



**Enrico Vitali**

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

**L'evoluzione del diritto ecclesiastico  
nella giurisprudenza della Corte costituzionale \***

**SOMMARIO: 1. Tre grandi periodi – 2. L'ultimo triennio – 3. Verso un punto di equilibrio.**

**1 – Tre grandi periodi**

Il volume, che oggi presentiamo, è dovuto all'iniziativa dei colleghi Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Cesare Mirabelli, oltre che mia. Raffaele Botta, nella sua qualità di segretario dell'ADEC, ha tenuto i rapporti con gli autori e con la Casa editrice, assumendo la funzione di vero e proprio "editor". La raccolta di studi di cui oggi si discute è il risultato di una preliminare riflessione effettuata dai promotori sullo stato della nostra disciplina, in base alla quale sono stati formulati gli inviti agli studiosi a contribuire al volume.

Oggi la nostra è, in certo senso, una riflessione di secondo grado, starei per dire una critica della critica. Mio intendimento è quello di indicare le suggestioni che la lettura del volume ha suscitato.

Tutti gli scritti mi sembra che abbiano evidenziato che la Corte costituzionale ha svolto un ruolo insostituibile di adattamento del sottosistema normativo del diritto ecclesiastico ai principi della Carta, posti a garanzia delle estrinsecazioni del sentimento religioso individuale e collettivo. La Corte, abbattendo (forse sarebbe più esatto dire "mediando"), almeno in parte, le interpretazioni elaborate negli anni '50 nel contesto di un diritto ecclesiastico inteso come diritto speciale, sorretto dal legame tra articolo 7 Cost. e Concordato, ha fatto sì che il nostro sistema non sia più autoreferenziale. Ne è derivato un sottosistema, che si pone in connessione con tutti i principi costituzionali.

È stato scritto che la giurisprudenza della Corte in materia ecclesiastica può idealmente dividersi in tre grandi periodi: il primo giunge fino alle sentenze dei primissimi anni '70; il secondo fino alla

---

\* Testo dell'intervento alla Tavola rotonda sul tema "*Il diritto ecclesiastico e la formazione del diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*" (Roma, 15 novembre 2007), svoltasi in occasione della presentazione del volume, a cura di R. Botta, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, ed. ESI, Napoli, 2006, destinato alla pubblicazione sul prossimo numero de *Il diritto ecclesiastico*.



vigilia della grande riforma del diritto ecclesiastico dell'84 e della stagione delle intese; l'ultimo dall'84 ad oggi. Dico subito che a parer mio occorrerebbe una ulteriore riflessione sui limiti temporali dell'ultima periodizzazione.

Al primo periodo appartengono indubbiamente le sentenze che hanno delineato il sistema delle fonti; al secondo va ascritta la tutela della volontà delle parti nell'attribuzione degli effetti civili del matrimonio canonico e la assimilazione del procedimento per l'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche a quello di delibazione, con conseguente indicazione del limite di ordine pubblico processuale e sostanziale; al terzo appartiene la enunciazione del concetto di autonomia delle confessioni (che finalmente comincia a trovare applicazione anche presso i tribunali amministrativi regionali<sup>1</sup>) e del principio supremo di laicità, di cui ultima esplicitazione è la sentenza n. 168 del 29 aprile 2005.

Giustamente è stata ricordata la funzione di supplenza legislativa esercitata dalla Corte in una situazione caratterizzata, si può ben dire, dalla inesistenza di una politica ecclesiastica e di idee forti che la sorreggano, proprio mentre sarebbe necessario fondarsi su "linee di argomentazione direttamente riferibili a principi e a norme costituzionali"<sup>2</sup>. È certo, però, che tale supplenza non è stata portata sempre alle estreme conseguenze, sia per il rispetto dovuto alla funzione legislativa (p. es. la sentenza n. 329 del 2001), sia per una sorta di "prudenza politica"<sup>3</sup>; prudenza politica che a mio parere ha ispirato, tra l'altro, la estensione della copertura costituzionale all'Accordo dell'84 (cfr. sentenza n. 203 del 1989 e n. 13 del 1991).

È indubbio che il percorso della Corte giunse ad un approdo significativo con la individuazione del principio supremo di laicità dello Stato. Esso fu certamente un punto di arrivo, laddove precisava che il principio di laicità implica un regime di pluralismo confessionale e culturale e che esso comporta non indifferenza dello Stato, ma garanzia per la salvaguardia della libertà religiosa. Dunque laicità

<sup>1</sup> Cfr. TAR VENETO, Sez. I, 17 maggio 2007, n. 1458 in *Dir. eccl.*, 2006, II, p.

<sup>2</sup> Cfr. L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Dir. eccl.*, 2007.

<sup>3</sup> "Talvolta, anzi spesso, la Corte è porsa troppo prudente, non abbastanza coraggiosa. Ostacolata, per lo più, da un lato dalla mancata libertà dei Giudici di manifestare *dissenting opinions*, che potrebbero rendere più autentico ed approfondito il dibattito, ove si assicurasse pubblicità ai pareri in contrasto all'interno del Collegio, e dall'altro lato dalla rigidità del filtro finora mantenuto alle questioni di legittimità sottoponibili alla Corte per la necessità di una rimessione del dubbio di costituzionalità alla previa valutazione della "non manifesta infondatezza" da parte dell'autorità giudiziaria": così autorevolmente P. SCHLESINGER, *Attuazione delle garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, p. 291 ss.



positiva, intesa come compito dello Stato di svolgere interventi diretti a rimuovere ostacoli e impedimenti, in modo da uniformarsi alla precisata distinzione tra ordine delle questioni civili e ordine delle questioni religiose. Ma fu anche punto di partenza, in quanto, come è stato osservato, l'individuazione di un principio inespresso non può non passare attraverso una sua definizione, perlomeno delle sue linee portanti e degli sviluppi logici di queste ultime<sup>4</sup>.

Tuttavia dopo una prima fase, in cui si è avvertita una elaborazione concettuale definita, sorretta da tensione e ricchezza culturale all'interno delle decisioni, che ne hanno determinato l'essenza, non sembra che si sia andati avanti nella esplicitazione delle conseguenze giuridiche della laicità. Ciò ha prodotto contrapposizioni in dottrina: una parte si è impegnata nello sviluppo di una disciplina giuridica compiuta della laicità e dei suoi corollari<sup>5</sup>; un'altra parte si è dedicata ad una vera e propria destrutturazione semantica del concetto di laicità, ora inteso come mero principio politico – con una serie di ragionamenti paragonabili a quelli che negli anni '50 qualificavano le intese come meri atti politici privi di rilevanza giuridica -, ora come semplice divieto di instaurazione di un sistema di rapporti Stato-Chiesa di tipo giurisdizionalistico<sup>6</sup>.

## 2 – L'ultimo triennio

Andando al di là dei tempi considerati nel volume, nell'ultimo triennio di attività della Corte si può cogliere, almeno in materia ecclesiastica, una linea di prudenza. La Corte ha per lo più fatto ricorso allo strumento dell'ordinanza. Vediamo di ricordare quelle di più specifico interesse per la nostra materia<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. V. PACILLO, *Laicità necessaria in Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, a cura di P. PICOZZA - G. RIVETTI, Milano, 2007, p. 119 ss. e specialmente pag. 125 ss.; V. PACILLO, *Dai principi alle regole? Brevi note critiche al testo unificato delle proposte di legge in materia di libertà religiosa*, in *Dir. eccl.*, 2007.

<sup>5</sup> Cfr. G. CASUSCELLI, *Le attuali prospettive del diritto ecclesiastico italiano*, in *Dir. eccl.*, 2005, I, pag. 504; G. CASUSCELLI, *Il Crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"*, *ivi*, 2005, I, p. 13 ss.

<sup>6</sup> Cfr. F. FINOCCHIARO, *La repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Dir. Eccl.*, 1997, I, pag. 11 e ss.; G. DALLA TORRE, *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo, 2003, spec. p. 9, 27, 89 ss. ; R. COPPOLA, *Laicità relativa*, in *Religione cultura e diritto tra globale e locale* a cura di P. PICOZZA- G. RIVETTI, cit., p. 115 ss.

<sup>7</sup> Tra le molte, oltre quelle ricordate nel testo, ved. l'ordinanza n. 19 del 26.01.2007 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 59, comma 1, lettera c) del D. Lgs n. 446/1997, che prevede che l'esenzione dall'ICI spetta per i fabbricati a condizione che gli stessi, oltre che utilizzati, siano posseduti dall'ente non commerciale utilizzatore, in quanto attribuisce all'art. 7,



Anzitutto l'ordinanza n. 369 del 2006 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 13 L. 40/2004 "nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie". La Corte ha osservato che il tribunale rimettente sarebbe incorso nella contraddizione di sollevare la questione relativamente a tale divieto, che invece sarebbe desumibile anche da altri articoli della legge stessa, peraltro non impugnati, e dalla disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita, disegnata dalla legge<sup>8</sup>.

Nella ordinanza n. 127 del 2006, inoltre, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, proposto da un giudice contro l'imposizione di esporre il crocifisso nelle aule giudiziarie, ritenuta come una illegittima invasione della sfera di competenza del potere giurisdizionale da parte del potere amministrativo. La questione era stata proposta in quanto, ad avviso del ricorrente, la esposizione del crocifisso "varrebbe a connotare in modo partigiano e parziale l'esercizio dell'attività giurisdizionale da parte dei giudici, che deve essere e apparire imparziale, neutrale ed equidistante nei confronti di qualsiasi credo o non credo religioso ... non potendo lo Stato (e quindi il potere giurisdizionale) identificarsi in simboli religiosi di parte come il crocifisso, ma semmai in simboli che identificano l'unità nazionale e il popolo italiano (art. 12 Cost.)". La Corte ha ritenuto che nella specie mancasse la materia per un conflitto costituzionale di attribuzione sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo.

Qui si potrebbe dire che la Corte ha potuto decidere di non decidere favorita dal tenore delle ordinanze di rimessione. Vorrei però osservare, a margine della periodizzazione proposta dell'attività della Corte, che in realtà il c.d. terzo periodo si era già concluso con le sentenze che hanno individuato il principio supremo di laicità.

Poi sembra essersi aperta una fase improntata ad un trend diverso, giacché le ordinanze ora citate, per il loro tenore, sembrano appartenere piuttosto ad un periodo di transizione, forse si potrebbe

---

comma 1, lettera i) del D. Lgs n. 504/1992 lo stesso significato riconosciuto dalla precedente giurisprudenza della Corte di Cassazione e quindi non rinnova la disciplina dei requisiti soggettivi per l'esenzione.

<sup>8</sup> Nel senso invece della praticabilità della diagnosi preimpianto diretta all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione cfr. successivamente Trib. Cagliari, sentenza 24 settembre 2007, in *Oliv*, che segna un distacco assoluto dall'indirizzo della Corte Costituzionale.



dire di navigazione a vista in cui i principi sembrano essere talora un po' annebbiati, che trova riscontro nella confusione politica attuale, caratterizzata dalle esternazioni a tutto campo delle autorità ecclesiastiche e dalla incapacità delle forze politiche di riportare il dibattito entro linee serie e adeguate.

Per quanto riguarda l'attività legislativa nella nostra materia, si deve rilevare la incapacità, anche qui, da parte del Parlamento di pervenire ad una legge sulla libertà religiosa.

Taluno oppone alla sua emanazione l'idea che per le confessioni di minoranza sarebbe sufficiente la possibilità del ricorso alle intese. Francamente non mi sembra una grande idea, solo ove ci si soffermi a considerare che a tutt'oggi non vi è una legge che disciplini i procedimenti per la stipulazione delle intese, sicché, per quel che riguarda l'iniziativa del procedimento, si è nel campo della più totale discrezionalità politica. Aggiungasi che, di fronte ad intese già stipulate, sussistono grandi difficoltà di pervenire alla legge di approvazione.

Non solo, ma le confessioni acattoliche prive di intesa sono ancor oggi sottoposte alla legge del 1929 sui culti ammessi, che è legge illiberale, emanata sulla base di una situazione assolutamente diversa dall'oggi e in contrasto con l'attuale Costituzione materiale.

Infine, per venire al punto centrale della questione, bisogna porre in luce che, tutelando le intese prevalentemente il fenomeno religioso collettivo, si finirebbe con l'ignorare l'aspetto della libertà religiosa individuale, perché non si può pensare che ad un soggetto spettino diritti individuali solo in dipendenza del fatto della sua appartenenza ad una confessione. Se così fosse riprenderebbero vigore le tesi sviluppate sotto la vigenza del concordato del 1929 secondo cui i diritti del singolo erano riconosciuti in quanto coincidessero con l'interesse dell'istituzione.

È chiaro che a situazioni siffatte non può porre rimedio la funzione di supplenza giurisdizionale della Corte.

### **3 – Verso un punto di equilibrio**

In un contesto di indirizzi intellettuali assai contrastanti, si sostiene che quello attuale sarebbe un momento di pericolo per la nostra civiltà.

Ora, è vero che l'uomo, nei momenti in cui ritiene di avvertire pericoli per la civiltà in cui vive, si alimenta delle risorse culturali delle generazioni passate ed è portato ad intendere la cultura come insieme



di "idee tradizionali, derivate e selezionate dalla storia"<sup>9</sup>; egli individua la cultura soprattutto nei valori attribuiti a tali idee, che divengono così elementi condizionanti le ulteriori azioni<sup>10</sup>. In sostanza quello di cui si dubita è la tenuta di un popolo rispetto ai propri valori<sup>11</sup>.

Questa serie di timori potrebbe investire anche i rapporti tra Stato e confessioni religiose, incidendo sullo stesso concetto di laicità, che si è evocato poc'anzi. Infatti, secondo alcuni, questo concetto affonda le sue radici nella storia, nella tradizione culturale, oltre che giuridica, starei per dire nella coscienza del popolo<sup>12</sup>. Allora la laicità, come qualunque concetto giuridico-politico, dovrebbe essere esaminata e definita con preciso riferimento al substrato culturale e storico della comunità in cui essa è chiamata a realizzarsi come portato di una memoria comune, che non solo conserva il passato attraverso la parola e la fede, ma anche attraverso la norma<sup>13</sup>.

Non si può tacere che in questo caso vi è il pericolo per il giurista di asservirsi alla tradizione e di rinunciare ad un ruolo propulsivo della politica e del diritto. E ciò soprattutto in questo momento in cui il timore di vedere intaccata la tradizione dal sopravvenire del diverso, può portare il giurista a chiudersi e a ergere una barriera di fronte a quelli che possono apparire attacchi alla cittadella non sufficientemente difesa.

È stato detto che la laicità dello Stato comporta che pur non escludendo che esista una Verità, lo Stato laico dichiara la propria

---

<sup>9</sup> P. HAEBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, p. 20.

<sup>10</sup> P. HAEBERLE, *op. e loc. ultim. cit.*

<sup>11</sup> Allorché si osserva che lo stato liberale vive di presupposti che di per sé non può garantire, Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora in Id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, 91 ss. (trad. It. E.W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, a cura di M. Nicoletti, Morcelliana, Brescia 2006)

<sup>12</sup> Cfr. R. FISICHELLA, *Laicità dello Stato, appartenenza religiosa e ordinamento giuridico: prospettiva filosofico-teologica*; C. CARDIA, *Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico: prospettiva secolare*, in *Politica senza religione? Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico*, Atti del 14 Convegno Internazionale DiReCom Lugano, in corso di pubblicazione. Per un diverso atteggiamento ved. E. W. BÖCKENFÖRDE, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*, in E. W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. PRETEROSSO, Roma-Bari, 2007, p. 20 e p. 31; ved. anche E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, a cura e con saggio introduttivo di C. AMIRANTE, p. 18 ss. e 29 ss.

<sup>13</sup> Cfr. M. PERA, *Intervento in Convegno "Il dovere dell'identità"*, Norcia, 2005, in [www.magna-carta.it](http://www.magna-carta.it) che mette in luce il concetto di laicità identitaria.



incompetenza ad accertarla. Allo Stato cioè non spetta la indicazione dei valori ultimi<sup>14</sup>. Il nostro ordinamento è una democrazia sostanziale<sup>15</sup>; esso fa spazio ai diritti fondamentali che si combinano secondo la diversa rilevanza loro attribuita dalla Costituzione. Il discorso tocca particolarmente la libertà religiosa, che è diritto costituzionalmente garantito, ma che trova un limite in altri beni o diritti tutelati o riconosciuti nella Costituzione. Per esempio, le recenti immigrazioni hanno portato in Italia costumi religiosamente motivati, che non possono essere qualificati puramente e semplicemente come manifestazioni del sentimento religioso. I casi sono presenti nella memoria di tutti e quindi non è il caso di elencarli. Essi comunque urtano contro diritti fondamentali, come la libertà di manifestazione del pensiero, come la tutela della dignità della persona e della sua salute, come l'uguaglianza dei coniugi e dei genitori. Non mi sembra si possa eludere il problema evocando un regime di statuti personali, che può rimandare al regime delle capitolazioni, appartenente all'epoca del colonialismo e che costituiva una limitazione alla sovranità dello Stato<sup>16</sup>.

Insomma, proprio perché la nostra Costituzione non guarda solo al passato, ma costituisce una garanzia per il presente e anche un progetto per il futuro<sup>17</sup>, mi sembra non si possa accettare una idea di laicità che faccia riferimento (e quindi tuteli) esclusivamente ai valori portati dalla tradizione religiosa della maggioranza, atteso che la laicità implica un regime di pluralismo religioso e culturale ed è in funzione dei diritti delle minoranze.

Neppure mi sembra di poter condividere l'orientamento che vede la libertà religiosa come una monade sottratta a qualsiasi confronto con gli altri diritti fondamentali, come se il bene da tutelare fosse la differenza, la diversità<sup>18</sup>, fino a ignorare i valori inderogabili su

---

<sup>14</sup> Cfr. **S. FERRARI**, *Tra geo- diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, pag. 13 ss.

<sup>15</sup> Cfr. **L. FERRAJOLI**, *Diritti fondamentali* in **E. VITALE** (a cura di) *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 19 ss.; **ID.**, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in **E. VITALE** (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit. p. 148 ss.

<sup>16</sup> In questo senso cfr. **G. BOSCO**, *Capitolazioni (regime delle)* in *Novis. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 928; in precedenza ved. **L. OLIVI**, *Capitolazioni (Dir. Int.)* in *Dig. It.*, VI, I, Torino, 1988, p. 924 ss.; successivamente **G. BISCOTTINI**, *Capitolazioni (regime delle)* in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 213 ss.

<sup>17</sup> **P. HAEBERLE**, op. cit., p. 32; **C. AMIRANTE**, *Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico?*, Introduzione a **E. DENNINGER**, op. cit.

<sup>18</sup> Su questi problemi ved. da ultimo **C. AMIRANTE**, op. cit., p. LVII



cui si fonda la nostra democrazia che sono alla base del patto costituzionale.

Le considerazioni ora svolte sono dirette ad indicare un punto di equilibrio tra le varie posizioni. In questa linea mi sembra si possano aprire all'ecclesiastico delle prospettive di indagine di notevole interesse, feconde di implicazioni operative.