dal Bigiavi nel volume non gli renderebbe del tutto giustizia. Il tanto tempo trascorso (più di 60 anni) ha consegnato al giurista di oggi tutta una serie di nuovi parametri socio-giuridici che impediscono una lettura oggettiva delle tesi sostenute nel libro. Già il capitolo dedicato alla "eguaglianza" (il III) è costruito sull'idea di una eguaglianza "formale" di tipo eccessivamente statico (l'iniziale lettura dell'art. 3 Cost.) ove si sostiene su tale base l'intento discriminatorio verso l'ateo conclamato. Già la relazione con l'art. 19 Cost. presenta invece tratti di sorprendente modernità ove l'Autore sostiene (del tutto correttamente) che il diritto di professare una religione contempla inevitabilmente anche quello di non professarne alcuna²², nella scia tracciata in precedenza dal Ruffini²³.

²⁰ In merito, *ex plurimis*, cfr. **P. CONSORTI**, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 23 ss.; **G. DALLA TORRE**, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Studium, Roma, 1992, p. 15 ss.

²¹ In merito si rinvia ad **A. FUCCILLO**, *Il contributo della scienza civilistica alla nascita del diritto ecclesiastico italiano*, in **AA. VV.**, *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, a cura di G.B. Varnier, Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2011, p. 151 ss.

²² Cfr. **W. BIGIAVI**, *Ateismo e affidamento della prole*, cit., p. 40.

²³ Cfr. **F. RUFFINI**, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, con introduzione di A.C. Jemolo, Feltrinelli, Milano, 1992 (rist.), p. 11 ss.



La contemporaneità del volume, invece, si manifesta con nettezza nelle “conclusioni” basate sull’evidente contrasto tra «fanatismo laico» vs. «fanatismo pio»²⁴. Il rilievo che l’appartenenza religiosa assume rispetto alle scelte giuridiche di chi agisce è centrale nell’economia del Libro in oggetto ma anche nella società contemporanea, la quale appare sempre più declinata in chiave pluralista e multiconfessionale. Si evidenzia quindi la relazione e gli inevitabili conflitti tra “valori religiosi” e “valori laici”, il loro possibile reciproco prevalere e la loro possibile coesistenza nel diritto di famiglia.

3 - Procedimento educativo dei minori e cultura religiosa

La religione è certamente una delle componenti principali della definizione culturale degli individui²⁵, conseguentemente viene trasportata in ogni ambito della vita familiare condizionandone usi e tradizioni. La costruzione, quindi, di un percorso educativo della prole avviene spesso con l’utilizzazione di valori religiosi o anche del tutto laici, da trasmettere ai propri figli nell’esercizio di quella autonomia educativa riconosciuta ai genitori dall’art. 147 del codice civile²⁶. L’appartenenza religiosa è elemento condizionante del procedimento educativo dei minori all’interno delle famiglie²⁷ che, in ambito confessionale, si traduce in un dovere strutturale dello statuto del fedele. Questo dovere dei genitori assume un rilievo significativo, ad esempio, nel diritto canonico²⁸, come peraltro emerge dai canoni 226 § 2²⁹, 793 §§ 1-2³⁰, 1366³¹ e 1689 *c.j.c.*³².

²⁴ W. BIGIAMI, *Ateismo e affidamento della prole*, cit., p. 165 ss.

²⁵ Cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Edizioni Dedalo, Bari, 2008, p. 97 ss.; ID., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 77 ss.

²⁶ Cfr. M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 336 ss.

²⁷ Cfr. P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2000, p. 191 ss.

²⁸ Cfr. P. LOJACONO, *La tutela della personalità dei minori nell’ordinamento canonico. Incapacità dei genitori di fornire alla prole un’educazione “integrale” ed invalidità del matrimonio*, in *Dir. eccl.*, 1-2, 2009, p. 53 ss.

²⁹ Cfr. G. INCITTI, *Il Popolo di Dio. La struttura giuridica fondamentale tra eguaglianza e diversità*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2007, p. 94 ss.

³⁰ Cfr. A.G. URRU, *La funzione di insegnare della Chiesa nella legislazione attuale*, Edizioni Vivere In, Roma, 2001, p. 130.

³¹ Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, p. 256 ss.



Il relativo adempimento spesso è causa di crisi all'interno della vita familiare³³, anche rispetto alle decisioni da assumere riguardo ai figli e alla loro partecipazione attiva alla vita delle comunità religiose³⁴.

Il problema, quindi, che costituisce il perno del Volume di Walter Bigiavi da cui si è tratto spunto è tutt'ora centrale, così come sono rilevanti per il diritto tutte quelle dinamiche che intrecciano il rapporto tra comportamenti e osservanze religiose e vita familiare, che deve collocarsi all'interno del delicato equilibrio tra "diritti" e "doveri" dei coniugi e/o genitori rispetto all'educazione dei figli e al rispetto delle loro "inclinazioni"³⁵.

È evidente il rilievo delle convinzioni religiose nell'esperienza giuridica, sostanziandosi talvolta in scelte comportamentali con significativi risvolti sulle condotte educative all'interno della famiglia.

Del resto, la conflittualità latente al consorzio familiare può esprimersi in forme diverse, tanto da aver aumentato in modo significativo la relativa incidenza sulle sue cause di disgregazione, soprattutto quando non strutturato intorno alla medesima appartenenza confessionale dei coniugi. Le convinzioni religiose dei genitori assumono un decisivo rilievo nell'indirizzare la vita dei figli, avendo il diritto di educare, anche religiosamente, la prole (art. 147 c.c.), nel pieno rispetto della relativa inclinazione naturale, capacità e aspirazione (art. 315-bis c.c.)³⁶. L'esercizio del "diritto" di educare può tuttavia innescare conflitti tra i genitori e gli stessi figli che coinvolgono il diritto di autodeterminazione religiosa di questi ultimi anche nel senso del non credere, non essendoci più una verità preferita dall'ordinamento giuridico. Il conflitto si inserisce, quindi, tra il dovere del fedele di educare la prole secondo la propria appartenenza religiosa e il diritto del figlio di discostarsene, coinvolgendo i limiti dell'esercizio di un tale diritto circa la capacità di scegliere anche rispetto all'età.

Appare, quindi, evidente nella società contemporanea che il delicato

³² Cfr. **L. SABBARESE**, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro IV, Parte I, Titolo VII*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006, p. 463.

³³ Cfr. **N. MARCHEI**, *La famiglia*, in **AA. VV.**, *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di G. Casuscelli, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 235 ss.

³⁴ Cfr. **A. FUCCILLO, R. SANTORO**, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 306 ss.

³⁵ Cfr. **P. ZATTI**, *La disciplina del rapporto tra i coniugi*, in **AA. VV.**, *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 3, Utet, Torino, 1996, p. 76 ss.

³⁶ Cfr. **R. BOTTA**, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 260 ss.



rapporto tra doveri religiosi e doveri giuridici trovi un florilegio di possibili declinazioni proprio all'interno della famiglia. Le intuizioni di Walter Bigiavi sono quindi ancora oggi attuali nell'aiutare l'interprete a dimensionare correttamente il fenomeno pur nelle diversità di una religiosità multiculturale tipica delle "famiglie" di oggi.

4 - La determinazione dell'interesse del minore nella recente prassi giurisprudenziale.

I sessanta anni trascorsi dall'opera di Bigiavi sono certamente serviti affinché le Corti declinassero in modo corretto l'esercizio della potestà genitoriale con l'esercizio della libertà religiosa di tutti i componenti il nucleo familiare, in modo conforme al dettato dell'art. 19 Cost.

È quindi opportuno proporre un florilegio delle decisioni più recenti in materia al fine di individuare l'attuale "stato dell'arte".

La Suprema Corte ha innanzitutto statuito che le decisioni di maggiore importanza per la prole, tra le quali rientrano anche le scelte in materia religiosa, devono essere assunte da entrambi i genitori e gli eventuali provvedimenti relativi alla prole devono essere, in ogni caso, adottati con esclusivo riferimento al relativo interesse morale e materiale³⁷.

In applicazione di questo principio, la giurisprudenza ha ritenuto come maggiormente lesiva dell'interesse del minore, anche circa il naturale sviluppo della sua serenità, stabilità ed equilibrio delle relazioni personali, l'interruzione del percorso formativo intrapreso attraverso la frequenza al catechismo, anche quando il progetto, inizialmente condiviso da entrambi i genitori, ha trovato successivamente l'opposizione di uno di essi.

Nel caso di affidamento condiviso del minore, la sospensione/interruzione della catechesi finalizzata al battesimo non può rappresentare una automatica conseguenza del contrasto esistente sul punto tra i genitori, dovendo tale decisione essere adottata tenendo conto unicamente del preminente interesse del minore, il quale si misura anche con la rilevanza che nella vita del bambino potrebbe assumere una interruzione del percorso iniziato³⁸.

In materia di affidamento condiviso il superiore interesse del

³⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 7 febbraio 1995, n. 1401, in *Giur. It.*, 1, 1996, p. 538.

³⁸ Cfr. Corte di Appello di Milano, decreto 21 febbraio 2011, edito in www.affidamentocondiviso.it.



minore è stato posto anche a fondamento di provvedimenti restrittivi delle scelte religiose dei genitori³⁹, qualora l'età del minore con consentisse di maturare una scelta confessionale effettivamente autonoma. In particolare, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, non determina violazione del diritto di professare la propria fede religiosa il provvedimento di divieto di partecipazione alle Adunanze del Regno, emesso in un giudizio di affidamento condiviso delle figlie minorenni di un padre appartenente ai Testimoni di Geova, nel caso in cui, dagli accertamenti svolti a livello comunale, sia emerso che l'età delle figlie non consentisse loro di praticare una scelta confessionale veramente autonoma e fosse pertanto inopportuno uno stravolgimento di credo religioso (nel caso di specie, cattolico)⁴⁰.

Inoltre, sempre in materia di catechismo, in ragione del superiore interesse del minore, è stato rilevato che:

a) la scelta di un genitore di far frequentare la lezione di catechismo nello stesso giorno fissato per l'incontro con l'altro genitore non costituisce violazione del provvedimento adottato dal giudice in sede di separazione, poiché le decisioni dei parroci circa l'organizzazione del catechismo sono insindacabili, in ragione della loro natura collettiva e degli impegni scolastici dei partecipanti⁴¹;

b) deve essere ammonita una madre che ha iscritto il figlio al catechismo senza consultare il padre, avendo tale comportamento, di fatto, impedito la concreta attuazione del principio della bigenitorialità. Pertanto, la frequenza del corso deve essere interrotta solo se il giudice la ritiene pregiudizievole per il minore⁴²;

c) nella separazione giudiziale dei coniugi, configura un inadempimento grave, sanzionabile con l'ammonimento di cui all'art. 709-ter c.p.c., il comportamento del genitore che unilateralmente consente al figlio infrasedicenne, in regime di affidamento condiviso, di accedere a un percorso di formazione catecumenale, finalizzato alla celebrazione del battesimo, nonostante l'accordo iniziale dei genitori di non educare religiosamente la prole; in ogni caso, si è ritenuto di non dover disporre

³⁹ Cfr. **D. DURISOTTO**, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011, p. 77.

⁴⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 30 settembre - 4 novembre 2013, n. 24683, edita in www.dirittoegiustizia.it.

⁴¹ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 19 giugno 2006, n. 27613, edita in www.personaedanno.it.

⁴² Cfr. Corte di Appello di Milano, sentenza 26 gennaio 2010, n. 778, edita in www.fondazioneinsieme.it.



l'interruzione di tale percorso, in quanto non corrispondente all'interesse del minore, qualora tale interruzione sarebbe maggiormente lesiva dell'interesse del minore rispetto a quanto possa esserlo il relativo compimento⁴³.

Quest'ultimo pronunciamento interviene in materia di accordi genitoriali, ai quali potranno «essere riconosciute validità ed efficacia qualora disciplinino i modi concreti di esercizio dei diritti-doveri genitoriali in materia di educazione religiosa», a condizione che «non derogino principi e norme imperative, come gli artt. 30 Cost., 147, 148 c.c.»⁴⁴.

Del resto, la tutela del minore, di cui è strutturale anche il rispetto delle relative inclinazioni in ambito religioso, trova il suo sostegno costituzionale nel combinato disposto degli articoli 2, 19 e 30 della Costituzione. Difatti, nell'art. 2 Cost. la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ivi compresa la libertà religiosa riconosciuta a tutti nell'art. 19 Cost., cui sono collegati il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, previsti nell'art. 30, comma 1, Cost.⁴⁵.

La giurisprudenza in più occasioni è intervenuta per risolvere questioni attinenti l'educazione religiosa dei minori, stabilendo, ad esempio, che:

- 1) il credo religioso dei genitori non deve essere considerato come criterio rilevante per la scelta del genitore affidatario⁴⁶;
- 2) il mutamento di fede religiosa di un genitore non può avere rilevanza come ragione incidente sull'affidamento dei figli⁴⁷;
- 3) il genitore affidatario non deve essere scelto in base alle sue idee politiche o religiose⁴⁸;
- 4) i figli minori possono essere affidati alla madre non cattolica,

⁴³ Cfr. Corte di Appello di Milano, decreto 21 febbraio 2011, in *Dir. eccl.*, 3-4, 2011, p. 807 ss.

⁴⁴ **A. CESERANI**, *L'educazione religiosa del minore nella crisi coniugale tra autonomia familiare e intervento del giudice*, in *Dir. eccl.*, 3-4, 2011, p. 793.

⁴⁵ Cfr. **G. CATTANEO**, *La famiglia nella costituzione*, in **AA. VV.**, *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Utet, Torino, 1997, p. 25 ss.

⁴⁶ Cfr. Tribunale di Velletri, ordinanza 20 dicembre 1999, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2000, p. 933 ss.

⁴⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 23 agosto 1985, n. 4498, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1986, p. 125.

⁴⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 27 ottobre 1999, n. 12077, in *Vita not.*, 3, 1999, p. 1412 ss.



purché sia garantito il diritto del padre di vigilare sulla loro educazione religiosa, avendo gli stessi il diritto di essere educati nella fede cattolica⁴⁹.

La determinazione della religione del minore, nel costituire un diritto-dovere naturale dei genitori, deve essere considerata come un aspetto strutturale della loro libertà religiosa. Almeno nella primissima infanzia il bambino, infatti, non è in grado di comprendere cosa sia la religione, «non avendo ancora sviluppato tutte le facoltà mentali necessarie per fargli esprimere un proprio credo religioso»⁵⁰.

Il rapporto tra i doveri genitoriali e l'autodeterminazione del minore tende a declinarsi secondo diverse modalità esplicative nel momento in cui il minore è in età tale da esprimere il suo personale interesse o abbia già acquisito una propria maturità di scelta in campo religioso, per cui si tende a garantire una sua facoltà di esercizio di opzioni di fede. In particolare, il problema della determinazione dell'interesse del minore si pone in relazione all'esercizio della sua libertà religiosa, riconoscendogli la capacità di scegliere liberamente e consapevolmente quale fede religiosa seguire oppure se non seguirne alcuna. A tale riguardo, l'art. 1 della l. n. 281 del 1986 stabilisce che il minore dopo il compimento dei 14 anni acquisisce il diritto di esercitare autonomamente la scelta facoltativa se avvalersi dell'insegnamento religioso nella scuola secondaria superiore⁵¹.

Appare dunque evidente come il contrasto che può innescarsi tra l'autodeterminazione del minore e l'impegno educativo dei genitori, talvolta esercitato in adempimento di precetti confessionali, emerge prevalentemente all'interno dei procedimenti di separazione coniugale e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio⁵².

In merito a queste dinamiche processuali, la giurisprudenza ha affrontato anche una controversia inerente l'efficacia di un accordo scritto tra i genitori contenente una prescrizione che stabiliva l'obbligo per uno dei genitori di astenersi dall'indottrinare i figli nel credo del gruppo dei Testimoni di Geova, in merito alla quale ha ritenuto che si trattasse non di obbligazione civile, ma di obbligazione puramente morale tra i due

⁴⁹ Cfr. Tribunale di Patti, ordinanza 10 dicembre 1980, in *Dir. fam. pers.*, 1, 1981, p. 550 ss.

⁵⁰ A. DI CRETICO, E. MATTU, *Tutela ed educazione dei minori, affido condiviso e libertà religiosa*, in AA. VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, a cura di A. Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2007, p. 89.

⁵¹ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 430.

⁵² Cfr. M. CELI, *Apostasia di uno dei coniugi, separazione personale ed educazione religiosa dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 1983, p. 111 ss.



coniugi di fronte al cui eventuale inadempimento il Tribunale non potrebbe pronunciare alcun provvedimento coercitivo⁵³.

Questa posizione giurisprudenziale è stata successivamente superata in quanto è da ritenere ammissibile la clausola dell'accordo di separazione contenente l'obbligo dei genitori di educare il figlio secondo una specifica fede religiosa e il divieto di istruirlo o metterlo in contatto con persone appartenenti ad altre confessioni religiose, impegno la cui violazione comporta il mutamento dell'affido. È in questa prospettiva che assume rilevanza l'autonomia delle parti anche attraverso la previsione di clausole contrattuali che, seppur non tipiche, appaiono fortemente ancorate al principio di meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.⁵⁴.

Non è da escludere che, con l'entrata in vigore della l. 8 febbraio 2006, n. 54 - *Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli*, accordi simili possano avere in futuro una sempre maggiore diffusione, poiché il vigente testo dell'art. 155 c.c. stabilisce che tra i compiti del giudice vi è anche quello di prendere atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori, i quali possono riguardare anche l'eventuale educazione religiosa da impartire alla prole⁵⁵.

In applicazione del principio di bigenitorialità, il vigente art. 155, comma 1, c.c. riconosce il diritto del figlio minore, anche in caso di separazione dei genitori, di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Ciò implica come soluzione prioritaria, secondo la chiara disposizione di cui allo stesso art. 155 (nuovo testo), comma 2, c.c., quella dell'affidamento dei minori a entrambi i genitori, potendo il giudice disporre l'affidamento a uno solo di essi nell'ipotesi residuale in cui ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse dei figli. In questa prospettiva, la giurisprudenza ha stabilito che i figli minori di due genitori separati venissero affidati a entrambi i genitori, ricevendo un'educazione religiosa aperta alle loro diverse fedi (ebraica quella del padre e cristiana

⁵³ Cfr. Tribunale di Prato, sentenza 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1, 1999, p. 979.

⁵⁴ Cfr. **A.P. SCARSO**, *I patti tra genitori in merito a questioni di particolare interesse per il figlio*, in *Fam. pers. succ.*, 11, 2006, p. 876 ss.

⁵⁵ Cfr. **G. CAROBENE**, *Affidamento condiviso, multireligiosità ed educazione (religiosa) dei minori*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2013, p. 4 ss.



quella della madre), in ragione del dovere di promuovere e garantire la consapevole libertà di orientamento religioso della prole⁵⁶.

Pertanto, l'affidamento congiunto del minore ai genitori deve essere escluso qualora venga provato che non sia conforme all'interesse dello stesso, in quanto non idoneo a garantirgli l'equilibrio e la serenità necessari per il suo sviluppo, come nel caso di frequenti contrasti tra i genitori determinati in parte anche dal diverso credo religioso professato dagli stessi e dai ripetuti tentativi di coinvolgimento dei figli. Il medesimo onere probatorio opera anche in caso di affidamento esclusivo⁵⁷, circa la scelta del genitore cui deve essere affidato il minore⁵⁸.

Tali principi trovano applicazione anche in presenza di un matrimonio religioso privo degli effetti civili in ragione della relativa equiparazione in ambito statale a una convivenza *more uxorio*, tenuto conto delle importanti innovazioni previste dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 – *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, introdotta al fine di eliminare qualsiasi forma di discriminazione tra figli legittimi e figli naturali.

In tali ipotesi, anche a seguito dell'affidamento esclusivo della prole minorenni a uno dei genitori legati dal solo vincolo religioso, la potestà genitoriale resta attribuita a entrambi, a norma dell'art. 155 c.c.⁵⁹, al fine di garantire una maggiore presenza del genitore non affidatario nella vita dei figli minori, in ragione della centralità che l'interesse del minore assume nelle dinamiche familiari e nelle concrete modalità di adempimento del dovere genitoriale di educare la prole nel più ampio rispetto della relativa inclinazione naturale⁶⁰, anche in ambito religioso⁶¹.

In un'operazione di bilanciamento di valori, tutti quanti egualmente garantiti a livello costituzionale, il diritto a una sana crescita psico-fisica di

⁵⁶ Cfr. Corte di Appello di Roma, sentenza 4 aprile 2007, in **A. FUCCILLO**, *Giustizia e religione*, vol. 2, Giappichelli, Torino, 2011, p. 180 ss.

⁵⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601, edita in www.diritto24.ilsole24ore.com.

⁵⁸ Cfr. **G. CAROBENE**, *Affidamento condiviso, multireligiosità ed educazione (religiosa) dei minori*, cit., p. 14.

⁵⁹ Cfr. **G. BALLARANI**, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in **AA. VV.**, *L'affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 43.

⁶⁰ Cfr. **Rob. SANTORO**, *La centralità dell'interesse del minore nelle dinamiche dei rapporti familiari*, in **AA. VV.**, *La famiglia e i suoi soggetti*, a cura di M.L. Lo Giacco, Cacucci, Bari, 2008, p. 63 ss.

⁶¹ Cfr. **Rob. SANTORO**, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2004, p. 91.



cui è titolare il minore assume una posizione prevalente rispetto alla libertà religiosa del genitore. Educare la prole nel rispetto dei precetti religiosi è possibile, a condizione che non ridondi in pratiche di intolleranza o fanatismo religioso, visto che l'ordinamento giuridico protegge un'idea positiva di religione, quale componente strutturale del principio di laicità dello Stato.

5 - L'attualità di un dibattito antico.

Scorrendo i nomi dei giuristi che hanno caratterizzato la feconda polemica su "Ateismo ed affidamento della prole" 60 anni fa⁶² non si può non notare che, a eccezione di A.C. Jemolo, non si trattava di cultori del "diritto ecclesiastico", ma che la loro appartenenza scientifica era variegata⁶³. Ciò testimonia l'assoluto interesse che suscitano le tematiche che si occupano della disciplina giuridica del fenomeno religioso, tanto è vero che, in materia matrimoniale, «i civilisti ebbero per un certo periodo un monopolio assoluto»⁶⁴. Molti intellettuali sono stati attratti da tale settore dell'ordinamento proprio per la sua fascinosa ove si realizzano le grandi questioni di coscienza nella loro applicazione pratica e operativa.

⁶² Stolfi, Satta, Carnelutti, Lener, Orestano, Nappi, Barbareschi, Barile, Jemolo, Bigiavi.

⁶³ Tra i numerosi studi in merito, si segnala **S. BORDONALI**, *Il diritto ecclesiastico in rapporto all'elaborazione civilistica*, in **AA. VV.**, *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 1988, p. 323 ss.; **F.P. CASAVOLA**, *Enrico Pessina*, in *Dir. rel.*, 1-2, 2006, p. 427 ss.; **G. DALLA TORRE**, *I rapporti tra Stato e Chiesa nel pensiero di Francesco Filomusi Guelfi*, in **AA. VV.**, *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, cit., p. 165 ss.; **G. FELICIANI**, *Il contributo di Mario Falco alla scienza del diritto ecclesiastico e canonico*, in **AA. VV.**, *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, a cura di M. Tedeschi, Jovene, Napoli, 1994, p. 137 ss.; **A. FUCCILLO**, *Il valore della tradizione dottrinale: riappare dall'oblio il manuale di Antonio Traverso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2008, p. 1 ss.; **R. MAZZOLA**, *Santi Romano e la scienza ecclesiasticistica. Attualità e inattualità di un modello teorico*, in **AA. VV.**, *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, cit., p. 193 ss.; **M. TEDESCHI**, *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2007; **ID.**, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 77 ss.; **ID.**, *Nicola Coviello cultore di diritto ecclesiastico*, in **AA. VV.**, *Studi in onore di Raffaele Cicala*, vol. II, Jovene, Napoli, 2003, p. 1285 ss.; **F. VECCHI**, *Principi sistematici di diritto e politica ecclesiastica nel filosofo e giurista siciliano Francesco Orestano*, in *Dir. rel.*, 1, 2010, p. 238 ss.; **F. ZANCHINI**, *La Chiesa e il suo diritto in Giuseppe Capograssi*, in *Dir. rel.*, 1, 2009, p. 655 ss.

⁶⁴ **S. BORDONALI**, *Il diritto ecclesiastico in rapporto all'elaborazione civilistica*, cit., p. 352 ss.



La fattispecie da cui si è tratto spunto, in effetti, era apparentemente un'ordinaria vicenda di "affidamento di minore", tuttavia il suo travestimento civilistico non riusciva a celare, allo sguardo attento di osservatori colti, il suo vero oggetto giuridico, ossia il conflitto tra valori religiosi e valori civili, tra libertà di credere e di non credere, tra libertà religiosa dei genitori e autodeterminazione del minore in delicate questioni di coscienza.

È facile comprendere come tali tematiche siano al di là dall'essere esaurite e i problemi che sollevano al di là dall'essere risolti, in quanto il loro divenire è dinamico come mutevoli sono le caratterizzazioni sociali che le configurano. Il diritto deve quindi continuamente rapportarsi alle religioni nella loro dimensione sociale quali "motori" anche della società contemporanea⁶⁵ e il lavoro dei giuristi indirizzarsi anche verso la ricerca di strumenti che possano garantire una vera e proficua "pace sociale", configurando vere e proprie istituzioni giuridiche di una efficace e dinamica "laicità interculturale"⁶⁶. In tale prospettiva il diritto di famiglia si dimostra ancora una volta un efficace laboratorio ove, tra l'altro, utilizzare nell'oggi le intuizioni dei grandi Maestri di ieri.

⁶⁵ Cfr. **M. RICCA**, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, cit., p. 177 ss.

⁶⁶ Cfr. **M. RICCA**, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit., p. 9 ss.