



Raffaele Botta

(già ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze)

Il diritto ecclesiastico “vivente” nella giurisprudenza della Corte di Cassazione¹

SOMMARIO: 1. Il ruolo della Corte di cassazione – 2. La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale – 3. Le conseguenze economiche, della dichiarazione di nullità di un matrimonio canonico trascritto – 4. Il filtro dell'ordine pubblico – 5. Un nuovo orientamento – 6. Le questioni processuali – 7. Trattamento tributario e rapporti di lavoro – 8. I diritti fondamentali – 9. Temi di minore impatto e bilanciamento tra diritto di libertà religiosa e diritti fondamentali.

1 - Il ruolo della Corte di cassazione

È noto che nell'esperienza giuridica contemporanea la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha assunto un ruolo assai rilevante, in particolare per il fatto che il giudice delle leggi ha riconosciuto alla Corte Suprema la funzione di determinare il “diritto vivente”, il contenuto concreto della regola giuridica nel tempo e nella società attuale.

Questo ruolo ha assunto ancor più rilevanza per quanto attiene alla sfera delle norme di diritto ecclesiastico, stante il fatto che, specialmente dopo la revisione del Concordato lateranense avvenuta con la stipula dell'Accordo di Villa Madama del 1984, il legislatore si è dimostrato più volte “latitante”, restio ad intervenire per adottare le conseguenti norme di attuazione, lasciando “libero” spazio alla supplenza dell'intervento giurisprudenziale.

La Corte – stretta tra la irrinunciabile funzione “creatrice” del “diritto vivente”, da condurre secondo linee tese ad una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme “vigenti”, e il dovere di rispondere alla domanda di giustizia posta dal cittadino, che il giudice non può evadere, essendo inammissibile una “latitanza del giudice” simile alla “latitanza del legislatore” – è così intervenuta in vari “spazi

¹ 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.



vuoti", nel tentativo di colmare le "lacune" dell'ordinamento italiano nella delicata sfera della tutela dei diritti evidenziate dall'esperienza ecclesiasticistica.

2 - La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale

La materia nella quale più evidente è stata la rilevanza decisiva dell'intervento giurisprudenziale e di quello della Corte di Cassazione in particolare è certamente quella relativa agli effetti civili del matrimonio canonico e delle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici.

Gli aspetti fondamentali di questo intervento sono sostanzialmente due: l'esegesi del nuovo sistema di rapporti tra l'ordinamento dello Stato e l'ordinamento della Chiesa in ordine al problema della sovranità, con la individuazione dei rispettivi limiti delle giurisdizioni circa il matrimonio religioso riconosciuto agli effetti civili, e l'esigenza di un riequilibrio delle posizioni dei coniugi in conseguenza della dichiarazione ecclesiastica di nullità del matrimonio sotto il profilo della tutela economica del coniuge "debole".

Sotto il primo profilo, resta decisivo l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1993 con la sentenza n. 1824², la

² La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1993, I, 722, con note di F. CIPRIANI, "Requiem" per la riserva di giurisdizione; S. LARICCIA, Dalla "riserva" di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici al concorso delle giurisdizioni civile e canonica: una giusta (ma tardiva) affermazione della sovranità statale in materia matrimoniale; *ivi*, 1994, I, 537 ss., con note di R. ORIANI, Rapporti tra giudice italiano e giudice ecclesiastico nelle cause matrimoniali: è ammissibile il regolamento di giurisdizione?; in *Dir fam.*, 1993, 512 ss., con note di G. DALLA TORRE, Il matrimonio concordatario e la Cassazione: le deduzioni dei nipotini di Calamandrei; P. MONETA, La giurisdizione civile sui matrimoni concordatari; M. TEDESCHI, La riserva di giurisdizione alla prova. Prospettazioni teleologiche e realtà ontologica; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2106, con nota di P. COLELLA, Sulla "riserva di giurisdizione" dei tribunali ecclesiastici in tema di nullità dei matrimoni canonici celebrati in Italia aventi effetti civili; in *Riv. giur. scuola*, 1993, II, 905 ss, con nota di L. DANIELE, La concorrenza di giurisdizione nel matrimonio concordatario; in *Corr. giur.*, 1993, 291 ss., con nota di S. FERRARI, La Sacra Rota ha perso l'esclusiva sulla nullità del matrimonio concordatario; in *Nuovo dir.*, 1993, II, 565 ss., con nota di G. MANERA, Brevi spunti sull'abrogazione della riserva di giurisdizione esclusiva dei Tribunali ecclesiastici nelle cause di nullità dei matrimoni canonici; in *Giust. civ.*, 1993, I, 877 ss., con note di F. FINOCCHIARO, Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio cosiddetto concordatario; F. UCCELLA, Note minime sulla "tendenza" della Cassazione in tema di giurisdizione dello Stato sulla nullità del matrimonio canonico trascritto; in *Foro it.*, 1994, I, 537 ss., con nota di R. ORIANI, Rapporti tra giudice italiano e giudice ecclesiastico nelle cause matrimoniali: è ammissibile il regolamento di giurisdizione?. Per una sintesi del dibattito sul problema della giurisdizione sui matrimoni canonici con effetti civili cfr. R. BOTTA, *Matrimonio*



quale, mettendo radicalmente in discussione la tradizionale idea che sul matrimonio canonico trascritto i Tribunali della Chiesa godessero di una "riserva di giurisdizione", hanno affermato in materia il ben diverso principio della concorrenza di giurisdizione tra giudice civile e giudice ecclesiastico. «L'Accordo di revisione del Concordato dell'11 febbraio 1929 con la Santa Sede, stipulato a Roma il 18 febbraio 1984 e reso esecutivo con legge 25 marzo 1985 n. 121, unitamente al Protocollo addizionale», ha affermato la Corte,

«pur confermando la giurisdizione ecclesiastica sulle controversie in materia di nullità del matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico, non ripropone la "riserva" di tale giurisdizione, prevista dall'art. 34 del Concordato, né recepisce il matrimonio religioso nella sua sacramentalità, e, comunque, non gli accorda dignità superiore rispetto a quello civile. Tale "riserva", pertanto, deve ritenersi abrogata, ai sensi dell'art. 13 dell'Accordo medesimo, di modo che, per le cause inerenti alla nullità del matrimonio concordatario, sussistono tanto la giurisdizione italiana, quanto la giurisdizione ecclesiastica, le quali concorrono in base al criterio della prevenzione (con la consequenziale affermazione della giurisdizione del giudice italiano ove risulti preventivamente adito), e poi trovano collegamento nel procedimento deliberativo delle decisioni del tribunale ecclesiastico (procedimento non più officioso, e modellato, con alcune peculiarità, sulle regole di cui agli artt. 796 e segg. cod. proc. civ., a conferma del sopravvenuto diniego del carattere esclusivo della giurisdizione ecclesiastica)».

A questa conclusione la Corte di Cassazione arriva apparentemente senza consolidati contrasti di orientamento, sulla base di una lettura convinta delle nuove disposizioni, valorizzando le differenti impostazioni normative del diritto matrimoniale neoconcordatario rispetto alla disciplina lateranense riformata.

3 – Le conseguenze economiche, della dichiarazione di nullità di un matrimonio canonico trascritto

Sotto il secondo profilo, il dibattito è più contrastato, in quanto l'applicazione tradizionale della disciplina lateranense e il non chiaro dettato normativo sembrano autorizzare una assoluta parificazione, per

religioso e giurisdizione dello Stato, nuova ed., il Mulino, Bologna, 1997; cfr. anche sul tema **S. BERLINGÒ, V. SCALISI** (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1994.



quanto concerne le conseguenze economiche, della dichiarazione di nullità di un matrimonio canonico trascritto pronunciata da un tribunale ecclesiastico alla dichiarazione di nullità di un matrimonio civile pronunciata dal competente giudice italiano.

Le Sezioni Unite nel 1988, con la sentenza n. 4700 del 20 luglio 1988³, in un primo tempo rifiutano decisamente l'esercizio di una supplenza, affermando che il compito spettava al

«legislatore ordinario, il quale, proprio in considerazione della tutela del coniuge più debole, potrebbe, in piena libertà, predisporre, autonomamente, strumenti legislativi – peraltro auspicati dalla più sensibile dottrina – che assimilano, nei limiti del possibile e tenuto conto della diversità delle situazioni, ai fini della tutela patrimoniale, la posizione del coniuge nei cui confronti è stata pronunciata la nullità del matrimonio, a quella del coniuge divorziato».

Siffatta modifica, aggiunsero efficacemente le Sezioni Unite,

«sarebbe avvertita dai cittadini come un fattore di moralizzazione nella scelta del mezzo con il quale far venir meno il vincolo coniugale. L'ipotizzata identità di conseguenze di ordine patrimoniale indurrebbe a ricorrere al giudice ecclesiastico solo coloro che, come *cives fideles*, avvertono nelle loro coscienze il peso di un sacramento non voluto e per la loro coscienza nullo e non anche coloro che, attualmente, invocano la nullità del matrimonio come mezzo per liberarsi da ogni responsabilità patrimoniale nei confronti del loro coniuge».

L'insensibilità del legislatore a questo chiaro invito a provvedere, muta l'atteggiamento della Corte, che avverte la non rinviabilità della tutela.

Così con la sentenza n. 3345 del 1997⁴, la Corte afferma che, nella nuova situazione determinasi a seguito della revisione concordataria

³ Cass. S.U., 4700 del 20 luglio 1988, in *Dir. fam.*, 1988, I, p. 1655 ss., con nota di **F. DALL'ONGARO**, *Orientamento delle Sezioni Unite sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche che annullano il matrimonio qualora vi sia stata convivenza tra i coniugi*; in *Foro it.*, 1989, I, p. 427 ss., con nota di **E. QUADRI**, *Impressioni sulla nuova giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 690 ss., con nota di **F. M. CIRILLO**.

⁴ In *Fam. dir.*, 1997, 213 ss., con nota di **V. CARBONE**, *L'annullamento del matrimonio non travolge più il divorzio*; in *Corriere giur.*, 1997, 1318 ss., con nota di **G. BALENA**, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e processo di divorzio*; in *Giust. civ.*, 1997, I, 1173 ss., con nota di **G. GIACALONE**, *Rapporto tra giudizio civile di divorzi sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: verso un nuovo assetto?*



con il superamento della riserva di giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio canonico trascritto,

«nulla vieta che il convenuto in una causa di divorzio chieda l'accertamento della nullità del vincolo, e la sentenza di divorzio contiene una implicita valutazione della validità del vincolo, nei limiti di un accertamento incidentale ed ai soli fini del decidere».

La pendenza di un giudizio di divorzio comporta

«l'avvenuta devoluzione alla giurisdizione civile della questione (sia pure solo meramente incidentale) della validità del vincolo e quindi impedisce alla delibazione della sentenza canonica di determinare la cessazione della materia del contendere nel processo di divorzio stesso».

La Corte sostanzialmente esclude che il giudicato di divorzio, in ragione del difetto di una giurisdizione esclusiva in capo ai tribunali ecclesiastici, possa essere interamente travolto dal successivo riconoscimento agli effetti civili di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale.

L'orientamento è confermato nel 2001, con la sentenza n. 4202⁵, ove la Corte evidenzia che, se «di regola la esistenza e la validità del matrimonio costituiscono un presupposto della sentenza di divorzio», tali questioni, però, «non formano nel relativo giudizio oggetto di specifico accertamento suscettibile di dare luogo al formarsi di un giudicato», ove le parti non le «introducano espressamente nel giudizio di divorzio, attraverso contestazioni al riguardo»: ciò spiega perché

«la sentenza di divorzio – che ha *causa petendi* e *petitum* diverse da quelli della sentenza di nullità del matrimonio – ove nel relativo giudizio non si sia espressamente statuito in ordine alla validità del matrimonio», non impedisca «la delibabilità della sentenza dei Tribunali ecclesiastici che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario».

⁵ In *Giust. civ.* 2001, I, 1479 ss., con nota di **M. FINOCCHIARO**, *Sentenza di divorzio, delibazione della pronuncia ecclesiastica di nullità di quel matrimonio e (inesistenza di) giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*; in *Dir. fam.*, 2002, I, 300 ss., con nota di **I. CORRADO**, *Giano Bifronte. Sentenza di divorzio, pronuncia canonica di nullità del matrimonio e vicende dell'assegno di divorzio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, con nota di **G. FERRANDO**, *Divorzio, delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità e diritto all'assegno di nullità del matrimonio non travolge l'anteriore o*; in *Foro it.*, 2002, I, 188 ss., con nota di **S. TRABACE**, *La deliberazione della sentenza giudicata di divorzio*; in *Dir. eccl.*, 2003, II, 41 ss., con nota di **G. BIANCO**, *Rapporto tra sentenza di divorzio passata in giudicato e sopravvenuta delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*.



Allo stesso tempo, però, ciò non esclude che, rispetto ai capi della sentenza di divorzio che contengano statuizioni di ordine economico, si applichi

«la regola generale secondo la quale, una volta accertata in un giudizio fra le parti la spettanza di un determinato diritto, con sentenza passata in giudicato, tale spettanza non può essere rimessa in discussione – al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c. ... – fra le stesse parti, in altro processo, in forza degli effetti sostanziali del giudicato stabiliti dall'art. 2909 c.c.».

E siffatto orientamento sarà ancora ribadito dalla Corte di Cassazione nel 2005 con la sentenza n. 4795, sul punto pienamente conforme⁶.

Nella medesima prospettiva la Corte di Cassazione ha escluso che detto impegno pattizio al riconoscimento agli effetti civili di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale possa travolgere la comunione legale istaurata a seguito del matrimonio, facendola venir meno *ex tunc* e non *ex nunc*, dando rilievo, anche per l'ipotesi della nullità dichiarata da un tribunale ecclesiastico, alle esigenze di solidarietà familiare e di tutela del coniuge debole, che sono alla base del regime della comunione legale: in ragione dell'inderogabile esigenza di tutelare il coniuge in buona fede e i diritti dei terzi che hanno fatto affidamento sulla situazione esistente, non può ammettersi che la pronuncia di nullità (anche se emessa da un giudice ecclesiastico e resa rilevante civilmente in forza dell'impegno pattizio tra Stato e Chiesa) "cancelli" ciò che *di fatto* è, comunque, esistito (la convivenza, la collaborazione nell'interesse della famiglia, gli acquisti eseguiti nello spirito della comunione)⁷.

4 - Il filtro dell'ordine pubblico

Meno avanzata è sembrata la giurisprudenza della Corte di Cassazione circa la individuazione dello spessore da attribuire al filtro dell'ordine

⁶ Cass. 4 marzo 2005, n. 4795, in *Fam. dir.*, 2006, 32 ss., con nota di M.C. VANZ, *Sul rapporto tra sentenza ecclesiastica e sentenza di divorzio*.

⁷ Cass. 24 luglio 2003, n. 11467, in *Fam. dir.*, 2004, 13 ss., con nota di A. FIGONE, *Nullità del matrimonio e scioglimento della comunione legale*; in *Dir. eccl.*, 2005, II, 28 ss., con nota di F. CENTINEO CAVARRETTA MAZZOLENI, *Separazione personale dei coniugi, comunione legale e limiti della deliberazione della sentenza canonica di nullità*; in *Fam.*, 2005, 155 ss., con nota di V. SOLIMENE, *Comunione legale e nullità del matrimonio*.



pubblico posto nel sistema concordatario riformato dal legislatore pattizio per il vaglio delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale da riconoscere agli effetti civili. Qui decisamente è finora prevalso un atteggiamento di favore verso la riconoscibilità delle pronunce del giudice ecclesiastico, fondato sul principio, tralattivamente ripetuto, secondo cui

«la declaratoria di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno solo dei coniugi, di uno dei *bona matrimonii*, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo in effetti conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza, atteso che, qualora le menzionate situazioni non ricorrano, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole. In quest'ambito, se, da un lato, il giudice italiano è tenuto ad accertare la conoscenza o l'oggettiva conoscibilità dell'esclusione anzidetta da parte dell'altro coniuge con piena autonomia, trattandosi di profilo estraneo, in quanto irrilevante, al processo canonico, senza limitarsi al controllo di legittimità della pronuncia ecclesiastica di nullità, dall'altro, la relativa indagine deve essere condotta con esclusivo riferimento alla pronuncia da delibare ed agli atti del processo medesimo eventualmente acquisiti, opportunamente riesaminati e valutati, non essendovi luogo, in fase di delibazione, ad alcuna integrazione di attività istruttoria; inoltre, il convincimento espresso dal giudice di merito sulla conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge della riserva mentale unilaterale dell'altro costituisce, se motivato secondo un logico e corretto *iter* argomentativo, statuizione insindacabile in sede di legittimità»⁸.

⁸ Cass. n. 24047 del 2006, in *Dir. eccl.*, 2006, II, 55 ss.; v. anche Cass. n. 16999 del 2007, Cass. n. 22011 del 2007, che conferma che il giudice italiano deve accertare la conoscenza o l'oggettiva conoscibilità dell'esclusione di una dei *bona matrimonii* da parte dell'altro coniuge con piena autonomia, conducendo la relativa indagine «con esclusivo riferimento alla pronuncia da delibare ed agli atti del processo eventualmente acquisiti, non essendovi luogo in fase di delibazione ad alcuna integrazione di attività istruttoria», mentre, secondo Cass. n. 2467 del 2008, è possibile una diversa valutazione del materiale probatorio utilizzato dal giudice ecclesiastico; v., in particolare, Cass. n. 3709 del 2008, in materia di esclusione della indissolubilità, la quale precisa che ai fini dell'accertamento della conoscenza o conoscibilità della riserva da parte del coniuge non simulante «possono assumere rilievo, ove supportate da circostanze soggettive e oggettive idonee a conferire loro credibilità, anche le testimonianze *de relato ex parte actoris* assunte nel corso del procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici, tenuto conto che le dichiarazioni della parte costituiscono



Emerge, in questa prospettiva, anche una sottostante convinzione che matrimonio civile e matrimonio canonico siano fattispecie che in ultima analisi rispondono a principi informativi non dissimili. Un esempio può essere il fatto che la Corte abbia ritenuto che la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità di un matrimonio concordatario per esclusione del *bonum prolis*, laddove

«detta intenzione sia stata manifestata da un coniuge ed accettata dall'altro, non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano e può quindi essere dichiarata efficace nella Repubblica, sia in considerazione della diversità esistente tra i due ordinamenti sia per il fatto che l'ordinamento italiano non solo non prevede un principio essenziale di "non procreazione", ma configura il matrimonio come fondamento della famiglia, finalizzato cioè alla promozione di una società naturale che comprende anche i figli»⁹.

5 – Un nuovo orientamento

Ma nei tempi più recenti se non un deciso mutamento di indirizzo, può segnalarsi una più matura coscienza delle differenze strutturali e valoriali tra principi che ispirano i due ordinamenti, canonico e statale, in ordine al matrimonio e alla fase patologica della nullità del relativo atto costitutivo.

Così le Sezioni Unite hanno affermato che

«non ogni vizio del consenso accertato nelle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio consente di riconoscerne l'efficacia nell'ordinamento interno, dandosi rilievo nell'ordinamento canonico, come incidenti sull'*iter* formativo del volere, anche a

l'unico mezzo attraverso il quale lo stato soggettivo della stessa, non altrimenti conoscibile, viene esternato e può essere conosciuto dai terzi».

⁹ Cass. n. 814 del 2009; vedi anche Cass. 10796 del 2006, in Fam. dir., 2007, 40 ss., con nota di E. DE FEIS, *Deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; rispetto del diritto di difesa e ordine pubblico*, secondo la quale «la nullità di un matrimonio concordatario, per *incapacitas assumendi onera matrimonii*, ... discende da una grave inettitudine del soggetto ad intendere i doveri del matrimonio, in relazione al momento della manifestazione del consenso e non si discosta sostanzialmente dalle ipotesi di invalidità contemplate dagli artt. 120 e 122 cod. civ.; deve pertanto escludersi che il riconoscimento dell'efficacia di tale sentenza trovi ostacolo nei principi fondamentali dell'ordinamento italiano, non rilevando in contrario le differenze della disciplina codicistica in punto di legittimazione attiva e rilevanza ostativa della coabitazione alla proponibilità dell'azione, in quanto non investono principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano».



motivi e al foro interno non significativo in rapporto al 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. Conseguentemente, l'errore, se indotto da dolo, che rileva nell'ordinamento canonico ma non in quello italiano, se accertato come causa d'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 nubendo»¹⁰.

Il principio sulla cui base le Sezioni Unite hanno espresso questo orientamento è quello secondo cui

«con riferimento alle sentenze di annullamento del matrimonio di altri Stati, il riconoscimento dell'efficacia è subordinata alla mancanza di incompatibilità con l'ordine pubblico interno, che è assoluta e relativa rispetto a tutti gli Stati, mentre è solo assoluta per le sentenze ecclesiastiche atteso che - in ragione del favore particolare al loro riconoscimento che lo Stato italiano si è imposto con Protocollo addizionale del 18/2/1984 modificativo del concordato - per queste la delibazione è possibile in caso di incompatibilità relativa, ravvisabile tutte le volte che la divergenza possa superarsi, sulla base di una valutazione di circostanze o fatti (anche irrilevanti per il diritto canonico), individuati dal giudice della delibazione, idonei a conformare la pronuncia ai valori o principi essenziali della coscienza sociale desunti dalle fonti normative costituzionali ed alla norma inderogabile, anche ordinaria, nella materia matrimoniale»¹¹.

¹⁰ Cass. S.U. n. 19809 del 2008, in *Guida al diritto*, 2008, 39, 66 ss., con nota di **A.M. DE TULLIO**, *Non delibabile la sentenza di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*; in *Dir. fam.*, 2008, I, 1895 ss., con nota di **M. CANONICO**, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*; in *Fam. dir.*, 2009, 5 ss., con nota di **S. LA ROSA**, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*. Nella specie la S.C. ha confermato la decisione della Corte d'Appello che aveva ritenuto non delibabile per contrarietà assoluta all'ordine pubblico, una sentenza ecclesiastica che, nella formazione della volontà dei nubendi, aveva dato rilievo all'errore soggettivo, nel quale era incorso un coniuge per dolo dell'altro, che aveva negato una relazione prematrimoniale con altre persone.

¹¹ Cass. S.U. n. 19809 del 2008, in *Guida al diritto*, 2008, 39, 66 ss., con nota di **A.M. DE TULLIO**, *Non delibabile la sentenza di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, 1895 ss., con nota di **M. CANONICO**, *Sentenze ecclesiastiche e ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*; in *Fam. dir.*, 2009, 5 ss., con nota di **S. LA ROSA**, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*. Le Sezioni Unite affermano:



Il *favor* che la tradizionale posizione della giurisprudenza della Corte ha ritenuto sussistere in ordine alla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità non viene meno, ma in qualche misura si attenua, assume i più consapevoli confini della disponibilità, senza deviare nella mera sudditanza di un ordinamento nei confronti dell'altro.

In questo ha influito certamente il formarsi di una più decisa presa d'atto delle irriducibili differenze che caratterizzano le due fattispecie matrimoniali, rilevando che

«nel regime di non indissolubilità del vincolo coniugale introdotto nell'ordinamento nazionale dalla legge n. 898 del 1970, non è ravvisabile alcun contrasto con i diritti fondamentali di cattolico del contraente il matrimonio concordatario, in quanto la previsione della possibilità di porre fine agli effetti civili del matrimonio concordatario non spiega alcuna incidenza sul vincolo religioso e, pertanto, non reca *vulnus* alla esplicazione dei convincimenti etici e religiosi del contraente contrario al divorzio». Una presa d'atto corroborata dalla conseguita consapevolezza della piena competenza dello Stato sugli effetti civili del

«Occorre distinguere le incompatibilità delle sentenze di cui si chiede l'esecutività in Italia con l'ordine pubblico interno in "assolute" e "relative".

Tali incompatibilità, di regola, ostano all'esecuzione in Italia delle sentenze di altri ordinamenti in materia matrimoniale, ma hanno diversa rilevanza per il riconoscimento degli effetti di quelle canoniche, in base al protocollo addizionale del 1984. La incompatibilità con l'ordine pubblico interno delle sentenze di altri ordinamenti è "assoluta", allorché i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla *causa petendi* della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia.

L'incompatibilità con l'ordine pubblico interno va qualificata invece "relativa", quando le statuizioni della sentenza ecclesiastica, eventualmente con la integrazione o il concorso di fatti emergenti dal riesame di essa ad opera del giudice della delibazione, pure se si tratti di circostanze ritenute irrilevanti per la decisione canonica, possano fare individuare una fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili. Impediscono l'esecutività in Italia della sentenza "ecclesiastica" solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative, per il peculiare rilievo che lo Stato italiano si è impegnato con la Santa Sede a dare a tali pronunce.

Il riesame dai giudici italiani in sede di delibazione delle valutazioni dei giudici ecclesiastici non può incidere sul merito delle sentenze da questi pronunciate, ma può rilevare, per la delibazione, l'accertamento, nella pronuncia canonica, di fatti non ritenuti significativi per l'altro ordinamento, ma indispensabili a configurare una causa che possa incidere sulla formazione e/o manifestazione del consenso nel matrimonio e non incompatibile con quelle previste in modo cogente dal diritto interno».



matrimonio canonico trascritto conseguente all'affermato «principio del primato della legge nazionale nella regolamentazione degli effetti civili del vincolo coniugale»¹².

6 – Le questioni processuali

Per quanto riguarda le questioni processuali, l'intervento della Corte ha escluso che il giudicato formatosi rispetto ad una sentenza dichiarativa della separazione dei coniugi possa precludere la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità, non sussistendo alcun rapporto di pregiudizialità tra giudizio di nullità e giudizio di separazione, purché in quest'ultimo non sia stata sollevata l'eccezione della nullità del matrimonio e ne sia stata chiesta la decisione con efficacia di giudicato¹³.

Rispetto al rito della delibazione è stato precisato che,

«qualora le parti non propongano ricorso congiunto ma si proceda su domanda di una sola di esse, trovano applicazione le norme sul rito ordinario di cognizione, con la conseguenza che se l'attore si sia costituito oltre il termine fissato dall'art. 165, primo comma, cod. proc. civ. ed il convenuto non si sia costituito, deve essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo, ai sensi dell'art. 171, primo comma, cod. proc. civ., con onere di riassunzione entro un anno dal relativo provvedimento»¹⁴.

Sul diritto di difesa è interessante il principio espresso da Cass. n. 15409 del 2006, secondo cui

«poiché il codice di diritto canonico prevede il gratuito patrocinio per i non abbienti, a condizione che sia accertato il loro stato di inferiorità economica e si tratti di causa non futile né temeraria, con un procedimento non dissimile da quello previsto dalla legge italiana, l'eventuale mancata ammissione al gratuito patrocinio in sede ecclesiastica non integra una violazione del diritto di difesa, che possa essere fatta valere innanzi alla corte d'appello al fine di opporsi alla pronuncia di esecutività di una sentenza canonica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario, non

¹² Cass. 17 novembre 2006, n. 24494, in *Corriere giur.*, 2007, 791 ss. con nota di **R. BOTTA**, *Matrimonio canonico trascritto e primato della legge nazionale sul regime del vincolo?*.

¹³ Cass. n. 11654 del 2007.

¹⁴ Cass. n. 13363 del 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 911 ss., con nota di **P. LAI**, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale tra rito ordinario e rito camerale*.



potendo il giudice italiano sindacare la mancata ammissione al beneficio».

È stato, inoltre, affermato, che

«la dichiarazione di efficacia nell'ordinamento nazionale delle sentenze di nullità di un matrimonio concordatario emesse da un Tribunale ecclesiastico è subordinata all'accertamento della sussistenza dei requisiti cui l'art. 797 cod. proc. civ. – e non già l'art. 64 della legge n. 218 del 1995, sulla riforma del diritto internazionale privato, che lo ha sostituito – condiziona l'efficacia delle sentenze straniere in Italia, in quanto il rinvio al riguardo contenuto alla citata disposizione codicistica nell'art. 8, n. 2, dell'Accordo di revisione del Concordato 11 febbraio 1929 con la Santa Sede, stipulato in data 18 febbraio 1984, e reso esecutivo con legge n. 121 del 1985, deve ritenersi di natura materiale e non formale. Pertanto, la censura relativa alla violazione del diritto di difesa nella procedura adottata dal Tribunale ecclesiastico riferita al rigetto della istanza di una delle parti di visionare gli atti del processo, rigetto motivato con la scelta della stessa parte di essere assente dal processo, non può essere esaminata dal giudice della delibazione, per effetto del disposto del citato art. 797 cod. proc. civ., siccome attinente allo svolgimento del processo ecclesiastico, al pari della doglianza concernente le modalità di espletamento della consulenza tecnica» (Cass. 10796 del 2006).

Nella medesima prospettiva è stato affermato

«che, non essendo quello della immodificabilità della domanda un principio dell'ordinamento processuale dello Stato coesistente al diritto di difesa, non vi sono ostacoli alla dichiarazione di efficacia di una sentenza ecclesiastica nella quale sia stata dichiarata la nullità del matrimonio per una ragione diversa da quella originariamente prospettata, ove la Corte d'appello abbia accertato che sulla domanda modificata vi sia stata la garanzia del contraddittorio» (Cass. n. 3186 del 2008).

Infine, la Corte ha ritenuto che

«in materia di delibazione della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dal tribunale ecclesiastico, il decreto col quale il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica rende esecutiva tale sentenza non costituisce un presupposto processuale, bensì una condizione dell'azione; ne consegue che non è necessaria la sua esistenza nel momento in cui il giudizio di delibazione viene



introdotta, potendo la sentenza ecclesiastica essere deliberata purché tale decreto esista nel momento in cui la lite viene decisa»¹⁵.

7 - Trattamento tributario e rapporti di lavoro

Recenti interventi della Corte di Cassazione si registrano anche per quanto concerne la materia degli enti ecclesiastici, che segnalano una lettura avanzata dei rapporti tra Stato e confessioni religiose.

Ad esempio per quanto riguarda il trattamento tributario di tali enti e specificamente in tema di INVIM straordinaria è stato affermato che:

«gli immobili acquistati per donazione da un ente ecclesiastico sono assoggettati ad imposizione, ai sensi dell'art. 1 del decreto-legge 13 settembre 1991, n. 299, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 1991, n. 363, anche nell'ipotesi in cui, alla scadenza del termine previsto dalla predetta disposizione, la donazione non sia stata ancora autorizzata (e quindi accettata) ai sensi degli artt. 9 e 10 della legge 27 maggio 1929, n. 848: l'autorizzazione - la cui necessità fu confermata, a seguito della modifica del Concordato lateranense, dall'art. 7, comma quinto, della legge 25 marzo 1985, n. 121 e dall'«art. 17 della legge 20 maggio 1985, n. 222, di ratifica ed esecuzione degli Accordi di Villa Madama, che, assoggettando gli enti ecclesiastici ai controlli previsti dalle leggi civili italiane per gli acquisti delle persone giuridiche, rinviavano implicitamente all'art. 17 cod. civ., ed è venuta meno soltanto a seguito dell'abrogazione di quest'ultima disposizione, con efficacia retroattiva, ad opera dell'art. 13 della legge 15 maggio 1997, n. 127, come sostituito dall'art. 1, comma primo, della legge 22 giugno 2000, n. 192, che ha esteso l'abrogazione agli artt. 600, 782, quarto comma, e 786 cod. civ. - non costituiva infatti requisito di validità della donazione effettuata in favore degli enti ecclesiastici, con conseguente nullità dell'accettazione eventualmente intervenuta in mancanza della stessa, ma una condizione legale di efficacia, che, in quanto destinata a rimuovere un limite posto al libero esercizio di un diritto, quando sopravveniva operava *ex tunc*, facendo risalire l'acquisto al momento in cui l'atto era stato posto in essere»¹⁶.

Ed ancora

¹⁵ Cass. n. 814 del 2009.

¹⁶ Cass. n. 22792 del 2006, in *Dir. eccl.*, 2006, II, 60 ss., con nota di M. MADONNA, *L'INVIM in materia ecclesiastica secondo tre recenti pronunce della Cassazione*.



«alla Comunità ebraica di Roma spetta l'esenzione dall'imposta periodica, e quindi anche da quella straordinaria, a far tempo dall'entrata in vigore del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, in forza del disposto dell'art. 33, comma 10, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, come modificato dall'art. 2, comma quinto, della legge 2 aprile 2001, n. 136, che, con efficacia espressamente retroattiva, ha attribuito il beneficio in relazione agli "immobili appartenenti agli enti rappresentativi delle confessioni religiose aventi personalità giuridica, nonché agli enti religiosi riconosciuti in base alle leggi attuative delle intese stipulate dallo Stato ai sensi dell'art. 8 della Costituzione"»¹⁷.

E infine che

«ai fini del godimento dell'esenzione dall'INVIM decennale, prevista a favore dei "benefici ecclesiastici" dall'art. 8, comma terzo, della legge 16 dicembre 1977, n. 904 - disposizione che, come tutte le norme che prevedono agevolazioni fiscali, va considerata di stretta interpretazione - per "beneficio ecclesiastico" deve intendersi, secondo la definizione di cui al canone 1409 del codice di diritto canonico del 1917, la "persona giuridica ecclesiastica non collegiale" nella quale siano presenti tutti gli indispensabili elementi della "dote" (un patrimonio autonomo), dell'*officium* (la destinazione perpetua del patrimonio al mantenimento del titolare *pro tempore* di un determinato ufficio sacro) e dell'"erezione canonica in persona giuridica", restando di conseguenza escluso dall'agevolazione in questione qualsiasi altro ente ecclesiastico. Il fatto, d'altro canto, che la legge 20 maggio 1985, n. 222, agli artt. 21 e 28, abbia stabilito che entro il 30 settembre 1986 dovesse essere eretto in ogni diocesi un Istituto per il sostentamento del clero e che con il medesimo decreto di erezione dovessero essere estinti i benefici esistenti nelle diocesi con trasferimento del loro patrimonio all'Istituto eretto, determina una presunzione, *iuris tantum*, dell'assenza della natura beneficiale in un ente ecclesiastico (che la reclami) esistente ed operante alla scadenza di quel termine»¹⁸.

Per quanto concerne i rapporti di lavoro, la Corte ha ritenuto che

¹⁷ Cass. n. 2412 del 2006, in *Il Fisco*, 2006, 2, 154 ss., con nota di **F.A. GENOVESE**, *INVIM. L'esenzione degli immobili appartenenti a confessioni religiose diverse dalla cattolica*; in *Corr. giur.*, 2006, 825 ss., con nota di **P. COLELLA**, *Sull'esenzione dell'INVIM sugli immobili appartenenti ad enti religiosi: due sentenze a confronto*.

¹⁸ Cass. n. 381 del 2006, in *Corr. giur.*, 2006, 825 ss., con nota di **P. COLELLA**, *Sull'esenzione dell'INVIM*, cit.



«le norme e i principi operanti per i rapporti di lavoro subordinato di diritto privato non trovano alcun limite alla loro applicazione per i dipendenti degli enti ecclesiastici gestori di ospedali classificati ai sensi della legge n. 132 del 1968»¹⁹.

E a Sezioni Unite ha precisato che

«i rapporti di lavoro dei dipendenti degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti esercenti attività ospedaliera e classificati ai fini della loro inserzione nel servizio sanitario pubblico hanno natura privatistica»,

e quindi

«le norme e i principi di tutela operanti per i rapporti di lavoro subordinato di diritto privato non trovano alcun limite alla loro applicazione nel rapporto del personale dipendente da detti enti; siffatta qualificazione, in difetto di disposizioni espresse in questo senso, non comporta, con l'adeguamento dell'ordinamento di tali rapporti di lavoro di diritto privato a quello del personale delle unità sanitarie locali, secondo le disposizioni del d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, l'assoluta parificazione della regolamentazione degli stessi rapporti a quello dei dipendenti degli enti pubblici ospedalieri, e ciò anche alla stregua delle successive norme introdotte per il riordino della disciplina in materia sanitaria dai d.lgs. n. 502 del 1992 e n. 517 del 1993. Alla stregua di questo quadro normativo, pertanto, si deve escludere che gli enti ecclesiastici esercenti attività ospedaliera, previsti dalle citate disposizioni, siano inclusi, secondo l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, tra dette amministrazioni, che ai sensi dell'art. 1 del citato testo normativo comprendono le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale»²⁰.

È interessante sottolineare che secondo l'orientamento della Corte

«ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un rapporto diverso istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, caratterizzato dalla gratuità della prestazione; a tal fine non rileva il grado maggiore o minore di subordinazione, cooperazione o inserimento del prestatore di lavoro, ma la sussistenza o meno della finalità ideale o religiosa rispetto a quella lucrativa, che deve essere rigorosamente provata, fermo restando

¹⁹ Cass. n. 13435 del 2006; v. anche Cass. n. 6064 del 2008.

²⁰ Cass. S.U. n. 8088 del 2007.



che la valutazione al riguardo compiuta dal giudice del merito è incensurabile in sede di legittimità se immune da errori di diritto e da vizi logici. Pertanto, quando un seminarista di un Istituto Biblico accetta di pagare la retta in tutto o in parte mediante il proprio lavoro, il rapporto di natura religiosa esistente tra i soggetti non è sufficiente a dimostrare la natura *affectio vel benevolentiae* causa del rapporto, ma il convenuto deve dare la prova rigorosa che tutto il lavoro prestato dal seminarista, eccedente o meno la necessità del “piano retta”, sia stato prestato per motivazioni religiose e non in adempimento dell’obbligazione civilistica di pagare il vitto e l’alloggio»²¹.

Sul piano più generale, la Corte ha evidenziato che

«il fine spirituale o comunque altruistico perseguito dall’ente religioso non pregiudica l’attribuzione del carattere dell’imprenditorialità dei servizi resi, ove la prestazione sia oggettivamente organizzata in modo da essere fornita previo compenso adeguato al loro costo, dato che il requisito dello scopo di lucro assume rilievo meramente oggettivo ed è collegato alle modalità dello svolgimento dell’attività economica»²².

Così ancora che:

«qualora sia in discussione la legittimità da parte della Chiesa e degli enti ecclesiastici dell’uso *iure privatorum* di beni soggetti, ex art. 831 cod. civ., alle norme del codice civile – in quanto non diversamente disposto dalle leggi speciali che li riguardano – la Chiesa e le sue istituzioni sono tenute all’osservanza, al pari degli altri soggetti giuridici, delle norme di relazione e quindi alle limitazioni del diritto di proprietà, fra le quali rientrano quelle previste dall’art. 844 cod. civ. essendo esse inidonee a dare luogo a quelle compressioni della libertà religiosa e delle connesse alte finalità che la norma concordataria di cui all’art. 2 delle legge n. 121 del 1985, in ottemperanza al dettato costituzionale, ha inteso tutelare, non avendo lo Stato rinunciato alla tutela di beni giuridici primari garantiti dalla Costituzione (artt. 42 e 32), quali il diritto di proprietà e quello alla salute²³».

²¹ Cass. n. 3602 del 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 666 ss.

²² Cass. n. 20815 del 2006. Fattispecie relativa a una attività di alloggio svolta in un complesso universitario religioso.

²³ Cass. n. 2166 del 2006, in *Giust. civ.*, 2007, I, 459 ss., con nota di **M. COSTANZA**, *Evoluzioni ed involuzioni in tema di immissioni*. Nella specie, è stata ritenuta applicabile la disciplina dettata dall’art. 844 cod. civ. alle immissioni sonore provocate dalle attività sportive praticate nel “campo giochi” di una parrocchia.



8 - I diritti fondamentali

Intenso può senza dubbio giudicarsi l'intervento della Corte nella decisiva area della tutela dei diritti fondamentali, primo fra tutti quello che coinvolge direttamente il destino della persona e il delicato problema del c.d. *diritto alla vita*, il discusso diritto di ciascuno sulla (qualità e sulla durata della) propria esistenza.

La vicenda più nota è certamente quella del caso Englaro, rispetto al quale la Corte ha pronunciato la fondamentale sentenza n. 21748 del 2007²⁴, con la quale ha enunciato i seguenti principi di diritto:

«In tema di attività medico-sanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è

²⁴ In *Dir. giur.*, 2007, 572 ss., con nota di **C. GHIONNI**, *Il "consenso dell'incapace" alla cessazione del trattamento medico*; in *Corr. giur.*, 2007, 1676 ss., con nota di **E. CALÒ**, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; in *Guida al diritto*, 2007, 43, 29 ss., con nota di **G.M. SALERNO**, *L'apertura del testamento biologico non cancella i problemi applicativi*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, 1103 ss., con nota di **G. GENNARI**, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 389 ss., con nota di **M.C. BARBIERI**, *Stato vegetativo permanente: una sindrome "in cerca di un nome" e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 Sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*; in *Giust. civ.*, 2008, I, 1725 ss., con nota di **D. SIMEOLI**, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; in *Riv. it. med. legale*, 2008, 583 ss., con nota di **C. SARTEA**, **G. LA MONACA**, *Lo stato vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*; in *Dir. uomo*, 2008, 7 ss., con nota di **L. TRIA**, *Problematiche di fine vita alla luce dei principi costituzionali e sopranazionali: con particolare riferimento ai casi Welby, Englaro e Santoro*; in *Iustitia*, 2008, 55 ss., con nota di **P. STANZIONE**, **G. SALITO**, *Il rifiuto "presunto" alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*; in *Foro it.*, 2008, I, 2609 ss., con nota di **S. CACACE**, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario "life-sustaining"*; e di **D. MALTESE**, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza* (125 ss.); in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83 ss., con nota di **A. VENCHIARUTTI**, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 77 ss., con nota di **F. GAZZONI**, **A. GALIZIA DANOVI**, **G. GALUPPI**, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)* e di **P. VIRGADAMO**, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere* (594 ss.); in *Fam. dir.*, 2008, 129 ss., con nota di **R. CAMPIONE**, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Danno resp.*, 2008, 421 ss., con nota di **F. BONACCORSI**, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro* e di **G. GUERRA**, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 363 ss., con nota di **E. PALMERINI**, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*.



spazio – nel quadro dell'*alleanza terapeutica* che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale»;

«il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»;

«in tema di attività medica e sanitaria, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere "incondizionato" di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al



trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»;

«ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice – fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente – può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario, in sé non costituente, oggettivamente, una forma di accanimento terapeutico, unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

Questo orientamento ha trovato qualche eco anche per quanto riguarda il rifiuto alle emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova. La Corte ha affermato che:



«il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte; tuttavia, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata *ex ante* ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure»²⁵.

Nella stessa decisione la Corte ha enunciato anche il principio secondo cui

«il paziente che, per motivi religiosi (o di diversa natura), intendesse far constare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale, ha l'onere di conferire ad un terzo una procura *ad hoc* nelle forme di legge, ovvero manifestare la propria volontà attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, nella quale affermi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita».

Nonostante queste aperture sulla problematica del testamento biologico, permangono nella giurisprudenza della Corte alcune incertezze come dimostra la sentenza n. 4211 del 2007 secondo la quale

«in materia di rifiuto di determinate terapie, alla stregua di un diritto fondato sul combinato disposto degli artt. 32 Cost., 9 della legge 28 marzo 2001 n. 145 (recante "ratifica ed esecuzione della

²⁵ Cass. n. 23676 del 2008. in *Guida al diritto*, 2008, 39, 52 ss., con nota di **R. ROSSI**, *La ricerca della volontà effettiva resta il vero nodo da sciogliere*; in *Corr. giur.*, 2008, 1671 ss., con nota di **F. FORTE**, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 170 ss., con nota di **G. CRICENTI**, *Il cosiddetto dissenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, II, 122 ss., con nota di **M. GORGONI**, *Il rifiuto di sangue manifestato attraverso un comportamento dichiarativo*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, I, 50 ss., con nota di **R. MASONI**, *I Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*. Nella specie la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso in un caso in cui era risultato da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente, testimone di Geova, al momento del ricovero, in condizioni di incoscienza, che recava l'indicazione "niente sangue", appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omesso trattamento.



Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina"), e 40 del codice di deontologia medica, pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo, non può escludersi che il medico, di fronte ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel concorso di circostanze impeditive della verifica effettiva della persistenza di tale dissenso, possa ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente»²⁶.

In questa prospettiva, va segnalata anche la sentenza n. 10741 del 2009, la quale ha affermato che

«il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia nazionale che sovranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori. Ne consegue che la persona nata con malformazioni congenite, dovute alla colposa somministrazione di farmaci dannosi (nella specie teratogeni), alla propria madre, durante la gestazione, è legittimata a domandare il risarcimento del danno alla salute nei confronti del medico che quei farmaci prescrisse o non sconsigliò».

²⁶ Nella specie, un testimone di Geova traumatizzato aveva rifiutato all'atto del ricovero in ospedale, eventuali trasfusioni di sangue, ma i medici, stante l'aggravamento delle sue condizioni, rivelatosi nel corso dell'intervento chirurgico, essendo il paziente anestetizzato e mancando la possibilità di interpellare altri soggetti legittimati in sua vece, hanno ugualmente praticato una trasfusione indispensabile per salvargli la vita, ritenendo altamente probabile che l'originario rifiuto non fosse più valido; i giudici di merito hanno ritenuto legittimo tale comportamento ed hanno conseguentemente rigettato la domanda del testimone di Geova volta ad ottenere il risarcimento del danno morale, e la S.C. ha confermato la sentenza impugnata. La sentenza è pubblicata in *Guida al diritto*, 2007, 10, 27 ss., con nota di **E. SACCHETTINI**, *Quando interviene uno stato di necessità la scelta della terapia passa al sanitario*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, II, 1881 ss., con nota di **G. FACCI**, *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*; in *Riv. it. med. legale*, 2008, 1179 ss., con nota di **F. CAMILLETI**, *Sul valore del "dissenso anteriore" del paziente nel caso in cui durante l'imprevisto stato di incoscienza di questi si renda necessaria, per la sua sopravvivenza, un'emotrasfusione in precedenza espressamente rifiutata*; in *Danno resp.*, 2008, 27 ss., con nota di **G. GUERRA**; in *Dir. giur.*, 2008, 131 ss., con nota di **S. CARRO**, *Brevi note sull'efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*.



Con la precisazione, tuttavia, la somministrazione ad una gestante senza adeguata informazione di farmaci che abbiano provocato malformazioni al concepito, la violazione dell'obbligo d'informazione da parte dei sanitari dà luogo al risarcimento del danno in favore sia della gestante-madre che del concepito, una volta che quest'ultimo sia venuto ad esistenza, ma solo in relazione all'inosservanza del principio del c.d. consenso informato, non potendo invece ravvisarsi a carico dei sanitari una responsabilità nei confronti del concepito perché la madre non è stata posta in condizione di esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, non essendo «configurabile nel nostro ordinamento un diritto "a non nascere se non sano"», in quanto le norme che disciplinano l'interruzione della gravidanza la ammettono nei soli casi in cui la prosecuzione della stessa o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, legittimando pertanto la sola madre ad agire per il risarcimento dei danni.

9 – Temi di minore impatto e bilanciamento tra diritto di libertà religiosa e diritti fondamentali

Non sembra decisamente rilevante in una stretta prospettiva ecclesiasticistica, la sentenza della sesta sezione penale della Corte – la n. 28482 del 2009 – relativa alla nota vicenda del giudice che si era rifiutato di tenere udienza nelle aule del Tribunale nelle quali era esposto il crocifisso ed era stato per questo imputato del reato di rifiuto di atti d'ufficio. La Corte, invero, evidenzia che allo stato

«non risultano essere state congruamente affrontate e risolte alcune tematiche di primario rilievo per la corretta soluzione del problema: a) la circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 29/5/1926 è un atto amministrativo generale, che appare però privo di fondamento normativo e quindi in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa (artt. 97 e 113 Cost.); b) detta circolare, tenuto conto anche dell'epoca a cui risale, non sembra essere in linea con il principio costituzionale di laicità dello Stato e con la garanzia, pure costituzionalmente presidiata, della libertà di coscienza e di religione; c) occorre individuare l'eventuale sussistenza di una effettiva interazione tra il significato, inteso come valore identitario, della presenza del crocifisso nelle aule di giustizia e la libertà di coscienza e di religione, intesa non solo in senso positivo, come tutela della fede professata dal credente, ma anche in senso negativo, come tutela



del credente di fede diversa e del non credente che rifiuta di avere una fede».

Ma allo stesso tempo, pur indicando un non trascurabile percorso di riflessione, la Corte ritiene di non dover affrontare il problema in quanto, da un lato (e principalmente) non funzionale alla soluzione del caso sottoposto al suo esame, che non integra l'ipotesi delittuosa di rifiuto di atti d'ufficio²⁷, e, dall'altro, perché la legittimità dell'esposizione del crocifisso è questione che deve essere fatta valere nei confronti della Pubblica Amministrazione, sollecitando la rimozione del simbolo e, in caso di esito negativo, adendo il giudice amministrativo esclusivamente competente ai sensi dell'art. 33, D.Lgs. n. 60 del 2008²⁸.

Rispetto a temi che potremmo considerare di minore impatto emotivo è stata dedicata attenzione anche ai problemi dei contatti tra il nostro ordinamento e il diritto islamico, riconoscendo che la *kafalah* in quanto

²⁷ Secondo la Corte, infatti, nel caso di specie si è trattato esclusivamente di inadempimento di un dovere funzionale, rilevante esclusivamente sotto il profilo disciplinare (in quanto trattasi di una inadempienza interna all'organizzazione) e non sotto il profilo penale, quando, com'è stato nella fattispecie (nel quale il Presidente del Tribunale tempestivamente informato dell'astensione aveva provveduto a sostituire l'inadempiente con altri magistrati, consentendo così che l'attività giudiziaria avesse comunque svolgimento), «non fa venire meno i risultati verso cui è proiettata la Pubblica Amministrazione per il soddisfacimento dei pubblici interessi». La Corte così rileva che la condotta addebitata al giudice inadempiente «si è concretizzata nella violazione di doveri funzionali, riverberatasi esclusivamente ... sull'organizzazione interna dell'ufficio e non sull'attività di rilevanza esterna, diretta a garantire il servizio giustizia». Né l'astensione dal tenere personalmente alcune udienze relativamente alle cause assegnategli «non integra il rifiuto di atti d'ufficio che per ragioni di giustizia dovevano essere compiuti "senza ritardo", non emergendo elementi indicativi della indifferibilità di tali udienze», che, peraltro, erano state regolarmente tenute da altri magistrati chiamati in sostituzione.

²⁸ Le Sezioni Unite si erano, peraltro, già espresse in questo senso con l'ordinanza n. 15614 del 2006 affermando che: «La controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell'affissione del Crocifisso nelle aule scolastiche, avvenuta – pur in mancanza di una espressa previsione di legge impositiva dell'obbligo (cfr. Corte cost., ordinanza n. 389 del 2004) – sulla base di provvedimenti dell'autorità scolastica conseguenti a scelte dell'Amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e successive modificazioni, venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, essendo attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità». L'ordinanza è pubblicata in *Corr. giur.*, 2006, 1205 ss., con nota di V. CARBONE, *Rimozione del crocifisso dai luoghi pubblici*.



«costituisce l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici nei confronti dei minori orfani, illegittimi o abbandonati, può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare e dare titolo allo stesso, ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998»²⁹.

Oppure affermando che

«il principio di ordine pubblico internazionale che riconosce il diritto alla acquisizione dello *status* di figlio naturale a chiunque sia stato concepito, indipendentemente dalla natura della relazione tra i genitori, costituisce un limite generale all'applicazione della legge straniera (nella specie, egiziana, recepente in materia di "statuto personale" il diritto islamico) che, attribuendo all'uomo la paternità unicamente nell'ipotesi in cui il figlio sia stato generato in un "rapporto lecito", preclude al padre di riconoscere il figlio nato da una relazione extramatrimoniale»³⁰.

O ancora che

«l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta nei rapporti interpersonali»³¹.

E, infine, una precisa delimitazione dei confini che debbono riconoscersi al diritto di libertà religiosa nel bilanciamento con altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. Così è stato affermato che:

«Il diritto di cronaca e quello di critica possono essere esercitati – purché sussistano i presupposti della verità oggettiva della notizia pubblicata, dell'interesse pubblico alla conoscenza del fatto e della

²⁹ Cass. n. 7472 del 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 677 ss., con nota di **R. GELLI**, *La Kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1229 ss., con nota di **J. LONG**, *Sì al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*.

³⁰ Cass. n. 27592 del 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 1113 ss., con nota di **E. DE FEIS**, **F. TOMMASEO**, *Contrarietà all'ordine pubblico del divieto islamico di riconoscere figli naturali*.

³¹ Cass. pen. n. 46300 del 2008.



correttezza formale dell'esposizione – anche quando vengano a collidere con l'altrui sfera di libertà religiosa, poiché l'ampia formulazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, riconosciuto dall'art. 21 Cost., non tollera siffatta limitazione»³²

³² Cass. n. 7605 del 2006, in *Danno resp.*, 2007, 403 ss., con nota di **S. OLIARI**, *Tra il sacro e il profano: religione, dio denaro e diritto di cronaca*. Nella specie, la S.C. ha rigettato il ricorso di un appartenente ad un'associazione religiosa, ritenutosi diffamato da un articolo giornalistico, con il quale era stato dedotto che il diritto per la cui assunta lesione era stato chiesto il ristoro atteneva alla sfera della libertà religiosa che si collocava su un piano costituzionalmente superiore rispetto al diritto di cronaca e di critica)».