



diritto & religioni

Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

24



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI RESPONSABILI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

G. Bianco, R. Rolli
M. Ferrante, P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

CRITERI PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Da questo numero tutti i contributi sono sottoposti a valutazione.

Di seguito si riportano le modalità attuative.

Tipologia – È stata prescelta la via del *referee* **anonimo e doppiamente cieco**. L'autore non conosce chi saranno i valutatori e questi non conoscono chi sia l'autore. L'autore invierà il contributo alla Redazione in due versioni, una **identificabile** ed una **anonima**, esprimendo il suo consenso a sottoporre l'articolo alla valutazione di un esperto del settore scientifico disciplinare, o di settori affini, scelto dalla Direzione in un apposito elenco.

Criteri – La valutazione dello scritto, lungi dal fondarsi sulle convinzioni personali, sugli indirizzi teorici o sulle appartenenze di scuola dell'autore, sarà basata sui seguenti parametri:

originalità;

pertinenza all'ambito del settore scientifico-disciplinare IUS 11 o a settori affini;

conoscenza ed analisi critica della **dottrina** e della **giurisprudenza;**

correttezza dell'impianto metodologico;

coerenza interna formale (tra titolo, sommario, e *abstract*) e sostanziale (rispetto alla posizione teorica dell'autore);

chiarezza espositiva.

Doveri e compiti dei valutatori – Gli esperti cui è affidata la valutazione di un contributo:

– trattano il testo da valutare come confidenziale fino a che non sia pubblicato, e distruggono tutte le copie elettroniche e a stampa degli articoli ancora in bozza e le loro stesse relazioni una volta ricevuta la conferma dalla Redazione che la relazione è stata ricevuta;

– non rivelano ad altri quali scritti hanno giudicato; e non diffondono tali scritti neanche in parte;

– assegnano un punteggio da 1 a 5 – sulla base di parametri prefissati – e formulano un sintetico giudizio, attraverso un'apposita scheda, trasmessa alla Redazione, in ordine a **originalità**, **accuratezza** metodologica, e **forma** dello scritto, giudicando con obiettività, prudenza e rispetto.

Esiti – Gli esiti della valutazione dello scritto possono essere: (a) non pubblicabile; (b) non pubblicabile se non rivisto, indicando motivamente in cosa; (c) pubblicabile dopo qualche modifica/integrazione, da specificare nel dettaglio; (d) pubblicabile (salvo eventualmente il lavoro di *editing* per il rispetto dei criteri redazionali). Tranne che in quest'ultimo caso l'esito è comunicato all'autore a cura della Redazione, nel rispetto dell'anonimato del valutatore.

Riservatezza – I valutatori ed i componenti della Direzione, del Comitato scientifico e della Redazione si impegnano al rispetto scrupoloso della

riservatezza sul contenuto della scheda e del giudizio espresso, da osservare anche dopo l'eventuale pubblicazione dello scritto. In quest'ultimo caso si darà atto che il contributo è stato sottoposto a valutazione.

Valutatori – I valutatori sono individuati tra studiosi fuori ruolo ed in ruolo, italiani e stranieri, di chiara fama e di profonda esperienza del settore scientifico-disciplinare IUS 11 o che, pur appartenendo ad altri settori, hanno dato ad esso rilevanti contributi.

Vincolatività – Sulla base della scheda di giudizio sintetico redatta dai valutatori il Direttore decide se pubblicare lo scritto, se chiederne la revisione o se respingerlo. La valutazione può non essere vincolante, sempre che una decisione di segno contrario sia assunta dal Direttore e da almeno due componenti del Comitato scientifico.

Eccezioni – Il Direttore, o il Comitato scientifico a maggioranza, può decidere senza interpellare un revisore:

- la pubblicazione di contributi di autori (stranieri ed italiani) di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche di rilievo politico-istituzionale in organismi nazionali, comunitari ed internazionali anche confessionali;

- la pubblicazione di contributi già editi e di cui si chiedi la pubblicazione con il permesso dell'autore e dell'editore della Rivista;

- il rifiuto di pubblicare contributi palesemente privi dei necessari requisiti di scientificità, originalità, pertinenza.

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Giuseppe D'Angelo - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

Direzione:

Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 - 80133 Napoli
E-mail: martedes@unina.it

Redazione:

Cosenza 87100 - Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 - Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18

E-mail: dirittoereligioni@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 8,00 al seguente link: www.pellegrinieditore.com/node/360

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

- versamento su conto corrente postale n. 11747870
- bonifico bancario Iban IT 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena
- assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.
- carta di credito sul sito www.pellegrinieditore.com/node/361

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

INDICE

Parte I

Diritto canonico

GERALDINA BONI

*Suggerimenti nascenti dalla possibile erezione di una nuova
prelatura personale per la Fraternità Sacerdotale San Pio X* 11

MARIO FERRANTE

Secolarizzazione e matrimonio canonico: risvolti processuali 103

MANUEL GANARIN

*L'accesso al vicinius tribunal diocesano o interdiocesano.
Contributo all'interpretazione del nuovo can. 1673, § 2 de
Codex iuris canonici* 136

FEDERICO MARTI

*Ἐπιτομή, una proposta di interpretazione alla luce
dei principali documenti del magistero universale
della Chiesa cattolica* 170

Diritto ecclesiastico

ANDREA AMBROSI

Edilizia di culto e potestà legislativa regionale 217

GIUSEPPE D'ANGELO

*Libertà religiosa e riparto "per materie" delle competenze
legislative Stato-Regioni: una relazione da (ri)definire
e monitorare (note problematiche a partire da Corte cost.
sent. n. 67 del 2017, in tema di obbligo dell'uso della lingua
italiana nell'edificio di culto)* 254

CARMELA ELEFANTE

*Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito
occupazionale e lavorativo: l'interpretazione della Corte
di Giustizia dell'Unione Europea.* 273

FRANCESCO SALVATORE REA

Integrità mentale e fenomeno religioso: tra psichiatria e diritto 294

MARCELLO TOSCANO

*Brevi considerazioni de iure condendo sul rapporto tra legislazione
unilaterale e legislazione pattizia, a partire da un'ipotesi di riforma
della disciplina matrimoniale* 369

FOCUS: “DIRITTO E RELIGIONI. LE DECLINAZIONI DELLA GIURIDICITÀ NEL CONTESTO DI UNA SOCIETÀ MULTICULTURALE E MULTIRELIGIOSA”

GAETANO LO CASTRO	
<i>Presentazione</i>	392
SALVATORE BERLINGÒ	
<i>Per una equa mondializzazione delle periferie nelle società plurali. La lunga (ma, forse, istruttiva) storia dell'attivazione di un 'nuovo' corso di laurea sull'interculturalità</i>	369
PASQUALE LILLO	
<i>La “Carta dei valori” della Repubblica italiana</i>	419
ROBERTO MAZZOLA	
<i>Religioni dietro le sbarre. Alcune questioni di diritto di libertà religiosa nel sistema carcerario italiano.</i>	436
MARÍA J. ROCA	
<i>Incidencia de los nuevos derechos en el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia</i>	448
BEATRICE SERRA	
<i>Religione e Sanità. Per una realizzazione laica del diritto alla salute</i>	477
ILARIA ZUANAZZI	
<i>Tra spirituale e temporale: la laicità nel diritto canonico e nei diritti secolari</i>	497
Diritti confessionali	
MARIA D'ARIENZO	
<i>L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati</i>	517
VASCO FRONZONI	
<i>Il bitcoin è halal? Una visione islamicamente orientata sulle valute virtuali</i>	539
Storia delle istituzioni religiose e dei rapporti tra Diritto e Religioni	
MATTEO CARNÌ	
<i>Mario Falco e il diritto vaticano. Un contributo dimenticato</i>	555
PIETRO LO IACONO	
<i>I Borbone di Napoli e la disciplina dell'immunità locale: una riforma incompiuta</i>	574
MANLIO MIELE	
<i>La formazione storica dei profili di ius canonicum speciale della Cappella del Tesoro di San Gennaro</i>	589
Appendice	
<i>Statuto della Cappella del Tesoro di San Gennaro</i>	613

CHIARA MINELLI	
<i>La «refonte» del diritto canonico negli autori francesi alla vigilia della codificazione piobenedettina</i>	622
CRISTIANA MARIA PETTINATO	
<i>Dalla “guerra giusta” all’ecologia umana della pace: la giustificazione della guerra nel magistero pontificio degli ultimi decenni</i>	654
Argomenti, dibattiti, cronache	
FULVIA ABBONDANTE	
<i>Internet e libertà religiosa: un Giano bifronte fra nuove opportunità e inedite insidie</i>	738
LUISA AVITABILE	
<i>Stato di diritto e legalità in Edith Stein</i>	756
FEDERICA BOTTI	
<i>First notes on the study of the legislation on cultural heritage of the Western Balkans and the implementation of the UNESCO Conventions. The identity role of religious cultural heritage: a proposal for their tourism valorization.</i>	767
SALVO OGNIBENE	
<i>Diritto canonico e contrasto alle mafie. Riflessioni tra passato e futuro nel mondo ecclesiastico di fronte al fenomeno mafioso</i>	782
SALVATORE PRISCO	
<i>Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell’ordinamento italiano</i>	817
ROBERTA SANTORO	
<i>L’assistenza sociale come risposta alle esigenze di una società multiculturale e multireligiosa</i>	843
FABIO VECCHI	
<i>I sacramenti, il teologo ed il canonista. Profili interdisciplinari sul «signum» sacramentale, rileggendo Mons. Giuseppe Silvestre</i>	855

*Suggerimenti nascenti dalla possibile erezione di una nuova prelatura personale per la Fraternità Sacerdotale San Pio X**

GERALDINA BONI

1. *Il riconoscimento canonico della Fraternità Sacerdotale San Pio X. L'ipotesi della prelatura personale*

In un'intervista del febbraio 2016 a Guido Pozzo, segretario della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei*, la quale, come noto, è stata istituita da San Giovanni Paolo II nel 1988 anche con lo scopo di instaurare un collegamento con i lefebvriani¹ per giungere alla loro piena 'reintegrazione' nella Chiesa cattolica², l'arcivescovo brevemente riassumeva gli ostacoli di carattere dot-

* Nel presente articolo, per ragioni editoriali, è stato ommesso l'apparato espositivo ed esplicativo delle note, lasciando solo essenziali riferimenti bibliografici. Anche in attesa dei possibili prossimi sviluppi contiamo di pubblicare presto il lavoro in compiuta forma monografica.

¹ Per alcune sintetiche informazioni su Marcel Lefebvre e sullo scisma lefebvriano cfr. JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio eclesíastica*, in *Fidelium iura*, XI (2001), p. 174 ss.

² Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Lettera Apostolica data *Motu Proprio Ecclesia Dei*, 2 luglio 1988, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXX (1988), pp. 1495-1498. Si veda WILLIAM H. WOESTMAN, *Ecclesia Dei and ecclesial communion*, in *The Jurist*, LIII (1993), pp. 199-209; *Id.*, «*Ecclesia Dei and ecclesial communion*» revisited, *ivi*, LV (1995), pp. 897-903. Sulle origini di questa Commissione cfr. segnatamente JOSÉ LANDETE CASAS, *La Pontificia Comisión «Ecclesia Dei»: nuevas formas de organización eclesíastica para la tutela de los derechos fundamentales del fiel*, in *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico. Il diritto canonico di fronte al terzo millennio*, a cura di PÉTER ERDŐ, PÉTER SZABÓ, Szent István Társulat as Apostoli Szentiszék könyvkiadója, Budapest, 2002, p. 756 ss.; sul Rescritto *ex audientia SS.mi Quia peculiare munus* del 18 ottobre 1988 con cui si ampliarono le facoltà del Presidente della Commissione - in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXII (1990), pp. 533-534 - si vedano altresì *Id.*, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio eclesíastica*, cit., p. 176 ss.; JESÚS MIÑAMBRES, *Attribuzione di facoltà e competenze alla Commissione «Ecclesia Dei»*, in *Ius Ecclesiae*, III (1991), pp. 341-344. Uno dei frutti del lavoro della Commissione (oltre al caso più eclatante di cui ci occuperemo in seguito) è stata, ad esempio, la fondazione - con Decreto della medesima del 18 ottobre 1988, ratificato dal Papa - della Fraternità Sacerdotale San Pietro come società clericale di vita apostolica di diritto pontificio: cfr. *Acta Apostolicae Sedis*, LXXX (1988), p. 1495 ss. Sulla medesima si veda quanto riferisce FRANCESCO PATRUNO, *L'Amministrazione apostolica S. Giovanni Maria Vianney ed alcune questioni «in sospeso»*

trinale che si oppongono alla ‘riconciliazione’ con la Fraternità San Pio X³. Nondimeno sottolineava nell’*incipit* che quest’ultima «rimane ancora in una posizione irregolare, perché non ha ricevuto il riconoscimento canonico da parte della Santa Sede. Finché la Fraternità non ha una posizione canonica nella Chiesa, i suoi ministri non esercitano in modo legittimo il ministero e la celebrazione dei sacramenti»: la «piena comunione con la la Santa Sede [...] si avrà quando vi sarà il riconoscimento canonico della Fraternità»⁴. Il sofferto percorso di riavvicinamento è stato sempre caldamente incentivato da Joseph Ratzinger, considerandolo uno degli obiettivi del suo pontificato. In questa prospettiva va in qualche modo situata altresì sia la ‘liberalizzazione’ dell’uso del messale preconciare con la Lettera Apostolica *Motu Proprio data Summorum pontificum* del 7 luglio 2007⁵, sia soprattutto la remissione della scomunica - avvenuta nel 2009⁶ - ai vescovi consacrati da Marcel Lefebvre senza mandato pontificio⁷, quale gesto magnanimo e distensivo che

circa i cattolici tradizionalisti. Brevi riflessioni, in Il diritto ecclesiastico, CIV (2003), I, p. 364, nota 7. Sull’operato della Commissione *Ecclesia Dei* interessante anche quanto commenta JOSEPH RATZINGER, *Dix ans du Motu Proprio Ecclesia Dei. Conférence du Cardinal Joseph Ratzinger, in La documentation catholique*, 7 février 1999, n. 2197, pp. 144-147.

³ La Fraternità Sacerdotale San Pio X è stata fondata il 1° novembre 1970 a Friburgo dal vescovo Marcel Lefebvre, con l’accordo e l’approvazione di François Charrière, allora vescovo di Losanna, Ginevra e Friburgo, insieme al seminario di Ecône in Svizzera. Essa ricevette inizialmente un’approvazione diocesana come pia unione e «El 18 de febrero de 1971 recibió el *decretum laudis* de la Sagrada Congregación para el Clero, con lo cual quedaba erigida a nivel universal. [...] Sin embargo, tras el informe de dos Visitadores apostólicos en noviembre de 1974, la Congregación decidió suprimir la Fraternidad»: JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio ecclesiastica*, cit., p. 174.

⁴ Intervista di LUCA MARCOLIVIO per conto dell’*Agenzia Zenit*. *Il mondo visto da Roma* con Mons. GUIDO POZZO, Segretario della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei*, 25 febbraio 2016, *A che punto è il dialogo con i lefebviriani?*, consultabile in rete all’indirizzo www.zenit.org.

⁵ Si è concessa la possibilità, cioè, di ‘celebrare il Sacrificio della Messa secondo l’edizione tipica del messale romano promulgato dal B. Giovanni XXIII nel 1962’, la cosiddetta Messa in latino di San Pio V (come ulteriore possibilità, oltre ovviamente a quella nelle lingue volgari): cfr. BENEDETTO XVI, *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae Summorum Pontificum*, 7 luglio 2007, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIX (2007), p. 795 ss. (si veda anche PONTIFICIA COMMISSIONE ECCLESIA DEI, *Istruzione Universae Ecclesiae sull’applicazione della Lettera Apostolica Motu Proprio data Summorum Pontificum di S.S. Benedetto PP. XVI*, 30 aprile 2011, *ivi*, CIII [2011], p. 413 ss.). Importante, nella linea della riconciliazione, anche il documento della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Risposte a quesiti riguardanti alcuni aspetti circa la dottrina sulla Chiesa*, 29 giugno 2007, *ivi*, XCIX (2007), p. 604 ss.

⁶ Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Decreto del 21 gennaio 2009*, in *Acta Apostolicae Sedis*, CI (2009), pp. 150-151 (anche in *Il regno. Documenti*, LIV [2009], p. 69).

⁷ L’ordinazione avvenne il 30 giugno 1988 anche ad opera di Mons. Antonio De Castro Mayer, vescovo emerito di Campos, in Brasile, il quale pure non faceva parte della Fraternità San Pio X. Veniva in questo modo commesso il delitto di cui al can. 1382 del *Codex Iuris Canonici*: i vescovi consacranti e i vescovi consacrati incorrevano nella scomunica *latae sententiae*, la cui remissione è riservata alla Sede Apostolica. Successivamente la scomunica è stata dichiarata:

avrebbe potuto agevolare il dialogo allo scopo di sanare una frattura dolorosa per entrambe le parti: la remissione della scomunica mirava infatti «allo stesso scopo della punizione: invitare i quattro Vescovi ancora una volta al ritorno»⁸. Gli aspri attacchi che colpirono Benedetto XVI circondando di animosità tale atto intraecclesiale, e suscitati invero da eventi ad esso esterni⁹ che ne hanno falsato l'autentico significato¹⁰, avvelenarono il clima di distensione che il Pontefice bavarese aveva saputo creare, 'raffreddando' le conversazioni e rallentando le trattative per addivenire ad una 'transazione' sui punti di maggior distanza da colmare. Comunque i contatti non sono mai stati interrotti e sono proseguiti, in forma meno ufficiale e formale, tra esperti nominati dalla Congregazione per la dottrina della fede, cui è strettamente legata la Commissione *Ecclesia Dei* dopo il *Motu Proprio Ecclesiae unitatem*¹¹, e delegati della Fraternità San Pio X. Proprio la rafforzata incardinazione all'interno del dicastero che si occupa istituzionalmente di questioni dottrinali palesa il nocciolo delle interlocuzioni con la Santa Sede. In particolare - semplificando - i lefebvriani nutrono perplessità ovvero più drasticamente non accettano alcune acquisizioni del Concilio Vaticano II, quali quelle afferenti la liturgia del *Novus Ordo*, il rapporto tra magistero e *Traditio*, l'ecumenismo, il dialogo interreligioso e la stessa libertà religiosa,

cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Decretum Dominus Marcellus Lefebvre quo declaratur d. num Marcellum Lefebvre in excommunicationem latae sententiae incurrisse*, 1° luglio 1988, in *L'osservatore romano*, 3 luglio 1988, p. 1 (e in *Communicationes*, XX [1988], p. 166; cfr. anche la *Nota informativa dei 30 iunii in diurnario*, *ivi*, p. 4). Come ricordato le sanzioni sono state rimosse con il già citato Decreto della medesima Congregazione del 21 gennaio 2009. L'azione costituì un atto *suapte natura* scismatico (can. 751) di per sé riguardante anche il can. 1364 § 1. Sul punto, sul quale non ci soffermiamo, c'è stata altresì una nota esplicativa del PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Sulla scomunica per scisma in cui incorrono gli aderenti al movimento del Vescovo Marcel Lefebvre*, *ivi*, XXIX (1997), pp. 239-243. Si afferma comunemente che la Fraternità suddetta si trova in situazione di scisma non dichiarato formalmente, di scisma *in fieri* (cfr. la sentenza della Rota romana *coram* De Angelis dell'8 luglio 2009, sulla quale si veda il commento di PHILIPPE TOXÉ, in *L'année canonique*, LIII [2011], p. 417 ss.).

⁸ BENEDETTO XVI, *Lettera del Santo Padre ai vescovi della Chiesa cattolica riguardo alla remissione della scomunica dei 4 vescovi consacrati dall'arcivescovo Lefebvre*, 10 marzo 2009, in *Il regno. Documenti*, LIV (2009), p. 193 (consultabile anche in rete all'indirizzo www.vatican.va).

⁹ Si ricordi il pandemonio suscitato dalle deliranti dichiarazioni di uno dei vescovi a cui era stata rimessa la scomunica, Richard Williamson, il quale tra l'altro negava l'olocausto: ci siamo occupati di tale vicenda e delle sue ripercussioni in GERALDINA BONI, ANDREA ZANOTTI, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del terzo millennio?*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 9 ss.

¹⁰ Cfr. BENEDETTO XVI, *Lettera del Santo Padre ai vescovi della Chiesa cattolica riguardo alla remissione della scomunica dei 4 vescovi consacrati dall'arcivescovo Lefebvre*, 10 marzo 2009, cit., p. 193.

¹¹ Cfr. BENEDETTO XVI, *Littera Apostolica Motu Proprio data Ecclesiae unitatem*, 2 luglio 2009, in *Acta Apostolicae Sedis*, CI (2009), pp. 710-711 (consultabile anche sul sito ufficiale della Santa Sede).

ovvero le relazioni tra Chiesa e Stato: ma non vi è, da parte loro, negazione pervicace di dogmi o verità di fede¹².

Non è questa la sede per trattarsi in generale sul recepimento, sull'adesione dovuta al magistero conciliare e sul grado di quest'ultima, nonché sulla retta interpretazione degli insegnamenti del Vaticano II¹³; né per inoltrarsi nelle dispute dottrinali coi lefebvriani, sulle convergenze e divaricazioni, sulla lettura controversa dei documenti conciliari, anzi *rectius* sovente del presunto 'spirito' di un fantomatico 'paraconcilio'¹⁴, che sono alla base dello 'strappo' ovvero del suo progressivo irrigidimento; e neppure per ripercorrere pazientemente l'itinerario accidentato dei colloqui, avviati invero già nel 2000 da Papa Wojtyła, in cui ripetutamente è balenata la speranza di un'imminente conclusione soddisfacente per tutti, speranza poi invece amaramente delusa e sfumata. Intendiamo invece soffermarci sulla configurazione giuridica che sembrerebbe più adeguata per definire la corretta strutturazione canonica della Fraternità Sacerdotale San Pio X, in grado di tutelarne e promuoverne la specificità. Effettivamente, come risalta da quanto appena sinteticamente illustrato, questo «rivestimento canonico»¹⁵ può forse mostrarsi come un aspetto secondario, poiché parrebbe patente che, una volta felicemente superato lo scoglio delle divergenze teologiche, ecclesiologiche, pastorali, una soluzione giuridica opportuna potrà essere individuata senza soverchie difficoltà. Ma se certo «Il fatto che la Fraternità San Pio X non possieda una posizione canonica nella Chiesa non si basa in fin dei conti su ragioni disciplinari ma dottrinali»¹⁶, nondimeno - come accennato - «Finché la Fraternità non ha una posizione canonica nella Chiesa, anche i suoi ministri non esercitano ministeri legittimi nella Chiesa»¹⁷ con esiziali conseguenze sulla *salus animarum* dei *christifideles* che ad essi si rivolgono: si pone dunque come traguardo importante addivenire il più celermente possibile ad una sistemazione giuridica conveniente di tale realtà

¹² Cfr. la citata intervista di LUCA MARCOLIVIO per conto dell'*Agenzia Zenit* con Mons. GUIDO POZZO, Segretario della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei*, *A che punto è il dialogo con i lefebvriani?*, cit.

¹³ Una sintesi molto chiara quella di FERNANDO OCÁRIZ, *Sull'adesione al Concilio Vaticano II*, in *L'osservatore romano*, 2 dicembre 2011, p. 6.

¹⁴ Cfr. la citata intervista a Mons. GUIDO POZZO, *A che punto è il dialogo con i lefebvriani?*, di LUCA MARCOLIVIO.

¹⁵ Sono parole di GUIDO POZZO nell'intervista di LUCA MARCOLIVIO, *A che punto è il dialogo con i lefebvriani?*, cit.

¹⁶ BENEDETTO XVI, *Lettera del Santo Padre ai vescovi della Chiesa cattolica riguardo alla remissione della scomunica dei 4 vescovi consacrati dall'arcivescovo Lefebvre*, 10 marzo 2009, cit., p. 194.

¹⁷ BENEDETTO XVI, *Lettera del Santo Padre ai vescovi della Chiesa cattolica riguardo alla remissione della scomunica dei 4 vescovi consacrati dall'arcivescovo Lefebvre*, 10 marzo 2009, cit., p. 194.

ecclesiale nell'ordinamento canonico che le permetta di mantenere la sua identità ed insieme di svilupparsi armoniosamente contribuendo al *commune bonum Ecclesiae*. D'altronde, come ha reiteratamente rimarcato Mons. Guido Pozzo, «il riconoscimento da parte della Santa Sede è condizione essenziale perché un'opera cattolica sia nella piena comunione ecclesiastica, conforme al diritto. Non c'è il riconoscimento canonico, stiamo lavorando perché avvenga: ma il riconoscimento canonico non è un fatto notarile, è condizione essenziale»¹⁸.

Papa Francesco ha ripreso con slancio lo sforzo del predecessore; anzi il suo, almeno apparente, 'minore rigore' sulle questioni teologiche e la 'maggiore duttilità' palesata sulle divergenze dottrinali, nonché la più volte energicamente professata apertura ad un accentuato pluralismo dei carismi *in Ecclesia*, se da una parte hanno suscitato ardenti (forse esagerate) aspettative tra i lefebvriani, dall'altra paiono avere orientato in maniera differente il tragitto volto a ricomporre la rottura: ora, secondo le indiscrezioni che sono circolate più o meno 'ufficiosamente' sugli organi di stampa, la 'dichiarazione dottrinale' a cui i seguaci di Mons. Lefebvre dovrebbero aderire sarebbe, per così dire, meno esigente, 'più *light*', rispetto a quella offerta sotto il pontificato di Benedetto XVI, e dunque non rappresenterebbe più un'invalicabile pietra d'inciampo¹⁹. Il recente avvicendamento intervenuto all'apice della Congregazione per la dottrina delle fedi potrebbe accelerare ancor più il processo di avvicinamento²⁰: processo che invero Papa Bergoglio ha già però nel trascorso triennio fortemente incalzato con una serie di provvedimenti estremamente significativi²¹, rivelatori della sua benevola

¹⁸ Cfr. MARIE DUHAMEL, *Mons. Pozzo: il dialogo con la Fraternità San Pio X va avanti*, 1° luglio 2016, pubblicato *online* su *Radio vaticana*.

¹⁹ Cfr. l'intervista nel corso della trasmissione *Terres de mission* mandata in onda il 29 gennaio 2017 dalla *TV Libertes* Mons. BERNARD FELLAY, Superiore Generale della Fraternità, dichiarava che mancava solo le *tampon*, il timbro finale all'accordo con la Santa Sede. E Mons. GUIDO POZZO negli stessi giorni confermava a giornalisti che la tappa della piena comunione con i lefebvriani si era notevolmente avvicinata: «In questo momento stiamo lavorando per il perfezionamento di alcuni aspetti della figura canonica che sarà la Prelatura personale» (ANDREA TORNIELLI, *Fraternità San Pio X, riconciliazione sempre più vicina*, 30 gennaio 2017, consultabile *online* in *Vatican Insider Vaticano*).

²⁰ La Fraternità San Pio X ha diffuso *online* il contenuto di una lettera del 6 giugno 2017 che il cardinal Gerhard Müller le avrebbe inviato con indicazioni assai più rigorose rispetto a quelle di periodi (anche recenti) in cui le 'richieste dottrinali' parevano più 'blande' e comunque rispetto alla posizione di cui si è sempre dimostrato portatore Mons. Guido Pozzo; si veda, ad esempio, quanto quest'ultimo dichiarava nell'intervista dell'aprile 2016 riportata da vari mezzi di comunicazione e dopo l'incontro tra Papa Francesco e Mons. Bernard Fellay (cfr. LUCA MARCOLIVIO, *Lefebvriani: adesione a Professione di Fede e magistero della Chiesa punti fermi per riconoscimento canonico*, 8 aprile 2016, nel periodico *online Zenit. Il mondo visto da Roma*).

²¹ Da ricordare che il 17 marzo 2015 il governo argentino ha riconosciuto la Fraternità Sacerdotale degli Apostoli di Gesù e di Maria (nome della Fraternità San Pio X in Argentina) come persona

disponibilità nei confronti di questi cristiani cattolici ‘dissidenti’²², i quali, dal canto loro, hanno naturalmente accolto assai favorevolmente tali gesti di paterna sollecitudine.

Così la prima eloquente apertura è avvenuta in occasione dell’indizione del Giubileo straordinario²³, con un provvedimento secondo il quale «quantunque durante l’Anno Santo della Misericordia si accosteranno per celebrare il Sacramento della Riconciliazione presso i sacerdoti della Fraternità San Pio X, riceveranno validamente e lecitamente l’assoluzione dei loro peccati»²⁴; poi, con la Lettera Apostolica *Misericordia et misera* del 20 novembre 2016, emessa a conclusione del Giubileo medesimo, tale ‘facoltà’ dei suddetti sacerdoti è stata estesa *sine die* «oltre il periodo giubilare, fino a nuove disposizioni in proposito»²⁵. Un altro intervento ha riguardato il matrimonio, quindi sicuramente eccedendo il foro interno: con Lettera della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei* ai presuli delle Conferenze Episcopali interessate del 27 marzo 2017 si comunica che il Santo Padre ha «deciso di autorizzare i Rev.mi Ordinari del luogo perché possano concedere anche licenze per la celebrazione di matrimoni dei fedeli che seguono l’attività pastorale della Fraternità» a sacerdoti della medesima secondo certe modalità di seguito delineate²⁶. Anche in questo caso si ribadisce «l’oggettiva persistenza per

giuridica in quanto associazione di diritto diocesano cattolica su espressa richiesta del vescovo di Buenos Aires Mario Aurelio Poli, il quale ha dichiarato che essa è stata eretta nella sua diocesi come associazione di diritto diocesano a norma del can. 298 del *Codex Iuris Canonici* in attesa di essere riconosciuta come società di vita apostolica. Inoltre il 5 giugno 2015 la Congregazione per la dottrina della fede ha accordato a Mons. Bernard Fellay, in qualità di Superiore Generale, i poteri di giudice di prima istanza in un processo canonico nei confronti di un sacerdote della Fraternità stessa.

²² Cfr. FABIO ADERNÒ, *Confessioni valide e lecite. Il Papa e la Fraternità S. Pio X*, 5 settembre 2015, pubblicato online nel sito *Chiesa e post concilio*.

²³ Tale Giubileo straordinario ha avuto inizio l’8 dicembre 2015 e si è concluso il 20 novembre 2016.

²⁴ Cfr. FRANCESCO, *Lettera del Santo Padre con la quale si concede l’indulgenza in occasione del Giubileo Straordinario della Misericordia*, 1° settembre 2015, in *L’osservatore romano*, 2 settembre 2015, p. 8 (leggibile anche online all’indirizzo www.vatican.va: la Lettera è indirizzata a Mons. Rino Fisichella, Presidente del Pontificio Consiglio per la nuova evangelizzazione). Invero, come fa notare BENEDICT NGUYEN, *Pope Francis’ year of merci indulgence raises canonical questions*, pubblicato online il 3 settembre 2015 sulla testata del *National Catholic Register*, vi sono varie ambiguità dal punto di vista giuridico, anzitutto sul preciso valore canonico di questa lettera in qualche modo ‘irrituale’ (traduzione italiana di LORENZO DA PRA GALANTI pubblicata sul blog *Settimo Cielo* di SANDRO MAGISTER il 4 settembre 2015). Sulle disposizioni pontificie cfr. anche il commento critico di PHILIPPE TOXÉ, *Lettera del Santo Padre Francesco con la quale si concede l’indulgenza in occasione del Giubileo Straordinario della Misericordia. Présentation et commentaire*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXXX (2015), p. 607 ss.

²⁵ Cfr. FRANCESCO, *Lettera Apostolica a chiusura del Giubileo Straordinario Misericordia et misera*, 20 novembre 2016, in *L’osservatore romano*, 21-22 novembre 2016, pp. 8-10.

²⁶ Cfr. *Lettera della Pontificia Commissione «Ecclesia Dei» ai presuli delle Conferenze Episcopali interessate circa la licenza per la celebrazione di matrimoni dei fedeli della Fraternità San Pio X*, 27

ora della situazione canonica di illegittimità in cui versa» quest'ultima, ma si esprime la persuasione che la suddetta autorizzazione, intesa anch'essa a rimuovere disagi di coscienza dei fedeli, possa affrettare il cammino verso la definitiva regolarizzazione istituzionale. È chiaro, dunque, da questo complesso di 'concessioni' notevolmente generose – per quanto, non va nascosto, canonicamente 'anomale'²⁷ – come il Pontefice argentino nutra la ferma volontà di far presto approdare i lefebvriani alla piena comunione con Roma, o almeno nutra fino a pochi mesi or sono: infatti la recentissima firma di Mons. Bernard Fellay, Superiore generale della Fraternità San Pio X, apposta alla cosiddetta *Correctio filialis de haeresibus propagatis*, una lettera divulgata *online* il 24 settembre 2017 da alcuni cattolici²⁸ in cui si impetra il Papa di condannare alcune proposizioni eretiche che nell'Esortazione Apostolica *Amoris laetitia*²⁹ e con contegni successivi gli si imputa di avere difeso, potrebbe ostruire le trattative, sospendendo se non bloccando gli incontri.

In attesa di eventi a tutt'oggi imponderabili, a noi dal punto di vista giuridico interessa additare che, come già segnatamente soprattutto agli esordi del secondo decennio del nuovo millennio allorquando circolavano notizie di un'imminente positiva conclusione delle 'negoziazioni'³⁰, la qualificazione della Fraternità quale prelatura personale sembra l'ipotesi – prefigurata, pare, dallo stesso Papa Ratzinger³¹ – su cui, da una parte, convergono

marzo 2017, leggibile sul sito della Santa Sede (www.vatican.va).

²⁷ Cfr. quanto ha dichiarato, in occasione di una conferenza sulla liturgia svoltasi a Medford nell'Oregon (USA) il 15 luglio 2017, il cardinale RAYMOND L. BURKE (si veda la registrazione originale consultabile *online* nel blog *akaCatholic*).

²⁸ Cfr. www.correctiofilialis.org. Si tratta di una lettera firmata da vari sacerdoti e studiosi cattolici che era stata già spedita al Papa l'11 agosto 2017 non ricevendo alcuna risposta. Si veda quanto ha dichiarato, in un'intervista concessa a *FSSPX. Actualité*, Mons. BERNARD FELLAY (cfr. la traduzione italiana *Perché ho firmato la Correctio filialis*, leggibile *online* sul sito *Chiesa e post Concilio*).

²⁹ Cfr. FRANCESCO, Esortazione Apostolica postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVIII (2016), pp. 311-446.

³⁰ Si veda in particolare il comunicato della Sala Stampa della Santa Sede del 14 giugno 2012 sull'*Incontro tra il Prefetto della Congregazione per la dottrina della fede e il Superiore Generale della Fraternità Sacerdotale San Pio X*, consultabile *online* all'indirizzo www.vatican.va.

³¹ Cfr. EDUARDO BAURA, *Le radici conciliari delle prelature personali*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, I, a cura di GERALDINA BONI, ERMINIA CAMASSA, PAOLO CAVANA, PASQUALE LILLO, VINCENZO TURCHI, Giappichelli, Torino, 2014, p. 53, nota 51, il quale scrive: «tutto fa pensare che l'idea delle comunità di fedeli che continuano ad appartenere alle loro rispettive diocesi, istituite dalla Santa Sede sotto la guida pastorale di un prelado, fosse presente nella mente di Benedetto XVI allorché propose l'erezione di una prelatura personale per l'attenzione di fedeli tradizionalisti intenzionati a tornare alla piena comunione, come si rese noto il 14 settembre 2011»; un'idea quindi di prelatura personale corrispondente a quella che si vince dal n. 16 della Lettera *Communio in notio*, diversa da quella che Joseph Ratzinger espresse nella nota Plenaria del 1981 durante i lavori

i membri della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei*³² e che, dall'altra, non sarebbe sgradita ai lefebvriani³³. Anche se va rilevato incidentalmente - pur senza inoltrarsi in un'analisi che postulerebbe ben altra trattazione - che le massicce 'porzioni' di giurisdizione³⁴ recentemente accordate alla Fraternità San Pio X per volontà di Bergoglio, decisamente ampie e di notevole portata, anzi con limitazioni 'vaghe' e pertanto potenzialmente espansibili *ad libitum*, addirittura, taluno ha eccepito, ben maggiori, di quelle di cui godono, ad esempio 'congregazioni religiose' ovvero di cui potrebbe godere la stessa prelatura personale³⁵, rischiano di rendere assai meno appetibile e indilazionabile quella definitiva 'sistemazione giuridica' che sino a poco tempo fa era l'unica via per consentire alla medesima Fraternità di operare proficuamente, del tutto validamente e lecitamente, per i propri adepti.

Tuttavia, proprio alcuni difetti e imprecisioni redazionali, che la dottrina giuridica ha puntualmente enumerato nella stesura dei documenti e che potrebbero generare interrogativi e creare qualche intoppo in futuro - i quali

preparatori della vigente codificazione: senza volere qui anticipare, rinviamo al proposito a quanto osserveremo in seguito. Dell'ipotesi della prelatura personale si era invero discusso anche precedentemente: cfr., ad esempio, GAETANO LO CASTRO, *Verso un riconoscimento della Chiesa anglicana come prelatura personale? Commento ad una proposta di Graham Leonard*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993/1, pp. 219-227, che contestava la proposta avanzata dal vescovo anglicano (di Londra dal 1981 al 1991) di cui al titolo del saggio in un articolo intitolato *How to leave the Church of England* e pubblicato sul *Times* del 20 novembre 1992.

³² Cfr. l'intervista rilasciata da Mons. GUIDO POZZO alla rivista francese *Famille chrétienne* nell'ottobre 2014, tradotta in italiano e riportata da molte testate *online* (si veda, ad esempio, FABRIZIO ANSELMO, *Cosa bolle in pentola tra Vaticano e tradizionalisti*, in *Formiche.net*).

³³ Molto significativa in questo senso la lettera indirizzata da Mons. BERNARD FELLAY e dai membri del Consiglio generale della Fraternità agli altri tre vescovi della Fraternità medesima, datata 14 aprile 2012 e diffusa *online* (cfr. *Riposte-catholique. La réinformation catholique au quotidien*: <http://www.riposte-catholique.fr>); cfr. anche *l'Intervista di Mons. Bernard Fellay sullo stato attuale delle relazioni della Fraternità San Pio X con Roma*, pubblicata il 7 giugno 2012 sulla pagina ufficiale del Distretto italiano della Fraternità Sacerdotale San Pio X.

³⁴ Ricordiamo che la Fraternità San Pio X ha sempre ritenuto di avere giurisdizione *ratione status necessitatis* ed in forza di principi come «lex positiva non obligat cum gravi incommodo» (quest'ultimo consisterebbe nell'adesione formale a determinati principi teologici e dottrinali considerati in contrasto con la Tradizione della Chiesa e pertanto non seguibili in coscienza): per una sintesi delle argomentazioni che si adducevano e si adducono cfr. FABIO ADERNÒ, *Confessioni valide e lecite. Il Papa e la Fraternità S. Pio X*, cit.

³⁵ Si veda quanto illustra FABIO ADERNÒ, *Misericordia et...veritas. Commento giuridico-pastorale circa alcuni contenuti della Lettera Apostolica a conclusione del Giubileo Straordinario*, 25 novembre 2016, pubblicato in rete sul sito *Chiesa e post concilio*. Riguardo alle disposizioni in materia matrimoniale cfr. ancora le riflessioni dello stesso Autore, *Bocconi di giurisdizione*, 30 aprile 2017, pubblicato *online* sullo stesso sito; Adernò pone alcuni quesiti giuridici nascenti dalla terminologia adoperata nella lettera: anzitutto se si tratta della 'concessione di una facoltà' o di una 'delega' ovvero ancora di una 'licenza', e quali ne sono i termini esatti (titolari del potere, destinatari); interrogativi insorgono poi anche in ordine alla 'celebrazione della Santa Messa' e al luogo della celebrazione delle nozze; incertezze regnano pure sui fedeli che potranno fruirne e a quali condizioni.

pure in questa sede non possiamo che tralasciare -, ci auguriamo inducano a procedere nella direzione di un compiuto inquadramento canonistico entro il quale i conferimenti di facoltà sinora elargiti possano idoneamente e più sintonicamente iscriversi: appunto la prelatura personale, ipotesi che così non perde il suo protagonismo. D'altro canto, come è stato acutamente osservato per il primo dei provvedimenti bergogliani, ma con rilievo che può essere riprodotto altresì per il successivi, la terminologia tecnicamente fumosa, 'informale', si è chiosato, se non proprio scorretta adoperata nei testi pontifici non sarebbe esito di mera imperizia, ma risponderebbe scientemente ad un meditato scopo: «la manière de s'exprimer de la lettre évite cette terminologie peut-être parce que justement, elle ne veut pas que l'on en tire trop vite des déductions plus générales sur la situation canonique de la FSPX ou sur des questions canoniques non encore clarifiées»³⁶. Dunque filtra un certo *habitus* temporaneo ed avventizio che fa presentare uno sbocco finale di maggiore durevolezza.

E comunque, al di là dell'avvenuta risoluzione di alcune criticità a favore della tranquillità di coscienza dei fedeli più graniticamente legati alla tradizione, rimane il nodo avviluppato di un affastellarsi di *quaestiones*, come quella anzitutto delle ordinazioni sacerdotali³⁷: affinché tutti gli atti sacramentali, e quindi non solo riconciliazione, unzione degli infermi e matrimonio, oltre che validi siano anche leciti³⁸ è necessario pervenire ad un'appropriata 'vertebrazione' canonistica, entro la quale, poi, rinverrebbero un più congruo regime complessivo anche gli atti sacramentali sinora segmentariamente lambiti. Infatti, senza avventurarsi qui nella *querelle* afferente alla precisa identificazione dello spettro delle 'facoltà' 'cedute' volta a volta con atti parziali, certamente però si può asserire che solo una veste giuridica definita e non interinale tramuterebbe tali elargizioni graziose di 'frazioni di giurisdizione' revocabili e restringibili discrezionalmente dal romano Pontefice in qualsiasi momento in veri e propri diritti di cui i membri

³⁶ PHILIPPE TOXÉ, *Lettera del Santo Padre Francesco con la quale si concede l'indulgenza in occasione del Giubileo Straordinario della Misericordia. Présentation et commentaire*, cit., p. 621.

³⁷ Come ha recentemente puntualizzato GUIDO POZZO nel corso di un'intervista, «La Santa sede [...] permette talora le ordinazioni sacerdotali della Fraternità San Pio X, pur continuando a ritenerle valide ma non lecite, previa comunicazione dei nomi degli ordinandi al vescovo del luogo» (ANDREA TORNIELLI, *Fraternità San Pio X, riconciliazione sempre più vicina*, cit.).

³⁸ Per una trattazione della situazione anteriore agli ultimi provvedimenti di Papa Francesco cfr. PEDRO MARÍA REYES VIZCAÍNO, *Relevancia canónica de los sacramentos y actos jurídicos realizados por sacerdotes de la Fraternidad Sacerdotal de San Pio X*, in *Forum canonicum*, X (2015), 2, p. 73 ss. Specificamente sui problemi relativi al matrimonio cfr. PHILIPPE TOXÉ, *La validité des mariages célébrés devant des prêtres traditionalistes qui ne sont pas en communion avec l'Église catholique*, in *Revue d'éthique et de théologie morale «Le Supplément»*, n. 225, giugno 2003, p. 211 ss.

della Fraternità San Pio X, pastori e fedeli, sarebbero appieno titolari. Il permanere nella situazione di irregolarità perpetua la debolezza e gracilità di disposizioni produttrici sicuramente di effetti benefici sulla vita spirituale di questi cattolici e tuttavia gravate e in qualche modo offuscate dalla carenza di un fondamento oggettivo ancorato ad uno statuto giuridico soddisfacente, solido e permanente.

A sostegno della «fórmula jurídica» prelatura personale si è dichiarato anche *expressis verbis* Mons. Juan Ignacio Arrieta, segretario del Pontificio Consiglio per i testi legislativi: una figura, sottolinea il canonista, che oltre trent'anni or sono, quando venne eretta l'unica prelatura a tutt'oggi esistente, l'*Opus Dei*, era novità pressoché sconosciuta e che pure dovrebbe avviarsi, come ad esempio è successo anche per le Conferenze Episcopali, a diffondersi e divenire 'normale'. Arrieta delinea la cornice di riferimento entro cui si inscriverebbe: in particolare essa farebbe parte di «un género común, diverso teológicamente de las Iglesias particulares. La gran diferencia está entre las comunidades cristianas que son Iglesias particulares, como las diócesis, y las estructuras o comunidades jerárquicas personales que se crean para objetivos pastorales específicos, como la atención de los militares o de los anglicanos. El punto diferencial lo marca la incorporación por el bautismo. En todas estas estructuras personales se entra y se sale por acto de voluntad del sujeto; en ningún caso se forma parte de ellas como efecto de la gracia sacramental, como sucede en las diócesis y demás Iglesias particulares»³⁹.

Come risaputo e come di seguito assoderemo ulteriormente, ad oggi esiste una sola prelatura personale, l'*Opus Dei*, poiché, dopo la sua erezione pressoché coeva alla promulgazione della codificazione vigente per la Chiesa latina, i canoni immessi nel *Codex Iuris Canonici* (CIC) ed afferenti a questo istituto (cann. 294-297 - esso, invece, non è regolato nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* [CCEO]⁴⁰ -) hanno 'languito' disapplicati: ciò che pare davvero - come tenteremo di dimostrare - una *chance* miopemente spreca. Certamente, pur all'interno di un' 'intelaiatura giuridica' concordante che ricomprenderebbe i pilastri portanti di tale figura, l'*Opus Dei* e la Fraternità San Pio X sono e rimarrebbero realtà assai diverse: così «Ambas están formadas por un prelado, su presbiterio y los fieles, pero en la que podría crearse ahora, la jurisdicción del prelado, que recaería también sobre

³⁹ Intervista a JUAN IGNACIO ARRIETA, "Una prelatura recoge las necesidades que tiene hoy la FSSSPX", in *Vida nueva*, n. 2810, 21 luglio 2012, consultabile *online*.

⁴⁰ D'altronde in questa disamina non ci occupiamo della disciplina vigente nelle Chiese cattoliche orientali.

algunas comunidades religiosas y sobre los fieles, tendrá que incluir una jurisdicción respecto a la administración de los sacramentos. En el Opus Dei, la jurisdicción del prelado es solo sobre la formación que se recibe»⁴¹. Del resto, anche salientemente differenti possono essere le peculiari necessità pastorali che si prevede potranno esortare la Santa Sede all'erezione di altre prelature, consacrando questa diversità nei rispettivi statuti. D'altronde la prelatura personale è stata deliberatamente concepita nel XX secolo quale strumento di grande 'fluidità' e 'poliedricità' in senso costruttivo: uno strumento tale, cioè, da adattarsi agilmente alla gamma multiforme delle esigenze ecclesiali volta a volta affacciandosi nella società contemporanea. Dunque l'occasione di questa ventilata eventualità per la Fraternità San Pio X al fine di verificarne l'effettiva adeguatezza ci ha sospinti ad interrogarci se tale figura davvero meriti di essere insabbiata e derelitta ovvero abbia dinanzi a sé un avvenire ancora radioso. E questo ci porta anzitutto a cimentarci, sia pur in modo cursorio, col variegato e ricco panorama delle circoscrizioni ecclesiastiche solo sommariamente accennato nell'appena citata intervista da Mons. Arrieta, segnatamente alla ricerca delle *rationes* alla base di ognuna nella sua particolarità.

2. *Chiese particolari e circoscrizioni ecclesiastiche. L'ottavo dei principia quae pro Codicis Iuris Canonici recognitione proponuntur a Synodo Episcoporum approbantur: territorialità e personalità. Le diocesi personali, gli ordinariati latini per i fedeli di rito orientale e segnatamente gli ordinariati militari*

Il Concilio Vaticano II collocò quale perno della 'rinverdita' ecclesio-logia cattolica novecentesca, insieme alla Chiesa universale, il concetto di Chiesa particolare, il quale invero non poteva vantare una vera e propria tradizione canonistica⁴²: ma non si dedicò a quest'ultima un'esplicazione monografica, costellando i testi votati dai Padri conciliari di riferimenti frammentari e rapsodici⁴³. Un concetto, inoltre, preminentemente teologico, sia pur declinato altresì nell'ambito giuridico. Nel *Codex Iuris Canonici*

⁴¹ Intervista a JUAN IGNACIO ARRIETA, "Una prelatura recoge las necesidades que tiene hoy la FSSSPX", cit.

⁴² Cfr. GAETANO LO CASTRO, *Le prelature personali nell'esperienza giuridica e nel dibattito dottrinale dell'ultimo decennio*, in *Il diritto ecclesiastico*, CX (1999), I, p. 117.

⁴³ Cfr. ARTURO CATTANEO, *Iglesia particular*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, IV, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 386 ss.

è peraltro arduo reperire un criterio discretivo categorico per sceverare la Chiesa particolare, che è *imprimis* la diocesi, secondo il can. 368: nel senso di un criterio sicuro sul quale si attragga il consenso unanime degli Autori, che infatti pervengono a classificazioni non del tutto equipollenti⁴⁴. Per tale canone, le Chiese particolari, *in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica existit*, sono innanzitutto le diocesi, alle quali, se non consta altro, vengono *assimilate* la prelatura territoriale e l'abbazia territoriale, il vicariato apostolico e la prefettura apostolica e altresì («necnon») l'amministrazione apostolica eretta stabilmente. Non intendiamo ora neppure fugacemente immergerci nelle profondità del nesso teologico-giuridico tra Chiesa universale e Chiesa particolare e neppure della *substantia*, sempre teologico-giuridica, di quest'ultima, rinviando al magistero e alla cospicua letteratura al riguardo; e neppure possiamo indugiare su cosa adombri e sottenda l'«assimilantur» di cui al precetto codiciale citato. D'altronde siamo dell'avviso che tali problematiche, appunto gremite di implicazioni teologiche, siano teoreticamente e accademicamente assai allettanti, ma senza ripercussioni troppo pervasive sul piano prosaicamente pratico (che è quello qui principalmente perlustrato)⁴⁵: sia quanto alla concettualizzazione di Chiesa particolare sia quanto all'«assimilazione» ovvero all'«equiparazione» (concetto non identico) alla diocesi, in cui più volte incorreremo nel corso dell'esposizione. Proprio riguardo a queste ultime «operazioni» intellettuali ed ermeneutiche, peraltro, una perspicace dottrina ne ha mostrato la notevole capacità di decifrazione euristica se ben comprese però e non rinserrate in palinsesti paralizzanti, al fondo avulsi dalla realtà da normare: nel senso che, affrancandosi dai laciuoli di un tossico giuspositivismo, ogni «eguaglianza giuridica», per essere giusta, «si dovrà sempre fondare su una reale uguaglianza esistente con anteriorità alla norma»⁴⁶ che è *ratio* della prima, lasciando intatte, visto che non

⁴⁴ Cfr., ad esempio, ANTONIO VIANA, *Organización del gobierno en la Iglesia según el derecho canónico latino*, Eunsa, Pamplona, 1997², p. 126 ss.; *Id.*, *Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 268 ss.; JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, in *Ius Ecclesiae*, VI (1994), p. 3 ss.; *Id.*, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 347 ss.; NATALE LODA, *Le missioni e l'evangelizzazione nel contesto organizzativo ecclesiastico territoriale e personale: l'enclave delle Chiese cattoliche orientali*, in *Commentarium pro religiosis et missionariis*, LXXXI (2000), pp. 355-376; FRANCISCO J. RAMOS, *La delimitazione delle Chiese particolari*, in *Angelicum*, LXX (2000), pp. 299-336; PÉTER ERDŐ, *La coesistenza delle diverse Chiese particolari e "sui iuris" nello stesso territorio nel quadro della piena comunione*, in *Periodica*, XCI (2002), pp. 63-85; ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, in *Ius Ecclesiae*, CVI (2003), p. 3 ss.

⁴⁵ Si vedano le considerazioni generali EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati militari dalla prospettiva della «communio ecclesiarum»*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, XXVI (2011) (anche in *Fidelium iura*, VI [1996], pp. 337-365), p. 15.

⁴⁶ CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in *Ius*

si tratta di identità, le differenze effettive a volte giuridicamente consistenti; l'operazione analogica deve rifuggire cioè l'astrattismo di ogni meccanico livellamento che può ingenerare confusione, ma va sapientemente dosata nonché vigilmente centellinata.

Certamente, invece, «nei canoni 368 e seguenti del codice latino non è dato ritrovare una piena giustificazione delle differenze esistenti tra i vari istituti, né delle caratteristiche giuridiche e strutturali proprie a ciascuno di loro»⁴⁷; e altrettanto certamente non sono solo quelle inventariate nei suddetti canoni le circoscrizioni ecclesiastiche, definizione onnicomprensiva oramai pressoché unanimemente accettata dalla scienza giuridica e in uso negli stessi documenti ufficiali⁴⁸, in cui si articola gerarchicamente la *compago* ecclesiale⁴⁹. D'altro canto «le forme non diocesane che strutturano la comunità ecclesiale sono sorte dall'esigenza di introdurre [...] correzioni al modello diocesano; cioè, hanno come origine le necessarie modificazioni strutturali che si dovevano apportare in tali organismi per adeguarsi a situazioni pastorali differenti da quelle diocesane: sono, in ultima analisi, forme giuridiche derivate non da artificiali costruzioni del legislatore canonico, bensì dalle concrete realtà pastorali in cui versano molte comunità cristiane, e dalla necessità di organizzarle in modo proporzionato alle loro reali condizioni, nonché alle possibilità organizzative che possiede la Chiesa in termini complessivi»⁵⁰. Esse sono promanate e diuturnamente si diramano non da superflue e artefatte elucubrazioni nominali/nominaliste, ma dalle impellenze pastorali 'empiriche' volta a volta emergenti che sospingono a delimitare in un modo piuttosto che in un altro le strutture comunitarie in cui si uniscono raggruppamenti di fedeli sottomessi alla competente gerarchia, nell'assemblarsi pertanto di pastore, presbiterio e popolo: dunque i criteri che le reggono sono quelli squadernati e centinati dalla realtà ecclesiale nella sua perenne parabola evolutiva in ogni *hic et nunc*.

La dottrina ha tracciato a scopi chiarificatori una serie di suddivisioni delle circoscrizioni ecclesiastiche, fra le quali quella che qui preme per il tema considerato - ed altresì quella in qualche modo preliminare, almeno

Ecclesiae, IV (1992), p. 219; cfr. anche *Id.*, *Ancora sull'equiparazione in diritto canonico: il caso delle prelature personali*, *ivi*, V (1993), p. 215-224. Rinviamo a quanto argomenteremo.

⁴⁷ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 6.

⁴⁸ Cfr., per tutti, la trattazione di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Circunscripción eclesiástica*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 95 ss.

⁴⁹ La disciplina orientale di questa materia è notevolmente diversa: ma non ce ne occupiamo rinviando alla letteratura specifica.

⁵⁰ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 6.

‘cronologicamente’, per così dire, entro cui poi le altre defluiscono, anche quelle ecclesiologicamente prioritarie - afferisce alle modalità di ‘unificazione’ e ‘compattazione’ del *coetus fidelium*. Anche in questo caso il Concilio Vaticano II ha segnato uno spartiacque, seppure talora oscurato e obliato. Infatti, al riguardo, e soprattutto far data dal medesimo diviene viepiù incontrovertibile la consapevolezza che il territorio, da sempre affatto dominante, debba veder dileguarsi la sua pregressa ‘costitutività’ e ‘consustanzialità’⁵¹ col porsi per converso in primo piano della componente comunitaria⁵² oltre che dell’elemento ministeriale in correlazione a quest’ultima: esso, cioè, da una supremazia incontrastata degrada ad *uno* dei criteri, estrinseci e relativi, ed inoltre tra loro non impermeabili⁵³, di partizione del popolo di Dio, erodendosi il suo pregresso monopolio⁵⁴.

Indispensabile a questo punto il richiamo all’ottavo fra i *principia quae pro Codicis Iuris Canonici recognitione proponuntur a Synodo Episcoporum approbantur* il 7 ottobre 1967, quello tra l’altro che coagulò il maggior numero di *placet*⁵⁵, nel quale si ‘addensavano’ diversi insegnamenti conciliari⁵⁶: in esso si invitava a rivedere il principio della territorialità per la ripartizione

⁵¹ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *I principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, in *Anuario de historia de la Iglesia*, X (2001), p. 203; Id., *Le strutture personali e le finalità pastorali*, in *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di JAVIER CANOSA, Giuffrè, Milano, 2000, p. 563 ss. (segnatamente sulla passata «sopravalutazione dell’elemento territoriale»); nello stesso volume si veda anche ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, *Funzione e limiti del principio di territorialità*, p. 550 ss., sempre sulla non «essenzialità dell’elemento territoriale». Sul tema del rilievo dell’elemento territoriale nella concezione della giurisdizione ecclesiale attraverso l’esame di alcune esperienze storiche (dalle quali altresì emerge «che il territorio “non est de essentia jurisdictionis” e che esso corrisponda piuttosto ai limiti o ai ‘cancelli’ della giurisdizione») cfr. MANLIO MIELE, *Territorialità e personalità della giurisdizione canonica (alcune esperienze storiche)*, in *Le prelature personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, Cedam, Padova, 2002, p. 57 ss. Interessante la distinzione tra ‘localizzazione’ e ‘territorialità’ di GIANFRANCO GHIRLANDA, *Criteri di organizzazione del popolo di Dio e di inserzione delle persone nell’economia della salvezza alla luce del libro II del CIC 1983*, in *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico. Il diritto canonico di fronte al terzo millennio*, cit., p. 113 ss.

⁵² Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, in *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico*, cit., p. 401.

⁵³ Cfr. JAVIER OTADUY, *Territorialidad y personalidad son categorías jurídicas abiertas*, in *Ius canonicum*, XLII (2002), pp. 13-39; si veda anche EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesíasticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, *ivi*, L (2010), p. 170 ss.; e sotto un diverso profilo, quello del «contesto spaziale ed ecclesiologico [...] orientale rapportato a quello latino», NATALE LODA, *Le missioni e l’evangelizzazione nel contesto organizzativo ecclesiastico territoriale e personale: l’enclave delle Chiese cattoliche orientali*, cit., p. 358 ss.

⁵⁴ Per una ricostruzione storica cfr. ANTONIO VIANA, *Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano*, Navarra Gráfica ediciones, Pamplona, 2002.

⁵⁵ Cfr. *Communicationes*, I (1969), p. 100: 162 *placet*, 24 *non placet*, 1 *placet iuxta modum*.

⁵⁶ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le strutture personali e le finalità pastorali*, cit., p. 567 ss.

del governo ecclesiastico sulle comunità in vista del moderno apostolato che raccomandava unità giurisdizionali personali⁵⁷. Tale principio, per quanto abbia fatto il suo ingresso nel *Codex Iuris Canonici* nella compilazione di alcuni canoni (sia pur con qualche fragilità)⁵⁸ e sia estesamente commentato in dottrina, forse non ha ancora sprigionato tutta la sua efficacia rinnovatrice nell'organizzazione della Chiesa⁵⁹ (anche per un groppo di resistenze difficilmente debellabile su cui anche in seguito indugeremo). Infatti, posto che la territorialità perdura e deve perdurare come caposaldo dominante nella 'regia' dell'ordinamento ecclesiale, e del tutto intellegibilmente sul piano non solo teologico, ma storico ed altresì antropologico e sociologico⁶⁰, oltre che come «elemento "di chiusura" del sistema»⁶¹ che copre ogni intercapedine: tuttavia, ferma restando questa regola ordinaria («pro regula», secondo il can. 372 § 1⁶²), il criterio personale stenta a coprire quegli spazi che invece ad esso dovrebbero essere riservati. E questo sia per le comunità 'primarie' o 'originarie' di appartenenza, che sono Chiese particolari (più o meno complete istituzionalmente), ma soprattutto, e fondamentalmente per quanto qui interessa⁶³, per le strutture (o comunità) cosiddette 'complementari'⁶⁴: le quali, pur non essendo Chiese particolari semmai solo 'analoghe' ad esse (con polarità comuni ma incisive differenze)⁶⁵, sono oggi assai diffusamente identificate quali comunità di fedeli strutturate gerarchicamente sulla base della correlazione sacerdozio comune - sacerdozio ministeriale che sono destinate a svolgere peculiari opere pastorali a favore di battezzati cattolici già

⁵⁷ Cfr. *Principia quae pro Codicis Iuris Canonici recognitione proponuntur a Synodo Episcoporum approbantur*, in *Communications*, I (1969), pp. 77-85, p. 84.

⁵⁸ Cfr. quanto commenta in generale GIUSEPPE DALLA TORRE, *I principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, cit., p. 202, quanto all'accoglimento dei principi direttivi.

⁵⁹ Asserisce GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le strutture personali e le finalità pastorali*, cit., p. 570: «La codificazione sembra non cogliere appieno le possibilità racchiuse negli insegnamenti conciliari e le prospettive dischiuse dal n. 8 dei *Principia*».

⁶⁰ Cfr. le annotazioni di GIUSEPPE DALLA TORRE, *La prelatura personale e la pastorale ecclesiale nell'ora presente*, in *Le prelatore personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, cit., pp. 117-118.

⁶¹ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, cit., p. 401.

⁶² Per il can. 107 § 1 a ciascuno sia per il domicilio sia per il quasi domicilio tocca il parroco e l'ordinario proprio; sul punto rinviamo alle spiegazioni di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, cit., p. 406 ss.

⁶³ Secondo ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 35, «Nella determinazione di una Chiesa particolare il principio personale ha dei chiari limiti», spiegando poi i motivi dell'affermazione.

⁶⁴ Cfr. JAVIER HERVADA, *Aspetti della struttura giuridica dell'Opus Dei*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1986), I, p. 430 ss.; *Id.*, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989, *passim*.

⁶⁵ Cfr. ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 16 ss.

appartenenti e che continuano ad appartenere alle Chiese particolari medesime⁶⁶, senza alcun pregiudizio dell'unità di giurisdizione immagine dell'unità della *catholica Ecclesia*. In qualche modo anche proprio la complementarità di tali strutture rispetto alle circoscrizioni originarie⁶⁷ di norma territoriali - la determinazione giuridica delle quali avviene normalmente per mezzo del domicilio che tutti (o quasi) i *christifideles* egualmente e indiscriminatamente hanno, così che non si distingue riguardo a condizioni e forme di vita o di apostolato⁶⁸ - accentua lo spazio spettante al criterio personale, certo residuale, almeno germinalmente, ma che si sta e si potrebbe maggiormente ingrandire, sia in regime ordinario sia per luoghi di missione: una bipartizione, quest'ultima, tralattizia nella Chiesa, ma che sembra sbiadire sempre più in un globo attraversato e scosso da rivolgimenti sociali incessanti quando non traumatici, i quali, come ancora appureremo, paiono allentare sempre più le saldature con la stazionarietà in un territorio. Pertanto un ventaglio di *opportunità* per un miglior governo pastorale è stato inaugurato ed aperto alla prudenza del legislatore ecclesiale che deve farne *congruamente* tesoro⁶⁹: il presentimento conciliare si è rivelato oltremodo azzeccato.

Proprio per lo spunto che ha pungolato la presente esposizione - la ricerca di un inquadramento giuridico adatto per i lefebvriani - non possiamo pertanto esimerci dall'indagare, non esaustivamente ma con riguardo al nostro oggetto, le connessioni non semplici tra le circoscrizioni ecclesiastiche 'classiche', territorialmente 'transennate', e quelle altre invece nelle quali, anche senza attingere la condizione teologica di Chiesa particolare, si esercita in modalità diversificate la potestà di governo su comunità di fedeli adunate mediante requisiti personali: quali il rito, la professione, la nazionalità, lo stato civile, la lingua, i 'costumi', lo *status* latamente inteso (di studente, di straniero...), il coinvolgimento in opere pastorali ovvero l'attrattiva di un

⁶⁶ Per una sintetica illustrazione e citazione della dottrina che si è espressa in questo senso cfr. ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 15 ss.

⁶⁷ Riguardo all'espressione 'strutture complementari' cfr. peraltro quanto rileva EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesísticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 175.

⁶⁸ Cfr. ANTONIO VIANA, *El principio de personalidad en el derecho canónico*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesástico del Estado*, XXVI (2011), p. 3.

⁶⁹ Insiste sulla «oportunidad» e sulla «congruencia» come guida nell'attuazione, riguardo alla concreta organizzazione della giurisdizione, dell'ottavo principio direttivo cui abbiamo accennato sopra JORGE MIRAS, *Organización territorial y personal: fundamentos de la coordinación de los pastores*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesástico del Estado*, XXVI (2011), p. 4 ss. (cfr. anche *Id.*, *Organización territorial y personal: fundamentos de la coordinación de los pastores*, in *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, cit., p. 625 ss.).

carisma⁷⁰. Tale coesistenza «pone ovviamente questioni tecniche di coordinamento pastorale, di interrelazione tra ordinamenti giuridici particolari, di rilevanza giuridica della volontà del fedele, o di semplice organizzazione ottimale. Per quanto concerne gli elementi personali che integrano la rispettiva comunità ecclesiale, le circoscrizioni personali pongono la questione della doppia appartenenza dei fedeli alla struttura personale e a quella del domicilio, così come dell'adeguato coordinamento fra i rispettivi uffici episcopali, configurati rispettivamente con proprie caratteristiche»⁷¹. La concorrenza di giurisdizioni e quindi i rapporti giuridici multipli con esse di alcuni fedeli va perciò ben calibrata nell'eufonica concertazione tra principio territoriale e principio personale, ma anche tra determinazione autoritativa e libertà dei fedeli, altresì attraverso il prisma degli strumenti messi a disposizione dallo *ius canonicum*⁷²: il quale ancora una volta comprova la sua disposizione a 'diritto di servizio'.

La 'campionatura' a nostra disposizione è invero alquanto sparuta, forse anche proprio per quanto appena osservato circa la mancata intercettazione del messaggio conciliare ratificato dal primo Sinodo dei Vescovi in tutta la sua densità. Eppure, anche assai prima del Vaticano II⁷³, s'era invero profilata la pressante necessità di giurisdizioni personali: ad esempio⁷⁴, per

⁷⁰ Cfr. ANTONIO VIANA, *Personalidad [principio de]*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, VI, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 201-202: «Como es obvio, no cualquier circunstancia personal o de grupo justifica la constitución de comunidades jerárquicas personales, sino solamente aquellas con una particular relevancia social y estructural, valorada en cada caso, por la autoridad eclesiástica».

⁷¹ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., pp. 23-24; negli stessi termini *Id.*, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 359.

⁷² Cfr. JORGE MIRAS, *Organización territorial y personal: fundamentos de la coordinación de los pastores*, cit., p. 8 ss., che si sofferma sulla «instrumentación jurídica de la coordinación».

⁷³ Molti ricordano la marcata sensibilità di Pio XII sulla questione relativa alla 'personalità' (e alla territorialità) nell'organizzazione ecclesiastica, testimoniata dai suoi provvedimenti, cui accenneremo in seguito, in ordine alla pastorale dei migranti e marittimi ovvero dei militari; egli aveva elaborato la sua tesi dottorale proprio sul tema: cfr. EUGENIO PACELLI, *La personnalité et la territorialité des lois particulièrement dans le droit canonique*, in *Ephemerides iuris canonici*, I (1945), pp. 5-27. Si veda EDUARDO BAURA, *Le radici conciliari delle prelature personali*, cit., pp. 39-40; *Id.*, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 166 ss. Considera invece il pensiero di Pio XII in contrasto con le acquisizioni del Concilio Vaticano II HERVÉ LEGRAND, *Épiscopat, épiscopè, Église locale et communion des Églises dans la constitution apostolique Anglicanorum coetibus*, in *Cristianesimo nella storia*, XXXII (2011), p. 412, nota 14.

⁷⁴ Cfr. quanto riferisce EDUARDO BAURA, *Le attuali riflessioni della canonistica sulle prelature personali: suggerimenti per un approfondimento realistico*, in *Le prelature personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, cit., p. 20. Baura menziona anche la Missione di Francia che venne eretta come prelatura *nullius* con il territorio di una sola parrocchia (Pontigny), ma «la soluzione della prelatura territoriale non era che una finzione giuridica» (*ivi*, p. 24); ricordando altresì che «Nel 1960 [...] Mons. Escrivá

provvedere ai fedeli di rito orientale in territori di rito latino⁷⁵ si crearono ordinariati apostolici, la prima ‘imbastitura’ dei quali sorse con la Lettera Apostolica *Officium supremi apostolatus* il 15 luglio 1912 per i cattolici di rito ruteno in Canada⁷⁶. Ne sono poi stati eretti, negli anni successivi, altri in Argentina, Austria, Brasile, Francia, Grecia, Polonia, Romania e in Europa Orientale⁷⁷. Gli ordinariati latini per i fedeli cattolici di rito orientale non sono disciplinati né in leggi generali (nel Codice per la Chiesa latina o nel Codice per le Chiese orientali) né in leggi speciali aventi carattere generale, ma di volta in volta nei decreti erettivi della Congregazione per le Chiese orientali⁷⁸, la quale li ‘cala’ nelle rispettive congiunture, sì che non sono rare le discrepanze quanto, sempre *exempli gratia*, alla potestà dell’ordinario ed ai rapporti con l’ordinario locale⁷⁹ o la gerarchia cattolica orientale: tanto che a fatica si compendia uno *standard*, ed anzi si riscontrano varie peculiarità e difformità; tra l’altro di norma non sono circoscrizioni puramente personali, bensì miste, in quanto v’è un elemento personale di base ma si considera anche il domicilio dei fedeli in un determinato paese⁸⁰. Si tratta di esperienze che, se pur ancora vitali a tutt’oggi, sono definite ed in qualche modo ‘transennate’ dalla sussistenza di riti orientali cui si impone tributare

avviò una consultazione ufficiosa presso la Santa Sede per verificare se fosse possibile adottare per l’*Opus Dei* una soluzione canonica analoga a quella presa per la Missione di Francia» (ivi).

⁷⁵ Rinviamo, per tutti, a ASTRID KAPTIJN, *Gli ordinariati per i fedeli cattolici orientali privi di gerarchia propria*, in *Cristiani orientali e pastori latini*, a cura di PABLO GEFAELL, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 233-267, e la letteratura ivi citata.

⁷⁶ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 31; PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, p. 47; FEDERICO MARTI, *I Rutbeni negli Stati Uniti. Santa Sede e mobilità umana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2009.

⁷⁷ Di solito sono strutture di ambito nazionale e la carica di ordinario viene attribuita al vescovo diocesano della capitale del paese. Tuttavia ciascun decreto di erezione delinea una specifica configurazione della rispettiva giurisdizione. Cfr. JORGE MIRAS, *Organización territorial y personal: fundamentos de la coordinación de los pastores*, cit., p. 9. Si vedano altresì le distinzioni fra le diverse circoscrizioni menzionate nell’*Annuario pontificio* che traccia ANTONIO VIANA, *Ordinariato para fieles de ritos orientales*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, V, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 813.

⁷⁸ Come però precisa JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 32, «pur dipendendo da questa congregazione, la loro struttura non coincide con le circoscrizioni tipizzate dal diritto orientale, che riguardano sempre fedeli appartenenti ad una concreta Chiesa *sui iuris*. L’ordinariato rituale, infatti, è una struttura di diritto latino, rivolta globalmente a tutti i fedeli cattolici di rito orientale dimoranti in un paese, indipendentemente dal rito o dalla Chiesa *sui iuris* di appartenenza».

⁷⁹ Cfr. a questo proposito la sintesi di ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 11.

⁸⁰ Cfr. ANTONIO VIANA, *Ordinariato para fieles de ritos orientales*, cit., p. 813.

la dovuta considerazione, e dunque si prospettano quali circoscrizioni di collaborazione interrituale: ciò le rende – insieme invero ad alcune difficoltà che potrebbero insorgere, specie nel governo, in ordine alla cernita del diritto applicabile per ogni caso⁸¹ – non facilmente ‘imitabili’ e ‘mutuabili’ per altri ambiti e quadranti. Così, anche le diocesi personali riconducibili al can. 372 § 2⁸² – che, invero, ancora attendono una compiuta realizzazione⁸³ – dovrebbero rinvenire almeno correntemente nella diversità di rito la loro ragione istitutiva⁸⁴: per questo, insieme all’imperatività della presenza di (alcuni almeno degli) elementi strutturanti appunto le comunità diocesane, non sono suscettibili di essere superficialmente ‘esportate’ e ‘trasferite’, segnatamente laddove si possa meglio e più propiziamente ricorrere a circoscrizioni complementari non ascrivibili tra le Chiese particolari.

Ai nostri fini, per converso, è assai redditizio sporgerci, sia pur per pochi secondi depositati in qualche manciata di righe, sulla giurisdizione personale sicuramente più consolidata e collaudata: l’ordinariato militare. Anche qui la necessità di una pastorale specializzata per gli arruolati nelle forze armate si era avvertita ben presto, disperdendosi anzi nelle brume memorabili dei primi lontani eserciti sotto l’‘egida’ del vessillo cristiano. La Chiesa nell’arco dei secoli se ne è fatta carico, «aptioribus modis in singulis casibus providit per iurisdictionem personis et adiunctis aptiorem»⁸⁵: a metà del Novecento i vicariati castrensi erano tipizzati dall’Istruzione *Solemne semper* della Congregazione concistoriale⁸⁶. Eppure, per una specie di titubanza ancora

⁸¹ Si veda quanto rileva ANTONIO VIANA, *Ordinariato para fieles de ritos orientales*, cit., pp. 813-814.

⁸² Afferma al riguardo JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 25: «Il can. 372 § 2 prevede la possibilità di erigere gli istituti di cui al can. 368 in base al criterio personale, del rito, ecc. Tuttavia, tale possibilità pare riconducibile solo alle diocesi, sia perché sembrerebbe contraddittorio creare prelature territoriali o abbazie territoriali non configurate sul fattore del territorio, sia perché non sembrerebbe una scelta ottimale stabilire, mediante tecniche di eccezione, semplici doppioni di istituti già tipizzati dal diritto comune - penso, concretamente alle diverse configurazioni che il regime statutario consente alle prelature personali - che servono a raggiungere gli stessi obiettivi pastorali»; cfr. anche *Id.*, *Diritto dell’organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 360.

⁸³ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diócesis*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, III, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 340.

⁸⁴ Cfr. peraltro alcune considerazioni di DAVID-MARIA A. JAEGER, *Erezione di circoscrizioni ecclesiastiche orientali in territori a popolazione cattolica prevalentemente di rito latino: considerazioni e presupposti ecclesiologici*, in *Antonianum*, LXXV (2000), pp. 499-521.

⁸⁵ GIOVANNI PAOLO II, Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae*, 21 aprile 1986, in *Acta Apostolicae Sedis* LXXVIII (1986), p. 481.

⁸⁶ Cfr. CONGREGAZIONE CONCISTORIALE, Istruzione *Solemne semper*, 23 aprile 1951, in *Acta Apostolicae Sedis*, XLIII (1951), pp. 562-565.

aleggiante sulle giurisdizioni personali e che farà capolino anche in seguito, la quale, nell'ultima ('tormentata'⁸⁷) fase dei lavori preparatori della codificazione, le espulse sostanzialmente dal capitolo sulle Chiese particolari, i vicariati castrensi curiosamente non sono regolati nel *Codex Iuris Canonici*. Codificazione che, figlia del Vaticano II, avrebbe dovuto, almeno in questo caso rodato da un'ormai lunga prassi, farsi latrice di quanto il principio ottavo sopra citato aveva distillato: e che invece, quasi *en passant* nel can. 569⁸⁸, enuncia unicamente che i cappellani militari sono retti da leggi speciali extracodiciali. Tale legge speciale è costituita dalla Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae* di Giovanni Paolo II, promulgata il 21 aprile 1986, a ridosso dell'entrata in vigore del Codice stesso, che ha scolpito la peculiare circoscrizione ecclesiastica (art. I § 1) degli ordinariati militari «*quique dioecesibus iuridice assimilantur*»⁸⁹. Le disposizioni generali della Costituzione pontificia sono specificate attraverso gli statuti emanati dalla Santa Sede⁹⁰ per ogni ordinariato, sagomati *in primis* sulle circostanze ecclesiali⁹¹ e tenendo anche conto della legislazione secolare al riguardo in ogni nazione, oltreché di accordi concordatari tra la Chiesa e gli Stati. Ma, nonostante la diversificazione degli ordinariati, alcune note distintive dei medesimi sono inalterate e costanti, quelle che forse avrebbero potuto essere codificate. Così il fatto che la giurisdizione dell'ordinario militare sia personale, esercitandosi verso le persone che fanno parte dell'ordinariato anche se talvolta si trovano fuori dei confini nazionali⁹², ordinaria tanto in foro interno che in foro esterno, e propria – diversamente da quella degli anteriori vicari castrensi: e ciò è assai indicativo⁹³ – ma cumulativa⁹⁴ con la giurisdizione del

⁸⁷ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le strutture personali e le finalità pastorali*, cit., p. 571.

⁸⁸ Si riproduce il disposto del can. 451 § 3 del *Codex Iuris Canonici* del 1917.

⁸⁹ Art. I § 1 della citata Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae*.

⁹⁰ Gli statuti degli ordinariati sono solitamente sanzionati, per delega del sommo Pontefice, mediante decreto della Congregazione per i vescovi: cfr. EDUARDO BAURA, *Legislazione sugli ordinariati castrensi*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 9-10.

⁹¹ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, Edusc, Roma, 2009⁴, p. 246.

⁹² Cfr. peraltro le precisazioni sul 'criterio territoriale' di PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., pp. 45-46.

⁹³ Sulla potestà vicaria cfr., per tutti, ANTONIO VIANA, *Naturaleza canónica de la potestad vicaria de gobierno*, in *Ius canonicum*, XXVIII (1988), pp. 99-130 (con riferimento al caso specifico a p. 102); e più recentemente, con nota bibliografica aggiornata, SANTIAGO BUENO SALINAS, *Vicario*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, VII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 840 ss.

⁹⁴ Cfr. sul concetto giuridico, per tutti, la trattazione di CARLOS SOLER, *Jurisdicción cumulativa*, in *Ius canonicum*, LV (1988), pp. 131-180.

vescovo diocesano, poiché le persone appartenenti all'ordinariato non cessano di essere fedeli di quella Chiesa particolare del cui popolo, in ragione del domicilio o del rito, fanno parte: e l'ordinario del luogo eserciterà la sua giurisdizione in via sussidiaria⁹⁵. Ma, ulteriormente, anche l'equiparazione *in iure* dell'ordinario militare - che potrebbe non avere ricevuto la consacrazione episcopale - ai vescovi diocesani e la sua appartenenza alla Conferenza Episcopale; la possibilità degli ordinariati di incardinare proprio clero secolare, erigendo seminari, con l'approvazione della Santa Sede, e promuovendo gli alunni ai sacri ordini⁹⁶. Quanto alla delimitazione del *coetus fidelium*, l'art. X della *Spirituali militum curae* dispone che 'Oltre a coloro che sono determinati negli statuti, a norma dell'art. I, appartengono all'Ordinariato militare e si trovano sotto la sua giurisdizione: 1) i fedeli che sono militari, nonché quelli che sono al servizio delle forze armate, purché vi siano tenuti a norma delle leggi civili; 2) quanti compongono le loro famiglie, cioè coniugi e figli, anche maggiorenni, se abitano nella stessa casa, e così i parenti e le persone di servizio che, parimenti, abitano nella stessa casa; 3) coloro che frequentano scuole militari o si trovano degenti o prestano servizio negli ospedali militari, nelle case per anziani o in altri simili istituti; 4) tutti i fedeli, uomini e donne, membri o meno di un Istituto religioso, che svolgano stabilmente un compito loro affidato dall'Ordinario militare o con il suo consenso⁹⁷. E vari statuti hanno sovente dilatato ulteriormente il cerchio oltre coloro inclusi *ex lege*⁹⁸. Saranno poi i singoli fedeli a interpellare liberamente in vista del loro bene spirituale uno qualunque dei legittimi pastori⁹⁹. La cumulatività della giurisdizione era stata d'altronde introdotta proprio

⁹⁵ Cfr. le precisazioni di ANTONIO VIANA, *Ordinariato militar*, in *Diccionario general de derecho canónico*, V, cit., p. 810.

⁹⁶ Avverte JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 364-365: «Nella quasi generalità dei casi, però, la cura pastorale dei fedeli dell'ordinariato risulta affidata ad altri chierici - secolari o regolari - che aderiscono all'ordinariato in base all'accordo negoziale di cui al can. 271 CIC (o temporaneamente incorporati ad esso a causa del normale servizio di leva), e che, senza perdere l'originaria incardinazione, entrano a fare parte del clero specializzato ad assolvere questo specifico apostolato».

⁹⁷ Cfr. ANTONIO VIANA, *Ordinariato militar*, cit., p. 811: «la norma actual reconoce cuatro títulos de adscripción al ordinariato que responden a la tradición de la cura castrense: a) la profesión militar (los militares y sus familias); b) el servicio profesional en instituciones militares; c) la residencia en lugares militares y d) el ejercicio de un cargo o función eclesiástica dependiente en su atribución del ordinario militar. En este último caso se admite un modo de adscripción voluntaria que se suma al previsto en el c. 296 del CIC para las prelaturas personales».

⁹⁸ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., p. 248.

⁹⁹ Cfr. EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati militari dalla prospettiva della «communio ecclesiarum»*, cit., p. 10: «Qualunque limitazione di questa libertà del fedele è da ritenersi illegittima».

con riguardo al ‘comparto’ dei militari¹⁰⁰ per ‘sincronizzare’ tale duplice appartenenza di questi battezzati ancora prima del Concilio: ma solo con la lente dell’ecclesiologia di quest’ultimo, specie del principio della *communio Ecclesiarum* e della funzione ministeriale di servizio della potestà nella Chiesa, se n’è appreso appieno il pregio come strumento di armonizzazione e non come seme di discordia ovvero di invasioni e inframettanze reciproche in un’ottica di ‘gelosie di possesso’¹⁰¹. Dovendo questa consapevolezza far infine cessare ogni prevenzione e ogni timore: che, invece, come vedremo, non sono ancora del tutto estirpati.

La disciplina introdotta dalla *Spirituali militum curae* è dunque asciutta, eppure, nella sua essenzialità, cesella inappuntabilmente il volto di questa giurisdizione personale in modo che fiancheggi senza indebite e abusive intrusioni ed anzi in vicendevole concerto le giurisdizioni territoriali. Si è glossato autorevolmente, prospettando quasi un’immedesimazione: «Anche se con determinazioni specifiche, tale costituzione apostolica [*Spirituali militum curae*: N.d.A.] fa rientrare gli ordinariati nei parametri generali stabiliti dai cann. 294-297 CIC per le prelature personali»¹⁰²: alle quali comunque gli ordinariati militari, pur per alcuni versanti differenti¹⁰³, sarebbero associati in una «identidad sustancial»¹⁰⁴ come comunità appunto complementari o di appartenenza secondaria. Un parallelismo che li avvincerebbe almeno come enti giurisdizionali personali, se si rigettasse tale qualificazione e si consi-

¹⁰⁰ Cfr. EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati militari dalla prospettiva della «communio ecclesiarum»*, cit., p. 6.

¹⁰¹ Così SANDRO GHERRO, *Le prelature personali nel sistema costituzionale canonico*, in *Le prelature personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, cit., p. 7.

¹⁰² JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell’organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 364; cfr. anche *Id.*, *Il sistema dell’organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., p. 245; ANTONIO VIANA, *Ordinariato militar*, cit., p. 809.

¹⁰³ Ad esempio di solito l’ordinariato personale si erige in seguito ad un accordo con le autorità secolari ed è operante nell’intero territorio nazionale di riferimento: non dovrebbe trovare quindi applicazione quanto dispone il can. 297 laddove richiede il consenso del vescovo diocesano affinché la prelatura eserciti la sua opera pastorale o missionale. Inoltre, come già visto e come ancora vedremo, «vista la peculiarità della pastorale castrense, l’Ordinario militare ha un limite alla capacità, riconosciuta dal can. 295 ai prelati personali, di erigere un seminario (lo può fare ma “probante Sancta Sede”, come recita l’art. VI, § 3 della cost. ap. *Spirituali militum curae*)»: EDUARDO BAURA, *Le dimensioni “comunionali” delle giurisdizioni personali cumulative*, in *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico*, cit., p. 434, nota 13.

¹⁰⁴ EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 185. Assolutamente contrario GIANFRANCO GHIRLANDA, *Natura delle prelature personali e posizione dei laici*, in *Gregorianum*, LXIX/2 (1988), p. 307, nota 14: «Bisogna fare molta attenzione a non confondere la figura della prelatura personale con quella dell’Ordinariato militare, cosa che ancora nello Schema del 1980 si faceva e che qualche Autore fa anche dopo la promulgazione del nuovo Codice [...] in quanto sono due cose totalmente differenti».

derassero invece gli ordinariati militari non privi ma dotati della pienezza teologica della Chiesa particolare: tuttavia, come anticipato, su tale ultimo versante, sul quale peraltro la dottrina ancora discute¹⁰⁵, non ci intratteniamo, volgendoci invece finalmente alla configurazione schiettamente giuridica della prelatura personale.

3. *Le prelature personali. L'unica prelatura personale esistente: l'Opus Dei. In particolare laici e chierici*

Ancor più che rispetto agli ordinariati militari, una certa diffidenza e reticenza verso le giurisdizioni personali ha finito per costellare le 'vicissitudini' canonistiche e codiciali della prelatura personale. Taluno ha infatti intelligentemente propugnato come essa sia l'espressione archetipica del principio di personalità¹⁰⁶, un'asserzione del tutto condivisibile ma che attende tuttavia ancora di essere testata nell'esperienza ecclesiale: e l'estromissione, nella fase terminale dell'*iter* della revisione¹⁰⁷, della prelatura personale dal Capitolo del *Codex Iuris Canonici*¹⁰⁸ sulle Chiese particolari¹⁰⁹, per il timore che venisse acriticamente e indebitamente eguagliata a queste ultime¹¹⁰ – un

¹⁰⁵ La dottrina sul punto è infatti assai divisa, stante anche le differenti impostazioni circa il concetto di Chiesa particolare. A volte in fonti ufficiali si parla peraltro dell'ordinariato militare come Chiesa particolare; così ad esempio l'art. 5 degli *Statuti dell'Ordinariato Militare d'Italia*, 6 agosto 1987 (cfr. *Notiziario CEI*, 1987, pp. 224-234).

¹⁰⁶ Cfr., sia pur con riferimento ad un settore specifico, PIERO ANTONIO BONNET, *The fundamental duty-right of the migration faithful*, in Pontificia Commissione per la pastorale delle migrazioni e del turismo, *Migrazioni. Studi interdisciplinari*, Centro Studi Emigrazioni, Roma, 1985, 1, p. 209 ss.; *Id.*, *Comunione ecclesiale, migranti e diritti fondamentali*, in PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, *Migrazioni e diritto ecclesiale. La pastorale della mobilità umana nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Edizioni Messaggero, Padova, 1992, pp. 23-53; ANTONIO BENLLOCH POVEDA, *La nuova legislazione canonica sulla mobilità sociale*, *ivi*, pp. 9-22.

¹⁰⁷ Non entriamo, come ancora ribadiremo, nella ricostruzione dei lavori preparatori della codificazione cui vari Autori si sono accinti. A noi sembra condivisibile la conclusione, cui molti pervengono, che «il trasferimento delle norme sulle prelature personali nella nuova sede sistematica è dovuto non a dubbio sulla loro natura gerarchica, ma all'opportunità di porre in evidenza la differenza concettuale esistente tra le stesse e le Chiese particolari» (PEDRO RODRÍGUEZ, *Chiese particolari e prelature personali*, Ares, Milano, 1985, pp. 71-72).

¹⁰⁸ Ricordiamo ancora che il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* non prevede la figura delle prelature personali: una forma di giurisdizione personale può essere ricondotta alla figura dell'esarcato, il quale è circoscritto da un territorio o con qualche altro criterio (cfr. can. 311 § 1 CCEO).

¹⁰⁹ Cfr. la sintesi di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, XXVI (2011), pp. 2-3.

¹¹⁰ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Circunscripción eclesiástica*, cit., p. 98; *Id.*, *Prelatura personal*, in *Diccionario general de derecho canónico*, VI, cit., pp. 389-390; GAETANO LO CASTRO, *Le prelature personali nell'esperienza giuridica e nel dibattito dottrinale dell'ultimo decennio*, cit., p. 114 ss.

Capitolo invero, proprio per quella renitenza coriacea, nonostante le chiare e impegnative indicazioni sul punto nel Concilio e nel post-Concilio, tutto (o quasi) ripiegato sulla territorialità con qualche solo minimo spiraglio (con buona pace del principio ottavo sopra recensito) –, o comunque dalla sezione del Codice afferente agli organi giurisdizionali appartenenti alla costituzione gerarchica della Chiesa, non ha certo giovato in questo senso. Il Titolo IV *De praelaturis personalibus* della Parte I, sui fedeli, del Libro II, è dislocato a cavallo tra il Titolo III sui ministri sacri o chierici e il Titolo V sulle associazioni di fedeli¹¹¹: una *'location'* – quella appunto al di fuori della Parte II del II Libro, intitolata *De Ecclesiae constitutione hierarchica* – dell'ultima ora che purtroppo ha in qualche modo intorbidato il dibattito dottrinale, oltre che, ciò che è più grave, 'ipotecato' la 'sorte' ventura delle prelature personali.

Quando all'istituto della prelatura personale, non abbiamo certo l'ardire di gettarci nell'«agone» che ha visto fronteggiarsi alcuni tra i più rinomati esponenti della canonistica, la cui sola menzione eccederebbe l'economia di questo saggio¹¹²: si sono setacciati con meticolosità i precedenti e scandagliati con acribia i documenti conciliari e quelli post-conciliari; si sono poi compulsati e vagliati i lavori preparatori della codificazione, soppesando le susseguenti rifiniture del testo, per rinvenire riprove della propria concezione¹¹³. Per quanto siano diatribe affascinanti preferiamo sorvolare, anche perché, in tutta sincerità, non saremmo in grado di apportare *nihil novi*: d'altronde oramai le letture sui dati normativi si sono congelate in maniera tetragona. Ci sembra invece più utile concentrarci non solo sullo «scheletro» dell'istituto calcificato dal Codice di Diritto Canonico (e dalle altre fonti giu-

¹¹¹ Il dato della collocazione sistematica è, secondo alcuni Autori, graniticamente insuperabile: cfr., ad esempio, GIANFRANCO GHIRLANDA, *Natura delle prelature personali e posizione dei laici*, cit., p. 306.

¹¹² Per una recente efficace sintesi del dibattito cfr. PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 52 ss.

¹¹³ Dopo un'accurata analisi un Autore che pure qualifica le prelature personali come associazioni, MICHAEL BENZ, *Prelatura personale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Treccani, Roma, 1990, p. 5, conclude peraltro: «Lo sviluppo storico delle norme, a partire dal modello della *Mission de France* passando per gli schemi del Concilio Vaticano II, il testo conciliare e la sua attuazione nel *Motu proprio "Ecclesiae Sanctae"*, la discussione e gli schemi per la riforma del *c.i.c.*, per giungere alla bozza del 1982, dimostrano l'esistenza di notevoli incertezze nella precisa determinazione della figura giuridica della p.p. Controversi furono nel corso della fase preparatoria il collegamento della p.p. ad uno scopo e sostanzialmente anche la determinazione degli scopi per i quali avrebbe dovuto essere eretta la p.p. E vennero discussi animatamente i termini nei quali avrebbe dovuto definirsi concretamente questa figura e se essa dovesse essere effettivamente ascritta alla costituzione gerarchica della Chiesa. Solo in base alla regolamentazione definitiva della figura giuridica, stabilita dal legislatore del *c.i.c.*, è possibile stabilire quindi come questo istituto debba essere inquadrato e compreso nel diritto vigente».

ridiche) ma altresì sul ‘corpo fisico’ dell’unica prelatura personale a tutt’oggi eretta. Le disposizioni codiciali al riguardo sono infatti alquanto scarse: i canoni si prospettano come una legge-quadro entro la quale potrà poi attecchire un certo variopinto ‘assortimento’ di prelature personali. Stante ciò e senza peraltro che questo conduca ad una monotona (e coatta) omogeneizzazione¹¹⁴, per una comprensione non mutila delle prelature personali i precetti codiciali in qualche misura laconici del tutto naturalmente si prestano, per una comprensione più penetrante, ad essere integrati con la realtà oltre che con la normativa rivolta all’unica sinora esistente, *Sancta Crux et Opus Dei*¹¹⁵. Essa, come noto, è stata eretta come prelatura personale di ambito internazionale con la Costituzione Apostolica *Ut sit* del 28 novembre 1982 e promulgata il 19 marzo 1983¹¹⁶, insieme agli statuti della medesima (*Codex iuris particularis Operis Dei*)¹¹⁷: d’altro canto, anche quest’essere pressoché coeve le norme del Codice e della prima prelatura personale dovrebbe far riconsiderare ogni ‘dissociazione legislativa’ che giunga addirittura a reputare le seconde capricciosamente, temerariamente e strabicamente eccezionali rispetto alle prime¹¹⁸, tacciando al fondo, con questo, di incoerenza il legisla-

¹¹⁴ Cfr. quanto sottolinea CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, I, *Introduzione I soggetti ecclesiali di diritto*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 431.

¹¹⁵ Fondata, come noto, da San Josemaría Escrivá de Balaguer il 2 ottobre 1928 e che giuridicamente conobbe diverse tappe; cfr. quanto riassume JAVIER FERRER ORTIZ, *Vida, norma y teoría en el acto jurídico de incorporación de los laicos a la prelatura del Opus Dei*, in *Ars iuris. Número especial en homenaje al Dr. Alberto Pacheco Escobedo* in memoriam, Universidad Panamericana, 2014, p. 114 ss. Sulle varie figure adottate nel corso del tempo si veda anche JAVIER ECHEVARRÍA, *La configurazione giuridica prevista da San Josemaría*, in *Romana*, XLVI (2008), p. 83. Cfr. le ricostruzioni complessive che prospettano EDUARDO BAURA, *Finalità e significato dell’erezione di una prelatura personale*, in *Studi sulla prelatura dell’Opus Dei. A venticinque anni dalla Costituzione apostolica “Ut sit”*, a cura di Id., Edusc, Roma, 2008, p. 43 ss.; e CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *Perché l’Opus Dei è una prelatura personale?*, *ivi*, pp. 139-152. Esaustivo sul punto lo studio monografico di AMADEO DE FUENMAYOR, VALENTÍN GÓMEZ-IGLESIAS, JOSÉ LUIS ILLANES, *L’itinerario giuridico dell’Opus Dei. Storia e difesa di un carisma*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹¹⁶ Cfr. *Acta Apostolicae Sedis*, LXXV (1983), I, p. 423 ss. Quindi l’erezione della prelatura avvenne due mesi prima della promulgazione del *Codex Iuris Canonici* e l’esecuzione della bolla di erezione si realizzò posteriormente, appunto il 19 marzo 1983. Rinviamo sul punto a vari saggi contenuti nell’opera collettanea *Studi sulla Prelatura dell’Opus Dei. A venticinque anni dalla Costituzione apostolica “Ut sit”*, cit.

¹¹⁷ Statuti, ricorda GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le strutture personali e le finalità pastorali*, cit., p. 575, «assunti dal Pontefice e formalmente promulgati “*vi potestatis legislativae*” con l’art. II della predetta costituzione apostolica». In generale sul sistema delle fonti rinviamo a GAETANO LO CASTRO, *Le prelature personali. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 71 ss. Invece, per una lettura diversa del quadro normativo relativo all’*Opus Dei*, cfr. ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (II parte), in *Periodica*, LXXXII (1993), p. 234 ss. (il quale tra l’altro segnala discrepanze tra il Codice di Diritto Canonico e la Costituzione Apostolica *Ut sit* con il *Codex Iuris Particularis*).

¹¹⁸ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., pp. 9-10; GAETANO LO CASTRO, *Prelature personali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Utet, Torino, 1996, p. 409 ss. *Contra* GIANFRANCO

tore supremo¹¹⁹. Occorre infatti non obliterare nessuno degli «elementi normativi e *lato sensu* giuridici del problema, e tutti gli altri dati, giuridici nella sostanza, quand'anche non tali sotto il profilo formale, intorno ai quali si è formata sul tema l'esperienza giuridica»¹²⁰. E va altresì seguita quella savia indicazione già richiamata secondo cui l'ermeneutica giuridica, pur corredata di tutto quanto ad essa attiene secondo gli adusati parametri interpretativi, non possa comunque, alla fine, che condensarsi nella realtà regolata, in essa affondando le radici e dovendo in essa trovare coronamento¹²¹: in modo da esplorare e scoprire ciò che *realmente è giusto* e non inseguire proprie aprioristiche cogitazioni, per quanto irreprensibilmente perorate.

Così ci paiono in qualche modo sganciate e scisse dalla realtà le dissertazioni di una pur brillante dottrina che, disquisendo in base all'ubicazione sistematica dei canoni relativi alle prelature personali (giudicata addirittura dirimente e insormontabile), ai brani stilati al riguardo nel Concilio (soprattutto nel Decreto *Presbyterorum ordinis* [n. 10] ma anche nel Decreto *Ad gentes* [nn. 20 e 27]) e nel post-Concilio (nel *Motu proprio Ecclesiae Sanctae*¹²²) ed ai lavori preparatori della vigente codificazione, nonché traendo indizi da un'esegesi assai 'accanitamente' aderente alla lettera dei testi normativi di riferimento, rifiuta recisamente che le prelature personali e quindi l'*Opus Dei* siano circoscrizioni ecclesiastiche, ma le etichetta quali «organismi di tipo associativo [...] affinché sia promossa una migliore distribuzione del clero, per supplire alla carenza di esso, sia sotto l'aspetto numerico che

GHIRLANDA, *Natura delle prelature personali e posizione dei laici*, cit., pp. 312-313; analogamente MICHAEL BENZ, *Prelatura personale*, cit., p. 6, e, meno recentemente, GIANCARLO ROCCA, *L'Opus Dei. Appunti e documenti per una storia*, Claretianum, Roma, 1985, p. 112 ss.

¹¹⁹ Per un'illustrazione e una critica di tali posizioni cfr. GAETANO LO CASTRO, *Le prelature personali nell'esperienza giuridica e nel dibattito dottrinale dell'ultimo decennio*, cit., p. 128 ss.

¹²⁰ GAETANO LO CASTRO, *Le prelature personali nell'esperienza giuridica e nel dibattito dottrinale dell'ultimo decennio*, cit., p. 125.

¹²¹ Cfr. CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *Ancora sull'equiparazione in diritto canonico: il caso delle prelature personali*, cit., pp. 635-637.

¹²² Cfr. PAOLO VI, *Motu Proprio Ecclesiae Sanctae*, 6 agosto 1966, in *Acta Apostolicae Sedis*, LVIII (1966), pp. 760-761. Come sintetizza JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., p. 2, *Ecclesiae Sanctae* «no mencionó la distribución del clero entre las finalidades de la figura. La norma estableció las condiciones de erección, la autoridad y los deberes del prelado, el modo de incardinación de los clérigos y de la posible incorporación de fieles laicos, así como las relaciones con los ordinarios locales, siempre con referencia al particular régimen estatutario del que habría de dotarse a cada prelatura». Ricordiamo pure che nell'immediato post-concilio le prelature personali erano anche menzionate nella Costituzione Apostolica del medesimo Papa *Regimini Ecclesiae Universae*, 15 agosto 1967, che designava la Congregazione per i vescovi quale dicastero competente per la loro erezione e per la nomina del prelado (cfr. *Acta Apostolicae Sedis*, LIX [1967], p. 901).

sotto quello della formazione e della qualificazione»¹²³: in questa visuale i laici «possono essere incorporati nella Prelatura, ma non nel senso di formarne una “*portio populi Dei*”»¹²⁴. Configurazione della prelatura personale, quest’ultima, che, siamo convinti, la renderebbe non atta alla (e non attrattiva per la) Fraternità San Pio X: così come forse non l’ha resa ‘accattivante’ per altre realtà ecclesiali.

A tale speculazione si è invero replicato puntigliosamente¹²⁵: e non è il caso ora di ritornare su un sentiero già metodicamente battuto e che ci porterebbe fuori rotta rispetto agli intenti più modesti di questo scritto. Ricordiamo però che un folto drappello di canonisti, anche non appartenenti all’*Opus Dei* (ai quali quindi non può addebitarsi un’apologetica partigianeria), concorda oramai coralmemente¹²⁶ sul fatto che la prelatura personale, pur senza assurgere a Chiesa particolare, sia per contro un ente gerarchico personale¹²⁷ che si affianca alla Chiesa particolare locale, alla diocesi, non in rivalità o competizione, ma al contrario per spalleggiarla, essendo prote-

¹²³ GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, in *Periodica*, XCIX (2010), p. 405. Cfr. anche *Id.*, *De differentia praelaturam personalem inter et ordinariatum militarem seu castrensem*, *ivi*, LXXVI (1987), pp. 219-251. Si vedano pure, talora con posizioni non perfettamente coincidenti, JULIUS MANZANARES, *De praelaturae personalis origine, natura et relatione cum iurisdictione ordinaria*, *ivi*, LXIX (1980), pp. 387-421; WINFRIED AYMANS, *La Chiesa nel Codice di Diritto Canonico. Aspetti ecclesiologici del nuovo Codice della Chiesa latina*, in *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, a cura di WINFRIED SCHULZ, GIORGIO FELICIANI, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1986, p. 33 ss.; *Id.*, *Teilkirchen und Personalprälaturen*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, CLVI (1987), pp. 486-500; *Id.*, *Das konsoziative Element in der Kirche. Gesamtwürdigung*, in *Das konsoziative Element in der Kirche, L'elemento associativo nella Chiesa*, Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico, EOS Verlag, St. Ottilien, 1989, p. 1056 ss.; MICHAEL BENZ, *Prelatura personale*, *cit.*, pp. 1-9; *Id.*, *Prelatura personal*, in *Dizionario enciclopedico de derecho canónico*, a cura di STEPHAN HAERING, HERIBERT SCHMITZ, Herder, Barcelona, 2008, pp. 683-684; ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (I parte), in *Periodica*, LXXXII (1993), pp. 95-138. Recentemente sposa la tesi di Ghirlanda, richiamandone brevemente le tesi, ANDREA MIGLIAVACCA, *Sub cann. 294-297*, in *Codice di Diritto Canonico commentato*, a cura della REDAZIONE DI QUADERNI DI DIRITTO ECCLESIALE, Ancora, Milano, 2017⁴, pp. 299-301.

¹²⁴ GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, *cit.*, p. 398. Cfr. le argomentazioni di ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi*, *cit.*, p. 126 ss.

¹²⁵ Oltre a molti contributi sulle prelature personali già citati o che si citeranno nel corso del presente lavoro si veda in particolare ANTONI STANKIEWICZ, *Le prelature personali e i fenomeni associativi*, in *Le prelature personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, *cit.*, p. 139 ss.

¹²⁶ Siamo d'accordo con ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (I parte), *cit.*, p. 97, nota 6, che non è «elemento di grossa rilevanza scientifica distinguere tra settore minoritario e dottrina maggioritaria [...]. Più che al numero dei sostenitori, la validità delle posizioni è rapportabile alla correttezza del metodo e alla forza delle ragioni che vengono addotte»; nondimeno va segnalato come sia orientata la stragrande maggioranza della dottrina e la sua autorevolezza.

¹²⁷ Cfr., ad esempio, GIUSEPPE COMOTTI, *Somiglianze e diversità tra le prelature personali ed altre circoscrizioni ecclesiastiche*, in *Le prelature personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, *cit.*, pp. 87-88.

sa verso ambiti pastorali che altrimenti resterebbero scoperti e negletti: sia cioè struttura propriamente complementare, come sopra si è concisamente definita¹²⁸. In maniera assai congenere, pur nella distinzione, all'ordinariato militare di cui abbiamo in precedenza discorso.

Certo i presbiteri sono, per lo meno in prima battuta, 'nucleo di irradiazione', se così si può dire, della prelatura personale: infatti è scontato che allorquando si percepiscono indigenze o altre occorrenze ed esse «trascendono i confini della diocesi, allargandosi in dimensioni territoriali più ampie, si pone la necessità di organizzare e garantire un regime ed un indirizzo di azione dell'attività pastorale, che ne assicuri uniformità, efficienza ed efficacia. Il problema tocca in particolare la formazione di base e permanente, nonché il sostegno materiale e spirituale, dei sacerdoti che sono addetti ad una peculiare cura pastorale. Quanto più questa attiene a situazioni personali e comunitarie difficili, perché nuove o perché decisamente devianti rispetto alle situazioni ordinarie, tanto più si pone un problema di preparazione specialistica del clero addetto, perché possa essere posto in grado di esercitare adeguatamente un'attività pastorale altamente specializzata»¹²⁹. E d'altro canto il Decreto *Presbyterorum ordinis* nominava le prelatore al fine di una funzionale distribuzione dei sacerdoti per l'attuazione di particolari iniziative pastorali in favore di diversi gruppi sociali, in certe regioni o nazioni o addirittura in tutto il mondo (n. 10); ciò che è ripreso dal can. 294: «Ad aptam presbyterorum distributionem promovendam aut ad peculiaria opera pastoralia vel missionalia pro variis regionibus aut diversis coetibus socialibus perficienda, praelaturae personales quae presbyteris et diaconis cleri saecularis constant, ab Apostolica Sede, auditis quarum interest Episcoporum conferentiis, erigi possunt», ove in quell'*aut* che abbiamo posto in corsivo si articola una duplicità non affatto disgiuntiva nella quale l'istituto si corrobora¹³⁰.

I chierici sono sotto i riflettori del diritto codiciale (anche banalmente) perché la loro scelta totalizzante e le loro funzioni postulano la messa a punto

¹²⁸ ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, *L'ente ecclesiastico gerarchico e la prelatura personale*, in *Le prelatore personali nella normativa e nella vita della Chiesa*, cit., p. 168, parla (in maniera diversa ma concettualmente identica) della prelatura come «ente di struttura non essenziale, di diritto umano, di istituzione pontificia», collegato ai *munera* gerarchici e al momento istituzionale della Chiesa, e riflette «su quali rapporti si instaurino tra la prelatura e gli enti gerarchici, gli enti connessi alla globalità della *sacra potestas*, gli enti di struttura essenziale». Cfr. *Ead.*, *Gli enti nell'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1983: il concetto di ente di struttura è più ampio di quello di Chiesa particolare che ne costituisce, all'interno, una ben determinata specificazione.

¹²⁹ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La prelatura personale e la pastorale ecclesiale nell'ora presente*, cit., p. 126.

¹³⁰ In quest'ottica ci sembra anche CARLO CARDIA, *Il governo della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2002³, p. 165.

di molti tasselli giuridici (ad esempio come provvedere economicamente al loro sostentamento) che non richiedono la stessa attenzione per i laici, la cui vita trascorre nel *saeculum* dediti ad occupazioni temporali. Si è sostenuto che potrebbero venire create prelature personali esclusivamente con la finalità di una migliore distribuzione del clero (o per la sua preparazione ovvero per solidarietà al medesimo), in quanto «lo schema codicistico non richiede di per sé di essere realizzato in concreto attraverso una configurazione su base comunitaria delle prelature personali, potendo esso risolversi in strutture il cui *corpus* non è composto dal popolo cristiano, ma solo da membri dell’*ordo*»¹³¹; mentre certamente altre potrebbero formarsi a base comunitaria, con *ordo* e *plebs* collocati organicamente secondo le rispettive posizioni costituzionali sullo *specimen* dell’*Opus Dei*¹³², precipuamente per la «atención a grupos singulares de fieles»¹³³. Eppure si deve ammettere francamente che, con la penuria di sacerdoti e la crisi delle vocazioni di questi tristi tempi, un futuro non proprio roseo si schiuderebbe davanti alle prelature personali se fossero pensate in qualche modo solo come incentrate sul clero¹³⁴, rischiando di finire infrattate tra i reperti archeologici. Ma soprattutto, più radicalmente e tralasciando vaticini socio-ecclesiologici, pensare a prelature personali quali enti dell’organizzazione ecclesiastica composti di ministri sacri sotto la direzione di un prelato *solo* per una migliore distribuzione del clero *senza* una responsabilità pastorale specifica, come se l’*aut* del can. 294 ponesse un’alternativa di classi opposte, desta perplessità non dappoco, sembrando che la distribuzione del clero, per la natura propria dell’*ordo presbyterorum*, debba sempre e comunque far riferimento ad uno scopo funzionale¹³⁵: segnatamente il clero viene distribuito per attendere pastoralmente

¹³¹ GIUSEPPE COMOTTI, *Somiglianze e diversità tra le prelature personali ed altre circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 92. Cfr. anche, come sembra, ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, *L’ente ecclesiastico gerarchico e la prelatura personale*, cit., p. 173.

¹³² Cfr. GIUSEPPE COMOTTI, *Somiglianze e diversità tra le prelature personali ed altre circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 92.

¹³³ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., p. 3, il quale, dopo aver ricordato, come riferito sopra, che *Ecclesiae Sanctae* non alludeva a prelature personali per la distribuzione del clero, aggiunge: «durante la elaboración del Dir. *Postquam Apostoli*, que se ocupó de las diversas iniciativas para favorecer la distribución del clero, publicado el 25.III.1980 por la S. Congregación para el Clero (AAS 72 [1980] 343-363), el episcopado interpelado no se manifestó favorable a crear prelaturas personales con esta finalidad, sino que orientó el documento hacia sistemas jurídicos alternativos (normalmente, convenciones entre diócesis directamente interesadas) que estaban ya generalizándose con notorio éxito».

¹³⁴ Al di là di altre soluzioni forse più proficue che l’esperienza giuridica della Chiesa ha elaborato negli anni per venire incontro a questa finalità.

¹³⁵ COSÌ EDUARDO BAURA, *Le dimensioni “comunionali” delle giurisdizioni personali cumulative*, cit., pp. 434-435.

al popolo di Dio. Insomma «Le attività di cura pastorale svolte dalle prelature personali devono [...] essere attuate nei confronti di un qualche gruppo di fedeli laici, accomunati da una ragione particolare, altrimenti rimarrebbe svuotato il concetto stesso di prelatura e la stessa esistenza dell'istituto non avrebbe alcuno scopo»¹³⁶: i laici finiscono per essere «elemento personale costituente la stessa *ratio* per l'erezione di ogni prelatura»¹³⁷. D'altronde patrocinare che si possa trattare di enti puramente clericali sembra tradire la volontà dei Padri conciliari¹³⁸, i quali si pensavano a sacerdoti, ma a sacerdoti che 'accudiscano' una comunità di fedeli¹³⁹: i fedeli laici, poi, a seconda delle prelature, possono essere considerati primariamente come destinatari delle attività specializzate delle medesime ovvero corresponsabili attivi delle loro finalità, mai, come dire, gregari o eterodiretti nel perseguimento della missione della Chiesa¹⁴⁰. A conferma, per il canone 295 i chierici si possono incardinare con il titolo di *servizio alla prelatura* («titulo servitii prelaturae»): e la prelatura è abbinata all'inscindibile qualificativo di *personale* che non ad altro può far riferimento se non all'identificazione di coloro su cui si dispiegano le attività della prelatura medesima, «al criterio» - si è circostanziato - «con cui si delimita il popolo su cui ha giurisdizione il prelado»¹⁴¹ attorniato dai presbiteri stessi. Depone in questo senso anche l'accantonamento, durante l'elaborazione del Codice vigente, della biforcazione tra prelature *cum proprio populo* e *sine populo*¹⁴².

¹³⁶ CIRO TAMMARO, *Riflessioni sul senso e l'ambito di applicazione del can. 294 CIC. Un'analisi logica e teologica della norma*, in *Ius canonicum*, XC (2005), pp. 681-682.

¹³⁷ CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, I, *Introduzione I soggetti ecclesiali di diritto*, cit., p. 429.

¹³⁸ *Contra* GIANFRANCO GHIRLANDA, *Natura delle prelature personali e posizione dei laici*, cit., pp. 300-302.

¹³⁹ Cfr. EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 181 ss.

¹⁴⁰ Cfr. CIRO TAMMARO, *Riflessioni sul senso e l'ambito di applicazione del can. 294 CIC. Un'analisi logica e teologica della norma*, cit., p. 669 ss., che riassume le diverse opinioni dottrinali sulla posizione dei fedeli laici nelle prelature personali e sul problema se la loro presenza sia o no necessaria perché si abbia una prelatura personale.

¹⁴¹ EDUARDO BAURA, *Le dimensioni "comunionali" delle giurisdizioni personali cumulative*, cit., p. 434, alle cui considerazioni rinviamo. Cfr. anche le considerazioni svolte dallo stesso Autore in *Le radici conciliari delle prelature personali*, cit., p. 38. Si veda anche la monografia ROBERT WEBER, *El concepto de pueblo de las circunscripciones eclesiásticas*, Edusc, Roma, 2012.

¹⁴² Cfr. EDUARDO BAURA, *Le radici conciliari delle prelature personali*, cit., p. 52: «questo è un punto che causò una certa confusione allorché nei lavori preparatori del Codice si distingueva fra prelature *cum proprio populo* e prelature *sine populo*, finché si giunse a comprendere che la distinzione non aveva senso, in quanto, da una parte, sarebbe sempre necessario un certo popolo, composto di fedeli *speciali quidam ratione devincti* e, dall'altra, non sarebbe preciso dire che questo popolo sia "proprio" nel senso che il prelado abbia giurisdizione esclusiva sui suoi fedeli»; si veda anche CIRO TAMMARO,

Del pari «poco realistico [...] voler restringere a dismisura l'adattamento di queste prelature al conseguimento di singolarissime finalità [...] ed inconsuete ragioni pastorali»¹⁴³: al contrario, sulla scia del Concilio, le prelature personali sono blandamente stilizzate dal diritto comune proprio perché, fermi alcuni connotati essenziali¹⁴⁴, vengano ritagliate volta a volta sulle cogenti necessità pastorali pluricromatiche e sempre in movimento: necessità di ambito universale ovvero più ridotto. In questo senza dubbio riposa la lodevole preveggenza dei Padri conciliari che certo non volevano imprigionare la realtà del popolo di Dio ma seguirla premurosamente nelle sue evoluzioni non del tutto prevedibili.

Inoltre a noi pare, ancora in virtù di quell'ermeneutica che mai deve scollarsi dalla realtà ecclesiale regolata, come una tessera alquanto claudicante dell'impostazione ora respinta sia quella secondo la quale alle strutture ecclesiastiche si possa appartenere *solo* per un criterio 'oggettivo'¹⁴⁵, necessario e automatico, cioè senza una componente volontaria che sarebbe, per contro, *solo* propria del fenomeno associativo; sempre ammesso che possa prospettarsi un criterio oggettivo, come dire, 'chimicamente puro', senza 'contaminazioni soggettive': ciò che non sembra affatto¹⁴⁶, poiché in qualche modo comunque la volontà del soggetto rileva nella determinazione della giurisdizione¹⁴⁷. E che sostiene – l'impostazione criticata – corrispondentemente come mai alle strutture ecclesiastiche si possa appartenere secondo un criterio soggettivo, cioè per una intima scelta e libera adesione del fede-

Riflessioni sul senso e l'ambito di applicazione del can. 294 CIC. Un'analisi logica e teologica della norma, cit., p. 676 ss. Per una diversa ricostruzione MICHAEL BENZ, *Prelatura personale*, cit., p. 4 ss.

¹⁴³ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 27.

¹⁴⁴ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., pp. 27-28; negli stessi termini *Id.*, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 361.

¹⁴⁵ Cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Criteri di organizzazione del popolo di Dio e di inserzione delle persone nell'economia della salvezza alla luce del libro II del CIC 1983*, cit., p. 111. Si veda anche ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (II parte), cit., p. 244 ss., secondo il quale in particolare le modalità di appartenenza all'*Opus Dei* e di allontanamento da tale prelatura personale la fanno sembrare «vicina agli Istituti di vita consacrata, religiosi e secolari».

¹⁴⁶ Cfr. quanto argomenta GIANFRANCO GHIRLANDA, *Significato teologico-ecclesiale della territorialità*, in *Synaxis*, XIV/1 (1996), pp. 251-264; gli stessi concetti, come già abbiamo ricordato, l'Autore esprime in *Criteri di organizzazione del popolo di Dio e di inserzione delle persone nell'economia della salvezza alla luce del libro II del CIC 1983*, cit., p. 119 ss. Convincenti le considerazioni che oppone JORGE MIRAS, *La delimitación de las comunidades de fieles en la organización pastoral de la Iglesia. Observaciones sobre el sentido de los criterios objetivos que usa el derecho canónico*, in *Fidelium iura*, XI (2001), pp. 41-63.

¹⁴⁷ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori rilevanti per la determinazione della giurisdizione ecclesiastica (il contesto canonico della convenzione dei fedeli laici con le prelature personali)*, in *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, cit., p. 612 ss., che riporta anche abbondante documentazione.

le, la quale potrebbe, all'inverso, essere alla radice *solo* di un'associazione, non appunto di un ente giurisdizionale gerarchico autonomo. Come infatti è stato lucidamente ribattuto, «La esperienza giuridica della Chiesa dimostra concretamente che, pur essendo una regola generale e primaria la determinazione automatica della giurisdizione dei fedeli per effetto del domicilio (o, nel caso della determinazione della Chiesa *sui iuris*, in funzione di quello del padre), in diverse ipotesi una tale regola generale recede davanti alla rilevanza determinativa di giurisdizione concessa dalla legge alla volontà»¹⁴⁸. Ciò che è inoppugnabilmente avvalorato, tra l'altro, dalle possibilità di cambiamento del rito, ma più in generale dal «ruolo della libertà [...] nella relazione della persona umana con la Chiesa di Cristo»¹⁴⁹ che non può essere in sé intrinsecamente perigliosa per l'unità della Chiesa medesima: anzi «La legittima autonomia della volontà dei fedeli laici, che può dettare un'incorporazione ad un'altra circoscrizione ecclesiastica territoriale per ragioni di ordine familiare, lavorativo, spirituale, apostolico, ecc. (determinanti un cambiamento di domicilio e, conseguentemente, di dipendenza giuridica nei confronti di una nuova circoscrizione ecclesiastica), può anche originare l'incorporazione ad una comunità gerarchica personale (prelatura personale, ordinariato), restando fermo il legame con la circoscrizione ecclesiastica territoriale originaria. /In tutte le variazioni di dipendenza giuridica rispetto alle comunità gerarchiche della Chiesa interviene necessariamente l'elemento volitivo, vale a dire, la libera capacità di scelta del fedele stesso»¹⁵⁰.

La prelatura personale si prospetta quindi quale figura istituzionale gerarchica pertinente alla Chiesa universale stabilita dalla suprema autorità, la quale direttamente ne promulga gli statuti in virtù di una deliberazione 'sovrana'¹⁵¹: nel senso che i *christifideles* non possono avocarsi o rivendicare diritti o aspettative al riguardo, ma una volta superiormente creata la struttura ecclesiastica senza concorso costitutivo della loro volontà, essi potranno poi eventualmente spontaneamente aderire (anche se, come si vedrà, non è l'unica possibilità), prefiggendosi non finalità 'private' ma quelle individuate proprio negli *statuta ab Apostolica Sede condita*. Sono istituzioni comunitarie

¹⁴⁸ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, cit., p. 423.

¹⁴⁹ CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *La distinzione tra l'ambito della Chiesa in quanto tale e l'ambito associativo e le sue conseguenze sulla territorialità o personalità dei soggetti ecclesiali transpersonali*, in *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico*, cit., p. 160.

¹⁵⁰ JAVIER CANOSA, *L'appartenenza dei fedeli laici alle comunità gerarchiche della Chiesa*, in *Il fedele laico. Realtà e prospettive*, a cura di LUIS NAVARRO, FERNANDO PUIG, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 218-219.

¹⁵¹ Ricordiamo che gli statuti delle associazioni devono essere solo approvati (can. 314).

ove un *coetus fidelium* si aduna intorno a un pastore, però non necessarie¹⁵² in ragione della ricezione del battesimo (causalità sacramentale), ma facoltative: e appunto complementari, come sopra illustrato. D'altronde la natura puramente associativa delle prelature personali male si 'intonerebbe' con la sancita dipendenza istituzionale delle prelature personali dalla Congregazione per i Vescovi (art. 80 della Costituzione Apostolica *Pastor bonus*¹⁵³) e la consueta elevazione alla dignità dell'episcopato (trattandosi comunque di una funzione di tipo episcopale)¹⁵⁴ dei prelati dell'unica prelatura esistente¹⁵⁵.

In quest'ultima, poi, la fondamentale rilevanza, qualitativa ma anche quantitativa nel senso di numerica, dei laici¹⁵⁶, che non può essere ignorata

¹⁵² Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., pp. 4-5.

¹⁵³ Cfr. appunto, come già emerso, l'art. 80 della Costituzione Apostolica di GIOVANNI PAOLO II *Pastor bonus*, 28 giugno 1988, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXX (1988), pp. 841-930. Tuttavia «De todos modos, como la curia romana sigue una distribución de competencias en razón del territorio, eventuales prelaturas personales circunscritas en el ámbito de los territorios de misión, dependerán necesariamente de la Cong para la Evangelización de los Pueblos (cf art. 89 PB), y aquellas que pudieran eventualmente limitarse a las zonas donde desde antiguo es prevalente el rito oriental, dependerían de la Cong para las Iglesias Orientales (cf art. 60 PB)»: JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., p. 16. A riprova della natura non associativa si veda quanto evidenziano lo stesso Autore a p. 10, nonché ANTONI STANKIEWICZ, *Le prelature personali e i fenomeni associativi*, cit., p. 140, e pp. 150-151.

¹⁵⁴ Invero, come precisa JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., pp. 5-6, «La potestad del prelado no se basa en la recepción del episcopado - aunque es pastoralmente aconsejable que sea obispo -, sino en la participación *a iure*, y no en forma vicaria (como sucede en las circunscripciones misionales), de la potestad que tiene la Autoridad suprema. Por eso, la potestad del prelado personal, como la del obispo diocesano, es una potestad "propia", en el sentido del c. 131 § 2 CIC, aunque no provenga del sacramento del episcopado en sí mismo, sino que sea "*a iure participata*", en eficaz expresión que usaba el Código de 1917 (cf Tit. VII, Sec. II, Pars I, Lib. II CIC 1917). Lo mismo ocurre con el ordinario militar». *Contra* ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (I parte), cit., p. 115 ss.; *Id.*, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (II parte), cit., p. 248 ss.

¹⁵⁵ Sempre sulla negazione della natura associativa cfr. CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *Ancora sull'equiparazione in diritto canonico: il caso delle prelature personali*, cit., p. 638. È vero invece, specifica lo stesso Autore, *L'Opus Dei, prelatura personale*, intervista concessa il 25 dicembre 2007, leggibile online all'indirizzo <http://opusdei.it/it-it/article/lopus-dei-prelatura-personale/>, che «la realtà dell'Opus Dei comprende [...] una associazione di sacerdoti, la Società Sacerdotale della Santa Croce, inseparabile dalla prelatura; ma la Società Sacerdotale della Santa Croce riguarda solo la vita spirituale dei suoi membri: non il loro lavoro pastorale, che non cambia per il fatto di appartenervi. Fanno parte di questa associazione i sacerdoti della prelatura e altri sacerdoti diocesani che hanno ricevuto anche la vocazione all'Opus Dei per santificarsi nella loro vocazione sacerdotale, senza costituire un gruppo a parte, ma facendo in modo che il loro ministero e il loro inserimento nella diocesi, il luogo che è loro proprio nel servizio della Chiesa, siano sempre più fecondi, in piena e cordiale obbedienza all'autorità del vescovo diocesano, unica autorità ecclesiastica dalla quale dipendono, e in fraterna unione con tutti gli altri sacerdoti». Su tale Società Sacerdotale cfr. EDUARDO BAURA, *Finalità e significato dell'erezione di una prelatura personale*, cit., p. 63 ss.

¹⁵⁶ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2017*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2017, p. 1037: la prelatura personale *Sanctae Crucis et Operis Dei* conta 1.991 chiese e centri pastorali, 2.109 sacerdoti, 298 seminaristi maggiori, 92.667 cattolici. La prelatura personale è collocata tra gli

e sottovalutata, farebbe stravagantemente classificare l'*Opus Dei* come 'abnorme' perché non del tutto corrispondente al modello codiciale: di più, in essa «i laici fanno parte *de essentia* dell'ente; senza di essi la prelatura personale non potrebbe conseguire la sua finalità, non potrebbe avere i suoi presbiteri (provenienti dai laici incorporati alla prelatura), non sarebbe venuta all'esistenza o cesserebbe di esistere»¹⁵⁷. I laici, tuttavia, appartengono alla prelatura ma non alla stessa guisa della loro appartenenza ad una Chiesa particolare, ad una diocesi: la stessa equiparazione - che si dia o no -, come sopra abbiamo rammentato, non va confusa con una identità («nullum simile est idem»), lasciando campo a una bilanciata diversificazione che è insieme retroterra, *ubi consistam*, ma anche puntello e mezzo per la 'convivenza' equilibrata delle circoscrizioni di appartenenza secondaria con le circoscrizioni ecclesiastiche cosiddette 'maggiori'. Tutto questo ci sembra risaltare palmarmente proprio dall'adesione all'*Opus Dei*. Anche qui lungi da noi il proposito di un ritratto a tutto tondo, limitandoci a ciò che ci pare essenziale chiarire in prospettiva dell'intento dimostrativo di queste pagine: come debba qualificarsi, cioè, quell'*organica cooperatio* dei laici di cui al can. 296 del Codice. Infatti sulla filologica scomposizione della literalità della stessa taluno ha ostinatamente (e talora speciosamente) insistito, adducendosi come essa non possa essere reputata sinonimica o parificabile ad una vera *incorporatio*, vocabolo scomparso bizzarramente dal testo codiciale quando esso era già in stampa¹⁵⁸, che renda i laici membri in senso costitutivo della prelatura: essi per contro sarebbero *semper* meri cooperatori dall'esterno, quasi come prestatori di lavoro, e comunque passivamente destinatari dei servizi clericali¹⁵⁹. Non entriamo nei meandri dei cavilli tecnici di questa contesa che ha assunto altresì vivaci venature polemiche, per prospettare

ordinariati militari e i vicariati apostolici.

¹⁵⁷ AMADEO DE FUENMAYOR, *Le prelature personali e l'Opus Dei (a proposito di una monografia di G. Lo Castro)*, in *Ius Ecclesiae* I (1989), pp. 171-172.

¹⁵⁸ Ricordiamo che quando il Codice era già in stampa si cambiò nel testo del can. 296 il termine «incorporationis» con «organicae cooperationis»: cfr. quanto riferisce su questi cambiamenti *minoris momenti* JULIÁN HERRANZ, *Prolegómenos. Génesis y elaboración del nuevo Código de Derecho Canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, obra coordinada y dirigida por ÁNGEL MARZO, JORGE MIRAS, RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, I, Eunsa, Pamplona, 2002³, p. 201. Cfr., invece, quanto argomenta sull'organica cooperazione ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (I parte), cit., pp. 131-136; diversa la concettualizzazione di ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, consultabile online all'indirizzo <http://prelaturaspersonales.org/ordinariati-e-prelature-personali-un-dialogo-dottrinale/>, p. 11 (e in versione spagnola *Ordinariatos y prelaturas personales. Aspectos de un diálogo doctrinal*, in *Ius canonicum*, LII [2012], pp. 481-520).

¹⁵⁹ Cfr., ad esempio, GIANFRANCO GHIRLANDA, *Natura delle prelature personali e posizione dei laici*, cit., p. 310; ADRIANO CELEGHIN, *Prelatura personale: problemi e dubbi* (II parte), cit., p. 240 ss.

unicamente alcune osservazioni che ci sembrano di un'evidenza plateale e che ci paiono utili nella prospettiva del ricorso alla figura della prelatura personale per la Fraternità San Pio X, punto di partenza di questa disamina. E la prima osservazione che spicca con forza è la constatazione che l'*Opus Dei* «si presenta come un ente composto da migliaia di comuni fedeli di ogni condizione [...] una convocazione di cristiani, ai quali si offre una profonda formazione cristiana, affinché si impegnino a vivere (personalmente, senza perciò formare un gruppo) l'ideale della perfezione della carità nel mondo e lo trasmettano ad altri, impegno che è di tali caratteristiche che richiede un'attenzione pastorale specifica»¹⁶⁰; un'attenzione pastorale specifica comportante l'esercizio del ministero sacerdotale, il quale è di natura gerarchica, attraverso la dotazione e investitura di un prelado che la sovrintenda unitariamente e sia coadiuvato da un presbiterio¹⁶¹.

Certamente l'*Opus Dei* e la Fraternità San Pio X, pur essendo entrambe la risposta cristiana alla magnetica chiamata di un carisma ovvero la partecipazione ad una spiritualità che deve poter contare sul ministero sacerdotale, ed in questo si rinviene una forte similitudine di sostanza, sono esperienze ecclesiali assai diverse che non vanno grossolanamente fatte collimare sotto ogni profilo: è qui che si rivela oltremodo adeguata la flessibilità giuridica tutt'altro che scarsa della prelatura, che sgorga anche e proprio dalla «tecnica formale della convenzione che potenzialmente allarga i fattori sostantivi suscettibili di essere alla base dell'appartenenza al *coetus*, i quali comunque dovranno essere individuati con precisione volta per volta dall'autorità ecclesiastica al momento della creazione di queste circoscrizioni, come causa giuridica dell'atto formale della convenzione stessa»¹⁶². Anche se questo non significa – l'abbiamo accennato *per incidens* – che il *coetus fidelium* possa essere stabilito unicamente e perentoriamente tramite la stipulazione di una convenzione, come lo stesso *Codex Iuris Canonici* lascia intendere¹⁶³, nel senso che la convenzione non è elemento essenziale della prelatura personale: sì che la flessibilità ne risulta ancor più potenziata. Attraverso la convenzione, comunque, ci pare evidente come, al di là di ogni

¹⁶⁰ EDUARDO BAURA, *Le attuali riflessioni della canonistica sulle prelature personali: suggerimenti per un approfondimento realistico*, cit., pp. 47-48.

¹⁶¹ Cfr. l'impostazione di GIANFRANCO GHIRLANDA, *Natura delle prelature personali e posizione dei laici*, cit., p. 307: «Nel Codice i presbiteri incardinati nella prelatura personale non sono detti presbiterio del prelado, in quanto essi debbono entrare nel presbiterio della diocesi nella quale prestano il loro servizio».

¹⁶² JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, cit., p. 410.

¹⁶³ Cfr. ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 27.

quaestio verborum, i fedeli laici non possano che incorporarsi all'*Opus Dei*, un atto rientrante nell'autonomia della loro volontà che richiede peraltro l'accettazione per parte della prelatura: e questo anche se la virtualità di causare una relazione giurisdizionale gerarchica è somministrata esclusivamente dall'autorità ecclesiastica che si è espressa nell'atto erettivo, senza la quale l'iniziativa del singolo e l'accordo delle parti giacerebbe inconfidente¹⁶⁴.

Occorre dunque non fraintendere: la convenzione siglata dai laici ovvero conclusa verbalmente in presenza di due testi «garantiza la secularidad propia de su entrega»¹⁶⁵ e «costituisce il modo di sottoporsi alla giurisdizione, ma non condiziona i rapporti, i fini e le modalità di espletamento di tali fini, che vengono determinati invece dall'esercizio della giurisdizione e dalla struttura societaria che esula completamente dalla disposizione soggettiva dei fedeli. /Dunque non sono i fedeli coloro che con un contratto costituiscono le prelature (lo fa soltanto l'autorità suprema), né definiscono la portata del proprio rapporto con la loro adesione, poiché non si tratta di un patto tra due parti che si trovano in posizione paritaria, né dell'adesione ad una corporazione la cui formazione è in mano ai suoi membri. Si tratta invece dell'adesione ad un ente la cui vita è determinata dall'autorità suprema»¹⁶⁶. Ciò non è uno svilimento o una menomazione della *libertas christiana*: al contrario la libera *voluntas* del cristiano alligna e affonda le radici, trovando realizzazione, nell'*auctoritas* superiore. Si è concluso: «la previsione del can. 296 per le prelature personali riguarda la costituzione di un nuovo rapporto di giurisdizione, non modificativo di altri preesistenti, e quindi bilaterale anziché trilaterale, nel quale interviene, da un lato, il principio costituzionale gerarchico (in quanto la convenzione ha luogo nell'ambito di una comunità gerarchicamente strutturata, com'è la prelatura personale), e dall'altro il principio costituzionale di uguaglianza, perché il nuovo rapporto non è che una appropriata espressione della compartecipazione sacramentale tra chierici e laici alla missione della Chiesa»¹⁶⁷. Una coniugazione che peraltro, come appena riferito, potrà essere anche diversamente normata nell'atto

¹⁶⁴ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori rilevanti per la determinazione della giurisdizione ecclesiastica (il contesto canonico della convenzione dei fedeli laici con le prelature personali)*, cit., p. 614.

¹⁶⁵ JAVIER FERRER ORTIZ, *Vida, norma y teoría en el acto jurídico de incorporación de los laicos a la prelatura del Opus Dei*, cit., p. 109, che si sofferma ampiamente sulla secolarità dei membri dell'*Opus Dei* garantita appunto altresì dal vincolo di carattere contrattuale. Si veda anche la monografia di CIRO TAMMARO, *La posizione giuridica dei fedeli laici nelle prelature personali*, Edizioni Antonianum, Roma, 2004.

¹⁶⁶ ANTONI STANKIEWICZ, *Le prelature personali e i fenomeni associativi*, cit., p. 158.

¹⁶⁷ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori rilevanti per la determinazione della giurisdizione ecclesiastica (il contesto canonico della convenzione dei fedeli laici con le prelature personali)*, cit., pp. 616-617.

di erezione nonché negli statuti di altre erigende prelature personali, eventualmente potendo essere contemplata l'ascrizione *ex auctoritate*, per atto di autorità, ovvero *ipso iure* in virtù di certe condizioni personali dei fedeli segnatamente laici (che andranno puntualmente definite¹⁶⁸), a prescindere dalla loro volizione¹⁶⁹: come del resto suggerisce la lettura dello stesso can. 296, dal quale si evince che l'accordo convenzionale non attiene appunto all'essenza dell'istituto¹⁷⁰. In ogni modo sempre si chiama in causa la loro dedizione e vitalità quali membri attivi della *aedificatio corporis Christi*, vocati alla santità adempiendo, come nell'*Opus Dei*, i loro doveri quotidiani e 'profani' per così dire (familiari, professionali, ecc.) impregnati di una specifica spiritualità cristiana ed esercitando l'apostolato nel proprio stato e condizione. Essi, *proprio modo*, coopereranno organicamente alla missione del corpo ecclesiastico della prelatura, *ad intra* e *ad extra*, anche proprio assumendo per via contrattuale (ma non solo) impegni giuridici determinati che si addizionano¹⁷¹ a quelli battesimali discendenti dalla condizione di fedele di una Chiesa particolare originariamente presente e di solito locale, senza in nulla impoverirla o defalcarla.

Il prelado capo della circoscrizione, confermato dal romano Pontefice in base agli statuti della prelatura, esercita dunque la sua potestà, ordinaria e propria, sui fedeli, chierici¹⁷² e laici, nella misura del loro rispettivo rapporto gerarchico¹⁷³, che, per quanto concerne questi ultimi, è precisata nei singoli casi dalla Sede Apostolica¹⁷⁴. Segnatamente «nel caso dell'unica prelatura personale finora eretta, la potestà esercitata dal prelado nei confronti dei fedeli incorporati ad essa sulla base della convenzione bilaterale è solo in minima parte cumulativa con la potestà dell'ordinario del luogo. In effetti, tale potestà versa su fedeli che rimangono sotto la giurisdizione generale del pastore della rispettiva Chiesa particolare, ma concerne ambiti determinati dalla peculiare finalità pastorale della prelatura, non interferendo quindi con

¹⁶⁸ Cfr. ANTONIO VIANA, *El principio de personalidad en el derecho canónico*, cit., p. 10.

¹⁶⁹ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Circunscripción eclesiástica*, cit., p. 98.

¹⁷⁰ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal (DGDC)*, cit., p. 396.

¹⁷¹ Segnala chiaramente la distinzione tra l'*indoles saecularis* dei laici cristiani e l'impegno secolare dei laici membri dell'*Opus Dei* GIUSEPPE COMOTTI, *Somiglianze e diversità tra le prelature personali ed altre circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., segnatamente pp. 94 s.

¹⁷² Cfr. EDUARDO BAURA, *Le attuali riflessioni della canonistica sulle prelature personali: suggerimenti per un approfondimento realistico*, cit., p. 49, nota 39.

¹⁷³ Annota CARLO CARDIA, *Il governo della Chiesa*, cit., p. 165, che «tanto gli alunni dei seminari, quanto i sacerdoti incardinati, sono i destinatari principali della giurisdizione dell'ordinario».

¹⁷⁴ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 363.

gli ambiti di competenza del pastore della Chiesa particolare»¹⁷⁵. Ma pure qui non si esclude che al momento dell'erezione ovvero gli statuti di future prelature possano prevedere una potestà cumulativa¹⁷⁶ del prelado rispetto a quella del pastore della Chiesa particolare - il quale garantisce la *cura pastoralis piena* cui ogni *christifidelis* ha sempre diritto¹⁷⁷ -, secondo le esigenze delle opere pastorali per cui vengono costituite: e pure si dettaglieranno le modalità di coordinamento con le Chiese particolari territorialmente delimitate cui i fedeli continuano ad appartenere, anche oltre quanto previsto dai canoni codiciali, come d'altronde avvenuto per l'*Opus Dei*¹⁷⁸. Ciò che a monte evita conflitti di giurisdizione o insidie bicefaliche per l'unità giurisdizionale della diocesi¹⁷⁹, ed anzi icasticamente rispecchia l'indole diaconale di ogni *potestas regiminis*. I mutevoli contenuti degli statuti su elementi assai rilevanti ma accessori, che non tangono cioè le componenti essenziali dell'istituto *de quo*, riflettono proprio le mutevoli esigenze pastorali cui le prelature personali stesse possono essere volta a volta, non arbitrariamente ma a seconda delle susseguenti evenienze storiche, piegate: e forse proprio per non compromettere questo vulcanico 'moto creativo' e quindi frenarne o conculcarne gli sviluppi non si è emanata una legge speciale comune come per gli ordinariati militari, realtà per converso sostanzialmente omogenee.

I laici sono quindi *portio, coetus populi Dei*¹⁸⁰, appartengono alla pre-

¹⁷⁵ ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., pp. 34-35.

¹⁷⁶ Per una distinzione della natura del possibile concorso di giurisdizioni, ovvero sul concetto di giurisdizione cumulativa, sussidiaria o complementare applicato alle prelature personali cfr. CIRO TAMMARO, *Riflessioni sul senso e l'ambito di applicazione del can. 294 CIC. Un'analisi logica e teologica della norma*, cit., p. 686 ss. Si veda anche la ricostruzione di EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 175 ss., anche in nota.

¹⁷⁷ Rinviamo alle chiare spiegazioni di GIUSEPPE COMOTTI, *Somiglianze e diversità tra le prelature personali ed altre circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 96 ss.

¹⁷⁸ Cfr. la sintesi di JORGE MIRAS, *Organización territorial y personal: fundamentos de la coordinación de los pastores*, cit., pp. 15-16.

¹⁷⁹ Come nota in generale CARLOS J. ERRÁZURIZ M., *La distinzione tra l'ambito della Chiesa in quanto tale e l'ambito associativo e le sue conseguenze sulla territorialità o personalità dei soggetti ecclesiali transpersonali*, cit., p. 163, «In questo processo ci possono essere naturalmente dei problemi e delle tensioni, ma se questi fossero assolutamente da evitare, si dovrebbe ripensare l'esistenza stessa dei riti, che hanno comportato dei gravi problemi di unità nella storia della Chiesa».

¹⁸⁰ Sulle espressioni *portio* ovvero *coetus populi Dei* si vedano le diverse opinioni di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., p. 6, e EDUARDO BAURA, *Finalità e significato dell'erezione di una prelatura personale*, cit., p. 61, nota 52. Cfr. anche CIRO TAMMARO, *Riflessioni sul senso e l'ambito di applicazione del can. 294 CIC. Un'analisi logica e teologica della norma*, cit., p. 675 ss.

latura¹⁸¹, sia pure – diversamente dai chierici incardinati¹⁸² – limitatamente alle opere apostoliche della medesima e con i diritti e doveri stabiliti negli statuti, compatibilmente con l'appartenenza diocesana in modo che la concorrenza orizzontale¹⁸³ di giurisdizione si districchi pianamente. Tornando su quanto già asserito, recludere in una dimensione solo clericale le prelature personali, oltre che anacronistico - lo ribadiamo, quasi un suicidio per l'istituto - sarebbe inoltre ed anzi soprattutto immemore e quindi vanificante la comune responsabilità di tutti i battezzati, e quindi anche dei laici, per nulla subalterni e supinamente passivi nella correlazione tra sacerdozio ministeriale e sacerdozio comune, all'edificazione del corpo di Cristo magnificata dal Concilio Vaticano II¹⁸⁴. Ma se si viviseziona la tesi riduttiva qui sondata, essa rischia di obnubilare altresì, al fondo, altri importanti colonne dell'ecclesio-logia conciliare: segnatamente la concezione della *Ecclesia* come *communio Ecclesiarum*, la dimensione ministeriale ed altresì appunto comunionale della potestà ecclesiastica e dell'esercizio degli uffici pastorali di giurisdizione nel perseguimento della missione salvifica universale, nell'unità ma anche nella diversità. Davvero nitido ed inconfutabile a riprova di ciò quanto asseverato da San Giovanni Paolo II, dissertando «delle componenti in cui la Prelatura è organicamente strutturata, cioè dei sacerdoti e dei fedeli laici, uomini e donne, con a capo il proprio Prelato. Questa natura gerarchica dell'*Opus Dei*, stabilita nella Costituzione apostolica con la quale ho eretto la Prelatura (cfr. Cost. ap. *Ut sit*, 28-XI-82), offre lo spunto per considerazioni pastorali ricche di applicazioni pratiche. Innanzitutto desidero sottolineare che l'appartenenza dei fedeli laici sia alla propria Chiesa particolare sia alla Prelatura, alla quale sono incorporati, fa sì che la missione peculiare della Prelatura confluisca nell'impegno evangelizzatore di ogni Chiesa particolare, come prevede il Concilio Vaticano II nell'auspicare la figura delle Prelature personali. La convergenza organica di sacerdoti e laici è uno dei terreni privilegiati sui quali prenderà vita e si consoliderà una pastorale improntata

¹⁸¹ Nettamente avverso a questa tesi MICHAEL BENZ, *Prelatura personale*, cit., p. 7, per il quale i laici non possono divenire membri della prelatura.

¹⁸² Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, cit., p. 415; CIRO TAMMARO, *Riflessioni sul senso e l'ambito di applicazione del can. 294 CIC. Un'analisi logica e teologica della norma*, cit., p. 673 ss.

¹⁸³ Fuoriesce dall'economia di questo lavoro ogni trattazione specifica sulla concorrenza verticale di giurisdizione con il sommo Pontefice, per la quale rinviamo all'ampia letteratura al riguardo. Alcune considerazioni le abbiamo però sviluppate in GERALDINA BONI, *Corresponsabilità e sussidiarietà nella Chiesa*, in *Archivio Giuridico*, CCXXIV (2004), pp. 497-575; *Ead.*, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà nella Chiesa*, *ivi*, CCXXX (2010), pp. 135-247.

¹⁸⁴ Cfr. ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, cit., p. 10.

a quel “dinamismo nuovo” (cf. Lett. ap. *Novo millennio ineunte*, 15) cui tutti ci sentiamo incoraggiati dopo il Grande Giubileo»¹⁸⁵.

Una pastorale così progettata e concretizzata non può non incrociarsi con quell'afflato della ‘Chiesa ospedale da campo’ tanto bramata da Papa Francesco, che si protende a soccorrere ciascuno nella sua irripetibilità e che, per questo, deve equipaggiarsi e sfruttare tutte le competenze che lievitano nel popolo di Dio. Ci rendiamo dunque perfettamente conto che abbiamo sposato seccamente e risolutamente un’impostazione relativamente alla natura delle prelature personali, concedendo un’eco davvero minima alla voce di chi, pur assai autorevolmente, aderisce ad una divergente ricostruzione, motivandola con padronanza di argomentazioni teologico-giuridiche. Non era, però, nostra intenzione, né ci arroghiamo la presunzione di irrompere in un dibattito scientifico pluriennale di inusitata intensità. Nostro *telos* assai meno presuntuoso è quello di verificare se la prelatura personale, così come concepita da quella dottrina che non si può negare le assegni un ruolo pregno di futuro nella Chiesa post-conciliare e contemporanea - piuttosto che fossilizzarla in una costruzione giuridica praticamente inservibile -, meriti finalmente di essere messa alla prova nella realtà ecclesiale odierna. Crediamo infatti che essa, ignorata se non affossata in questi ultimi anni, potrebbe invece rivelarsi un’ottima *chance* per il raggiungimento degli obbiettivi della pastorale ecclesiale del Terzo Millennio, proprio quella sospirata da Papa Bergoglio. Ciò lo appureremo non in un impalpabile empireo, ma valutando pecche e vizi, sia come malconformazione sia come malfunzionamento, di alcune soluzioni giuridiche cui si è acceduto in queste prime decadi del Duemila e che forse potevano essere elusi o comunque alleviati proprio tramite il sagace impiego della plasticità delle prelature personali.

4. *L'amministrazione apostolica personale San Giovanni Maria Vianney: problemi aperti*

Se per la Fraternità Sacerdotale San Pio X si è in attesa di un epilogo che alfine suturi e cicatrizzi le ferite all’unità ecclesiale, una completa ‘reintegrazione’ nel grembo della Chiesa cattolica con riconoscimento canonico della piena comunione si è invece conseguita per la ‘gemella’, se così ci possiamo esprimere, Unione Sacerdotale San Giovanni Battista Maria Vianney. Essa infatti venne fondata nel 1981 da Mons. Antonio De Castro Mayer a

¹⁸⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso del 17 marzo 2001*, in *L'osservatore romano*, 18 marzo 2001, p. 6.

Campos, in Brasile, dopo averne lasciato la guida come vescovo diocesano non prima di aver impedito l'attuazione in essa della riforma liturgica del Concilio Vaticano II¹⁸⁶. Egli condivideva con Mons. Lefebvre la preoccupazione di assicurare la continuità del sacerdozio e della liturgia cattolica nonché il magistero della Chiesa alla luce della tradizione contro le 'deviazioni' del Vaticano II, e con Marcel Lefebvre era poi incorso nella scomunica per avere ordinato quattro vescovi senza mandato pontificio¹⁸⁷; così come nella scomunica *latae sententiae ex can. 1382* era incorso il successore di De Castro Mayer nella guida dell'Unione, Licinio Rangel, ordinato da vescovi illegittimamente consacrati appunto nel 1988.

Ma «attorno al Grande Giubileo dell'anno 2000 iniziò un progressivo riavvicinamento a Roma»¹⁸⁸ e venne ricucito lo strappo della contestazione dottrinale: con Decreto *Animarum bonum* del 18 gennaio 2002 (domenica della settimana di preghiera per l'unità dei cristiani)¹⁸⁹ della Congregazione per i vescovi, eseguendo la volontà e per speciale mandato del sovrano Pontefice Giovanni Paolo II¹⁹⁰, previa supplica dell'Unione

¹⁸⁶ Nella diocesi avvenne una spaccatura tra coloro che volevano continuare a seguire il rito antico e chi intendeva seguire la riforma liturgica conciliare. Una sintesi delle vicende in JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio ecclesiastica*, cit., p. 181 ss.; e in MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale "San Giovanni Maria Vianney": una novità nel segno della tradizione*, in *Archivio giuridico*, CCXXIV (2004), pp. 241-243.

¹⁸⁷ Cfr. quanto abbiamo riferito in precedenza.

¹⁸⁸ JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale San Giovanni Maria Vianney*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, I, cit., p. 2.

¹⁸⁹ Questa invero la successione degli atti: la «recepción de los fieles a la plena comunión tuvo su definitivo cumplimiento en la ceremonia celebrada el 18 de enero de 2002 [...] durante la cual tuvo lugar la Declaración de Mons. Rangel y la notificación del Decreto de la Congregación para los Obispos sobre su nombramiento como Administrator apostólico personal. Finalmente, en esa misma fecha, se promulgó el "Decreto de erección [...]»»: JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio ecclesiastica*, cit., p. 183.

¹⁹⁰ Cfr. la lettera autografa di GIOVANNI PAOLO II, *Ecclesiae unitas, Epistula Venerabili Fratri Licinio Rangel dilectisque Filiis Unionis Sancti Ioannis Mariae Vianney Camposinae in Brasilia*, 25 dicembre 2001, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIV (2002), pp. 267-268. Allo 'speciale mandato' fa riferimento il Decreto erettivo (art. I). Nella lettera del Papa, constatato il ravvedimento, si rimetteva la censura di cui al can. 1382 a Licinio Rangel e si accordava altresì la remissione di tutte le censure e la dispensa da tutte le irregolarità nelle quali fossero incorsi altri membri dell'Unione. Asserisce JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Reciente riconoscimento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione apostolica personale*, in *Il diritto ecclesiastico*, CIV (2003), I, p. 180: «L'Epistola papale diviene [...] il documento legislativo di erezione canonica di un'Amministrazione apostolica personale che il 18 gennaio 2002 la Congregazione per i Vescovi ha regolato per Decreto "de Summi Pontificis speciali mandato". Si tratta dell'erezione dell'Amministrazione apostolica personale e anche della sua regolamentazione». Meglio dire che l'amministrazione apostolica è stata eretta dalla Congregazione dei vescovi con Decreto, «ma quale frutto della lettera autografa del Papa datata 25 dicembre 2001, con la quale Giovanni

medesima¹⁹¹, essa è stata eretta quale amministrazione apostolica San Giovanni Maria Vianney di natura personale, il cui territorio deve essere lo stesso di quello della diocesi di Campos¹⁹². Tale ‘circostrizione ecclesiastica’ - così appellata dallo stesso Decreto erettivo¹⁹³ - è giuridicamente equiparata alle diocesi direttamente soggette alla Santa Sede - «in iure dioecibus aequatur immediate Sanctae Sedi subiectis»: dunque non fa parte della provincia ecclesiastica¹⁹⁴ - e affidata ad un amministratore apostolico nominato dal Papa in base alle norme del diritto comune. La sua giurisdizione è personale, potendosi esercitare sulle persone che appartengono all’amministrazione

Paolo II esponeva le ragioni principali della decisione assunta»: EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, in *Ius Ecclesiae*, XXIV (2012), p. 21, nota 22. Si sofferma sulle peculiarità di questa erezione, confrontandole con i casi di erezione di altre amministrazioni apostoliche GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell’Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, in *Ius Ecclesiae*, XIV (2002), pp. 852-853. Secondo JUAN IGNACIO ARRIETA, *L’amministrazione apostolica personale San Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 10, la mancanza dell’atto pontificio di erezione «pare suggerire in certo modo che la soluzione tecnica seguita [...] non è da ritenere una iniziativa tipicamente primaziale come la costituzione di nuove Chiese (particolari)».

¹⁹¹ La lettera è datata 15 agosto 2001, ed è firmata da Licinio Rangel, successore di De Castro Mayer - ordinato vescovo il 28 luglio del 1991 da tre vescovi della Fraternità San Pio X - e da tutti i membri dell’Unione medesima. Dopo la nomina ad amministratore apostolico (con Decreto sempre del 18 gennaio 2002), Rangel ha emesso la professione di fede e il giuramento di fedeltà al Papa, rendendo una dichiarazione, congiuntamente con i sacerdoti dell’amministrazione apostolica, in cui si riconosceva il Concilio Vaticano II come uno dei concili ecumenici della Chiesa cattolica, accettandolo alla luce della Santa Tradizione; si riconosceva la validità del *Novus Ordo Missae* sempre che sia celebrato correttamente e con l’intenzione di offrire il vero sacrificio della Santa Messa; ci si impegnavo inoltre ad approfondire tutte le questioni rimaste aperte, tenendo presente il can. 212 del *Codex Iuris Canonici* e con una sincera disposizione di umiltà e di carità fraterna con tutti (cfr. Campos - la documentación, *La declaración del obispo Rangel*, in *Siempre fieles*, 2/45 [2002], p. 72). Per completezza ricordiamo pure che il successivo 28 giugno 2002 fu nominato quale vescovo coadiutore con diritto di successione Mons. Fernando Aréas Rifan che si trova alla guida dell’amministrazione dal giorno della morte di Mons. Rangel, avvenuta il 16 dicembre 2002.

¹⁹² Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Decretum Animarum bonorum De administratione Apostolica personali «Sancti Ioannis Vianney» condenda die 18 ianuarii 2002*, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIV (2002), pp. 305-308. Tale limitazione territoriale è ribadita sia nel preambolo sia nell’art. II. Cfr. PETER KRÄMER, *Die Personaladministration im Horizont des Kirchlichen Verfassungsrechts*, in *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, CLXXII/1 (2003), pp. 97-108.

¹⁹³ All’art. IX § 1. Specifica JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell’organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., p. 282: «Come circostrizione ecclesiastica dipende direttamente dalla Congr. per i Vescovi [...] e si rapporta direttamente con gli altri dicasteri della Curia romana. C’è anche da rilevare l’inesistenza di rapporto strutturale tra l’amministrazione apostolica e la Pont. Com. *Ecclesia Dei*».

¹⁹⁴ Così il Decreto erettivo all’art. I. Cfr. JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, in *Cuadernos doctorales*, XXII (2008), p. 173; GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell’Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 855. Peraltro le giurisdizioni vicarie, come in questo caso, «non sono solitamente incorporate in province ecclesiastiche, in quanto sarebbe difficilmente giustificabile l’interposizione della giurisdizione, pur limitata, del metropolita nel rapporto vicario col Romano Pontefice» (JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell’organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 479).

apostolica, ordinaria, sia nel foro esterno sia in quello interno, e cumulativa con la giurisdizione del vescovo di Campos, poiché le persone che pertengono all'amministrazione sono simultaneamente fedeli della Chiesa particolare camposina: non sono cioè sottratti alla potestà del vescovo diocesano, in alcun modo depauperata¹⁹⁵. Come si statuisce nel Decreto, i presbiteri e i diaconi sin'allora aderenti all'Unione sono incardinati nell'amministrazione apostolica e fanno parte sotto tutti gli aspetti del clero secolare: per questa ragione devono avere riguardo alla necessità di una stretta unità con il presbiterio diocesano di Campos¹⁹⁶. L'amministratore apostolico, con l'approvazione della Santa Sede, può avere un proprio seminario per formare i candidati al sacerdozio, ai quali può conferire l'ordine sacro; potrà altresì costituire nel seno dell'amministrazione istituti di vita consacrata e società di vita apostolica, promuovendone agli ordini sacri i candidati che ne fanno parte; sentito il parere del vescovo diocesano camposino¹⁹⁷, può inoltre erigere parrocchie personali (can. 518 CIC)¹⁹⁸. Per quanto attiene ai laici afferenti all'Unione, essi divengono membri della nuova circoscrizione ecclesiastica¹⁹⁹. Coloro che chiedono di farne parte, devono manifestare la loro volontà in forma scritta: i loro nomi sono inseriti in un apposito registro conservato presso la sede dell'amministrazione apostolica, nel quale anche sono iscritti i laici già affiliati all'amministrazione e coloro che in essa sono battezzati. Il Decreto infine sancisce previsioni concernenti il governo interno, gli obblighi dell'amministratore apostolico, i tribunali per i casi giudiziari.

La peculiarità che effigia la fisionomia di questo ente ecclesiastico, al quale aderiscono chierici, religiosi e laici, consiste nell'attribuita facoltà di celebrare l'eucaristia, gli altri sacramenti, la liturgia delle ore e le altre azio-

¹⁹⁵ Invero, come notava, JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesialística*, cit., p. 175, «En la práctica, la cumulación de la potestad exige el establecimiento de un orden de prioridades en el ejercicio de la potestad, para asegurar la necesaria armonía y coordinación. [...] El decreto de erección de la AAP-SJMV no dice nada de las prioridades en el ejercicio de la potestad cumulativa. Esto debe ser regulado en los estatutos de la Administración apostólica, que todavía no han sido publicados»; tale Autore, di seguito, prendendo come esempio la regolazione della giurisdizione cumulativa contenuta nella Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae* del 21 aprile 1986, formula una sua proposta di possibile regolazione.

¹⁹⁶ Cfr. le spiegazioni, riguardo all'art. VI del Decreto erettivo, di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., p. 283.

¹⁹⁷ Il vescovo di Campos deve dunque essere sentito *ad validitatem*, ma il suo parere non è vincolante.

¹⁹⁸ Si dispone poi che i presbiteri nominati parroci godono dei medesimi diritti e doveri che prescrive il diritto comune, cumulativamente a quelli appartenenti ai parroci del territorio.

¹⁹⁹ Informa invero JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 15: «Al momento dell'istituzione nel 2003, però, a differenza dei chierici, i laici aderenti non vennero incorporato *ipso iure*, ma dietro esplicita nuova richiesta».

ni liturgiche secondo il rito romano e la disciplina liturgica prescritte da San Pio V, con gli adattamenti introdotti dai suoi successori fino a Giovanni XXIII, come esplicitamente si detta nel citato Decreto (art. III). Pertanto l'amministrazione apostolica può seguire l'intera disciplina di cui alla Costituzione Apostolica di San Pio V *Quo primum tempore* del 19 luglio 1570 con le modifiche apportate fino a Papa Roncalli: non si era più dinanzi alla possibilità di usufruire di un mero 'indulto', così come prescritto dalla Lettera Circolare *Quattuor abhinc annos* della Congregazione per il culto divino del 3 ottobre 1984²⁰⁰, ma è stata suggellata la piena facoltà di impiegare la disciplina liturgica preconciliare²⁰¹, potendosi altresì pretendere dall'amministratore apostolico che i sacerdoti incardinati non facciano uso di quella riformata da Paolo VI. Poiché il Decreto di erezione tace sul 'raggio' di esercizio, «Ya que esta facultad se atribuye a la mencionada Administración apostólica, podemos decir que puede ser ejercida solamente dentro del territorio de la diócesis de Campos»²⁰²: un'opinione che ci sembra plausibile, stante il tenore letterale della norma e almeno al momento dell'emanazione del Decreto²⁰³, nonostante qualcuno non sia d'accordo²⁰⁴.

Se i 'proseliti' del vescovo De Castro Mayer sembrano dunque avere ottenuto gran parte di quanto impetrato a Roma, in questa sede interessa domandarci invece se l'opzione 'amministrazione apostolica' sia stata la più confacente o no; ma soprattutto se oggi, quindici anni dopo, oramai 'stabilizzatasi' la situazione, potrebbe essere utilmente ripensata, sul presupposto che all'epoca si prefigurò uno *status* in qualche modo 'a tempo'²⁰⁵, visto

²⁰⁰ Cfr. CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO, Lettera Circolare *Quattuor abhinc annos* ai Presidenti delle Conferenze Episcopali, 3 ottobre 1984, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXVI (1984), pp. 1088 s. Sui limiti di questo provvedimento cfr. JOSÉ LANDETE CASAS, *La Pontificia Comisión «Ecclesia Dei»: nuevas formas de organización eclesiástica para la tutela de los derechos fundamentales del fiel*, cit., pp. 757-758.

²⁰¹ Rileva altresì JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 12: «Come si sa, dopo la promulgazione nel 2007 del *motu proprio Summorum Pontificum*, che consente di adoperare la liturgia anteriore al 1970, la facoltà concessa all'amministrazione nel 2002 non può considerarsi come "dispensa" della legge universale. Ciò non toglie, tuttavia, che detta liturgia sia caratteristica specifica dell'ordinaria cura pastorale in questa comunità». Cfr. anche quanto si osserverà in seguito.

²⁰² JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., p. 180.

²⁰³ Si veda peraltro quanto osserveremo in seguito a proposito della successiva promulgazione della ricordata Lettera Apostolica *Motu Proprio data Summorum pontificum* il 7 luglio 2007.

²⁰⁴ Cfr. JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunión eclesial*, cit., p. 188.

²⁰⁵ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 3.

che l'urgenza del momento non consentiva di abordare soluzioni forse più confacenti ma ancora teoreticamente, per così dire, contrastate, mentre era pragmaticamente e imperiosamente necessario, comunque, «assicurare la “ricomposizione” del microcosmo della comunità diocesana di Campos assicurando l'appartenenza alla diocesi dei fedeli che aderivano all'Unione Sacerdotale»²⁰⁶.

L'amministrazione apostolica, a tenore del can. 371 § 2 del *Codex Iuris Canonici*, è una determinata *portio populi Dei*, che, per ragioni speciali e particolarmente gravi, non viene eretta come diocesi dal sommo Pontefice e la cura pastorale della quale è affidata ad un amministratore apostolico che la governa in nome del Papa. L'amministrazione apostolica – stabilmente costituita²⁰⁷ – è una «novedad» introdotta dal *Codex Iuris Canonici* per la Chiesa latina rispetto alla codificazione piano-benedettina²⁰⁸, che non è stata recepita dal *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, preferendosi semmai in questi casi la figura dell'esarcato²⁰⁹. Come può evincersi dalla lettera del

²⁰⁶ JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 3.

²⁰⁷ Assume invero GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 854, anche in nota: «L'esame della normativa contenuta nel codice fa emergere un problema circa la eventuale duplicità di amministrazioni apostoliche. Stando, infatti, alla lettera del codice, si potrebbe ritenere che il Legislatore abbia almeno insinuata una differenza tra due tipi: l'amministrazione apostolica “stabiliter erecta” (can. 368) e l'amministrazione apostolica semplicemente detta (cfr. can. 371, § 2). Oltre a questa diversa terminologia, che non riteniamo doversi addebitare ad un errore materiale ma che forse risente della diversità delle figure di amministratori disciplinata dal vecchio codice, nulla si aggiunge circa la eventuale duplice tipologia. [I verbali del gruppo di studio che lavorò alla elaborazione di questi canoni offrono qualche elemento interessante ma insufficiente per chiarire il nostro problema]».

²⁰⁸ Il *Codex Iuris Canonici* del 1917 trattava non dell'amministrazione apostolica bensì, nei canoni 312-318, degli amministratori apostolici, contemplandone diversi ‘tipi’, secondo che fossero nominati per una sede vacante o no e secondo la possibile determinazione temporale del mandato: in ogni caso gli amministratori apostolici governavano una diocesi già costituita, ciò che pare incompatibile con la definizione di amministrazione apostolica del Codice vigente. Cfr. per nozioni storiche ETIENNE MAGNIN, *Administrateurs apostoliques*, in *Dictionnaire de droit canonique*, I, Librairie Letouzey et Ané, Paris, 1935, cc. 181-182. Si veda anche quanto riferiscono JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., pp. 146-147; JULIO GARCÍA-MARTÍN, *Observaciones al c. 1018 sobre la figura del administrador apostólico*, in *Apollinaris*, LXV (1992), pp. 593-607; PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 41. Ricostruisce nel dettaglio la connessione tra i due istituti JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., pp. 5-6.

²⁰⁹ Così JOSÉ LANDETE CASAS, *Administración apostólica*, in *Diccionario general de derecho canónico*, obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 201, il quale ricorda che l'unica amministrazione apostolica stabile che dipende dalla Congregazione per le Chiese orientali (*Caucasi Latinorum*) è di rito latino. Sulle differenze sul tema tra le due codificazioni cfr. ANNE BAMBERG, *L'administrateur apostolique. Réalités complexes et vocabulaire flottant. Questions autour du droit canonique*, in *Ius Ecclesiae*, XIX (2007), pp. 509-430.

canone, si dovrebbe trattare di casi eccezionali²¹⁰, i quali infatti sono assai poco diffusi nell'orbe: come attesta l'*Annuario pontificio* del 2017 le amministrazioni apostoliche sono otto, esclusa appunto l'amministrazione apostolica personale São João Maria Vianney²¹¹. E l'amministrazione apostolica personale *de qua* ha rappresentato una novità nella novità: siamo dinanzi ad un «nuevo tipo de circumscripción eclesiástica de naturaleza personal, no previsto explícitamente en el CIC. [...] se trata de una aplicación específica de la figura de Administración apostólica en la modalidad enunciada con carácter general por el c. 372 § 2»²¹²; un'applicazione che presenta anzi caratteri generalmente incompatibili con un'amministrazione apostolica ordinaria, come subito affiorerà²¹³.

Anche nell'amministrazione apostolica personale il fulcro risiede nella porzione del popolo di Dio, qui incarnato da quei fedeli «che si sentono vincolati ad alcune precedenti forme liturgiche e disciplinari della tradizione latina»²¹⁴. Ineludibile allora chiedersi quali siano le «speciales et graves omnino rationes» che hanno stimolato a rigettare altre vie giuridicamente plausibili e che forse avrebbero collocato la struttura canonica in quel contesto di maggiore 'normalità' e 'stabilità' che pure la sistemazione definitiva di ogni vertenza dottrinale avrebbe postulato. Ad esempio, se si reputava troppo precoce o, più radicalmente, improprio indirizzarsi verso una vera e propria diocesi personale (can. 372 § 2)²¹⁵, si poteva accedere ad alternative più 'modeste' e meno solenni ma più 'fisiologiche', volgendosi verso la parrocchia personale (can. 518), ovvero la costituzione di un vicario episcopale (can. 383 § 2), oppure di un vicario parrocchiale (can. 545 § 2) o di cappel-

²¹⁰ Insiste sul fatto che si tratti di «figure [...] eccezionali, e per natura loro "interine" (e "transitorie")» (anche con riferimento all'"exarchia") DAVID-MARIA A. JAEGER, *Erezione di circoscrizioni ecclesiastiche orientali in territori a popolazione cattolica prevalentemente di rito latino: considerazioni e presupposti ecclesiologici*, cit., p. 503 ss.

²¹¹ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2017*, cit., pp. 1060-1062. Come noto, l'*Annuario pontificio* non ha lo stesso valore degli *Acta Apostolicae Sedis*, ma si tratta di un'autorevole pubblicazione dell'Ufficio Centrale di Statistica della Chiesa cattolica.

²¹² JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio ecclesiastica*, cit., pp. 183-184.

²¹³ Sintetizza tali caratteri, su cui ci soffermeremo in seguito, JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunio ecclesiastica*, cit., p. 186.

²¹⁴ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Ecclesia Dei*, 2 luglio 1988, cit., p. 1496.

²¹⁵ Afferma invero GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 393: «finora non è stata costituita alcuna Diocesi personale in base al can. 372 §2, ma sono assimilabili a Diocesi personali [...] l'Amministrazione apostolica personale "San Giovanni Maria Vianney" [...]. Tutte queste circoscrizioni personali possono, almeno indirettamente, rientrare sotto la previsione generale del can. 372 §2».

lani (can. 564 ss.)²¹⁶. Probabilmente però si voleva imprimere a tale realtà la 'dignità' di circoscrizione 'indipendente', 'assimilata' alla Chiesa particolare se *stabiliter erecta* (can. 368)²¹⁷.

Secondo la Commissione preparatoria della vigente codificazione due motivazioni riposerebbero alla base dell'erezione di un'amministrazione apostolica: «rationes sunt generatim disciplinares vel politicae»²¹⁸. Le ragioni politiche sussistono di solito in paesi in cui la Chiesa, per inimicizia del potere secolare, non fruisce del raggio di manovra sufficiente per 'gestire' una diocesi, e sono in passato effettivamente state alla base di alcune fattispecie in territori sottoposti all'influenza dell'ex Unione Sovietica; altre cause politiche si innestano in uno stato di guerra o di rivoluzione sociale (o immediatamente posteriore a questi eventi) che può preludere a consistenti trasformazioni tali da inibire la fissazione di frontiere o che può generare tensioni diplomatiche. Anche ragioni ecumeniche, per non urtare o lesionare le relazioni con altre comunità cristiane non cattoliche insediate nel luogo, potrebbero orientare la prassi pontificia²¹⁹. Il Decreto erettivo del 2002 dell'amministrazione apostolica di Campos è muto al riguardo²²⁰. Nel caso in esame, nell'irrefragabile assenza di quelle riepilogate – v'è infatti una diocesi regolarmente costituita –, sembrerebbero stagliarsi *rationes disciplinares*, le quali potrebbero insinuare una non illimitata fiducia della Santa Sede: e questo nonostante l'affrancamento da subito effettuato dalla Commissione *Ecclēsia Dei* e la sottoposizione dei tradizionali brasiliani «ai dicasteri "normali"²²¹ della Curia romana»²²². Tuttavia, la conquista totale della fiducia e la collaudata obbedienza alla Santa Sede potrebbero rendere transeunte e superabile *in melius*, per così dire, l'assetto adottato. D'altronde

²¹⁶ Cfr. quanto riferisce JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 3.

²¹⁷ Cfr. le considerazioni che svolgeva in un saggio edito nel 2002 ma probabilmente ultimato prima delle vicende di cui trattiamo (che infatti non vengono menzionate) JOSÉ LANDETE CASAS, *La Pontificia Comisión «Ecclēsia Dei»: nuevas formas de organización eclesiástica para la tutela de los derechos fundamentales del fiel*, cit., p. 768.

²¹⁸ *Communicationes*, XVIII (1986), p. 68.

²¹⁹ Per alcuni esempi dei diversi casi cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 18.

²²⁰ Cfr. le considerazioni di GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., pp. 854-855. Per differenti rilievi cfr. JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Ulteriori considerazioni sull'Amministrazione apostolica personale «San Giovanni Maria Vianney»*, in *Il diritto ecclesiastico*, CIII (2004), II, pp. 1058-1059.

²²¹ Cfr. l'art. II del Decreto erettivo.

²²² MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale «San Giovanni Maria Vianney»: una novità nel segno della tradizione*, cit., p. 251.

de «El hecho de que se erija con una cierta estabilidad non desdice que se trate de una circunscripción transitoria, pues siempre estará en dependencia de la subsistencia de esos condicionantes que impiden “establemente” recurrir a una diócesis. [...] La delimitación de la *portio populi Dei* se realiza habitualmente con criterios territoriales, aunque recientemente la Santa Sede ha erigido una administración personal, teniendo siempre presente que eso se realiza con una perspectiva provisional y con miras al establecimiento, cuando sea posible, de una diócesis»²²³. Dunque una sua certa precarietà e provvisorietà, intrinseca della figura, renderebbe non del tutto azzardata la posteriore ‘conversione’ in una diocesi ovvero (in questo senso ci parrebbe nel caso opportuno orientarsi) in una circoscrizione che, alla luce di alcune complicità diagnosticate, si stimasse più atta.

Anche qui non entreremo nel dibattito - già incidentalmente emerso - se, stante l’assimilazione alla diocesi effettuata dal can. 368, l’amministrazione apostolica sia una Chiesa particolare o no, il quale si trapianta in quello, assai più vasto e arato da una letteratura sterminata sulla quale ci siamo solo rapidamente addentrati, circa l’‘essenza’ di quest’ultima: atteso, come già notato, che il magistero della Chiesa e la legislazione canonica non adoperano tale espressione in modo univoco ma appunto polisemicamente. E infatti, pure a proposito dell’amministrazione apostolica di Campos, gli Autori si sono schierati parimenti su fronti antistanti²²⁴. Certamente, però, trattando-

²²³ JOSÉ LANDETE CASAS, *Administración apostólica*, cit., p. 202.

²²⁴ COSÌ JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., p. 147 ss., dedica parte della sua esposizione al quesito: «¿Es la Administración apostólica Iglesia particular?», rispondendo che essa «difícilmente puede ser considerada como Iglesia particular» (*ivi*, p. 152). Sempre in senso negativo si pronuncia JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., pp. 18-19; *Id.*, *Sub can. 371*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, obra coordinada y dirigida por ÁNGEL MARZOA, JORGE MIRAS, RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, II/1, Eunsa, Pamplona, 2002³, p. 702; anche per JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunión eclesial*, cit., p. 184, nota 30, «la Administración apostólica difícilmente puede ser calificable como Iglesia particular». Invece, nel senso che si tratti di una Chiesa particolare «in situazioni particolari» ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 10. Si pronunciano incidentalmente nel senso che l’amministrazione apostolica di Campos sia una Chiesa particolare JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, *Tradición anglicana en la Iglesia de Roma. Ordinariatos personales para antiguos fieles anglicanos*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, XXVI (2011), p. 24; JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Ulteriori considerazioni sull’Amministrazione apostolica personale «San Giovanni Maria Vianney»*, cit., p. 1057; PETER KRÄMER, *Die Personaladministration im Horizont des Kirchlichen Verfassungsrechts*, cit., p. 102; PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 42. Secondo GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell’Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 860: «resta aperta [...] la questione relativa alla possibile equiparazione della amministrazione apostolica S. Giovanni Maria Vianney alla chiesa particolare». Invece JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell’organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit.,

si di una circoscrizione ecclesiastica²²⁵, la sua composizione deve adeguarsi al binomio costituzionale *ordo (clerus) - plebs*, essendo formata dall'ufficio capitale, dal presbiterio e dal popolo. In essa, invero, il pastore proprio dovrebbe essere il romano Pontefice, mentre l'amministratore apostolico svolgerebbe il suo ufficio con potestà ordinaria (quasi-episcopale) ma vicaria. In effetti, nonostante l'art. IV del Decreto erettivo definisca l'amministratore apostolico come 'Ordinarius proprius'²²⁶ e nonostante non si qualifichi nel Decreto la potestà dell'amministratore come vicaria, la vicarietà dovrebbe derivare dal diritto comune codiciale (can. 371 § 2): l'aggettivo *proprio* di cui al testo della Congregazione riguarderebbe non la natura della potestà dell'amministratore ma il rapporto personale con i fedeli ai sensi del can. 107 § 1 del Codice, sarebbe cioè usato in senso possessivo di appartenenza, per indicare che gli aderenti devono considerarlo come il loro ordinario²²⁷.

p. 282, ribadisce: «Alla nuova circoscrizione è di applicazione il regime giuridico delle diocesi (equiparazione giuridica), pur non essendo teologicamente una Chiesa particolare, come emerge da diversi articoli del presente decreto (cf. nn. V, VIII.1, IX)», ma a pp. 283-284, parzialmente contraddicendo l'opinione che abbiamo appena sopra citato, assume: «L'incorporazione per atto di volontà a questa circoscrizione - analoga per certi versi alla convenzione di cui al can. 296 CIC -, pone in rilievo che questa concreta amministrazione apostolica - *diversamente dalle altre amministrazioni* - non gode della condizione teologica di Chiesa particolare, nelle quali l'incorporazione è di natura sacramentale (teologica), avviene irreversibilmente per effetto del battesimo, e produce l'aggregazione del fedele all'unica Chiesa di Cristo, universale e particolare» (corsivo nostro); nello stesso senso ma argomentando più ampiamente *Id.*, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 8 ss. Al contrario JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunión eclesial*, cit., p. 187, nota 37, reputa: «Si bien - a nuestro juicio - resultaba inapropiado hablar de Iglesia particular en el caso de la Administración apostólica [lo abbiamo sopra ricordato: N.d.A.], no nos parece tan alejado de la realidad aplicar ese concepto teológico a la AAP-SJMV. En ella se realiza de manera completa la estructura constitucional Oficio capital-Presbiterio propio-*Portio Populi Dei* [...]; en ella se realiza de modo pleno la administración de los bienes salvíficos (Palabra y Sacramento), incluso mediante una disciplina peculiar [...]; y en ella es posible el desarrollo de todos los carismas y formas de espiritualidad incluyendo la posibilidad de erigir Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica [...]». Questa diversità di vedute fa ben risaltare come il concetto teologico di Chiesa particolare sia dottrinalmente oggetto di assai diverse ricostruzioni e giustifica la nostra decisione di non insistere troppo sul punto.

²²⁵ Cfr. la definizione di ANTONIO VIANA, *Organización del gobierno en la Iglesia según el derecho canónico latino*, cit., pp. 127-128.

²²⁶ Cfr. sul punto i rilievi di JOSÉ LANDETE CASAS, *Administración apostólica*, cit., p. 202, parlando in generale dell'istituto dell'amministrazione apostolica/amministratore apostolico nelle sue diverse forme. Cfr. per una trattazione più ampia attraverso la comparazione tra le due codificazioni (e considerando altresì il *Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi Apostolorum successores* del 22 febbraio 2004) ANNE BAMBERG, *L'administrateur apostolique. Réalités complexes et vocabulaire flottant. Questions autour du droit canonique*, cit., p. 409 ss.

²²⁷ Così JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., p. 282. Peralto nel successivo saggio *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 13, pone la questione in termini problematici.

Il diritto comune codiciale prevarrebbe²²⁸, nonostante la falsariga redazionale probabilmente seguita per definire tale potestà sia stata la Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae*, la quale però esplicita che quella dell'ordinario è potestà 'propria' e non vicaria, sviluppo del *munus* primaziale. La questione resta aperta e proprio in ciò risalta una prima non trascurabile 'anomalia', per dir così, della situazione; come per il vicariato e la prefettura apostolica, in fase di formulazione dei canoni si ammoniva: «congruit enim ut cura habeatur dandi quantocius Ecclesiae particolari proprium pastorem cum potestate ordinaria»²²⁹. In quest'ipotesi, peraltro, tale tendenziale inclinazione cui già abbiamo fatto riferimento va stemperata - come ancora vedremo -, dandosi vita a una 'materializzazione' davvero originale di amministrazione apostolica che taluno ha senza remore definito 'strana', ancipite, «dont il n'y a pas de trace dans les codes en vigueur»²³⁰: in cui si miscelano tratti che trasmettono un'impressione di equivocità²³¹.

D'altro canto, dal punto di vista squisitamente giuridico si è immediatamente profilata una congerie di difficoltà, alcune delle quali traducevano le doglianze - non invero peregrine e gratuite - sollevate dai destinatari stessi del provvedimento pontificio pur nel momento in cui esso veniva accettato con riconoscenza. Così si è sin dall'inizio soprattutto obiettato, rammaricandosi, che non fosse permesso ai vescovi e sacerdoti dell'amministrazione apostolica personale, essendo territorialmente circoscritta, di svolgere il loro apostolato fuori della diocesi di Campos verso coloro che ivi sono stanziati²³², nonostante le sollecitazioni provenienti da varie parti, per lo meno del

²²⁸ In questo senso anche MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale "San Giovanni Maria Vianney": una novità nel segno della tradizione*, cit., p. 253.

²²⁹ *Communicationes*, XVIII (1986), p. 61.

²³⁰ ANNE BAMBERG, *L'administrateur apostolique. Réalités complexes et vocabulaire flottant. Questions autour du droit canonique*, cit., pp. 418. Come ulteriore particolarità (invero già emersa) segnaliamo anche che l'art. XIII del Decreto erettivo stabilisce che la sede dell'amministrazione è posta nella città di Campos e avrà come chiesa principale la chiesa dell'Immacolato Cuore di Nostra Signora del Rosario di Fatima; come segnala JUAN IGNACIO ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., p. 19, di norma «i documenti erettivi delle amministrazioni apostoliche rivestono alcune rilevanti peculiarità, e principalmente quella di non procedere all'erezione simultanea di una chiesa cattedrale o pro-cattedrale per la circoscrizione, limitandosi il documento costitutivo a stabilire il luogo della sede dell'amministratore apostolico».

²³¹ Cfr. GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., pp. 855-856; JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale San Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 3.

²³² Peraltro, secondo EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 188, «Aunque el decreto de la Congregación para los Obispos no lo prevé, pienso que sería posible que fieles habitualmente residentes en otras diócesis se incorporen a esta Administración, y en tal caso pertenecerían a la diócesis del domicilio y a la de Campos en la medida en que entren en relación con ella».

Sud America. Si tratta, invero, di lamentela non scevra di giustificazione, ben focalizzando un nodo non di poco contro della soluzione canonica prescelta. Infatti abbiamo già segnalato che «l'Amministrazione apostolica personale è riconosciuta nell'ambito di un territorio determinato, che nel caso di specie coincide con lo stesso territorio della diocesi di Campos in Brasile»²³³; d'altronde il Codice della Chiesa latina proprio quanto all'amministrazione apostolica in generale «part d'une approche territoriale»²³⁴. È peraltro questo stesso 'accavallamento' territoriale, a conferma di quanto sopra anticipato, a deporre nel senso che l'erezione «No obedece [...] a aquel tipo de razones especiales y particularmente graves, contrarias a la constitución de una diócesis. En el mismo territorio y respecto a los mismos fieles ya existía una circunscripción diocesana. Este hecho parece indicar que nos encontramos en realidad ante otro tipo de aplicación de esa figura de circunscripción eclesiástica»²³⁵. Dunque la straordinarietà della figura, in cui si 'ibridano' territorialità e personalità, si accentua ancora più, prospettandosi, paradossalmente, come soluzione meditata e destinata, almeno all'epoca della sua progettazione, a non essere soppiantata almeno in tempi brevi.

La potestà giurisdizionale ordinaria dell'amministratore sui suoi fedeli è poi cumulativa con quella del vescovo diocesano, sovrapponendosi le *missiones canonicae* dei due prelati. Ciò che, in sé, non è inusuale in quanto tale²³⁶, ed anzi inevitabile laddove insistano circoscrizioni ecclesiastiche personali, ma che, taluno ha pronosticato, in quest'evenienza potrebbe far insorgere attriti: «Non si può negare, infatti, che oggettivamente è difficile delimitare i confini tra la pastorale del Vescovo diocesano e quella dell'Amministratore in quanto [...] non si è proceduto al riconoscimento formale di un vero "Rito" o patrimonio liturgico, teologico, spirituale o disciplinare, quando parrebbe invece questa la peculiarità a base dell'erezione di questa Amministrazione»²³⁷. Senza qui entrare nella questione se si sia o no dinanzi

²³³ JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Recente riconoscimento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione apostolica personale*, cit., p. 184, il quale peraltro afferma che così avviene in «tutte le altre "circoscrizioni ecclesiastiche" appartenenti alla struttura gerarchica della Chiesa». Cfr. anche PETER KRÄMER, *Die Personaladministration im Horizont des Kirchlichen Verfassungsrechts*, cit., pp. 97-108.

²³⁴ ANNE BAMBERG, *L'administrateur apostolique. Réalités complexes et vocabulaire flottant. Questions autour du droit canonique*, cit., p. 413.

²³⁵ JOSÉ LANDETE CASAS, *Administración apostólica*, cit., p. 202.

²³⁶ Peraltro «Anteriormente, ningún Administrador apostólico gozaba de tal potestad, es decir, simultáneamente, de la potestad personal, ordinaria y cumulativa»: JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., p. 189.

²³⁷ JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Recente riconoscimento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione*

propriamente ad un rito - ciò che pare da escludere -, l'assenza della netta demarcazione di fattori in qualche misura 'oggettivi' (con la precauzione però, lo ribadiamo, di non assolutizzare tale qualifica) a carattere umano o sociale, quali nazionalità, razza, lingua, età, condizione sociale, e appunto rito²³⁸ almeno vero e proprio²³⁹, ovvero adesione ad una spiritualità o ad un carisma, che si pongano quali distintivi degli aderenti all'amministrazione apostolica, e la breviloquenza, anzi la 'reticenza' del Decreto erettivo che non specifica sul punto possono rendere cioè ostico discernere le attività pastorali, necessariamente diverse, dispiegate contemporaneamente dalla diocesi e dall'amministrazione apostolica. Tanto che si è paventato come possa «succedere che le differenze tra le pastorali e gli approcci sociali di ambedue le circoscrizioni siano un ostacolo all'*aedificatio Ecclesiae* e alla missione della Chiesa nella società»²⁴⁰, e destino incomprensioni tra i fedeli nonché screzi nocivi²⁴¹: nel senso che se è consegnata al vescovo preposto alla diocesi l'ordinaria *cura animarum*, «più difficile invece determinare l'ambito specifico di giurisdizione dell'Amministratore di Campos rispetto a quello dell'Ordinario diocesano, stante la genericità dei compiti affidati all'Amministrazione apostolica»²⁴².

apostolica personale, cit., p. 185.

²³⁸ Secondo GIANFRANCO GHIRLANDA, *Significato teologico-ecclesiale della territorialità*, cit., p. 262 ss., il rito sarebbe criterio 'oggettivo' di appartenenza ad una Chiesa particolare personale. Si vedano per contro le osservazioni di JORGE MIRAS, *La delimitación de las comunidades de fieles en la organización pastoral de la Iglesia. Observaciones sobre el sentido de los criterios objetivos que usa el derecho canónico*, cit., p. 49 ss., per il quale vi sarebbe anche comunque una qualche rilevanza della volontà personale. Abbiamo già accennato in precedenza a tale questione, rinviando alla letteratura specifica. Non è oggetto della presente trattazione, ma per un'illustrazione del concetto di Chiesa rituale e di Chiesa *sui iuris* nonché delle questioni relative all'appartenenza e all'iscrizione ad una Chiesa *sui iuris* anche dopo la Lettera Apostolica di Papa FRANCESCO *Motu Proprio data De concordia inter Codices* del 31 maggio 2016, promulgata tramite pubblicazione in *L'osservatore romano* del 16 settembre 2016, si veda la recente trattazione di LUIGI SABBARESE, *Commento alle modifiche apportate al Codice con il m.p. «De concordia inter Codices»*, in *Ephemerides iuris canonici*, LVII (2017), pp. 589-632, con indicazione di ulteriore letteratura.

²³⁹ Peraltro, trattando in generale delle competenze della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei* JOSÉ LANDETE CASAS, *La atención pastoral de los fieles tradicionalistas: garantías para su plena inserción en la comunión ecclesial*, cit., p. 180, afferma come si ponga il problema di «delimitar jurídicamente la comunidad integrante de dicho rito»; cfr. anche le considerazioni svolte nella conclusione (*ivi*, p. 189 ss.).

²⁴⁰ JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Recente riconoscimento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione apostolica personale*, cit., p. 186.

²⁴¹ Cfr. le annotazioni generali (senza riferimenti al caso di cui ci stiamo occupando, ma che ad esso si potrebbero estendere) di ANNE BAMBERG, *L'administrateur apostolique. Réalités complexes et vocabulaire flottant. Questions autour du droit canonique*, cit., p. 422.

²⁴² MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale «San Giovanni Maria Vianney»: una*

I *christifideles* cattolici sono soggetti alla giurisdizione del vescovo diocesano in virtù del loro domicilio o quasi-domicilio e, *eodem tempore*, a quella dell'amministratore apostolico in forza non di un elemento personale ma, per così dire, estrinseco, bensì di un loro atto di volontà (presupposto come già effettuato da coloro che in precedenza facevano parte dell'Unione Sacerdotale omonima). In particolare occorre la richiesta scritta e l'inserzione nel registro²⁴³, ovvero il 'battesimo in essa', come recita sia pur non del tutto propriamente il Decreto della Congregazione dei vescovi²⁴⁴, postulandosi comunque l'atto di iscrizione: infatti l'appartenenza non è causata dal sacramento del battesimo che incorpora alla Chiesa particolare, qui alla diocesi di Campos, ma «dalla volontà dei propri genitori - o del soggetto stesso se adulto: N.d.A. - di iscrivere il battezzato nell'amministrazione "dal momento" del Battesimo»²⁴⁵. Tale libera determinazione - dalla quale si potrebbe poi recedere distaccandosi dall'amministrazione apostolica e venendo deppennati dal registro, benché la norma non lo espliciti²⁴⁶ - evoca immediatamente le convenzioni stipulate con la prelatura personale tramite le quali i laici, come constatato, s'impegnano a dedicarsi alle opere apostoliche della prelatura medesima con una *organica cooperatio* le cui modalità, doveri e diritti sono partitamente scanditi negli statuti. Proprio attraverso la soppressa stesura sia degli statuti sia delle convenzioni delle prelature personali possono (e devono) prevenirsi antinomie e frizioni, esaltando l'apporto dei *christifideles*, nonché principalmente traducendo la specificità della giurisdizione personale che ne coonesta e spiega l'esistenza, al contempo normando minuziosamente ambito ed effetti nei confronti dei laici iscritti alla prelatura e coordinando quest'ultima con le diocesi, Chiese particolari per eccellenza. Nel caso ora in esame tutto questo non risulta cristallinamente disegnato, segnatamente, come accennato, in riferimento a «ii qui in ea - nell'amministrazione apostolica: N.d.A. - baptizatur» e che pure sono iscritti «in albo» (art.

novità nel segno della tradizione, cit., p. 247, nota 29; cfr. anche pp. 253-254.

²⁴³ Cfr quanto nota JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., pp. 188-189.

²⁴⁴ Si veda quanto rileva al proposito JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Recente riconoscimento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione apostolica personale*, cit., pp. 187-188. Anche JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., p. 178, segnala le difficoltà di questo tipo di iscrizione rispetto alla natura di tale realtà ecclesiastica.

²⁴⁵ JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale San Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 15.

²⁴⁶ Così JUAN IGNACIO ARRIETA, *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., p. 283. Esprime una diversa opinione MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale «San Giovanni Maria Vianney»: una novità nel segno della tradizione*, cit., pp. 257-258.

IX § 2): ciò che può instillare qualche dubbio nell'esercizio della potestà cumulativa²⁴⁷. Ma soprattutto resta il non lieve *impasse* già deplorato per i laici i quali non abitano a Campos e pur si riconoscono nel patrimonio liturgico e disciplinare dell'amministrazione apostolica personale, ai quali è preclusa ogni partecipazione, sì che le loro aspettative, pur del tutto meritevoli di protezione, giacciono frustrate: ci pare questa una *défaillance* assai seria.

Come riscontrato, inoltre, l'amministratore apostolico «tiene sus colaboradores, es decir, el presbiterio propio. Anteriormente las Administraciones apostólicas no tenían clero propio»²⁴⁸. Ma la territorialità che 'incombe' sull'amministrazione apostolica personale secondo qualcuno potrebbe indurre qualche problema anche relativamente ai chierici appartenenti anteriormente all'Unione e risidenti in zone topograficamente non coincidenti con quella della diocesi di Campos. Essi si incardinano nell'amministrazione apostolica e non appartengono più al presbiterio della diocesi entro i cui confini dimorano: «In questa situazione non possono esercitare il loro ufficio senza il consenso sia dell'Amministratore personale sia del vescovo del luogo ove si trovano (canone 271 § 3 *CIC*). Tale consenso va definito mediante una convenzione scritta tra i due prelati, accettata e sottoscritta dal sacerdote interessato»²⁴⁹. Questi sacerdoti potrebbero operare a favore di quei fedeli che, pur non avendo dimora a Campos, esprimessero le stesse peculiari esigenze di cura pastorale per le quali l'amministrazione suddetta è stata riconosciuta: ma, contraddittoriamente, quest'ultima, come si è sopra appuntato, vede la sua missione rigidamente perimetrata al comprensorio suddetto²⁵⁰. V'è, d'altro canto chi invece rassicura sul fatto che, in generale, la posizione giuridica dei sacerdoti non residenti in diocesi sarebbe speculari a quella di qualunque sacerdote secolare 'extradiocesano' senza strappi alla disciplina codiciale. Tutto il clero dell'amministrazione apostolica, poi, «è sottoposto alla disciplina liturgica vigente nell'amministrazione apostolica che, grazie al *motu proprio Summorum Pontificum*, dovrebbero poter

²⁴⁷ Cfr. le osservazioni di GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 857.

²⁴⁸ JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesíastica*, cit., p. 177. Cfr. quanto aggiunge sui presbiteri dell'amministrazione apostolica MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale "San Giovanni Maria Vianney": una novità nel segno della tradizione*, cit., p. 255.

²⁴⁹ JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Reciente reconocimiento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione apostolica personale*, cit., p. 187.

²⁵⁰ Cfr. JOSÉ IGNACIO ALONSO PÉREZ, *Reciente reconocimiento della piena comunione ecclesiale dei membri dell'Unione Sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione apostolica personale*, cit., p. 187.

praticare indisturbatamente anche fuori del territorio dell'amministrazione apostolica»²⁵¹: il condizionale che noi abbiamo sottolineato con il corsivo fa trasparire tuttavia, pure nell'Autore citato, qualche residua incertezza pur dopo il provvedimento sulla liturgia di Papa Ratzinger. Certamente però, anche qui - reputiamo si possa commentare senza tema di smentita -, il non essere vincolata ad un territorio della prelatura personale e la scrupolosa regolazione degli *ordinati in sacris* incardinati nella medesima nel loro rapporto con le diocesi avrebbero precorso e scongiurato ogni sorta di inconvenienti.

Dunque affiorano alcuni difetti e mende in certa misura correlati all'«ossatura» abituale della «tipologia» amministrazione apostolica, mentre altri scaturiscono dai tratti che all'*unicum* di quella personale si sono nel caso impressi. Alcune di tali «disfunzioni» erano precognite ed anzi erano state dall'inizio oggetto di recriminazione: soprattutto, lo ricordiamo ancora, si era accusata la mancata attenzione ai fedeli di altre diocesi brasiliane, addirittura allogate in altri Stati latino-americani limitrofi, i quali, pur animati da una «sensibilità» affine a quella dell'amministrazione apostolica perché legati alla liturgia anteriore alla riforma del 1970, per appagarla avrebbero dovuto eventualmente accostarsi a comunità (ancora) scismatiche, con le pesanti conseguenze che ne sfociano. E infatti l'amministrazione apostolica, sin dai primi tempi della sua operatività, non ha esitato ad adoperarsi perché a Roma si rinvenisse un «canale» giuridicamente viabile con cui pastoralmente venire incontro ed esaudire le aspirazioni ancora disattese di questi cristiani²⁵², le quali non possono essere eluse e dovrebbero invece essere accolte, traendo frutto dal clero specializzato istruito all'interno di Campos²⁵³.

Insomma, nella situazione particolare non si davano circostanze propriamente esogene cui rimediare²⁵⁴, ma prettamente endogene, occorrendo provvedere pastoralmente ad un'esigenza squisitamente personale avvinta non alla condizione «oggettiva» ma agli interiori aneliti e propensioni di certi fedeli: ciò collideva con l'essere l'amministrazione apostolica solitamente e tradizionalmente inclusa tra le circoscrizioni territoriali maggiori²⁵⁵. La ter-

²⁵¹ JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 15.

²⁵² Si veda quanto riferisce FRANCESCO PATRUNO, *L'amministrazione apostolica* S. Giovanni Maria Vianney ed alcune questioni «in sospeso» circa i cattolici tradizionalisti. *Brevi riflessioni*, cit., p. 366, nota 11.

²⁵³ Cfr. quanto propone MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale* «San Giovanni Maria Vianney»: una novità nel segno della tradizione, cit., pp. 251-252, e pp. 254-255.

²⁵⁴ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 353-354.

²⁵⁵ Cfr. JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesiástica*, cit., pp. 160-166.

ritorialità, cioè, era in qualche modo ‘ultronea’ e ‘aliena’; se non ovviamente (come anche verificheremo in seguito) a fini collaterali puramente organizzativi²⁵⁶, per localizzare la chiesa sede dell’amministrazione, della curia o del seminario²⁵⁷ ecc.: come del resto accade per tutte le giurisdizioni tipicamente personali²⁵⁸, nel senso che «esta necesaria localización no depende de un territorio propio, ni atribuye carácter territorial a la comunidad configurada por el principio de la personalidad»²⁵⁹. Nonostante questo ci si è volti a tale figura codiciale applicandole ed infondendole quella dimensione personale che era ed è in effetti autentico e impreteribile coefficiente dell’Unione Sacerdotale, pur tuttavia senza tassativamente demarcarla in previsioni precise²⁶⁰: mentre proprio questa puntuale demarcazione è la chiave per impostare serene collaborazioni con le diocesi, prevenendo ogni sorta di dissidi. Per converso insieme si è mantenuta ed anzi rigorosamente segnata una ‘pallizzata’ non oltrepassabile per un’opera pastorale specifica, in qualche modo settoriale, che si somma e completa quella delle Chiese locali, non la sostituisce né tanto meno la comprime o la soffoca²⁶¹.

È indubbiamente vero che non sono escluse dal diritto canonico circoscrizioni miste, in parte territoriali e in parte personali²⁶², proprio quando ineludibilmente confluiscono la componente personale, specie rituale, e

²⁵⁶ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, cit., p. 401 ss., per la distinzione tra le «circoscrizioni territoriali propriamente dette da quelle altre che in realtà sono personali e fanno leva sul territorio unicamente a effetti organizzativi».

²⁵⁷ D'altronde a tutte le circoscrizioni ecclesiastiche personali «inerisce [...] una qualche dimensione territoriale giuridicamente rilevante»: JUAN IGNACIO ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 359.

²⁵⁸ Così, trattando del prelado della prelatura personale, JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal*, cit., p. 11, specifica: «aunque su jurisdicción es personal, allí donde deba tener relevancia territorial - la iglesia prelatia, la sede de la curia, el seminario, etc. - será difícil negarle también la condición de ordinario del lugar».

²⁵⁹ ANTONIO VIANA, *El principio de personalidad en el derecho canónico*, cit., p. 9.

²⁶⁰ Insiste sulla necessità di una «perfecta identificación de la condición de miembro» dal punto di vista giuridico ANTONIO VIANA, *Personalidad [principio de]*, cit., p. 202.

²⁶¹ Una forzatura, quella della limitazione territoriale, che porta con la mente, con le dovute distinzioni, quindi tenendo conto delle rilevanti differenze, al «caso della *Mission de France*, dove, a fronte della formalmente ineccepibile configurazione territoriale, in base alla quale la relativa prelatura consta di un *populus proprius*, risulta indiscutibile la sostanziale *fictio* che - sulla scorta delle concezioni giuridico-ecclesio-logiche del momento - ha consentito al *corpus presbiterorum* presieduto dal prelado di svolgere le proprie funzioni a beneficio di un ambito ben più vasto di quello di Pontigny»: GIUSEPPE COMOTTI, *Somiglianze e diversità tra le prelature personali ed altre circoscrizioni ecclesiastiche*, cit., pp. 93-94. Cfr. PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 38, e p. 56.

²⁶² Cfr. peraltro quanto scrive PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., pp. 42-43.

quella della localizzazione in un'area²⁶³: ma in questo caso ci pare si sia dinanzi ad una qualche forzatura che increspa il connubio dei due criteri e che, in effetti, ha cagionato strascichi di malessere. Della malleabilità dell'amministrazione apostolica, con l'invenzione' della prima e sinora unica a carattere in parte territoriale e in parte personale, si è approfittato forse vanamente ed anzi in maniera in qualche modo controproducente, mentre lo *ius canonicum* porgeva strumenti che si prestavano meglio allo scopo. Non certo, però, la società di vita apostolica di diritto pontificio esente dalla giurisdizione del vescovo diocesano ventilata in un Protocollo del 1988 con Mons. Lefebvre²⁶⁴: e ciò, senza contare l'irreversibile tramonto dell'esenzione dalla giurisdizione vescovile²⁶⁵, per le inconfutabili limitazioni in essa insite²⁶⁶ che non corrisponderebbero appieno, specie per quanto riguarda il laicato, alle aspettative palesate²⁶⁷.

Comunque, evitando qui di almanaccare e divagare sulle contingenti motivazioni che si è vociferato fossero alla radice di questa non del tutto avveduta decisione (al di là dello scarso *feeling* con le prelature personali, si è mormorato del tenace veto della Conferenza Episcopale Brasiliana a proposito della non delimitazione territoriale a Campos²⁶⁸), può opinarsi come si sia persa l'occasione, nel momento in cui faustamente si giungeva a sanare una crepa inferta all'unità della Chiesa, di escogitare una via che forse meglio avrebbe provveduto alla *salus animarum*. L'accordo con l'Unione Sacerdotale San Giovanni Maria Vianney avrebbe tra l'altro potuto rappresentare un banco di prova ed un apripista prodromico al rientro dei tradizionalisti lefebvriani: in ogni modo, senza piangere sul latte versato, certamente oggi i non pochi gangli irrisolti vanno sciolti altrimenti si ergono quale impaccio

²⁶³ Cfr. la sintesi di JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesialística*, cit., p. 159. Più ampiamente sulla «combinación de los criterios territorial y personal» con particolare riferimento all'elemento personale del rito si vedano le considerazioni di ANTONIO VIANA, *El principio de personalidad en el derecho canónico*, cit., p. 5 ss.; *Id.*, *Estructuras personales y colegiales de gobierno. Con referencia al problema de la movilidad humana y de la diáspora de los católicos orientales*, in *Folia canonica*, VII (2004), pp. 7-48.

²⁶⁴ Cfr. *Il regno. Documenti*, XXXIII (1988), p. 477 ss.; dopo vari incontri tra teologi e canonisti della Congregazione per la dottrina della fede e della Fraternità San Pio X il Protocollo fu firmato dalle parti il 5 maggio 1988 (*Nota informativa* pubblicata in *L'osservatore romano*, 17 giugno 1988, pp. 1-2).

²⁶⁵ Cfr. ANTONIO VIANA, *Territorialidad y personalidad en la organización eclesialística. El caso de los Ordinariatos personales*, Eunsa, Pamplona, 1992, *passim*.

²⁶⁶ Cfr. le osservazioni di JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesialística*, cit., p. 165.

²⁶⁷ Si veda la complessità della regolazione 'Condizione delle persone dipendenti dalla Fraternità' di cui al punto 3 del citato Protocollo del 1988, ove si lasciavano aperti non pochi problemi.

²⁶⁸ Lo afferma FRANCESCO PATRUNO, *L'Amministrazione apostolica S. Giovanni Maria Vianney ed alcune questioni «in sospeso» circa i cattolici tradizionalisti. Brevi riflessioni*, cit., p. 366.

invalicabile per futuri ricomponimenti. Anzi non si è esitato a denunciare - soprattutto peraltro sulla base del non essere l'amministrazione di Campos Chiesa particolare ma circoscrizione personale 'non necessaria' al contrario dell'amministrazione apostolica codificata²⁶⁹ - «l'assoluto bisogno che ha l'ordinamento canonico di ridurre l'esperienza fatta in Brasile, perché [...] si tratta di un'esperienza negativa, in quanto determina un concreto rischio anfibologico. A prescindere dall'aspetto pastorale, non replicare nuovamente l'esperienza fatta a Campos appare un'esigenza interna all'ordinamento canonico; occorre in futuro adoperare le strutture già previste dal diritto quando non sia possibile creare una Chiesa in senso stretto. Elevare a paradigma la soluzione di Campos sarebbe prova di un volontarismo che, nel forzare l'istituto del can. 371, § 2 CIC, lo svuoterebbe del suo contenuto sradicandolo dalle sue origini»²⁷⁰.

E infatti si è riscontrato come il tragitto con la Fraternità San Pio X, abbandonati i lidi della società di vita apostolica ma anche dell'amministrazione apostolica personale - che appunto, per i suoi 'limiti tecnici', sinora è rimasta relegata a Campos²⁷¹ -, abbia finalmente imboccato la strada, già solcata ma invero non molto battuta nel diritto della Chiesa, della complessione flessibile della prelatura personale attraverso la quale si appianerebbero non poche delle incongruenze segnalate. Forse, se mai si raggiungerà propizialmente tale meta per i lefebriani, si può confidare che questo attragga verso un'ulteriore revisione di qualche connotato dell'amministrazione apostolica personale brasiliana, ancora una volta facendo leva sulla sua tipica plasmabilità²⁷². Così si potrebbero rettificare ad uno ad uno i difetti che abbiamo additato, rivedendo in qualche modo la territorialità o le modalità di incorporazione; si potrebbe trasformare altresì la potestà di colui che è a capo della circoscrizione in potestà ordinaria propria e non più vicaria²⁷³, ciò che

²⁶⁹ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., p. 11. Sull'essere o non Chiesa particolare peraltro, come abbiamo sopra riportato, la dottrina discute: per questo non abbiamo fatto leva eccessivamente su questo argomento.

²⁷⁰ JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., pp. 9-10.

²⁷¹ Cfr. le conclusioni del saggio di JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., pp. 17-18.

²⁷² Cfr. JOSÉ LANDETE CASAS, *Administración apostólica*, cit., p. 202.

²⁷³ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, in *Ius Ecclesiae*, XXII (2010), p. 162, anche in nota 38, il quale a proposito del «tipo di potestà che hanno i Pastori preposti ad altre circoscrizioni personali, che è sempre una potestà "propria"» pone l'«eccezione dell'Amministrazione apostolica personale di Campos (cfr. can. 371 § 2 cic), figura del tutto eccezionale e ben circoscritta perché non in sintonia col can. 372 § 2 cic che parla solo di Chiese particolari». Invece per EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani*

non sarebbe privo di valore, e non solo simbolico²⁷⁴, se posto in parallelo con le facoltà che esso può esercitare. Ovvero potrebbe addirittura accadere che l'esempio altrui – e questo siamo persuasi sarebbe l'*optimum* – sproni ad una vera metamorfosi della sua architettura canonistica odierna e alla mimesi di una più confacente. Si potrebbe cioè accantonare del tutto l'assai eteroclitico «doppione dell'amministrazione apostolica»²⁷⁵, tipologia tarata dal Codice per taluni frangenti e con tratti ad essi rispondenti, qui per converso latitanti, per volgersi finalmente ad una figura ecclesiologicamente e giuridicamente più idonea perché maggiormente contraddistinta dalla nota della personalità e su di essa innervata. E questo nonostante si sia reputato che tale amministrazione apostolica dalla sua istituzione non sembri sia stata destinata ad una riconversione in altra circoscrizione ordinaria, coltivando –quasi in antitesi alla sua 'indole' generale²⁷⁶ – una 'vocazione perpetua'²⁷⁷: si sarebbe congetturata la sua erezione cioè, se così ci si può esprimere richia-

che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica, cit., p. 25, nota 30: «Per quanto riguarda l'amministrazione apostolica personale di Campos, va detto che trattasi di una soluzione veramente peculiare, soprattutto perché la giurisdizione personale cumulativa è limitata entro il territorio della diocesi di Campos e perché, a dispetto del nome "amministrazione apostolica", l'amministratore apostolico regge la circoscrizione ecclesiastica come ordinario proprio»; lo stesso Autore nel saggio *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 187, afferma: «Nada dice sobre si esta potestad es propia o vicaria. Lo característico de una "Administración apostólica" es que esté regida en nombre del Romano Pontífice (can. 371 § 2), pero el art. 4 del decreto comentado afirma que el ente es encomendado al Administrador apostólico "sui veluti Ordinarii proprii". No queda clara, pues, la naturaleza de la potestad - si es propia o vicaria -, aunque lo decisivo será determinar hasta qué punto necesita el consentimiento de la Santa Sede para gobernar la circunscripción». In generale EDUARDO BAURA ha altrove osservato, *Fattori rilevanti per la determinazione della giurisdizione ecclesiastica (il contesto canonico della convenzione dei fedeli laici con le prelatore personali)*, cit., pp. 606-607: la «condizione di "pastore proprio" difetta invece quando l'incarico contenuto nella *missio canonica* del vescovo non riguarda un *coetus fidelium* ecclesialmente costituito, come accade nell'esempio dei vescovi incaricati della pastorale dei connazionali emigrati all'estero. In tale ipotesi vengono meno gli elementi di aggregazione e di autonomia del gruppo ecclesiale, il che, sotto il profilo del governo pastorale, si traduce in possibilità nettamente diverse per dare unità e compiutezza al piano pastorale nei confronti di tali generi di gruppi. Penso che ciò meriti di essere valutato nella prospettiva, appunto, di rendere ogni volta più organica l'attenzione pastorale di determinati ceppi di fedeli, strutturando ecclesialmente tali comunità, sotto un proprio pastore, unitamente ai pastori del luogo, ai quali si è necessariamente associati dai vincoli della comunione episcopale».

²⁷⁴ Cfr. le annotazioni di EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 173.

²⁷⁵ GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 859.

²⁷⁶ Anche ANNE BAMBERG, *L'administrateur apostolique. Réalités complexes et vocabulaire flottant. Questions autour du droit canonique*, cit., p. 411, sottolinea che in generale vicariati, prefetture e amministrazioni apostoliche sono strutture che «n'ont pas vocation de durer car il convient qu'un Église particulière soit au plus vite dotée d'un pasteur propre ayant pouvoir ordinaire».

²⁷⁷ Cfr. JOSÉ LANDETE CASAS, *Administración apostólica*, cit., p. 202.

mando il dettato codiciale, più ‘stabile’, addirittura ‘permanente’²⁷⁸, secondo le parole stesse del cardinale Castrillón Hoyos, all’epoca Prefetto della Congregazione per il clero (e Presidente della Pontificia Commissione *Ecclesia Dei*), in un’epistola a Mons. Bernard Fellay²⁷⁹. Tutto, però, e segnatamente gli ‘impianti’ giuridici di diritto umano sono perfezionabili *pro bono animarum*, anzi un perfezionamento si esige dinanzi a nocumenti di quest’ultimo: soprattutto quando il diritto canonico offre soluzioni limpide e lineari, senza essere costretti a ‘fabbricare’ *monstra iuridica* (sia detto senza alcuna sfumatura dispregiativa del termine, come il vocabolo latino consente) che finiscono per coartare l’esperienza ecclesiale.

Va poi censito che l’amministrazione apostolica San Giovanni Maria Vianney è tutt’altro che in regresso: secondo i dati forniti dall’*Annuario pontificio* del 2016 essa contava 35 sacerdoti, 33.973 cattolici, 126 parrocchie e centri pastorali, 14 seminaristi maggiori, 34 suore, 28 istituti di educazione²⁸⁰; nel 2017 si è passati a 37 sacerdoti, 31.127 cattolici, 122 parrocchie e centri pastorali, 25 seminaristi maggiori, 33 suore, 26 istituti di educazione²⁸¹. Il numero crescente dei ‘Padri di Campos’²⁸², di sacerdoti e di seminaristi nonostante la generalizzata penuria di chierici e la diminuzione delle vocazioni, numero stupefacente soprattutto se raffrontato ancora una volta all’‘area geografica’ coperta, fa riflettere sulla natura e le funzioni di questa realtà cristiana che si può preconizzare a stento rinchiudibile nella diocesi di Campos. E ciò non può non rimembrare quanto appena sopra si è osservato sulla nodalità dell’*unum presbyterium*, un presbiterio competente, ferrato ed addestrato quale enzima propulsore delle prelature personali come di tutti quegli enti giurisdizionali che godono di una certa autonomia nell’‘organigramma ecclesiale’. Nel caso dell’amministrazione apostolica di Campos l’erezione del seminario è condizionata all’approvazione della Santa Sede

²⁷⁸ Cfr. JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesialística*, cit., pp. 173-174.

²⁷⁹ L’«abbraccio» tra la Santa Sede e l’Unione San Giovanni Maria Vianney «si è concretizzato con la forma giuridica più adatta, offerta in modo permanente, allo sviluppo del carisma della suddetta unione, in seno all’unica Chiesa di Cristo con a Capo Pietro: mi riferisco all’Amministrazione Apostolica personale di Campos, che non è una soluzione transitoria ma è data stabilmente (di questa stabilità e di questa volontà non si può in alcun modo dubitare)»: l’epistola è stata pubblicata il 2 giugno 2002 online dall’*Agenzia Zenit. Il mondo visto da Roma*. Si vedano, su ‘provvisorietà’ e ‘stabilità’ delle amministrazioni apostoliche, le considerazioni di PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 41.

²⁸⁰ Cfr. *Annuario pontificio per l’anno 2016*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 1062.

²⁸¹ Cfr. *Annuario pontificio per l’anno 2017*, cit., p. 1062.

²⁸² Come sono comunemente conosciuti.

(art. VII § 1 del Decreto erettivo), limitazione non contemplata dal diritto codiciale sui seminari (cann. 234 § 2 e 237) e di norma non frapposta ad altre circoscrizioni di natura personale (sì, invero, per gli ordinariati militari, non, invece, per le prelature personali). Ma se «Si può presumere che la pregressa condizione di non piena comunione con la Chiesa cattolica, vissuta dall'Unione, abbia suggerito di sottoporre ad una particolare verifica i cammini formativi dei futuri sacerdoti»²⁸³, questo preconcetto potrebbe essere superato dalla Sede Apostolica²⁸⁴ anche per meglio assecondare l'onda di un esuberante sbocciare di vocazioni. D'altronde fa riflettere l'elevato numero di istituti di educazione per una zona chilometricamente non vastissima, rivelatore in sommo grado della natura e della *mission*, se così la possiamo definire, di questi 'tradizionalisti' latinoamericani.

È la fine dello stato di eccezionalità - anche qui considerata ancora una volta la radiosa esperienza gemmata dalla *Summorum Pontificum* - ed al contempo è lo stesso consolidarsi del reinserimento dei cristiani aderenti alla precedente tradizione liturgica nella piena comunione che devono avviare al rinfoderamento di impalcature troppo compresse che possono finire per 'ghettizzare'²⁸⁵ piuttosto che per favorire la vita ecclesiale di questi fedeli, reimmettendoli in una sintesi più sinfonicamente 'cattolica': ciò che sicuramente ridonderà a favore della Chiesa intera coll'imbrigliare, facendo leva sulla tradizione antica cui ancora il popolo pare legato, quell'emorragia di fedeli e quel «generale arretramento della religione cattolica [...] in una zona come questa, particolarmente soggetta al rischio di secolarizzazione, di indifferenzismo religioso, o all'influsso di "nuove" religioni»²⁸⁶.

5. *Gli ordinariati personali per i già anglicani: alcune ambiguità nel regime giuridico predisposto dalla Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*

Qualche anno dopo la Chiesa cattolica ha collezionato un altro successo nell'adempimento del comando del Signore *ut omnes unum sint* contro

²⁸³ GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 856.

²⁸⁴ Prevedeva difficoltà per il seminario dell'amministrazione apostolica di Campos JERZY PIOTR BEDNARZ, *La administración apostólica como figura especial en la organización eclesialística*, cit., pp. 180-181.

²⁸⁵ Così GIACOMO INCITTI, *Note sul decreto di erezione dell'Amministrazione apostolica personale S. Giovanni Maria Vianney*, cit., pp. 859-860.

²⁸⁶ Cfr. la conclusione del saggio di MATTEO GATTAPONI, *Amministrazione apostolica personale "San Giovanni Maria Vianney": una novità nel segno della tradizione*, cit., pp. 264-265.

lo scandalo della divisione: e per ‘drappelli’ di cristiani assai più ingenti di quelli brasiliani, sparsi nei cinque continenti nonché in continuo aumento. Si è trattato di una meta agognata del pontificato di Benedetto XVI, transito ulteriore - senza cesure, ma anzi, se si tessono tutti i fili, sulla medesima traiettoria del suo predecessore, come attesta proprio l’amministrazione apostolica di Campos - in quel disegno ecclesiologico di «*recupero della tradizione per attuare la ricomposizione del cattolicesimo*»²⁸⁷, ripudiando interpretazioni errate del Vaticano II a beneficio per contro di quell’ermeneutica del rinnovamento nella continuità di cui Papa Ratzinger è stato fervente paladino²⁸⁸.

Lungi da noi il proposito di delucidare il laborioso dipanarsi dei contatti, intermittenti nel tempo (e anche degli scontri più o meno latenti), della Chiesa cattolica con la Comunione anglicana, nonché le assai prolungate e travagliate vicende²⁸⁹ che hanno più recentemente condotto all’emanazione della Costituzione Apostolica *Anglicanorum coetibus* il 4 novembre 2009 da parte del Pontefice tedesco. Ad essa sono allegate Norme Complementari²⁹⁰ sempre approvate dal Papa ma promulgate dalla Congregazione per la dottrina della fede²⁹¹, cui – a riscontro delle *quaestiones* dottrinali gravide

²⁸⁷ CARLO FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 322.

²⁸⁸ Cfr., per tutti, BENEDETTO XVI, *Allocutio ad romanam Curiam ob omina natalicia*, 22 dicembre 2005, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCVIII (2006), pp. 40-53; *Id.*, *Discorso al convegno pastorale della diocesi di Roma*, in *Insegnamenti di Benedetto XVI*, V/1, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2009, pp. 901 s.

²⁸⁹ La letteratura è molto ampia. Per sintesi recenti cfr. il commento alla *Anglicanorum coetibus* di GORDON READ, *Document No. V. Commentary*, in *Canon Law Society of Great Britain & Ireland Newsletter*, CLX (2009), p. 24 ss.; JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, *Tradición anglicana en la Iglesia de Roma. Ordinariatos personales para antiguos fieles anglicanos*, cit., p. 2 ss., che in particolare illustra concisamente il progredire del dialogo ecumenico dei cattolici con gli anglicani nelle ultime decadi; l’Autore si occupa altresì delle reazioni anglicane (*ivi*, p. 25 ss.) alla Costituzione Apostolica di BENEDETTO XVI *Anglicanorum coetibus* del 4 novembre 2009 e alle Norme Complementari emanate dalla Congregazione per la dottrina della fede, in *Acta Apostolicae Sedis*, CI (2009), p. 985 ss. Invece per una rassegna di «alcune espressioni della frammentazione della Comunione Anglicana» avvenuta in reazione all’ammissione agli ordini sacri, anche nel grado dell’episcopato, delle donne, nonché all’ordinazione di chierici dichiaratamente omosessuali e all’ammissione di unioni omosessuali si veda GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 376 ss.; si veda altresì JOSÉ MARÍA CHICLANA ÁCTIS, *Los fieles miembros de ordinariatos para antiguos anglicanos y su incorporación a la diócesis*, in *Ius canonicum*, LVII (2017), pp. 204-206, anche nelle note.

²⁹⁰ Si sofferma sui vari problemi di ordine formale che hanno generato le Norme Complementari ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, cit., p. 2 ss., alla cui trattazione rinviamo.

²⁹¹ Cfr. BENEDETTO XVI, Costituzione Apostolica *Anglicanorum coetibus*, 4 novembre 2009, cit.; si veda anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Adnotatio circa Ordinariatum Personalem pro Anglicanis Catholicam Ecclesiam ingredientibus*, 20 ottobre 2009, in *Acta Apostolicae Sedis*, CI

di sfaccettature che si sono dovute affrontare – si affida l’incarico di erigere gli ordinariati personali, prescrivendo per ciascuno norme aggiuntive specifiche, nonché controllandoli ed ausiliandoli nelle loro vicissitudini²⁹². Si è attinta con mutuo gaudio una tappa rimarchevole²⁹³, forse epocale, nel perseguimento dello scopo ultimo di ogni attività ecumenica²⁹⁴. Un ponte memorabile è stato gettato²⁹⁵: così per l’art. III della Costituzione, ‘Senza escludere le celebrazioni liturgiche secondo il Rito Romano, l’Ordinariato ha la facoltà di celebrare l’Eucaristia e gli altri Sacramenti, la Liturgia delle Ore e le altre azioni liturgiche secondo i libri liturgici propri della tradizione anglicana approvati dalla Santa Sede, in modo da mantenere vive all’interno della Chiesa Cattolica le tradizioni spirituali, liturgiche e pastorali della Comunione Anglicana, quale dono prezioso per incrementare la fede dei suoi membri e ricchezza da condividere’²⁹⁶. Anche qui dunque, come per l’amministrazione apostolica personale di Campos, riluce quell’essere «la liturgia [...] il culmine verso cui tende l’azione della Chiesa e, al tempo stesso,

(2009), pp. 939-942. Sulla pubblicazione e sulla promulgazione, nonché segnatamente sulla natura delle Norme Complementari si veda EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 19.

²⁹² Cfr. le puntualizzazioni di GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 387.

²⁹³ Negli anni precedenti si erano avuti negli Stati Uniti e in India casi di gruppi di anglicani che sono ritornati alla piena comunione con la Chiesa cattolica, casi i quali sono stati regolati con strumenti *ad casum*: così per gli Stati Uniti è stata creata nei primi anni Ottanta la cosiddetta *Pastoral Provision*, senza tuttavia costituire un ente definito e con personalità giuridica (cfr., per una sintesi del provvedimento in italiano, *Il regno. Documenti*, LIV [2009], p. 709); un provvedimento simile era già stato preso nel 1975 in India, per la diocesi di Amritsar. Cfr. JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, *Constitución Anglicanorum coetibus sobre la institución de Ordinariatos personales para los anglicanos que ingresan en la plena comunión con la Iglesia. Texto en castellano y comentario*, in *Revista española de derecho canónico*, LXVII (2010), pp. 416-417.

²⁹⁴ Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso ai vescovi di Inghilterra, Galles e Scozia*, 19 settembre 2010, leggibile online all’indirizzo www.vatican.va.

²⁹⁵ Per converso, qualche perplessità era espressa da ÉDITORIAL, *Des anglicans “unis, non absorbés”?*, in *Istina*, LIV (2009), 4, pp. 337-338. Invece fortemente critico su questo piano MICHEL VAN PARYS, *La Constitution apostolique Anglicanorum coetibus: l’évaluation d’un oecuméniste catholique*, in *Cristianesimo nella storia*, XXXII (2011), pp. 479-487; cfr. anche DENIS PELLETIER, *La “pleine communion”, le genre et la générosité. Un regard d’historien sur la constitution apostolique Anglicanorum coetibus*, *ivi*, pp. 363-382, il quale parla, commentando il ritorno di gruppi di anglicani (les «plus conservateurs») nella Chiesa cattolica, di «risques d’une alliance conservatrice» (mettendo anche in relazione tale ritorno con i contatti della Commissione *Ecclesia Dei* con i lefebvriani), oltre che di svolta reazionaria caratterizzante il pontificato di Benedetto XVI.

²⁹⁶ Cfr. le parole del cardinale WILLIAM LEVADA, allora Prefetto della Congregazione per la dottrina della fede, riferite nell’*Adnotatio circa Ordinariatum Personalem pro Anglicanis Catholicam Ecclesiam ingredientibus* della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, cit.

la fonte da cui promana tutta la sua energia»²⁹⁷: e, insieme, quel non potersi l'unità - che comunque non si può infrangere e deve essere preservata dalla Santa Sede per il nesso non rescindibile tra fede e liturgia (*lex orandi lex credendi*), riflesso dell'unità della Chiesa²⁹⁸ - convertire in una grigia e scipita uniformità.

In questa sede tuttavia ci preme unicamente individuare, sia pur per rapide pennellate, i tratti giuridici identificanti la figura dell'ordinariato personale concepita proprio per quei gruppi di anglicani che hanno esternato ed esternano sentitamente il voto di ritornare alla piena e visibile comunione con la Chiesa cattolica: tale figura, infatti, non è annoverata nel *Codex Iuris Canonici* e non è riconducibile alle altre in esso enumerate o anche 'vaganti' *extra Codicem*, pur se si ravvisano somiglianze²⁹⁹. Al contempo, come per la compagine ecclesiale sudamericana appena tratteggiata, si cercherà di verificare se tale inedita figura ottempera o no, ovvero in quale misura, alle attese e alle istanze cui era deputata a corrispondere: e questo con riguardo eminentemente alla condizione dei fedeli, chierici e laici, e al loro bene individuale e comunitario, i quali principalmente devono essere in ogni modo facilitati in un 'passaggio' sovente irto di complicazioni³⁰⁰. Va però subito ricordato che qui, a differenza del caso appena sopra investigato, non si tratta di una fattispecie episodica racchiusa in un Decreto istitutivo, ma di una normativa generale contenuta in una legge universale³⁰¹, in quanto il 'fenomeno' *de quo* non può assolutamente essere tamponato o arginato in una regione o località ma è disseminato nel mondo (ed altresì in crescita)³⁰²: ad oggi sono già stati

²⁹⁷ Cfr. Costituzione *Sacrosanctum Concilium*, n. 10.

²⁹⁸ Come noto, ha destato un ampio dibattito la recente promulgazione da parte di Papa FRANCESCO della Lettera Apostolica *Motu Proprio data Magnum principium*, 3 settembre 2017 (leggibile *online* all'indirizzo www.vatican.va), riguardo alle traduzioni dei testi liturgici nelle lingue nazionali, a conferma che la liturgia è centrale nella Chiesa.

²⁹⁹ Invece, per GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, in *Il regno. Documenti*, LIV (2009), p. 712, l'*Anglicanum coetibus* «non viene a creare una nuova figura nell'ordinamento canonico vigente, ma applica la figura dell'ordinariato personale, già prevista per la cura pastorale dei militari dalla costituzione apostolica *Spirituali militum curae* [...]. È evidente che essendo diversa la finalità degli ordinariati militari e quella degli ordinariati personali per i fedeli provenienti dall'anglicanesimo, pur essendovi delle analogie tra i due tipi di ordinariati personali, tuttavia vi sono anche differenze significative».

³⁰⁰ Specie se si tratta di chierici: cfr. EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 17 ss.

³⁰¹ Cfr. DUANE GALLES, *Anglicanorum coetibus, some canonical investigations on the recent Apostolic Constitution*, in *The Jurist*, LXXI (2011), pp. 201-233.

³⁰² Cfr. l'*Adnotatio circa Ordinariatum Personalem pro Anglicanis Catholicam Ecclesiam ingredientibus* della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, cit.

eretti tre ordinariati personali, per Inghilterra e Galles, per gli Stati Uniti e il Canada e per l'Australia³⁰³, ed altri ne potranno essere eretti.

Secondo quanto si desume dall'art. I dell'*Anglicanorum coetibus*, gli ordinariati personali per anglicani che entrano nella piena comunione con la Chiesa cattolica vengono eretti dalla Congregazione per la dottrina della fede all'interno dei confini territoriali di una determinata Conferenza Episcopale, dopo aver consultato la Conferenza stessa³⁰⁴. Canonisticamente siamo dinnanzi ad un ente ecclesiastico godente *ipso iure* di personalità giuridica pubblica: trattasi di una circoscrizione ecclesiastica giuridicamente assimilata ad una diocesi («profecto iuridice dioecesi aequatur»), formata da fedeli laici, chierici e membri d'istituti di vita consacrata o di società di vita apostolica, originariamente appartenenti alla Comunione anglicana e ora in piena comunione con la Chiesa cattolica, oppure che ricevono i sacramenti dell'iniziazione nella giurisdizione dell'ordinariato stesso (art. IV); tra l'altro, con un emendamento del 2013 all'art. 5 delle Norme Complementari, in seguito è stato allargato il 'bacino' di coloro che possono entrare nell'ordinariato³⁰⁵.

³⁰³ Cfr. rispettivamente i decreti della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, del 15 gennaio 2011 (Ordinariato Personale 'Our Lady of Walsingham'), in *Acta Apostolicae Sedis*, CIII (2011), pp. 129-133; del 1° gennaio 2012 (Ordinariato Personale 'della Cattedra di San Pietro'), *ivi*, CV (2013), pp. 852-855; del 15 giugno 2012 (Ordinariato personale 'Our Lady of the Southern Cross'), *ivi*, CIV (2012), pp. 599-603; del 15 giugno 2012 (Ordinariato personale 'Our Lady of the Southern Cross'), *ivi*, CV (2013), pp. 852-855. JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale San Giovanni Maria Vianney*, cit., p. 12, nota 38, parla di «decreti-fotocopie». Si veda recentemente JOSÉ MARÍA CHICLANA ÁCTIS, *Los fieles miembros de ordinariatos para antiguos anglicanos y su incorporación a la diócesis*, cit., pp. 203-238, il quale evidenzia che «Desde su creación los ordinariatos personales han crecido» (*ivi*, p. 204).

³⁰⁴ Si precisa pure che nel territorio di una Conferenza dei vescovi, uno o più ordinariati possono essere eretti, a seconda delle necessità. Cfr. le puntualizzazioni di GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 712; *Id.*, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 412.

³⁰⁵ Infatti è stato aggiunto un secondo paragrafo all'art. 5 delle Norme Complementari a seguito di una decisione della Sessione Ordinaria della Congregazione per la dottrina della fede del 29 maggio 2013, approvata da Papa Francesco in data 31 maggio 2013 (la modifica compare nelle versioni in italiano e in inglese sul sito ufficiale della Santa Sede, e la notizia è stata resa nota attraverso comunicati pubblicati nei siti degli ordinariati Chair of Saint Peter e Our Lady of Walsingham). Questo l'attuale testo dell'art. 5: '§ 1. I fedeli laici provenienti dall'Anglicanesimo che desiderano appartenere all'Ordinariato, dopo aver fatto la Professione di fede e, tenuto conto del can. 845, aver ricevuto i Sacramenti dell'Iniziazione, debbono essere iscritti in un apposito registro dell'Ordinariato. Coloro che hanno ricevuto tutti i Sacramenti dell'Iniziazione fuori dall'Ordinariato non possono ordinariamente essere ammessi come membri, a meno che siano congiunti di una famiglia appartenente all'Ordinariato. /§ 2. Coloro che sono stati battezzati nella Chiesa Cattolica, ma non hanno ricevuto gli altri Sacramenti dell'Iniziazione, e poi, tramite la missione evangelizzatrice dell'Ordinariato, riprendono la prassi della fede, possono essere ammessi come membri dell'Ordinariato e ricevere il Sacramento della Cresima o il Sacramento della Eucaristia oppure entrambi. /§ 3. I fedeli laici e i membri degli Istituti di Vita Consacrata e di Società di Vita Apostolica, quando collaborano

Esso è governato da un ordinario, nominato dal romano Pontefice, coadiuvato da un presbiterio composto dai sacerdoti incardinati nell'ordinariato (cfr. artt. IV e VI): a norma dell'art. V la *potestas* dell'ordinario è ordinaria (*vi officii*, annessa per il diritto stesso all'ufficio conferitogli dal romano Pontefice, per il foro interno e per il foro esterno), vicaria (dispiegata in nome del romano Pontefice), e personale (su tutti coloro che appartengono all'ordinariato), 'esercitata in modo congiunto' con quella dell'ordinario del luogo nei casi previsti dalle Norme Complementari all'*Anglicanorum coetibus*.

Già da queste sobrie ma significative connotazioni inizia a istoriarsi la sagoma in qualche misura inconsueta dell'ordinariato per gli anglicani. Anzitutto, anche qui, per quanto afferisce all'intreccio tra personalità e territorialità: «Indiscutibilmente si è in presenza di una circoscrizione personale, ancorché limitata all'ambito territoriale di una singola conferenza episcopale. La potestà dell'ordinario è definita espressamente personale (AC art. V), e conseguentemente l'ordinariato non è formato dai fedeli di un dato territorio in forza del loro domicilio, ma unicamente da coloro che, rispettando tutti i requisiti richiesti dalla AC tra i quali vi è anche quello di risiedere nel territorio di pertinenza dell'ordinariato, si sono ad esso incorporati»³⁰⁶. I fedeli pertanto dovrebbero altresì far parte a tutti gli effetti della diocesi locale ed essere contemporaneamente soggetti alla giurisdizione del vescovo diocesano, potendo giovare di entrambe le cure pastorali. Dunque, al di là dell'equiparazione alla diocesi esplicitata nella Costituzione Apostolica³⁰⁷ - diocesi che d'altronde si pone quale paradigma di tutte le circoscrizioni ecclesiastiche - parrebbe tuttavia che il DNA, il codice genetico, per così dire, dell'ordinariato consista nella personalità e, quasi di conseguenza, nell'essere la giurisdizione non esclusiva ma cumulativa con quelle già esistenti. Eppure, in verità, proprio su questo punto - e ciò spiega il verbo condizionale che abbiamo usato - la dottrina discute animatamente poiché nella Costituzione Apostolica si omette il vocabolo tecnico 'cumulativo' - da tempo coniato e

in attività pastorali o caritative, diocesane o parrocchiali, dipendono dal Vescovo diocesano o dal parroco del luogo, per cui in questo caso la potestà di questi ultimi è esercitata in modo congiunto con quella dell'Ordinario e del parroco dell'Ordinario'. Cfr. JOSÉ SAN JOSÉ PRISCO, *Modificación del artículo 5 de las Normas Complementarias a la Constitución Apostólica de Benedicto XVI Anglicanorum Coetibus*, in *Revista española de derecho canónico*, LXX (2013), pp. 721-723; FERNANDO PUIG, *Dimensione missionaria degli ordinariati personali*, in *Ius Ecclesiae*, XXVI (2014), p. 700 ss.

³⁰⁶ EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 22.

³⁰⁷ Abbiamo già esplicitato le ragioni per le quali non ci soffermiamo su tale equiparazione. Cfr. le osservazioni al proposito di EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 23.

nel quale ci siamo già reiteratamente imbattuti nel corso di questo lavoro -, mentre compare la perifrasi secondo cui la potestà dell'ordinario «coniunctim exercetur», «in casibus a Normis Complementaribus praevisis», «cum Ordinario loci» (*sic* letteralmente, abbiamo solo invertito l'ordine della proposizione): il latino *Ordinario loci* tra l'altro, stranamente, nelle versioni nelle lingue vernacolari diviene 'vescovo diocesano locale'. Non possiamo ora elencare le molteplici opinioni avanzate facenti leva sul dettato della Costituzione Apostolica e segnatamente delle Norme Complementari, le quali, per quanto sottilmente argomentate, non pervengono ad una visione unanime su cosa esattamente significhi 'esercizio congiunto della giurisdizione' e quali conseguenze giuridiche ne discendano in ordine alle differenti attività esplicate. E questo a causa di una certa non trasparenza dei disposti, nei quali, come si è censurato, manca quella proprietà e puntualità di linguaggio che invece contrassegna la Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae* e che è assolutamente essenziale in un terreno così delicato come quello nel quale due giurisdizioni 'insistono' concomitantemente ma si esplicano alternativamente sugli stessi fedeli che 'si rivolgono' all'una ovvero all'altra³⁰⁸. E se parte degli Autori propende nel qualificare la giurisdizione *de qua* come non cumulativa³⁰⁹, per quanto sulla base di nozioni non del tutto combacianti e talora farraginose, noi per parte nostra – e chiedendo venia per un'asserzione che può suonare apodittica, atteso che non possiamo eccessivamente dilungarci in questa sede – sommessamente apprezziamo come complessivamente più suavis e stringente la posizione di chi nega, anche muovendo da divaricate ricostruzioni complessive, la giurisdizione esclusiva dell'ordinario personale³¹⁰, almeno nel senso più stretto del termine. E questo benché alcune prescrizioni (anche contenute nei successivi decreti di erezione degli ordina-

³⁰⁸ Cfr. le considerazioni di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori rilevanti per la determinazione della giurisdizione ecclesiastica (il contesto canonico della convenzione dei fedeli laici con le prelature personali)*, cit., p. 609.

³⁰⁹ Cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 394, p. 410 ss.; CESARE EDOARDO VARALDA, *Nuove forme di esercizio del ministero ordinato: un confronto fra la Constitutio Apostolica Anglicanorum coetibus e la Constitutio Apostolica Spirituali militum curae*, in *Benedetto XVI legislatore*, a cura di MARCO FERRARESI, CESARE EDOARDO VARALDA, Cantagalli, Siena, 2011, p. 131 ss.

³¹⁰ Ad esempio JOHN M. HUELS, *Anglicanorum coetibus. Text and commentary*, in *Studia canonica*, XLIII (2009), p. 391, pp. 398-399; VITTORIO PARLATO, *Note sulla Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, gennaio 2010, p. 9; JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., pp. 168-169; JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, *Constitución Anglicanorum coetibus sobre la institución de Ordinariatos personales para los anglicanos que ingresan en la plena comunión con la Iglesia. Texto en castellano y comentario*, cit., p. 426.

riati³¹¹) parrebbero deporre nel senso che i fedeli dell'ordinariato non sono altresì fedeli della diocesi in cui fissano il loro domicilio, ed altresì nonostante certa dottrina, sia pur numericamente minoritaria, avalli tale separazione e sottrazione³¹². Ma ciò pare assai imperviamente accettabile³¹³, specie poiché nell'*Anglicanorum coetibus* non sembra affatto prospettarsi - e avrebbe dovuto invece esplicitarsi con nettezza - l'unica possibilità sinora contemplata di più giurisdizioni esclusive contestuali: l'ordinariato per i già anglicani infatti non è configurato - e questo nessuno lo misconosce³¹⁴ - come Chiesa *sui iuris*³¹⁵, ciò che peraltro non sarebbe senza strascichi dannosi sul piano ecumenico³¹⁶, nei rapporti con gli anglicani ma anche in quelli con gli ortodossi, rinfocolando la piaga dell'uniatismo³¹⁷. Non consta chiaramente il riconoscimento di un vero e proprio 'rito anglicano'³¹⁸ o di una 'Chiesa rituale

³¹¹ Così una norma dei decreti di erezione degli ordinariati stabilisce che l'abbandono volontario dell'ordinariato va comunicato all'ordinario il quale dovrà verificare che il vescovo diocesano ne è informato perché il fedele «automatically becomes a member of the Diocese where he resides». Ma al proposito cfr. quanto rileva FERNANDO PUIG, *Dimensione missionaria degli ordinariati personali*, cit., pp. 708-709.

³¹² Cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della Costituzione Apostolica «Anglicanorum coetibus»*, in *La civiltà cattolica*, CLX (2009), IV, p. 388; *Id.*, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 714». Per parte anglicana si veda NORMAN DOE, *The Apostolic Constitution Anglicanorum coetibus. An anglican juridical perspective*, in *Ecclesiastical Law Journal*, XII (2010), p. 310. Si veda anche la tesi sostenuta da PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., pp. 50-51.

³¹³ Cfr. le spiegazioni di EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., pp. 36-37.

³¹⁴ Anche per GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 712, gli ordinariati personali «non si possono considerare una Chiesa particolare rituale, in quanto la tradizione liturgica, spirituale e pastorale anglicana viene a configurarsi piuttosto come una particolarità all'interno della Chiesa latina; inoltre scegliere la figura giuridica di una Chiesa rituale avrebbe potuto creare problemi ecumenici»; *Id.*, *Il significato della Costituzione Apostolica «Anglicanorum coetibus»*, cit., p. 387.

³¹⁵ Cfr. le argomentazioni di EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., pp. 33-34, al quale rinviamo.

³¹⁶ Cfr. MARC LANGHAM, *L'Anglicanorum coetibus non contraddice il dialogo ecumenico*, in *L'osservatore romano*, 23 gennaio 2010, p. 6.

³¹⁷ Cfr. DANIELA SALA, *Il card. Kasper: l'ecumenismo e la conversione*, in *Il regno. Documenti*, LIV (2009), p. 710. In relazione alla pubblicazione della Costituzione Apostolica *Anglicanorum coetibus* si veda altresì la *Dichiarazione congiunta dell'arcivescovo di Westminster e dell'arcivescovo di Canterbury* e la lettera di quest'ultimo, il primate ROWAN WILLIAMS, *Ai vescovi della Chiesa d'Inghilterra e ai membri dell'Assemblea dei primate della Comunione anglicana nella traduzione italiana di Il regno. Documenti*, LIV (2009), p. 713 (cfr. anche *L'osservatore romano*, 21 ottobre 2009, p. 8).

³¹⁸ Cf. il commento di VITTORIO PARLATO, *Note sulla Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 11. Peraltro si veda sul concetto di Chiesa *sui iuris* in relazione altresì a quelli di rito, appartenenza rituale, patrimonio rituale il recente saggio di PABLO GEFAELL, *Determinazione dello stato di Ecclesia sui iuris*, in *Iura orientalia*, VI (2010), pp. 109-122, il quale riporta un'ampia bibliografia.

anglicana³¹⁹: nel senso invero che «L'avvio di queste strutture personali comporta, dunque, il riconoscimento di nuovi riti e forme liturgiche. Non si tratta però, di un nuovo "rito" di appartenenza, bensì di una liturgia che coesisterà all'interno della Chiesa latina con le altre varietà rituali in essa presenti. Qualcosa di simile ha significato, da questo punto di vista, la promulgazione del motu proprio *Summorum Pontificum* a proposito della liturgia anteriore al 1970»³²⁰.

Come assume Arrieta echeggiando la Lettera *Communio notio* della Congregazione per la dottrina della fede del 1992, i fedeli s'incorporano alla Chiesa universale ('ontologicamente e temporalmente previa'³²¹) in una Chiesa particolare ed in essa s'incorporano per mezzo, per causa del battesimo: pertanto, pure i fedeli dell'ordinariato personale appartengono alla diocesi locale attraverso la *ianua sacramentorum*, mentre questo non è Chiesa particolare³²², ma circoscrizione personale costituita dalla Santa Sede per esigenze pastorali peculiari³²³ con giurisdizione che appunto si cumula con quella diocesana³²⁴. Le due giurisdizioni non si calpestano o soverchiano a vicenda, ma si integrano euritmicamente a beneficio dei fedeli, i quali sono solitamente accontentati nelle loro aspirazioni. Certo ci si domanda come mai, e su uno snodo così cruciale e nevralgico, non si sia usata una nomenclatura giuridicamente ineccepibile, tale da non dar adito a disparità di ve-

³¹⁹ Tra l'altro nella Comunione anglicana non si parla di 'tradizione anglicana' poiché si considera di 'tradizione cattolica': cfr. NORMAN DOE, *The Apostolic Constitution Anglicanorum coetibus. An anglican juridical perspective*, cit., p. 313.

³²⁰ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., pp. 156-157.

³²¹ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Communio notio*, 28 maggio 1992, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXVI (1993), pp. 838-850, n. 9 (cfr. anche il n. 10). Si vedano anche le precisazioni (pure circa l'incorporazione battesimale) contenute in *La Chiesa come comunione. A un anno dalla pubblicazione della Lettera "Communio notio" della Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *L'osservatore romano*, 23 giugno 1993, pp. 1-4 (testo firmato con tre asterischi).

³²² Non tutta la dottrina condivide tale posizione: cfr., per esempio, JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, *Constitución Anglicanorum coetibus sobre la institución de Ordinariatos personales para los anglicanos que ingresan en la plena comunión con la Iglesia. Texto en castellano y comentario*, cit., p. 422, e pp. 423-424; CESARE EDOARDO VARALDA, *Nuove forme di esercizio del ministero ordinato: un confronto fra la Constitutio Apostolica Anglicanorum coetibus e la Constitutio Apostolica Spirituali militum curae*, cit., p. 124; dubitativamente si esprime ARTURO CATTANEO, *Iglesia particular*, cit., p. 390.

³²³ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Communio notio*, 28 maggio 1992, cit., n. 16. Si veda JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 161. Segue le tesi di Arrieta JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, *Tradición anglicana en la Iglesia de Roma. Ordinariatos personales para antiguos fieles anglicanos*, cit., p. 14 ss.

³²⁴ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 160 ss., p. 166 ss.; cfr. anche *Id.*, *Ordinariato personal para fieles anglicanos recibidos en la Iglesia católica*, in *Diccionario general de derecho canónico*, V, cit., p. 815 ss.

dute: e che inoltre potrebbe accendere - ciò che è più allarmante - moleste tensioni nella pratica.

Ma soprattutto la 'non esclusività' della giurisdizione «risulta particolarmente coerente con la prospettiva teologica della collegialità dell'episcopato»³²⁵. In verità, come sopra abbiamo illustrato, non si deve temere che la cumulatività corroda o logori la giurisdizione dell'uno o dell'altro dei *pastores*: al contrario le fa cospirare nel coniugare universalità e particolarità, unità e diversità³²⁶. Di essa forse si diffida per l'apprensione che in questo caso possa provocare un'assimilazione dei fedeli ex anglicani nelle diocesi dissolvendo la loro tradizione³²⁷: eppure anche questa pare ansia che distorce la cumulatività. D'altronde l'ordinariato non è né può essere chiuso ermeticamente in se stesso ma deve essere fecondamente dischiuso alla missione complessiva della Chiesa. Anzi, proprio in quest'orizzonte, un'esagerata insistenza sull'esclusività potrebbe condurre a travisamenti, dovendo per converso esortare ad una qualche attenuazione dell'opposizione con la cumulatività: sembra infatti «fuorviante parlare di esclusività quando si tratta dell'azione evangelizzatrice dell'ordinariato, o delle persone che vi fanno parte. Inoltre se davvero si è convinti che la libertà è la condizione di base del fedele, ciò che rende più efficace l'ordinariato nonché la maturazione del fenomeno pastorale che le è stato affidato, è la massima apertura possibile, compatibile con la minima coesione necessaria del corpo sociale [...]. /Se da alcuni punti di vista sembri giusto tentare di chiarire sul piano normativo quando una circoscrizione ecclesiastica sia esclusiva o cumulativa nei riguardi della circoscrizione di base territoriale, l'assetto sociale e giuridico che sta scaturendo dagli ordinariati per già anglicani impone una visione meno formalistica, che potrebbe anche servire ad approfondire in generale altri fenomeni delle circoscrizioni complementari»³²⁸. E tuttavia pare essenziale «sapere se i fedeli [dell'ordinariato personale: N.d.A.] facciano parte o meno della Chiesa particolare dove hanno il proprio domicilio e se il Pastore

³²⁵ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Fattori rilevanti per la determinazione della giurisdizione ecclesiastica (il contesto canonico della convenzione dei fedeli laici con le prelature personali)*, cit., pp. 609-610.

³²⁶ Così ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, cit., p. 20, reputa che la potestà dell'ordinario personale non sia cumulativa con quella dei vescovi diocesani, ma si duole di tale soluzione: «è un peccato che questa tradizione recente della potestà cumulativa si sia interrotta in occasione degli ordinariati per gli ex anglicani», soffermandosi altresì sui dubbi e gli interrogativi che ciò ha suscitato.

³²⁷ Cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della Costituzione Apostolica «Anglicanorum coetibus»*, cit., p. 389.

³²⁸ FERNANDO PUIG, *Dimensione missionaria degli ordinariati personali*, cit., p. 704.

diocesano possa considerarli come parte della propria *portio Populi Dei*³²⁹: ciò che non è esplicitato, neppure dai documenti intervenuti successivamente al 2009 che non hanno diradato le nebbie³³⁰, nonostante le incognite delle interrelazioni tra struttura territoriale e struttura personale debbano essere presto risolte poiché cagionano disfunzioni deleterie per la pastorale di questi *christifideles*.

Stante però tutto quanto si è sinora puntualizzato, ancora una volta viene spontanea la comparazione con gli ordinariati militari ma soprattutto con le prelature personali che, lo ribadiamo, sono il 'prototipo' di giurisdizione personale enucleato dal *Codex Iuris Canonici* per sopperire ed occuparsi di attività pastorali specializzate a favore di fedeli di differenti diocesi. E se pure un'autorevole dottrina già citata ha negato ogni paragone degli ordinariati personali con le prelature personali, riproponendo recisamente la tesi secondo cui esse sono enti clericali con i quali possono collaborare da esterni i laici³³¹, noi non possiamo ancora una volta che dissociarci da questa conclusione. Ed anzi siamo convinti che le omologie siano indubbie³³²: quindi, se ci si fosse pure in tale caso avvalsi di questa figura, sfruttandone appieno le 'capacità', forse si sarebbero scongiurate alcune aporie e fugate le incertezze che sono serpeggiate³³³: una possibilità che venne scartata per lo più proprio a causa del «pregiudizio» di considerare e 'marchiare' la prelatura personale quale ente meramente associativo-clericale³³⁴. Parimenti altre obiezioni avanzate non paiono convincenti, anche alla luce di

³²⁹ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, in *Sufficit gratia tua. Miscellanea in onore del Card. Angelo Scola per il suo 70° compleanno*, a cura di GILFREDO MARENGO, JAVIER PRADES LÓPEZ, GABRIEL RIGHI ALBERTI, Marcianum Press, Venezia, 2012, p. 70.

³³⁰ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., pp. 70-71.

³³¹ Cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 384 ss., ove l'Autore apre un'ampia parentesi per ribadire le sue tesi a proposito della natura delle prelature personali; *Id.*, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 712.

³³² Si veda quanto evidenzia JUAN IGNACIO ARRIETA, *Ordinariato personal para fieles anglicanos recibidos en la Iglesia católica*, cit., p. 816.

³³³ Contrario a questa soluzione si era peraltro dichiarato GAETANO LO CASTRO, *Verso un riconoscimento della Chiesa anglicana come prelatura personale? Commento ad una proposta di Graham Leonard*, cit., pp. 219-227: questo Autore non apprezzava la soluzione della prelatura personale nonostante affermasse la natura comunitaria della medesima.

³³⁴ Così riferisce ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, cit., p. 4; Viana riporta pure riferimenti di Autori che, anche in occasione della promulgazione della Costituzione Apostolica *Anglicanorum coetibus* e commentando la medesima, continuano a parlare delle prelature personali come raggruppamenti clericali, invero non adducendo ragioni a conforto di questa configurazione. Per una critica a questi scritti, alcuni dei quali pubblicati in un numero monografico della rivista *Cristianesimo nella storia*, XXXII (2011), rinviando al saggio appena citato che ne mette bene in rilievo quanto meno la parzialità.

quanto abbiamo sopra sunteggiato sull'istituto *de quo*. Così certamente non si poteva escludere la prelatura personale perché, come è stato eccepito, essa «esplica la sua attività a livello universale»³³⁵: infatti l'universalità non è affatto una caratteristica prescritta obbligatoriamente per le prelature personali. Neppure troppo convincente l'oppugnazione alla proposta di prelatura personale basata sull'enfaticizzazione delle «specifiche finalità»³³⁶, sul profilo funzionale cioè delle prelature: se è vero che esse si distinguono sul punto dalle diocesi e dalle Chiese particolari, nondimeno non si possono eccessivamente circoscrivere le loro finalità, come sopra abbiamo rilevato sulla scorta di un'autorevole dottrina³³⁷, a costo di rinchiudere le prelature in un recinto assai angusto di realizzabilità³³⁸.

Vi sono, per contro, evidenti assonanze nel fatto che l'art. IX dell'*Anglicanorum coetibus* sancisce che i fedeli provenienti dall'anglicanesimo e che desiderano fare parte dell'ordinariato devono manifestare la loro volontà «scripto»³³⁹: e, per l'art. 5 delle Norme Complementari, dopo avere fatto la professione di fede e, tenuto conto del can. 845, avere ricevuto i sacramenti dell'iniziazione cristiana, devono essere iscritti in un apposito registro dell'ordinariato. Si è al proposito postillato che «mentre si fa parte

³³⁵ LUCIANO MUSSELLI, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, in *Benedetto XVI legislatore*, cit., p. 31.

³³⁶ Si tratta delle argomentazioni sviluppate da GAETANO LO CASTRO, *Verso un riconoscimento della Chiesa anglicana come prelatura personale? Commento ad una proposta di Graham Leonard*, cit., pp. 219-227: la proposta, come già abbiamo ricordato, era stata avanzata dal vescovo anglicano di cui al titolo del saggio. Lo Castro argomenta criticamente soprattutto a p. 224 ss. Invece, per Lo Castro, «le esigenze espresse dal vescovo Leonard [...] potrebbero essere meglio appagate con l'istituzione di una chiesa particolare su base personale (una o più diocesi, secondo l'ampiezza del fenomeno), in aderenza alle previsioni del can. 372 § 2 [...] /Occorrerà discernere la *ratio* che potrebbe giustificare siffatta istituzione: potrebbe essere data dal rito, o potrebbe anche essere di altra natura». Abbiamo segnalato sopra i difetti di tale soluzione.

³³⁷ Rinviamo a quanto abbiamo illustrato nel paragrafo 3.

³³⁸ Ovvero proprio a farle diventare, come paventa lo stesso GAETANO LO CASTRO, *Verso un riconoscimento della Chiesa anglicana come prelatura personale? Commento ad una proposta di Graham Leonard*, cit., p. 222, «un istituto di frontiera, idoneo a risolvere problemi eccezionali, cui non si potrebbe dare adeguata risposta attraverso le ordinarie strutture della Chiesa».

³³⁹ Appunto per l'art. IX sia i fedeli laici sia gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica che provengono dall'anglicanesimo e desiderano far parte dell'ordinariato personale devono manifestare questa volontà per iscritto. Cfr. il commento di VITTORIO PARLATO, *Note sulla Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 13. Per il precedente art. VII sempre dell'*Anglicanorum coetibus*, l'ordinario, con l'approvazione della Santa Sede, può erigere nuovi istituti di vita consacrata e società di vita apostolica e promuoverne i membri agli ordini sacri, secondo le norme del diritto canonico. Istituti di vita consacrata provenienti dall'anglicanesimo e ora in piena comunione con la Chiesa cattolica per mutuo consenso possono essere sottoposti alla giurisdizione dell'ordinario. A quest'ultimo proposito cfr. quanto annota JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., pp. 164-165.

di una Chiesa particolare territoriale per il fatto del domicilio o quasi domicilio, si fa parte dell'ordinariato personale sulla base del fatto oggettivo della precedente appartenenza all'anglicanesimo oppure perché si è venuti alla fede cattolica tramite l'ordinariato. Possiamo dire che l'iscrizione nel registro sostituisce il fatto del domicilio o quasi domicilio che in relazione all'appartenenza a una struttura di carattere personale è irrilevante³⁴⁰; ma l'iscrizione si pone quale coronamento di una scelta soggettiva che non può essere - generalmente (eccettuando ad esempio i minori³⁴¹) - surrogata, mentre per la sopra menzionata aggiunta all'art. 5 delle Norme Complementari si può essere incorporati all'ordinariato anche senza mai avere fatto parte dell'anglicanesimo³⁴²: nonostante chi cerchi di smentirlo³⁴³, è evidente che si affievolisce la presunta 'oggettività' della pertinenza all'ordinariato³⁴⁴. Qui interessa rimarcare come, 'convertendosi' comunque gli anglicani 'a Roma' *uti singuli*, l'incorporazione all'ordinariato avvenga 'corporativamente'³⁴⁵ eppure non in senso strettissimo, nel senso cioè che avvenga in qualche modo automaticamente, ma si richieda in ogni modo un atto personale libero di ciascun fedele³⁴⁶: mentre, *a contrario*, assoggettato a vincoli è, a conferma di quanto sopra, il cambio di rito e il passaggio ad una Chiesa orientale. Occor-

³⁴⁰ GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 714; *Id.*, *Il significato della Costituzione Apostolica «Anglicanorum coetibus»*, cit., p. 389.

³⁴¹ Cfr. quanto riferisce JOSÉ MARÍA CHICLANA ÁCTIS, *Los fieles miembros de ordinariatos para antiguos anglicanos y su incorporación a la diócesis*, cit., p. 212 ss.

³⁴² Si veda EDUARDO BAURA, *Le radici conciliari delle prelature personali*, cit., pp. 49-50, nota 43. Cfr. anche ERNEST CAPARROS, *The manifestation of the will of the faithful in the context of "Anglicanorum coetibus" and other ecclesiastical circumscriptions*, in *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al professor Rafael Navarro-Valls, II, Derecho matrimonial. Derecho canónico. Otras especialidades jurídicas*, a cura di JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, SILVIA MESEGUER VELASCO, RAFAEL PALOMINO LOZANO, Iustel, Madrid, 2013, pp. 2885-2910.

³⁴³ Non ci sembra molto convincente, infatti, quanto argomenta JOSÉ SAN JOSÉ PRISCO, *Modificación del artículo 5 de las Normas Complementarias a la Constitución Apostólica de Benedicto XVI Anglicanorum Coetibus*, cit., pp. 720-721, perché parlare di una ragione oggettiva del tutto prescindente dalla volontà personale pare una costruzione forzata e di difficile identificazione.

³⁴⁴ Cfr. peraltro le argomentate considerazioni di PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 50.

³⁴⁵ E questo nonostante quanto si afferma nel proemio dell'*Anglicanorum coetibus*. Cfr. le spiegazioni di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 153; e di GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 714.

³⁴⁶ Cfr. EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 38: «L'atto con cui si manifesta per iscritto la volontà di incorporarsi all'ordinariato, previsto dall'art. IX della AC, è di carattere costitutivo mentre la registrazione, prevista dall'art. 5 delle NC, pare essere di natura dichiarativa quantunque obbligatoria; non di meno l'impressione che si ha è quella che il legislatore abbia prefigurato che i due atti vengano compiuti contestualmente».

re cioè «una “volontaria” e “diretta” adesione alla circoscrizione personale in quanto tale, “diversa” – formalmente e anche nel tempo – dall’adesione alla Chiesa mediante la professione di fede. Una scelta che alcune delle persone potrebbero eventualmente non realizzare, e che potrebbe essere eventualmente ritrattata in un successivo momento. /Nel rispetto della restante disciplina, la manifestazione scritta di questa volontà instaura il rapporto gerarchico all’interno dell’Ordinariato, allo stesso modo per cui la sua ritrattazione lo cancellerebbe, rimanendo il fedele membro della Chiesa del domicilio alla quale è giunto per il battesimo sin dalla professione di fede»³⁴⁷.

Risulta dunque essere la manifestazione di volontà la causa efficiente dell’incorporazione all’ordinariato, che non è effetto della grazia effusa dal battesimo né della professione di fede cattolica proclamata da chi era anglicano³⁴⁸. Tuttavia va anche qui rimproverato che pure al riguardo il testo normativo plurivoco solleva dilemmi³⁴⁹ non irrilevanti: «l’art. I, §4 della AC afferma che l’ordinariato è costituito dai fedeli provenienti dall’anglicanesimo e da coloro i quali hanno ricevuto i sacramenti dell’Iniziazione cristiana nell’ordinariato. La formula di questa disposizione risulta poco chiara poiché, siccome non tutti i fedeli provenienti dall’anglicanesimo appartengono per ciò stesso all’ordinariato, ma solo in presenza di un atto volontario, si pone la questione se la ricezione dell’Iniziazione nell’ordinariato sostituisca l’atto volontario normalmente richiesto. Il n. 1 del decreto di erezione del primo ordinariato personale sembra sottintenderlo. In ogni caso, questa norma si presta a molti dubbi»³⁵⁰: tra l’altro la congiunzione utilizzata nella versione latina è *vel*, che pare supporre una duplicità. Eppure è incontestabile che la natura di un istituto dipende dal piano sostanziale (che è sacramentale nella Chiesa) e non certo da «espressioni *obiter dicta* inserite

³⁴⁷ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 164.

³⁴⁸ Così JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., pp. 69, il quale aggiunge anche: «Vi è sempre, perciò, la possibilità di recedere da una tale decisione e di abbandonare l’Ordinariato, come esplicitamente dichiara adesso il Decreto di erezione dell’Ordinariato inglese». Per un’analisi dettagliata di tutte le possibili situazioni di incorporazione (anche quelle eccezionali) con le varie questioni che si pongono cfr. JOSÉ MARÍA CHICLANA ÁCTIS, *Los fieles miembros de ordinariatos para antiguos anglicanos y su incorporación a la diócesis*, cit., p. 206 ss.

³⁴⁹ Segnala una serie di incertezze e di difficoltà di interpretazione e applicazione suscitate dalla redazione delle norme JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, *Constitución Anglicanorum coetibus sobre la institución de Ordinariatos personales para los anglicanos que ingresan en la plena comunión con la Iglesia. Texto en castellano y comentario*, cit., p. 427 ss., segnatamente nelle note.

³⁵⁰ EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., pp. 39-40; dubbi sono insorti anche circa l’appartenenza di minori ovvero anche l’abbandono volontario dell’ordinariato. Dunque numerosi sono i problemi legati all’incorporazione sui quali evidentemente non possiamo soffermarci.

in qualche passaggio di un testo ufficiale»³⁵¹. E la realtà essenziale inclina decisamente nella direzione illustrata: «Ad escludere definitivamente il collocamento dell'Ordinariato personale come Chiesa (particolare) nella struttura sacramentale [...] è soprattutto il ruolo determinante della volontà – e non della causa sacramentale del Battesimo – nell'incorporazione dei fedeli all'istituto e la possibilità di recedere da essa per semplice manifestazione di tale desiderio»³⁵²; e, come anche sopra rammentato, per la mutua interiorità e immanenza tra Chiesa universale e Chiesa particolare si fa ingresso nella prima *in* una Chiesa particolare³⁵³. Per tutto questo ci sembra assai più persuasiva la posizione di chi ammette la pertinenza dei fedeli dell'ordinariato personale alla diocesi nella quale hanno il domicilio³⁵⁴.

Comunque sia, ad un fedele dell'ordinariato non è vietato partecipare alla vita pastorale della diocesi e, se ciò avvenisse, ne deriverebbero i corrispettivi risvolti e contraccolpi giuridici, a prescindere dall'essere esclusiva o no la giurisdizione dell'ordinario: tra l'altro «Per questa ragione è degna di attenzione la mancanza di norme riguardanti il coordinamento tra i registri come invece si ha, ad esempio, nell'art. XIII, 6 della *Spirituali militum curae*»³⁵⁵. Del resto se si accedesse – come appunto invero alcune norme lasciano presumere e parte della dottrina suffraga – alla ricostruzione della giurisdizione esclusiva non sarebbe elementare afferrare e distinguere gli atti per i quali i fedeli potrebbero essere soggetti alla potestà esecutiva dell'ordinario locale, attesa la *lacuna legis* sussistente al riguardo, non regolando la codificazione del 1983 l'esistenza di Chiese *sui iuris* all'interno della Chiesa latina: e da ciò un coacervo di vacillamenti e insicurezze a cascata anche in merito alla validità di sacramenti come quello matrimoniale o dell'ordine sacro, con possibili onerosi turbamenti di coscienza dei fedeli³⁵⁶.

Non possiamo scendere nel dettaglio, ma stupisce il groviglio di quesiti

³⁵¹ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., p. 71.

³⁵² JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., p. 73.

³⁵³ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., p. 75.

³⁵⁴ Rinviamo alla dettagliata trattazione di JOSÉ MARÍA CHICLANA ÁCTIS, *Los fieles miembros de ordinariatos para antiguos anglicanos y su incorporación a la diócesis*, cit., p. 216, il quale analizza e confuta tutte le posizioni e gli argomenti di coloro che negano la pertinenza dei fedeli di un ordinariato personale alla diocesi ove hanno il domicilio.

³⁵⁵ EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 41.

³⁵⁶ Per una disamina minuta degli ambiti di concorrenza delle giurisdizioni, quanto appunto al sacramento del matrimonio, al sacramento dell'ordine, al foro giudiziale cfr. JOSÉ MARÍA CHICLANA ÁCTIS, *Los fieles miembros de ordinariatos para antiguos anglicanos y su incorporación a la diócesis*, cit., p. 224 ss.

provocati dalla davvero intricata opera di ‘accomodamento’ di certi precetti per gli ex anglicani con quelli precedenti extracodicali ma soprattutto codicali, i quali ultimi dovrebbero prevalere, almeno sulle disposizioni accluse ai decreti erettivi degli ordinariati. Stupisce perché v’erano già archetipi abbozzati e scorrevolmente ‘funzionanti’ che avrebbero permesso di procedere in maniera più rettilinea, come quello dell’ordinariato militare: esso in parte è stato assunto a modello³⁵⁷ e ad esso esplicitamente si rimanda in una nota della Costituzione *Anglicanorum coetibus*³⁵⁸, ma dal medesimo ci si è discostati in aspetti non accidentali³⁵⁹ ed accessori senza troppa coerenza³⁶⁰; d’altronde corpose analogie paiono approssimare l’ordinariato personale creato nel 2009 altresì all’amministrazione apostolica di Campos, di cui sopra abbiamo tuttavia segnalato certi iati³⁶¹. Non si comprende quindi perché usare una ‘gabbia’ giuridicamente contornata per poi alterarla e manipolarla rimarchevolmente in un amalgama talora promiscuo che rischia di provocare sconcerto, con riflessi destabilizzanti.

E allora, forse, nonostante l’accomunamento dato dalla personalità di entrambe le giurisdizioni, quella dell’ordinario militare e quella dell’ordi-

³⁵⁷ Si vedano le parole del cardinale WILLIAM LEVADA riferite nell’*Adnotatio circa Ordinariatum Personalem pro Anglicanis Catholicam Ecclesiam ingredientibus* della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, cit. Cfr. JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, *Tradición anglicana en la Iglesia de Roma. Ordinariatos personales para antiguos fieles anglicanos*, cit., p. 14.

³⁵⁸ La nota 12, al termine della proposizione secondo cui l’ordinariato è giuridicamente assimilato ad una diocesi.

³⁵⁹ Lo ammette GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., pp. 393-394: «Leggendo la Cost. ap. *Anglicanorum coetibus*, si ritrovano diversi elementi che si ispirano alla Cost. ap. *Spirituali militum curae* e al Decr. *Animarum bonum*, ma [...] anche molti elementi che differenziano l’Ordinariato personale per gli Anglicani dall’Ordinariato militare e dall’Amministrazione apostolica di Campos. Invece dobbiamo dire che la figura dell’Ordinariato personale per gli Anglicani si avvicina molto per la sua finalità a quella dell’Ordinariato apostolico per i fedeli di rito orientale in un territorio di rito latino. Infatti, tali fedeli sono affidati ad un Ordinariato apostolico con piena giurisdizione personale su di essi. È proprio questa piena giurisdizione sui fedeli che assimila le due figure, in quanto [...] anche l’Ordinario personale a capo di un Ordinariato per gli Anglicani ha piena giurisdizione sui fedeli appartenenti all’Ordinariato, non essendo, questa, cumulativa con quella dei Vescovi diocesani del luogo, come invece è quella sia dell’Ordinario militare che dell’Amministratore apostolico di Campos. Tuttavia, è plausibilmente ipotizzabile che non si sia scelta una figura giuridica sul modello dell’Ordinariato apostolico per i fedeli di rito orientale in un territorio di rito latino, in quanto la tradizione liturgica, spirituale e pastorale anglicana viene a configurarsi piuttosto come una particolarità all’interno della Chiesa Latina stessa. Questo stesso fatto è stato, probabilmente, anche una prima ragione per cui non si è prevista la figura di una Chiesa *sui iuris*, insieme a una possibile ragione ecumenica, per evitare ogni analogia con le Chiese uniate orientali».

³⁶⁰ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 161, anche in nota 35

³⁶¹ Su altre analogie, come quelle relative alle strutture di governo, alle parrocchie, ai tribunali, è sufficiente esaminare e raffrontare le normative relative, oltre che consultare la dottrina di commento.

nario personale, la strada da imboccare non era tanto il perseguimento di una sorta di giustapposizione con una Chiesa particolare primaria (se così va qualificato l'ordinariato militare, il quale peraltro da non pochi Autori è ricompreso, come in precedenza evidenziato, tra le strutture complementari³⁶²), con la pretesa poi – non del tutto riuscita – di munirla di giurisdizione esclusiva. Mettendo invece a fuoco quell'adesione volontaria che si pone alle scaturigini dell'istituto gerarchico – parimenti all'amministrazione apostolica personale di Campos – ³⁶³, esso poteva modularsi quale circoscrizione personale di appartenenza secondaria con giurisdizione cumulativa: ovvero come prelatura personale. Fra tutte le figure quella più fluentemente forgiabile a seconda delle esigenze, essendo i canoni 294-298 compilati «a priori con ricercate categorie di totale ampiezza proprio per poter dare accoglienza a qualunque genere di struttura comunitaria gerarchica personale che non fosse Chiesa (particolare)»³⁶⁴: in questo caso anche perseguendo quell'ambita limitazione alla giurisdizione del vescovo diocesano, quanto peraltro allo sviluppo istituzionale ed operativo dell'ordinariato (non tanto con riferimento ai laici)³⁶⁵.

Oltre a tutto quanto abbiamo sinora rilevato, la potestà dell'ordinario è inoltre vicaria – come quella dell'amministratore apostolico di Campos –, ciò che comporta una diretta dipendenza da quella primaziale, essendo esercitata in nome del sommo Pontefice³⁶⁶: ciò si traduce altresì in un plesso di restrizioni da cui non è astretto l'ordinario proprio. L'affidamento di una circoscrizione ecclesiastica ad un ordinario con potestà vicaria avviene solitamente per i cosiddetti territori di primigenia *implantatio Ecclesiae*, ove, per antonomasia, le condizioni non sono favorevoli ed anzi si incontrano disagi

³⁶² La questione è invero aperta, come già abbiamo rilevato; e ribadiamo che non intendiamo addentrarci nel presente lavoro in queste problematiche. Ad esempio considerano l'ordinariato militare Chiesa particolare WINFRIED AYMANS, KLAUS MÖRS DORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici*, II, Schönningh, Paderborn, 1997, pp. 326-327; GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Chiesa particolare. Natura e tipologia*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXV (1990), p. 557, qualifica l'ordinariato militare come «diocesi personale sui generis»; PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 49. Per una rassegna degli Autori che parlano invece di struttura complementare si veda ARTURO CATTANEO, *Le diverse configurazioni della Chiesa particolare e le comunità complementari*, cit., p. 22 ss.

³⁶³ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 164.

³⁶⁴ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., p. 78.

³⁶⁵ Si vedano le considerazioni di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., pp. 78-79; *Id.*, *Ordinariato personal para fieles anglicanos recibidos en la Iglesia católica*, cit., pp. 818-819.

³⁶⁶ Cfr. ANTONIO VIANA, *Naturaleza canónica de la potestad vicaria de gobierno*, in *Ius canonicum*, XXVII (1988), pp. 99-130.

ed asperità di vario genere: che qui, invero, sembrano assenti. Anteriormente al Vaticano II erano titolari di potestà vicaria coloro che presiedevano ai vicariati castrensi: ma questo probabilmente era da raccordare alla percezione non ancora del tutto maturata che si potessero istituire giurisdizioni personali sopradiocesane, interdiocesane, transdiocesane senza necessariamente catalizzarle nell'orbita della potestà pontificia, mentre oggi quest'acquisizione è pacifica³⁶⁷ (e forse ciò era dovuto anche ai rilevanti profili di *Jus Publicum Ecclesiasticum Externum*, vale a dire per sottolineare una diretta dipendenza dalla Santa Sede - a garanzia di libertà e indipendenza dal potere secolare - di strutture facenti riferimento alle forze armate, cioè all'organizzazione che è tra le più incisive espressioni della sovranità politico-statuale). Perciò, anche su questo versante la soluzione dell'*Anglicanorum coetibus* non è del tutto perspicua, nonostante il 'debutto' degli ordinariati personali³⁶⁸ e nonostante alcune suggestioni 'psicologiche'³⁶⁹: «si potrebbe pensare che la ragione per spiegare come mai si è configurata la potestà come vicaria, sia il fatto che l'ordinario può essere un presbitero privo della dignità episcopale. Tuttavia questo argomento non appare convincente poiché esistono non poche circoscrizioni ecclesiastiche che hanno come ordinario proprio un presbitero, e di fatti è stato osservato che non era necessario prevedere la potestà vicaria, decisione questa che pare essere stata presa all'ultimo momento. In ogni caso quella della potestà vicaria è una scelta possibile e sotto il profilo teorico fondata, ma ha determinato una differenza notevole tra l'ordinariato e la diocesi. A rigore sarebbe stato più appropriato chiamare questa nuova figura "vicariato apostolico personale"»³⁷⁰; ovvero sarebbe stato in definitiva forse più oculato³⁷¹ astenersi dalla tecnica, qui accidentale

³⁶⁷ Sulla potestà vicaria dell'ordinario e sui limiti correlati a tale qualificazione si veda EDUARDO BAURA, *Las circunscripciones eclesiásticas personales. El caso de los ordinariatos personales para fieles provenientes del anglicanismo*, cit., p. 190 ss.

³⁶⁸ Cfr. JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, *Constitución Anglicanorum coetibus sobre la institución de Ordinariatos personales para los anglicanos que ingresan en la plena comunión con la Iglesia. Texto en castellano y comentario*, cit., p. 425.

³⁶⁹ Si veda JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., pp. 157-158, e pp. 167-168.

³⁷⁰ EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 27. Sul fatto che non fosse necessario prevedere la potestà vicaria cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., pp. 167-168.

³⁷¹ Secondo JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sulla natura giuridica degli Ordinariati personali*, cit., p. 74, nota 17, non essendo gli ordinariati personali vere Chiese particolari, comunque «Sarebbe stata [...] una confusione di piani seguire questo criterio accessorio nella denominazione dell'istituto, poiché nell'ordinamento canonico i Vicariati apostolici sono propriamente Chiese (particolari), come dice il can. 368 CIC».

(evocando comunque una misura *ad interim*), della vicarietà³⁷².

Anche l'aver prefissato quale dicastero di riferimento degli ordinariati personali la Congregazione per la dottrina della fede³⁷³ e non, come per tutte le altre circoscrizioni ecclesiastiche, la Congregazione per i vescovi³⁷⁴, eccettuate le competenze, per i rispettivi ambiti, di *Propaganda Fide* e della Congregazione per le Chiese orientali, derogando quanto dispone la Costituzione Apostolica *Pastor bonus*, fomenta qualche riserva: anzitutto il dubbio su come la funzione possa essere adempiuta convenientemente da un dicastero preordinato ed attrezzato ad assolvere compiti totalmente differenti. Formalmente, poi, sarà sempre la Congregazione suddetta ad erigere gli ordinariati personali dei fedeli di 'matrice anglicana'; la *ratio* di tale procedura, divergente da quelle usuali³⁷⁵, sfugge; inoltre è «sorprendente che l'ordinariato sia eretto dalla CDF se si tiene conto che si tratta di una circoscrizione personale il cui ambito può estendersi all'intero territorio di una conferenza episcopale e che la sua presenza può influire molto nella vita di più diocesi»³⁷⁶.

In definitiva, senza nulla sottrarre all'importanza del gesto profetico dell'istituzione degli ordinariati personali per i già anglicani, certamente questi ultimi non sono monoliti statici ed immoti, essendo stati programmati per rispondere alle molte situazioni nel mondo, che forse presentano qualche simmetria ma non sono mai del tutto uguali: anzi si è proprio rimarcata l'estrema adattabilità e il carattere di processo protratto nel tempo che assume l'inserimento nella Chiesa di queste comunità³⁷⁷. In tale *work in progress*, sotto la vigilanza e la supervisione della Congregazione per la dot-

³⁷² Cfr. le riflessioni di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 168.

³⁷³ Cfr. quanto riferisce GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 712. Al proposito cfr. il commento di VITTORIO PARLATO, *Note sulla Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 3.

³⁷⁴ Come anche l'amministrazione apostolica personale di Campos. Al riguardo JUAN IGNACIO ARRIETA, *L'amministrazione apostolica personale* San Giovanni Maria Vianney, cit., pp. 11-12, nota 36, nota che era stata «opportunamente evitata in questo caso la dipendenza dalla Commissione *Ecclesia Dei* e, quindi, dalla Congregazione per la Dottrina della Fede il che rappresenta una positiva scelta in prospettiva del "normale" sviluppo dell'amministrazione assieme alle altre circoscrizioni del luogo, evitando l'inevitabile effetto di "ghettizzazione" causato dalla soluzione opposta, seguita anni dopo nel caso degli Anglicani».

³⁷⁵ Sulle quali rinviamo alla sintesi di EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., pp. 21-22, anche in nota.

³⁷⁶ EDUARDO BAURA, *Gli ordinariati personali per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica*, cit., p. 22; mentre invece l'ordinario, come abbiamo sopra ricordato, è nominato dal sommo Pontefice.

³⁷⁷ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 158.

trina della fede, non si possono escludere cambiamenti giuridici degli aspetti istituzionali che si sono rivelati manchevoli o deficitari³⁷⁸. Come sopra abbiamo rammentato, le Norme Complementari sono state modificate a meno di quattro anni dalla promulgazione nonché a distanza di qualche mese dall'erezione dei tre ordinariati sinora esistenti; ciò è indice della capacità di queste istituzioni e della Sede Apostolica di intercettare tempestivamente la fattiva incidenza pastorale di queste entità e tradurla in norme (auspicabilmente di rango adeguato e debitamente promulgate). Ma ciò è «interessante anche per illustrare l'intreccio fra diritto e pastorale, nel superare ipotetiche contrapposizioni, spesso dipendenti da visioni slegate dalla realtà viva della Chiesa. È stata la dinamica degli ordinariati che ha richiamato una maggiore elasticità nell'assetto normativo, in modo tale che i profili costituzionali degli ordinariati non fossero di intralcio alla sua naturale espansione»³⁷⁹.

Dunque, e sempre solo al fine di assecondare l'irradiazione cristiana, il percorso, attraverso un ininterrotto monitoraggio, potrà proseguire, oltre che con aggiustamenti mediante i decreti di erezione³⁸⁰, anche con l'accoglimento di più pregnanti proposte *de iure condendo*. E pure in questo caso, se vogliamo protenderci a scrutare la realtà, non si può tacere il copioso numero di ministri già anglicani che sono addivenuti alla comunione con la Chiesa cattolica e, dopo un itinerario formativo, sono stati *ordinati in sacris*³⁸¹. D'altronde, proprio in questa previsione, l'istruzione seminariale e le sue modalità non sono state trascurate nella normativa *ad hoc*, tutt'altro³⁸²: e dovranno essere seguite da vicino³⁸³. Ciò che, invero, come per Campos, non può non magnetizzarci ancora una volta verso le prelature personali, secondo quegli embrionali ammaestramenti impartiti dal magistero conciliare e immediatamente successivo e poi trasfusi nel *Codex Iuris Canonici* che vedono queste ultime puntare sul coefficiente clericale per una ben orchestrata cura pastorale del laicato. Nessuno schema ideato 'a tavolino' e nessuna

³⁷⁸ Per una sintesi dei problemi sollevati dalla dottrina cfr. ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, cit., p. 3 ss.

³⁷⁹ FERNANDO PUIG, *Dimensione missionaria degli ordinariati personali*, cit., p. 698.

³⁸⁰ Cfr. quanto rileva GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il significato della nuova normativa*, cit., p. 715.

³⁸¹ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2017*, cit., p. 1028.

³⁸² Si prevede che i candidati agli ordini sacri in un ordinariato saranno formati insieme agli altri seminaristi, specialmente negli ambiti dottrinale e pastorale. Per tener conto delle particolari necessità dei seminaristi dell'ordinariato e della loro formazione nel patrimonio anglicano, l'ordinario può stabilire programmi da svolgere nel seminario o anche erigere case di formazione, connesse con già esistenti facoltà di teologia cattoliche (così l'art. VI § 5 dell'*Anglicanorum coetibus*). Cfr. anche l'art. 10 delle Norme Complementari.

³⁸³ Cfr. alcune considerazioni di GIANFRANCO GHIRLANDA, *La Costituzione Apostolica Anglicanorum coetibus*, cit., p. 427 ss.

ingessatura preconfezionata è in grado di contenere il vigoroso irradiarsi di una realtà carismatica: e comunque le strutture per *pasce oves*, se così possiamo esprimerci, possono e devono essere sempre *pro tempore*, momenti di gestazione in vista dell'impiantamento di assetti giurisdizionali più adeguati.

6. *Potenzialità delle possibili realizzazioni di una figura giuridica non adeguatamente valorizzata nella realtà ecclesiale contemporanea*

La cognizione delle circoscrizioni ecclesiastiche personali, le loro categorie e la loro 'perequazione' o no rispetto alla Chiesa particolare erano forse ancora nebulose e comunque ancora non del tutto evolute al momento della promulgazione del Codice di Diritto Canonico del 1983: «Per tale ragione, l'istituto delle Prelature personali venne allora allontanato dal "titolo" sulle Chiese particolari, anche se la decisione presa era stata quella di mantenerlo all'interno della "parte" concernente la struttura gerarchica della Chiesa; mentre l'organizzazione della pastorale militare venne addirittura esclusa dal Codice»³⁸⁴; esso venne poi 'espulso' anche dalla parte concernente la struttura gerarchica della Chiesa. Tale inadeguata collocazione sistematica ha depotenziato la possibile valenza dell'istituto, discostandosi in qualche modo dalle indicazioni del Concilio. Ora, però, sono trascorsi molti anni, forse si sono smussati certi dissapori ideologici e sopite alcune astiosità: ma soprattutto si è guadagnato un notevole stadio di comprensione del messaggio profetico conciliare e di condivisa riflessione dottrinale – e non solo³⁸⁵ – che deve incitare a cercare gli assetti più congeniali e calzanti alle realtà ecclesiali che via via germogliano nella cattolicità, seppellendo vetusti pregiudizi. Si è infatti registrato che la scelta di adottare certe figure giuridiche non del tutto consone alle esigenze pastorali, apportando poi alle stesse correttivi e addizioni non troppo coerenti ecclesiologicamente e giuridicamente poiché finiscono col deformarle, possa essere foriera di perniciose ambiguità se non di errori. Tale confusa frammentazione è ben lontana dall'opera razionalizzatrice ed unificante svolta dal cosiddetto diritto pontificio tra medioevo ed età moderna.

Come si riferiva in precedenza, i contatti con i lefebvriani proseguono assiduamente e di recente erano trapelate notizie di una prossima intesa: in tal modo Papa Francesco persevererebbe sulla rotta dei due precedenti

³⁸⁴ JUAN IGNACIO ARRIETA, *Gli ordinariati personali*, cit., p. 159.

³⁸⁵ Cfr. quanto rileva GAETANO LO CASTRO, *Le prelature personali nell'esperienza giuridica e nel dibattito dottrinale dell'ultimo decennio*, cit., pp. 118-119.

successori di Pietro, ai quali protervamente taluno cerca di opporlo. Con la costituzione di una prelatura personale per i lefebvriani la Santa Sede dimostrerebbe una materna attenzione - «Può lasciarci totalmente indifferenti (dichiarava con veemenza ancora nel 2009 Papa Ratzinger) una comunità nella quale si trovano 491 sacerdoti, 215 seminaristi, 6 seminari, 88 scuole, 2 Istituti universitari, 117 frati, 164 suore e migliaia di fedeli?»³⁸⁶ - per quei fedeli che ambiscono ad un'adesione fedele alla tradizione, organizzando gerarchicamente una struttura per offrire loro l'aiuto pastorale specifico consono. Una struttura, quella della prelatura personale, non rigidamente immobile, si è visto, ma modulabile con un notevole grado di plasticità. Certamente implicherebbe la nomina di un prelado come ordinario proprio con potestà di giurisdizione sopra i membri della prelatura, e un presbiterio della circoscrizione formato da sacerdoti incardinati nella prelatura e che coadiuvano il prelado nella cura dei fedeli destinatari della pastorale specifica. Centrale, quindi, l'esistenza di un *coetus fidelium*, i componenti laici della porzione di popolo di Dio, determinati tramite un criterio personale identificantesi segnatamente (ma non solo) qui nel desiderio di seguire la liturgia anteriore alla riforma post-conciliare espresso e 'certificato': tali fedeli, che continuerebbero ad appartenere contemporaneamente alle diocesi corrispondenti, potrebbero essere incorporati attraverso un atto volontario similmente a come avviene per l'*Opus Dei* o in alcuni casi per gli ordinariati personali, il quale appunto dovrà essere altresì formalizzato. Si tratterà poi, negli statuti, di congegnare e disciplinare le modalità di cooperazione con le Chiese locali, i rapporti con i vescovi diocesani e con le Conferenze Episcopali. Si stabilirà la posizione dei seminari della prelatura personale e se ne regolamenteranno con diligenza le modalità di conduzione, cernita degli insegnanti, fissazione dei *curricula*, adeguando la *Ratio* di formazione sacerdotale ai lineamenti e alla spiritualità della prelatura ecc., in modo che sia pienamente serbata sia la sua vocazione sia la lealtà al magistero cattolico. Si identificheranno le modalità di successione e designazione del prelado posto al vertice della prelatura, nonché della sua conferma superiore. Proprio nel modellare minutamente tutte queste interrelazioni in modo non da rompere o incrinare ma da cementare la *communio* ecclesiale si comproverà la proficuità di questo istituto giuridico. La normativa codiciale, tra l'altro, nella sua stringatezza, affida alla Santa Sede non risicati margini di manovra anche al fine di limare e mitigare certe previsioni che, se lette in maniera troppo ferrea e severa, potrebbero troppo ridurre la giusta autonomia che va

³⁸⁶ BENEDETTO XVI, *Lettera del Santo Padre ai vescovi della Chiesa cattolica riguardo alla remissione della scomunica dei 4 vescovi consacrati dall'arcivescovo Lefebvre*, 10 marzo 2009, cit., p. 195.

invece custodita in questo caso: come, del resto, in quello di Campos o con riguardo ai già anglicani.

Alcuni avevano giudicato magnanima e assai vantaggiosa per i lefebvriani la prima proposta avanzata, anteriore all'atto scismatico, di trasformare la Fraternità Sacerdotale San Pio X in una società di vita apostolica di diritto pontificio con una certa esenzione dalla giurisdizione dei vescovi diocesani: ciò avrebbe permesso di inserire sacerdoti e laici, di creare un terzo ordine di fedeli dipendente ai sensi del can. 303 del Codice, nonché si prevedeva la costituzione di un istituto di vita consacrata per religiose collegato alla Fraternità³⁸⁷; forse, quindi, una società di vita apostolica *sui generis*, dilatabile anche oltre la sua 'circonferenza' consueta. Ma a noi sembra che tale configurazione anche così ritoccata ed emendata, al di là delle sue 'virtualità' concrete in termini di facoltà e appannaggi, non avrebbe sbrogliato molti problemi disciplinari (soprattutto in ordine alla 'condizione delle persone dipendenti dalla Fraternità'³⁸⁸) col grave rischio di non garantire il rapporto tra il clero e i fedeli, cioè l'assistenza pastorale a questi ultimi da parte dei sacerdoti, e avrebbe sacrificato la vera sostanza di quell'impulso cristiano alla sorgente di un'esperienza ecclesiale che - bisogna ammetterlo -, nonostante le numerose ostilità e avversioni esterne (ma anche, va pure ammesso, con qualche interna intemperanza caparbia e un poco oltranzista), sta tuttavia sperimentando una stagione rigogliosa. Per questo, evidentemente, la figura della prelatura personale appare assai più acconcia, soddisfacendo compiutamente le esigenze della Fraternità, presidiando, poi, al contempo, una certa autodeterminazione cui essa agogna e pretende, senza però disconoscere la debita dipendenza dalla gerarchia. Non si tratta di 'sistemare', inalveandoli in organismi, i fedeli recalcitranti rispetto a certi documenti conciliari o fascinati dalla liturgia antica: ma di recuperarli e reinnestarli nella tradizione universale della Chiesa cattolica romana in prospettiva genuinamente missionaria.

In questo modo si vincerebbe e finalmente si archiverebbe quella riltuttanza ovvero quella sorta di idiosincrasia per questo istituto che ha quasi esiliato l'*Opus Dei* in un limbo di inesplicabile solitudine³⁸⁹; e soprattutto non andrebbe smarrita e si imprimerebbe compimento a quell'intuizione

³⁸⁷ Inoltre sarebbe stata oggetto di studio la tipologia di legame con religiosi di altri istituti e i laici che si accostavano alla cura pastorale della Fraternità. Si veda il citato Protocollo del 1988: per la versione italiana cfr. (come già abbiamo ricordato) *Il regno. Documenti*, XXXIII (1988), p. 479 ss.

³⁸⁸ Secondo quanto enuncia il Protocollo di accordo firmato dalle parti il 5 maggio 1988 già in precedenza citato, Protocollo che infatti lasciava aperte non irrilevanti problematiche.

³⁸⁹ Si veda quanto già lamentava nel 2001 SANDRO GHERRO, *Le prelature personali nel sistema costituzionale canonico*, cit., p. 5, e p. 14.

davvero illuminata del Concilio Vaticano II, elaborata durante la revisione della codificazione del 1917 e depositata nei canoni codiciali vigenti. Al di là del caso singolare, l'utilizzo di questa figura avrebbe un alto significato emblematico, testimoniando l'attitudine e la viva propensione della Chiesa verso le esigenze multicolori, nella caleidoscopica cattolicità, dei *christifideles*: i quali sono e devono essere davvero il *focus* sul quale affluisce alacremenente la premura delle autorità ecclesiali. Vi sono, infatti, unicamente i diritti fondamentali dei fedeli al cuore di tali concrezioni istituzionali, non certo aride sperimentazioni da laboratorio, o, peggio, autocratici nuclei di potere: solo, invece, nell'esauriente rispondenza ai primi esse si ancorano e possono prosperare. In questo caso i diritti di quei *christifideles* che dai cosiddetti 'riti tridentini' traggono linfa e nutrimento per la loro fede e che, per questo, devono essere amorevolmente sussidiati.

Come dispone il can. 214 del *Codex Iuris Canonici* (can. 17 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*), i fedeli hanno diritto di rendere culto a Dio secondo le disposizioni del proprio rito approvato dai legittimi pastori³⁹⁰ e di seguire una propria forma di vita spirituale consentanea alla dottrina della Chiesa (con effetti nella dimensione altresì sociale)³⁹¹: dovendosi tra l'altro intendere largamente per rito «cualquier familia litúrgica; es decir, cualquiera de los ritos litúrgicos a los que se refiere SC, 3 y 4, aunque no tengan una jerarquía ni una disciplina propias»³⁹². Del resto le aperture alla trascendenza accoppiate a bisogni particolari e a circostanze ambientali ed altresì culturali specifiche che possono affacciarsi nello screziato pianeta della cattolicità oggi si moltiplicano vorticosamente ed esponenzialmente in un mondo ogni giorno sempre più sbalorditivamente cangiante. Esse devono sempre essere accolte con tempismo, prontezza e insieme oblatività e dedizione: i fedeli non possono vantare un vero diritto o un'aspettativa di diritto all'erezione di certi enti³⁹³, ma l'autorità ecclesiastica non può rimanere sorda, predisponendo anche giuridicamente gli strumenti più efficaci per l'assistenza pastorale affinché il loro *proprium*, quale valevole portato di una maturazione originale del cristianesimo e dunque veicolo della fede, traboc-

³⁹⁰ Su questa approvazione in relazione al caso dei fedeli legati alla liturgia preconciliare si vedano le osservazioni di JOSÉ LANDETE CASAS, *La Pontificia Comisión «Ecclesia Dei»: nuevas formas de organización eclesial para la tutela de los derechos fundamentales del fiel*, cit., pp. 765-767.

³⁹¹ Cfr. le osservazioni di DANIEL CENALMOR, *Sub can. 214*, in *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, II/1, cit., p. 99 ss.

³⁹² DANIEL CENALMOR, *Sub can. 214*, cit., p. 101.

³⁹³ Cfr., con riferimento proprio alle prelatore personali, JUAN IGNACIO ARRIETA, *Prelatura personal (DGDC)*, cit. p. 390.

chi e riverberi a favore dell'intera Chiesa in una bidirezionalità virtuosa³⁹⁴: con questo non si indulge in alcun modo ad una esagerata polverizzazione della Chiesa che ne vulneri l'unità, tutt'altro. Fra tali strumenti va senz'altro annoverata appunto la prelatura personale, un istituto giuridico ben definito eppure mutevole e quasi 'camaleontico', pur nella costanza delle coordinate che abbiamo tracciato. Esso, nato forse tra incomprensioni ed equivocità, provvidenzialmente potrebbe manifestare nella società odierna, da una parte globalizzata ed omologata e dall'altra ripiegata sulla salvaguardia di marcate singolarità nonché percorsa da flussi migratori che divellono le antiche radici e generano novelle appartenenze, una mirabile capacità di inalveare e quindi di alimentare ed ottimizzare le novate forme di sollecitudine pastorale che la contemporaneità reclama con urgenza.

Così la prelatura personale è stata 'candidata' come soluzione ottimale per venire incontro alle esigenze ad esempio dei migranti, che rappresentano attualmente collettività di fedeli sempre più imponenti per gli esodi davvero biblici cui stiamo assistendo in questi lustri: tanto da torreggiare in generale, almeno in Europa e ben al di là dell'ottica ora trauguardata, a spinosissimo tema di primo piano nell'agenda della discussione politica, oltre che essere cagione di laceranti battaglie, con appendici drammatiche di ordine e sicurezza pubbliche. È certamente vero che la Chiesa ha sin dalle origini rivolto il suo sguardo benigno sui migranti³⁹⁵: ma negli scenari contemporanei il 'volume' e lo 'spessore' di questa impellenza si è enormemente ingigantito, come continuamente ammonisce il regnante Pontefice. In questa massa di persone ricomprendiamo qui complessivamente coloro che abbandonano i luoghi nati per ragioni economiche, per scampare cioè a miseria e desolazione, ovvero anche per sopravvivere in caso di scontri bellici, o per riscattarsi da regimi dittatoriali e dispotici: quindi più propriamente profughi, immigrati, esuli o rifugiati. Al di là di ciò che li ha spinti all'emigrazione, tutti si trovano esposti al pericolo dell'emarginazione e della segregazione, da una parte, e, dall'altra, dell'essere oppressi e vessati, mortificando il loro retaggio culturale e anche religioso in un appiattimento ed in un'uniformazione co-

³⁹⁴ Cfr. le riflessioni di VELASIO DE PAOLIS, *La cura pastorale dei migranti nella Chiesa. Una rassegna dei principali documenti*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXI (2008), pp. 25-26; e di EUGENIO CORECCO, *Chiesa locale e partecipazione nelle migrazioni*, in *La Chiesa di fronte al problema delle migrazioni. Raccolta di scritti ecclesiologici di Eugenio Corecco, Supplemento redazionale di "Servizio Migranti" nr. 2 (marzo-aprile 2005)*, p. X.

³⁹⁵ La Costituzione Apostolica *Exul familia* di PIO XII, 1° agosto 1952, in *Acta Apostolicae Sedis*, XLIV (1952), p. 649 ss., fa risalire l'interessamento della Chiesa per i fenomeni migratori ai primi secoli: si può parlare di una pastorale della mobilità umana sin dall'epoca patristica (sulla quale si veda *L'epoca patristica e la pastorale della mobilità umana*, a cura di JEAN BEYER, Edizioni Messaggero, Padova, 1989).

ercitiva e prepotente: una prevaricazione che si può celare anche nel totale disinteresse verso le loro istanze spirituali. Ma esigenze di pastorale specifica, ricalcata sulla loro irriproducibile identità, con un clero debitamente preparato e pronto a repentini spostamenti, postulano - come già il Concilio Vaticano II aveva presagito³⁹⁶ - anche gli sfollati per calamità naturali, i marittimi, gli aeronaviganti e addetti ai trasporti aerei, i pellegrini, i turisti, gli studenti stranieri, i fieranti, gli ambulanti, i circensi e i lunaparkisti, i girovaghi, i nomadi, gli zingari³⁹⁷. Senza contare che oggi la stanzialità, la sedentarietà è in vertiginoso declino, ergendosi l'itineranza quale *modus vivendi* - anche sfrondata di ogni accezione di sofferenza in una dispersiva diaspora, ed anzi all'opposto vagheggiato - per i più disparati motivi, anzitutto lavorativi, a inedita «icona umana»³⁹⁸. Inoltre una 'nuova cristianizzazione' muove pionieristicamente i primi passi in una società scristianizzata e secolarizzata, in cui si sono frantumate e troncate relazioni che un tempo erano corda di sicurezza per l'individuo, il quale spesso è trascinato vorticosamente da un mercato ossessivamente assorbente da un lembo all'altro dell'orbe: ove i cristiani non di rado sono esigue minoranze per le quali l'etnia, l'idioma, ovvero l'eredità culturale e il *background* sociale raramente possono essere fermento in sé di aggregazione. Il respiro, dunque, anche dell'evangelizzazione, per non divenire tragicamente antiquato e obsoleto a detrimento della *salus animarum*, non può essere più *solo* 'localistico' o 'nazionalistico' ma davvero universale, dovendosi allacciare una dialettica che superi la durezza della collisione³⁹⁹. Collisione assurda in un'ecclesiologia che, come già rilevato, nella prospettiva sovrastante della *communio* non deve vedere nelle Chiese particolari dei compartimenti stagni refrattari ad ogni contiguità e

³⁹⁶ Cfr. il Decreto *Christus dominus*, n. 18.

³⁹⁷ Ci siamo occupati di questo tema in GERALDINA BONI, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, settembre 2009, p. 117 ss., saggio al quale rinviamo per indicazioni magisteriali, dottrinali ed altresì normative. Per gli aspetti giuridici cfr., per tutti, recentemente, LUIGI SABBARESE, *Girovaghi, migranti, forestieri e naviganti nella legislazione ecclesiastica*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006. Il PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI negli *Orientamenti per una pastorale degli zingari* dell'8 dicembre 2005 (*excerptum* in *Communicationes*, XXXIX [2008], pp. 70-80) proponeva strutture pastorali di giurisdizione personale (ferma restando la potestà dei vescovi diocesani), ed in particolare la prelatura personale come soluzione idonea per organizzare la pastorale gitana (nn. 87-88): per un commento cfr. EDUARDO BAURA, *Aspetti giuridici della pastorale per gli zingari*, in *Ius Ecclesiae*, XVIII (2006), pp. 826-838.

³⁹⁸ L'espressione è di FRANCESCO GIOIA, *La sensibilità della Chiesa nel seguire il processo di globalizzazione che coinvolge l'umanità intera*, nella rivista telematica *People on the Move*, n. 82, April 2000, p. 1.

³⁹⁹ Cfr. per una descrizione delle inedite situazioni pastorali nella società moderna quanto già rilevava GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Redemptoris missio*, 7 dicembre 1990, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXIII (1991), pp. 249-340.

incontro con altre strutture, le quali, anch'esse solo in disposizione diaconica e mai come grumi di potere, permettano una migliore implementazione della dimensione intrinsecamente universale dell'episcopato e della corresponsabilità nella *sollicitudo omnium Ecclesiarum*: non intaccando l'unità né in antagonismo, ma ridondando a favore di più Chiese particolari, secondo quanto già nel 1992 con impareggiabile nitore aveva lumeggiato la Lettera *Communio notio*⁴⁰⁰.

I beni salvifici, la Parola e i Sacramenti, sono uguali per tutti, ed i fedeli godono del diritto intangibile di riceverli secondo il can. 213 del Codice per la Chiesa latina (can. 16 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*): *abundanter*, sottolineavano i Padri conciliari⁴⁰¹, sconfessando ogni minimalismo e designando quindi una direzione di marcia - ovviamente nella *rationalitas legis* -⁴⁰². Proprio l'*aequalitas* esige che l'autorità ecclesiastica si industri per rispondere alle esigenze peculiari della cura pastorale di certi *christifideles* con una misericordia che è insieme, però, obbligo di giustizia: sovente, per appagare tale diritto, si presuppongono mezzi e modalità particolari di amministrazione di questi beni che devono andare oltre quelli consueti della cura pastorale ordinaria⁴⁰³. Utilizzando anzitutto gli strumenti non da oggi previsti e cui non di rado si ricorre⁴⁰⁴. Si pensi ai cappellani, disciplinati dai cann. 564-572 del Codice di Diritto Canonico, cui è affidata *stabili modo* una *recta* cura pastorale - cioè «l'esercizio in nome della Chiesa

⁴⁰⁰ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Communio notio*, 28 maggio 1992, cit., nn. 15-16.

⁴⁰¹ Cfr. Costituzione *Lumen gentium*, n. 37.

⁴⁰² Cfr. alcune considerazioni di JOSEMARÍA SANCHÍS, *Il diritto fondamentale dei fedeli ai sacramenti e la realizzazione di peculiari attività pastorali*, in *Monitor ecclesiasticus*, CXV (1990), pp. 190-203.

⁴⁰³ Cfr. ancora il Decreto *Christus dominus*, n. 18; cfr. anche specialmente i cann. 383 e 771 del *Codex Iuris Canonici*. Si vedano alcune considerazioni di MIGUEL ÁNGEL ÓRTIZ, *La "especial sollicitud por algunos grupos de fieles"*. El n. 18 del Decreto "Christus dominus" y la pastoral de la movilidad humana, in *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico*, cit., p. 137 ss., con indicazione di ulteriore letteratura.

⁴⁰⁴ Cfr. ANTONIO SOUSA COSTA, *Sub cann. 564-565*, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di PIO VITO PINTO, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2001, p. 342: «La normativa di questi canoni e dei seguenti riguarda una realtà pastorale esistente in varie Diocesi, la cui prospettiva giuridica, centrata sul servizio da prestare ad una comunità o gruppo peculiare di fedeli, può avere conseguenze benefiche di ordine pastorale non indifferenti». I nove canoni sui cappellani furono composti alla fine dei lavori di revisione, dopo la *recognitio* ad opera delle Conferenze Episcopali nel 1981 e quando era già stato approntato lo schema del 1980: essi sono apparsi nello schema detto *novissimum* presentato al Papa per l'ultima revisione con alcuni consultori. Su alcune criticità di questa normativa (comunque innovativa rispetto ai riferimenti sparsi ai cappellani nel Codice del 1917) cfr. CARLO REDAELLI, *Una particolare forma di cura pastorale: i cappellani*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, II (1989), pp. 143-157. Quantunque poi il Codice per le Chiese orientali non contenga una regolazione espressa dei cappellani, non si tratta di un ufficio sconosciuto al diritto orientale.

dei *munera in persona Christi capitis*»⁴⁰⁵ -, piena o parziale, a favore di una comunità o un gruppo particolare di fedeli⁴⁰⁶; strumento poi commisurabile e fucinabile dal diritto a seconda delle circostanze⁴⁰⁷; tra l'altro «La spinta propulsiva al rinnovamento dell'istituto della cappellania si era già manifestata durante il pontificato di Pio XII come risposta ai grandi movimenti di popolazioni militari e civili originate dagli eventi bellici che andavano ridisegnando i confini europei»⁴⁰⁸. Tuttavia potrebbe accadere, e anzi spesso sempre più frequentemente accade, che le esigenze di animazione spirituale emergenti, per la loro estensione e ramificazione, ovvero la convenienza di una 'regia' unitaria di una formazione specifica indispensabile e sempre aggiornata, o la necessità di un'armonizzazione a largo diametro della cura pastorale, oppure ancora un coinvolgimento più largo ed operoso delle varie componenti della comunità cristiana⁴⁰⁹ richiedano di eccedere l'ufficio del cappellano, varcando altresì il 'perimetro' delle diocesi e della responsabilità dei vescovi diocesani⁴¹⁰. È qui che possono sovvenire le prelature personali con quella loro versatilità strutturale che le rende flessuosamente ricettive;

⁴⁰⁵ PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 95. Cfr. anche MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 32.

⁴⁰⁶ Cfr. il can. 568 del Codice di Diritto Canonico; si vedano le annotazioni, anche di carattere storico, sulla mobilità umana (e sulla rilevanza del criterio personale nell'organizzazione della cura pastorale) nel cristianesimo ed in particolare nello *ius Ecclesiae* di ELOY TEJERO, *Sub can. 568*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, II/1, cit., p. 1377 ss.

⁴⁰⁷ Cfr. PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, cit., p. 96: «I canoni 564-572 CIC 1983 hanno un carattere generale. Lo statuto del cappellano è determinato dai testi particolari sia emanati dall'autorità che lo costituisce sia statutari con doveri e diritti più o meno estesi»; Valdrini ricorda pure che «Nella maggior parte dei casi di comunità affidate a un cappellano le persone appartengono anche alla comunità gerarchica, cioè alla parrocchia dove hanno il domicilio se si tratta di una parrocchia territoriale oppure a quella alla quale sono collegati mediante il criterio definito al momento dell'erezione di una parrocchia personale». Si vedano anche MASSIMO CALVI, *La cappellania: una forma rinnovata di assistenza spirituale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XX (2007), pp. 227-239; DAVIDE SALVATORI, *Le facoltà dei cappellani secondo il can. 566 e la normativa speciale*, *ivi*, pp. 240-255.

⁴⁰⁸ MASSIMO CALVI, *La cappellania: una forma rinnovata di assistenza spirituale*, cit., p. 229, che prosegue: «Ne nacque un profondo impegno di produzione normativa volta a garantire in modo più efficace e ordinato la cura pastorale di settori e ambienti della cristianità che meritavano una particolare attenzione e soprattutto un migliore coordinamento con le istituzioni ecclesiali da secoli chiamate ad esercitare la cura pastorale attraverso l'esercizio di una giurisdizione prevalentemente territoriale».

⁴⁰⁹ Su alcuni limiti della normativa codiciale sui cappellani a proposito proprio di questo punto cfr. alcune riflessioni di CARLO REDAELLI, *Una particolare forma di cura pastorale: i cappellani*, cit., pp. 155-157.

⁴¹⁰ O anche delle Conferenze Episcopali: si veda quanto rilevano al riguardo ELOY TEJERO, *Sub can. 565*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, II/1, cit., pp. 1367-1368; e SANTIAGO ÁLVAREZ, *Capellán*, in *Diccionario general de derecho canónico*, I, cit., p. 829-830.

nell'oramai remoto 1973 Paolo VI affermava che «alla mobilità del mondo contemporaneo deve corrispondere la mobilità pastorale della Chiesa»⁴¹¹: un invito ancora in gran parte inascoltato da parte di un diritto canonico che Francesco ha ancora recentemente raccomandato debba essere «sempre conforme all'ecclesiologia conciliare e [farsi] strumento docile ed efficace di traduzione degli insegnamenti del Concilio Vaticano II nella vita quotidiana del popolo di Dio»⁴¹². Nonostante infatti gli *inputs* lanciati dal magistero proprio sui *migrantes*⁴¹³ e le proposte di certa lungimirante dottrina che da tempo aveva captato e caldeggiato i vantaggi di questa opzione⁴¹⁴, essa, sinora, non è stata del tutto colta e sviluppata.

Sia sufficiente in questa sede, ove si è tratto spunto dalle 'traversie' dei lefebvriani, avere nuovamente lanciato la provocazione che ci pare destinata però a proiezioni sempre più numerose e intense in questo popolo di Dio oramai davvero cosmopolita in ogni Chiesa locale, anche quelle un tempo più isolate e, per così dire, autoreferenziali⁴¹⁵. La vocazione sovradiocesana e personale della prelatura personale, l'inesauribile adattabilità dell'istituto

⁴¹¹ PAOLO VI, *Discorso ai partecipanti al Convegno europeo sulla pastorale per i migranti*, 17 ottobre 1973, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXV (1973), p. 591.

⁴¹² FRANCESCO, *Messaggio in occasione del XVI Congresso Internazionale della Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici promovendo*, 30 settembre 2017, leggibile *online* all'indirizzo *www.vatican.va*.

⁴¹³ Ad esempio l'art. 16 § 3 dell'Istruzione della CONGREGAZIONE PER I VESCOVI *De pastoralibus migratorum cura*, 22 agosto 1969, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXI (1969), pp. 614-643; l'Istruzione *Erga migrantes caritas Christi* del PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI del 3 maggio 2004, *ivi*, XCVI (2004), pp. 762-822, con la quale si intendeva in qualche modo aggiornare la pastorale della Chiesa nei confronti dei migranti; su tale ultimo documento la dottrina è ampia: cfr., per tutti, EDUARDO BAURA, *L'Istruzione "Erga migrantes caritas Christi"*. *Profili giuridici*, nella rivista telematica *People on the Move*, n. 98, August 2005; VELASIO DE PAOLIS, *L'Istruzione Erga migrantes caritas Christi*, a cura di GRAZIANO BATTISTELLA, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2005, p. 111 ss. Dopo avere indicato come possibili strutture pastorali che potrebbero essere adeguate al fenomeno della mobilità la *missio con cura animarum*, la parrocchia personale ovvero la parrocchia locale con missione e servizio specifici, infatti, come sottolinea FRANCISCA PÉREZ MADRID, *Inmigración y circunscripciones personales*, in *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, XXVI (2011), p. 9, «Además, en el n. 24 de la Instrucción *Erga migrantes caritas Christi* se dice que "el nuevo Código prevé, además, en su actuación conciliar (cfr. PO 10; AG 20, nota 4; 27, nota 28), la institución de otras estructuras pastorales específicas previstas en la legislación y en la praxis de la Iglesia". Una nota a pie de página remite a las Ex. apostólicas *Ecclesia in America* y *Ecclesia in Europa*, y a través de una cascada de citas, se puede concluir que la Instrucción al mencionar *otras estructuras pastorales específicas* se está refiriendo a la posible erección de prelaturas personales».

⁴¹⁴ Cfr. ad esempio il già ricordato articolo di FRANCISCA PÉREZ MADRID, *Inmigración y circunscripciones personales*, cit., *passim*, e segnatamente nella conclusione, pp. 25-26. Ma soprattutto si veda GIUSEPPE DALLA TORRE, *La prelatura personale e la pastorale ecclesiale nell'ora presente*, cit., pp. 134-135.

⁴¹⁵ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la 89ª giornata mondiale del migrante e del rifugiato* (2003), in *Acta Apostolicae Sedis*, XCV (2003), pp. 336-339.

che non ne scalfisce però la natura, s'addice d'altronde come nessun'altra all'odierna Chiesa 'in uscita' predicata accuratamente dal Papa regnante: una Chiesa senza steccati e recinzioni, che non dimentica nessuno e che si spinge sino ai lembi più lontani, in senso traslato, dell'umanità; non dunque strutture elitarie, settarie e ristrette, ma altamente inclusive seppur non in maniera indifferenziata, essendo temperate e foggiate sulle plurali istanze della cattolicità. Così si potrebbero configurare prelature non solo per i migranti, ma per tutte quelle persone oggi bisognose di un'attenta cura pastorale adattata alle condizioni che dolorosamente vivono nelle diverse aree del pianeta, potendo le prelature essere nazionali, sovranazionali, universali...: condizioni di tribolazione materiale, come i poveri, i disoccupati, gli anziani, le famiglie numerose; ovvero di patimento psicologico, come coloro che hanno affrontato un fallimento matrimoniale, i divorziati, risposatisi o non, le persone con tendenze omosessuali, i giovani spaesati e spauriti; ovviamente laddove urga un'attenzione specializzata e vi sia una certa rilevanza a livello transdiocesano, poiché non si può dimenticare che è la pastorale ordinaria che si fa e si deve far carico di affrontare molte situazioni difficili. Prelature che comunque mirino a colmare i tragici deserti delle solitudini esistenziali contemporanee irrorandole con la linfa soteriologica della fede cristiana, e che allo scopo si declinino volta a volta secondo le emergenze: con un clero munito di quel bagaglio di competenze, anche nelle scienze umane, che gli consenta di avvicinarsi con appropriata mentalità alle vicissitudini di queste persone.

Le diocesi o le Chiese particolari territoriali resterebbero ancora come quelle colonne portanti in cui il cristianesimo si è sedimentato e ha attecchito attraverso i secoli. Esse non sarebbero affatto disgregate e surclassate, nonostante l'opinione di chi continua, cercando ancora una volta di resuscitare fantasmi che già in passato si erano agitati⁴¹⁶, ad esecrare l'abrasione subita dalla giurisdizione territoriale dei vescovi da parte delle strutture personali. Si tratta di preoccupazioni, a nostro parere, del tutto ingiustificate, atteso il ridimensionamento della territorialità operato dal Vaticano II, Concilio tutto imperniato sul servizio del ministero episcopale alle *portiones Populi Dei*: non ovviamente il suo totale collasso, ciò che sarebbe dissennato, ma neppure la sua 'imprescindibilità ecclesiologica'⁴¹⁷, se così si può dire. Senza qui pretendere di sviscerare il tema, pare che alcune delle ragioni teologiche

⁴¹⁶ Cfr. quanto riferisce ANTONIO VIANA, *Ordinariati e prelature personali: un dialogo dottrinale*, cit., p. 11 ss.

⁴¹⁷ Rinviando alle osservazioni di JAVIER OTADUY, *Territorialidad y personalidad son categorías jurídicas abiertas*, cit., p. 32 ss.

ed ecclesio-logiche a difesa - in qualche modo avverso le giurisdizioni personali - della «*corrélation*»⁴¹⁸ vescovi - *Chiese locali* (viste come incentrate esclusivamente su un territorio) ovvero del principio 'un solo vescovo per ogni città'⁴¹⁹ meritino forse di essere oggi meglio contestualizzate. Le unità giurisdizionali territoriali (segnatamente quelle di diritto divino, ciò che ne rammemora l'«inviolabilità»), lungi dall'essere eclissate, sarebbero invece supportate da strutture con un clero debitamente formato e totalmente dedicato cui i fedeli del tutto liberamente si indirizzerebbero per servizi pastorali sommantisi a quelli diocesani, senza in alcun modo decurtarli o contingentarli. E qui ci ricongiungiamo ai discorsi sopra svolti sulla ripulsa di dicotomie anchilosate e conflittuali ovvero di una moltiplicazione fittizia e dispersiva di giurisdizioni, ma al contrario sulla promozione dell'abbraccio prolifico di giurisdizioni territoriali e giurisdizioni personali che deve finalmente decollare senza ulteriori pastoie a beneficio e non a scapito di una genuina cattolicità: un abbraccio non intellettualisticamente studiato e pianificato (specie da canonisti permeati di positivismo giuridico, come potrebbe lamentarsi), ma via via ritmato e cadenzato dalla realtà, dalla quale solo trarrebbero ispirazione gli atti pontifici erettivi e gli statuti confezionati all'uopo. Con una coesistenza continuativa e duratura, senza che le strutture personali debbano obbligatoriamente essere pensate come inesorabilmente ed ineluttabilmente «destinate ad essere assorbite nelle Chiese particolari territoriali»⁴²⁰: le istanze cui corrispondono, infatti, non sempre si esauriscono, anzi sono sovente destinate a estendersi. Se possiamo arrischiare un pronostico, non dovrebbe essere lontanissimo il tempo in cui, sincronicamente a quanto sta avvenendo irresistibilmente negli ordinamenti secolari, il territorio vedrà svanire la sua capitalità, legata del resto ad un mondo, quello partorito nell'Europa medievale e moderna, in via di irrimediabile

⁴¹⁸ Così HERVÉ LEGRAND, *Épiscopat, évêques, Église locale et communion des Églises dans la constitution apostolique Anglicanorum coetibus*, cit., p. 406; cfr. anche *Id.*, *La délimitation des diocèses*, in *La charge pastorale des Évêques. Décret "Christus dominus"*, Éditions du Cerf, Paris, 1966, pp. 177-223; *Id.*, *Un solo obispo por ciudad. Tensiones en torno a la expresión de la catolicidad de la Iglesia desde el Vaticano II*, in *Iglesias locales y catolicidad*, a cura di HERVÉ LEGRAND, JULIO MANZANARES, ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1992, p. 531 ss. Si vedano pure alcune osservazioni di JOSEPH A. KOMONCHAK, *A propos de la priorité de l'Église universelle: analyse et questions*, in *Nouveaux apprentissages pour l'Église. Mélanges offerts à Hervé Legrand*, a cura di GILLES ROUTHIER, LAURENT VILLEMEN, Éditions du Cerf, Paris, 2006, pp. 245-268.

⁴¹⁹ Invece, per un'equilibrata ricostruzione storico-giuridica del principio «*unum corpus diversa capita, quasi monstrum*» si veda ORAZIO CONDORELLI, *Unum corpus, diversa capita. Modelli di organizzazione e cura pastorale per una "varietas ecclesiarum" (secoli XI-XV)*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2002.

⁴²⁰ GIANFRANCO GHIRLANDA, *Criteri di organizzazione del popolo di Dio e di inserzione delle persone nell'economia della salvezza alla luce del libro II del CIC 1983*, cit., pp. 121-122.

liquidazione: anche e soprattutto per una tirannia della tecnica cui oramai è impossibile opporsi e che stravolge ogni giorno lo scorrere della vita degli uomini. Il territorio, non, come si è ben puntualizzato, la «“localizzazione” degli elementi essenziali dell’essere Chiesa»⁴²¹: confondendo i due concetti si amputa e manomette la completezza dei pronunciamenti conciliari. Senza arrendersi e senza avvilitarsi in sterili catastrofismi, rigurgiti nostalgici e riflussi ideologici non dovranno dunque soggiogare e incatenare la Chiesa a strutture del passato che potrebbero rendere impossibile l’adempimento del mandato ricevuto dal suo fondatore di annunciare il Vangelo: le attese del regnante Pontefice per una nuova evangelizzazione incitano invece in tutt’altra direzione⁴²².

In questo modo, recependo senza prevenzioni quanto il Concilio Vaticano II aveva annunciato e profetizzato in modo terso anche proprio in rapporto alla conformazione strutturale della Chiesa, la persona sarà davvero al centro della medesima (oltre che della società in generale), come proclama instancabilmente Papa Bergoglio: è soprattutto sulle persone che popolano le eterogenee periferie che, proprio per la loro marginalità, la Chiesa, icona trinitaria, deve chinarsi manifestando in pienezza la sua policroma cattolicità nel perseguimento indefesso della sua missione di annuncio che non conosce ‘muri’ territoriali e taglia trasversalmente ogni barriera. L’effervescenza normogenetica e l’ecletticità del diritto canonico non può arretrare davanti a questa entusiasmante sfida, dovendo anch’esso, pur nella sua tecnicità (che non è superfetazione), essere animato dal soffio dello Spirito Santo e specchio non opaco in cui si rifrange assiologicamente il pleroma cattolico in una Chiesa missionaria sempre più pellegrina tra pellegrini con strutture approntate dalla suprema *ratio pastoralis* nel divenire della storia⁴²³, per onorare quel pluralismo che non atomizza ma rinsalda la *communio* di tutti i credenti in Cristo, a sua volta non solo approdo escatologico ma luogo concreto di incontro salvifico.

⁴²¹ GIANFRANCO GHIRLANDA, *Criteri di organizzazione del popolo di Dio e di inserzione delle persone nell’economia della salvezza alla luce del libro II del CIC 1983*, cit., p. 114.

⁴²² Cfr. FRANCESCO, Esortazione Apostolica *Evangelii gaudium sull’annuncio del Vangelo nel mondo attuale*, 24 novembre 2013, in *Acta Apostolicae Sedis*, CV (2013), pp. 1019-1137.

⁴²³ Cfr. alcune considerazioni di GIUSEPPE DALLA TORRE, *Aspetti della storicità della costituzione ecclesiastica. Il caso degli ordinariati castrensi*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVII (1986), I, p. 261 ss.

Secolarizzazione e matrimonio canonico: risvolti processuali

MARIO FERRANTE

1. *Considerazioni sulla mutua influenza tra giurisprudenza e contesto socio-culturale*

La norma giuridica, sebbene tendenzialmente stabile, non è eterna ma, anzi, tende – con il trascorrere tempo e, soprattutto, con il mutare dell’insieme delle ragioni storiche contingenti (politiche, economiche, sociali) che hanno indotto il legislatore ad emanarla (c.d. *occasio legis*) – ad invecchiare, divenendo obsoleta e, talvolta, persino incostituzionale¹.

Si tratta, a ben vedere, di una conseguenza della “caducità” del diritto di matrice statale/umana che lo contrappone all’universalità senza tempo del diritto naturale o divino².

Tuttavia, posto che la legge vive nel tempo ed è, pertanto, soggetta all’indefettibile variabile cronologica, per sopperire, almeno parzialmente, a detto limite interviene quella che potremmo definire la “diacronia della legge”, ossia la possibilità di interpretare la norma adeguandola al variare delle circostanze, in modo tale da renderla attuale ed efficace.

In altri termini, per studiare analiticamente un qualsiasi ordinamento giuridico non è possibile tralasciare il c.d. “diritto vivente”³.

¹ Sul tema dell’incidenza del tempo sulla norma giuridica, cfr. GERHART HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, in *Civiltà del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998; MARIO BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, in *Collezione storica*, Laterza, Bari, 2004; MAURIZIO D’ORTA, *Diritto e tempo. L’idea di “progresso” del diritto dall’antichità alla modernità*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 15 ss.

² L’interesse per la questione del rapporto tra tempo e diritto è una caratteristica del pensiero di LUCA BAGOLINI, *Visioni della giustizia e senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 91-124; ID, *Significati della parola ‘tempo’ in alcuni discorsi giuridici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 333-368; ID, *Giustizia e società*, Dino Editori, Roma, 1983, pp. 13 ss.

³ Si tratta dell’analisi di quelle norme e di quei principi giuridici che ricevono un’effettiva applicazione e che regolano i rapporti sociali, rispetto alle norme e ai principi formalmente sanciti nei testi

Il diritto vivente è un sintagma, oggi utilizzato in diversi contesti ed in differenti accezioni, per indicare – in estrema sintesi – la *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione legislativa⁴. Esso, cioè, aiuta a comprendere come viene, in concreto, interpretato e “vissuto” il diritto in un determinato contesto storico, sociale e culturale⁵.

Con riguardo al sistema giuridico canonico, il diritto vivente appare, ancora più rilevante, ove si tenga conto del peculiare carattere transnazionale ed universale (cattolico in senso proprio) del diritto della Chiesa - strutturato su base personale e non meramente territoriale - il quale detta, come è noto, norme formatesi nel corso di ben duemila anni di storia e destinate a valere *ubicumque terrarum*⁶.

legislativi. Così EUGEN EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, in *Civiltà del diritto*, a cura di A. FEBBRAJO, Giuffrè, Milano, 1976 (l'edizione originale: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, 1913, è stata più volte ristampata). Sul punto si veda anche MASSIMO CAVINO, *Il formale riconoscimento del diritto vivente da parte del legislatore italiano e l'atteggiamento della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, 2008, pp. 5-36.

⁴ Addirittura il diritto vivente può essere utilizzato anche quale parametro di giudizio, dando vita a quelle interpretazioni adeguatrici spesso utilizzate dalla Corte Costituzionale italiana. Tra i moltissimi contributi sul tema, cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, nuova ed., Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 299 ss.; LUIGI MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Digesto civ.*, Torino, 1990; AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Cedam, Padova, 2003; STEFANO EVANGELISTA, GIOVANNI CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 82 ss.; GUIDO ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, pp. 47 ss.; VINCENZO MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli, 2008; CLAUDIUS MESSNER, «Diritto vivente» - Performativo, non discorsivo, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 413 ss.

⁵ Uno stesso testo normativo può, infatti, essere interpretato in modi completamente diversi a seconda del tempo e del luogo in cui lo si esamina. Questo perché il diritto cambia (si evolve) con il cambiare della società: la disposizione (il testo normativo) rimane lo stesso, ma si modifica la norma (l'interpretazione) che da esso si ricava. Sul concetto di norma giuridica come concetto sociologico, cfr. VINCENZO FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 2006, pp. 55 ss., il quale ricorda come: “il tema classico della Sociologia del Diritto è quindi il rapporto tra diritto e mutamenti sociali secondo una relazione reciproca bidirezionale, vale dire il modo in cui il diritto modifica le relazioni sociali ed il modo in cui i mutamenti sociali influenzano il diritto e la concezione stessa del diritto”.

⁶ In argomento cfr. PAOLO MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 4 ss. Sul tema dell'interpretazione del diritto canonico si rinvia a LIBERO GEROSA, *L'interpretazione della legge nella Chiesa. Principi, paradigmi, prospettive*, Eupress-TFL, Lugano, 2001; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *L'interpretazione della legge nella Chiesa*, in *Annuario DiReCom*, 1, 2002, pp. 9-28; JULIO GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex iuris canonici*, Marcialium Press, Roma, 2006, pp. 34 ss.; JUAN IGNACIO ARRIETA, *Legittimazione e limiti dell'ordinamento canonico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, a cura di G. L. Falchi - A. Iaccarino, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, pp. 261-275; GAETANO LO CASTRO, *L'interpretazione del diritto e il diritto della Chiesa*, in AA.VV., *Religion, matrimonio y derecho ante el siglo XXI*, a cura di J. Martínez-Torrón - S. Meseguer Velasco - R. Palomino Lozano, Madrid, 2013, pp. 2975-2989.

Si comprende, dunque, agevolmente, come detta caratteristica del diritto canonico attribuisca una notevole rilevanza all'interpretazione giurisprudenziale (cfr. can. 19)⁷, specie della Rota Romana che, in alcuni occasioni, ha avuto una funzione non solo nomofilattica⁸, ma anche nomopoietica (si pensi, a mero titolo di esempio, al caso dell'innovativa interpretazione dell'*error redundans in errorem personae*, poi legislativamente sancito nel nuovo can. 1098 sul dolo)⁹.

L'elemento interpretativo assume una rilevanza ancora maggiore ove si guardi alla giurisprudenza dei tribunali c.d. "inferiori", che risentono più direttamente del clima culturale e giuridico "locale" delle varie nazioni in cui esercitano il loro *munus*¹⁰.

E' di tutta evidenza, infatti, che altro è l'elaborazione giurisprudenziale di

⁷ Sul punto cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Generalia iuris principia (can. 19)*, in AA.VV., *Ius divinum*, a cura di J.I. Arrieta - C.M. Fabris, Marcianum Press, Venezia, 2010, pp. 577-593.

⁸ Tuttavia, come rammenta ZENON GROCHOLEWSKI, *Processi di nullità matrimoniale nella realtà odierna*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico. Nuova edizione aggiornata e ampliata*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1994, pp. 20-21, si assiste ad "un diminuito influsso della giurisprudenza rotale sull'operato dei tribunali inferiori. Diminuito nonostante i numerosi inviti dei Romani Pontefici a considerare le sentenze rotali...come punto 'di orientamento e guida a tutti i tribunali delle Chiese particolari'...Diversi sono in verità i motivi della disattesa della giurisprudenza rotale, fra i quali forse talvolta anche una certa riluttanza verso i Tribunali della Santa Sede, come se l'intervento di questi costituisse un'offesa all'operato dei tribunali locali; la pretesa di elaborare una propria specifica giurisprudenza...; e non ultimo, e forse principalmente, la ignoranza della giurisprudenza rotale, da parte di moltissimi giudici, sia per la mancanza di familiarità con la lingua latina, nella quale vengono redatte le sentenze rotali, sia anche per mancanza di tempo o di spinta a studiarle".

⁹ Cfr. la notissima *Coram Canals* del 21 aprile 1970, in *SRRD*, vol. LIV, p. 372, n. 2, la quale - partendo da un concetto di persona non più limitato alla sola identità fisica ma comprensivo di tutte quelle qualità psicologiche, morali, etiche, sociali e culturali senza le quali la stessa persona fisica risulterebbe completamente diversa - ha introdotto la nuova nozione dell'*error redundans in qualitate personae* nella giurisprudenza rotale.

¹⁰ L'importanza della funzione nomofilattica della Rota Romana risulterà ancora più evidente e significativa, anche in riferimento all'Italia, non appena verrà del tutto attuata la riforma del processo di nullità matrimoniale voluta da Papa Francesco con l'emanazione del *Motu Proprio Mitis Iudex* nel 2015. Tale riforma prevede la creazione di una serie di tribunali su base diocesana che accentuerà, inevitabilmente il decentramento della giustizia canonica e un ulteriore influsso della cultura locale/territoriale sulla giurisprudenza dei nuovi tribunali. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione il più possibile univoca che dovrà darsi al disposto dell'articolo 14 delle Regole procedurali con cui si lascia indefinita la serie dei motivi per cui è possibile ammettere il ricorso al *processus brevior*. Come ricorda GIANLUCA BELFIORE, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Grafiser, Troina 2017, pp. 158-159, "Il succedersi di tanti pronunciamenti ha provocato nell'Episcopato italiano, da una parte, un comprensibile disorientamento, dall'altra l'assunzione di decisioni giustamente diversificate in ordine ai tribunali. Se, infatti, alcuni tribunali regionali si sono ridenominati tribunali interdiocesani (ad esempio l'Emiliano, il Flaminio, ecc.), altri hanno inteso mantenere il regionale senza modificarne la denominazione (come il Lombardo, il Ligure e il Sardo), alcuni Vescovi hanno effettuato il recesso dal regionale per conferire la competenza in materia matrimoniale al proprio tribunale diocesano.

un tribunale operante in un'area di *common law*¹¹, altro è quella di un tribunale ricadente in un contesto giuridico di *civil law* (c.d. macro-differenze d'area geografico/giuridica)¹². In merito, basti pensare alla c.d. "incapacità relativa" ampiamente elaborata dai tribunali anglosassoni¹³, ma mai accolta né dai Tribunali ecclesiastici italiani, né, tantomeno, dalla giurisprudenza rotale che ne ha, anzi, disatteso la fondatezza sulla base della stessa antropologia cristiana¹⁴.

Osservando, nello specifico, la realtà italiana, pare possibile affermare che le modifiche del contesto sociale e culturale intervenute negli ultimi decenni hanno certamente influito sugli orientamenti giurisprudenziali dei tribunali ecclesiastici.

¹¹ Per un'analisi della letteratura americana si veda, per il diritto sostanziale, LAWRENCE G. WRENN, *The Invalid Marriage*, CLSA, Washington D.C., 1998; ID., *Judging Invalidity*, CLSA, Washington D.C., 2002; per il diritto processuale: AA.VV., *The Tribunal Handbook. Procedures for Formal Matrimonial Cases*, Edited by LAWRENCE G. PRICE, DANIEL A. SMILANIC, VICTORIA VONDENBERGER, CLSA, Washington D.C., 2005; KLAUS LÜDICKE, REV. MSGR RONNY E. JENKINS, *Dignitas Connubii. Norms and Commentary*, CLSA, Washington D.C., 2006.

¹² Basti pensare alle macroscopiche differenze interpretative sia del diritto sostanziale che – soprattutto – processuale canonico esistenti, ad esempio, negli Stati Uniti, tali da indurre la giurisprudenza della Rota Romana a coniare l'espressione "*mos americanorum*", proprio per indicare il peculiare *modus procedendi* dei Tribunali ecclesiastici statunitensi. Ciò, probabilmente, è stato anche causato dal fatto che negli anni Settanta furono emanate per gli USA disposizioni particolari *ad experimentum* che hanno dato vita ad una prassi a livello locale che è sopravvissuta alla revoca di dette norme, creando una situazione di confusione ed un certo lassismo nell'esercizio dell'attività giudiziale (si pensi al fatto che, spesse volte, le parti non vengono interrogate direttamente ma vengono inviati semplici questionari da riempire). In merito, si veda CONSIGLIO PER GLI AFFARI PUBBLICI DELLA CHIESA, *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septemtrionalis*, 28 aprile 1970, in IGNACIO GORDON - ZENON GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimoniale et processuale*, vol. 1, Pontificia Università Gregoriana, Romae, 1977, nn. 1380-1428).

¹³ La nozione d'incapacità relativa secondo i criteri dei Tribunali d'America e d'Australia è la seguente: "Incapacità radicale di coniugi psichicamente sani, che, attese cogenti ed inemendabili loro predisposizioni, non possono soddisfare le loro essenziali obbligazioni coniugali per reciproca incompatibilità dell'uno verso l'altro, benché i medesimi con altro partner siano in grado di adempiere i detti obblighi". Cfr. MARION JUSTIN REINHARDT, GERALD J. ARELLA, *Essential Incompatibility as Grounds for Nullity of Marriage*, in *The Catholic Lawyer*, 16, 1970, pp. 173-187.

¹⁴ La giurisprudenza rotale, *sive recentior sive recentissima*, eccezione fatta per qualche singola sentenza (cfr. ad esempio una *coram* Serrano, Stoktonien, 18 novembre 1977, in *RRD*, vol. LXIX, p. 460, n. 9), riconosce rilevanza giuridica alla sola incapacità assoluta (cfr. elenco sentenze nella sentenza *coram* Funghini, S. Jacobi in Chile 25 iulii 1993, in *RRD*, vol. LXXXV, p. 476, n. 8; nella *coram* Burke, Camden., 27 octobris 1994, in *RRD*, vol. LXXXVI, p. 522, n. 22; e *coram* Jarawan, Tarvisina, 4 octobris 1995, in *RRD*, vol. LXXXVII, p. 536, n. 3). In dette sentenze si afferma che, anche ammettendo "*quoddam dubium iuris... exstante difformitate hodiernae doctrinae canonicae*", la giurisprudenza rotale "*communis iam dici debet doctrina denegans sufficientiam incapacitatis relativae*" (così una *coram* Pompedda, Anconitana-Auximana, 15 iulii 1994, in *RRD*, vol. LXXXVI, p. 397, n. 12). Inoltre, la giurisprudenza non manca di sottolineare l'equivocità dell'espressione "incapacità relativa", atteso che, come osserva la già citata *coram* Burke, Peorien, 20 octobris 1994: "*incapacitas pro consensu matrimoniali semper relativa est, cum praeciso respectu essentiae coniugii qua talis (ac exinde respectu concreti matrimonii sub Iudice)*".

In merito, basti pensare al mutamento quasi kafkiano del concetto stesso di famiglia – frutto della “rivoluzione culturale” degli anni Settanta/Ottanta – con cui si è affermato, nell’ambito di una società sempre più secolarizzata, del concetto di famiglia nucleare, di convivenza¹⁵ e di divorzio¹⁶. Siffatto cambiamento epocale ha, giocoforza, influenzato – fosse anche in modo solo subliminale e surrettizio – l’operato dei tribunali ecclesiastici, o, meglio, di tutti coloro che interagiscono con i tribunali ecclesiastici (parti, avvocati, difensori del vincolo e, soprattutto, giudici)¹⁷. Non si deve, infatti, cadere nella tentazione di depersonalizzare l’istituzione, ossia di dimenticare, il dato ovvio, ma, al contempo, sostanziale, che i tribunali ecclesiastici sono composti da persone che fanno parte, a vario titolo, della società civile di riferimento e da essa sono, inevitabilmente, condizionati¹⁸.

Parliamo in tono assertivo perché non riteniamo possa sussistere alcun

¹⁵ In argomento si veda MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *L'uomo “debole” contemporaneo di fronte al matrimonio*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 297-328; JEAN GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, SEI, Torino, 1987, pp. 334 ss. Si veda anche MARINA BLASI, GIULIA SARNARI, *I matrimoni e le convivenze “internazionali”*, Torino, 2013, pp. 79 ss.

¹⁶ Si tratta di una vera sfida dei tempi alla Chiesa ed alla Sua concezione del matrimonio Sacramento/indissolubile. Tuttavia, come ricorda LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, terza edizione a cura di FRANCESCO CATOZZELLA, ARIANNA CATTÀ, CLAUDIA IZZI, LUIGI SABBARESE, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 266, n. 3745, “Oggi, purtroppo, per un complesso di diverse circostanze e fattori, soprattutto di carattere morale e sociale, il divorzio è diffuso universalmente nelle legislazioni civili. Esso resta però condannato dalla legge di Dio, proclamata anche da Cristo e dalla Chiesa. In GS 47 il divorzio è detto *lues*, un termine dai significati molteplici: calamità, flagello, peste, ecc.”. Cfr. anche ROSARIO GIUÈ, *La Chiesa italiana nel solco della storia. Il rapporto chiesa-mondo e l'inculturazione nei documenti della Conferenza Episcopale Italiana 1966-1999*, La Piccola Editrice, Celleno (VT), 2000; ANDREA ZANOTTI, *Laicità e presenza del sacro tra il tempo della secolarizzazione e l'età della tecnica*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 255-267; ID., *La Chiesa e il sociale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.StatoeChiese.it), novembre 2009, pp. 1-13, il quale evidenzia come “Per due millenni la Chiesa si è misurata attraverso la questione sociale con un uomo che possedeva strumenti infinitamente inferiori rispetto ai fini che gli stavano dinanzi: oggi la questione sociale rischia probabilmente di dovere, per la prima volta, fare i conti con un uomo detentore di mezzi molto più potenti dei fini che gli stanno dinanzi, ma che più non riesce ad individuare sull’orizzonte”.

¹⁷ Come ricorda IVO STEFANO GERMANO, *Le sfide della “società liquida” all’istituzione matrimoniale*, in AA.VV., *Matrimonio e famiglia in una società multireligiosa e multiculturale*, a cura di J. KOWAL S.J., M. KOVAČ, Pontificio Istituto Biblico, Roma, 2012, pp. 325 ss., “la società liquida non solo non considera più il matrimonio come dovrebbe essere, unico, destinato a durare in eterno, ma spinge, ormai, a rappresentarlo alla stregua di una esperienza affettiva di breve durata. L’istituzione matrimoniale assume oggi una ‘geometria variabile’ per ogni individuo, anche perché non più legato alla fecondità... Ne scaturisce una visione della famiglia ‘a mosaico’...”. Si vedano anche i contributi contenuti in AA.VV., *Il matrimonio canonico con effetti civili. A trent’anni dall’Accordo di Villa Madama*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁸ Sul punto, sia pure con riferimento alla giustizia penale, si veda l’interessante contributo contenuto nel volume ad opera di AUGUSTO BALLONI, GIUSEPPE A. MOSCONI, FRANCO PRINA, *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Milano, 2004, specialmente la parte III, pp. 229 ss.

dubbio sulla stretta correlazione di causa/effetto tra cultura, società, fattore ambientale e giurisprudenza canonica e, di riflesso, anche concordataria¹⁹.

Il vero problema è, semmai, quello di stabilire in che termini si è realizzata in passato e si manifesta oggi tale influenza.

Sul punto, deve ricordarsi che la sentenza (intesa quale fonte di cognizione della giurisprudenza), è soltanto l'ultimo anello di una catena che ha inizio nelle parti, ossia in coloro che decidono, innanzitutto, sull'opportunità morale, giuridica (e, perché no, anche finanziaria, in un contesto ambientale di crisi economica), di iniziare una causa di nullità matrimoniale²⁰.

Si tratta di una catena che ha un suo importante anello di raccordo nell'operato degli avvocati i quali, nel rispetto della verità²¹, sono chiamati a fare da filtro tra la "realtà reale" e la "realtà processuale", tra il vissuto personale, culturale delle parti e le esigenze probatorie connesse al processo²², in modo da consentire agli altri operatori processuali - ed in primo luogo al giudice - di avere una visione chiara e giuridicamente valutabile dei fatti oggetto del giudizio²³.

¹⁹ In argomento si rinvia a CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Franco Angeli, Giuffrè Milano, 2006, pp. 31 ss.

²⁰ Il fattore economico si è rivelato, in Italia, di notevole rilievo in quanto si è riscontrato un considerevole incremento delle cause di nullità da quando, dal 1° gennaio 1998, si sono drasticamente ridotti i costi delle cause di nullità a carico dei fedeli grazie al contributo fornito dalla CEI attingendo ai fondi derivanti dall'8 per mille. In argomento, cfr. MASSIMO DEL POZZO, *Statistiche delle cause di nullità matrimoniale 2001-2005: "vecchi" dati e "nuove" tendenze*, in AA.VV., *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, a cura di HECTOR FRANCESCHI - MIGUEL A. ORTIZ, Edusc, Roma 2009, pp. 451-479.

²¹ In altri termini, stante l'esigenza pubblicistica di accertare la verità (c.d. *favor veritatis*), deve giocoforza trovare applicazione limitata il principio "*nemo tenetur edere contra se*", almeno con riferimento alla condotta processuale dei patroni che deve sempre essere ispirata alla deontologia professionale. Si deve, infatti, tenere presente l'obbligo morale degli avvocati di "prestare la propria opera in favore della verità di quel determinato matrimonio, ben sapendo, d'altra parte che solo in tal modo svolgono lealmente la propria professione". Così GERALDINA BONI, *Il diritto del fedele al giudizio (can. 221, § 1): verità e "salus animarum"*, in AA.VV., *Il Giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii". Parte Prima. I Principi*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2007, p. 144.

²² In argomento si veda ANTONI STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico. Nuova edizione aggiornata e ampliata*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1994, pp. 567-597; JOHN CORSO, *Le prove, ibidem*, pp. 599-623; CARLO GULLO, ALESSIA GULLO, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio. Quarta edizione aggiornata con le facoltà straordinarie concesse da Sua Santità Benedetto XVI a S.E. il Decano della Rota Romana l'11 febbraio 2013*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, specialm. pp. 159-182;

²³ Sul ruolo e la funzione dell'avvocato in ambito canonistico si veda SANDRO GHERRO, *Qualche considerazione sulla figura dell'avvocato rotale*, in AA.VV., *Le "Normae" del Tribunale della Rota Romana*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1997, pp. 139-149; CARLO GULLO, *L'assetto della professione forense canonica*, in AA.VV., *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2006, pp. 115 ss. Si vedano anche i contributi contenuti

In quest'opera di mediazione giuridico/culturale gli avvocati sono in parte, ma solo in parte, influenzati dalla già esistente produzione giurisprudenziale alla quale sanno di doversi – almeno in linea di massima – attenere (i c.d. orientamenti giurisprudenziali)²⁴.

Non si deve, infatti, dimenticare che ogni innovazione giurisprudenziale – in un sistema giudiziario essenzialmente fondato sul principio dispositivo della domanda per cui “*nemo iudex sine actore*” – prende le mosse da un'iniziativa della classe forense che, per così dire, “provoca” la decisione giurisprudenziale, proponendo interpretazioni innovative delle norme esistenti, fondate anche sul mutare dei tempi e del contesto culturale di riferimento²⁵.

in AA.VV., *Deontologia degli operatori dei Tribunali ecclesiastici*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2001; inoltre, MANUEL JESUS ARROBA CONDE, *Principi di deontologia forense canonica*, in AA.VV., *Il Diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2006, pp. 129-146; BEATRICE SERRA, *In tema di responsabilità professionale dell'avvocato rotale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.Statoechiese.it), n. 35, 2012.

²⁴ Il peculiare ruolo, ora delineato, svolto dagli avvocati sembra non essere tenuto in adeguata considerazione con quella parte del *Motu Proprio Mitis Iudex*, che sembrerebbe limitare - o ritenere addirittura superflua - l'opportunità di ricorrere ad un legale per introdurre una causa di nullità matrimoniale, specie ove vi sia l'accordo tra le parti. Infatti, a mente degli artt. 2-5 delle Regole Procedurali annesse al citato *Motu Proprio*, risulta prevista un'indagine pregiudiziale o pastorale, da svolgersi nelle strutture parrocchiali o diocesane (non meglio individuate) nell'ambito della pastorale matrimoniale diocesana unitaria, dove i fedeli separati o divorziati che dubitano della validità del proprio matrimonio o sono convinti della nullità del medesimo, orientata a raccogliere elementi utili per l'eventuale celebrazione del processo giudiziale, ordinario o più breve. Fin qui niente di problematico, non fosse che viene previsto che detta indagine potrà essere “affidata a persone ritenute idonee dall'Ordinario del luogo, dotate di competenze anche se non esclusivamente giuridico-canoniche”, tra cui non solo il parroco ma anche non meglio precisati “altri chierici, consacrati o laici approvati dall'Ordinario del luogo”. Si tratta di un'innovazione che - sebbene comprensibile da un punto di vista pastorale per luoghi in cui non è possibile trovare un avvocato competente in materia canonica - rischia di essere negativa con riferimento a Nazioni quali, ad esempio, la Spagna o l'Italia dove esiste da sempre un adeguato ceto forense. E ciò è tanto più grave ove si consideri che detta indagine non di semplice consulenza pastorale e di orientamento ma è volta a raccogliere “gli elementi utili per l'eventuale introduzione della causa da parte dei coniugi o del loro patrono davanti al tribunale competente”, tanto è vero che “raccolti tutti gli elementi, l'indagine si chiude con il libello, da presentare, se del caso, al competente tribunale”. Sul punto cfr. PAOLO PALUMBO, *La deontologia forense: norme civili e principi canonici a confronto*, in AA.VV., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo. Il M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus di Papa Francesco*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2016, specialm. pp. 68-70

²⁵ Cfr. EMANUELA COLOMBO, *L'avvocato: diritti e doveri nella fase istruttoria*, in AA.VV., *L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, p. 107, la quale opportunamente evidenzia che “L'amministrazione della giustizia per ben funzionare necessita di validi professionisti legali. Uno di questi è senza dubbio l'avvocato, il primo competente in campo legale che avvicina colui che intende tutelare i suoi diritti. Così l'avvocato è il primo filtro che supera l'imperizia e l'ignoranza giuridica, la cattiva informazione dei clienti nonché l'infondata pretesa e l'errata loro convinzione di avere diritti da far valere e da tutelare dinanzi al giudice... È in questa fase che si sviluppa il compito-servizio dell'avvocato: un compito fatto non solo di sapere giuridico, di conoscenza tecnica e di competenza professionale, pure indispensabili. Anzi direi che, soprattutto nel campo del diritto matrimoniale canonico, la competenza professionale non può prescindere

In base a quanto ora esposto, sembra possibile parlare di un rapporto biunivoco, ovvero osmotico, tra giurisprudenza canonica e cultura, nel senso che se è vero che la cultura influenza la giurisprudenza è anche vero il contrario, ossia che la giurisprudenza canonica (a differenza di quella civile) non si limita (e non può farlo) a raccogliere supinamente le istanze culturali provenienti dalla società, adattandosi acriticamente ad esse²⁶.

La giurisprudenza canonica realizza una propria originale elaborazione delle istanze sociali alla luce di quei principi immutabili - in quanto radicati nel diritto divino positivo e naturale - che rappresentano un punto di riferimento sicuro ed inalterabile, un faro che guida nel mare, spesso tempestoso, del diritto vivente, indicando la giusta direzione da seguire²⁷.

In altri termini, non è il dogma che vive nel secolo, ma, semmai, i tribunali ecclesiastici, che quel dogma devono far rispettare ed applicare, a vivere in esso²⁸.

Anche il Legislatore canonico, dal canto suo, - sulla scia della rivoluzione ecclesiologica del Concilio Vaticano II - ha cercato di adeguarsi alla mutata concezione dei tempi e del rapporto di coniugio optando, già nel codice del 1983, per una visione più personalistica del matrimonio - peraltro già ampiamente radicatasi nella cultura occidentale degli anni Sessanta - aggiungendo, tra le altre cose, la nozione giuridica di *bonum coniugum* e rigettando la visione materialistica della relazione coniugale, riassunta nel desueto ed anacronistico concetto di "*ius in corpus*"²⁹.

Pare, però, opportuno precisare che non si tratta di una ricezione quasi

dalla pazienza accogliente e dalla capacità di ascolto della persona, ancor prima che del cliente".

²⁶ Sul punto CARLO CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 404 ss. Il quale ricorda come sia intervenuta "una nuova cesura tra società civile e società religiosa impensabile soltanto un decennio addietro, una cesura etico-antropologica relativa ai temi della famiglia, della sessualità, del rapporto tra scienza e tutela della vita,... sul primo aspetto, alcuni ordinamenti promuovono una parificazione sostanziale della convivenza di persone dello stesso sesso con il matrimonio...". Si veda anche VENERANDO MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, VivereIn, Milano, 2005; ANDREA ZANOTTI, *Nuovo protagonismo delle istanze particolari e necessità di una visione universale. Considerazioni di un canonista*, in AA.VV., *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1142 - 1153

²⁷ Cfr. JAVIER HERVADA, *El derecho natural en el ordenamiento canónico*, in *Persona y Derecho*, 20, 1989, oggi in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004)*, Pamplona, 2004, pp. 606 ss.

²⁸ Così GIORGIO FELICIANI *I diritti fondamentali dei Cristiani e l'esercizio dei "munera docendi et regendi"*, in AA.VV., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 221-240.

²⁹ Cfr. ENRICA MONTAGNA, *Il bonum coniugum: profili storici*, in AA.VV., *Il "bonum coniugum" nel matrimonio canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1996, pp. 33 ss. Si veda anche JAVIER HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 83 ss. che dedica un interessante commento alla "funzione dell'amore nel matrimonio".

automatica e supina dei mutamenti intervenuti nella società, come risulta ampiamente dimostrato dall'esempio dell'incapacità ad assumere gli oneri coniugali per omosessualità che continua ad essere considerata dalla giurisprudenza canonica come motivo di nullità *ex can. 1095, 3°*, cioè per incapacità dovuta a cause di natura psichica, sebbene, ormai da molti anni, l'omosessualità non sia più annoverata tra le parafilie sessuali nel DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), ossia nella "Bibbia" degli psichiatri a livello mondiale³⁰.

Nell'orientamento dei tribunali ecclesiastici italiani, in piena aderenza con le indicazioni giurisprudenziali della Rota Romana, l'omosessualità continua ad essere considerata motivo di incapacità matrimoniale, essendo classificata quale "*incapacità morale*", tale da rendere il soggetto che ne è affetto incapace di assumere, cioè di farsi carico di specifici *bona matrimonii* quali il *bonum fidei* ed il *bonum coniugum*³¹.

In ogni caso, resta imprescindibile il confronto con la mutata realtà della famiglia e del matrimonio ed un'attenta analisi delle loro difficoltà e sfide attuali, come è dimostrato dall'Esortazione apostolica postsinodale *Amoris Laetitia* del 2016 di Papa Francesco dedicata proprio al tema dell'amore nella famiglia e alle sfide imposte dal cambiamento antropologico-culturale in atto³².

³⁰ Nel 1973 la *American Psychiatric Association* (APA) partendo dall'asserzione dell'assenza di prove scientifiche che giustificassero la precedente catalogazione dell'omosessualità come patologia psichiatrica, ha provveduto a cancellarla dal suo elenco delle malattie mentali. Cfr. ANDREA ZANOTTI, *L'incidenza della scienza medica nella giurisprudenza rotale*, in AA.VV., *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2010, pp. 19 - 39.

³¹ Come ricorda PAOLO BIANCHI, *Le "causae naturae psychicae" dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1998, p. 142 occorre chiedersi "quali siano in concreto il significato e la operatività normativi della espressione *ob causae naturae psychicae*. È infatti del tutto evidente la genericità sia del concetto di 'causa', sia dell'attributo 'psichico' con il quale esso concetto è qualificato. A quest'ultimo proposito, si può ad esempio rilevare come l'aggettivo 'psichico' copra effettivamente un assai ampio spettro di significati, andando per sé ad indicare tutto ciò che ha a che fare con la dimensione spirituale della persona. Così, esso potrebbe anche intendersi come riferibile al dato culturale, educativo, fino addirittura al dato morale e (quindi) volontario". Si veda anche MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Annotazioni circa la "incapacitas adsumendi onera coniugalia"*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 85-114; JOSÈ MARIA SERRANO RUIZ, *La novità normativa e la collocazione sistematica del can. 1095, 3*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2003, p. 105 il quale denuncia "La sconcertante genericità del can. 1095, n. 3".

³² In argomento MAURIZIO GRONCHI, *Amoris Laetitia. Una lettura dell'Esortazione apostolica postsinodale sull'amore nella famiglia*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2016. Per alcune linee guida per istruire fedeli e pastori su questa delicata materia si veda Conferenza Episcopale Siciliana, *Chiese di Sicilia, Orientamenti pastorali. Accompagnare – discernere – integrare la fragilità, secondo le indicazioni del cap. VIII di Amoris laetitia*, Palermo, 2017.

2. Secolarizzazione e giurisprudenza dei Tribunali ecclesiastici

Occorre, adesso, chiedersi in che modo ed in che misura le modificazioni culturali registratesi nella società italiana negli ultimi cinquant'anni si siano riverberate, in concreto, sull'attività dei Tribunali ecclesiastici italiani, influenzandone la relativa giurisprudenza.

Facendo un rapido *excursus* tra i vari motivi di nullità, si nota subito come vi sia stata un'evoluzione (o, forse, dovremmo meglio dire un'involuzione) sociale che ha avuto delle inevitabili ripercussioni sulla giurisprudenza ecclesiastica³³, anche se, per la verità, non su tutti i capi di nullità e ciò sia per l'influsso stabilizzatore del Magistero pontificio, sia per l'opera di armonizzazione interpretativa operata dal Tribunale della Rota Romana *ex art. 126 della Costituzione Apostolica Pastor Bonus*³⁴.

A titolo d'esempio, per ciò che riguarda l'esclusione della prole, al fine di comprendere le ragioni e le modalità del mutamento di giurisprudenza, valga quanto segue: nel caso, frequente, di una coppia giovane che contrae matrimonio prima ancora di avere raggiunto la piena realizzazione lavorativa e finanziaria, l'esclusione *ad tempus* della prole appare *in re ipsa* credibile e di agevole prova applicando il principio dell'*id quod plerumque accidit*³⁵.

³³ Sul punto si rinvia anche ad ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007.

³⁴ In base a quanto stabilito dall'articolo 126 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* del 28 giugno 1988, viene chiarito il *munus* proprio del Tribunale apostolico della Rota Romana. In tale articolo si legge: "*Hoc tribunal instantiae superioris partes apud Apostolicam Sedem pro more in gradu appellationis agit ad iura in Ecclesia tutanda, unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalis inferioribus auxilio est*". Nello stesso senso si esprime il Magistero Pontificio come si legge nell'Allocuzione di San Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 24 gennaio 1981, secondo cui: "Alla necessaria tutela della famiglia contribuiscono in misura non piccola l'attenzione e la pronta disponibilità dei tribunali diocesani e regionali a seguire le direttive della Santa Sede, la costante giurisprudenza rotale e l'applicazione fedele delle norme, sia sostanziali sia processuali già codificate, senza ricorrere a presunte o probabili innovazioni, ad interpretazioni che non hanno oggettivo riscontro nella norma canonica e che non sono suffragate da alcuna qualificata giurisprudenza. È infatti temeraria ogni innovazione di diritto, sia sostantivo sia processuale, che non trovi alcun riscontro nella giurisprudenza o prassi dei tribunali e dicasteri della Santa Sede". In argomento si veda CARLO GULLO, *Presentazione*, in AA.VV., *La giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici italiani*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1989, p. 8, il quale ricorda che: "appare chiaro che la giurisprudenza rotale è considerata punto di riferimento costante per i Tribunali Ecclesiastici Italiani. In Italia insomma non esiste una giurisprudenza in contrapposizione o anche solo parallela a quella rotale".

³⁵ Cfr. PAOLO MONETA, *Il bonum proles e la sua esclusione*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2003, pp. 88-89, dove si legge che: "...in questi ultimi decenni, proprio sul tema di cui ci stiamo occupando, quello della generazione della prole, si è verificato un cambiamento epocale, il più profondo che si sia mai avuto nella storia dell'umanità. L'uomo per millenni ha considerato la generazione come un qualcosa di superiore alla sua volontà, un qualcosa che poteva essere contrastato o addirittura soppresso, ma sempre con mezzi eccezionali

Occorre ricordare che molti giudici – i quali sono spesso anche parroci o comunque a contatto diretto con i fedeli - conoscono benissimo, per esperienza personale, quale sia la mentalità oggi diffusa tra i giovani che porta a considerare i figli, piuttosto che come un dono di Dio, una gravosa incombenza da differire *sine die* in attesa di tempi migliori, il tutto all'insegna di una visione spesso meramente narcisistica ed edonistica della vita in genere e del matrimonio in particolare. Vale a dire che si viene a creare, surrettiziamente, una sorta di "*praesumptio moris*"³⁶, non codificata, che giunge quasi ad invertire l'onere della prova ai fini del raggiungimento della necessaria certezza morale (can. 1608, §1)³⁷.

A riprova di quanto sopra riferito, si consideri che, nel corso dei processi di nullità, solo raramente, per non dire eccezionalmente (e spesso solo su istanza di parte), si acquisiscono in Atti i c.d. "processini prematrimoniali". Si tratta dei questionari che (nell'ambito dell'istruttoria prematrimoniale prevista dal decreto generale sul matrimonio della CEI) vengono sottoposti e fatti firmare ai nubendi, poco prima della data delle nozze, e con i quali si dichiara – in modo spesso solo formale – di accettare *in toto* l'insegnamento della Chiesa in materia matrimoniale, inclusa (nel nostro esempio) l'imme-

e normalmente avvertiti come contrari alla dignità della persona... Quest'uomo, grazie a i progressi della scienza ed ai mezzi tecnici che questa ha acconsentito di approntare, è oggi pienamente in grado di controllare la sua fertilità, di decidere come e quando avere un figlio, di esercitare insomma un pieno dominio su quella che sembrava una misteriosa forza della natura... il modo di porsi dinanzi alla generazione è radicalmente cambiato anche nell'ambito dei fedeli, pur rispettosi degli insegnamenti del magistero ecclesiastico". Interessante è, poi, la conclusione cui giunge l'A.: "Ed è difficile pensare che un cambiamento di tale entità non abbia una qualche ricaduta anche nell'esperienza giuridica; che esso non stimoli a ricercare un approccio in qualche modo diverso nel valutare l'atteggiamento assunto dai coniugi in ordine alla procreazione; che non induca ad elaborare categorie giuridiche in qualche misura nuove rispetto a quelle utilizzate in passato..."

³⁶ Si è volutamente fatto ricorso a tale ipotetica categoria di presunzione non potendosi fare ricadere un simile tipo di *praesumptio* nella categoria delle *praesumptiones iuris vel hominis*, posto che, come ricorda ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione nella vigente normativa canonica: osservazione critiche*, in AA.VV., *L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, cit., pp. 151-154, "Segno distintivo primario della presunzione *iuris* (o di diritto, legale) è che viene stabilita dalla legge, vale a dire è contenuta espressamente in una norma scritta di portata generale emanata dal legislatore", mentre "Da parte sua, la presunzione *hominis* (o di uomo, o giudiziale) si caratterizza principalmente per essere formulata - mediante l'espressa inclusione nella sentenza - dal giudice e... si caratterizza anche per la sua concretezza, vale a dire per la sua esclusiva applicazione ad un fatto particolare e determinato, come stabilisce esplicitamente il c. 1586...Di conseguenza, a differenza della presunzione *iuris*, gli elementi della presunzione *hominis* non possono essere determinati in astratto o a priori, ma sempre in concreto e a partire dalle circostanze particolari del caso che si discute, l'unico al quale può essere applicata".

³⁷ Cfr. ANTONI STANKIEWICZ, *La certezza morale e la motivazione della sentenza*, in AA.VV., *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, a cura di HECTOR FRANCESCHI, JOAQUIN LLOBELL, MIGUEL A. ORTIZ, Edusc, Roma, 2005, pp. 177-193.

diata apertura al *bonum prolis*³⁸.

In altri termini, se i giudici che - si ripete - sono spesso gli stessi parroci che curano i suddetti processini prematrimoniali, fossero davvero convinti del valore probatorio dirimente di tali dichiarazioni, le potrebbero - ed anzi - dovrebbero acquisire *ex officio* in Atti, inserendoli nel processo come prove decisive (trattandosi di documento pubblico ecclesiastico, avente valore di *probatio probata*, ex can. 1541) in favore della validità del Sacramento del matrimonio³⁹. Infatti, è di tutta evidenza che una dichiarazione resa nell'imminenza delle nozze con cui si afferma espressamente di accettare, ad esempio, il *bonum prolis* dovrebbe costituire una prova determinante (esattamente una *confessio extraiudicialis pro vinculo*) che ben difficilmente potrebbe essere vinta da una dichiarazione contraria resa in giudizio, cioè in tempo sospetto⁴⁰.

³⁸ In argomento si veda PAOLO BIANCHI, *L'esame dei fidanzati: disciplina e problemi*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 4, 2002, pp. 360 ss.; GENNARO FUSCO, CLAUDIO MARRAS, PAOLO PALUMBO, RAFFAELE SANTORO, *Commento giuridico-pastorale al decreto generale sul matrimonio canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, p. 36, dove si legge che: "Il parroco che conduce l'esame deve manifestare un particolare atteggiamento soggettivo, quello della diligenza che richiede che egli non si comporti da mero esecutore di un compito ma senta la responsabilità dell'adempimento e la preoccupazione per il bene delle persone e della santità del vincolo matrimoniale".

³⁹ Sul piano teorico deve, però, rilevarsi che se l'iniziativa di una delle parti dotate di *ius agendi in iudicio* (can. 1501 e art. 114 *Dignitas Connubii*) è indispensabile per dare inizio al processo (*nemo iudex sine actore*), e ciò a pena di nullità insanabile della sentenza (can. 1620, 4° e art. 270, 4° *Dignitas Connubii*), non altrettanto può dirsi con riferimento all'onere della prova. Accanto all'astratta prospettiva di una fattiva e quasi asettica partecipazione delle parti all'accertamento della verità, vi è quella, sulla carta più concreta, del giudice di supplire la negligenza delle parti per evitare una sentenza ingiusta (can. 1452, §2). Detta affermazione codicistica è stata ripresa con un'importante aggiunta nella *Dignitas Connubii*, là dove si afferma che quella di supplire all'inerzia probatoria delle parti non è una semplice facoltà del giudice, bensì un suo preciso dovere: "*Ideo iudex partium neglegentiam in probationibus afferendis vel in exceptionibus opponendis, supplere potest et debet...*" (art. 71, §2). Si tratta d'una significativa precisazione che impone una netta virata del processo matrimoniale canonico verso il principio inquisitorio e ciò a tutela del bene pubblico, deviando, almeno parzialmente, da un altro principio strettamente connesso a quello della domanda: *iudex secundum allegata partium iudicare debet*. Sul punto cfr. MARIO FERRANTE, *Le prove in generale*, in AA.VV., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas Connubi"*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2008, p. 299-320. In contrario, prima però della promulgazione della *Dignitas Connubii*, cfr. PAOLO MONETA, *Le parti in causa: diritti e limiti*, in AA.VV., *La procedura matrimoniale abbreviata*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1998, pp. 9-10.

⁴⁰ Siffatta considerazione acquista maggiore rilevanza alla luce della recente riforma del processo matrimoniale canonico dove occorre trovare un contrappeso probatorio alla maggiore rilevanza probatoria attribuita dal *M.P. Mitis Iudex* alle dichiarazioni, specie concordanti delle parti. In base alla nuova formulazione del can 1678, § 1, "nelle cause di nullità del matrimonio, la confessione giudiziale e le dichiarazioni delle parti, sostenute da eventuali testi sulla credibilità delle stesse, possono avere valore di prova piena, da valutarsi dal giudice considerati tutti gli indizi e gli amminicoli, se non vi siano altri elementi che le confutino". Si tratta di una notevole modifica rispetto alla previsione normativa previgente che, al contrario, sanciva che nelle cause concernenti il bene pubblico le dichiarazioni delle parti potevano avere, al più, "forza probante" ma non era possibile

Tuttavia, nella prassi ciò non accade perché gli stessi giudici/parroci sanno benissimo che quelle dichiarazioni vengono rese al solo scopo di “accontentare” il parroco di turno, nella consapevolezza che una risposta “sbagliata”, ma conforme a verità, bloccherebbe l'*iter* matrimoniale.

Si tratta, come è evidente, di un influsso della cultura e della mentalità laica corrente che, indirettamente, influenza - in modo surrettizio ma determinante - non solo la prassi processuale, ma anche la giurisprudenza ecclesiastica, sia nella fase di raccolta delle prove, sia nella valutazione delle stesse.

In altri termini, capi di nullità quali l'esclusione della prole e dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale, trovano oggi un *background* sociale e culturale oggettivo tale da quasi rovesciare di fatto, nella prassi processuale, se non la generale presunzione di validità del matrimonio di cui al can. 1060 (che comunque ne resta certamente fiaccata)⁴¹, quantomeno, quella relativa alla simulazione di cui al can. 1101, §1, come già da anni avvertono la dottrina⁴² e la giurisprudenza rotale⁴³.

“attribuire loro forza di prova piena” (can. 1536, §2). Sul valore attribuito alle dichiarazioni delle parti cfr. MIGUEL ANGEL ORTIZ, *The Declarations of the Parties and Moral Certitude*, in AA.VV., *Studies on the Instruction Dignitas Connubii. Proceedings of the Study Day Held at the Pontifical University of the Holy Cross, Rome, January 19, 2006*, ed. by P. M. DUGAN, L. NAVARRO, Wulson & La Fleur, Montréal, 2006, pp. 51-89.

⁴¹ Per un'approfondita analisi della regola morale e giuridica “*standum est pro valore actus nisi contrarium probetur*”, oggi codificata nel can. 124, §2, cfr. ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, *La presunzione di validità dell'atto giuridico nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 95-170.

⁴² Cfr. PIER ANTONIO BONNET, *La presunzione legale di cui al can. 1101, §1 CIC nell'odierno contesto matrimoniale cristianizzato*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2005, p. 117, il quale ricorda che “nell'attuale contesto occidentale di vita” si è in presenza di “uno scenario istruttorio di efficacia molto ristretta, se non addirittura di sostanziale inoperatività della presunzione di cui al can. 1101, § 1 *cic*... In questa prospettiva, per l'Occidente ‘cristiano’, mentre conserva ancora una sua ragione di essere la presunzione dell'esistenza in via positiva di una volizione conformata da una componente noeticamente sintetica, stabilita nel segno della verità del can. 1060 *cic*, ci sembra invece che sia venuta sostanzialmente *svuotandosi di credibilità generale* (il corsivo è dell'A.) la presunzione di un voluto matrimoniale interiore naturalmente sufficiente, in quanto espressione di un dato conoscitivamente retto in chiave così analitica che sintetica, sancita nel can. 1101, § 1 *cic*”. *Id.*, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un'occidente cristianizzato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 62 dove si legge che non è più possibile: “costruire congetture basate su generalizzazioni fattuali (*l'id quod plerumque accidit*) come quella posta a fondamento della nostra presunzione che, almeno in ambiti come quello occidentale non si darebbero più”.

⁴³ Sul punto si veda anche ROBERTO COLANTONIO, *Valore della presunzione del can. 1101, § 1 del C.I.C.*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1990, pp. 13 ss. il quale già venticinque anni or sono ricordava che “specialmente prima degli anni Cinquanta, le sentenze, riguardanti fattispecie in cui la nullità è proposta per consenso simulato, immediatamente oppongono all'accoglimento della domanda una duplice pregiudiziale: le *praesumptiones* insite nei can 1014 e 1086, § 1, dette, la prima *generalis* e, la seconda, *peculiaris*. Tale fermezza, nel tempo, sembra andare impallidendo ed oggi, dinanzi a sentenze che avvertono ‘*In id genus causis examinandis caute esse procedendum, attentis duabus praesumptionibus*’, non

A tal proposito, basti pensare che - con specifico riferimento al capo di nullità dell'esclusione dell'indissolubilità del vincolo - ha ormai assunto, a motivo della sempre crescente mentalità divorzista, una rilevanza preminente il criterio probatorio della c.d. *causa simulandi remota* (intesa quale "*prava voluntas*") la quale permea di sé, con crescente verosimiglianza, la visione matrimoniale delle parti, impregnandone, di riflesso, l'atto di volontà matrimoniale, dando così spesso luogo alla c.d. "simulazione implicita"⁴⁴, ormai accolta dalla costante giurisprudenza rotale⁴⁵.

Nel corso degli ultimi cinquat'anni (sebbene si tratti di un lasso temporale esiguo alla luce della bimillenaria storia della Chiesa), si è assistito ad un passaggio culturale epocale che - emblematicamente - trova traccia di sé nella filmografia la quale ormai, in quanto settima arte, è divenuta la cartina al tornasole dei mutamenti culturali all'interno della nostra società⁴⁶.

mancano altre in cui è esplicitamente detto che la disposizione normativa, di cui al can. 1101,§1 '*nostra aetate non amplius valida est*' ...".

⁴⁴ Alla luce di quanto esposto nel testo, pare possibile affermare che la famosa affermazione di ORIO GIACCHI contenuta nel volume "*Il consenso nel matrimonio canonico*", Giuffrè, Milano, 1968, pp. 89-114, secondo cui la volontà simulatoria consisterebbe esclusivamente nel "*velle non*", piuttosto che in un "*nolle*" (p. 92), non può ritenersi esaustiva del fenomeno simulatorio in quanto serve, al più, ad evidenziarne solo un aspetto. Di norma, l'errore che si fa, quando si vuole accertare l'esistenza di un atto positivo di volontà contrario ad un fine o ad una proprietà essenziale del matrimonio, è quello di pensare a due distinti atti di volontà: uno con il quale il nubente vuole il matrimonio (ed il consenso è un atto positivo di volontà); e un altro col quale egli vuole il matrimonio privato del bene essenziale. Ciò non pare condivisibile in quanto l'atto positivo di volontà è uno solo e il nubente o vuole il matrimonio oggettivamente vero (anche se egli non lo ritiene tale) o vuole il matrimonio oggettivamente falso (anche se egli lo ritiene vero). Ma se, dunque, l'atto positivo di volontà da prendere in considerazione è uno solo, occorre guardare ed analizzare il processo di formazione di tale specifico unico atto al fine di coglierne la portata invalidante. A tal proposito, occorre ricordare che, per il principio dell'unità dell'uomo e della dipendenza esistente tra le "*facultates superiores hominis*", ogni atto umano consta di due elementi indefettibili: la determinazione dell'oggetto da parte dell'intelletto e la direzione della volontà verso l'oggetto determinato nel caso concreto.

⁴⁵ Tale principio è pacificamente accolto dalla giurisprudenza rotale come è dimostrato da diverse sentenze, tra cui citiamo la *coram* Ewers del 18/05/1968 in *S.R.R.D.*, vol. LXI, p. 691, n. 4 e, più di recente, una *coram* Fiore del 23/07/1981 (in *S.R.R.D.*, vol. LXXIII, p. 372, n. 4) dove chiaramente si afferma: "*voluntas naturaliter movetur ad actum congruentem cum praeconcepta sententia, incarnata quasi in eius constituta persona*". In altri termini, se il matrimonio indissolubile non fa parte del patrimonio ideativo di un soggetto perché da esso è assente la nozione stessa di indissolubilità è correlativamente impossibile attribuirgli il matrimonio indissolubile come facente parte dell'oggetto della sua volontà, perché se egli ha voluto il matrimonio secondo le proprie idee dottrinali, dalle quali era assente l'indissolubilità come nozione e come bene, egli per ciò stesso all'atto del consentire ha escluso la proprietà essenziale dell'indissolubilità dall'oggetto del suo consenso. In argomento si veda anche SONIA REGGI, *Atto positivo di volontà e simulazione* (ca. 1101, §2). *Dottrina e giurisprudenza*, Marcanum Press, Venezia, 2011, pp. 139 ss.

⁴⁶ La modifica avvenuta nel corso dell'ultimo mezzo secolo è tanto più forte ed evidente ove si consideri che essa strida con la tradizione giuridica italiana che, non solo negli ordinamenti degli Stati preunitari, ma neppure nel Codice civile "Pisanelli" del 1865 aveva mai conosciuto l'istituto del divorzio, nonostante i molteplici disegni di legge in tal senso. In argomento, cfr. FABIO FRANCESCHI,

In merito, basti notare come si sia passati da un film quale “*Divorzio all’italiana*” (il capolavoro di Pietro Germi del 1961 con Mastroianni e la Sandrelli)⁴⁷ per arrivare - attraverso la promulgazione della legge sul divorzio del 1970 ed il relativo referendum del 1974⁴⁸ - al ben più recente (2004) “*L’amore è eterno finché dura*” (di Carlo Verdone), segno evidente dei tempi, di una fragilità strutturale dei rapporti di coppia⁴⁹ e, soprattutto, del fatto che si è giunti a ribaltare completamente la prospettiva costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio inteso come atto unico e irrevocabile (art. 29 Cost.)⁵⁰ a quella - edonistica ed individualistica - di famiglia basata sul

I progetti per l’introduzione del divorzio in Italia in epoca post-unitaria, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.StatoeChiese.it), n. 34, 2012, il quale ricorda che: “Il divorzio, in quegli anni, rappresentò indubbiamente un problema al tempo stesso politico, sociale, religioso, nonché un problema di diritto internazionale: troppi problemi per uno Stato ancora debole, retto da fragili equilibri interni, timoroso di un ulteriore aggravamento della frattura con il Vaticano, e che, probabilmente, aveva già prodotto il suo massimo sforzo in materia con l’introduzione del matrimonio civile”.

⁴⁷ Alla base della sceneggiatura del film c’era una storia vera - svela Giorgio Battistelli, compositore di fama internazionale - il quale ricorda che Germi ricevette una lettera da un signore siciliano che gli confidava i suoi problemi di cuore, incatenato a una moglie brutta e baffona, innamorato di una fanciulla giovane e bella. Per il regista lo spunto perfetto per un ritratto ironico e feroce di una mentalità arcaica e ipocrita. Il film fu influenzato anche dal noto romanzo *Un delitto d’onore* di Giovanni Arpino del 1960 in cui lo scrittore denuncia i pregiudizi morali e sociali legati al delitto d’onore, si tratta di due letture diverse dello stesso fenomeno: una in chiave drammatica e l’altra in chiave grottesca. Giovanni Arpino ha raccontato nel suo romanzo una storia così folle e crudele che ben pochi lettori avranno immaginato trattarsi di una vicenda vera, accaduta a Lapiro (un paesetto vicino ad Avellino) il 1° aprile 1922, e forse nella realtà ancor più intrisa di ferocia e di follia di quella che risulta dal libro dello scrittore piemontese. Cfr. AA.VV., *Il Morandini 2015 – Dizionario dei film e delle serie televisive*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 423.

⁴⁸ Come ricorda SERGIO ROMANO, *Libera Chiesa. Libero Stato? Il Vaticano e l’Italia da Pio IX a Benedetto XVI*, TEA, Milano, 2005, in occasione del referendum abrogativo “Gli italiani che andarono alle urne rappresentarono l’87,7 per cento del corpo elettorale e i no all’abrogazione furono 19.138.300, pari al 59,3 per cento dei votanti. Tutti atei, anticlericali o agnostici? No. Era nato ormai, dopo il Concilio ed il ’68, un cattolicesimo meno rispettoso del catechismo tradizionale e più sensibile ai problemi della pace, dei diritti umani, dei ‘diversi’, dell’eguaglianza, dell’ecologia e del sottosviluppo” (p. 123). Le cause di questa modifica, sempre a detta dell’A., furono essenzialmente tre: “la grande mobilità sociale degli anni del ‘miracolo’ economico...le agitazioni universitarie e i movimenti sindacali alla fine degli anni Settanta... il Concilio che aveva sconvolto le strutture tradizionali e risvegliato tutti i fermenti modernisti degli inizi del secolo” (pp. 116-117). Si veda anche GIAMBATTISTA SCIRÈ, *Il divorzio in Italia. Partiti, Chiesa, società civile dalla legge al referendum (1965-1974)*, Mondadori Bruno, Milano, 2007.

⁴⁹ Addirittura, un centro di mediazione familiare ha pubblicato uno studio in base al quale si apprende che, solo nel biennio 2006-2008, vi sono stati ben 11 film di successo in cui il tema del divorzio assumeva un ruolo centrale ed era spesso affrontato con una certa superficialità senza tenere conto delle gravi implicazioni sociali, affettive ed emotive che esso comporta. Cfr. www.mediazionefamiliare-cedim.it/letturefilm.php.

⁵⁰ In argomento, cfr. ROBERTO BIN, *Radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10, 2000, pp. 1066 ss; VITTORIO CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell’articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente*, 6, 2010, n. 9, il quale ricorda che la formulazione attuale dell’art.

mero buon andamento del rapporto matrimoniale⁵¹.

Il divorzio è penetrato talmente in profondità nel costume sociale e nella mentalità della popolazione italiana che le polemiche che ne accompagnarono l'introduzione costituiscono oggi uno sbiadito ricordo; con la singolare conseguenza che parlare, oggi, di divorzio è quasi come parlare di un qualcosa che è come se fosse sempre esistito⁵².

Oggi, probabilmente, il buon Alessandro Manzoni, avrebbe un maggiore successo letterario scrivendo i "Promessi divorziati" piuttosto che i "Promessi sposi".

3. *Le conseguenze culturali dell'introduzione del c.d. "divorzio facile" e "breve" nell'ordinamento giuridico italiano*

Il culmine di tale "rivoluzione culturale" è l'ormai nota legge n. 55 del 6 maggio 2015 con cui – con carattere retroattivo - sono state dettate "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi", comunemente noto come "divorzio breve".

Con tale legge si è inteso ridurre ulteriormente lo *spatium deliberandi* per

29 Cost. fu il frutto di un prudente compromesso tra la Democrazia Cristiana e il Partito Comunista, esito di una "battaglia sull'introduzione della indissolubilità del matrimonio nella Costituzione", al punto che "nella votazione finale fu chiesto di ricorrere allo scrutinio segreto in base ad un vecchio regolamento della Camera dei deputati: non era mai accaduto per nessun articolo della Costituzione, ed in verità non accadeva da oltre 60 anni".

⁵¹ Cfr. GUIDO FORMIGONI, *L'Italia dei cattolici. Dal Risorgimento a oggi*, Il Mulino, Bologna, seconda ediz. 2010, pp. 180-183, il quale ricorda che la "ventata contestativa e anti-istituzionale della fine del decennio Sessanta" aveva determinato l'uscita "dal mito dell'Italia nazione 'naturalmente' cattolica" facendo "considerare l'Italia come una società sottoposta ad un complesso fenomeno di secolarizzazione, in cui doveva essere proposta un'organica prospettiva di evangelizzazione". Si veda anche ARTURO CARLO JEMOLO, *Stato e Chiesa negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1948, p. 443, il quale sottolineava come "È veramente significativo che, nel periodo del contrasto più intenso con la Chiesa, della questione romana e dell'anticlericalismo più acceso, nel quale massoneria, socialismo, repubblicanesimo, radicalismo rappresentavano ideologie profondamente ostili ai cattolici assenti dalla vita pubblica, non si riuscì –nemmeno allora– a forzare la volontà della maggioranza introducendo il divorzio civile, perché anche dall'angolo visuale dello Stato, questo istituto (del matrimonio) è retto da interessi superiori di cui le parti non hanno la disponibilità".

⁵² A tal proposito, si vuole citare un libro, scritto da un avvocato specializzato in diritto di famiglia, che offre un'interessante spaccato dell'odierna realtà culturale e legislativa in materia di matrimonio e famiglia e da cui si evince la radicale trasformazione avvenuta nel nostro paese negli ultimi anni. Cfr. GIAN ETTORE GASSANI, *Vi dichiaro divorziati. Come cambia il matrimonio in Italia*, Imprimum, Reggio Emilia, 2015, il quale sostiene che già da tempo gli italiani avevano trovato una "via d'uscita" per ovviare alle lungaggini processuali nostrane attraverso il c.d. "turismo divorzile" che ha visto "migliaia di coppie" espatriare, avvalendosi del Regolamento CE 44/2001 (p. 107).

un'eventuale riconciliazione o ripensamento, riducendo drasticamente la durata minima del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi che legittima la domanda di divorzio che, nelle separazioni giudiziali passa dai tre anni fissati dalla riforma del 1987 (che li aveva già ridotti dai cinque inizialmente previsti) ad un anno decorrente dalla comparsa dei coniugi di fronte al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale⁵³; termine che, nelle separazioni consensuali (anche in caso di trasformazione da giudiziale in consensuale) si riduce a soli sei mesi e ciò anche a prescindere dalla presenza di figli minori.

Seppure non si è proceduto all'introduzione del c.d. "divorzio diretto", ossia senza l'obbligatorietà di alcun periodo di previa separazione personale dei coniugi, salvaguardandosi il principio del doppio procedimento (separazione prima, divorzio dopo), pare evidente che la riforma consacra la c.d. "famiglia liquida" che certamente non è la famiglia prevista e garantita dalla nostra costituzione⁵⁴, né, tantomeno, quella "Chiesa domestica" (*Lumen Gentium*, n. 11) tutelata dal diritto canonico⁵⁵.

In merito, occorre ricordare che il tempo inizialmente fissato dalla legge prima di potere accedere al divorzio aveva il preciso scopo di favorire ripensamenti e ricomposizioni: la fase della separazione veniva, infatti, con-

⁵³ Si tratta di un *dies a quo* (quello della prima udienza presidenziale) che, nella prassi forense, determina di sovente un significativo allungamento dei tempi (anche di sei/otto mesi) per potere fare decorrere i termini e, dunque, ottenere il divorzio. I sei mesi decorrono inoltre, pur non essendo specificato nel testo di legge, dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da avvocati ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile. In argomento si veda FRANCESCO SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, quinta ediz., Giuffrè, Milano, 2008; AA.VV., *Commentario Al codice civile. L. 1 dicembre 1970, n. 898. Divorzio*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2009; AA.VV., *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia. Profili sostanziali, processuali, di mediazione, di previdenza, di tutele con riferimento al coniuge debole e ai minori. Le nuove frontiere del risarcimento del danno*, a cura di G. OBERTO, Cedam, Padova, 2012; AA.VV., *La crisi familiare*, a cura di T. AULETTA, Giappichelli, Torino, 2013.

⁵⁴ Cfr. MARIA D'ARIENZO, *Libertà, fedeltà e responsabilità dei coniugi. Il matrimonio canonico nel pluralismo matrimoniale*, in AA.VV., *Le sfide della famiglia tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris Laetitia*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2017. L'A. ricorda come "Le riforme susseguites negli ultimi anni in campo civilistico e canonistico impongono una riflessione più attenta sulle implicazioni inerenti al rapporto fra matrimonio e famiglie. L'uso del plurale utilizzato per il termine famiglia tende a sottolineare icasticamente le trasformazioni antropologiche, prima ancora che giuridiche, le quali pongono nuove sfide e nuove problematiche agli operatori del diritto" e ciò a causa del "costante processo di secolarizzazione che tende ad una omologazione culturale e, dunque anche giuridica, del matrimonio religioso ai modelli di unione coniugale ispirati alla 'diffusa mentalità mondana', usando le parole di papa Francesco" (pp. 17 e 28).

⁵⁵ Cfr. GUSTAVO CAVAGNARI, *La famiglia «chiesa domestica» - Soggetto e oggetto dell'azione evangelizzatrice al servizio del regno di Dio*, LAS Editrice, Roma, 2015.

siderata l'occasione per prendere le distanze da una situazione di difficile convivenza, lasciando aperta la prospettiva di un ritorno alla vita comune (magari poco probabile, ma non certo impossibile), derivante da una congrua esperienza di vita per conto proprio. Il periodo di separazione personale aveva, infatti, nelle originarie intenzioni del legislatore, la funzione di dare alle parti la possibilità di soppesare una decisione tanto grave quanto quella di porre fine ad un matrimonio, specie in presenza di figli minori, al fine di verificare la possibilità di ricostituire l'*affectio maritalis*.

La nuova legge sul divorzio breve avrà certamente un ulteriore impatto sul concetto di indissolubilità del matrimonio, rendendolo, vieppiù socialmente e culturalmente evanescente ed indefinito e, dunque, a sua volta, "liquido"⁵⁶.

È, inoltre, appena il caso di precisare che le nuove norme costituiranno la disciplina anche della cessazione degli effetti civili dei matrimoni concordatari, con inevitabile coinvolgimento dei fedeli cattolici.

Ad accelerare l'affermarsi di una concezione precaria ed instabile del vincolo matrimoniale basata essenzialmente sul costante permanere del consenso delle parti, è intervenuta, di recente, l'introduzione del c.d. "divorzio facile", ormai meglio noto come "divorzio fai da te"⁵⁷.

Con la legge n. 162 del 10 novembre 2014 – volta a deflazionare il contenzioso civile - è stata introdotta in Italia la possibilità di separarsi e divorziare senza neppure entrare in un'aula di tribunale, a patto che le parti pervengano, *communi consensu*, alla sottoscrizione di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione), visto come uno strumento di *alternative dispute resolution*⁵⁸. Si tratta di un istituto atipico mutuato dall'esperienza francese (dove, però, il divorzio esiste da oltre due secoli, essendo stato previsto per la prima volta nel 1792) e dal c.d. "processo collaborativo" – sia pure con rilevanti differenze – con cui viene attribuita dal legislatore prevalenza all'autonomia negoziale delle parti anche in ambito familiare, conseguente

⁵⁶ Sul punto cfr. ZYGMUNT BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, Laterza, Bari, 2004, p. 51; AA.VV., *Accompagnare l'amore. I percorsi di preparazione al matrimonio nella comunità cristiana*, a cura di P. BOFFI, Edizioni Paoline, Milano, 2006, p. 152.

⁵⁷ Si tratta di una riforma inserita nel più ampio decreto c.d. "sblocca Italia" che potremmo, a questo punto, definire, sarcasticamente, "sblocca divorzi" che - varata dal Consiglio dei ministri nella seduta n. 27 del 29 agosto 2014 ed emanata in forma di Decreto legge il 12 settembre 2014 n. 132 - è stata definitivamente promulgata con modificazioni con la legge 10 novembre 2014, n. 162, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". In argomento cfr. FILIPPO DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/214: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 10, pp.949 ss.

⁵⁸ In tal senso, GIANFRANCO DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 14.

ad una significativa rimodulazione del principio di preservazione delle aree di indisponibilità dei diritti⁵⁹.

Con la riforma sono state previste due distinte procedure abbreviate con modalità stragiudiziale che si vanno ad aggiungere a quella ordinaria, ossia a quella regolata dalla legge sul divorzio del 1970.

La prima definita “facile” è quella, già citata, della negoziazione assistita (art. 6 del d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014)⁶⁰.

La seconda, definita dai primi commentatori della riforma, come il divorzio “lampo” è disciplinato dall’art. 12 del d.l. n. 132/2014 e prevede la possibilità per i coniugi di concludere dinanzi al sindaco quale ufficiale di stato civile, con l’assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione o di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili o, infine, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio⁶¹.

Elemento in comune ad entrambe le due nuove procedure è che non viene affatto previsto il tentativo obbligatorio di riconciliazione che, invece, rappresenta un momento saliente della procedura ordinaria di separazione/divorzio.

⁵⁹ In argomento cfr. MARINA BLASI, *Divorzio “breve” e “facile”. La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, Giappichelli, Torino, 2015, la quale ricorda che la procedura collaborativa francese “si basa su una ‘carta di collaborazione’ che obbliga le parti di un litigio e i loro avvocati a compiere ogni sforzo per giungere ad una soluzione consensuale. La sottoscrizione della carta vieta, in caso di fallimento della procedura, di rappresentare poi nel contenzioso una delle parti” (p. 62).

⁶⁰ Tale procedura consiste in un accordo scritto mediante il quale i due coniugi convengono di risolvere in via amichevole la controversia relativa alla separazione tramite l’assistenza dei propri avvocati. Tale accordo – che costituisce titolo esecutivo - deve sempre essere trasmesso al Pubblico ministero competente, il quale in assenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, esercita un controllo formale di regolarità al termine del quale, se del caso, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti successivi. In presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, il Pubblico ministero controlla la corrispondenza dell’accordo all’interesse dei figli e, in tal caso l’autorizza. Se, al contrario, non riscontra tale interesse, il Procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, il quale, a sua volta, fissa entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. Così MARINA BLASI, *Divorzio “breve” e “facile”. La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, cit., pp 32-33. Sul nuovo istituto della negoziazione assistita in materia familiare v. tra i primi commenti: ANTONIO CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, 1287; CHIARA CARIGLIA, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, 2015, 1739.

⁶¹ Così MARINA BLASI, *Divorzio “breve” e “facile”. La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, cit, p. 33, la quale ricorda altre che “l’accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale ma può contenere statuizioni in merito all’assegno di mantenimento o all’assegno divorzile, statuizioni che l’ufficiale dello stato civile si limiterà a trascrivere, ma sulle quali non potrà esprimersi nel merito, né rifiutare l’iscrizione dell’accordo. La procedura non è possibile in presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti”.

L'originaria legge sul divorzio stabilisce che il giudice deputato ad incontrare per la prima volta la coppia ai fini della separazione sia il presidente del tribunale, o un suo delegato: quasi a caricare di significato – in virtù della maggiore autorevolezza del magistrato – la verifica della effettiva volontà e della possibilità di mantenere il rapporto matrimoniale, con un *iter* che di per sé richiama alla serietà e alla gravità di quanto accade (così il comma 7 dell'articolo 4 della legge L. 1° dicembre 1970, n. 898, disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

D'altro canto la rinuncia a tale tentativo di conciliazione appare un logico corollario dell'introduzione del "divorzio facile". Sembra, infatti, improbabile che in appena sei mesi si possa giungere ad una ponderata valutazione sull'opportunità di ricostituire la comunione personale e materiale tra i coniugi. In forza di tale considerazione, anche il tentativo di conciliazione – ancora previsto per la procedura ordinaria – diverrà una mera formalità, priva del necessario presupposto, ormai solo logico ma non più giuridico, costituito da un congruo periodo di riflessione.

Le modifiche introdotte dall'introduzione del c.d. "divorzio breve" non implicano soltanto un semplice snellimento della procedura - come potrebbe a prima vista apparire - ma hanno delle conseguenze giuridico/culturali molto più gravi e profonde.

Volendo esemplificare, sembra potersi affermare che con questa riforma attuata sul duplice binario della riduzione dei tempi della separazione (c.d. divorzio breve) e della semplificazione e degiurisdizionalizzazione della procedura di divorzio (c.d. divorzio facile o lampo) si è di fatto introdotta nel nostro ordinamento la possibilità giuridica di una sorta di "poligamia verticale" in quanto, nell'arco temporale di circa un anno, è possibile avere in rapida successione ben due coniugi e così via senza alcun limite teorico.

La possibilità di potere pervenire alla separazione o al divorzio senza passare dal giudice, sul piano giuridico implica:

1) privatizzazione del matrimonio. Si ha, infatti, la definitiva caduta del principio di indisponibilità dello *status*, che aveva caratterizzato per lungo tempo la disciplina dei rapporti tra coniugi,

L'avvocato (nel divorzio facile) non è né diventa un pubblico ufficiale, e ancor meno un sostituto del giudice. Escludere l'intervento del giudice – e il giudice formalmente più autorevole: il presidente del tribunale – è la palese conseguenza dell'ablazione della rilevanza pubblicistica del matrimonio;

2) eliminazione del tentativo di comporre le divergenze fra i coniugi. Non si può replicare che se un coniuge arriva a chiedere la separazione non ha nessuna volontà di giungere a una conciliazione perché ciò non è vero in assoluto;

3) dichiarare che il matrimonio diviene, almeno *in parte qua*, un diritto

disponibile e, dunque, si finisce con il compromettere sensibilmente il tradizionale profilo pubblicistico del matrimonio⁶².

In altri termini, con l'introduzione del "divorzio breve e facile" lo scioglimento del vincolo matrimoniale avverrà in tempo reale, determinando il definitivo passaggio dal ricordato "Divorzio all'italiana" ad un nuovo "Matrimonio all'italiana", senza vincoli in uscita, cioè ad un modello matrimoniale quasi del tutto paragonabile ad un contratto privatistico, rescindibile con una velocità persino maggiore rispetto a quella oggi necessaria per ottenere uno sfratto per finita locazione.

4. *La riforma del processo matrimoniale canonico tra esigenze pastorali e tendenze adeguatrici ai "tempi moderni"*

L'ultimo tassello in ordine cronologico (ma il più importante da un punto di vista delle conseguenze culturali ad esso sottese) di questa esigenza di adeguamento "ai tempi moderni" (volendo citare C. Chaplin) è stata la promulgazione del *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* per la Chiesa Latina ed il (sostanzialmente identico) *Motu Proprio Mitis et Misericors Iesus* per le Chiese Orientali, con cui si è realizzata la storica riforma del processo matrimoniale fortemente voluta da Papa Francesco⁶³.

Dopo quasi trecento anni (cioè dai tempi della Costituzione Apostolica *Dei Miseratione* del 3 novembre 1741 di Benedetto XIV)⁶⁴ si è, infatti, dato

⁶² Come ricorda ANTONIO FUCCILLO, *I matrimoni civili e religiosi tra innovazioni normative e tradizioni culturali*, in AA.VV., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo*, a cura di P. Palumbo, Giappichelli, Torino, 2015, "nell'ambito delle dinamiche familiari, e quindi del matrimonio quale istituto fondante il diritto di famiglia, tutte le innovazioni normative avvicinandosi nel corso degli ultimi anni hanno tentato una aggressione normativa dell'istituto tradizionale, spingendo soprattutto verso una sua interpretazione che si avvia verso il crinale di una pericolosa degiurisdizionalizzazione dell'istituto.. che alimentano il rischio di una banalizzazione dell'istituto matrimoniale sempre più spinto verso la disponibilità delle parti, sottraendolo alla presa del diritto pubblico che è (per sua natura) intriso di 'indisponibilità'... Si tende, cioè, a ridimensionare lo spazio di intervento riservato ad 'apparati pubblici' a vantaggio di un sempre maggiore spazio dell'autonomia privata anche nella fase patologica del rapporto" (pp. 23-24).

⁶³ Cfr. FRANCESCO, M.P. *Mitis iudex Dominus Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico*; M.P. *Mitis et misericors Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, entrambi del 15.VIII.2015, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2015. Per un primo esaustivo commento GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoeChiese.it)*, marzo 2016; ANGELO SPILLA, *La riforma del processo matrimoniale canonico di papa Francesco*, in *Guttadauro, Annali*, voll. 15-16, 2015-2016, pp. 227-259.

⁶⁴ Benedetto XIV (Papa Lambertini), con la Costituzione apostolica *Dei miseratione*, promulgata il

luogo ad una vera e propria rifondazione della procedura canonica per la declaratoria di nullità dei matrimoni contratti con rito cattolico (molto più incisiva di quella occorsa con la promulgazione dei Codici del 1917 e del 1983)⁶⁵.

Si tratta di una riforma che ha dovuto coniugare due distinte esigenze tra loro apparentemente inconciliabili: da un lato quella di salvaguardare il principio dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale considerato, a ragione, come un irrinunciabile *depositum fidei*, baluardo della tradizione e della dogmatica cattolica; dall'altro quello "dell'ansia apostolica" di venire incontro "all'enorme numero di fedeli" dispersi, di "figli che si considerano separati", i quali "pur desiderando provvedere alla propria coscienza, troppo spesso sono distolti dalle strutture giuridiche della Chiesa a causa della distanza fisica o morale".

Scopo della riforma è proprio quello di consentire al maggiore numero possibile di fedeli – che si trovano nella condizione di divorziati civilmente risposati o stabilmente conviventi – di potere tornare in piena comunione con la Chiesa, senza dovere passare attraverso le forche caudine di un processo di nullità matrimoniale troppo spesso considerato, nel sentire comune, molto oneroso, dai tempi lunghissimi e dagli esiti incerti⁶⁶.

3 novembre 1741, stabilì la necessità della doppia sentenza conforme sul medesimo capo di nullità matrimoniale giudicato in prima istanza per poter celebrare un nuovo matrimonio canonico. Ciò venne disposto onde evitare gli abusi commessi da vescovi e tribunali, soprattutto in Polonia, nel dichiarare le nullità di matrimonio con processi frettolosi ed approssimativi.

⁶⁵ Non ci soffermeremo, in questa sede, ad analizzare in dettaglio le singole norme di cui si compone la riforma voluta da Francesco, ovvero a fare delle analisi critiche su di esse, tema che richiederebbe un'autonoma trattazione. Per una prima analisi della riforma del diritto processuale matrimoniale canonico si rinvia a: senso GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoeChiese.it)*, si tratta di tre articoli pubblicati tutti nel marzo 2016; SANTIAGO BUENO SALINAS, *La reforma de los procesos canónicos de declaración de nulidad de matrimonio. La celeridad del proceso*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, *www.iustel.com*, XL (2016), p. 16 ss.; OTTAVIO DE BERTOLIS, *Papa Francesco riforma il processo canonico matrimoniale*, in *La civiltà cattolica*, CLXVI (2015), IV, pp. 60 ss.; MASSIMO DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m. p. "Mitis iudex"*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoeChiese.it)*, novembre 2015, pp. 1 ss.; JOAQUÍN LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis iudex"*, in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII (2016); FRANCIS G. MORRISSEY, *The Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *The simplification of marriage nullity procedures*, Faculty of Canon Law, Saint Paul University, Ottawa, 2015; ADOLFO ZAMBON, *Il motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. Prima presentazione. Testo aggiornato al 21 ottobre 2015*, pubblicato sul sito dell'Associazione Canonistica Italiana, *www.ascait.org*.

⁶⁶ Sembra possibile affermare che la riforma voluta da Papa Francesco poggi su tre distinti pilastri costituiti rispettivamente dal *M.P. Dominus Mitis Iudex* (che ne rappresenta la cornice generale dal punto di vista strettamente normativo) dal *Rescriptum ex audientia* del 7 dicembre 2015 (che, con riferimento specifico alla Rota Romana, ne precisa i contenuti anche in continuità con le facoltà

Si è inteso, così, superare la percezione della Giustizia della Chiesa da parte del “fedele medio” in situazione matrimoniale irregolare come qualcosa di talmente lontano ed impercorribile da indurlo a rinunciare (spesso senza neanche informarsi sui costi reali e sugli effettivi tempi tecnici di un processo di nullità) ad intraprendere la via giudiziaria per chiarire la propria situazione matrimoniale, permanendo, quasi con sofferente rassegnazione, nel proprio *status*.

Ed è proprio a tale situazione socio-culturale ed ecclesiale che la riforma intende porre rimedio, muovendosi lungo tre principali direttrici di politica ecclesiastico/processuale: la pastoralità, la velocità la gratuità.

Per ciò che attiene alla pastoralità del processo – pur mantenendosi la scelta della via giudiziale al posto della, pur da taluno auspicata, via amministrativa per trattare le cause di nullità matrimoniale – viene posta al centro della riforma la figura del vescovo diocesano i cui storici poteri giudiziari vengono rispolverati e rivalutati, sia pure in un’ottica di collegialità, riprendendo l’ecclesiologia del Concilio Vaticano II. In tal modo si vuole realizzare una maggiore prossimità evangelica delle strutture giudiziali della Chiesa al Popolo di Dio, garantendo il “ripristino della vicinanza tra il giudice e i fedeli” ed una maggiore fiducia verso la Giustizia della Chiesa da considerare come uno strumento autenticamente pastorale e non come un’astratta e farraginoso struttura burocratica.

In detta ottica sembra orientata la previsione (contemplata dall’art. 2 delle Regole procedurali del *Motu proprio*) di un’indagine pregiudiziale o pastorale previa al processo da svolgersi in apposite strutture parrocchiali o diocesane, nell’ambito della pastorale matrimoniale diocesana, al fine di avvicinare i fedeli separati o divorziati verso la possibilità di adire la giustizia ecclesiastica.

Nelle intenzioni del Legislatore si è inteso creare una sorta di servizio di consulenza per “raccolgere gli elementi utili per l’eventuale introduzione della causa”. In questo contesto si deve anche indagare “se le parti sono d’accordo nel chiedere la nullità”.

Si tratta, come pare evidente, di una sorta di servizio di mediazione familiare a carattere pastorale volta a favorire - attraverso un’opera previa di negoziazione assistita del conflitto di coppia - l’introduzione del processo

speciali concesse nel 2013 da Papa Benedetto XVI) e dal Capitolo 8 dell’Esortazione Apostolica *Amoris Laetitia* dell’8 aprile 2016 che ne costituisce un supporto pastorale e fornisce le soluzioni per i casi che non rientrano nell’ambito della praticabilità giuridica del processo matrimoniale. In argomento Cfr. MARIO FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale canonico e delibazione*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. 2, 2016, pp. 313-336.

breve, con i relativi vantaggi procedurali di cui diremo.

In altri termini, sembra assistersi anche nel processo canonico – per evidenti influenze secolari - al ricorso a procedure di mediazione extraprocetuali volte a deflazionare il contenzioso e a far transitare – ove ricorrano le altre condizioni stabilite dalla riforma - la coppia in crisi verso una procedura più rapida e semplificata per l’ottenimento della nullità.

Relativamente allo snellimento delle procedure, viene introdotto accanto al tradizionale processo ordinario il processo c.d. “più breve” (*brevior*); locuzione significativa con la quale si vuole evidentemente fare intendere che anche l’altro tipo di processo (quello ordinario) deve considerarsi breve.

Si tratta tecnicamente di un processo matrimoniale, per così dire, “per direttissima” che - secondo quanto affermato dal Decano della Rota Romana (presidente della commissione che ha prodotto la riforma) - dovrebbe “risolversi in un arco di tempo che può oscillare da due settimane ad un mese”⁶⁷.

Il processo “più breve” - basato sul necessario consenso delle parti e su circostanze e prove che “rendano manifesta la nullità” (can. 1683) - si caratterizza per avere quale giudice unico il vescovo diocesano, sia pure debitamente coadiuvato, e per il fatto che le prove devono – almeno tendenzialmente - essere raccolte in un’unica sessione istruttoria (can. 1686).

L’indispensabile presupposto processuale dell’accordo o del consenso delle parti che deve essere necessariamente espresso e non solo implicito o presunto in quanto desumibile dal silenzio della parte convenuta (in base al noto aforisma secondo cui “*qui tacet neque negat, neque utique fatetur*”) ha determinato la definitiva introduzione anche nel processo matrimoniale canonico, come già in quello civile di separazione e divorzio, di due vie alternative: una consensuale ed una giudiziale⁶⁸.

La prima prevede il processo “più breve” davanti al vescovo e si con-

⁶⁷ Così PIO VITO PINTO, *Speranza e non paure. Intervista al decano della Rota romana sul nuovo processo matrimoniale*, in *L’osservatore romano*, 8 ottobre 2015, p. 7.

⁶⁸ Diciamo definitivamente in quanto già l’art. 102 dell’Istruzione *Dignitas Connubii* del 2005 aveva previsto la possibilità di presentare un libello congiunto anche con l’assistenza di un unico avvocato superando delle storiche resistenze della dottrina e della giurisprudenza canonica. Sul punto PAOLO MONETA, *La procedura consensuale nelle cause di nullità di matrimonio canonico*, in *www.olir.it*, maggio 2005 il quale ricorda come per lungo tempo vi sia stato un vero e proprio “pregiudizio” nei confronti di una procedura consensuale: “quello che l’accordo tra le parti favorisca una connivenza tra di esse”. In merito, si ricorda come l’Istruzione *Provida Mater* del 1936, che in ossequio all’impostazione inquisitoria del processo, addirittura esplicitamente indicasse come *collusionis suspicio* non solo il fatto che entrambi chiedessero la nullità ma, persino, il semplice mancato dissenso della parte convenuta: “*si utraque pars matrimonium accusaverit, aut pars conventa respondeat se nihil opponere accusationi, instructor, etiam ex officio, caute inquirat de rationibus ob quas ambae in accusatione concordent aut non dissentiant... Itidem quum ex coniugum responsione oriatus collusionis suspicio...*” (art. 113, § 2).

cluderà con una sentenza affermativa (che ben difficilmente sarà appellata stante il previo accordo delle parti e la presumibile riluttanza dei difensori del vincolo ad impugnare sentenze vescovili) e mai con una sentenza negativa (se non raggiunge la richiesta certezza morale il vescovo - *ex can. 1687, §1*- rimette la causa ad esame ordinario)⁶⁹.

La seconda via si baserà sul processo ordinario e sarà sostanzialmente simile al vigente processo di nullità matrimoniale, potendosi concludere tanto con una sentenza negativa, quanto con un'affermativa soggette entrambe ad eventuali appelli.

Anche gli appelli, però, sempre nell'ottica di uno snellimento delle lungaggini processuali, sono destinati a subire un radicale ridimensionamento. Viene, infatti, introdotto una sorta di giudizio previo di ammissione dell'appello volto a verificare se questo (qualora rivolto contro una sentenza affermativa) sia "meramente dilatorio"⁷⁰.

Per la verità, non si tratta di per sé di una novità assoluta, in quanto qualcosa di simile era previsto dal vecchio can. 1682, § 2 in base al quale era possibile confermare "sollecitamente" (*continenter*) la decisione affermativa

⁶⁹ Di recente, si è reso necessario un ulteriore intervento di interpretazione autentica da parte del Pontefice che - in occasione dell'udienza ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana del 25 novembre 2017 - ha precisato come "Quanto alla competenza, nel ricevere l'appello contro la sentenza affermativa nel processo brevior, del Metropolita o del Vescovo indicato nel nuovo can. 1687, si precisa che la nuova legge ha conferito al Decano della Rota una *potestas decidendi* nuova e dunque costitutiva sul rigetto o l'ammissione dell'appello". Precisando, ulteriormente, con chiarezza, che "ciò avviene senza chiedere il permesso o l'autorizzazione ad altra Istituzione oppure alla Segnatura Apostolica". In <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/11/25/0831/01790.html>.

⁷⁰ Tra le prime interpretazioni della giurisprudenza rotale volte a chiarire "*Quidnam subtilius significet appellationem mere dilatoriam evidentem apparere*" si segnala un decreto inedito Coram Jagger del 22 marzo 2017 (prot. 23.154) che fornisce un'interessante interpretazione che sembra confortare quanto sin qui asserito. In effetti, secondo quanto si legge nel citato decreto, "*Utrumque, in iuris canonici ambitu, Tribunalis facultas appellationem non admittendi strictae subicienda videtur interpretationi, sive cum lex eandem statuens 'exceptionem a lege contineat' (cf. can. 18), sive cum 'liberum iurium exercitium coarctet' (cf. ibid.), ideoque caute sit adhibenda*". Una volta stabilita questa, condivisibile, interpretazione restrittiva del filtro posto dalla nuova normativa all'appello, il decreto individua quali possano essere gli eventuali criteri da utilizzare, facendo un riferimento di diritto comparato ai codici di procedura degli ordinamenti statali da cui trarre utili spunti in tal senso, in attesa che "*iurisprudencia, Huius praesertim Apostolici Tribunalis, progredientem tempore ulterius explicare utique sataget*". Adoperando il suddetto criterio, la giurisprudenza rotale richiama il concetto civilistico di lite temeraria ("*appellationis temerariae*"), verificando se l'appello proposto dalla parte soccombente del precedente grado di giudizio "*haud mera alchimia ostativa censeatur*". Il citato decreto prosegue ricordando che "*Ius vero anglicum, haud secus ac alii iuris ordines, qui ex eodem traxerint originem, distinguit inter appellationes ipso iure admittendas et eas pro quarum admissione licentia requiratur Tribunalis; de qua licentia, in Civil Procedure Rules 52.3 (4B) (6), statuitur: 'Permission to appeal may be given only where – (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard'*".

di primo grado, anche in presenza di appelli⁷¹.

La novità risiede, semmai, nell'inusuale terminologia adottata dal *Motu proprio* che parla di appello “meramente dilatorio” e non di appello “evidentemente infondato” come pure sarebbe stato lecito attendersi⁷².

In altri termini, argomentando dalla terminologia adottata, sembra quasi che il tribunale d'appello debba previamente fare un processo alle intenzioni, guardando non tanto e non solo ai motivi giuridici che possono rendere l'appello più o meno fondato in diritto, bensì a quelli personali o magari (per il caso di eventuale delibazione) economici che possono avere indotto la parte soccombente (che si opponeva alla nullità) a proporre appello, respingendo, così, *in limine litis* appelli fatti per motivazioni non strettamente di coscienza⁷³.

Infine, *last but not least*, viene abrogato il c.d. principio della doppia sentenza conforme (ossia della regola in virtù della quale un matrimonio poteva essere dichiarato nullo solo in seguito ad una duplice pronuncia in favore della nullità matrimoniale da parte di due diversi tribunali ecclesiastici competenti e ciò anche in assenza di appelli di parte) in vigore dalla ricordata riforma di Benedetto XIV del 1741, con l'effetto pratico di ridurre (di circa sei mesi/un anno) l'attuale tempistica per la declaratoria di nullità anche del

⁷¹ Cfr. MANUEL JESUS ARROBA CONDE, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 1997, pp. 67 ss.

⁷² In tal senso cfr. NICOLA COLAIANNI, *Il giusto processo di delibazione e le “nuove” sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, dicembre 2015, p. 22; GERALDINA BONI, *Riforma del processo di nullità matrimoniale e questioni emergenti in tema di exequatur delle sentenze canoniche*, in AA.VV., *Le sfide delle famiglie tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris Laetitia*, a cura di P. Palumbo, Torino, 2017, pp. 113 ss.; ID., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, marzo 2016, pp. 58-59, la quale conclude affermando: “Circola, in generale, nel *Motu Proprio* un generale sfavore per l'appello: è vero che esso allunga inevitabilmente i tempi del processo, ma la sua funzione è essenziale al servizio della verità. La possibilità di appellare le sentenze e di riesaminare le valutazioni del primo giudice (tendenzialmente stese per iscritto: da ciò la fissazione del principio della scrittura, all'epoca in funzione altamente garantista) è stata un capitale traguardo di civiltà, cui la Chiesa, nella storia, non è estranea, anzi ha ricoperto un ruolo cruciale. Un'eredità, dunque, che non va sperperata” (p. 63).

⁷³ Condivide l'idea che possa essere questa la possibile ratio della nuova normativa in materia di appello PAOLO MONETA, *La dinamica processuale nel m.p. “Mitis Iudex”*, in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII, (2016), consultabile in http://www.consociatio.org/repository/Moneta_Lumsa.pdf, secondo cui si tratta di una “importante innovazione” che “si propone di scongiurare un uso distorto di questo mezzo di impugnazione. Avviene infatti non di rado che la parte convenuta che si era opposta alla richiesta di nullità, rimasta soccombente, si determini a proporre appello non per una sua legittima aspirazione ad ottenere giustizia, ma al solo fine di rivalsa verso il coniuge, con il solo intento di rendere più laboriosa la trattazione della causa e di ritardarne quanto più possibile la conclusione. Per evitare questo uso improprio delle garanzie giudiziarie, è stato previsto un giudizio preliminare di ammissibilità dell'appello”.

processo ordinario.

In ordine al terzo ed ultimo punto, viene prospettata una sostanziale “gratuità delle procedure”, in ossequio del principio scritturale: “gratuitamente avete ricevuto, gratuitamente date” (Mt 10, 8).

Si tratta di una parte della riforma che, di fatto, ha avuto solo una parziale attuazione almeno rispetto a quelle che erano le prevedibili aspettative del Popolo di Dio, in quanto, ad oltre due anni dall’introduzione della riforma, nulla è cambiato per quanto riguarda gli oneri economici gravanti sulle parti che adiscono la giustizia ecclesiastica.

Neppure sembra che si vada verso la totale gratuità del processo canonico come si può desumere dalle bozze relative alla proposta di aggiornamento delle “Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali Ecclesiastici italiani” elaborate in seguito ai lavori del Consiglio Permanente della CEI nella sessione del 23-25 gennaio 2017 ma ancora non ufficialmente emanate, in quanto in attesa della necessaria *recognitio* da parte della Congregazione per i Vescovi⁷⁴.

Da esse si evince chiaramente che le parti dovranno ancora contribuire a sostenere sia i costi delle spese processuali, sia quello dei patroni di fiducia, vanificando, di fatto, quanto stabilito dal *Motu Proprio* che parla di gratuità con riferimento alle “procedure”, cioè al contributo richiesto ai fedeli che si rivolgono ai tribunali ecclesiastici, nella misura fissata dalla Conferenza Episcopale Italiana.

⁷⁴ Si legge nell’ Art. 6 delle citate norme intitolato: “*Il contributo delle parti; esenzione, riduzione, rateizzazione*” § 1. I Vescovi vigilino perché i fedeli non si scoraggino nell’ adire i tribunali della Chiesa o nel prendere parte ai processi a causa delle spese. § 2. Le parti sono tenute a concorrere alle spese giudiziali nella misura e secondo le modalità determinate dal Consiglio Episcopale Permanente, ferma la possibilità di contribuire liberamente alla copertura parziale del costo effettivo di una causa nelle forme previste dall’ordinamento canonico per sovvenire alle necessità della Chiesa. § 3. Le parti che non sono in grado di sostenere il pagamento del contributo di cui al paragrafo precedente possono chiedere al Vicario giudiziale l’ esenzione o la riduzione del contributo. Al medesimo spetta stabilire l’ eventuale rateizzazione. La riduzione o l’ esenzione vengono concesse dallo stesso Vicario giudiziale dopo aver acquisito il parere del parroco della parte e tutti gli altri elementi necessari per la valutazione del caso, in conformità ai criteri stabiliti dal Consiglio Episcopale Permanente. Contro la decisione del Vicario giudiziale le parti possono presentare ricorso al Vescovo Moderatore”.

5. *Brevi considerazioni sull'Esortazione Apostolica Amoris Laetitia*

A completamento della riforma culturale, prima ancora che giuridica del processo matrimoniale, è stata pubblicata, nell'aprile 2016, l'Esortazione Apostolica *Amoris Laetitia*⁷⁵.

Con essa si prende in considerazione la pur frequente ipotesi che la necessaria certezza morale richiesta per la declaratoria di nullità del matrimonio (can. 1608) non sia raggiunta o, addirittura, che non vi siano del tutto i presupposti persino per adire la giustizia canonica per un'evidente validità del matrimonio già desumibile nella stessa fase prodromica e preparatoria del processo.

In questi casi - che non devono essere considerati residuali o, peggio, limite - si è ritenuto di non potere lasciare il fedele senza un'adeguata risposta o una possibile soluzione alla sua esigenza spirituale di risolvere la crisi morale che egli vive per la sua condizione matrimoniale irregolare. Ed è in questo contesto e con questo proposito che è intervenuto il documento conclusivo della riforma di Francesco: il capitolo ottavo dell'Esortazione Apostolica post-sinodale *Amoris Laetitia*.

Punto centrale del capitolo in esame è quello relativo al “discernimento delle situazioni dette irregolari”, ossia di quelle “diverse situazioni di fragilità o di imperfezione” matrimoniale in cui, storicamente, la Chiesa si è trovata ad un cruciale bivio tra “emarginare e reintegrare” (AL n. 296).

L'esortazione conclude affermando la possibilità dell'ammissione ai sacramenti di chi, pur vivendo in situazioni matrimoniali irregolari (i divorziati risposati), chiede con sincerità l'ammissione nella pienezza della vita ecclesiale. Si tratta di un rilevante cambiamento culturale di rotta rispetto al precedente magistero pontificio specie di Giovanni Paolo II che non ha mancato di suscitare notevoli polemiche e contrasti in seno alle stesse gerarchie ecclesiastiche⁷⁶.

⁷⁵ Per un primo commento si rinvia a PAOLO MARTUCCELLI, *Spunti di riflessioni sull'Amoris laetitia: vivere il matrimonio e la famiglia nella gioia*, in AA.VV., *Le sfide della famiglia tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris Laetitia*, a cura di P. Palumbo, cit., pp. 1 ss.; PAOLO PALUMBO, *Questioni di diritto di famiglia: il contributo dell'esortazione apostolica Amoris laetitia*, *ibidem*, pp. 47 ss.

⁷⁶ Le reazioni dottrinali/ecclesiali ad una riforma così rilevante non hanno tardato a giungere, anche se ciò è accaduto in una forma inusitata, almeno secondo la tradizionale prassi curiale. Nel novembre del 2016 è, infatti, stata resa pubblica una lettera aperta (datata 19 settembre 2016) nella quale quattro alti esponenti del Collegio cardinalizio – Walter Brandmüller; Raymond L. Burke; Carlo Caffarra; Joachim Meisner – hanno chiesto a Papa Francesco, in qualità di “supremo Maestro della fede” di “dirimere le incertezze e fare chiarezza”, spiegando meglio il contenuto della parte dell'Istruzione post sinodale relativa al capitolo VIII per fare fronte alla “confusione e smarrimento tra molti fedeli”.

E' stato, infatti, chiesto se sia "ora possibile" ammettere ai sacramenti divorziati, anche se convivono *more uxorio*, senza soddisfare le condizioni previste dagli insegnamenti magisteriali precedenti, in gran parte di Papa San Giovanni Paolo II, come la sua Esortazione apostolica sulla famiglia *Familiaris Consortio* del 1981.

Il riferimento è al tradizionale insegnamento della Chiesa in base al quale un cattolico divorziato e risposato può ricevere la Santa Comunione solo se vive in perfetta continenza: "*tamquam frater et soror*". Questo perché, sulla base dell'insegnamento di Cristo, una persona che si sposa senza avere previamente ottenuto la declaratoria di nullità del primo matrimonio ed intrattiene rapporti sessuali con un'altra persona commette adulterio e si trova in uno stato permanente di peccato mortale.

I cardinali fanno un implicito ma chiaro riferimento anche alla dichiarazione "circa l'ammissibilità alla Santa Comunione dei divorziati risposati" resa dal Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi del 7 luglio 2000 con cui veniva data un'interpretazione ufficiale a quanto stabilito dal can. 915 del Codice di diritto canonico con cui si stabilisce che: "non siano ammessi alla sacra Comunione gli scomunicati e gli interdetti, dopo l'irrogazione o la dichiarazione della pena e gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto"⁷⁷.

La risposta a suddetti interrogativi è arrivata con la pubblicazione, avvenuta nel febbraio 2017, di un piccolo volume dal titolo "*Il Capitolo ottavo della esortazione apostolica post sinodale Amoris Laetitia*" scritto dal Cardinale Francesco Coccopalmerio – Presidente del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi – che rappresenta la risposta di Papa Francesco a tutti coloro che

A tal fine i suddetti Cardinali hanno rivolto al Pontefice e, per conoscenza, al Cardinale Gerhard L. Müller, nella sua qualità di Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede, cinque c.d. "*Dubia*" sui paragrafi 300-305 dell'*Amoris Laetitia*. Pare opportuno evidenziare come i cardinali ripetono per ben tre volte nei suddetti "*dubia*" che l'Esortazione *Veritatis Splendor* di San Giovanni Paolo II è "basata sulla Sacra Scrittura e sulla Tradizione della Chiesa", con le ovvie implicazioni sottese a questo richiamo al diritto divino.

⁷⁷ La citata dichiarazione, dopo avere chiarito la natura giuridica della disposizione contenuta nel can. 915 asserendo che "la proibizione fatta nel citato canone, per sua natura, deriva dalla legge divina e trascende l'ambito delle leggi ecclesiastiche positive"; affermava con chiarezza che: "Nel caso concreto dell'ammissione alla sacra Comunione dei fedeli divorziati risposati, lo scandalo, inteso quale azione che muove gli altri verso il male, riguarda nel contempo il sacramento dell'Eucaristia e l'indissolubilità del matrimonio. Tale scandalo sussiste anche se, purtroppo, siffatto comportamento non destasse più meraviglia: anzi è appunto dinanzi alla deformazione delle coscienze, che si rende più necessaria nei Pastori un'azione, paziente quanto ferma, a tutela della santità dei sacramenti, a difesa della moralità cristiana e per la retta formazione dei fedeli". Sul punto si rinvia a P. MONETA, *L' Amoris laetitia e il diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. II, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2017, pp. 349-360.

hanno espresso perplessità e remore sull'Istruzione post-sinodale *Amoris Laetitia*⁷⁸.

Senza volerci addentrare nel merito della questione che meriterebbe certo un maggiore approfondimento, nella risposta si afferma che l'*Amoris Laetitia* “contiene con assoluta chiarezza tutti gli elementi della dottrina sul matrimonio in piena coerenza e fedeltà all'insegnamento tradizionale della Chiesa” (p. 8). Il porporato chiarisce che, alla luce di quanto chiarito, si può “valutare teologicamente la eventuale ammissione di un fedele ai sacramenti della Penitenza e della Eucaristia” (p. 28). E ciò in quanto “possiamo ritenere, con sicura e tranquilla coscienza che la dottrina, nel caso, è rispettata” (*ibidem*). Infatti, prosegue, “la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio è nel caso rispettata” perché non si mette affatto in discussione che “i fedeli nella situazione ipotizzata si trovano in unioni non legittime, anzi, ... che tale condizione è oggettivamente di peccato grave” (*ibidem*). Anche la “dottrina del sincero pentimento... è nel caso rispettata”, in quanto i fedeli che vivono un'unione irregolare “hanno convinzione della situazione di peccato oggettivo nella quale attualmente si trovano e, dall'altra, hanno il proposito di cambiare la loro condizione di vita, anche se, in questo momento, non sono in grado di attuare il loro proposito” (p. 29). Infine, “la dottrina della grazia come necessario requisito per essere ammessi al sacramento dell'Eucaristia è rispettata” perché i fedeli hanno “il proposito di attuare ... un reale cambiamento di vita” (p. 29).

Si tratta, come è evidente, di una posizione innovativa che se viene incontro alle esigenze sempre più pressanti della base dei fedeli che da tempo chiedeva un passo coraggioso in tal senso da parte del magistero pontificio, dall'altro ha scontentato vaste parti delle gerarchie ecclesiastiche in varie parti dell'orbe cattolico⁷⁹.

⁷⁸ FRANCESCO COCCOPALMERIO, *Il Capitolo ottavo della esortazione apostolica post sinodale Amoris Laetitia*, Città del Vaticano, 2017. In argomento si veda anche ROCCO BUTTIGLIONE, *Risposte (amichevoli) ai critici di Amoris laetitia*, con *Saggio introduttivo* del Cardinale G. L. MÜLLER, Edizioni ARES, Milano, 2017, pp. 3 ss.

⁷⁹ Al di là dei ricordati “*dubia*”, non sono mancate, come era prevedibile, tutta una serie di reazioni da parte dell'episcopato mondiale che ha assunto degli atteggiamenti piuttosto variegati e spesso contrastanti. In effetti, si sono registrate, nei mesi successivi all'emanazione dell'Esortazione Apostolica, numerose ed autorevoli prese di posizione alcune delle quali favorevoli a cogliere le innovazioni volute da Papa Francesco ed altre nettamente contrarie. Tra queste ultime ricordiamo, ad esempio, le linee guida pastorali espresse il 7 giugno 2017 dalla Conferenza episcopale polacca in occasione della sua 376ª assemblea generale svoltasi a Zakopane. Secondo quanto ha dichiarato dal portavoce dei vescovi polacchi, Pawel Rytel-Andrianik, i presuli hanno constatato che l'insegnamento della Chiesa per ciò che riguarda le persone che vivono in situazioni di coppie non sacramentali “non è cambiato” dopo la pubblicazione dell'esortazione apostolica *Amoris Laetitia*. Si aggiunge che i cattolici che si trovano in quel tipo di situazioni dovrebbero essere guidati “Verso una vera con-

Resta da chiedersi se la presente riforma debba essere considerata una “resa” della Chiesa alle spinte secolarizzatrici provenienti dalla moderna società laica da cui sono stati travolti un enorme numero di fedeli; oppure se la riforma riuscirà, secondo il condivisibile auspicio del Papa, ad evitare di “mettere a rischio il principio dell’indissolubilità del matrimonio”, consentendo, al contempo, alla “Chiesa come madre” di rendersi “vicina ai figli che si considerano separati”.

Una cosa sembra, però, certa: sono ormai definitivamente tramontati i tempi in cui la Chiesa cattolica era persino disposta a subire uno scisma (quello della Chiesa anglicana del 1534), determinando il sorgere una Chiesa territoriale di Stato, pur di non dichiarare la dubbia nullità di un matrimonio (quello tra Enrico VIII e Caterina d’Aragona), in strenua ma coerente difesa del principio dell’indissolubilità del vincolo matrimoniale.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, sembra opportuno interrogarsi circa i possibili futuri scenari dell’inevitabile rapporto dialettico tra cultura, diritto e giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici.

Sembrano, infatti, ormai definitivamente tramontati i tempi in cui si scriveva che la famiglia è “un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto”, in quanto essa sembra ormai travolta dallo tsunami di una legislazione spesso episodica e che tende persino ad anticipare i tempi della società e della famiglia stessa⁸⁰.

Con la sopra descritta riforma dell’istituto del divorzio, il c.d. “divorzio breve e facile”, si assiste ad un epocale cambiamento culturale che sembra riportare in auge i fasti di una mentalità giuridica legata al diritto romano pagano dove il matrimonio era comparabile all’istituto del possesso, in quanto basato sull’elemento psicologico del costante permanere dell’*animus rem*

versione e a una riconciliazione con il loro coniuge e i figli di quell’unione”. I vescovi si riferiscono esplicitamente all’esortazione post-sinodale di Giovanni Paolo II “*Familiaris Consortio*”, che permette di avvicinarsi ai sacramenti solo se i divorziati-risposati civilmente vivono una relazione come fratello e sorella. Quello dei vescovi polacchi è un pronunciamento importante perché la conferenza episcopale polacca è la prima conferenza episcopale a dichiarare unitariamente che continuerà a seguire l’insegnamento tradizionale della Chiesa sul matrimonio e i sacramenti” in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-amoris-laetitiae-polacchiali-contro-strappo-20105.htm>.

⁸⁰ Così ARTURO CARLO JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, ora in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 241, il quale proseguiva ricordando che “La famiglia è la rocca sull’onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl’istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto”.

sibi habendi (la c.d. *affectio maritalis*) e su quello materiale della convivenza (che aveva inizio con la *deductio in domum maritii*)⁸¹.

D'altro canto, esaminando la riforma del processo matrimoniale canonico, ci si rende conto di come anche il Legislatore canonico sia influenzato dalla mutata cultura, specie occidentale, caratterizzata da parte dei fedeli cattolici da una mentalità rivendicativa nei confronti dei sacramenti e dalla necessità di fornire risposte rapide e quasi immediate alle crisi matrimoniali.

Si può, dunque, evidenziare il rischio che - per venire incontro ad una mutata mentalità secolarizzata ed edonista (cultura del "tutto e presto") - si finisca con l'indebolire ulteriormente l'istituto-sacramento del matrimonio e la sua proprietà dell'indissolubilità. Si rischia, cioè, di dare vita un *trend* legislativo caratterizzato da una pericolosa gara a ridurre, semplificare, agevolare la fine di un matrimonio, come se il tempo di riflessione e di catarsi interiore che un processo (canonico o civile) implica sia un'inutile perdita di tempo o, peggio, una formalità burocratica da espletare al più presto, magari in vista di una nuova unione che, si spera, non sia altrettanto fragile⁸².

Per uno dei famosi "corsi e ricorsi storici" di vichiana memoria, con l'attuale *trend* normativo sembra che si assista ad un ritorno dell'istituto matri-

⁸¹ In argomento si veda BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 574-575, il quale ricorda che "L'elemento volontario ha la prevalenza su quello materiale... A differenza del diritto moderno, si richiede una volontà non iniziale ed istantanea, da cui derivano senz'altro conseguenze giuridiche, ma volontà continua e permanente, manifestata tacitamente con il fatto stesso della convivenza; appunto per questo carattere permanente i romani parlano tecnicamente di *affectio* piuttosto che di *voluntas* o *consensus*. *Affectio maritalis* è sinonimo di consenso, e non significa affezione od attaccamento reciproco; non si concreta in un solo atto ma in tutto un comportamento preciso, quale può estrinsecarsi nell'*honor matrimonii*, cioè nel considerare nei rapporti sociali la donna come moglie piuttosto che come concubina".

⁸² Come ricordava PEDRO LOMBARDÍA, *El matrimonio en España, cara al futuro*, in *Instituciones canónicas y reordenación jurídica*, Salamanca 1979, pp. 59-67, "una delle cause principali del travolgimento del sistema è stata la nuova concezione del matrimonio che proviene dalla cosiddetta "visione personalista del matrimonio" che, tante volte malintesa, ha portato a degli atteggiamenti soggettivistici ed incentrati nell'amore inteso come sentimento o affetto: un esempio in più della confusione cui si può arrivare se non si delimitano bene i confini tra le diverse scienze, il modo di affrontare la realtà ed il metodo proprio di ognuna. Una visione fenomenica o esistenziale del vincolo giuridico matrimoniale sposterebbe il centro del vincolo dal giuridico verso il fenomenologico, dalla volontà come capacità di impegnarsi in un vincolo giuridico permanente, agli affetti come fondamento di un rapporto di fatto e quindi variabile". Non esita Lombardia ad affermare che con questa visione si retrocede ad una concezione di matrimonio pre-cristiana, quella propria dei romani. Una delle più grandi conquiste della canonistica, quale è la concezione del matrimonio come vincolo giuridico, come unione dei due, fondata sul consenso matrimoniale, verrebbe meno. La distinzione essenziale tra patto fondante del matrimonio - patto coniugale, matrimonio *in fieri* - e matrimonio come realtà permanente - matrimonio *in facto esse*, vincolo coniugale - non avrebbe più senso". Cfr. H. FRANCESCHI, *L'incapacità relativa esplicita ed implicita*, in AA.VV., *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"* (a cura di H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ-J. LLOBELL), Edusc, Roma, 2005, p. 351-393.

moniale civile al modello romanistico del matrimonio fondato sul principio della “ *affectio maritalis* ”, al cessare della quale veniva meno il matrimonio stesso. Vale a dire, all’attribuzione di un valore se non assoluto, almeno preminente alla convivenza, basata su un consenso non irripetibilmente emanato *in actu matrimonii* , ossia su una volontà non solo iniziale, ma permanente, di vivere insieme *more uxorio* , che necessita di una conferma addirittura giornaliera⁸³.

In altri termini, sembra di assistere ad un “ *de ja vu* ” giuridico - che richiama alla memoria la nota legge di conservazione della massa di A. Lavosier, in base alla quale, non solo in fisica, ma anche in diritto, “ *Nulla si crea, nulla si distrugge, ma tutto si trasforma* ” - che sembra rendere, oggi, il matrimonio nulla di più di un mero “fidanzamento rinforzato”.

⁸³ Sul punto cfr. BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano* , cit., p. 575, il quale ricorda che nel diritto romano dove l’ *affectio maritalis* è sinonimo di consenso, “il divorzio si considera come connaturato con la stessa struttura del matrimonio; se questo in tanto sussiste in quanto ci sia l’ *affectio maritalis* , cioè la volontà continua di essere marito e moglie, qualora questa venga meno, il matrimonio non può sussistere. Il divorzio non è un atto giuridico, come lo è il matrimonio, ma è lo stesso venir meno dell’ *affectio maritalis* ”. Si veda anche PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano* , Giuffrè, Milano, 2004, pp. 514 ss. il quale ricorda come “Il matrimonio, così com’è descritto dai giuristi si fonda sulla sola volontà degli sposi, senza omologazioni statali o suggelli religiosi: nasce dal consenso e finisce se il consenso viene meno anche per volontà di uno solo... Il matrimonio fondato sul consenso (e risolubile col dissenso) è l’espressione di un tempo in cui la vita familiare non ha più i suoi tratti arcaici: gli uomini si sentono individui, liberi e poco legati alla religione domestica”.

L'accesso al vicinius tribunal diocesano o interdiocesano. Contributo all'interpretazione del nuovo can. 1673, § 2 del Codex iuris canonici

MANUEL GANARIN

1. *La declinazione strutturale del principium proximitatis nella novella di papa Francesco*

Dalla lettura complessiva tanto del proemio quanto della parte dispositiva del *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* del 15 agosto 2015, con il quale papa Francesco ha riformato il processo per la dichiarazione di nullità del matrimonio¹, sembra evincersi come il legislatore auspichi la ridefinizione dell'ordinamento giudiziario canonico.

Si evidenzia infatti a più riprese la necessità che i tribunali della Chiesa siano più prossimi ai *christifideles* e, conseguentemente, più facilmente accessibili da parte di questi ultimi. Già nel proemio il Pontefice rileva come tra i motivi che lo hanno sospinto a legiferare (*finis operantis*) vi fosse quello di andare incontro a un grande numero di fedeli, i quali se per un verso desiderano provvedere alla propria coscienza per l'altro sono distolti dalle

¹ Il *motu proprio* è entrato in vigore in data 8 dicembre 2015. È inizialmente apparso *online*, nelle versioni in lingua latina e italiana, nel *Bollettino* della Sala stampa della Santa sede dell'8 settembre 2015 (cfr. <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino.html>) per poi essere riprodotto nella sola versione in italiano nell'edizione del quotidiano *L'Osservatore Romano* del giorno successivo (cfr. *L'Osservatore romano*, 9 settembre 2015, pp. 3-4). Da ultimo è apparso negli *Acta Apostolicae Sedis*, ancorché quest'ultima pubblicazione non pare abbia avuto alcuna rilevanza agli effetti promulgatori alla luce del can. 8, § 1: cfr. FRANCESCO, *Litterae apostolicae motu proprio datae "Mitis iudex Dominus Iesus" quibus canones Codicis Iuris Canonici de Causis ad Matrimonii nullitatem declarandam reformantur*, 15 agosto 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), pp. 958-970. In questa sede si citerà il testo del *motu proprio* nella versione in lingua latina. Del resto papa Francesco con questo provvedimento ha sostituito (*obrogatio*) i cann. 1671-1691 del *Codex* promulgato da papa Giovanni Paolo II nel 1983, le cui edizioni tradotte in lingua nazionale non hanno il carattere di ufficialità. Come infatti ebbe modo di disporre il Segretario di stato, cardinale Agostino Casaroli in forza di uno speciale mandato pontificio, «Publicam vim et efficacitatem Codicis iuris canonici habet textus unus latinus»: SEGRETERIA DI STATO, *Normae "Necessitas ipsa" de latino textu Codicis iuris canonici tuendo eodemque alias in linguas convertendo*, 28 gennaio 1983, n. 1, in *L'Osservatore romano*, 29 gennaio 1983, p. 1.

strutture giuridiche della Chiesa perché esse appaiono sovente distanti sia fisicamente sia moralmente². Di seguito, tra i criteri fondamentali che hanno ispirato l'opera riformatrice, il n. VI ricorda il dovere delle Conferenze episcopali di non ostacolare l'implementazione delle novità introdotte con la promulgazione del *motu proprio*: e ciò affinché sia ripristinata la vicinanza tra il giudice ed i fedeli, e il Vescovo possa offrire tangibilmente un segno di conversione delle istituzioni ecclesiastiche anche mediante la riorganizzazione della *potestas iudicialis* nell'ambito della Chiesa particolare cui è preposto³.

I desideri e i moniti preliminarmente formulati sono tradotti in termini prettamente giuridici nella seconda parte del provvedimento papale.

La formulazione testuale del can. 1673 persegue lo scopo di colmare la distanza sussistente tra i tribunali della Chiesa e i fedeli, declinando in senso strutturale il principio di prossimità. Mentre il § 1, sulla falsariga di quanto previsto nel can. 1419, § 1 del Codice di diritto canonico ribadisce che in ciascuna diocesi il Vescovo diocesano è il giudice di prima istanza per le cause di nullità del matrimonio, il § 2 sembra ad una prima lettura ingiungere l'erezione del tribunale diocesano («Episcopus [...] constituat»): un'ingiunzione che determinerebbe una profonda rimediazione del sistema giudiziario canonico nel suo complesso, ripercuotendosi anzitutto sulla preservazione dei tribunali maggiormente diffusi nella Chiesa, vale a dire quelli interdiocesani, costituiti di comune accordo da più Vescovi perché trattino e giudichino, in luogo dei rispettivi tribunali diocesani, tutte le cause ovvero solamente alcuni generi di cause (can. 1423, §§ 1 e 2).

Lo stesso *motu proprio* di papa Francesco tuttavia stempera il carattere perentorio dell'obbligo di cui al can. 1673, § 2. Segnatamente assume una rilevante importanza l'art. 8 delle regole procedurali (in seguito: RP) annesso al *Mitis iudex*: se il § 1 sembra caldeggiare la predisposizione di corsi di formazione permanente e continua cui possano partecipare coloro che presteranno il loro servizio nell'istituendo organo di giustizia diocesano («in costituendo tribunali [...]»), come se il legislatore ne presupponesse l'im-

² «Alit reformationis studium ingens christifidelium numerus, qui conscientiae suae consulere cupientes ab Ecclesiae structuris iuridicis ob physicam vel moralem longinquitatem saepius arcentur; postulant igitur caritas et misericordia ut ipsa Ecclesia tamquam mater proximam se faciat filiis qui semet segregatos sentiunt».

³ «VI. – *Episcoporum Conferentiarum officium proprium*. – Episcoporum Conferentiae, quas potissimum urgere debet apostolicus zelus in fidelibus pertingendis dispersis, officium praefatae *conversionis* participandae persentiant, et sartum tectumque servent Episcoporum ius potestatem iudicalem in sua particulari Ecclesia ordinandi. /Proximitatis inter iudicem et christifideles restauratio secundum enim exitum non sortietur, nisi ex Conferentiis singulis Episcopis stimulus una simul cum auxilio veniat ad reformationem matrimonialis processus adimplendam [...]».

minente erezione)⁴, il § 2 riconosce a favore del Vescovo diocesano il diritto di recesso dal tribunale interdiocesano in funzione evidentemente della costituzione del tribunale diocesano di prima istanza.

L'art. 8, § 2 RP contempla a ben vedere una facoltà, non già un obbligo nei confronti del Vescovo diocesano («Episcopus [...] recedere valet»). Una puntualizzazione normativa non marginale, in quanto riflette la natura ultimamente programmatica del can. 1673, § 2⁵, nel senso che il tribunale diocesano è prediletto⁶ ma non certamente imposto⁷ dal legislatore universale. L'attuazione del canone dunque è rimessa alla libera valutazione dell'autorità episcopale, la quale è chiamata a verificare prudenzialmente se vi siano non solo le condizioni per la legittima erezione del foro diocesano⁸ ma pure talune ragioni di convenienza materiale che giustificano una decisione simile⁹.

⁴ A tal proposito potrebbe essere interpretata come un'ulteriore misura volta a facilitare l'erezione dei tribunali diocesani la previsione secondo cui il tribunale apostolico della Rota romana «istituisca un *diploma minore* di formazione giuridico-pastorale per ecclesiastici e laici, non forniti dei titoli accademici richiesti dal diritto (licenza e dottorato in diritto canonico); da attuarsi con Corsi svolti sia nell'Urbe che nei continenti, come anche per via telematica»: cfr. Rescriptum ex Audientia SS.mi del 22 gennaio 2016, in *Quaderni dello studio rotale*, XXIII (2016), p. 48.

⁵ Cfr. MASSIMO DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m.p. "Mitis Iudex"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 36/2015, 23 novembre 2015, p. 6.

⁶ *Contra* si veda tuttavia la relazione tenuta in occasione dell'inagurazione dell'anno giudiziario 2017 del Tribunale ecclesiastico regionale calabro da G. PAOLO MONTINI, *Competenza e prossimità nella recente legge di riforma del processo di dichiarazione della nullità matrimoniale*, consultabile all'indirizzo internet www.tercalabro.it, p. 8, nota 15, secondo il quale «Una lettura del *motu proprio* scevra da pregiudizi e secondo le norme per l'interpretazione dei testi canonici non giustifica la convinzione diffusa che la riforma abbia imposto o preferito la costituzione dei tribunali diocesani».

⁷ Cfr. FRANCESCO COCCOPALMERIO, *Processo matrimoniale e missione della Chiesa* nel vol. *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, p. 16. A parere dell'Autore il criterio fondamentale n. VI, il can. 1673, § 2 e l'art. 8, § 2 RP «indicano unanimemente la soluzione normativa di stabilire in ogni diocesi un tribunale per le cause matrimoniali. /Tale soluzione è certamente la più ovvia ed efficace per far sì che i fedeli possano accedere con facilità alle strutture giuridiche della Chiesa». Si vedano anche VALERIO ANDRIANO, *La normativa canonica sul matrimonio e la riforma del processo di nullità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 189; e GIANLUCA BELFIORE, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Edizioni Grafiser, Catania, 2017, pp. 75-76, secondo i quali il ricorso a un foro alternativo a quello diocesano può essere solamente transitorio e non permanente.

⁸ La legittimità dell'erezione del tribunale diocesano dipende soprattutto dalla circostanza che i soggetti titolari degli uffici di Vicario giudiziale, giudice, promotore di giustizia e difensore del vincolo possiedano il titolo accademico prescritto dal diritto, salva la possibilità che la Segnatura apostolica conceda la dispensa dal titolo stesso. Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Risposta particolare. Alcune questioni sulla costituzione del tribunale diocesano*, 12 febbraio 2016, prot. n. 15291/2016, consultabile all'indirizzo internet www.delegumtextibus.va.

⁹ Il Vescovo è chiamato a valutare se vi siano le risorse umane e finanziarie (se non anche infrastrutturali) sufficienti a garantire l'erogazione di un servizio di giustizia efficiente all'interno della diocesi.

La possibilità di preservare i tribunali interdiocesani preesistenti appare del tutto razionale. Essi rappresentano in ampie zone dell'orbe cattolico l'unica soluzione istituzionale praticabile per assicurare adeguatamente la tutela dei diritti dei fedeli, in particolare ovviando alla carenza di personale sufficientemente preparato¹⁰; e, al contempo, possono rendersi in certa misura più vicini ai fedeli per tramite delle loro sezioni istruttorie, istituite dai Vescovi diocesani per la raccolta delle prove e la notificazione degli atti ai sensi dell'art. 23, § 2 dell'Istruzione *Dignitas connubii* del Pontificio consiglio per i testi legislativi per la trattazione delle cause di nullità del matrimonio (in seguito: DC)¹¹. Assumendo tale prospettiva realistica peraltro può interpretarsi la dichiarazione della *mens legislatoris* del novembre 2015: allo scopo di fugare ogni dubbio ricavabile dal silenzio del *motu proprio*¹², essa permette ai Vescovi diocesani concordemente di erigere in futuro tribunali interdiocesani, determinando così la nascita di nuovi fori giudiziari di prima e di seconda istanza infraprovinciali, provinciali ovvero interprovinciali¹³.

Il can. 1673, § 2 invero già al suo interno prevede un'opzione alternativa che si aggiunge a quella implicitamente desumibile dall'art. 8, § 2 RP, scalfendo ulteriormente l'inderogabilità dell'obbligo di istituzione del tribunale diocesano ma salvaguardando la *proximitas* del foro giudiziario: a favore del Vescovo diocesano, infatti, è accordata la facoltà di accedere a un altro tribunale viciniore, sia esso diocesano o interdiocesano («[...] salva facultate ipsius Episcopi accedendi ad aliud dioecesanum vel interdioecesanum vicinius tribunal»).

Inoltre possono esservi motivazioni riconducibili al «principio di umana solidarietà», se non anche «al principio sacramentale della collegialità o al principio ecclesiale di comunione tra le Chiese o al principio soprannaturale di carità»: G. PAOLO MONTINI, *Competenza e prossimità*, cit., p. 9, ha così stigmatizzato l'atteggiamento di alcuni Arcivescovi metropolitani sudamericani che hanno esercitato il diritto di recesso dal tribunale interdiocesano «abbandonando le diocesi della provincia ad un improbabile futuro con un tribunale diocesano».

¹⁰ Cfr. ZEŃON GROCHOLEWSKI, *Sub can. 1423*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, a cura di Ángel Marzoa, Jorge Miras e Rafael Rodríguez-Ocaa, IV/1, Eunsa, Pamplona, 2002², p. 790.

¹¹ Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Instructio "Dignitas connubii" servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii*, 25 gennaio 2005, in *Communicationes*, XXXVII (2005), p. 11 ss.

¹² Secondo ALEJANDRO W. BUNGE, *Presentación del nuevo proceso matrimonial*, consultabile all'indirizzo internet www.awbunge.com.ar, p. 11, «persistía en algunos la duda sobre la facultad de los Obispos de acordar la creación de nuevos tribunales interdiocesanos [...]».

¹³ Cfr. *La «mens» del Pontefice. Sulla riforma dei processi matrimoniali*, 4 novembre 2015, in *L'Osservatore romano*, 8 novembre 2015, p. 8: «I vescovi all'interno della provincia ecclesiastica possono liberamente decidere, nel caso non ravvedano la possibilità nell'imminente futuro di costituire il proprio tribunale, di creare un tribunale interdiocesano; rimanendo, a norma di diritto e cioè con licenza della Santa Sede, la capacità che metropolitani di due o più province ecclesiastiche possano convenire nel creare il tribunale interdiocesano sia di prima che di seconda istanza» (n. 2).

Il presente studio intende soffermarsi su tre aspetti inerenti a quest'ultimo istituto, investigandone in primo luogo i tratti caratterizzanti per poi enumerare i requisiti che determinano la legittimità dell'accesso al *vicinius tribunal*. Infine appare utile identificare le ragioni che, alla luce dei principi ispiratori del *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* – in specie, il principio di prossimità – possono sospingere il Vescovo diocesano ad avvalersi della facoltà di cui al can. 1673, § 2. Si tratta forse dell'aspetto maggiormente controverso: la riforma di papa Francesco consente di rimodellare l'ordinamento giudiziario canonico sulla base di criteri flessibili – il cui impiego non è più sottoposto, come si appurerà, al controllo preventivo della Sede apostolica –, perché i Vescovi possano attuare l'opzione istituzionale più confacente alle aspettative di giustizia delle loro Chiese particolari. Emerge allora l'esigenza di stabilire se sia possibile accedere incondizionatamente a un tribunale vicino o se sia prospettabile dall'interpretazione del testo normativo la sussistenza di qualche presupposto valoriale che potrebbe condizionare – e dunque circoscrivere – la determinazione discrezionale del titolare del *munus iudicandi*.

2. *La facoltà di accesso quale prorogatio competentiae disposta dal Vescovo diocesano*

All'indomani della promulgazione del *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* la canonistica ha potuto scorgere una somiglianza, se non un'identità funzionale che accomuna la facoltà di accesso *ex* can. 1673, § 2 alla proroga di competenza a favore di un tribunale limitrofo concessa dal Supremo tribunale della Segnatura apostolica¹⁴, in adempimento del *munus vigilandi* sulla retta amministrazione della giustizia ecclesiastica (cfr. can. 1445, § 3, 2°; art. 124, 3° della costituzione apostolica *Pastor Bonus* sulla Curia romana [in seguito: PB]¹⁵; art. 35, 3° e art. 115, §§ 1 e 4 della *Lex propria* della Segnatura apostolica [in seguito: LP]¹⁶).

¹⁴ Cfr. MASSIMO DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica*, cit., pp. 16-19; CARMEN PEÑA GARCÍA, *La reforma de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: el motu proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Estudios eclesiásticos*, XC (2015), pp. 642-643; JOHN P. BEAL, *The Ordinary Process According to Mitis Iudex: Challenges to Our "Comfort Zone"*, in *The Jurist*, LXXVI (2016), pp. 163-165.

¹⁵ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Constitutio apostolica "Pastor Bonus" de Romana Curia*, 28 giugno 1988, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXX (1988), p. 841 ss.

¹⁶ Cfr. BENEDETTO XVI, *Litterae apostolicae motu proprio datae "Antiqua ordinatione" quibus Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae lex propria promulgatur*, 21 giugno 2008, in *Acta Apostolicae*

Attraverso la concessione della *prorogatio competentiae*, la Segnatura apostolica permette che un tribunale di prima istanza relativamente incompetente *ratione territorii* possa trattare e definire una causa giudiziaria¹⁷. Il tribunale abilitato (*ad quod*) è dunque sprovvisto di un titolo di competenza relativa, in quanto il legislatore ripartisce la competenza tra i fori di primo grado individuandone solamente alcuni presso i quali può essere lecitamente inoltrata la causa (can. 1407, §§ 1 e 2)¹⁸. Per quanto concerne le cause di nullità del matrimonio, il nuovo can. 1672, 1°-3° ribadisce, sulla falsariga di quanto prevedeva il can. 1673, 1°-4° (ora abrogato), che sono relativamente competenti: il tribunale del luogo in cui il matrimonio fu celebrato; il tribunale del luogo in cui una o entrambe le parti hanno il domicilio o il quasi-domicilio; il tribunale del luogo in cui di fatto si debba raccogliere la maggior parte delle prove.

La necessità di richiedere la proroga della competenza può giustificarsi nei casi in cui il ricorso al tribunale competente non dia «un risultato soddisfacente quanto alla giustizia»¹⁹. Una volta riscontrata la sussistenza di una causa giusta e ragionevole (can. 90, § 1), il tribunale apostolico pertanto autorizza eccezionalmente che un altro tribunale non competente per legge possa definire la controversia sottoposta alla sua cognizione²⁰.

L'intervento previo della Segnatura apostolica è indispensabile perché siano superate le limitazioni territoriali imposte alla potestà episcopale²¹. Da una parte, il Vescovo *a quo* non può conferire alcuna competenza, mediante delega della potestà giudiziaria, ad un tribunale di un'altra diocesi: in tale eventualità, infatti, anche qualora vi fosse il consenso del Vescovo

Sedis, C (2008), p. 513 ss.

¹⁷ Cfr. ROSA M^a RAMÍREZ NAVALÓN, *Prórroga*, in *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di Javier Otaduy, Antonio Viana e Joaquín Sedano, VI, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 590.

¹⁸ Cfr. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Ediurcla, Roma, 2012⁶, p. 118; LEÓN DEL AMO, *Sub can. 1407*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, a cura di Juan Ignacio Arrieta, Coletti a San Pietro, Roma, 2015³, p. 937.

¹⁹ G. PAOLO MONTINI, *La nuova legge della Segnatura Apostolica a servizio della retta e spedita trattazione delle cause matrimoniali*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXIII (2010), p. 482.

²⁰ Cfr. PAWEŁ MALECHA, *Commissioni pontificie e proroghe di competenza nelle cause di nullità del matrimonio alla luce della recente giurisprudenza della Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae*, XXIII (2011), p. 223 e nota 19.

²¹ Riportiamo nel testo quanto rilevato da MIGUEL ÁNGEL ORTIZ, *La potestà giudiziale in genere e i tribunali (artt. 22-32)* nel vol. *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas connubii"*. Parte seconda: la parte statica del processo, a cura di Piero Antonio Bonnet e Carlo Gullo, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2007, p. 73; anche in *Id.*, *Sub art. 24 DC*, in *Norme procedurali canoniche commentate*, a cura di Massimo del Pozzo, Joaquín Llobell e Jesús Miñambres, Coletti a San Pietro, Roma, 2013, p. 294.

ad quem egli contravverrebbe al divieto di esercitare le sue attribuzioni di governo *extra proprium territorium* (can. 1469, §§ 1 e 2; artt. 32, § 2 e 85 DC). Dall'altra, il Vescovo diocesano non può stabilire di propria iniziativa che nella sua circoscrizione possa essere giudicata una causa proveniente da un'altra diocesi: del resto il suo tribunale è relativamente incompetente, a differenza di quello del Vescovo *a quo*²². Il coinvolgimento del tribunale apostolico peraltro appare non solo di portata costitutivamente abilitativa ma pure conveniente: e ciò onde prevenire possibili abusi commessi da Vescovi, i quali potrebbero elusivamente disporre della *potestas iurisdictionis* di cui sono titolari in accordo con altri, al di fuori dei casi di stretta necessità; e onde preservare il sistema ordinario che distribuisce sulla base di criteri predefiniti il carico di lavoro dei tribunali della Chiesa²³, facendo sì che le proroghe da eccezionali non divengano abituali²⁴.

La proroga di competenza può essere stabile, se concessa a tempo determinato o indeterminato per la definizione di più cause provenienti da una data diocesi; o occasionale, se concessa *ad casum* al tribunale *ad quod* per la trattazione appunto di una causa determinata. *Ratione obiecti* la proroga stabile può essere generale, se concerne tutte le cause giudiziarie provenienti da una certa diocesi; inoltre la proroga può essere speciale, se stabilmente

²² Al riguardo cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, *Decreto di diniego della proroga di competenza, «ad casum» e generale, per la prima istanza, in favore di un tribunale locale*, 22 giugno 1989, prot. n. 20.919/89 C.P., in *Ius Ecclesiae*, II (1990), p. 731, nel quale il tribunale apostolico ha ribadito che «nullus Episcopus potestatem habet concedendi alii tribunali facultatem pertractandi quandam causam; unius enim Signaturae Apostolicae est tribunalium competentiam prorogare (cf. can. 1445, § 3, 2°)». Nello stesso decreto la Segnatura ha inoltre negato la concessione della proroga per tutte le cause provenienti da una certa diocesi, in quanto essa fu richiesta dal Vicario giudiziale del tribunale *ad quod* senza che risultasse in qualche modo il consenso del Vescovo *a quo*. La volontà di quest'ultimo pertanto non può essere in alcun modo supplita: «ipse Archiepiscopus YY id neque a Foro XX neque ab hoc Supremo Tribunali petiit» (*ivi*).

²³ Cfr. MASSIMO DEL POZZO, *L'influenza della "lex propria" della Segnatura nelle cause di nullità matrimoniale* nel vol. *La ricerca della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, a cura di Héctor Franceschi e Miguel Ángel Ortiz, Edusc, Roma, 2012, p. 359.

²⁴ Occorre tuttavia evidenziare un *punctum dolens* del sistema. Difatti, il tribunale relativamente incompetente può validamente definire una causa matrimoniale anche qualora non abbia richiesto e ottenuto la proroga di competenza, divenendo *ipso iure* competente se l'incompetenza relativa non è stata eccepita prima che sia concordato il dubbio, salva tuttavia l'applicazione del can. 1457, § 1 (cfr. art. 10, § 3 DC). Posto che l'incompetenza relativa del tribunale non si ripercuote sulla validità della sentenza, taluno ha rilevato che «il sistema risultante sembra incongruente e, forse, è da valutare l'opportunità di modificarlo, dichiarando il carattere assoluto dell'incompetenza *ratione territorii* nelle cause di nullità matrimoniale, incompetenza sanzionata con la nullità insanabile della sentenza»: JOAQUÍN LLOBELL, *Commissione e proroga della competenza dei tribunali ecclesiastici nelle cause di nullità matrimoniale. Sulla natura dell'incompetenza in questi processi*, in *Ius Ecclesiae*, II (1990), p. 740.

ovvero occasionalmente concessa per la definizione di un genere specifico di cause (anzitutto quelle matrimoniali)²⁵.

L'Istruzione *Dignitas connubii*, recependo il diritto vigente e la prassi seguita in materia dal Supremo tribunale della Segnatura apostolica prevede al suo interno quattro casi di proroga di competenza evidentemente di tipo speciale, posto che la stessa Istruzione riguarda unicamente il processo di dichiarazione di nullità del matrimonio (art. 7, § 1 DC):

a) *Proroga di competenza occasionale concessa per giusto motivo a favore di un tribunale relativamente incompetente* (art. 10, § 4). L'ipotesi è stata, almeno sino all'entrata in vigore del *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus*, quella nella quale probabilmente con maggiore frequenza la Segnatura apostolica ha prorogato la competenza di un tribunale locale.

Esemplificativamente, sulla base dei titoli di competenza di cui all'abrogato can. 1673, 1°-4°, la Segnatura ha sovente concesso la *prorogatio* quando la causa poteva essere introdotta solamente presso il tribunale del luogo o nel quale il matrimonio è stato celebrato (1°) o nel quale il convenuto aveva il domicilio o il quasi-domicilio (2°), in quanto non erano soddisfatte le condizioni previste dal Codice per la lecita interposizione del libello presso il tribunale del luogo in cui era domiciliata la parte attrice. Il can. 1673, 3°, infatti, richiedeva che entrambe le parti risiedessero nel territorio della stessa Conferenza episcopale e il Vicario giudiziale del domicilio della parte convenuta, una volta interrogata quest'ultima, prestasse il suo consenso circa la possibilità di adire il *forum actoris*.

Al fine di evitare un eccessivo rigore formalista nell'applicazione del suddetto canone, la Segnatura ha ammesso che la causa potesse essere trattata dal tribunale del luogo di domicilio dell'attore, ancorché la parte convenuta risultasse irreperibile ovvero le parti non risiedessero nella stessa nazione o territorio; ovvero, ancora, il Vicario giudiziale avesse ingiustificatamente o illegittimamente negato il suo consenso o non avesse dato alcuna risposta²⁶: ma ciò a condizione che fosse tutelato adeguatamente lo *ius defensionis* della parte convenuta, alla quale era riconosciuta prima di tutto la possibilità di sollevare un'eccezione contro la proroga di competenza. Così, nel caso in cui

²⁵ Cfr. ZENON GROCHOLEWSKI, *Sub can. 1445*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, a cura di Ángel Marzoa, Jorge Miras e Rafael Rodríguez-Ocaa, IV/1, cit., p. 909; FRANS DANEELS, *La vigilanza sui Tribunali: introduzione al titolo V della Lex Propria* nel vol. *La Lex propria del S.T. della Segnatura Apostolica*, a cura di Piero Antonio Bonnet e Carlo Gullo, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 207.

²⁶ Cfr. G. PAOLO MONTINI, *La nuova legge della Segnatura Apostolica*, cit., p. 482.

il convenuto fosse introvabile la Segnatura ha riconosciuto alla parte attrice il diritto fondamentale al giudizio purché fossero compiute ulteriori investigazioni per cercare la controparte²⁷ e la causa fosse trattata con la massima cura, attenendosi agli indirizzi giurisprudenziali assunti dalla Rota romana al fine di salvaguardare l'*unitas iurisprudentiae* (art. 126, § 1 PB)²⁸. Quanto all'ipotesi nella quale la parte convenuta risiedeva nel territorio di un'altra Conferenza episcopale, la Segnatura ha costantemente posto all'attenzione del tribunale al quale è stata prorogata la competenza l'esigenza sia di garantire che ella fosse citata in giudizio e ascoltata unitamente ai suoi testimoni²⁹ in una sede idonea e non troppo distante³⁰; sia di affidare la causa a un tribunale in composizione collegiale³¹, che raccogliesse le prove favorevoli e contrarie alla nullità del matrimonio anche per mezzo della richiesta di rogatoria inoltrata al tribunale del luogo di domicilio del convenuto medesimo³². In altri casi la Segnatura non ha accolto la richiesta di concessione della *prorogatio*, in quanto la parte attrice lamentava soltanto l'eccessiva distanza del foro del convenuto: occorre d'altro canto un fondamento causale perché l'istanza non sia respinta, in forza del presupposto che «*per se, the petitioner is not to be more favored than the respondent*»³³.

Come noto, la riforma processuale di papa Francesco ha semplificato i titoli di competenza relativa per le cause di nullità del matrimonio. Il testo del nuovo can. 1672, 2° e 3°, infatti, non riporta più, avendone disposto l'abrogazione, le cautele prescritte dal *Codex* del 1983 per la lecita introduzione della causa presso il tribunale del luogo di domicilio dell'attore e di quello ove deve essere raccolta la maggior parte delle prove³⁴. Sembra

²⁷ Si veda la lettera del cardinale Prefetto del Supremo tribunale della Segnatura apostolica ove si forniscono alcune indicazioni circa la trattazione presso il *forum actoris* americano di cause matrimoniali nell'eventualità in cui il tribunale del luogo di domicilio della parte convenuta sia situato in Vietnam (in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 1998, pp. 33-35).

²⁸ Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decretum. Elicroca. Nullitatis Matrimonii (Gentile – Dyemaker)*, 15 novembre 1993, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 1994, p. 57.

²⁹ Cfr. ID., *Decreto di concessione della proroga di competenza, per la prima istanza, in favore di un tribunale locale*, 9 settembre 1988, prot. n. 20.412/88 C.P., in *Ius Ecclesiae*, II (1990), p. 723.

³⁰ Cfr. ID., *Decreto di concessione della proroga di competenza per battezzati acattolici*, 30 maggio 2005, prot. n. 37255/05 CP, in *Ius Ecclesiae*, XXIII (2011), p. 215.

³¹ Cfr. ID., *Decreto di concessione della proroga di competenza*, 13 giugno 1989, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 1990, p. 35.

³² Cfr. ID., *Decreto di concessione della proroga di competenza*, 30 marzo 1990, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 1990, p. 37.

³³ ID., *Decreto di diniego della proroga di competenza*, 25 novembre 1988, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 1990, p. 40.

³⁴ «Can. 1672. In causis de matrimonii nullitate, quae non sint Sedi Apostolicae reservatae, com-

dunque essere venuta meno la ragione precipua per la quale la Segnatura concedeva la proroga di competenza ai sensi dell'art. 10, § 4 DC, che attualmente potrebbe essere concessa in casi del tutto sporadici come, ad esempio, quando l'unico tribunale munito del titolo di competenza relativa non è stato istituito nella diocesi³⁵ ovvero per circostanze sopravvenute non è più in grado di operare. In ogni caso, il sistema giudiziario deve assicurare per quanto possibile, nonostante l'equivalenza dei titoli di competenza di cui al can. 1672, 1°-3°, sia il principio di prossimità tra il giudice e le parti sia che le parti medesime – soprattutto quella convenuta – e i testimoni possano partecipare al processo con il minimo dispendio attraverso la cooperazione tra i tribunali prevista dal can. 1418. Ciò è quanto prevede l'art. 7, §§ 1 e 2 RP, che in certa misura contempera il superamento delle condizioni di cui al revocato can. 1673, 3° e 4° con il monito rivolto ai tribunali di prima istanza di tutelare la posizione processuale della parte che si trova in un luogo distante da quello ove è situato l'organo di giustizia adito³⁶.

b) *Proroga di competenza occasionale concessa nei casi di sospetta acceptio personarum* (art. 69, § 2). L'Istruzione *Dignitas connubii*, riprendendo la disciplina codiciale (cann. 1448-1451) stabilisce che qualora vi sia il fondato sospetto che una delle parti coinvolte nella causa possa essere preferita da un ministro o da un addetto del tribunale, la parte interessata possa presentare istanza di ricusazione se il ministro o l'addetto medesimo non si è previamente astenuto. Una volta ammessa l'istanza, la persona ricusata deve essere sostituita: ma nel caso in cui il tribunale non sia in grado di trattare la causa per mancanza di personale e risulti essere l'unico foro competente a norma del diritto, il Vescovo moderatore o il Vicario giudiziale è tenuto a deferire la questione alla Segnatura apostolica perché proroghi *ad casum* la competenza di un altro tribunale. In tale eventualità – invero eccezionale³⁷ – il tribunale

petentia sunt: 1° tribunal loci in quo matrimonium celebratum est; 2° tribunal loci in quo alterutra vel utraque pars domicilium vel quasi-domicilium habet; 3° tribunal loci in quo de facto colligendae sunt pleraeque probationes».

³⁵ Basti pensare al caso in cui entrambi i coniugi abbiano contratto matrimonio e attualmente risiedano nella diocesi A, che non risulta aggregata a un tribunale interdiocesano né ha al suo interno un tribunale di prima istanza. Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Sub art. 10 DC*, in *Norme procedurali canoniche commentate*, a cura di Massimo del Pozzo, Joaquín Llobell e Jesús Miñambres, cit., p. 280.

³⁶ Rinviamo alle osservazioni, del tutto condivisibili, di G. PAOLO MONTINI, *Competenza e prossimità* cit., pp. 5-8.

³⁷ Così riferisce FRANS DANEELS, *La vigilanza sui Tribunali*, cit., p. 207. Peraltro è stato evidenziato che in questi casi il Vescovo potrebbe alternativamente «costituire un tribunale delegato nominando giudici, difensore del vincolo e notai di un altro tribunale *ad casum*»: NIKOLAUS SCHÖCH, *Sub art. 69 DC*, in *Norme procedurali canoniche commentate*, a cura di Massimo del Pozzo, Joaquín Llobell e Jesús Miñambres, cit., p. 340.

apostolico suole accogliere la richiesta al fine di evitare che sorgano sospetti di parzialità, ad esempio perché i familiari del convenuto sono molto conosciuti dai ministri del tribunale relativamente competente³⁸ ovvero perché una delle parti è unita da un vincolo di parentela con il Vescovo moderatore del tribunale di prima istanza³⁹. Potrebbe altresì verificarsi che nel giudizio di nullità matrimoniale sia coinvolto, ad esempio, un giudice o il notaio del tribunale⁴⁰: in questo caso il timore di *acceptio personarum* non può non interessare ogni persona che opera al suo interno⁴¹.

c) *Proroga di competenza stabile o occasionale concessa a favore di un tribunale della Chiesa latina per la definizione delle cause matrimoniali involventi i fedeli cattolici di rito orientale* (art. 16, § 1, 2°)⁴². I tribunali della Chiesa latina possono trattare *ipso iure* le cause di nullità del matrimonio tra battezzati cattolici di una Chiesa orientale *sui iuris* ovvero tra un fedele cattolico di rito orientale e un acattolico solamente nei due casi descritti dall'art. 16, § 1, 1° DC: se nel territorio non esiste altro Gerarca locale oltre all'Ordinario del luogo della Chiesa latina; e se la cura pastorale dei fedeli membri di una Chiesa cattolica orientale è stata affidata all'Ordinario del luogo della Chiesa latina per designazione o almeno previo assenso della Sede apostolica. D'altra parte il can. 916, § 5 del *Codex canonum Ecclesiarum orientalium* (in seguito: CCEO) prevede che in tali ipotesi l'Ordinario del luogo latino è il Gerarca proprio dei fedeli cattolici orientali. In altre circostanze il tribunale di prima istanza della Chiesa latina necessita della previa abilitazione della Segnatura apostolica (art. 16, § 1, 2° DC), la quale può prorogare la sua competenza *ad casum*⁴³ ovvero stabilmente perché, ad esempio, nel territorio latino vi sono uno o più Gerarchi propri dei coniugi orientali ma non è

³⁸ Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decreto di concessione della proroga di competenza per i fedeli della Chiesa latina*, 25 febbraio 2009, prot. n. 41731/08 CP, in *Ius Ecclesiae*, XXIII (2011), p. 212.

³⁹ Cfr. G. PAOLO MONTINI, *La nuova legge della Segnatura Apostolica*, cit., p. 482.

⁴⁰ Cfr. PAWEŁ MALECHA, *Commissioni pontificie e proroghe di competenza*, cit., p. 220.

⁴¹ Cfr. NIKOLAUS SCHÖCH, *Sub art. 69 DC*, cit., p. 340.

⁴² In argomento si veda MASSIMO DEL POZZO, *La sussidiarietà della giurisdizione dei tribunali latini nei confronti dei cattolici orientali alla luce dell'art. 16 della Dignitas connubii* nel vol. *Cristiani orientali e pastori latini*, a cura di Pablo Gefaell, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 419 ss.

⁴³ Si veda, per esempio, ancorché si tratti di un caso anteriore all'entrata in vigore del Codice orientale, SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decreto di concessione della proroga di competenza*, 27 aprile 1990, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 1990, pp. 38-39. Nel caso di specie la Segnatura concesse la proroga a favore di un tribunale metropolitano statunitense, nella cui circoscrizione risiedeva la parte attrice perché giudicasse della validità di un matrimonio contratto in Egitto tra due fedeli cattolici copti. La richiesta fu accolta in quanto la parte convenuta risiedeva in Egitto e negli Stati Uniti d'America non vi era alcun Gerarca della Chiesa cattolica copta.

possibile istituire alcun tribunale eparchiale (cann. 1066, § 1 e 1086, §§ 1 e 2 CCEO), intereparchiale (can. 1067, §§ 1 e 2 CCEO) o interrituale (can. 1068, § 1 CCEO)⁴⁴. In quest'ultimo caso peraltro i tribunali latini, come disposto dalla Segnatura apostolica, «*procedant oportet iuxta legem processualem propriam (seu Codicem Iuris Canonici, cann. 1400-1731), attamen iudicare debent ad ius substantiale quod attinet secundum legem Ecclesiarum orientalium*»⁴⁵.

d) *Proroga stabile di competenza concessa a favore di un tribunale limitrofo* (art. 24, § 1). Il Vescovo diocesano, nell'eventualità in cui non sia possibile istituire né il tribunale diocesano né quello interdiocesano ha l'obbligo di rivolgersi alla Segnatura apostolica perché conceda stabilmente la proroga di competenza a favore di un tribunale diocesano o interdiocesano di prima istanza limitrofo («pro tribunali vicino»), con il consenso tuttavia del Vescovo moderatore di questo tribunale.

La proroga di cui all'art. 24, § 1 DC è sovente promossa e concessa dalla Segnatura apostolica, specie nelle zone di recente evangelizzazione (ma pure in Europa) per ovviare alle carenze personali e strutturali che transitoriamente affliggono una certa diocesi⁴⁶. L'Istruzione *Dignitas connubii* obbliga il Vescovo diocesano a richiedere la *prorogatio* alla Segnatura perché sia prontamente garantito un servizio di giustizia facilmente accessibile ai *christifideles*⁴⁷. Segnatamente la proroga *de qua* è concessa sulla base di una logica ecclesialmente sussidiaria: il tribunale apostolico, infatti, decreta che il tribunale *ad quod*, cui cioè è stata prorogata la competenza, sia munito di potestà delegata perché giudichi le cause provenienti da un'altra diocesi, la quale perciò beneficia di un prezioso sostegno. Del resto il tribunale vica-

⁴⁴ Cfr. ID., *Lettera agli Eparchi della Chiesa caldea degli Stati Uniti d'America*, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 2005, pp. 31-33. L'epistola richiama un indulto concesso in data 26 aprile 1984 dalla Segnatura apostolica perché i tribunali della Chiesa latina potessero trattare le cause matrimoniali dei fedeli cattolici di rito caldeo. In particolare, nel rispondere ad un dubbio prospettato dai Gerarchi orientali il tribunale apostolico ha affermato che l'indulto doveva considerarsi ancora in vigore anche a seguito della creazione di una seconda Eparchia per i fedeli cattolici caldei, ribadendo al tempo stesso la necessità della *prorogatio competentiae* in quanto non vi erano ancora le condizioni per la costituzione del tribunale di prima istanza in entrambe le circoscrizioni ecclesiastiche.

⁴⁵ ID., *Decreto di concessione della proroga di competenza*, 22 maggio 1996, in *Roman replies and CLSA advisory opinions*, 2006, p. 40. La proroga fu concessa stabilmente e per tutte le cause giudiziarie dei fedeli appartenenti alla Chiesa cattolica ucraina. L'indicazione usualmente data nella prassi della Segnatura apostolica è stata recepita nell'art. 16, § 2 DC.

⁴⁶ Cfr. MASSIMO DEL POZZO, *Dal "tribunale limitrofo" al "tribunale sussidiario": una proposta di miglior sistemazione concettuale della nozione* nel vol. «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di Janusz Kowal e Joaquín Llobell, III, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 1627-1628 e 1634.

⁴⁷ Cfr. MIGUEL ÁNGEL ORTIZ, *Sub art. 24 DC*, cit., p. 294.

rio del Vescovo *a quo* o non sussiste o non è in grado di far fronte al carico giudiziario⁴⁸. Così, per esempio, la Segnatura apostolica ha di recente prorogato *ad quinquennium* la competenza di un tribunale metropolitano tedesco perché in una diocesi non era disponibile un sacerdote in grado di assumere l'ufficio di Vicario giudiziale. Nel decreto tuttavia la Segnatura ha ribadito il carattere provvisorio della proroga: «cessantibus causis motivis, cessare debet ac, proinde, hoc in casu tribunal pro dioecesi [...] ad normam iuris restituendum erit»⁴⁹.

Appare evidente come l'accesso al tribunale viciniore previsto nel nuovo can. 1673, § 2 del *Codex iuris canonici* non sia dissimile dalla proroga di competenza di un tribunale limitrofo relativamente incompetente di cui all'art. 24, § 1 DC. Effettivamente l'esercizio della facoltà di accesso innesca una “dinamica devolutiva”, in forza della quale l'autorità episcopale può affidare in modo stabile le controversie giudiziarie alla cognizione di un tribunale sprovvisto del titolo di competenza necessario per poterle trattare lecitamente. Un approdo del tutto identico a quello cui si sarebbe giunti se la Segnatura Apostolica avesse prorogato la competenza di un tribunale viciniore.

Il legislatore canonico sembra peraltro dare implicitamente «por *presupuesta*»⁵⁰ l'assegnazione al Vescovo diocesano della facoltà di accesso. Egli, infatti, può ora prorogare la competenza di un altro tribunale vicino «at his own initiative [...] and without the prior authorization of the Holy See»⁵¹. Un'abilitazione legale generalizzata che priva la Segnatura apostolica di una competenza riconducibile alla funzione di vigilanza sulla retta amministrazione della giustizia nella Chiesa (can. 1445, § 3, 2°; art. 124, 3° PB; art. 35, 3° e art. 115, § 1 LP), in quanto il *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* ha determinato la revocazione della riserva circa la concessione della proro-

⁴⁸ Cfr. MASSIMO DEL POZZO, *Dal “tribunale limitrofo” al “tribunale sussidiario”*, cit., pp. 1638-1639 e 1642.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Dekret der Apostolischen Signatur über die Ausweitung der Kompetenz des Erzbischoflichen Offizialates Köln für den Bereich des Bistums Essen vom 30. Januar 2009*, 30 gennaio 2009, prot. n. 4150/09 SAT, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, CLXXVIII (2009), p. 206.

⁵⁰ CARMEN PEÑA GARCÍA, *La reforma de los procesos canónicos*, cit., p. 642. In seguito l'Autrice osserva che «Resulta curiosa la redacción de la norma, en cuanto el legislador, en vez de afirmar directamente dicha facultad, se limita a presuponerla, pese a que introduce un cambio notable respecto a la anterior normativa y praxis procesal» (*ivi*, p. 643). Si veda anche GERARDO ANGELES PÉREZ, *Del fuero competente y de los tribunales eclesiásticos. Nuevos cánones 1671 al 1673*, in *Revista mexicana de derecho canónico*, XXI (2015), p. 303.

⁵¹ JOHN P. BEAL, *The Ordinary Process*, cit., p. 163.

ga di competenza limitatamente alle cause di nullità del matrimonio. Tale abilitazione pontificia è indispensabile per legittimare la deroga delle norme processuali sulla competenza relativa e permettere al tribunale *ad quod* di giudicare le cause matrimoniali di un'altra diocesi, una volta ricevuta la *delegatio* all'uopo conferita dal Vescovo *a quo*⁵². Con il decentramento della funzione in esame dalla Sede apostolica alle autorità episcopali, papa Francesco ha inteso probabilmente facilitare l'attuazione pratica del principio di prossimità tra il giudice e le parti perché sia individuato un foro alternativo cui i fedeli possono agevolmente rivolgersi, non essendovi nella diocesi cui appartengono un'istituzione giudiziaria⁵³.

Il trasferimento di competenza disposto dal can. 1673, § 2 pare altresì ripercuotersi sul titolo giuridico delle proroghe concesse costitutivamente sino all'8 dicembre 2015 – data di entrata in vigore del *motu proprio* – dal tribunale della Segnatura. In effetti il titolo abilitante, vale a dire il decreto dicasteriale emanato nel regime normativo anteriore, non può non essere divenuto oggetto di “conversione”: compete ora soltanto al Vescovo diocesano *a quo* la decisione di interrompere ovvero di proseguire o di rinnovare l'accesso al tribunale diocesano o interdiocesano viciniore, posto che nel secondo caso egli non abbisogna più della previa abilitazione accordata mediante decreto dalla Segnatura apostolica.

3. I requisiti legali di accesso al tribunale viciniore

La formulazione letterale del can. 1673, § 2 menziona laconicamente l'istituto dell'accesso al tribunale viciniore. Il legislatore non puntualizza quali sono i requisiti giuridici che devono sussistere per consentire al Vescovo di affidare legittimamente le cause provenienti dalla sua diocesi alla cognizione del tribunale *ad quod*.

Si tratta invero di requisiti ermeneuticamente determinabili mediante l'impiego dei criteri generali di interpretazione della legge stabiliti nel Libro I del Codice di diritto canonico del 1983, nonché mediante il raffronto tra l'istituto *de quo* e quello della proroga di competenza: premessa la loro sostanziale equivalenza è possibile individuare taluni elementi impliciti, in

⁵² Potrebbe dunque essere superato il rilievo secondo il quale «Ecclesiologicamente pone qualche problema supporre che un Vescovo o un insieme di Vescovi possano giudicare le cause di un altro Vescovo (una sorta di *iurisdictio extra territorium*) senza l'esplicito supporto dell'autorità primaziale»: MASSIMO DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica*, cit., p. 17.

⁵³ Cfr. CARMEN PEÑA GARCÍA, *La reforma de los procesos canónicos*, cit., p. 643.

assenza dei quali non risulterebbe conforme al dettato codiciale il ricorso alla *facultas accedendi* ad opera del Vescovo diocesano.

Segnatamente possono ricavarsi dal testo del can. 1673, § 2 cinque condizioni che determinano la validità dell'accesso; una condizione influente soltanto *ad liceitatem*; un elemento che perfeziona la fattispecie legale; un obbligo informativo cui il Vescovo diocesano *a quo* deve sollecitamente ottemperare.

4. (*Segue*) *Le condizioni di validità. L'accesso è solo stabile ovvero può essere anche occasionale?*

Ricorrendo ad argomentazioni di ordine strettamente formale può certamente concludersi che il nuovo can. 1673, § 2 abilita il Vescovo diocesano ad accedere stabilmente a un tribunale viciniore⁵⁴, ancorché possa rivelarsi una stabilità precaria, destinata a concludersi⁵⁵. Tale tribunale dunque diviene il punto di riferimento istituzionale costante per i fedeli di un'altra diocesi nell'ipotesi in cui intendano accertare la validità o non del vincolo coniugale.

D'altra parte il criterio ermeneutico del contesto della legge (can. 17)⁵⁶ pone in risalto come il can. 1673, § 2 sia collocato nella sezione normativa rubricata «De foro competenti et de tribunalibus», nella quale il legislatore ribadisce la competenza del giudice ecclesiastico sulle cause matrimoniali dei battezzati (can. 1671, § 1); enumera quali sono i tribunali ecclesiastici relativamente competenti (can. 1672, 1°-3°); e, dopo aver dichiarato che il Vescovo è giudice di prima istanza nella diocesi e può esercitare personalmente la potestà giudiziaria (can. 1673, § 1), individua quali sono i tribunali preposti a definire le cause di nullità del matrimonio (§ 2) per poi determinare la composizione monocratica e/o collegiale dei giudici di primo e di secondo grado (§§ 3-5), e, infine, quali sono i tribunali di appello (§ 6). Risulta palmare dal testo legislativo l'intenzione di descrivere qual è il sistema giudiziale ordinariamente deputato alla trattazione abituale (non occasionale) delle cause matrimoniali. Il Vescovo diocesano quindi non pare abilitato *prima facie* a introdurre delle eccezioni al sistema ordinario, salvo non gli

⁵⁴ Cfr. GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 11/2016, 21 marzo 2016, p. 14.

⁵⁵ Per ulteriori approfondimenti cfr. *infra*, § 13.

⁵⁶ Cfr. EDUARDO BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Edusc, Roma, 2013, pp. 340-341.

sia esplicitamente consentito (come nel caso in cui intenda affidare le cause ad un giudice unico chierico qualora non sia possibile istituire il tribunale collegiale: can. 1673, § 4).

Potrebbe inoltre trovare applicazione il criterio di cui al can. 18, che prescrive come le leggi eccezionali debbano essere interpretate *stricto sensu*. In effetti la seconda parte del can. 1673, § 2 – inclusa nel Titolo I («De processibus matrimonialibus») della Parte III («De quibusdam processibus specialibus») del Libro VII («De processibus») del Codice di diritto canonico – è eccezionale rispetto alla norma processuale generale di cui al can. 1445, § 3, 2° che riserva alla Segnatura apostolica la facoltà di prorogare la competenza dei tribunali inferiori, sebbene si tratti di un'eccezione impropria. È notorio come la quasi totalità delle controversie sottoposte alla cognizione dei tribunali della Chiesa concernano l'accertamento circa la nullità del matrimonio. La riforma di papa Francesco ha perciò generato una situazione paradossale, per la quale ciò che si prevede essere formalmente un'eccezione diverrà sostanzialmente la regola, dato che l'oggetto della *facultas accedendi* non investe solitamente altri generi di cause giudiziali; e, viceversa, ciò che si prevede essere formalmente la regola – ossia la proroga di competenza concessa dalla Segnatura apostolica perché un tribunale relativamente incompetente possa definire una causa diversa da quella matrimoniale – diverrà di fatto un accadimento infrequente e perciò eccezionale⁵⁷.

Comunque sia, l'esigenza di sottoporre a interpretazione stretta il dettato codiciale pare ravvisarsi nella circostanza che la possibilità legale di accesso al tribunale viciniore, sebbene ampli le prerogative episcopali invece di delimitarle, rappresenta una misura straordinaria e urgente. Allo scopo di garantire la *proximitas* delle strutture giudiziarie il Vescovo diocesano è autorizzato ad adottare una soluzione alternativa di “rottura”⁵⁸, discostandosi dalla regola comune che rispecchia con maggiore fedeltà i principi cardine della riforma, vale a dire l'adempimento dell'obbligo di costituzione del tribunale diocesano.

Di conseguenza l'autorità episcopale non potrebbe accedere occasionalmente al tribunale viciniore. Tale ipotesi peraltro pare esorbitare dalla fat-

⁵⁷ Su tale aspetto ci soffermeremo nuovamente *infra*, § 7.

⁵⁸ Cfr. le considerazioni di JAVIER OTADUY, *Sub can. 18*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, a cura di Ángel Marzoa, Jorge Miras e Rafael Rodríguez-Ocaá, I, Eunsa, Pamplona, 2002³, p. 378, a giudizio del quale «Deben interpretarse estrictamente [ancorché siano favorevoli: *n.d.A.*] por razón de excepcionalidad aquellas reglas legales que verdaderamente desorbitan del Derecho común y presentan una cierta anomalía del Derecho, una rareza difícilmente conjugable con la armonía del conjunto (“*iuris singularitates*”)». L'Autore in seguito riporta alcuni esempi di disposizioni codicili che al loro interno contemplerebbero delle eccezioni da interpretarsi in senso stretto.

tispecie descritta nel canone, in quanto presuppone (non già l'inesistenza bensì) l'esistenza di un tribunale diocesano ovvero di un tribunale interdiesano di prima istanza cui è aggregata la diocesi, ma per ragioni di necessità il Vescovo *a quo* reputa utile sottoporre al giudizio di un altro tribunale una singola causa.

Una parte della dottrina tuttavia ammette l'eventualità che il Vescovo diocesano possa immediatamente accedere *ad casum* a un tribunale viciniore anziché attendere la concessione della proroga di competenza da parte della Segnatura apostolica. Ciò potrebbe verificarsi nel caso in cui non possa essere inoltrata la causa presso uno dei tribunali relativamente competenti di cui al can. 1672, 1°-3° (art. 10, § 4 DC)⁵⁹, anche laddove sia stata sollevata l'*exceptio suspicionis* e il tribunale non possa trattare la causa per carenza di personale (art. 69, § 2 DC)⁶⁰. In particolare, un Autore invoca l'applicazione del principio di diritto secondo il quale "Colui cui è permesso il più è consentito anche il meno" («Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus»: *Regula iuris* 53, in VI°), giungendo alla conclusione che «Thus, if a bishop can entrust *all* cases to a near-by tribunal without the prior approval of the Apostolic Signatura, he can certainly do so an *individual* case as well»⁶¹ (il corsivo è aggiunto).

Evidentemente sulla questione dovrà fornire un chiarimento non soltanto autorevole ma pure vincolante il tribunale della Segnatura alla luce della valenza sia interpretativa sia normativa della *praxis Curiae romanae* (can. 19), purché l'indirizzo ermeneutico sia costantemente e uniformemente assunto dal Dicastero curiale. E ciò per stabilire se il Vescovo, oltre a garantire mediante l'accesso stabile la "prossimità geografica" del tribunale possa ovviare anche alla "prossimità personale" compromettente l'imparzialità degli operatori di giustizia, se non del tribunale nel suo complesso, accedendo occasionalmente ad un altro tribunale di primo grado però meno prossimo ai fedeli⁶² (circostanza questa che parrebbe escludere il ricorso all'*analogia*

⁵⁹ Tale ipotesi invero potrebbe verificarsi assai raramente, posto che il nuovo can. 1672, 2° e 3° ha revocato le cautele previste nel previgente can. 1673, 3° e 4°, le quali condizionavano la possibilità di introdurre le cause matrimoniali presso il tribunale del luogo di domicilio dell'attore e di quello nel quale deve essere raccolto il maggior numero di prove.

⁶⁰ Così ADOLFO ZAMBON, *L'ordinamento giudiziario: il tribunale di prima istanza* nel vol. *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, cit., p. 93: «L'accesso a un tribunale vicino (sia diocesano sia interdiesano) potrebbe essere "occasionale", ossia quando, per peculiari motivi, quali la consulenza fornita a una parte o una ricasazione motivata di un giudice, non è possibile la costituzione del collegio o del giudice unico (di cui al can. 1673, § 4)».

⁶¹ JOHN P. BEAL, *The Ordinary Process*, cit., p. 164.

⁶² Sulla distinzione tra "prossimità geografica" e "prossimità personale" cfr. BRUNO GONÇALVES, *La responsabilité des évêques dans le motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* nel vol. *La réforme des*

legis, posto che non vi sarebbe una *ratio* che accomuna entrambi i casi)⁶³.

La funzione di vigilanza della Segnatura comunque dovrebbe essere ancora esercitata o quando una parte è legata al Vescovo moderatore del tribunale – per esempio, in forza di un vincolo di parentela – e pertanto risulta conveniente che la causa sia decisa altrove⁶⁴; o quando è lo stesso Vescovo a essere giudice, come accade nel *processus brevior* (can. 1687, § 4), che può essere celebrato se la domanda è proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi con il consenso dell'altro e ricorrono circostanze di fatti e di persone, sostenute da testimonianze e documenti, che non richiedono un'inchiesta o un'istruzione più accurata e rendono manifesta la nullità (can. 1683, 1° e 2°). In quest'ultimo caso il Vescovo, se ricusato – forse anche a motivo della sua partecipazione all'indagine pregiudiziale o pastorale, ove sono raccolti elementi utili per l'eventuale apertura del rito processuale ordinario o più breve (artt. 1-5 RP)⁶⁵ –, è obbligato ad astenersi dal giudicare (can. 1449, § 3; art. 68, § 3 DC); e qualora non vi sia un altro Vescovo relativamente competente a norma del can. 1672⁶⁶ deve necessariamente essere adita l'autorità gerarchicamente sovraordinata, la Segnatura apostolica⁶⁷, che può concedere *ad*

procédures de nullité de mariage. Une étude critique, a cura di Cyrille Dounot e François Dussaubat, Artège Lethielleux, Paris – Pergignan, 2016, p. 179.

⁶³ Cfr. EDUARDO BAURA, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁶⁴ Cfr. G. PAOLO MONTINI, *La nuova legge della Segnatura Apostolica*, cit., p. 482.

⁶⁵ Sul punto tuttavia la dottrina non si è espressa concordemente. Cfr., per esempio, JOAQUÍN LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis Iudex"*, consultabile all'indirizzo internet www.consociatio.org, p. 12; e FRANCISCO JOSÉ REGORDÁN BARBERO, *L'investigación preliminar en las nuevas normas procesales del M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Anuario de derecho canónico*, V (2016), pp. 47-48.

⁶⁶ Cfr. LUIGI SABBARESE, *Il processo matrimoniale più breve davanti al vescovo diocesano* nel vol. di Luigi Sabbarese e Raffaele Santoro, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, Edizioni Dehoniane Bologna, Bologna, 2016, p. 57. Tuttavia non potrebbe escludersi il caso nel quale la Segnatura conceda la proroga anche se vi è un altro tribunale competente (perché, ad esempio, uno dei coniugi risiede in un altro paese): la prassi del tribunale apostolico dunque potrebbe prorogare la competenza di un altro tribunale anche se non ricorre il presupposto di cui all'art. 69, § 2 DC, ponendo talune condizioni che tutelino il principio di prossimità e il diritto di difesa delle parti.

Si veda peraltro JOAQUÍN LLOBELL, *Circa i motivi del M.p. "Mitis iudex" e il suo inserimento nel sistema delle fonti* nel vol. *Ius et matrimonium. Temi sostanziali e processuali alla luce del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, a cura di Héctor Franceschi e Miguel Ángel Ortiz, Edusc, Roma, 2017, p. 57, secondo il quale la ricazione non sarebbe possibile perché verrebbe meno il presupposto essenziale di cui al can. 1683, 1°: la domanda di nullità andrebbe presentata da entrambi i coniugi, ma «affinché un determinato Vescovo giudichi della validità del loro matrimonio». Eppure non si comprende per quali ragioni un'autorità episcopale diversa da quella ricusata non possa definire la causa con il *processus brevior*.

⁶⁷ Cfr. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *op. cit.*, p. 304, che richiama (probabilmente in via analogica) il can. 1445, § 1, 3°, secondo cui alla Segnatura apostolica compete giudicare le eccezioni di sospetto contro i giudici della Rota romana per atti posti durante l'esercizio delle loro funzioni. Dunque

casum la proroga di competenza a favore di un altro tribunale⁶⁸.

5. (Segue) *Il Vescovo diocesano può accedere solamente a un tribunale diocesano o interdiocesano di prima istanza...*

Come già posto in evidenza, il Vescovo diocesano per tramite dell'accesso al tribunale viciniore *de facto* proroga la competenza di un altro tribunale, affidando perciò le cause matrimoniali a un organismo giudiziario di prima istanza. Una precisazione che può evincersi dal combinato disposto dei §§ 2 e 6 del can. 1673. Il *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* stabilisce nel § 6 quali sono i tribunali di appello perché ha previamente identificato nel § 2 quali sono i tribunali che nell'ordinamento giudiziario della Chiesa sono chiamati a definire le cause matrimoniali in primo grado: il tribunale diocesano ovvero il tribunale *ad quod*⁶⁹. Pertanto il Vescovo diocesano non può accedere a un tribunale assolutamente incompetente *ratione gradus* per fare sì, ad esempio, che le cause di nullità del matrimonio siano devolute alla cognizione di un tribunale interdiocesano di seconda istanza eretto a norma del can. 1439, §§ 1 o 2 (o a norma del n. 2 della dichiarazione della *mens legislatoris* del 4 novembre 2015).

L'autorità episcopale dunque non può concedere la commissione pontificia, ancora oggi riservata al Supremo tribunale della Segnatura apostolica (art. 124, 2° PB; art. 9, § 1, 2° e §§ 2 e 3 DC; art. 35, 2° e art. 115, §§ 1-2 e 4 LP)⁷⁰, perché sia consentito esemplificativamente che per giusta causa il

in questo caso non dovrebbe essere coinvolta un'autorità diversa dalla Segnatura. C'è tuttavia chi sostiene come l'eccezione di sospetto debba «presentarsi al metropolita, non al vicario giudiziale» (così NIKOLAUS SCHÖCH, *Sub art. 68 DC*, in *Norme procedurali canoniche commentate*, a cura di Massimo del Pozzo, Joaquín Llobell e Jesús Miñambres, cit., p. 340); e chi invece rileva che «no existe una solución clara, aunque pensamos que debería juzgar el obispo del tribunal de apelación siguiendo la regla del c. 1687 § 3» (così GERARDO NÚÑEZ, *El proceso brevior: exigencias y estructura*, in *Ius canonicum*, LVI [2016], p. 139).

⁶⁸ Cfr. BRUNO GONÇALVES, *La responsabilité des évêques*, cit., pp. 185-186; e GERALDINA BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 5/2017, 13 gennaio 2017, pp. 14-16 e nota 48. Non pare dunque che sia stato abrogato l'art. 69, § 2 DC (in questo senso cfr. WILLIAM L. DANIEL, *An analysis of Pope Francis' 2015 Reform of the General Legislation Governing Causes of Nullity of Marriage*, in *The Jurist*, LXXV [2015], p. 463; e CARLOS M. MORÁN BUSTOS, *La vigencia de la Instrucción Dignitas Connubii a la luz del M. P. Mitis Iudex*, in *Ius canonicum*, LVII [2017], pp. 620-621).

⁶⁹ Occorre rilevare tuttavia un'imprecisione nel testo del can. 1673: il § 6 richiama il can. 1439 concernente i tribunali interdiocesani di seconda istanza eretti dalle Conferenze episcopali, ancorché nel § 2 il legislatore non menzioni i tribunali interdiocesani di prima istanza di cui al can. 1423, § 1.

⁷⁰ Cfr. G. PAOLO MONTINI, *La nuova legge della Segnatura Apostolica*, cit., p. 484.

tribunale della Rota romana definisca una causa in prima istanza ovvero che un tribunale di appello giudichi una causa in prima o in terza istanza⁷¹. E ciò tanto occasionalmente quanto stabilmente.

6. (Segue) ...abilitato a definire le cause di nullità del matrimonio...

La validità dell'accesso al tribunale vicinore è subordinata alla circostanza che il tribunale *ad quod* sia già stato abilitato (can. 124, § 1) a definire le cause di nullità del matrimonio⁷².

D'altra parte, se così non fosse il tribunale cui il Vescovo diocesano intende prorogare la competenza risulterebbe assolutamente incompetente *ratione materiae*, e quindi dovrebbe necessariamente intervenire l'autorità superiore. Solamente il Supremo tribunale della Segnatura apostolica attraverso la commissione pontificia, infatti, potrebbe consentire che la causa sia esaminata da un tribunale competente a decidere cause di differente oggetto (art. 9, § 1, 2° e §§ 2 e 3 DC).

Il Vescovo diocesano dunque non può accedere, per esempio, a un tribunale interdiocesano di prima istanza istituito da più Vescovi in accordo tra loro per la trattazione di cause diverse da quelle matrimoniali. Egli non può accedere parimenti a un tribunale diocesano di prima istanza se la circoscrizione ecclesiastica, al tempo stesso, è affiliata a un tribunale interdiocesano competente a definire in primo grado le cause matrimoniali⁷³. Questa è la situazione ancora oggi esistente in Italia dove, come noto, papa Pio XI ha istituito nel 1938 diciotto tribunali regionali che in luogo di quelli diocesani

⁷¹ Al riguardo il PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Risposta particolare. Circa l'ulteriore appello al tribunale di terza istanza*, 12 gennaio 2015, prot. n. 15264/2015, consultabile all'indirizzo internet www.delegumtextibus.va, ritiene che nel contesto della riforma del 2015 i tribunali locali possano mediante commissione pontificia *a fortiori* giudicare in terza istanza in luogo della Rota romana (cfr. can. 1444, § 1, 2°; art. 128, 2° PB; art. 27, § 2 DC), in quanto «Questa possibilità è adesso avvalorata dai criteri che ispirano la suddetta riforma del processo matrimoniale in favore della vicinanza dei tribunali e del maggiore coinvolgimento del Vescovo nell'attività giudiziaria».

⁷² Cfr. GERALDINA BONI, *La recente riforma*, cit., p. 14.

⁷³ L'obbligo imposto al Vescovo diocesano di istituire l'ufficio di Vicario giudiziale (can. 1420, § 1) viene meno solo allorché il Vescovo medesimo decida di costituire (o di unirsi a) un tribunale interdiocesano competente a definire tutte le cause giudiziarie. Pertanto, se il tribunale interdiocesano è abilitato a giudicare solo uno o più generi di cause determinate (can. 1423, § 2) il Vescovo è tenuto ad erigere nella diocesi il tribunale di prima istanza competente per l'esame delle restanti tipologie di cause. Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Bonaëren. Quaesitum*, 17 febbraio 1995, prot. n. 25046/94 V.T., in appendice al contributo di JUAN LUIS ACEBAL LUJÁN, *Nombramiento de Vicario judicial en una diócesis integrada en un tribunal interdiocesano*, in *Revista española de derecho canónico*, LII (1995), pp. 750-751.

definiscono le cause di nullità matrimoniale, individuando tra questi nove tribunali abilitati a decidere in seconda istanza⁷⁴. Il contesto giudiziario ecclesiastico italiano peraltro rende oggettivamente più arduo l'accesso a un tribunale viciniore, in quanto il Vescovo diocesano potrebbe esercitare la *facultas accedendi* soltanto se, previamente, un altro Vescovo ha deciso di recedere dal tribunale regionale (art. 8, § 2) per poi erigere nella sua diocesi il tribunale di prima istanza per la definizione delle cause matrimoniali (can. 1673, § 2). Altrimenti, come testé rilevato, il Vescovo non può accedere a nessun tribunale perché quelli diocesani italiani sono assolutamente incompetenti *ratione materiae*.

7. (Segue) ...*esclusivamente ratione obiecti per le cause matrimoniali...*

Il *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* apporta modifiche al processo canonico di nullità matrimoniale e stabilisce quali sono i tribunali competenti a decidere un genere specifico di cause (can. 1673, § 2).

Di conseguenza, *ratione obiecti*, per mezzo dell'accesso il Vescovo può affidare a un altro tribunale di prima istanza relativamente incompetente soltanto le cause di nullità del matrimonio. Allo stato attuale quindi la competenza di un altro tribunale può essere prorogata, in merito a cause di genere diverso – come quelle penali –, esclusivamente a seguito della concessione data stabilmente ovvero *ad casum* dal Supremo tribunale della Segnatura apostolica (can. 1445, § 3, 2°; art. 124, 3° PB; art. 35, 3° e art. 115, §§ 1 e 4 LP), purché il tribunale *ad quod* risulti già abilitato a definire quel genere di causa. In caso contrario, quest'ultimo foro risulterebbe assolutamente incompetente *ratione materiae* e dunque il tribunale apostolico dovrebbe concedere non tanto la proroga, bensì la commissione pontificia (art. 124, 2°; art. 35, 2° LP) per fare in modo che, ad esempio, un tribunale diocesano o interdiocesano competente per decidere solo le cause matrimoniali possa definire altri generi di cause giudiziarie in prima istanza.

Il carattere di specialità dell'accesso – circoscritto cioè alle sole cause riguardanti la validità o non del vincolo coniugale – unitamente alla natura eccezionale propria dell'istituto di cui alla seconda parte del can. 1673, § 2 – che permette al Vescovo diocesano di prorogare la competenza di un tribunale, in luogo della Segnatura apostolica – sembrano invero non congruamente inserirsi in una cornice ordinamentale sistematicamente coe-

⁷⁴ Cfr. PIO XI, *Motu proprio* "Qua cura" *de ordinandis tribunalibus ecclesiasticis Italiae pro causis nullitatis matrimonii decidendis*, 8 dicembre 1938, in *Acta Apostolicae Sedis*, XXX (1938), pp. 410-413.

rente. Queste due peculiarità che contraddistinguono l'accesso al tribunale viciniore hanno per oggetto le cause sulla validità del vincolo matrimoniale, che monopolizzano di fatto l'operato dei tribunali ecclesiastici, i quali in casi straordinari sono chiamati a definire cause di tipo diverso.

Ciò determina la "specializzazione" delle norme generali sul processo canonico e, per converso, la "generalizzazione" delle norme processuali speciali promulgate nel 2015 da papa Francesco. La proroga di competenza di un tribunale per esaminare una causa diversa da quella matrimoniale, in effetti, è destinata ad essere concessa dalla Segnatura apostolica in casi del tutto residuali, sebbene sul piano formale nel sistema delle fonti una simile eventualità sia prefigurata dal legislatore come ordinaria. Al contrario, l'accesso al *vicinius tribunal* previsto dal *Mitis iudex* è destinato a divenire l'accadimento ordinario, ancorché si tratti di una norma introdotta per uno specifico rito processuale e di portata eccezionale rispetto alla riserva pontificia circa la *prorogatio competentiae*. Il sovvertimento del principio gerarchico nel sistema normativo ha dato così luogo a un «dualismo o parallelismo disciplinare»⁷⁵ contraddittorio, perché la seconda parte del can. 1673, § 2 appare una disposizione solo formalmente ma non anche sostanzialmente speciale e eccezionale. Sarebbe perciò del tutto auspicabile che *de iure condendo* il legislatore ponga rimedio a tale discrasia, riconoscendo realisticamente il carattere formalmente e sostanzialmente generale e ordinario dell'istituto giuridico dell'accesso, da ricondurre tra le «disposizioni sui tribunali in generale»⁷⁶ del Capitolo I («De tribunalibus primae instantiae») del Titolo II («De variis tribunalium gradibus et speciebus») della Parte I («De iudiciis in genere») del Libro VII («De processibus») del Codice di diritto canonico.

8. (Segue) ...e purché il tribunale ad quod sia della Chiesa latina

Il can. 1673, § 2 precisa *ex professo* che il Vescovo diocesano può accedere a un tribunale diocesano (can. 1420, §§ 1 e 2) o interdiocesano (can. 1423, § 1), optando per una delle due realtà giudiziarie di prima istanza previste nel Codice di Diritto Canonico, il cui ambito di applicazione è circoscritto alla Chiesa latina (can. 1). Ciò significa che l'autorità episcopale non può prorogare la competenza di un tribunale appartenente a una delle Chiese cattoliche orientali, sia esso costituito all'interno di un'eparchia (cann. 1066,

⁷⁵ MASSIMO DEL POZZO, *L'impatto della riforma sul diritto processuale vigente* nel vol. *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, cit., p. 75.

⁷⁶ *Ivi*, p. 77.

§ 1 e 1086, §§ 1 e 2 CCEO) o intereparchiale (can. 1067, §§ 1 e 2 CCEO) o interrituale (can. 1068, § 1 CCEO): il sistema di giustizia orientale è retto dal diritto comune delle Chiese *sui iuris* di rito orientale, distinto dal diritto ‘universale’ (*rectius* particolare) latino (can. 1 CCEO).

Invero nella prassi usualmente accade l’ipotesi inversa. Il Vescovo eparchiale può ritenere utile, se non indispensabile che i tribunali della Chiesa latina trattino e definiscano le cause matrimoniali dei *christifideles* orientali. Tuttavia il *motu proprio Mitis et misericors Iesus*, che ha apportato modifiche alle norme sui processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio del Codice dei canoni delle Chiese orientali del 1990 (cann. 1357-1377 CCEO)⁷⁷, stabilisce che il Vescovo debba erigere per la sua eparchia il tribunale di prima istanza «salva facultate ipsius Episcopi accedendi ad aliud eparchiale vel pro pluribus eparchiis vicinius tribunal» (can. 1359, § 2). Il legislatore dunque dispone espressamente che il Vescovo eparchiale – non dissimilmente da quello diocesano – possa accedere di sua iniziativa a un tribunale eparchiale o intereparchiale orientale, ma non a un foro di prima istanza della Chiesa latina. In quest’ultimo caso è perciò ancora oggi necessario richiedere alla Segnatura apostolica che sia concessa la proroga di competenza stabile o occasionale (art. 16, § 1, 2° DC), eccetto qualora i tribunali della Chiesa latina possano, alla luce del can. 916, § 5 CCEO, esaminare *ipso iure* le cause matrimoniali dei fedeli orientali (art. 16, § 1, 1° DC)⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. il *Bollettino* della Sala stampa della Santa sede dell’8 settembre 2015 (cfr. <https://press.vatican.va/content/salastamp/it/bollettino.html>); *L’Osservatore romano*, 9 settembre 2015, pp. 5-6. E, infine, FRANCESCO, *Litterae apostolicae motu proprio datae “Mitis et misericors Iesus” quibus canones Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium de Causis ad Matrimonii nullitatem declarandam reformantur*, 15 agosto 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), pp. 946-957.

⁷⁸ A ben vedere, tuttavia, alla luce del can. 1 del Codice latino e del can. 1 CCEO, i tribunali della Chiesa latina risulterebbero assolutamente incompetenti «trattandosi di due “complessi normativi” diversi». Eppure la Segnatura apostolica a motivo della presenza crescente di fedeli orientali nei territori latini ha ritenuto opportuno “relativizzare” il titolo di competenza «richiedendo, in assenza di altro titolo legale, una semplice “proroga” (e non la commissione) della competenza» stessa: JOAQUÍN LLOBELL, *Sub art. 16 DC*, in *Norme procedurali canoniche commentate*, a cura di Massimo del Pozzo, Joaquín Llobell e Jesús Miñambres, cit., p. 284.

9. (Segue) *Condizione di liceità. L'accesso a un vicinius tribunal*

Il legislatore prevede che il Vescovo diocesano possa accedere non a qualsiasi tribunale ecclesiastico, bensì a quello “viciniore”. Tale requisito tuttavia non è prescritto *ad validitatem*, perché l'autorità episcopale gode di un margine di discrezionalità nel designare il tribunale *ad quod* cui affidare la trattazione delle cause della sua diocesi.

L'aggettivo “*vicinius*” non va interpretato nel senso che il tribunale cui è prorogata la competenza debba essere “limitrofo” o “confinante” rispetto alla circoscrizione ecclesiastica del Vescovo *a quo*. D'altro canto potrebbe accadere, per esempio, che i fori diocesani territorialmente contigui non siano competenti a trattare le cause di nullità del matrimonio – e dunque risultino assolutamente incompetenti *ratione obiecti* –, in quanto più Vescovi hanno eretto a tale scopo un tribunale interdiocesano di prima istanza: una circostanza che potrebbe sospingere il Vescovo a prorogare la competenza a favore di quest'ultimo tribunale. Ancora, non è da escludersi che un Vescovo opti per l'accesso a un tribunale interdiocesano, perché a suo giudizio tale soluzione è maggiormente opportuna rispetto a quella di accedere a un tribunale diocesano ubicato nelle immediate vicinanze.

Il tribunale viciniore pertanto non corrisponde nella realtà necessariamente al tribunale geograficamente più vicino alla diocesi governata dal Vescovo che ha inteso avvalersi della facoltà di accesso⁷⁹. Ciò che rileva piuttosto è l'esigenza di assicurare ai fedeli un servizio di giustizia efficiente e, soprattutto, agevolmente accessibile⁸⁰, sebbene il tribunale *ad quod* non coincida con quello più prossimo ai fedeli.

Comunque sia, non può essere ignorato il principio di prossimità più volte richiamato nella riforma processuale di papa Francesco. Tale principio orienta in certa misura la determinazione episcopale facendo sì, indicativamente, che la sede del foro scelto dal Vescovo sia preferibilmente all'interno della provincia ecclesiastica cui appartiene la sua diocesi⁸¹; ovvero che non siano approntate soluzioni inidonee a rispecchiare l'auspicata *proximitas* delle strutture giudiziarie, come quando il Vescovo scelga di accedere a un tribunale distante dalla sua diocesi, nonostante vi sia un tribunale diocesano o interdiocesano più vicino e perciò più facilmente accessibile.

⁷⁹ Così MASSIMO DEL POZZO, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica*, cit., p. 17.

⁸⁰ Si vedano sul punto le osservazioni di ID., *Dal “tribunale limitrofo” al “tribunale sussidiario”*, cit., p. 1636.

⁸¹ Cfr. ALEJANDRO W. BUNGE, *Presentación del nuevo proceso matrimonial*, cit., p. 9.

10. (Segue) *Elemento perfezionativo. Il consenso del Vescovo ad quem*

L'accesso al tribunale viciniore può avere luogo soltanto se il Vescovo moderatore ovvero il *coetus Episcoporum* del tribunale *ad quod* permette che le cause provenienti da una determinata diocesi possano essere trattate e definite rispettivamente dallo stesso tribunale diocesano o interdiocesano di prima istanza⁸².

Tale consenso pone in risalto come alla base dell'istituto dell'accesso vi sia un accordo bilaterale previamente intercorso tra le autorità episcopali interessate. Un elemento tuttavia non esplicitato nel can. 1673, § 2 – a differenza di quanto prevedeva l'art. 24, § 1 DC –, ma indispensabile al fine di perfezionare la proroga di competenza (can. 124, § 1).

Del resto vi è una ragione precisa di ordine ecclesiologico: il Vescovo *ad quem* non può essere obbligato ad accettare l'accesso disposto da un altro Vescovo costituzionalmente non sovraordinato a lui, nonostante quest'ultimo sia abilitato ad agire in forza di una legge universale. Inoltre vi è una seconda ragione di ordine prettamente pratico: il Vescovo *ad quem* potrebbe opporsi alla richiesta del Vescovo *a quo*, nell'eventualità in cui l'accesso comprometta la retta amministrazione della giustizia nella Chiesa particolare. E ciò specialmente quando l'accesso determini un incremento del carico di lavoro tale da ripercuotersi negativamente sulla celere definizione delle cause e non sia possibile integrare il numero di ministri e di addetti del tribunale⁸³.

Il Vescovo dunque è tenuto a prestare il suo consenso responsabilmente, perché la proroga di competenza non pregiudichi la funzionalità del suo tribunale a discapito dei diritti dei fedeli. Egli al contempo è tenuto a manifestare peculiarmente la sollecitudine per le Chiese particolari in difficoltà, sovvenendo alle carenze che possono affliggere una diocesi vicina anche per tramite dell'assenso dato al Vescovo *a quo* perché acceda al suo tribunale vicario. Può così essere testimoniata concretamente la *communio Episcoporum* e il carattere collegiale del ministero episcopale⁸⁴, che ben può manifestarsi in forme "istituzionalizzate" di aiuto vicendevole anche nel settore giudiziario. In tale prospettiva ecclesiologica il diniego del Vescovo *ad quem* deve essere giustificato da gravi ragioni ed è prospettabile se vi sono opzioni alter-

⁸² Cfr. JOHN P. BEAL, *The Ordinary Process*, cit., p. 163.

⁸³ Cfr. MASSIMO DEL POZZO, *Dal "tribunale limitrofo" al "tribunale sussidiario"*, cit., p. 1630 e nota 13.

⁸⁴ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Adhortatio apostolica post-synodalis "Pastores gregis" de Episcopo ministro Evangelii Iesu Christi pro mundi spe*, 16 ottobre 2003, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCVI (2004), n. 8, pp. 833-836.

native cui può ricorrere utilmente il Vescovo *a quo* (per esempio, la presenza di un altro tribunale di primo grado accessibile).

11. (Segue) *Adempimento posteriore. Comunicazione alla Segnatura apostolica dell'avvenuto accesso*

Una volta osservate le condizioni di validità e di liceità dell'accesso, il Vescovo *a quo* è tenuto a informare della decisione assunta il Supremo tribunale della Segnatura apostolica⁸⁵. È conveniente infatti che il Dicastero competente a vigilare sulla retta amministrazione della giustizia nella Chiesa sia tempestivamente aggiornato sulle modifiche apportate in ambito locale alla “morfologia” dell'ordinamento giudiziario canonico (can. 1445, § 3, 1°; art. 124, 1° PB; art. 35 LP)⁸⁶.

Un obbligo informativo di eguale portata è stato di recente formalizzato dal Tavolo di lavoro per l'Italia istituito da papa Francesco il 1° giugno 2016 perché fossero risolte alcune questioni interpretative e applicative afferenti al *Mitis iudex*⁸⁷. Tra gli “esiti” cui è approdato il Tavolo di lavoro – che ha visto la partecipazione del cardinale Prefetto del Supremo tribunale della Segnatura apostolica, del Decano del tribunale apostolico della Rota romana e del cardinale Presidente del Pontificio consiglio per i testi legislativi, coordinati dal Segretario generale della Conferenza episcopale italiana – dopo avere richiamato il can. 1673, § 2 è stato stabilito quanto segue: «Il Vescovo che intende recedere dal tribunale regionale o interdiocesano di appartenenza lo comunica agli altri Vescovi interessati e al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica»⁸⁸. La disposizione sottintende evidentemente che la comunicazione al tribunale apostolico debba essere effettuata dal Vescovo diocesano laddove intenda avvalersi del diritto di recesso dal tribunale interdiocesano (art. 8, § 2 RP) per erigere nella diocesi il tribunale di prima istanza ovvero per accedere a un tribunale diocesano o interdiocesano viciniore.

La norma introdotta dal peculiare organismo costituito dal Pontefice⁸⁹,

⁸⁵ Cfr. JOHN P. BEAL, *The Ordinary Process*, cit., p. 163.

⁸⁶ Cfr. quanto osserveremo *infra*, § 13.

⁸⁷ Cfr. FRANCESCO, *Lettera al Segretario generale della Conferenza episcopale italiana, mons. Nunzio Galantino*, 1° giugno 2016, in *Communicationes*, XLVIII (2016), pp. 26-27; ed in *Notiziario della Conferenza episcopale italiana*, L (2016), p. 120.

⁸⁸ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. SEGRETERIA GENERALE, *Esito dei lavori del Tavolo*, 20 luglio 2016, in *Notiziario della Conferenza episcopale italiana*, L (2016), p. 121.

⁸⁹ Sul Tavolo di lavoro cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale. (Con brevi considerazioni sul “Tavolo di lavoro” per l'Italia)*, in *Ephemerides iuris*

nonostante risulti formalmente circoscritta e perciò applicabile alla sola penisola italiana può assumere *a fortiori* una valenza analogicamente universale (can. 19), perché in tutto l'orbe cattolico i Vescovi rendano edotti la Segnatura apostolica delle iniziative da loro intraprese nel campo giudiziario.

12. Effetti processuali dell'accesso al tribunale viciniore

A seguito dell'esercizio della *facultas accedendi* si producono una serie di effetti processuali che determinano la competenza del tribunale *ad quod* nonché il ruolo del Vescovo *a quo* il quale, come si vedrà, nella cornice della novella del 2015 non è del tutto "esonero" dalle mansioni giudiziarie anche nel caso in cui abbia deciso di prorogare la competenza di un tribunale viciniore.

Occorre rilevare anzitutto che il tribunale *ad quod* subentra al tribunale diocesano o interdiocesano del Vescovo *a quo*, divenendo dunque per una diocesi determinata il tribunale relativamente competente a norma del can. 1672, 1°-3°. Così, per esempio, se il Vescovo della diocesi A ha deciso di accedere al tribunale della diocesi B, quest'ultimo tribunale è abilitato a ricevere e a definire le cause di nullità del matrimonio qualora nella diocesi A sia stato celebrato il matrimonio che si intende impugnare o la parte attrice sia domiciliata o, ancora, nella stessa circoscrizione diocesana vi sia il luogo ove può essere raccolto il maggior numero di prove, ecc. Non può non intravedersi un'evidente analogia tra il tribunale *ad quod* ed il tribunale interdiocesano, il quale ai sensi del can. 1423, § 1 diviene per decisione concorde dei Vescovi interessati l'unico tribunale di prima istanza «in locum tribunalium dioecesanorum de quibus in cann. 1419-1421». Se l'effetto sostitutivo nel caso dei tribunali interdiocesani riguarda due o più diocesi, nell'ipotesi di accesso al tribunale viciniore concerne necessariamente una sola *portio Populi Dei*.

Quanto al tribunale di appello, esso coincide con il foro che secondo le disposizioni del Codice di diritto canonico esamina in secondo grado le decisioni del tribunale *ad quod* (can. 1673, § 6). Pertanto, nel caso in cui il Vescovo abbia prorogato la competenza di un tribunale diocesano suffraganeo, il tribunale di appello è quello del Metropolita (can. 1438, 1°). Se invece il Vescovo ha prorogato la competenza del tribunale metropolitano, il tribunale

canonici, LVI (2016), pp. 413-418; e GERALDINA BONI, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte seconda), in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechurchiese.it), n. 5/2018, pp. 56-76.

di appello è quello designato dal Metropolita con l'approvazione della Sede apostolica (can. 1438, 2°). Qualora il Vescovo abbia disposto l'accesso a un tribunale interdiocesano, in seconda istanza giudica, sulla base della normativa previgente, il tribunale interdiocesano istituito dalla Conferenza episcopale con l'approvazione della Sede apostolica; ma se le diocesi aggregate al tribunale interdiocesano sono tutte suffraganee della stessa archidiocesi, il tribunale di appello è quello metropolitano (can. 1439, §§ 1 e 2)⁹⁰. Tuttavia la *mens legislatoris* del 4 novembre 2015 ha introdotto alcune modifiche al dettato codiciale⁹¹, stabilendo che i Vescovi possono liberamente erigere un tribunale interdiocesano infraprovinciale o provinciale di seconda istanza nonché un tribunale interdiocesano interprovinciale di seconda istanza una volta conseguita la previa licenza della Santa sede⁹². In grado di appello può comunque essere alternativamente adito nei casi appena indicati il tribunale della Rota romana (can. 1444, § 1, 1°; art. 27, § 1 DC).

L'accesso al tribunale vicinore non intacca il principio teologico secondo il quale il Vescovo è *iudex natus* dei fedeli affidati alla sua cura pastorale (cann. 1419, § 1 e 1673, § 1; art. 22, § 1 DC), anche nell'ipotesi in cui sia stato eretto il tribunale diocesano ovvero quello interdiocesano. Dunque il Vescovo può eccezionalmente avocare a sé una causa per giudicarla personalmente o disporre che sia definita da un altro giudice munito di potestà giudiziale delegata⁹³ tramite il rito ordinario o il processo documentale (can. 1688).

Inoltre il *motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* prevede che nella fase decisoria del *processus brevior* debba intervenire il Vescovo diocesano affinché o emani la sentenza *pro nullitate* o rimetta la causa all'esame ordinario (can. 1687, § 1). E non pare possibile che tale funzione possa essere delegata al Vescovo del tribunale *ad quod* mediante l'esercizio della facoltà di accesso: la novella processuale non ammetterebbe eccezione alcuna nel prescrivere la partecipazione in prima persona dell'autorità episcopale al termine dell'*iter* processuale più breve, che peraltro attua il criterio fondamentale n. III che ha guidato l'opera riformatrice.

⁹⁰ Si veda anche l'art. 25, 1°-4° DC.

⁹¹ Cfr. MANUEL GANARIN, *I tribunali interdiocesani secondo il m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus. Riflessioni circa la "sorte" del m.p.* Qua cura di Papa Pio XI, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 11/2016, 21 marzo 2016, p. 75 ss.; ID., *L'incidenza della riforma del processo canonico di nullità matrimoniale sul sistema dei tribunali interdiocesani. Recenti "vicissitudini" dei tribunali regionali italiani*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXV (2014), p. 638 ss.

⁹² Cfr. *supra*, nota 13.

⁹³ Cfr. MIGUEL ÁNGEL ORTIZ, *Sub art. 23 DC*, in *Norme procedurali canoniche commentate*, a cura di Massimo del Pozzo, Joaquín Llobell e Jesús Miñambres, cit., p. 293.

Il *Sussidio applicativo* del tribunale apostolico della Rota romana – una sorta di prontuario approntato in ausilio degli operatori dei tribunali ecclesiastici – conferma sul punto l'esclusività della prerogativa decisionale del Vescovo diocesano, escludendo che possa essere conferita al proprio organismo giudiziario vicario⁹⁴. Eppure lo stesso *Sussidio*, trascendendo la sua finalità essenzialmente chiarificatrice in alcuni punti sembra avere innovato lo *ius conditum*, sebbene a giudizio pressoché unanime della canonistica non possa legittimamente derogare alla normativa processuale universale, né tantomeno imporsi nei confronti dei suoi destinatari esplicando una qualche forza cogente⁹⁵.

In particolare il *vademecum* rotale prevede che la fase preliminare e quella istruttoria del *processus brevior* si svolgano ordinariamente nella diocesi del Vescovo *a quo* e non presso il tribunale viciniore del Vescovo *ad quem*. Così, nel caso in cui non vi sia nella diocesi il Vicario giudiziale il Vescovo *a quo* potrebbe esaminare *in limine* i libelli e decidere se dare avvio al processo ordinario ovvero più breve, usufruendo dell'assistenza di una persona qualificata (chierico o laico) o di un sacerdote titolato proveniente da un'altra diocesi. E laddove non vi sia nessuno di questi soggetti il Vescovo, una volta ricevuto il libello ed accertata la sussistenza dei presupposti di cui al can. 1683, 1° e 2° «può affidare l'istruzione della causa ad un Tribunale viciniore»⁹⁶.

Le indicazioni del tribunale apostolico sembrano porsi in contrasto con le nuove disposizioni processuali che valorizzano la figura del Vicario giudiziale, il quale decide il rito processuale da intraprendersi (can. 1676, § 2). È dunque a quest'ultimo che dovrebbe essere esibito il libello, come peraltro stabilisce l'art. 11, § 1 RP: «Libellus tribunali dioecetano vel interdioecetano ad normam can. 1673, § 2 electo exhibeatur». La norma precisa chiaramente che il libello debba essere presentato al Vicario giudiziale del tribunale diocesano o interdiocesano *ad quod*, che poi designa l'istruttore – possibilmente della diocesi di origine della causa (art. 16 RP) – e individua il Vescovo che,

⁹⁴ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus*, Città del Vaticano, gennaio 2016, p. 40: «È il Vescovo diocesano che deve pronunziare la sentenza e tale competenza esclusiva non può essere delegata a un Tribunale diocesano o interdiocesano e ciò per le seguenti ragioni: a) per una ragione di ordine teologico-giuridico sottesa alla riforma (che vuole proprio il Vescovo farsi personalmente segno della vicinanza della giustizia ecclesiastica ai fedeli e garante contro possibili abusi); b) per una ragione di ordine sistematico, perché il vaglio dell'eventuale appello sarà rimesso comunque al Metropolita o al Decano della Rota Romana, e ciò non sarebbe possibile se la sentenza venisse emessa da un tribunale collegiale».

⁹⁵ Sul punto rinviamo alla ricostruzione di GERALDINA BONI, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale*, cit., p. 83 ss.

⁹⁶ TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo*, cit., p. 19.

a mente del can. 1672, deve pronunciarsi nella fase conclusiva del processo più breve, rispettando il principio di prossimità tra le parti e il giudice (art. 19 RP)⁹⁷.

La fattispecie ordinaria prospettata dal *motu proprio* non consentirebbe al Vescovo diocesano *a quo* o ad altri suoi collaboratori di ricevere i libelli e di istruire le cause di nullità del matrimonio attraverso la procedura semplificata di cui ai cann. 1685 e 1686. È necessario pertanto che il libello sia trasmesso al Vicario giudiziale del tribunale cui è stata prorogata la competenza⁹⁸, fermo restando che la decisione finale è pur sempre riservata al Vescovo *a quo* (can. 1687, § 1), se relativamente competente ai sensi del can. 1672 (art. 19 RP).

Per quanto concerne infine le vicende estintive che pongono fine all'accesso al tribunale viciniore, la *prorogatio competentiae* potrebbe venire meno in ogni momento per decisione unilaterale del Vescovo *a quo* (che, ad esempio, decreta l'istituzione nella sua diocesi del tribunale di prima istanza) o del Vescovo *ad quem* (che, ad esempio, ritiene opportuno aggregare la diocesi a un tribunale interdiocesano) o, ancora, concordata da entrambe le autorità episcopali (ad esempio, al fine di erigere un tribunale interdiocesano).

13. I casi di legittimo accesso al tribunale viciniore: il presupposto sostanziale del can. 1673, § 2

A conclusione della nostra analisi sull'istituto dell'accesso al tribunale viciniore è necessario soffermarsi sul quesito ermeneutico che principalmente può influenzare l'attuazione pratica del can. 1673, § 2. L'interprete ha infatti il compito di identificare nel contesto della riforma processuale il presupposto sostanziale legittimante la facoltà di accesso da parte del Vescovo diocesano – e dei soggetti a lui equiparati dal diritto (can. 381, § 2) –, delimitando le fattispecie nelle quali è possibile avvalersene.

La soluzione a tale quesito dovrebbe a nostro avviso procedere da due

⁹⁷ Cfr. G. PAOLO MONTINI, *Competenza e prossimità*, cit., p. 12.

⁹⁸ Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Lettera indirizzata a Sua Eccellenza Reverendissima, Mons. Cesare Nosiglia, Arcivescovo metropolitano di Torino e moderatore del Tribunale ecclesiastico regionale piemontese et pro notitia a Sua Eminenza Reverendissima il Signor cardinale Angelo Bagnasco, Presidente della Conferenza episcopale italiana*, 24 aprile 2017, prot. n. 4501/17 SAT, consultabile nel sito ufficiale del Tribunale ecclesiastico regionale piemontese, www.terp.it. Ciò nonostante papa Francesco sembra avere avallato di fatto l'interpretazione prospettata dal *Sussidio* della Rota romana: cfr. FRANCESCO, *Udienza ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana*, 25 novembre 2017. Il testo è stato pubblicato nel *Bollettino* della Sala stampa della Santa sede del 25 novembre 2017 (cfr. <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino.html>).

premesse fondamentali, che qualificano positivamente e negativamente la decisione di prorogare la competenza a favore di un tribunale inferiore. Se per un verso, la proroga garantisce la maggiore *proximitas* delle istituzioni ecclesiastiche, per l'altro essa determina la deresponsabilizzazione fattuale del Vescovo in un "compartimento-chiave" del governo pastorale della diocesi quale l'amministrazione della giustizia: è stato acutamente osservato che il tribunale *ad quod* non esercita la potestà giudiziale in forma ordinaria e vicaria (can. 131, § 2) – come invece accade quando è istituito il tribunale diocesano e interdiocesano – bensì una potestà delegata per tramite di una previa abilitazione pontificia, in forza della quale tuttavia il tribunale stesso «non si pone [...] alle dipendenze del Capo della circoscrizione servente [...]. L'*Episcopus dioecesanus* "a quo" non ha quindi alcun potere di moderazione o d'intervento nei confronti del foro oggetto della proroga»⁹⁹.

Il Vescovo *a quo* dunque non diviene il Vescovo moderatore del tribunale *ad quod*, in quanto non può né presiederlo né dirigerlo (art. 24, § 2 DC). Una circostanza a ben vedere non propriamente rispondente al disegno riformatore di papa Francesco, incentrato sulla dimensione diocesana della giustizia tramite la rivalutazione delle figure del "Vescovo-giudice" e del tribunale vicario (criterio fondamentale n. III; can. 1673, §§ 1 e 2). Da tale constatazione potrebbe ricavarsi allora che l'accesso al tribunale viciniore è prefigurato dal legislatore quale opzione strutturale non equivalente a quella dell'istituzione del tribunale diocesano e, nonostante il silenzio del canone, pure di quello interdiocesano: effettivamente è solamente per tramite dei tribunali vicari (diocesano e interdiocesano) che il Vescovo diocesano può essere reso partecipe a vario titolo del funzionamento della "macchina" giudiziaria, manifestando così la sua personale sollecitudine nei riguardi della salvaguardia dei diritti dei *christifideles*.

Il ricorso all'accesso al *vicinius tribunal* pertanto sembra inevitabilmente destinato ad assumere i contorni di una misura alternativa residuale e straordinaria¹⁰⁰, che in un'ottica di sussidiarietà "orizzontale" interepiscopale consente di assicurare ai fedeli la vicinanza e l'accessibilità del tribunale di prima istanza laddove non sia possibile usufruire di organi di giustizia vicari. Così un limite implicito si porrebbe quale condizione di applicazione della seconda parte del can. 1673, § 2: il divieto imposto al Vescovo di abusare della facoltà che la nuova legge processuale gli ha conferito, in modo che non acceda a un altro tribunale al solo scopo di eludere l'obbligo di erezione

⁹⁹ MASSIMO DEL POZZO, *Dal "tribunale limitrofo" al "tribunale sussidiario"*, cit., p. 1642.

¹⁰⁰ Cfr. ID., *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica*, cit., p. 18, il quale comunque auspica che sul punto sia data «un'opportuna autorevole delucidazione».

del tribunale diocesano¹⁰¹, se non anche la possibilità di erigere il tribunale interdiocesano o di unirsi ad esso. Evidentemente una decisione di siffatta portata si rivelerebbe un “tradimento” degli auspici riformatori.

Le ipotesi nelle quali l'accesso appare sicuramente giustificato si ridurrebbero così a due: o perché non è in alcun modo possibile costituire un tribunale diocesano o interdiocesano¹⁰², come del resto già prevedeva l'art. 24, § 1 DC; o perché il Vescovo diocesano intende prorogare transitoriamente la competenza di un tribunale diocesano o interdiocesano viciniore in funzione dell'imminente erezione nella diocesi del tribunale di prima istanza. Entrambi i casi peraltro sono espressamente contemplati nel *Sussidio applicativo* del tribunale apostolico della Rota romana: l'autorità episcopale può accedere al tribunale viciniore solo quando sia «realmente impossibile»¹⁰³ istituire il tribunale diocesano ovvero non sia «possibile costituire nell'immediato il proprio tribunale»¹⁰⁴, in quanto deve ancora essere formato un numero sufficiente di operatori (art. 8, § 1 RP).

Invero il prontuario rotale puntualizza che il Vescovo può recedere dal tribunale interdiocesano (art. 8, § 2 RP) per accedere provvisoriamente al tribunale viciniore, a condizione che non sussistano le condizioni per l'istituzione del tribunale di prima istanza nella sua diocesi¹⁰⁵. Ciò significa quindi che il Vescovo potrebbe usufruire della *facultas accedendi* ancorché vi sia un tribunale interdiocesano da cui si è previamente dissociato. L'esigenza di implementare il principio di prossimità di conseguenza prevarrebbe su quella di preservare il principio di vicarietà, il quale tuttavia responsabilizza nel settore della giustizia ecclesiale il Vescovo diocesano, non traducendosi nell'affidamento delle cause a un altro tribunale sul quale non può svolgere alcuna funzione direttiva o di coordinamento.

L'evenienza prospettata dal *Sussidio applicativo* evidentemente intende

¹⁰¹ Cfr. CARMEN PEÑA GARCÍA, *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal* nel vol. *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, a cura di María Elena Olmos Ortega, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 92.

¹⁰² Così MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Aspectos pastorales de la reciente reforma procesal*, in *Commentarium pro religiosis et missionariis*, XCVII (2016), p. 90.

¹⁰³ TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo*, cit., p. 17, nota 21.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 18.

¹⁰⁵ Si veda al riguardo lo schema di «Decreto per recedere da un Tribunale interdiocesano e accedere a uno viciniore», *ivi*, pp. 65-67. All'interno dello schema è indicato che il recesso presuppone l'impossibilità di erigere il tribunale diocesano e la necessità di formare quanto prima il personale da impiegarsi in futuro nell'erigendo organo di giustizia della diocesi. Inoltre il *Sussidio applicativo* precisa che l'accesso è temporaneo (*ad triennium*) e non pregiudica il diritto inalienabile del Vescovo diocesano non solo di “definire” ma anche di “trattare” le cause matrimoniali mediante il *processus brevior*.

porre rimedio nel breve periodo alla distanza talvolta cospicua che separa i fedeli dai tribunali interdiocesani. Eppure non potrebbe escludersi che tale evenienza possa nel corso del tempo stabilizzarsi laddove non sia fattibile la costituzione del foro diocesano: garantendo ulteriormente la vicinanza delle strutture giudiziarie per tramite dell'istituzione nella diocesi del Vescovo *a quo* di una sezione istruttoria del tribunale *ad quod*, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 24, § 2 DC¹⁰⁶. Si renderebbe utile tuttavia sul punto un chiarimento del legislatore, al fine di stabilire se e in quale misura il principio di vicarietà possa essere compresso a vantaggio di una maggiore prossimità del tribunali della Chiesa, permettendo così al Vescovo di accedere al tribunale viciniore nonostante avesse potuto in alternativa unirsi a un tribunale interdiocesano (per esempio, una “compressione” di tale portata potrebbe essere “tollerata” a favore delle diocesi di piccole dimensioni nelle quali il numero di cause è esiguo, se non inesistente?).

Inoltre potrebbe accadere che il tribunale *ad quod*, cui il Vescovo intende prorogare la competenza perché oggettivamente più prossimo ai fedeli, corrisponda non a un tribunale diocesano ma ad un tribunale interdiocesano. Nel caso in cui l'accesso sia stabile o tenda a divenire stabile, smarrendo il suo connotato originario di transitorietà, non si comprende quale ragione possa ostacolare il ripristino del principio di vicarietà facendo sì che il Vescovo *a quo* aggreghi formalmente la sua diocesi al tribunale interdiocesano preesistente¹⁰⁷: partecipando in questo modo collegialmente e responsabilmente all'esercizio della *potestas iudicialis*¹⁰⁸. Un intervento ripristinatorio che peraltro potrebbe sollecitare la Segnatura apostolica – istituzionalmente incaricata di promuovere (e non soltanto di approvare) l'erezione dei tribunali interdiocesani (can. 1445, § 3, 3°; art. 124, 4° PB; art. 35, 5° LP) –, una volta esaminata la relazione annuale sullo stato e le attività dei tribunali ec-

¹⁰⁶ In questo senso cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Dekret der Apostolischen Signatur*, cit., p. 206.

¹⁰⁷ «Ci si potrebbe infatti chiedere, qualora ci si avvalessse in modo stabile di un altro tribunale vicino, per quali motivi non si costituisca insieme un tribunale interdiocesano o decidere di farvi parte, qualora questo sia già costituito»: ADOLFO ZAMBON, *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 93.

¹⁰⁸ Non è un caso che un Autore, in merito alla proroga stabile di competenza a favore di un tribunale viciniore abbia evidenziato la necessità di interpretare il verbo “accedere” di cui al can. 1673, § 2 «non nel senso di affidare la trattazione delle proprie cause a un tribunale altrui, bensì che il vescovo faccia entrare a pieno titolo la propria diocesi tra quelle per le quali il tribunale è costituito»: MASSIMO MINGARDI, *Il ruolo del vescovo diocesano* nel vol. *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, a cura della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*, Ancora Editrice, Milano, 2016, p. 98. Tale osservazione, sebbene a prima vista sembri confondere la figura del tribunale *ad quod* con quella del tribunale interdiocesano, in realtà pone in risalto l'aspetto che contraddistingue negativamente l'istituto dell'accesso: quello di deresponsabilizzare sostanzialmente il Vescovo circa la trattazione degli “affari” giudiziari della sua diocesi.

clesiastici: infatti, nella relazione stessa devono essere allegare, tra l'altro, le osservazioni del Vicario giudiziale in merito ai mutamenti introdotti nell'ordinamento dei tribunali (Lettera circolare *Inter munera* del 30 luglio 2016, n. II)¹⁰⁹.

14. *Breve annotazione conclusiva*

I tratti caratterizzanti l'istituto dell'accesso al tribunale viciniore risultano agevolmente determinabili in via ermeneutica. Ciò vale tanto per la sua affinità alla *prorogatio competentiae* – sino all'entrata in vigore del *Mitis iudex* concessa esclusivamente dal Supremo tribunale della Segnatura apostolica – quanto per la determinazione dei requisiti di validità e di liceità secondo i criteri generali di interpretazione della legge canonica.

Vi è tuttavia un duplice aspetto problematico che abbisogna di un intervento risolutore auspicabilmente promosso o dal legislatore universale della Chiesa o da un'Istruzione chiarificatrice (can. 34, § 1) o dalla prassi amministrativa della Segnatura apostolica (can. 19): stabilire se il Vescovo possa decretare che l'accesso sia, oltre che stabile, pure occasionale per la definizione di una singola causa matrimoniale; nonché identificare in modo certo le fattispecie nelle quali è consentito prorogare legittimamente la competenza di un tribunale inferiore di prima istanza onde ripristinare o salvaguardare la prossimità delle strutture ecclesiastiche.

Una delucidazione volta ad assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione della normativa processuale riformata potrà così prevenire eventuali abusi disciplinari particolarmente gravi¹¹⁰: specie laddove implicino, in assenza di un'autorizzazione preventiva della Sede apostolica, la possibilità di disporre in modo arbitrario della *potestas iurisdictionis* del Vescovo diocesano ricevuta in virtù della consacrazione episcopale ed esercitata nella comunione gerarchica.

¹⁰⁹ Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Litterae circulares* "Inter munera" *de Statu et activitate Tribunalium*, 30 luglio 2016, prot. n. 51712/16 VT, in *A.A.S.*, CVIII (2016), pp. 948-953. All'indirizzo internet www.vatican.va è inoltre disponibile lo schema della *Relatio Annualis de Statu et Activitate Tribunalium pro Ecclesia latina* allegato al testo della Lettera circolare. Nella pagina iniziale della *Relatio* il Vicario giudiziale – evidentemente anche del tribunale *ad quod* – è tenuto ad indicare il seguente dato: «Iudicantur in prima instantia causae Ecclesiae/arum particularis/ium».

¹¹⁰ Cfr. GERALDINA BONI, *La recente riforma*, cit., p. 14.

*L'επισκοπή, una proposta di interpretazione alla luce dei principali documenti del magistero universale della Chiesa cattolica**

FEDERICO MARTI

...quia quanto magis res omnis distinguitur, tanto melius aperitur, ideo rerum omnium multiplex a nobis divisio distinctio subiciatur
(Placentinus, Summa Institutionum ad Inst. 2.1)

Premessa

La vastità delle questioni connesse al tema dell'*επισκοπή* è tale da non poter essere realisticamente affrontata in modo esaustivo in un lavoro monografico e meno che meno in una relazione. Se si vuole offrire un contributo utile alla ricerca scientifica è inevitabile circoscrivere l'ambito di indagine. Ritenendo di interpretare la mente degli organizzatori del presente convegno, si tenterà, partendo dai principali documenti del magistero universale, di ritracciare quale significato e quali contenuti possano oggi utilmente attribuirsi all'*επισκοπή* nell'attuale ecclesiologia cattolica¹. Subito però ci si scontra con una prima difficoltà, ossia la tendenza ad utilizzare termini la cui valenza semantica varia a seconda del contesto, il che causa non poche incertezze in quanto l'individuazione dell'esatta portata di una parola rischia di dipendere dalla personale interpretazione di ciascun lettore. Per tale ragione si è ritenuto

* Testo della relazione tenuta in occasione del convegno internazionale Episcopal Ordination and Episcopal Ministry according to Catholic and Orthodox Doctrine and Canon Law organizzato dall'Institute for Ecumenical Studies della Facoltà di Teologia dell'Università di Friburgo in collaborazione con l'Institute of Superior Studies in Orthodox Theology di Chambésy e l'Aspirantura/Doctorantura of Moscow tenuto a Friburgo il 3-6 aprile 2013.

¹ Oltre ai principali documenti conciliari rilevanti per il tema in oggetto, si sono utilizzati l'esortazione apostolica *Pastores Gregis* e il direttorio *Apostolorum Successores*.

fornire in nota un glossario² i cui termini, fissati ed univoci, sono qui utilizzati come strumenti per l'esposizione del contenuto dei documenti esaminati e per l'espressione di alcune personali riflessioni. Il rischio di arbitrarietà nelle scelte fatte è presente, ma si confida comunque di incontrare la benevolenza degli studiosi almeno in ragione degli sforzi profusi. Nonostante si è consapevoli che l'uso più comune nei documenti magisteriali e nella dottrina sia quello di considerare come sinonimi l'*Ἐπισκοπή* e il *munus episcopale*³, l'esigenza richiamata in epigrafe di cominciare ad introdurre delle distinzioni di ambiti e contenuti, per ciò che riguarda la funzione episcopale giustifica, ad avviso di chi scrive, la scelta terminologica di considerare l'*Ἐπισκοπή* quale una tra le possibili modalità di espressione-concretizzazione del *munus episcopale*⁴.

In ultimo è chiaro che questa relazione offre semplicemente uno sguardo di insieme, una panoramica generale che per sua natura non può approfondire le singole questioni evidenziate. In definitiva il presente vuol essere un contributo per l'avvio di ulteriori e più qualificate riflessioni su un ambito vasto e complesso che nell'attuale crisi dei modelli classici di organizzazione ecclesiastica appaiono indispensabili.

1. Fondamenti scritturistici

Per ben comprendere nella sua portata la realtà teologico-canonica sottesa al concetto di *Ἐπισκοπή*, il suo significato profondo, è necessario partire

² *Munus episcopale* – ministero, inteso nella sua accezione più ampia di contenuto, a cui è chiamato l'insignito dell'ordine episcopale, e che implica il conferimento della pienezza dei *munera Christi* il cui esercizio però assume forme e modalità diverse.

Ἐπισκοπή – incarico che comporta l'esercizio diretto-immediato e personale dei *tria munera Christi* ricevuti con l'ordinazione episcopale su una specifica *portio populi Dei* al fine di condurla alla salvezza. *Vescovo* – fedele ordinato nel grado dell'episcopato, quindi con una accezione attinente al profilo sacramentale.

Vescovo diocesano – vescovo (inteso come sopra) che tramite la *missio canonica* ha ricevuto l'*Ἐπισκοπή* su una Chiesa particolare e le altre funzioni (diverse dall'*Ἐπισκοπή* ma sempre espressione nel *munus episcopale* e ricomprese nella *missio canonica* di vescovo diocesano) da esercitarsi *intra fines dioecesis*, quali ad esempio l'ecumenismo, la missionarietà e la promozione umana.

Ἐπίσκοπος – vescovo diocesano considerato in quanto titolare dell'*Ἐπισκοπή*.

³ Da segnalare la schematizzazione, efficace ed in gran parte condivisibile, delle diverse declinazioni del *munus episcopale* a livello universale, regionale e locale di JOSÉ R. VILLAR, *Episcopado*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, a cura di JAVIER OFADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, (di seguito DGDC), vol. 3, p. 642.

⁴ Nel magistero Benedetto XVI si può trovare anche una lettura del presbiterato e del diaconato quali modalità di essere dell'*Ἐπισκοπή* / *munus episcopale*, cfr. la catechesi di mercoledì 10 maggio 2006, in *Insegnamenti di Benedetto XVI*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, vol. 7, parte 1, pp. 564-567 (particolarmente p. 565).

anzitutto dal significante. Ma fare questo richiede di proiettare lo sguardo sul periodo più fecondo ma anche difficilmente conoscibile della storia della Chiesa vale a dire l'epoca apostolica e subapostolica.

Il termine *ἐπίσκοπος* (*ἐπί*=sopra + *σκοπέω*=vedere) da cui è derivato *ἐπισκοπή* per significare il compito svolto dall'*ἐπίσκοπος*, a motivo dei suoi rilevanti contenuti è certamente uno tra quelli che più ha ricevuto l'attenzione degli studiosi delle varie scienze ecclesiastiche, dall'ecclesiologia all'esegesi biblica, dalla canonistica alla storia della Chiesa. Purtroppo i notevoli sforzi profusi non sono riusciti ad aver ragione della scarsità e non univocità delle fonti storiche, determinando sull'argomento una varietà di opzioni storico esegetiche. Il Nuovo Testamento, ed in particolare le lettere pastorali e le lettere di Paolo, rappresentano la fonte principale di informazioni per capire il ruolo di quella particolare categoria di fedeli individuata con il nome di *ἐπίσκοποι*. Ciò detto, bisogna però mettere in guardia dal cadere nel grossolano errore di operare un'indebita generalizzazione delle risultanze storiche emergenti da ciascuna singola fonte, ritenendo come valida per tutte le comunità cristiane quella che è semplicemente la contingente realtà storica di una singola comunità in un dato momento⁵.

Come è noto il termine *ἐπίσκοπος* nella letteratura classica è molto diffuso, più nella poesia che nella prosa. In genere è usato con il significato di guardiano, protettore, patrono con particolare riferimento ai numi tutelari o vendicativi posti a garanzia dei contratti. Ad Atene questo assume un significato tecnico molto preciso, indicante il magistrato inviato dalla repubblica per organizzare le colonie e i territori conquistati, e simile per certi aspetti all'armosta spartano *αρμοστής* (*αρμοζώ* = unisco a me, organizzo). Numerose altre sono le sfumature di significato, ma tutte ruotano intorno al concetto di sorvegliante, protettore e forse anche organizzatore.

Nella LXX *ἐπίσκοπος* viene utilizzato 14 volte nella sua accezione generica, per lo più per rendere l'ebraico *paqud* e *mufqad* (sorvegliante, commissa-

⁵ Di questo avviso è Prat che scrive: «au demeurant, le tableau qui résulte des Épîtres de Paul ne saurait convenir à tout le 1^{er} siècle, il s'applique uniquement à l'intervalle d'une dizaine d'années qui suivit immédiatement les fondations pauliniennes. Il serait contraire à tout logiques de l'étendre aux autres Église apostoliques ou à des chrétiens adultes, vingt, trente ou quarante ans après leur naissance», FERDINAND PRAT, *Évêques, origine de l'épiscopat*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, a cura di JEAN MICHEL ALFRED VACAN, JOSEPH-EUGÈNE MANGENOT, ÉMILE AMMAN, Letouzey et Ané, Paris, 1913, vol. 5, col. 1656. Ad esempio il fatto che dalle lettere di Paolo ai Corinzi traspaia la mancanza nella comunità di una strutturazione organizzativa giuridicamente ben definita, è facilmente spiegabile con l'estrema giovinezza della comunità (vale a dire di soli 4 o 5 anni al tempo in cui l'Apostolo scrive), e dunque non è argomento per escludere che comunità più antiche avessero già conseguito un livello di maturazione-organizzazione superiore. Ad esempio nella lettera ai Filippesi che Paolo manda ad una comunità fondata da più di una decina di anni, l'indirizzo iniziale di saluto contiene l'espresso riferimento ai vescovi ed ai diaconi come gruppo distinto dal resto della comunità.

rio, preposto)⁶. Molto più diffuso è il suo uso nel Nuovo Testamento, anche se spesso non ben distinto da un altro fondamentale termine, quello di *πρεσβύτερος*⁷. *L'episcopoh* è la funzione alla quale è preposto l'*ἐπίσκοπος*. Tale parola ricorre nella LXX come pure nel NT⁸. Da notare che mentre *ἐπίσκοπος* è frequente nella letteratura greca, la parola *episcopoh* è quasi esclusiva della Bibbia. Al di là del suo significato letterario-esegetico, tale circostanza è importante per i canonisti e gli ecclesiologi, poiché fa capire che per gli Autori sacri l'*episcopoh* è una funzione assolutamente peculiare rispetto alle altre similari esistenti nella società umana. Diversamente avrebbero ben potuto alternarne l'utilizzo con parole più comuni. Che la "funzione di sorveglianza" ed il "ruolo di sorvegliante" nella comunità cristiana sia un compito assolutamente unico e dunque non assimilabile ad altri lo dimostra la *Vulgata*, dove San Girolamo non traduce ma traslittera *episcopoh* ed *ἐπίσκοπος* coniando i termini *episcopatus* ed *episcopus*⁹.

⁶ Wernz al riguardo scrive: «Episcopus (cfr. c.1. §7. D.21.) vi vocis est inspector, praefectus, praeses. Quod verbum apud septuaginta interpretes (cfr. Num. IV. 16. XXXI. 14.) sive in ordine religioso sive in ordine civile designat munus quoddam publicum, cui aliqua *iusdictio* adnexa est. Ille usus loquendi translatus est in religionem christianam. Cfr. Act. Apost. I. 20. XX. 28. I. Tim. IV. 16., II Tim. IV. 2. sq.», FRANZ XAVIER WERNZ, *Ius decretalium*, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae, 1899, p. 869, n. 730, n. 5.

⁷ Non qui è possibile nemmeno accennare alla questione relativa della distinzione tra *ἐπίσκοποι* e *πρεσβύτεροι* (termine che ricorre, nei testi rilevanti ai fini della presente relazione, in At 11,30; At 14,23; At 15,2,4,6,22-23 e 16,4 dove addirittura gli anziani sembrano avere importanza pari a quella degli apostoli; At 20,17; At 21,18; 1Tm 4,14 e 5,17; Tt 1,5; Gc 5,14; 1Pt 5,1-2, 5). Una posizione esegetica ritiene che «there is evidence to suggest that they overlapped in function, and that the two titles may have been different terms for what was essentially the same office», LOTHAR COENEN, *Bishop, Presbyter, Elder*, in «The New International Dictionary of New Testament Theology», a cura di COLIN BROWN (traduzione, revisione ed ampliamento del «Theologisches begriffslexikon zum neuen testament»), The Paternoster Press, Exeter, 1978, vol. 1, p. 188. Analoga posizione è espressa da JACQUES SCHLOSSER, *The Ministry of the Episkope*, in *The Jurist*, vol. 66, 2006, pp. 105-111. Per quello che qui interessa basti tener presente che «la figura del obispo único en cada Iglesia aparece generalizada en el último tercio del s. II. Carecemos de datos sobre el paso de los *presbyteri-episcopoi* al obispo único local», JOSÉ R. VILLAR, *Episcopado*, cit., pp. 638-639.

⁸ Ci sono 44 occorrenze nella LXX e NT (4 occorrenze in libri non canonici, Salmi di Salomone 10,4; 11,1; 11,6; 1 Esdra 6,5; 3 Maccabei 5,42). In 24 di queste il termine indica la "visita" di Dio sia che si tratti di punizione che di salvezza (Lv 19,20; Nm 16,29; Gb 6,14; 7,18; 31,14; 34,9; Sap 2,20; 3,7,13; 14,11; 19,15; Sir 16,18; 18,20; 23,2434,6; Is 10,3; 23,17; 24,22; 29,6; Ger 6,15; 10,15; Lc 19,44; 1 Pt 2,12); 6 volte significa "censimento" o "l'insieme dei censiti" (Es 30,12,12; Nm 7,2; 14,29; 26,22; 26,43); 5 volte è la premura/protezione divina verso i giusti (Gb 10,12; 24,12; 29,4; Prv 29,13; Sap 4,15); 4 volte è usato per tradurre l'accusativo interno del sintagma ebraico «visitare visiterà - בָּקַרְתָּ וְיָקַרְתָּ » → «ἐπισκοπή ἐπισκέπεται ὑμᾶς», che significa «vi visiterà certamente» (Gen 50,24; 50,25; Es 3,16; 13,19); 3 volte indica un ruolo di responsabilità, di sorveglianza (Nm 4,16; Sal 109,8; At 1,20); 1 volta significa la cosa custodita (il «tesoro» del tempio, Ez 7,22); 1 volta l'episcopato neotestamentario (1 Tt 3,1). Si ringrazia il Rev. Dott. Alessio Fifi per la consulenza biblica.

⁹ Nel NT Girolamo praticamente traslittera sempre i termini *ἐπίσκοπος* ed *episcopoh*. Nel NT solo 2 volte su 9 non traslittera: esattamente quando la *episcopoh* di cui si tratta non è la funzione-ministero episcopale, ma la «visita» del Signore (Lc 19,44; 1 Pt 2,12). Negli altri casi, come detto, traslittera (At 1,20; 20,28; Fil 1,1; 1 Tm 3,1-2; Tt 1,7; 1 Pt 2,25). Diversamente nell'AT i termini

Il significato proprio del termine *ἐπίσκοπος* e le risultanze neotestamentarie sembrano legittimare l'idea che nelle fasi iniziali del cristianesimo la funzione dell'*ἐπίσκοπος* ossia l'*ἐπισκοπή* fosse più limitata rispetto al contenuto che essa è venuta ad acquistare successivamente, quando all'interno della comunità cristiana l'*ἐπίσκοπος* assume funzioni in origine svolte da altri soggetti quali gli apostoli, i profeti, i maestri, ruoli questi che gradualmente sono andati scomparendo¹⁰. Questo processo è abbastanza rapido considerato che nelle *Didachè* (opera probabilmente scritta a cavallo tra I e II sec.), in san Clemente Romano (†101? d.c.) e, soprattutto, in sant'Ignazio di Antiochia (†107? d.c.) l'*ἐπίσκοπος* appare già rivestito dei principali attributi oggi riferibili al vescovo diocesano¹¹.

Come noto, l'immagine più vicina a significare l'identità del vescovo diocesano è quella del pastore che, da un lato, conduce il gregge al pascolo e, dall'altro, va alla ricerca delle pecore disperse¹². Con migliori parole si può dire che il

ἐπίσκοπος ed *ἐπισκοπή* sono sempre tradotti in latino. La traslitterazione si ha solamente in Ne 11,22 («E il capo dei leviti a Gerusalemme era Uzzi», «אֲזַיָּהוּ הַלֵּוִיִּם», «καὶ ἐπίσκοπος Λευιτῶν», «et episcopus Levitarum») e Sal 108,8 («pochi siano i suoi giorni e il suo posto – ἡζήτην / τὴν ἐπισκοπήν αὐτοῦ / et episcopatum eius – lo occupi un altro»), ossia quando il significato dei due termini pare avvicinarsi a quello cristiano-neotestamentario.

¹⁰ Nelle *Didachè* (opera probabilmente scritta a cavallo tra I e II sec.) al capitolo XV,1 si afferma che l'*ἐπίσκοπος* esercita “anche” il ruolo di profeta e di dottore e quindi deve essere onorato come loro. Su questo argomento è ancora strumento di utile consultazione il volume collettaneo *Le ministère et les ministères selon le nouveau testament. Dossier exégétique et réflexion théologique*, a cura di JEAN DELORME, Édition du Seuil, Paris, 1974.

¹¹ Sul punto cfr. JEAN COLSON, *Évêque dans les communautés primitives. Tradition paulinienne et Tradition johannique de l'Épiscopat des Origines à saint Iréné*, Les éditions du Cerf, Paris, 1951, e più succintamente FERDINAND PRAT, *Évêques, origine de l'Épiscopat*, cit., coll. 1663-1666. Tenuto conto che «pour Paul, “charisme” au sens d'inspiration, ou “ministère” au sens de fonction hiérarchique, tout cela est opération de l'Esprit dans le Corps du Christ. Tout “ministère” est un “charisme”, une “grâce”, et tout “charisme”, tout “grâce” est un “ministère”, en ce sens que tout don de l'Esprit, que qu'il soit, et quelle que soit sa manifestation dans la communauté, est une “grâce” qui sacre celui qui la reçoit “organe” de l'Esprit», JEAN COLSON, *Évêque dans les communautés primitives. Tradition paulinienne et Tradition johannique de l'Épiscopat des Origines à saint Iréné*, cit., p. 52, quello di *ἐπίσκοπος* si configura quale ministero istituzionalizzato piuttosto che carismatico, come parrebbe indicare ad esempio il noto brano di Paolo in cui l'apostolo scrive (1Tm 3,1) che chi desidera l'*ἐπισκοπή* aspira ad un nobile lavoro, con ciò evidenziando che alla base vi è una iniziativa/desiderio dell'uomo, fermo restando che il potere e l'autorità esercitate dall'*ἐπίσκοπος* si radicano nel dono dello Spirito Santo ricevuto con l'imposizione delle mani (*χειροτονία*). Per una introduzione al tema del processo di “istituzionalizzazione del carisma” nella Chiesa primitiva, cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 28-33.

¹² «Tra le diverse immagini quella del pastore, con particolare eloquenza, illustra l'insieme del ministero episcopale, in quanto manifesta il suo significato, il suo fine, il suo stile, ed il suo dinamismo evangelizzatore e missionario. Cristo Buon Pastore indica al Vescovo la quotidiana fedeltà alla propria missione, la piena e serena dedizione alla Chiesa, la gioia di condurre verso il Signore il Popolo di Dio che gli viene affidato e la felicità nell'accogliere nell'unità della comunione ecclesiale tutti i figli di Dio dispersi (cf. Mt 15, 24; 10, 6)», *Apostolorum Successores*, n. 2 §2.

vescovo diocesano è un pastore chiamato, attraverso l'esercizio dei *tria munera Christi* e nei limiti dell'ambito territoriale della propria *missio canonica*, ad essere sorvegliante (*ἐπίσκοπος*) del gregge ed inviato (*ἀπόστολος*) per ricondurre con l'annuncio della "buona novella" le pecore smarrite¹³.

Per chiarire meglio si può anche dire, facendo propria un'intuizione del previgente direttorio *De pastoralis ministerio episcoporum* ossia la distinzione tra *gregge* inteso quale comunità cristiana e *diocesi* quale comunità umana (di cui è parte integrante la stessa comunità cristiana), che la *missio canonica* di vescovo diocesano abilita il vescovo all'esercizio del *munus episcopale* su entrambe le comunità; nell'accezione di significato qui adottata l'*ἐπισκοπή* non è altro che il *munus episcopale* esercitato in favore del gregge ed il vescovo diocesano in tal caso viene in rilievo come *ἐπίσκοπος*. In ultimo va detto che già dall'uso del termine *ἐπίσκοπος*, emerge la peculiarità dell'essere pastore; infatti rispetto al gregge il vescovo diocesano non è il *dominus*, ma l'*ἐπίσκοπος* ossia un guardiano/amministratore; egli infatti è chiamato a condurre (pascere) i fedeli ricevuti verso la salvezza eterna in nome e per conto di Cristo unico signore del gregge¹⁴. Questa è l'unica ragion d'essere dell'*ἐπίσκοπος* e dell'*ἐπισκοπή*, quest'ultima appunto intesa come "il ministero di condurre alla salvezza il gregge del Signore"¹⁵.

¹³ Esula dai fini della presente relazione tutto ciò che riguarda questo secondo ambito di esercizio del *munus episcopale* connesso alla *missio canonica* di vescovo diocesano, ad esempio la sua origine divina, i suoi contenuti, il rapporto con la Suprema Autorità etc. Nel presente lavoro si è anche scelto di utilizzare il termine Suprema Autorità della Chiesa cattolica al fine di evitare di dover affrontare le problematiche, tuttora assolutamente fluide (così le definisce EDUARDO MOLANO, *Autoridad suprema de la Iglesia universal*, in *DGDC*, vol. 1, p. 234) connesse ai rapporti tra Romano Pontefice e Collegio dei vescovi specie per quanto attiene i compiti e la giurisdizione di cui sono investiti.

¹⁴ Strumentale a tale scopo è la *sacra potestas* rispetto alla quale merita riportare le considerazioni di Congar «l'autorità è sì un titolo proprio, ma tale titolo è conferito nell'interno di un ordine generale di servizio, e, nel cristianesimo, non esiste al di fuori di quest'ordine. In maniera ancor più radicale, esse non può essere definita come una proprietà o un diritto di un uomo su altri uomini, ma anzitutto e nel modo più profondo come un onere posto da Dio su di noi, da Lui affidatoci come una responsabilità e un dovere», YVES M.-J. CONGAR, *La gerarchia come servizio secondo il Nuovo Testamento e i documenti della tradizione*, in *L'episcopato e la Chiesa universale*, a cura di YVES M.-J. CONGAR e BERNARD D. DUPUY, Edizioni Paoline, Roma, 1965, p. 115.

¹⁵ «Christus Dominus, ad Populum Dei pascendum semperque augendum, in Ecclesia sua varia ministeria instituit, quae ad bonum totius Corporis tendunt. Ministri enim, qui sacra potestate pollent, fratribus suis inserviunt, ut omnes qui de Populo Dei sunt, ideoque vera dignitate christiana gaudent, ad eundem finem libere et ordinatim conspirantes, ad salutem perveniant», *Lumen Gentium* n. 18 §1. Di particolare interesse è l'inciso *ad eundem finem libere et ordinatim conspirantes* poiché evidenzia l'essere l'aspirazione alla salvezza eterna una tendenza innata, un movimento già spontaneamente attivo nel popolo di Dio, e rispetto al quale l'*ἐπίσκοπος* si pone come propulsore e coordinatore. Questa sottolineatura dà ragione del riconoscimento dell'autonomia apostolica del laicato, rispetto alla quale l'*ἐπισκοπή* dell'*ἐπίσκοπος* è finalizzata ad un'opera di coordinamento e a favorire la complementarità tra le varie iniziative apostoliche, cfr. *Pastores Gregis* n. 51 §3.

2. Una proposta per l'individuazione del concetto di *επισκοπή*

Premessa indispensabile è la scelta di quale contenuto dare a ciò che vuol significarsi con la parola *επισκοπή*, riprendendo ed approfondendo quanto anticipato. Riguardo al concetto di *επισκοπή*, infatti, ci si può muovere tra i due estremi di una concezione ristretta, secondo quella che pare delinearli dagli scritti neotestamentari e dalle prime fonti cristiane, e di una concezione ampia in cui l'*επισκοπή* arriva a coincidere di fatto con il *munus episcopale*, ritenendo così che sia da qualificarsi come espressione di *επισκοπή* qualsivoglia atto di un vescovo diocesano connesso all'esercizio di uno dei *tria munera Christi*.

A mio modo di vedere l'una per difetto e l'altra per eccesso non colgono appieno la peculiare identità e valenza da attribuirsi all'*επισκοπή*. Da un lato certamente l'*επισκοπή* è una dimensione teologico-giuridica che non può essere limitata al solo *munus regendi* (secondo l'accezione ristretta che pare trasparire negli scritti neo-testamentari) ma abbraccia pure la dimensione dei *munera docendi e sanctificandi*, senza i quali per l'*επίσκοπος* sarebbe impossibile pascere il suo gregge. Dall'altro però è altrettanto chiaro che l'*επισκοπή* non arriva ad assorbire in sé la ricchezza di contenuto propria del *munus episcopale* di vescovo diocesano, anche perché se così fosse l'*επισκοπή* si ridurrebbe ad esserne un mero sinonimo¹⁶. In realtà tra questi ultimi due concetti esiste un rapporto di *genus ad speciem*, dove l'*επισκοπή* è una modalità, la principale, di esplicazione del *munus episcopale*.

Ciò detto occorre individuare quale sia il contenuto ecclesiologico e canonico da ricondursi nell'alveo dell'*επισκοπή*. Nel far questo non si può che partire ovviamente dalla funzione ecclesiale che ad essa è sottesa. A mio avviso, tenendo conto della sua valenza semantica nella lingua greca, si può con ragione ritenere che nell'*επισκοπή* rientri tutto ciò che è funzionale al condurre, al pascere il gregge del Signore verso i pascoli della salvezza¹⁷. Ne consegue quindi che l'*επισκοπή* ha un contenuto più ampio rispetto alla sua valenza neotestamentaria (dal momento che nella guida del gregge rientrano quelle funzioni inizialmente svolte, come detto sopra, da altri ministeri e solo successivamente assorbite dall'*επίσκοπος*) ma inferiore al *munus episcopale* inteso nella sua globalità. Infatti molti aspetti implicati nel *munus episcopale* ricevuto con l'ordinazione travalicano l'*επισκοπή* (intesa nell'accezione qui proposta), coinvolgendo altri ambiti di esercizio dei *munera Christi* comun-

¹⁶ Il che come evidenziato in premessa è la tendenza attuale.

¹⁷ Voglia scusarsi il mancato utilizzo di una terminologia più giuridica e tecnica, ma le immagini bibliche meglio riescono a veicolare l'idea che si cerca qui di comunicare

que riconducibili all'episcopato, come la dimensione missionaria della Chiesa, l'ecumenismo e la promozione umana¹⁸ (relativa al *munus docendi*), la celebrazione dei divini misteri non rivolta specificatamente alla santificazione del proprio gregge (*munus sanctificandi*), la partecipazione agli organi di governo della Chiesa universale e quindi alla *sollicitudo pro universa ecclesia* come pure agli organismi di governo sovra diocesani (*munus regendi*)¹⁹. A breve si approfondirà quanto qui detto.

In ultimo, va detto che la trattazione che segue sarà limitata solo alla Chiesa particolare che ha raggiunto la perfetta maturazione ecclesiologicala ossia la diocesi, ritenendosi prematuro allo stato attuale della riflessione ecclesiologicala e canonistica porsi il problema se, in che senso e con quali peculiarità possa parlarsi di *ἐπισκοπή* in riferimento alle altre circoscrizioni ecclesiastiche di cui al can. 368 del Codice latino.

3. Configurazione dell'*ἐπισκοπή*

Affrontare il tema di come si configuri l'*ἐπισκοπή* e di quali possano essere i suoi contenuti non può prescindere da una preliminare trattazione di cosa sia il *munus episcopale* essendo la prima, nell'accezione di significato assunta nella presente relazione, la *species* del secondo. Ovviamente la trattazione *de qua* non aspira ad essere altro che la mera esposizione delle convinzioni personali

¹⁸ La circostanza che il Codice orientale del 1990 tratti dell'ecumenismo in un titolo diverso da quello del *munus docendi* non deve trarre in inganno sul fatto che l'ecumenismo rientri a pieno titolo nel *munus docendi*. Infatti, come evidenzia GEORGE NEDUNGATT, *Magistero ecclesiastico nei due codici*, in *Il Diritto Canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, a cura di KURIKOSE BHARANIKULANGARA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, pp. 218-220, tale scelta sistematica è da ricondursi a ragioni di "sensibilità" e "diplomazia" verso la Chiese e Comunità separate che difficilmente potrebbero accettare di essere destinatari "di insegnamenti" da parte della Chiesa cattolica. Con efficace sintesi *Christus Dominus*, riguardo alla promozione umana, dichiara: «profecto Sacri Pastores, dum in spirituale sui gregis curam incumbunt, reapse sociali quoque et civili profectui ac prosperitati consulunt, actuosam in hunc finem cum publicis auctoritatibus, pro sui officii ratione et sicut Episcopus decet, operam consociantes atque iustis legibus oboedientiam et legitime constitutis potestatibus reverentiam suadentes», *Christus Dominus* n. 19 §2. Prima espressione della "promozione umana" è senza dubbio la *diakonia*, riguardo alla quale è stato autorevolmente scritto che «la funzione istituzionale della *diakonia* costituisce un compito e un dovere giuridico di coloro che rappresentano la stessa Chiesa come istituzione, sia in generale – a tutti i livelli, dalla Chiesa universale fino alle parrocchie – sia nell'ambito specifico del servizio della carità», CARLOS J. ERRÁZURIZ, *La dimensione giuridica del servizio della carità (diakonia) nella Chiesa*, in *Diritto canonico e servizio della carità*, a cura di JESÚS MIÑAMBRES, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 183.

¹⁹ «Singuli Episcopi, qui particularibus Ecclesiis praefficiuntur, regimen suum pastorale super portionem Populi Dei sibi commissam, non super alias Ecclesias neque super Ecclesiam universalem exercent. Sed qua membra Collegii episcopalis et legitimi Apostolorum successores singuli ea sollicitudine pro universa Ecclesia ex Christi institutione et praecepto tenentur, quae, etiamsi per actum iurisdictionis non exercentur, summopere tamen confert ad Ecclesiae universalis emolumentum», *Lumen Gentium* n. 23 §2.

dell'autore senza alcuna velleità dimostrativa delle stesse.

Quello del *munus episcopale* è senza alcun dubbio uno degli aspetti centrali su cui i Padri conciliari hanno inteso soffermarsi. Come è noto bisognava portare a compimento il lavoro avviato nel Vaticano I, traumaticamente interrotto dall'annessione della città di Roma all'Italia nel 1870. Mentre con la *Pastor Aeternus* il *munus petrino* era ormai un tesoro acquisito al patrimonio della Chiesa, il *munus episcopale* in quanto tale restava uno scrigno da aprire²⁰. È stato quindi logico e necessario che la dottrina sull'episcopato fosse uno dei punti più caratterizzanti l'intero Concilio Vaticano II.

L'idea di base che guida la riflessione dei Padri conciliari è che i vescovi, in quanto veri successori degli Apostoli, ricevono direttamente da Cristo la missione di annunciare il Regno e di condurre gli uomini alla salvezza²¹. Quale logica conseguenza si pone allora la derivazione-conessione del *munus episcopale* (e dei *tria munera Christi* connessi) dalla ricezione della pienezza del sacramento dell'Ordine: «Episcopalis autem consecratio, cum munere sanctificandi, munera quoque confert docendi et regendi, quae tamen natura sua nonnisi in hierarchica communionem cum Collegii Capite et membris exerceri possunt»²². Altrettanto chiaramente il Concilio, come si ricava dal brano ci-

²⁰ Alberigo ritiene che la mancanza di discussione circa l'episcopato in seno al Vaticano I «non ha mai avuto né esplicitamente né implicitamente il significato, né tanto meno il valore, di una negazione dottrinale», ed anzi è segno di un «pacifico possesso della dottrina sull'episcopato e sui suoi poteri nella chiesa universale», GIUSEPPE ALBERIGO, *Lo sviluppo della dottrina sui poteri nella chiesa universale. Momenti essenziali tra il XVI e il XIX secolo*, Herder, Roma, 1964, p. 437 e p. 438. In realtà nella *Pastor Aeternus* potevano trovarsi non solo indicazioni sulla natura e sui contenuti dell'ufficio di vescovo diocesano, ben sintetizzati da JEAN PIERRE TORRELL, *La théologie de l'épiscopat au premier concile du vatican*, Les éditions du Cerf, Paris, 1961, pp. 158-160, ma anche secondo alcuni (ad esempio, GEORGES DEJAIFFE, *Primato e collegialità nel Concilio Vaticano I*, in *L'episcopato e la Chiesa universale*, cit., pp. 795-821) spunti sulla collegialità episcopale.

²¹ «Episcopi, utpote Apostolorum successores, a Domino, cui omnis potestas in coelo et in terra data est, missionem accipiunt docendi omnes gentes et praedicandi Evangelium omni creaturae, ut homines universi, per fidem, baptismum et adimpletionem mandatorum salutem consequantur», *Lumen Gentium* n. 24 §1.

²² *Lumen Gentium* n. 21 §2. Nel decreto conciliare sull'ufficio pastorale dei vescovi si dichiara che «hoc suum episcopale munus, quod per consecrationem episcopalem susceperunt», *Christus Dominus* n. 3 §1. In maniera meno articolata ma più evocativa *Christus Dominus* n. 2 §2 afferma: «Episcopi itaque, per Spiritum Sanctum qui datus est eis, veri et authentici effecti sunt fidei Magistri, Pontifices ac Pastores». Tali concetti ritornano in *Pastores Gregis* n. 43 §1. Fermo restando che «da distinción y la correlación entre las dos potestades constituye, sin embargos, una de las cuestiones más debatidas entre los canonistas y sobre le que todavía non existe un verdadero consenso [...] Un giro importante en la línea de confirmar la unidad entre potestad de orden y de jurisdicción se ha realizado por el Concilio Vaticano II que habla de una sola potestad (*sacra potestas*)», ARTURO CATTANEO, *Potestad de orden*, in DGDC, vol. 6, p. 298. Un autorevole tentativo di conciliare la tradizionale distinzione tra potestà d'ordine e potestà di regime con il principio dell'unità della potestà ecclesiastica e la sua derivazione dalla consacrazione episcopale affermata dal Vaticano II è quello di Stickler a detta del quale «ad vitandam confusionem, loqui potius de unitate subiecti activi potestatis quam de unitate potestatis sacrae ipsius», ALFONSO M. STICKLER, *De potestatis*

tato, ribadisce con forza la coesistenza nella Chiesa del piano sacramentale e di quello giuridico ciascuno con una propria rilevanza, tant'è che «la consacrazione episcopale non inserisce di per sé il vescovo nella comunità gerarchica, né precisa un potere con esercizio concreto. Ad essa deve aggiungersi un elemento *giuridico-positivo* che risalga, almeno indirettamente, alla suprema autorità della Chiesa»²³. Ciò detto, deve rimanere chiaro che «consagración episcopal y comunión jerárquica no son elementos del mismo orden. La determinación jurídica no “completa” extra-sacramentalmente una insuficiente colación del la *sacra potestas* en la ordenación episcopal. El don sacramental transmite toda la autoridad (*sacra potestas*) para todo el ministerio episcopal, que se ejerce en los oficios (*munera*) de santificar, de enseñar y de regir (*munera docendi et regendi*), los cuales *natura sua* solo pueden ejercerse en comunión jerárquica con la cabeza y con los miembros del Colegio»²⁴.

L'appartenenza al Collegio dei vescovi nell'ecclesiologia del Vaticano II è una condizione previa e necessaria alla capitalità di una Chiesa particolare ed all'*επισκοπή* su di essa; da notare però che viceversa la capitalità di una Chiesa particolare è irrilevante ai fini dell'appartenenza al Collegio. Di fatti ci sono non pochi vescovi realmente investiti di *munus episcopale* che però non sono a capo di alcuna Chiesa particolare²⁵, e dunque si può ben dire, secondo l'accezione di significato qui assunta, che vi sono vescovi che non sono *επίσκοποι* (nell'accezione di significato qui assunta) ovvero che vi sono dei vescovi privi di *επισκοπή*²⁶. Circa l'incorporazione di un fedele al Collegio, come noto, occorre la presenza congiunta di due requisiti: la consacrazione episcopale e la *communio hierarchica* con il Capo e gli altri membri del Collegio²⁷.

sacrae natura et origine, in “Periodica”, vol. 71 (1982), pp. 65-91 (citazione p. 85).

²³ WILLIAM BERTRAMS, *Il potere pastorale del papa e del collegio dei vescovi, premesse e conclusioni teologico-giuridiche*, Casa Editrice Herder, Roma, 1967, p. 19.

²⁴ JOSÉ R. VILLAR, *Colegio episcopal*, cit., vol. 2, pp. 235-236.

²⁵ Cfr. *Pastores Gregis* n. 8 §10.

²⁶ Ciò non toglie che la vera vocazione di un vescovo sia essere *επίσκοπος*, come ricordava il beato Giovanni Paolo II nella sua allocuzione ai Padri Sinodali del 27 ottobre 2001: «tra le ragioni per cui quel Concilio [Trento] ha avuto un enorme influsso innovatore nel cammino del Popolo di Dio vi è stata sicuramente la riproposta della *cura animarum* quale primo e principale compito dei Vescovi, impegnati a risiedere stabilmente con il loro gregge e a formarsi validi collaboratori nel ministero pastorale mediante l'istituzione dei seminari», in *AAS*, vol. 94, 2002, p. 114.

²⁷ «membrum Corporis episcopalis aliquis constituitur vi sacramentalis consecrationis et hierarchica communione cum Collegii Capite atque membris», *Lumen Gentium* n. 22 §1. In maniera identica nella *Nota explicativa praevia* n. 2 si legge: «aliquis fit membrum Collegii vi consecrationis episcopalis et communione hierarchica cum Collegii Capite atque membris». Non appare quindi esatto quanto si legge in *Apostolorum Successores* n. 12 ossia che «il Vescovo diviene membro del Collegio episcopale in forza della consacrazione episcopale, che conferisce la pienezza del sacramento dell'Ordine e configura ontologicamente il Vescovo a Gesù Cristo come pastore nella sua Chiesa. In forza della

La consacrazione episcopale conferisce dunque la pienezza dei *munera sanctificandi, docendi e regendi* ancorché in ordine al loro regime si pongano delle differenze di non poco conto²⁸. Il *munus sanctificandi*, poiché più intimamente degli altri è radicato nell'ordinazione episcopale, per ciò che attiene il suo valido esercizio (non già il suo lecito esercizio) appare svincolato dalla *hierarchica communio*²⁹. I *munera regendi e docendi* nel loro valido e lecito esercizio sono invece subordinati all'atto giuridico di diritto umano della *hierarchica communio*³⁰, che è requisito necessario di ammissione e permanenza nel Collegio³¹. Solo quando abbia ottenuto la *hierarchica communio* (che può essere implicita nel caso di ordinazione diretta da parte del Romano Pontefice ovvero esplicita nel caso di mandato pontificio, di remissione della scomunica o di ammissione di un vescovo acattolico validamente ordinato) il singolo vescovo lecitamente e validamente, ancorché indirettamente-mediatamente attraverso il Collegio, può esercitare a favore della Chiesa universale e delle singole Chiese particolari i

consacrazione episcopale, il Vescovo diviene sacramento di Cristo stesso presente ed operante nel suo popolo, che mediante il ministero episcopale annunzia la Parola, amministra i sacramenti della fede e guida la sua Chiesa». Importante sottolineare che «el Concilio Vaticano II pone la *hierarchica communio* en el centro de la comunión, entendiéndola y presentándola no como una dimensión supererogatoria, sino como estructura fundamental y constitutivo de la plena comunión eclesial», MARCELLO SEMERARO, *Communio*, in *DGDC*, vol. 2, p. 287.

²⁸ «Pertanto, le tre funzioni, che costituiscono il “munus pastorale” ricevuto dal Vescovo nella consacrazione episcopale, debbono essere esercitate nella comunione gerarchica, anche se, per la loro diversa natura e finalità, la funzione di santificare è esercitata in modo distinto da quelle di insegnare e di governare», *Apostolorum Successores* n. 12. Ausilio di fondamentale per avere una panoramica sullo stato del dibattito dottrinale circa l'origine e la natura della potestà sacra nella Chiesa resta ancora oggi il contributo di ADRIANO CELEGHIN, *Origine e natura della potestà sacra. Posizioni postconciliari*, Morcelliana, Brescia, 1987.

²⁹ Questo pare potersi desumere in via indiretta dal fatto che il citato *Apostolorum Successores* n. 12 limita l'ipotesi di invalidità di esercizio dei *munera Christi* al di fuori della *communio hierarchica* ai soli *munera docendi e regendi*. Per uno studio ricostruttivo dei lavori in seno al Concilio Vaticano II sul concetto di *communio hierarchica* cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Hierarchica communio. Significato della formula nella “Lumen Gentium”*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1980.

³⁰ La *communio hierarchica* può essere qualificata come un “atto giuridico” e non “fatto giuridico” in quanto *actus iuridicus vocatur eius generis factum iuridicum, quod ex hominis voluntate proveniat, et ita provenire debeat, ut, si forte non ex humana voluntate factum sit, vel nulli vel alii sint eius iuridici effectus*», PIO CIPROTTI, *Actus iuridicus, in Dictionarium morale et canonicum*, a cura di PIETRO PALAZZINI, Officium Libri Catholici, Romae, 1962, p. 73, ed è indubitabile che “l'essere” in *communio hierarchica* derivi da una simultanea concorrenza di volontà individuali giuridicamente rilevanti (del Pontefice e dei singoli vescovi) volte ciascuna ad accogliere il medesimo patrimonio di fede, sacramenti e disciplina, cfr. can. 205 del Codice latino e can. 8 del Codice orientale.

³¹ Occorre infatti distinguere tra incorporazione all'*ordo episcopalis* conseguente alla consacrazione ed appartenenza al Collegio, per la quale occorre l'ulteriore requisito della *hierarchica communio*, cfr. JUAN I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 246-247. Altra proposta dottrinale è quella distinguere tra appartenenza *semplice* (prodotta dalla sola consacrazione) ed appartenenza *efficace* (prodotta dalla consacrazione e alla presenza della *hierarchica communio*), cfr. JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 282.

tria munera Christi di cui è ontologicamente investito. Qualora poi gli venga successivamente concessa una qualche *missio canonica*, il vescovo potrà esercitare, nell'ambito definito dalla *missio canonica*, direttamente-immediatamente e personalmente i *tria munera Christi* di cui ontologicamente è portatore. Resta bene inteso che «en rigor, mediante la consagración episcopal el obispo no recibe una *sacra potestas* colegial y otra *sacra potestas* particular, como potestades distintas. Lo que hay son diversas formalidades – colegial y particular – de ejercer la única *sacra potestas* sacramentalmente recibida»³².

Il riconoscere e l'affermare la chiara e netta distinzione esistente, almeno a livello concettuale, tra *communio* e *missio canonica* in quanto atti giuridici diversi aventi finalità diverse, appare un passaggio indispensabile per approfondire il tema dell'episcopato³³. Poste in maniera consequenziale l'una all'altra, costituiscono due *step* successivi attraverso cui i *munera Christi* che con la sola ordinazione episcopale sono da considerarsi quali *potestates existentes sed ad actum inanes* diventino *potestates existentes et ad actum expeditae*³⁴. Si è ben consapevoli dell'o-

³² JOSÉ R. VILLAR, *Episcopado*, cit., p. 641.

³³ Autorevole dottrina, diversamente, ritiene che «tale condizione [ossia la *hierarchica communio*] mancante nell'ipotesi scismatiche [...] non è propriamente un atto giuridico specifico, almeno nella disciplina latina, bensì una situazione oggettiva di armonica unità e subordinazione rispetto all'autorità suprema della Chiesa in cui vengono a trovarsi coloro che ricevono l'episcopato», JUAN I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 246-247. Legare inscindibilmente *communio* e *missio canonica* può portare con facilità ad affermazioni quali quella di ritenere che «sine hac missione canonica quivis Episcopus in Collegio non assumitur et munera sua ut potestates exercere non valet. Communio ergo hierarchica ipsa missione canonica constituitur et participatur», JEAN BAPTISTE BEYER, *De natura potestatis regimini seu iurisdictionis recte enuntianda*, in *Periodica de re canonica*, vol. 71, 1982, p. 118, n. 40, il che implica ritenere esclusi dal Collegio quei vescovi che, per varie ragioni anche non necessariamente disciplinari, siano privati della loro *missio canonica*.

³⁴ In quanto segue la tradizionale impostazione che non considera come due atti distinti la *communio hierarchica* e la *missio canonica*, è inevitabile che dal n. 2 della *nota explicativa praevia* alla *Lumen Gentium* non si riesca a cogliere l'esistenza di un duplice livello di attivazione-esercizio dei *tria munera Christi* dato che pone la questione esclusivamente nei termini di *missio canonica* quale simultaneo atto di attribuzione di un ufficio ecclesiastico e di concessione della *communio hierarchica*: «in consecratione datur ontologica participatio sacrorum munerum, ut indubie constat ex Traditione, etiam liturgica. Consulto adhibetur vocabulum munerum, non vero potestatum, quia haec ultima vox de potestate ad actum expedita intelligi posset. Ut vero talis expedita potestas habeatur, accedere debet canonica seu iuridica determinatio per auctoritatem hierarchicam». La tesi che l'atto giuridico di diritto umano posto dalla Suprema Autorità sia un requisito "abilitante" di una potestà già ricevuta con la consacrazione appare nel pensiero di WILHELM BERTRAMS, *Il potere pastorale del papa e del collegio dei vescovi, premesse e conclusioni teologico-giuridiche*, cit., pp. 4-46; JOSEPH RATZINGER, *Il nuovo popolo di Dio*, Queriniana, Brescia 1971, pp. 193-194; IDEM, *La collegialità episcopale: spiegazione teologica*, in *La Chiesa del Vaticano II*, cit., p. 753. Autorevole posizione contraria a quella qui espressa viene sostenuta fra gli altri da Beyer. Il grande studioso ritiene che la *missio canonica* (che per lui, diversamente da quanto qui sostenuto, è un atto unitario al cui interno sono ricomprese la *communio hierarchica* e la *missio canonica* in senso stretto) non è un "atto abilitante" ma vero e proprio "atto di concessione" di potestà ecclesiastica: «unde *communio hierarchica*, si duplice constat elemento, ut una sit realitas ecclesialis, fundamentum habet in consecratione simul et missione. Missio, ne sit, sola determinatio potestatis externa, recognoscantur

biezione che può muoversi a quanto qui sostenuto, ossia che «da tradizione è pure esplicita nell'affermare che il conferimento della giurisdizione episcopale può avvenire attraverso la mediazione diretta e causale di un atto amministrativo non sacramentale, la “missio canonica” e l'istituzione. In sostanza perciò ammette la separazione almeno parziale del potere di giurisdizione da quello di ordine; [...]. È una prassi che può aver condotto a degli abusi ma che non necessariamente deve essere considerata abusiva in se stessa»³⁵. Nondimeno l'obiezione non pare così decisiva³⁶, ed in ogni caso «è ora irrilevante se con la

ut potestatis concessio. Quae concessio potestatis a Deo Patre, fonte primo, in Christo est data et Petro et aliis apostolis ab eodem Domino collata est et permanenter constituta. Quae concessio potestatis habetur in facto missionis quae *directe* est *divina* in Petro; *divine* est *indirecte*, i.e. per Petrum in missione canonica transmissa, qua Episcopi in hierarchica relatione cum Petro et sub Petro in uno episcopali Ordine vel corpore hierarchico componuntur et consociantur. Quae potestas in Petro est *capitis*, in aliis est *communio*, tota vero haec *potestas missionis* est, seu potestas Ecclesiae hierarchice constitutae et stabilitae», JEAN BAPTISTE BEYER, *De natura potestatis regimini seu iurisdictionis recte enuntianda*, cit., p. 133. Un tentativo dell'Autore per ribattere all'evidenza che la *Nota esplicativa praevia* considera la *missio canonica* quale atto abilitante di un potere già ricevuto in precedenza con l'ordinazione, può trovarsi in IDEM, *Teologia e diritto nella «potestas sacra» della Chiesa*, in *Teologia e Diritto Canonico*, a cura di GIUSEPPE CAPRIO e ANGELO DI FELICE, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, pp. 71-72. L'idea che la *missio canonica* sia un atto attributivo di potestà, quantomeno in riferimento alla *potestas iurisdictionis*, è sostenuta pure da Rahner anche se, rispetto alla tesi tradizionale, mostra l'elemento di diversità di ritenere che «anche se il vescovo, secondo la dottrina oggi comune, riceve la sua giurisdizione dal papa, tuttavia questo potere giurisdizionale *iuris divini* che il vescovo riceve dal papa non è un frammento del potere che è proprio del papa stesso che egli delega al vescovo attraverso la sua nomina, ma il papa conferisce invece al singolo vescovo attraverso la sua nomina, la partecipazione al potere *iuris divini* del collegio episcopale istituito da Cristo nella chiesa», KARL RAHNER, *Lo ius divinum dell'episcopato*, in *Episcopato e Primato*, di KARL RAHNER e JOSEPH RATZINGER, Morcelliana, Brescia 1966, p. 79.

³⁵ EUGENIO CORECCO, *L'origine del potere di giurisdizione episcopale, aspetti storico-giuridici e metodologici-sistematici della questione (I)*, in *La scuola cattolica*, vol. 96, 1968, pp. 41-42.

³⁶ Sia consentito offrire alcuni spunti di riflessione sul punto. La critica per cui dalla tesi qui sostenuta «necessariamente e logicamente deve concludere con l'impossibilità che colui che non ha ricevuto l'ordine sacro possa in qualsiasi modo esercitare una funzione giurisdizionale nella chiesa. E ciò contrasta con una prassi ecclesiale non solo del passato ma anche attuale», GIAMPIETRO MOZZONI, *La collegialità episcopale. Tra teologia e diritto canonico*, Edizioni Dehoniane Bologna, 1986, p. 186, pare superabile. Ora, la radice sacramentale della potestà di giurisdizione, e più in generale della *sacra potestas*, è un dato che oggi difficilmente può essere messo in discussione. Qualunque sua modalità di esercizio tanto a livello di Chiesa universale quanto a livello di Chiesa particolare, a prescindere se il soggetto esercitante sia un ordinato od un laico, è a suo modo una partecipazione della potestà episcopale della Suprema Autorità o di quella del vescovo diocesano. Non è un caso che per evitare possibili confusioni in merito nei vigenti Codici si preveda l'immediata ordinazione episcopale di chi sia eletto Sommo Pontefice e che l'electo vescovo debba ricevere l'ordinazione prima di prendere possesso dell'ufficio, cfr. can. 332 §1 e can. 379 del Codice latino e can. 44 e can. 188 §1 del Codice orientale. La stessa *Pastor Aeternus* avendo avvertito l'esigenza di precisare che il primato del Romano Pontefice è di natura *vere episcopalis* a voler significare che è «della stessa specie del potere di cui gode il vescovo diocesano sui suoi soggetti, esteso, però, a tutti i fedeli», WILFRID F. DEWAN, *“Potestas vere episcopalis” nel primo concilio vaticano*, in *L'episcopato e la Chiesa universale*, cit., p. 850, in qualche misura conferma che non può esistere nella Chiesa una potestà di giurisdizione avulsa dal sacramento dell'ordine. È attraverso il sacramento dell'ordine nella pienezza dell'episcopato che la *sacra potestas*

grande maggioranza degli interpreti del Concilio si è dell'idea che il Concilio insegni la trasmissione di ogni autorità spirituale esclusivamente attraverso la consacrazione, oppure se si ritiene ancora possibile la tradizionale differenziazione (ma non separazione) di potestà di ordine e di potestà di giurisdizione nel senso dell'unità della *potestas* della Chiesa; in ogni caso dopo il Concilio Vaticano II è da escludere ogni concezione di *potestas* di giurisdizione indipendente dalla consacrazione»³⁷.

In relazione al caso di esercizio dei *munera Christi* al di fuori della *hierarchica communio* il Concilio ha tuttavia ritenuto non opportuno e prematuro prendere posizione. Il *nota bene* finale *Nota Explicativa praevia* sul punto dichiara solo che «Sine communione hierarchica munus sacramentale-ontologicum, quod distinguendum est ab aspectu canonico-iuridico, exerceri non potest. Commissio autem censuit non inrandum esse in quaestiones de liceitate et validitate, quae relinquuntur disceptationi theologorum, in specie quod attinet ad potestatem quae de facto apud Orientales seiunctos exercetur, et de cuius explicatione variae exstant sententiae». Contemporaneamente, grazie all'ecclesiologia ecumenica inaugurata dal Vaticano II con il decreto *Unitatis Redintegratio*, è venuta via via maturando la consapevolezza dell'esistenza di diversi gradi di *communio*, la cui pienezza è appunto nella Chiesa cattolica, ai quali corrispondono proporzionalmente ambiti di valido e lecito esercizio dei *munera regendi* e *docendi*³⁸. In

si incarna ossia esiste e può operare nella Chiesa militante. Per quanto poi attiene al suo esercizio concreto, questo può avvenire per attribuzione a diversi soggetti secondo varie condizioni e diverse modalità legate, da un lato, da quale ambito/declinazione di *sacra potestas* venga in gioco e, dall'altro, dalle caratteristiche richieste nel soggetto ricevente. Ad esempio nell'ufficio di parroco poiché vengono in gioco aspetti di santificazione e di governo, si richiede nel soggetto ricevente una duplice partecipazione: sacramentale (ossia con la ricezione dell'ordine sacro nel grado del presbiterato, non l'episcopato perché sarebbe una partecipazione sproporzionata rispetto alle esigenze dell'ufficio, non il diaconato perché insufficiente) e giuridica (ossia con la *missio canonica*). Per l'ufficio di giudice l'attuale disciplina, a determinate condizioni, ritiene sufficiente la sola partecipazione giuridica (con la *missio canonica*) non anche quella sacramentale, e quindi un laico (uomo o donna) può ricoprire tale incarico. Ma in entrambi i casi la potestà da loro esercitata si radica su quella del vescovo. Le questioni connesse alla partecipazione alla *sacra potestas* "per via sacramentale" e "per via giuridica" sono talmente ampie che sarebbe vano solo qui accennarle.

³⁷ WINFRIED AYMANS, *Autorità apostolica nel Popolo di Dio. Sul fondamento e i limiti del mandato spirituale*, in *Diritto canonico e comunione ecclesiale. Saggi di diritto canonico in prospettiva teologica*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 130.

³⁸ Sulla questione si veda l'esauriente sintesi di PABLO GEFAELL, *La giurisdizione delle Chiese ortodosse per giudicare sulla validità del matrimonio dei loro fedeli*, in *Ins Ecclesiae*, vol. 19, 2007, pp. 776-784; MARCELLO SEMERARO, *Communio*, cit., p. 286. Una disamina critica sulla liceità e validità degli atti di esercizio dei *munera Christi* al di fuori della Chiesa cattolica a partire dalla "non piena comunione" è offerta da GIANFRANCO GHIRLANDA, *Comunión Jerárquica*, in *DGDC*, vol. 2, pp. 340-341. Riguardo al concetto di "non piena comunione" «animadvertendum est in descripta positione Vaticanum II nihil innovasse in doctrina traditionali de elementis ad habendam communionem ecclesiale, sed vere immutavisse in consideratione acatholicorum status ecclesialis. Si etenim pro doctrina Magisterii auctoritative

tal modo sono state superate quelle difficoltà di ordine ecumenico ed ecclesio-
logico che rendevano problematico affermare che «de tre funzioni, che costi-
tuiscono il *munus pastorale* ricevuto dal Vescovo nella consacrazione episcopale,
debbono essere esercitate nella comunione gerarchica, anche se, per la loro
diversa natura e finalità, la funzione di santificare è esercitata in modo distinto
da quelle di insegnare e di governare. Queste ultime due funzioni, infatti, non
possono essere esercitate se non nella comunione gerarchica per la loro in-
trinseca natura (natura sua), altrimenti gli atti compiuti non sono validi»³⁹, dal
momento che ora è pacifico che nelle Chiese non in piena comunione con la
Chiesa cattolica esiste ed è riconosciuto, ovviamente in misura proporzionale
al grado di *communio*, un valido e lecito esercizio dei *munera Christi*.

Pur rilevando in due ambiti, quello indiretto-mediato attraverso il Colle-
gio e quello diretto-immediato e personale, resta inteso che nella sua essenza
unico è l'*episcopale munus*⁴⁰. Doveroso sottolineare che l'esercizio del *munus
episcopale* attraverso il Collegio, è tendenzialmente ed ordinariamente di natu-
ra *affettiva* come ricorda *Pastores Gregis*, e solo raramente, attraverso modalità
stabilite dall'ordinamento umano, essa diviene *effettiva* concretizzando in atti
l'esigenza divina che l'episcopato si esprima in modo collegiale⁴¹.

Da non confondere come sopra detto, poiché radicalmente diversi, la *com-
munio* e la *missio canonica*. La prima, per quanto detto, è un atto giuridico di

expressa in celebri Encyclica *Mystici corporis* unicus modus ut quis possit in comunione esse cum
Ecclesia catholica est *communio perfecta* seu plena, ita ut acatholici *non sint simpliciter* in comunione
ecclesiali, pro Vaticano II *alter* modus revera datur: aliquis potest in comunione esse, quae est
vera etsi non plena, qui est sane casus acatholicorum», FRANCESCO COCCOPALMERIO, *De comunione
ecclesiali iuxta doctrinam vaticani II*, in *Investigationes Theologico-Canonicae*, Università Gregoriana Editrice,
Roma, 1978, pp. 113-114.

³⁹ *Apostolorum Successores* n. 12.

⁴⁰ «Hoc suum episcopale munus, quod per consecrationem episcopalem susceperunt, Episcopi,
sollicitudinis omnium Ecclesiarum participes, in comunione et sub auctoritate Summi Pontificis
exercent, ad magisterium et regimen pastorale quod attinet, omnes uniti in Collegio seu corpore
quoad universam Dei Ecclesiam. Illud exercent singuli quoad assignatas sibi dominici gregis partes,
unusquisque Ecclesiae particularis sibi commissae curam gerens aut quandoque aliqui coniunctim
necessitatibus quibusdam diversarum Ecclesiarum communibus providentes», *Christus Dominus*
n. 3. Non buona la traduzione italiana di *Conciliorum Ecumenicorum Decreta* che parla di due distinti
munera connessi all'ordine episcopale «questo loro ministero episcopale, ricevuto per mezzo della
consacrazione episcopale, i vescovi, partecipi della sollecitudine di tutte le chiese, lo esercitano...
L'altro ministero lo esercitano come singoli...». (edizione 1991, p. 921).

⁴¹ *Pastores Gregis* n. 8 §5. *Apostolorum Successores* n. 12 quali possibili modalità di concretizzazione
della *collegialitas affectiva* indica il Sinodo dei Vescovi, la Visita *ad limina*, l'inserimento dei Vescovi
diocesani nei Dicasteri della Curia Romana, la collaborazione missionaria, i Concili particolari, le
Conferenze episcopali, l'impegno ecumenico, il dialogo interreligioso. Paolo VI sin dall'immediato
post concilio si è preoccupato di sottolineare che l'estensione alla Chiesa universale dell'autorità
episcopale avviene attraverso la comunione collegiale, cfr. PAOLO VI, *Allocuzione agli arcivescovi, vescovi
ed altri ordinari d'Italia* del 6 dicembre del 1965, in AAS, vol. 58, 1966, p. 68.

diritto umano in forza della quale il vescovo entra a far parte del Collegio. La *missio canonica* è invece l'assegnazione per atto giuridico da parte della Suprema Autorità di un ufficio connesso al *munus episcopale* (nel caso *de quo* la guida di una Chiesa particolare). Il rapporto che le lega è che la prima (*communio*) costituisce sempre un presupposto necessario della seconda (*missio canonica*) ma non il contrario. Ciò significa che la mancata concessione o la revoca della *missio canonica* nulla dice riguardo allo *status communionionis* del vescovo e quindi del suo essere parte del Collegio e della correlativa titolarità ed esercitabilità dei *tria munera Christi* a favore della Chiesa universale e delle singole Chiese particolari in forma indiretta-mediate attraverso il medesimo Collegio. Diversamente la *missio canonica* si connota come elemento costitutivo ed essenziale per l'esercizio diretto-immediato e personale del *munus episcopale* in quanto ne autorizza l'uso e ne individua l'ambito di estrinsecazione; di conseguenza è ovvio che la sua mancata concessione o revoca incide direttamente su tale possibilità di esercizio. Ai fini della relazione perciò si può dire che con la *missio canonica* avviene l'individuazione (in senso tecnico-giuridico) del gregge e della diocesi e la sua assegnazione ad un determinato vescovo. Solo da questo momento l'ordinato vescovo diviene vescovo diocesano cioè pastore e così chiamato, attraverso l'esercizio dei *tria munera Christi* e nei limiti dell'ambito territoriale di riferimento della *missio canonica*, ad essere sorvegliante (*επίσκοπος*) di un determinato gregge ed inviato (*απόστολος*) chiamato a ricondurre con l'annuncio della "buona novella" le pecore smarrite.

Sul punto è importante richiamare *Christus Dominus* n. 11 §2 dove si afferma che «singuli Episcopi, quibus Ecclesiae particularis cura commissa est, sub auctoritate Summi Pontificis, tamquam proprii, ordinarii et immediati earum pastores, oves suas in nomine Domini pascunt, munus docendi sanctificandi et regendi in eas exercentes. Ipsi tamen agnoscant iura, quae sive Patriarchis sive aliis hierarchicis Auctoritatibus legitime competunt». Tralasciando il riferimento alle "altre autorità ecclesiastiche", va sottolineata la decisiva scelta di impostare in termini di *auctoritas* e non di *potestas* la posizione della Suprema Autorità nella speciale relazione di *επισκοπή* che intercorre tra l'*επίσκοπος* e la sua Chiesa particolare. Diversamente vi sarebbe stato il rischio di cadere in una problematica contraddizione con il principio, ribadito anche qui, che gli *επίσκοποι in Christi nomine pascunt*, dal momento che dire *sub potestate romani pontificis* avrebbe inevitabilmente portato a ritenere la derivazione del loro potere da quello del Papa⁴².

⁴² Alcune volte però parrebbe rinvenirsi un utilizzo promiscuo dei due termini, come ad esempio in *Christus Dominus* n. 16 §1 dove in riferimento al *munus regendi* si utilizza il termine *auctoritas* quando forse si voleva intendere *potestas*.

Riepilogando:

1. con la consacrazione episcopale la persona ordinata riceve il *munus episcopale* e la pienezza ontologica dei *tria munera Christi*, il cui esercizio viene ad assumere forme diverse;
2. grazie alla *communio* il vescovo viene incorporato nel Collegio, rendendo possibile l'esercizio indiretto-mediato attraverso la partecipazione al Collegio dei *munera Christi* a favore della Chiesa universale e delle singole Chiese particolari;
3. la *missio canonica* abilita, per un dato ambito di riferimento, l'esercizio in forma diretta-immediata e personale dei *tria munera Christi* ricevuti da Dio con la consacrazione. Per quello che riguarda nello specifico l'ufficio di vescovo diocesano, ferma restando la primaria importanza dell'*ἐπισκοπή*, con la *missio canonica* il vescovo viene investito di altri compiti sempre espressione del *munus episcopale* e da esercitarsi in forma diretta-immediata e personale, ovviamente *intra fines dioecesis*, tra cui l'ecumenismo, la missionarietà e la promozione umana⁴³. Questi ulteriori compiti si fondano sul fatto che «il ministero del Vescovo è un servizio agli uomini che aiuta a conoscere e a seguire la volontà dell'unico Signore di tutti»⁴⁴.

Per quanto detto è chiaro che è il *munus episcopale* dunque a derivare direttamente da Dio, non la *missio canonica* (nel nostro caso su una data Chiesa particolare) che è invece assegnata dalla Suprema Autorità.

Focalizzando ora l'attenzione sulla *missio canonica* di vescovo diocesano emerge la necessità di introdurre una distinzione tra l'*ἐπισκοπή*, da un lato, e gli altri ambiti di esercizio del *munus episcopale* sempre in detta *missio* ricompresi quali la missionarietà, l'ecumenismo, la promozione umana. Infatti, mentre riguardo a questi ultimi ci si astiene dal pronunciarsi in questa sede circa la loro origine, natura, titolarità e contenuto, per quanto riguarda l'*ἐπισκοπή* va sottolineato con forza che titolare dell'*ἐπισκοπή* è solo ed esclusivamente l'*ἐπίσκοπος* e la *sacra potestas* gli deriva direttamente da Cristo⁴⁵, che è il titolare

⁴³ Si intuisce facilmente che non è possibile porre confini netti tra esercizio dell'*ἐπισκοπή* ed esercizio degli altri compiti qui menzionati, che anzi spesso sono tra loro mischiati. Si prenda ad esempio il caso delle celebrazioni interconfessionali che, pur riguardando primariamente l'ambito dell'ecumenismo, toccano pure l'*ἐπισκοπή* in quanto il vescovo diocesano nel suo ruolo di *ἐπίσκοπος* deve "vigilare" affinché tali celebrazioni non pongano in pericolo la salvezza dei fedeli, anzi aiutino il gregge a maturare in senso ecumenico.

⁴⁴ *Apostolorum Successores* n. 56.

⁴⁵ L'idea sopra richiamata di Rahner secondo cui «il papa conferisce al singolo vescovo attraverso la sua nomina, la partecipazione al potere *iuris divini* del collegio episcopale istituito da Cristo nella

remoto dell'*episcopio* e della connessa potestà giuridica sulle Chiese particolari. Pertanto la Suprema Autorità non ha alcuna titolarità o contitolarità nelle singole *episcopoi* sulle varie Chiese particolari proprie dei rispettivi *episcopi*: essa si limita a coordinarle-dispensarle in vista del bene della Chiesa universale e di tutte e singole le Chiese particolari⁴⁶. Il compito della Suprema Autorità si articola essenzialmente in due momenti: 1) individuare i soggetti idonei ad essere *episcopi* e assegnare loro, secondo modalità diverse che possono variare in relazione al contesto politico-ecclesiastico locale, le *episcopoi* sulle singole Chiese particolari; 2) vigilare sull'esercizio dell'*episcopio* da parte di ogni *episcopo* affinché questo sia proficuo per la Chiesa particolare e svolto in armonia con le esigenze della *communio ecclesiarum*⁴⁷. Da fuggire è l'idea di ritenere la Suprema Autorità quale titolare o contitolare delle *episcopoi* sulle Chiese particolari che poi concederebbe ai vari vescovi da lei chiamati a presiedere le varie diocesi: fare questo infatti significherebbe in sostanza ritornare ad una risalente concezione "centralista-amministrativista" nel rapporto Chiesa Universale-Chiese locali. Dallo stretto punto di vista dell'*episcopio* la Suprema Autorità pertanto, al di fuori di quanto si dirà immediatamente, deve astenersi dall'intromettersi su come il singolo *episcopo* decida di attuare e di portare avanti la propria *episcopio* poiché quest'ultimo in tale ambito non è a lei subordinato. Sotto il profilo dell'*episcopio* la Suprema Autorità va infatti considerata quale soggetto esterno rispetto al rapporto Cristo-*episcopo*-

Chiesa», KARL RAHNER, *Lo ius divinum dell'episcopato*, cit., p. 79, oltre ad essere una riproposizione della teoria classica curiale con la differenza di sostituire al Papa il Collegio incorre nei medesimi limiti, ossia di essere difficilmente conciliabile con la diretta derivazione da Cristo della *sacra potestas* dando piuttosto l'idea di una derivazione indiretta di questa per tramite del Collegio, senza contare che può dar adito ad una lettura che vede la guida delle Chiese particolari come una gestione per conto del Collegio di mere parti della Chiesa universale («se quindi il vescovo singolo è primariamente membro di un collegio al quale incombe la cura della chiesa universale, se egli governa la sua diocesi, nella misura in cui questa è appunto parte della chiesa universale e in quanto egli compie il suo ufficio locale come momento del suo compito primario e totale, allora questo assolvimento del suo compito deve essere tale che *con esso* e in esso sia viva da parte del vescovo la coscienza della sua responsabilità della chiesa universale e questa responsabilità non sia considerata come un compito puramente aggiunto, è perciò meno importante del suo ufficio», *ibidem*, p. 134, enfasi nell'originale). La tesi è condivisa dal Betti che scrive: «la potestà particolare dei singoli vescovi è solo una applicazione della potestà universale che compete a tutti in quanto formanti collegio», UMBERTO BETTI, *Relazione tra il Papa e gli altri membri del Collegio Episcopale*, in *La Chiesa del Vaticano II*, a cura di GUILHERME BARAÚNA, Vallecchi Editore, Firenze, 1965, p. 765.

⁴⁶ Questo esclude quindi la possibilità teorica per la Suprema Autorità di intestarsi tutte le *episcopoi*, abolendo di fatto le Chiese particolari, le quali invece esistono e devono esistere per volontà divina.

⁴⁷ Cfr. KARL RAHNER, *Qualche riflessione sui principi costituzionali della Chiesa*, in *L'episcopato e la Chiesa universale*, cit., pp. 675-676. Sulla *communio* quale principio teologico-canonico regolativo del *munus episcopale* cfr. JULIÁN HERRANZ, *La funzione di governo del vescovo diocesano*, in *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, a cura di JULIÁN HERRANZ, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 319-322.

ἐπισκοπή-Chiesa particolare⁴⁸. Ciò detto, la Suprema Autorità però quale coordinatrice-dispensatrice è titolare del diritto-dovere di vigilare affinché l'*ἐπίσκοπος* porti avanti un'*ἐπισκοπή* proficua ed in armonia con le esigenze della *communio ecclesiarum*, di aiutarlo se occorre, di supplire alle sue negligenze, ovviare ai suoi errori, rimuoverlo se necessario dalla titolarità dell'*ἐπισκοπή* sulla diocesi, ma mai può fare dell'*ἐπίσκοπος* un subalterno mero esecutore delle sue direttive⁴⁹. Per completare il discorso ed evitare fraintendimenti, va detto che coesiste, ed è altra cosa rispetto a ciò di cui qui si sta parlando, l'esercizio immediato del primato giurisdizionale che spetta alla Suprema Autorità su tutti e singoli fedeli e sulle Chiese particolari⁵⁰. Questo non si configura, come nel caso di cui sopra, quale intervento che dall'esterno agisce sul rapporto Cristo-*ἐπίσκοπος*-*ἐπισκοπή*-Chiesa particolare, ma opera dall'interno in quanto espressione del rapporto di quella mutua interiorità che sussiste tra Chiesa universale e Chiesa particolare ben evidenziato in *Communio notio* al n. 13⁵¹.

⁴⁸ L'idea della Suprema Autorità quale soggetto esterno che opera un coordinamento rispetto all'esercizio di potestà esistenti ed attribuite per volontà divina è, ad esempio, formulata da WILHELM BERTRAMS, *De relatione inter episcopatum et primum*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, 1963, p. 58, fermo restando che a giudizio del grande canonista «ipse Romanus Pontifex concedens institutionem canonicam vere est causa a qua iurisdictionis efficax Episcopi immediate derivatur, quatenus ipse confert elementum essenziale Episcopo necessarium ad iurisdictionem efficaciam habendam», *ibidem*, p. 75.

⁴⁹ Seguendo questa impostazione senza difficoltà può applicarsi alla Chiesa particolare il concetto di "autonomia" inteso secondo una accezione che tende «ad esprimere qualcosa che è definibile più che per caratteri propri, per la negazione di tratti che contengano l'idea di un limite o di un vincolo: quindi non tanto l'indipendenza quanto la non dipendenza; non l'autodeterminazione ma la non etero determinazione, non la libertà ma la non soggezione; non l'originarietà ma la non derivazione, non la suità ma la non implicazione; e così via», MASSIMO S. GIANNINI, *Autonomia: teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. 4, p. 356.

⁵⁰ Riguardo al concetto di Suprema Autorità si richiama quanto detto in nota 13.

⁵¹ «Episcopus est quidem visibile principium et fundamentum unitatis in Ecclesia particulari suo ministerio pastorali commissa. Ut autem unaquaqueque Ecclesia particularis plene sit Ecclesia, particularis nempe praesentia Ecclesiae universalis cum omnibus ipsius essentialibus elementis, ideoque *ad imaginem Ecclesiae universalis* formata, adsit in ipsa necesse est, tamquam elementum proprium, suprema Ecclesiae auctoritas: Collegium scilicet episcopale "*una cum Capite suo Romano Pontifice, et nunquam sine hoc Capite*". Primatus Romani Episcopi atque Collegium episcopale elementa sunt propria Ecclesiae universalis "*non derivata ex particularitate Ecclesiarum*", sed nihilominus *intima* cuiusque Ecclesiae particulari. Itaque "*ministerium Successoris Petri habendum est nobis non modo ut servitium quoddam 'globale', attingens singulas Ecclesias particulares 'ab extra'*", sed ut pertinens ad essentiam uniuscuiusque Ecclesiae particularis et quidem *'ab intra'*". Re enim vera ministerium Primatus ipsa sua natura secum fert potestatem vere episcopalem, non tantum supremam, plenam ac universalem, sed etiam *immediatam*, in omnes sive Pastores sive ceteros fideles. Ministerium Successoris Petri *intimum* esse unicuique Ecclesiae particulari necessaria existit expressio fundamentalis illius *mutuae interioritatis* Ecclesiam universalem inter et Ecclesiam particularem intercedentis». Rahner spiega al riguardo che «[il vescovo] gli è subordinato [al Papa] non perché, in ultima analisi, la diocesi è un settore della Chiesa universale, ma perché la Chiesa universale si manifesta nella sua diocesi. Questa

Due e distinte sono perciò le vie di intervento da parte del governo della Chiesa universale sulle singole Chiese particolari: la prima, spettante alla Suprema Autorità in quanto coordinatrice-dispensatrice delle *επισκοπαί* sulle varie diocesi, procede in modo indiretto ed esterno ed è legata al diritto-dovere di vigilare su come l'*επίσκοπος* adempie/gestisce la propria *επισκοπή*; la seconda, riconducibile al primato giurisdizionale, che procede in modo diretto ed interno e nasce dal rapporto di mutua interiorità tra Chiesa universale-Chiesa particolare. Si è consapevoli che la tesi qui offerta in quanto inusuale è suscettibile di ampie critiche, ma questo non le toglie il merito di essere un esperimento, come del resto tutta la relazione, volto ad introdurre delle distinzioni in ambiti in cui solitamente si tende a preferire l'uso categorie e principi generali raramente declinati secondo la moltitudine delle possibilità poste dalla realtà della Chiesa. Similmente ci si rende conto che non è affatto facile distinguere quando un atto della Suprema Autorità operi indirettamente sulla diocesi attraverso un intervento di vigilanza sull'*επισκοπή* ovvero quando un atto della Suprema Autorità sia qualificabile come esercizio diretto della sua potestà nativa e *vere episcopalis* sulla Chiesa particolare. Nondimeno la distinzione rimane di fondamentale importanza dal punto di vista teorico per lo studio delle relazioni intercorrenti tra Suprema Autorità-Chiesa Universale ed Autorità Ecclesiastica Locale-Chiesa Particolare. Per rendersi conto di ciò basti il solo considerare che i limiti dal diritto divino posti alla Suprema Autorità riguardo alle Chiese particolari si fondano su una *ratio* diversa in un caso rispetto all'altro. Nel primo caso, ossia rispetto agli interventi derivanti dal ruolo di coordinazione-dispensazione e vigilanza delle *επισκοπαί* sulle Chiese particolari, il limite per la Suprema Autorità è costituito dall'esigenza di salvaguardare l'esclusività ed integrità del rapporto Cristo-*επίσκοπος*-Chiesa Particolare. Nel secondo caso, ossia rispetto agli interventi derivanti dal primato di giurisdizione, il limite nasce dall'esigenza che la Suprema Autorità non assuma il ruolo di *δευτερος επίσκοπος* trasformando indebitamente in *επισκοπή* il peculiare e diverso *munus* che, in forza del primato, è chiamata a svolgere a livello di Chiesa particolare, ossia rendere concreta quella mutua interiorità tra dimensione universale e dimensione locale da cui origina appunto quel *munus*⁵².

situazione lo fa allo stesso tempo subordinato ed autonomo», KARL RAHNER, *Qualche riflessione sui principi costituzionali della Chiesa*, in *L'episcopato e la Chiesa universale*, cit., p. 692.

⁵² Ci si rende conto che le questioni ecclesiologiche e canoniche sottese alla distinzione qui prospettata sono di tale profondità che certamente non possono ritenersi liquidate con le poche parole qui spese. Per quanto riguarda la questione relativa alla coesistenza tra giurisdizione episcopale e primaziale in dottrina si è suggerito che «dato che la pienezza della potestà del Romano Pontefice rende inviabile [sic!] ogni tentativo di differenziare le due potestà, assegnando loro diversi ambiti materiali

4. Destinatari dell'επισκοπή

La conduzione del gregge (il pascere) è, per quanto detto inizialmente, il riferimento che permette di distinguere ciò che del *munus episcopale* è riferibile all'επισκοπή da altro che non lo è. Ma a questo punto però sorge immediatamente la domanda da chi sia composto il gregge destinatario dell'επισκοπή: i battezzati cattolici del medesimo rito dell'επίσκοπος, i battezzati cattolici, i battezzati, i non battezzati? Di aiuto non è *Christus Dominus* n. 11 §3 dove si legge «ad suum autem apostolicum munus intendant Episcopi ut Christi testes coram omnibus hominibus, non solum iis providentes qui iam Principem Pastorum sequuntur, sed iis quoque toto animo sese devoventes qui a via veritatis quoquo modo deflexerunt aut Christi Evangelium et misericordiam salutiferam ignorant, donec “in omni bonitate et iustitia et veritate” (Eph. 5, 9) tandem omnes ambulent». Ancorché il contesto in cui è inserito riguarda chiaramente l'επισκοπή, tuttavia l'utilizzo del generico termine di *munus apostolicus* e l'omnicomprensivo riferimento a tutti gli uomini, come pure l'uso del verbo *deveo* legittima l'ipotesi che *Christus Dominus* non intenda ricondurre gli acattolici ed i non battezzati nell'alveo dell'επισκοπή. Ciò sembra confermato da *Christus Dominus* n. 16 §6 dove la sollecitudine, il porsi dell'επίσκοπος quale punto di riferimento verso i battezzati acattolici ed i non battezzati è impostata non in termini giuridici ma affettivi⁵³. Attenzione, qui si sta parlando in riferimento a quella particolare concretizzazione del *munus episcopale* che è l'επισκοπή nell'accezione qui utilizzata; per quanto attiene infatti alle altre forme e contenuti che il *munus episcopale* assume sempre in riferimento alla *missio canonica* di vescovo diocesano ben si possono istaurare rapporti di giustizia, e quindi legami giuridici espressi in termini di diritti e corrispettivi doveri, tra il vescovo diocesano da un lato, e gli acattolici ed i non battezzati dall'altro⁵⁴. Perciò circa l'individuazione dei soggetti passivi dell'επισκοπή la

di competenza, la soluzione dovrà essere necessariamente cercata nella diversa ragione formale del loro esercizio. Tendenzialmente si può dire che, se al vescovo diocesano spetta soprattutto la ordinaria *cura animarum*, al Romano Pontefice spetta garantire e promuovere l'unità e la comunione di tutta la Chiesa», ARTURO CATTANEO, *L'esercizio dell'autorità episcopale in rapporto a quella suprema: dalla sussidiarietà alla comunione*. (Esortaz. Ap. Pastores gregis, n. 56), in *L'esercizio dell'autorità nella Chiesa. Riflessioni a partire dall'esortazione apostolica «Pastores Gregis»*, a cura di ARTURO CATTANEO, Marcianum Press, Venezia, 2005, pp. 77-78.

⁵³ «Fratres seiunctos amore prosequantur, fidelibus etiam commendantes ut erga eos magna cum humanitate et caritate se gerant, oecumenismum quoque, ut ab Ecclesia intelligitur, foventes. Etiam non baptizatos cordi habeant, ut et ipsis caritas eluceat Christi Iesu, Cuius coram omnibus testes sunt Episcopi», *Christus Dominus* n. 16 §6.

⁵⁴ Un esempio riguarda l'ambito della missionarietà che il can. 771 §2 imposta in termini di dovere giuridico. Per una introduzione al tema dei non battezzati ed ordinamento canonico cfr. LUIS NAVARRO,

posizione più convincente è quella di ritenere che i suoi destinatari siano tutti e soli i battezzati cattolici nel territorio non soggetti ad altro *επίσκοπος*⁵⁵. Non vale a convincere del contrario *Lumen Gentium* n. 27 dove i Padri invitano i vescovi diocesani a prendersi cura oltre che dei sudditi anche di coloro che non appartengono al gregge del Signore visto che delle loro anime dovranno rendere conto a Dio⁵⁶. Infatti quantunque il riferimento ad un *redde rationem* per fedeli e altri uomini (acattolici e non battezzati) potrebbe portare a ritenere l'esistenza di una *επισκοπή*, ossia di un dovere giuridico di "conduzione pastorale" anche nei confronti di questi ultimi, più ragionevole è distinguere la natura e la fonte giuridica del *redde rationem* tra le due tipologie di soggetti: per i fedeli il *redde rationem* grava sul vescovo diocesano in quanto *επίσκοπος* ed è conseguenza dell'*επισκοπή* e quindi nasce da un dovere giuridico di governo; per tutti gli altri uomini il *redde rationem* grava sul vescovo diocesano in quanto inviato (*απόστολος*) chiamato a ricondurre le pecore smarrite, e quindi nasce dal suo dovere giuridico alla missionarietà, all'ecumenismo e alla promozione umana⁵⁷, egli cioè sarà responsabile di quegli uomini che, a causa delle sue mancanze, si perderanno per non aver ricevuto il *kerygma* (non battezzati) o per non essere stati ricondotti alla piena unità con la Chiesa (acattolici).

Primo dovere dell'*επίσκοπος* verso i soggetti destinatari della sua *επισκοπή* è la conoscenza della loro realtà sociale, culturale nazionale etnica etc⁵⁸. Questa è infatti propedeutica non soltanto all'organizzazione dell'*επισκοπή* dal punto di vista strutturale (cioè dell'organizzazione ecclesiastica diocesana) ma anche al suo concreto esercizio. Strumento privilegiato attraverso cui l'*επίσκοπος*

No bautizado, in *DGDC*, vol. 5, pp. 545-549.

⁵⁵ Posto che nella canonistica ancora molto discusso è lo *status* giuridico del catecumeno (cfr MICHELE MADONNA, *Catecumeno*, in *DGDC* vol. 1, pp. 924-927), di non facile soluzione è la questione se i catecumeni siano da considerarsi ricompresi nell'*επισκοπή* a motivo del loro peculiare *status* di soggetti a metà strada tra il battezzato cattolico (e quindi pieno destinatario dell'*επισκοπή* dell'*επίσκοπος*) e il non battezzato (e quindi destinatario dell'attività missionaria del vescovo diocesano), anche se dall'identico testo del can. 206 del Codice latino e del can. 9 del Codice orientale parrebbe rinvenirsi un'opzione preferenziale verso l'equiparazione ai battezzati.

⁵⁶ «Pro animabus eorum rationem redditurus Deo (cf. Hebr 13,17) oratione, praedicatione omnibusque operibus caritatis curam habeat tum eorumdem, tum etiam illorum qui de uno grege nondum sunt, quos in Domino commendatos sibi habeat», *Lumen Gentium* n. 27 §3.

⁵⁷ Cfr. can. 771§2.

⁵⁸ *Christus Dominus* n. 16 §5 auspica persino il ricorso ad indagini sociologiche. Sull'importanza di acquisire una profonda conoscenza della realtà insiste particolarmente *Apostolorum Successores* n. 164: «la Chiesa svolge la sua attività apostolica in un determinato ambiente storico, che condiziona in modo non indifferente la vita delle persone. S'impone quindi un'adeguata comprensione dei diversi fattori sociali e culturali che influenzano le disposizioni religiose degli uomini, cosicché l'apostolato risponda sempre alle loro necessità e al loro tenore di vita». Ancor più risalto al tema dava il precedente direttorio *De pastoralis ministerio episcoporum* del 22 febbraio 1973 ove si distingueva tra *de gregis cognitione* e *de cognitione status dioecesis* (cfr. n. 100 e n. 101).

può conoscere il proprio gregge è la visita pastorale, istituto tradizionale di cui parla diffusamente *Pastores Gregis* n. 46, ammonendo affinché questa non sia impersonale e burocratica ma al contrario segno della sua vicinanza umana e spirituale⁵⁹.

I sudditi sono tutti uguali, nel senso che tutti hanno diritto a ricevere la medesima attenzione e cura pastorale, a prescindere dall'età, condizione e nazionalità⁶⁰. Questo principio trova un approfondimento in *Christus Dominus* n. 18 dove, preso atto della non piena adeguatezza dei mezzi di pastorale ordinaria per particolari categorie di persone (emigrati, esuli, profughi, nomadi, marittimi, vacanzieri, etc.), si raccomanda per loro una particolare cura pastorale; tale esigenza è così importante da legittimare interventi coordinati a livello di conferenza episcopale nazionale (sempre rispettosi delle disposizioni universali) i quali per loro stessa natura possono incidere sul libero esercizio dell'*επισκοπή* da parte dell'*επίσκοπος*⁶¹. Tale esigenza diviene ancor più pressante laddove ad una diversità sociologica venga a sommarsi una diversità rituale; in questo caso non solo la stessa configurazione interna della Chiesa particolare potrà essere adattata ma si potrà arrivare alla costituzione di vere e proprie circoscrizioni ecclesiastiche, operando così il trasferimento di fedeli da una *επισκοπή* ad un'altra il cui titolare è un *επίσκοπος* diverso⁶².

⁵⁹ Forse *Pastores Gregis* calca un po' la mano sull'aspetto "compassionevole" della visita pastorale dimenticando che spesso questa, in analogia alle visite dell'apostolo Paolo, deve servire anche a "redarguire" e non solo a "confortare".

⁶⁰ «Fidelium bono ut pro sua cuiusque condicione aptius consulere queant, eorumdem necessitates, in socialibus in quibus vivunt adiunctis, rite cognoscere satagant, aptis ideo adhibitis instrumentis, praesertim investigationis socialis. Erga omnes sollicitos se praebeant cuiuscumque sunt aetatis, condicionis vel nationis, tum incolas, tum advenas et peregrinos», *Christus Dominus* n. 16 §5.

⁶¹ «Peculiaris sollicitudo habeatur fidelium, qui ob vitae condicionem communi ordinaria parochorum cura pastorali non satis frui valent aut eadem penitus carent, uti sunt quamplurimi migrantes, exsules et profugi, maritimi sicut et aeronavigantes, nomades alique id genus. Aptae methodi pastorales promoveantur ad vitam spiritualem fovendam eorum qui relaxationis causa ad tempus alias regiones petunt. Episcoporum Conferentiae, praesertim Nationales, urgentioribus quaestionibus ad praedictos spectantibus sedulo studeant, et aptis instrumentis ac institutionibus spirituali eorum curae, concordi voluntate viribusque unitis consulant atque faveant, attentis in primis normis ab Apostolica Sede statutis vel statuendis, temporum, locorum et personarum condicionibus apte accommodatis», *Christus Dominus* n. 18.

⁶² «Hac de re, Synodus Episcoporum necessarium etiam censuit methodos exquirere, quibus Ecclesiae catholicae, sive Orientales sive Occidentales, statuere possint opportunas et idoneas structuras pastorales, ut responderi valeat exigentiis horum fidelium extra patriam degentium. Attamen Episcopi loci graviter tenentur, quamvis diversi sint ritus, pro his fidelibus ritus orientalis esse veri Patres, qui, ad pastorem curam quod attinet, tueantur eorum religiosa et peculiariter culturalia bona, in quibus nati sunt et prima christianae didicerunt formationis rudimenta», *Pastores Gregis* n. 72 §4.

5. Unicità e titolarità dell'*επισκοπή*

L'affermazione che vi possa essere una sola *επισκοπή* per ciascun gregge è un assioma la cui verità è facilmente intuibile. Ipotizzare infatti due distinte ma identiche funzioni di *επισκοπή* su una medesima comunità svolte da due distinti *επίσκοποι* determinerebbe una situazione che ben riassume l'immagine utilizzata nel can. 9 del Concilio Lateranense IV, un mostro con due teste⁶³.

Analoghe ragioni fondano la convinzione che questa unica *επισκοπή* non possa avere che un solo ed unico titolare, escludendo ipotesi di contitolarità anche non in forma paritaria ma gerarchica. L'*επίσκοπος* è l'unico titolare dell'*επισκοπή* mentre gli altri soggetti insigniti dell'ordine sacro (diaconi e presbiteri) operanti in diocesi sono meri collaboratori; infatti soltanto l'*επίσκοπος* presiede la comunità quale vicario di Cristo⁶⁴. Attraverso i vescovi, ai quali i presbiteri prestano aiuto, Cristo abita in mezzo ai fedeli⁶⁵. *Apostolorum successores* n. 161 è chiarissimo in tal senso: «La responsabilità di governare la diocesi pesa sulle spalle del Vescovo». Particolarmente complesse sono le questioni che solleva *Lumen Gentium* n. 28, dovute principalmente al fatto che i Padri conciliari, pur volendo trattare dei presbiteri in generale, in realtà fanno riferimento ad uno specifico ministero, tra i vari possibili, che può assumere il presbiterato, vale a dire quello di parroco il quale, per quanto sia il più congruente, non è tuttavia esaustivo di questa realtà⁶⁶. Tralasciando le pur interessanti

⁶³ «Prohibemus autem omnino ne una eadem que civitas sive dioecesis diversos pontifices habeat tanquam unum corpus diversa capita quasi monstrum». Sul can. 9 del Concilio Lateranense IV cfr. ORAZIO CONDORELLI, *Unum corpus, diversa capita: modelli di organizzazione e cura pastorale per una varietà ecclesiarum, secoli XI-XV*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 2002.

⁶⁴ «Episcopi igitur communitatis ministerium cum adiutoribus presbyteris et diaconis susceperunt, loco Dei praesidentes gregi, cuius sunt pastores, ut doctrinae magistri, sacri cultus sacerdotes, gubernationis ministri», *Lumen Gentium* n. 20 §2.

⁶⁵ «In Episcopis igitur, quibus presbyteri assistunt, adest in medio credentium Dominus Iesus Christus, Pontifex Summus. Sedens enim ad dexteram Dei Patris, non deest a suorum congregatione pontificum, sed imprimis per eorum eximium servitium verbum Dei omnibus gentibus praedicat et credentibus sacramenta fidei continuo administrat, eorum paterno munere (cf. 1Cor 4,15) nova membra Corpori suo regeneratione superna incorporat, eorum denique sapientia et prudentia Populum Novi Testamenti in sua ad aeternam beatitudinem peregrinatione dirigit et ordinat. Hi pastores ad pascendum dominicum gregem electi, ministri Christi sunt et dispensatores mysteriorum Dei (cf. 1Cor 4,1), quibus concredita est testificatio Evangelii gratiae Dei (cf. Rom 15,16; Act 20,24), atque ministratio Spiritus et iustitiae in gloria (cf. 2Cor 3,8-9)», *Lumen Gentium* n. 21§1. In senso analogo cfr. *Christus Dominus* n. 15§1, citato più avanti. Il testo conciliare se, da un lato, inserendo il riferimento ai presbiteri ha inteso valorizzarne l'apporto, dall'altro, è chiaro nell'escludere una qualche loro contitolarità nell'*επισκοπή*.

⁶⁶ Questo ben si spiega con il fatto che «praecipua autem ratione Episcopi cooperatores sunt parochi, quibus, tamquam pastoribus propriis, animarum cura committitur in determinata dioecesis parte sub illius auctoritate», *Christus Dominus* n. 30 §1.

notazioni relative al come si strutturano teologicamente e giuridicamente i *tria munera Christi* in capo al parroco, ai fini che qui interessa è capire se sia configurabile l'esistenza di una possibile contitolarità nell'*ἐπίσκοπή* quantomeno in relazione alla comunità parrocchiale assegnatagli dall'*ἐπίσκοπος*. Il testo conciliare parrebbe orientare in senso negativo, poiché si afferma «In singulis localibus fidelium congregationibus Episcopum, quocum fidenti et magno animo consociantur, quodammodo praesentem [presbyteri rectius parrochi] reddunt eiusque munera et sollicitudinem pro parte suscipiunt et cura cotidiana exercent. Qui sub auctoritate Episcopi portionem gregis dominici sibi addictam sanctificant et regunt, Ecclesiam universalem in suo loco visibilem faciunt et in aedificando toto corpore Christi (cf. Eph 4,12) validam opem afferunt»⁶⁷. L'utilizzo del verbo *suscipio* è chiaro nel significare l'idea del farsi carico, del prendere sopra di sé un *munus* ed una *sollicitudo* che sono dell'*ἐπίσκοπος*⁶⁸. *Presbyterorum Ordinis* n. 2 §2 esprime con chiarezza l'idea fondamentale che il presbitero è un collaboratore ad un *munus* dell'*ἐπίσκοπος*; stando al testo infatti, l'istituzione da parte di Cristo per mezzo degli Apostoli di successori che portino avanti il Suo *munus* salvifico pare riferibile solo all'episcopato, mentre il *munus* dei presbiteri deriva da quello dei vescovi⁶⁹, tanto è vero che i presbiteri riuniscono la famiglia di Dio in nome dell'*ἐπίσκοπος*⁷⁰ e lo rendono presente quali suoi vicegerenti⁷¹, mentre l'*ἐπίσκοπος* preside la comunità

⁶⁷ *Lumen Gentium* n. 28 §2

⁶⁸ Un orientamento diverso è stato espresso da Giovanni Paolo II il 22 marzo 1984 durante un discorso ai membri del consiglio episcopale e al presbitero della diocesi di Roma; il Pontefice parla infatti di titolarità condivisa tra vescovo diocesano e presbitero di un'unica *ἐπίσκοπή* che viene poi assunta dal Consiglio Episcopale: «ringrazio il cardinale vicario e i miei fratelli nell'episcopato, il consiglio episcopale diocesano, che prendono sulle loro spalle questa responsabilità dell'"episcopé", che è propria di noi tutti. E in questa responsabilità dell'"episcopé", gli incontri con il presbitero sono una cosa fondamentale», in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1984, vol. 1, parte 1, p. 731.

⁶⁹ «Idem vero Dominus, inter fideles, ut in unum coalescerent corpus, in quo "omnia membra non eundem actum habent" (Rom. 12, 4), quosdam instituit ministros, qui, in societate fidelium, sacra Ordinis potestate pollerent Sacrificium offerendi et peccata remittendi, atque sacerdotali officio publice pro hominibus nomine Christi fungerentur. Itaque, missis Apostolis sicut Ipse missus erat a Patre, Christus, per ipsos Apostolos, consecrationis missionisque suae participes effecit eorum successores, Episcopos, quorum munus ministerii, subordinato gradu, Presbyteris traditum est, ut in Ordine presbyteratus constituti, ad rite explendam missionem apostolicam a Christo concreditam, Ordinis episcopalis essent cooperatores», *Presbyterorum Ordinis* n. 2 §2. Condivide quanto sopra sostenuto JEAN GIBLET, *I presbiteri, collaboratori dell'ordine episcopale*, in *La Chiesa del Vaticano II*, cit., pp. 879-882.

⁷⁰ «Munus Christi Capitis et Pastoris pro sua parte auctoritatis exercentes, Presbyteri, nomine Episcopi, familiam Dei, ut fraternitatem in unum animatam, colligunt, et per Christum in Spiritu ad Deum Patrem adducunt», *Presbyterorum Ordinis* n. 6 §1.

⁷¹ «Cum episcopus in ecclesia sua ipsemet nec semper nec ubique universo gregi praeesse possit, necessario constituere debet fidelium coetus, inter quos paroeciae, localiter sub pastore vices gerente

*loco Christi*⁷². Resta comunque fermo che il presbitero per sua parte partecipa all'ufficio degli apostoli ed è vero ministro di Cristo⁷³. Per questo il presbitero ha una dignità e una personale responsabilità in forza dell'ordinazione ricevuta, per cui una volta chiamato dall'*ἐπίσκοπος* a collaborare nell'*ἐπισκοπή* egli diviene quasi un coprotagonista e non mero esecutore delle direttive vescovili, come chiaramente si evince dalla scelta terminologica di utilizzare *sub auctoritate episcopi* anziché *sub potestate episcopi* in riferimento al dovere di guidare e santificare quei fedeli che gli sono stati assegnati dall' *ἐπίσκοπος*⁷⁴.

La tesi che l'*ἐπισκοπή* sia unica e con un unico titolare appare quella più coerente con l'idea che l'*ἐπίσκοπος* è chiamato ad essere simbolo visibile e fondamento di unità⁷⁵. Come vi è un solo Pastore Cristo, vi è solo un vicegerente l'*ἐπίσκοπος*⁷⁶.

6. Limiti esterni all'*ἐπισκοπή*

Il vescovo diocesano, specie considerato nel suo ruolo di *ἐπίσκοπος*, è costantemente chiamato ad inserirsi in un'ottica di comunione che deve costantemente caratterizzare il suo ministero tanto verso l'esterno (ossia la Chiesa universale e alle altre Chiese particolari) quanto all'interno (la sua stessa Chiesa particolare). Di conseguenza la sua potestà non è *absoluta* ma deve armonizzarsi con altre istanze ecclesiali attraverso l'accettazione di alcune limitazioni, riserve, procedure etc⁷⁷.

episcopi ordinatae, eminent, nam quodammodo representant ecclesiam visibilem per orbem terrarum constitutam», *Sacrosanctum concilium* n. 42 §1.

⁷² «Episcopi igitur communitatis ministerium cum adiutoribus presbyteris et diaconis susceperunt, loco Dei praesidentes gregi, cuius sunt pastores, ut doctrinae magistri, sacri cultus sacerdotes, gubernationis ministri», *Lumen Gentium* n. 20 §2.

⁷³ Cfr. *Presbyterorum Ordinis* n. 2 §3.

⁷⁴ Cfr. *Lumen Gentium* n. 28 §2.

⁷⁵ «Episcopi autem singuli visibile principium et fundamentum sunt unitatis in suis Ecclesiis particularibus, ad imaginem Ecclesiae universalis formati in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica existit», *Lumen Gentium* n. 23§1; se l'*ἐπίσκοπος* governa bene, ne beneficia la chiesa universale «ceterum hoc sanctum est quod, bene regendo propriam Ecclesiam ut portionem Ecclesiae universalis, ipsi efficaciter conferunt ad bonum totius mystici Corporis, quod est etiam corpus Ecclesiarum», *ibidem*.

⁷⁶ Alla possibile osservazione per cui in numerosi punti del Nuovo Testamento si riscontri l'affidamento della funzione di sorveglianza e di guida ad un organismo collegiale composto da *πρεσβύτεροι*, al di là di quanto detto *supra* in nota 4, pare sufficiente far notare che l'*ἐπισκοπή* così come intesa nell'Nuovo Testamento è una concezione che non è ancora pienamente matura.

⁷⁷ Cfr. ANTONIO VIANA, *Organización del gobierno en la iglesia según el derecho canónico latino*, EUNSA, Pamplona, 1995, p. 232; JOSÉ R. VILLAR, *Colegio episcopal*, cit., p. 237.

Nondimeno è però chiaro che i Padri conciliari abbiano inteso richiamare l'attenzione sulla necessità di tutelare il rapporto di *επισκοπή* che lega l'*ἐπίσκοπος* con la propria Chiesa particolare da possibili pulsioni disgregative interne (ad esempio, la tentazione delle parrocchie come dei movimenti ecclesiali di diventare autoreferenziali) e da eccessive pressioni esterne che, mosse da una ipervalutazione della dimensione universale della Chiesa a scapito della dimensione particolare, tendano in qualche modo ad interferire nell'*επισκοπή* dell'*ἐπίσκοπος*. A quest'ultimo riguardo è chiarissimo il senso del noto auspicio contenuto in *Christus Dominus* n. 9 dove si legge: «In exercenda suprema, plena et immediata potestate in universam Ecclesiam, Romanus Pontifex utitur Romanae Curiae Dicasteriis, quae proinde nomine et auctoritate illius munus suum explent in bonum Ecclesiarum et in servitium Sacrorum Pastorum. Exoptant autem Sacrosancti Concilii Patres ut haec Dicasteria, quae quidem Romano Pontifici atque Ecclesiae Pastoribus eximum praebuerunt auxilium, novae ordinationi, necessitatibus temporum, regionum ac Rituum magis aptatae, subiciantur, praesertim quod spectat eorundem numerum, nomen, competentiam propriamque procedendi rationem, atque inter se laborum coordinationem. Exoptant pariter ut, ratione habita muneris pastoralis Episcoporum proprii, Legatorum Romani Pontificis officium pressius determinetur (corsivo aggiunto)». Analogo discorso va fatto in riferimento agli organismi di cooperazione sovraepiscopale (conferenza episcopale, regione ecclesiastica, provincia ecclesiastica)⁷⁸.

Come è noto i vescovi, veri vicari e legati, esercitano in nome di Cristo la sacra potestà che è propria ordinaria e immediata. Vale la pena di soffermarsi sulla seconda parte del noto passo di *Lumen Gentium* n. 27 §1 («haec potestas qua, nomine Christi personaliter funguntur, est propria, ordinaria et immediata, licet a suprema Ecclesiae auctoritate exercitium eiusdem ultimatim regatur et certis limitibus, intuitu utilitatis Ecclesiae vel fidelium, circumscribi possit»), poiché in esso si trovano indicazioni importanti riguardo al ruolo svolto dalla Suprema Autorità nel governo delle Chiese particolari. In piena sintonia con quanto detto sopra circa il rapporto tra Suprema Autorità ed *επισκοπή* dell'*ἐπίσκοπος*, alla Suprema Autorità spetta un compito di regolamentare *intuitu utilitatis Ecclesiae vel fidelium* l'esercizio del *munus episcopale* sopra una Chiesa particolare. Ma per capire cosa in concreto significhi “regolamentare” può essere di aiuto la scelta terminologica dei Padri conciliari di dire che l'eser-

⁷⁸ «A parte i casi in cui la legge della Chiesa o uno speciale mandato della Sede Apostolica abbia loro attribuito potere vincolante, l'azione congiunta propria di queste assemblee episcopali deve avere, come criterio primario di azione, il delicato e attento rispetto della responsabilità personale di ciascun Vescovo in relazione alla Chiesa universale e alla Chiesa particolare a lui affidata, pur nella consapevolezza della dimensione collegiale insita nella funzione episcopale», *Apostolorum Successores* n. 22§ 3.

cizio della potestà sacra è dalla Suprema Autorità regolato *auctoritate* e non *potestate*. Fermo restando il carattere giuridicamente vincolante degli interventi della Suprema Autorità, il riferimento al concetto di *auctoritas* in luogo di *potestas* può essere interpretato nel senso di escludere *ab ovo* qualsivoglia deriva “centralista/curiale” circa i contenuti della potestà dell’*ἐπίσκοπος* sulla Chiesa particolare. Dal magistero conciliare si evince abbastanza chiaramente che l’*esse* della *sacra potestas* degli *ἐπίσκοποι* sulle Chiese particolari, ossia ciò che essa è per volontà divina, non sia nella disponibilità della Suprema Autorità a cui invece compete anzitutto l’assegnazione dei diversi incarichi di *ἐπισκοπή* non il loro esercizio. In via di eccezione la Suprema Autorità può incidere sull’*ἐπισκοπή* ma sempre entro certi limiti e a condizione che sia fatto per l’utilità della Chiesa e/o dei fedeli⁷⁹. Tutta da approfondire è la domanda *quid iuris* nel caso di intervento della Suprema Autorità sproporzionato e/o non finalizzato al perseguimento dell’utilità della Chiesa e/o dei fedeli. Ancor più nel dettaglio i Padri scendono, come ovvio, nel decreto *Christus Dominus* ove con chiarezza formalizzano nel n. 8 due punti tra loro strettamente correlati e che ben possono considerarsi il perno su cui ruota il Concilio Vaticano II per quanto attiene l’*ἐπισκοπή*: a) l’affermazione del principio che in ordine al governo della Chiesa particolare la potestà dell’*ἐπίσκοπος*, oltre ad essere ordinaria propria e immediata, è essenzialmente “completa”, nel senso che in essa è contenuta tutta la *potestas* necessaria per il governo della diocesi; b) che tale *potestas* può essere limitata dalla Suprema Autorità tramite la riserva a sé o ad altra autorità (*Christus Dominus* omette, tuttavia, il riferimento al duplice requisito della proporzionalità e della finalizzazione al bene della Chiesa e/o dei fedeli⁸⁰). Parallelamente *Christus Dominus*, dall’autosufficienza nel-

⁷⁹ Tralasciando l’esempio più evidente di quanto si sta qui dicendo ossia gli ordinariati militari, qui piace ricordare anche il caso peculiare della prelatura personale dell’*Opus Dei*. Quale vertice di una circoscrizione ecclesiastica personale il prelado dell’*Opus Dei* regge la prelatura con potestà propria ordinaria che è riconducibile, secondo la dottrina maggioritaria, a quella primaziale del Romano Pontefice, cfr. EDUARDO BAURA, *Finalità e significato di una prelatura personale*, in *Studi sulla prelatura dell’Opus Dei. A venticinque anni dalla Costituzione Apostolica Ut sit*, a cura di EDUARDO BAURA, EDUSC, Roma 2008, p. 62, nota 54. Ora, sopra i membri laici della prelatura si verifica un cumulo tra la giurisdizione dell’*ἐπίσκοπος* in quanto sudditi della diocesi di residenza e quella del prelado dell’*Opus Dei*. Ancorché limitata ai fini propri della prelatura, a livello teorico la giurisdizione del prelado potrebbe trovarsi in concorrenza con l’*ἐπισκοπή* e determinare di fatto una limitazione di quest’ultima, limitazione che viene appunto dall’esterno ed è riconducibile alla Suprema Autorità che così ha disposto *intuitu utilitatis Ecclesiae vel fidelium*.

⁸⁰ Si è preferito utilizzare il termine “completa” in luogo di “piena” perché «il Concilio ed il Codice parlano di pienezza del Romano Pontefice del Collegio dei vescovi, ma non di pienezza della potestà del vescovo. Ciò è giustificato dal fatto che “pienezza della potestà” indica che ad essa non manca alcuna parte della giurisdizione e quindi riguarda solo la suprema autorità della Chiesa», GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il munus regendi episcopi (II)*, in *Periodica de re canonica*, vol. 92, 2003, p. 78. Le indicazioni espresse in *Christus Dominus* n. 8 sono accolte nel can. 381 §1 del Codice latino e nel can. 178 del

la potestà di governo e dalla titolarità-responsabilità esclusiva dell'ἐπισκοπή dell'ἐπίσκοπος, fa discendere come logica conseguenza che all'ἐπίσκοπος si deve riconoscere in linea generale la facoltà di dispensare dalle leggi universali *in casu particulari*, fermo restando che tale facoltà può essere ristretta da una riserva speciale adottata dalla Suprema Autorità⁸¹.

7. Limiti interni

Parlando dei limiti interni all'ἐπισκοπή la prima difficoltà che si incontra è distinguere quelli veramente tali da quelli che, pur apparentemente operanti dall'interno della Chiesa particolare, sono in realtà riconducibili all'intervento esterno della Suprema Autorità⁸². Limite interno è per certo quello che proviene dal peculiare ministero che i parroci svolgono rispetto ai fedeli loro affidati di cui si è già detto. Altro e forse principale limite interno all'ἐπισκοπή è quello che deriva dal riconoscimento espresso in *Lumen Gentium* n. 33 e *Apostolicam Actuositatem* n. 3 del dovere-diritto di ogni singolo fedele di collaborare *attivamente* all'edificazione del Corpo di Cristo⁸³, diritto che i vescovi

Codice orientale.

⁸¹ «a) Episcopis, ut Apostolorum successoribus, in dioecesibus ipsis commissis per se omnis competit potestas ordinaria, propria ac immediata, quae ad exercitium eorum muneris pastoralis requiritur, firma semper in omnibus potestate quam, vi muneris sui, Romanus Pontifex habet sibi vel alii Auctoritati causas reservandi. b) Singulis Episcopis dioecesis facultas fit a lege generali Ecclesiae in casu particulari dispensandi fideles in quos ad normam iuris exercent auctoritatem, quoties id ad eorum bonum spirituale conferre iudicent, nisi a Suprema Ecclesiae Auctoritate specialis reservatio facta fuerit», *Christus Dominus* n. 8.

⁸² Per rendersi conto della complessità del problema si prendano, ad esempio, le limitazioni ed i controlli interni cui l'ἐπίσκοπος è soggetto nell'amministrazione del patrimonio diocesano. Quale è il loro fondamento? Unicamente la Suprema Autorità che li ha posti in forza del suo ruolo di vigilanza sull'ἐπισκοπή? Ovvero esigenze di giustizia intrinseche alla Chiesa particolare a che sia posto al sicuro il proprio patrimonio e rispetto alle quali l'intervento della Suprema Autorità è di mera formalizzazione normativa? Entrambe le cose? Appare evidente quanto sia difficile dare una risposta in merito.

⁸³ «Laici in Populo Dei congregati et in uno Corpore Christi sub uno capite constituti, quicumque sunt, vocantur, ut tamquam viva membra ad Ecclesiae incrementum eiusque iugem sanctificationem vires suas omnes, beneficio Creatoris et gratia Redemptoris acceptas, conferant. Apostolatus autem laicorum est participatio ipsius salvificae missionis Ecclesiae, ad quem apostolatus omnes ab ipso Domino per baptismum et confirmationem deputantur», *Lumen Gentium* n. 33; «Laici officium et ius ad apostolatum obtinent ex ipsa sua cum Christo Capite unione. Per Baptismum enim corpori Christi mystico inserti, per Confirmationem virtute Spiritus Sancti roborati, ad apostolatum ab ipso Domino deputantur», *Apostolicam Actuositatem* n. 33. Secondo Hervada giuridicamente può parlarsi soltanto di diritto all'apostolato non esistendo un correlativo dovere in capo al fedele, infatti «il dovere di fare apostolato è un dovere morale, non giuridico, salvo il dovere dei genitori cristiani, e dei padrini, di educare i figli nella fede», JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., p. 119.

come ricorda *Christus Dominus* n. 16 §5 sono chiamati a riconoscere e promuovere⁸⁴. Appare allora fondamentale distinguere tra l'apostolato che nasce dal diritto nativo e fondamentale dei fedeli, rispetto al quale l'*ἐπίσκοπος* in forza della sua *ἐπισκοπή* può esercitare soltanto un'attività di promozione, di coordinamento e di vigilanza, da quello che i fedeli esercitano su incarico dell'*ἐπίσκοπος* rispetto al quale essi sono in tutto soggetti alla sua autorità⁸⁵. Per *Christus Dominus* n. 17 il compito dell'*ἐπίσκοπος* non è quello di essere il centro di irradiazione della vita "apostolica" della diocesi, quasi che tutto debba partire da lui, ma piuttosto un catalizzatore. Da questo punto di vista egli è anzitutto un promotore, il principale ma non l'unico, delle attività apostoliche nella propria Chiesa particolare. Ciò che in più l'*ἐπίσκοπος* ha in forza della sua *ἐπισκοπή* è l'essere punto di coordinamento e di unità delle fioriture apostoliche suscitate dello Spirito. Ma il compito di tutti, ed in primo luogo dell'*ἐπίσκοπος*, non può ridursi al favorire fermenti spirituali in atto, ma deve anche suscitarli, e questo è un dovere grave, come ben sottolineato dalla scelta del verbo *urgeo*⁸⁶. Per condurre efficacemente a termine gli ardui compiti che pesano sull'*ἐπίσκοπος* nel campo dell'apostolato, ancora una volta i Padri conciliari ritornano sull'importanza del binomio conoscenza-comunicazione, sottolineato dall'invito ad avvalersi delle indagini sociali e della sociologia pastorale⁸⁷.

⁸⁴ «In hac pastoralis sollicitudine exercenda fidelibus suis in rebus Ecclesiae partes ipsis congruentes servant, eorundem officium et ius quoque agnoscentes active adlaborandi ad aedificationem mystici Corporis Christi», *Christus Dominus* n. 16§5.

⁸⁵ Cfr. *Apostolicam Actuositatem* n. 4. Più nel dettaglio si spinge *Pastores Gregis* n. 51§3 ove ricorda che è proprio dell'*ἐπίσκοπος* favorire la complementarietà tra movimenti di ispirazione diversificata, vegliando sul loro sviluppo, sulla formazione teologica e spirituale degli animatori, sull'inserimento delle nuove realtà nella comunità diocesana e nelle parrocchie da cui non debbono separarsi.

⁸⁶ «Variae foveantur apostolatus rationes atque in universa dioecesi, vel in eiusdem peculiaribus regionibus, omnium operum apostolatus, sub moderamine Episcopi, coordinatio atque intima coniunctio, qua quidem omnia incepta atque instituta, catechetica, missionalia, caritativa, socialia, familiaria, scholastica atque quaelibet alia finem pastorem persequentia, ad concordem redigantur actionem, qua simul clarius dioecesis unitas eluceat. Sedulo urgeatur officium quo tenentur fideles ad apostolatam pro sua quisque conditione et aptitudine exercendum, atque ipsis commendatur ut varia opera laicorum apostolatus, et praesertim Actionem Catholicam, participant aut iuvent. Associationes quoque promoveantur vel foveantur quae finem supernaturalem directe aut indirecte prosequuntur, ad perfectiorem scilicet vitam assequendam, aut ad Christi Evangelium omnibus annuntiandum, aut ad doctrinam christianam vel incrementum cultus publici promovendum, aut ad fines sociales persequendos aut ad pietatis vel caritatis opera exercenda», *Christus Dominus* n. 17 §1.

⁸⁷ *Christus Dominus* nn. 16 e 17.

8. Criteri di assegnazione dell'*ἐπισκοπή*

Che l'azione pastorale dell'*ἐπίσκοπος* sia efficiente (ossia fruttifera e proficua nell'ottica della *salus animarum*) è l'unico criterio a cui la Suprema Autorità deve attenersi nell'assegnare le *ἐπισκοπαί* sulle Chiese particolari. La *libertas Ecclesiae* è quindi un qualcosa di irrinunciabile. Quantunque parziali limitazioni di tale libertà, accettate dalla Chiesa nel corso dei secoli in vista di un bene o subite per evitare un male, non siano di per sé incompatibili con una efficace gestione dell'*ἐπισκοπή*, nondimeno le peculiari contingenze del tempo presente richiedono ormai una assoluta libertà di provvisione degli uffici episcopali. Per questo oltre a sconsigliare future concessioni a riguardo, i Padri conciliari invitano caldamente i soggetti titolati ad intervenire nelle nomine episcopali a rinunciare ai loro diritti e/o privilegi⁸⁸.

Il medesimo ed unico criterio che guida l'assegnazione dell'incarico di *ἐπίσκοπος* (criterio di efficienza costitutiva) opera anche in relazione al suo svolgimento (criterio di efficienza essenziale). Il vescovo eletto deve avere i requisiti per essere un *ἐπίσκοπος* in grado di adempiere nel modo oggettivamente migliore possibile (e non soggettivamente ossia in base alle sue concrete attitudini e possibilità) il compito ricevuto. Per tale ragione, qualora condizioni di età o malattia (ma pure di incapacità evidente o "incompatibilità ambientale") lo rendessero inidoneo, egli deve essere sostituito⁸⁹. Garantire una permanente idoneità dell'*ἐπίσκοπος* è quindi un'esigenza primaria, ecco perché una vita spirituale e una formazione continua dell'*ἐπίσκοπος* sono indispensabili per una buona (efficiente) *ἐπισκοπή*, e pertanto l'*ἐπίσκοπος* deve

⁸⁸ «Cum apostolicum Episcoporum munus sit a Christo Domino institutum atque spirituales et supernaturales finem prosequatur, Sacrosancta Oecumenica Synodus declarat ius nominandi et instituendi Episcopos esse competentis Auctoritati ecclesiasticae proprium, peculiare et per se exclusivum. Quapropter ad Ecclesiae libertatem rite tuendam et ad christifidelium bonum aptius et expeditius promovendum in votis est Sacrosancti Concilii ut in posterum nulla amplius civilibus Auctoritatibus concedantur iura aut privilegia electionis, nominationis, praesentationis vel designationis ad Episcopatus officium; civiles vero Auctoritates, quarum obsequentem erga Ecclesiam voluntatem Sacrosancta Synodus grato animo agnoscit plurimique facit, humanissime rogantur ut praedictis iuribus vel privilegiis, quibus in praesens pacto aut consuetudine fruuntur, consilii cum Apostolica Sede initis, sua sponte renuntiare velint», *Christus Dominus* n. 20.

⁸⁹ «Cum igitur pastorale Episcoporum munus tanti sit momenti tantaque gravitatis, Episcopi dioecesani alique in iure ipsis aequiparati, si, ob ingravescentem aetatem aliamve gravem causam, implendo suo officio minus apti evaserint, enixe rogantur ut, vel sua ipsi sponte vel a competentis Auctoritate invitati, renuntiationem ab officio exhibeant. Competens autem Auctoritas, si illam acceptaverit, et de congruenti renuntiantium sustentatione et de peculiaribus iuribus iisdem recognoscendis providebit», *Christus Dominus* n. 21. Cfr. can. 401 del Codice latino e can. 210 del Codice orientale.

dedicare tempo all'aggiornamento tecnico e all'approfondimento spirituale⁹⁰. Non può nascondersi però il rischio di cadere in una visione "pragmatica e terrena" laddove, mancando di prospettiva soprannaturale, ci si attendesse senza alcuna elasticità al criterio di efficienza nella sua duplice declinazione di costitutivo ed essenziale. Se infatti, da un lato, questo riesce ad assicurare una guida sicura del gregge, dall'altro, vi è il pericolo di mettere in ombra i risvolti soprannaturali del rapporto che lega l'*ἐπίσκοπος* al proprio gregge, facendo venir meno l'idea del matrimonio mistico tra *ἐπίσκοπος* e Chiesa particolare, visto che il loro legame può non apparire più indissolubile e spirituale ma di natura tendenzialmente amministrativo-gestionale, e quindi laddove l'*ἐπίσκοπος* non risulti più adeguato all'incarico o serva altrove, questo va rimosso e sostituito⁹¹.

Proseguendo il discorso è ovvio che un'efficace organizzazione dell'*ἐπισκοπή* non dipenda soltanto dai requisiti e dalle attitudini soggettive della persona fisica chiamata ad essere *ἐπίσκοπος* ma anche da parametri oggettivi legati alla particolare conformazione della Chiesa particolare su cui va ad essere esercitata l'*ἐπισκοπή*. Occorre pertanto tenere anzitutto presente il criterio di uniformità geo-socio-politica. L'estensione territoriale inoltre deve sempre essere tale da permettere all'*ἐπίσκοπος* ed ai suoi collaboratori un reale presidio del territorio (pontificali e visita canonica). Infine bisogna assicurarsi che le risorse pastorali economiche siano sufficienti a sostenere le strutture diocesane⁹².

⁹⁰ A riprova di quanto detto, si consideri che l'intero capitolo 3 di *Apostolorum Successores* è dedicato alla spiritualità e alla formazione permanente del vescovo; cfr., anche, *Pastores Gregis* n. 17.

⁹¹ Lo stesso ministero di vescovo di Roma e di Sommo Pontefice potrebbe correre il rischio di non essere immune da una concezione improntata al criterio di "efficienza". Nella massima considerazione sono da aversi le parole con cui Benedetto XVI nel concistoro pubblico del febbraio 2013 ha manifestato la sua volontà di rinunciare alla cattedra di Pietro: «Conscientia mea iterum atque iterum coram Deo explorata ad cognitionem certam perveni vires meas ingravescente aetate non iam aptas esse ad munus Petrinum aeque administrandum», *Declaratio Summi Pontifici* dell'11 febbraio 2013, in *AAS*, vol. 105, 2013, pp. 239-240. Per una analisi del punto di vista canonico dell'atto di rinuncia di Benedetto XVI cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Cessazione dell'ufficio di romano pontefice*, in *La Civiltà Cattolica*, 164/I, 2013, 445-462; FERNANDO PUIG, *La rinuncia di Benedetto XVI all'ufficio primaziale come atto giuridico*, in *Ius Ecclesiae*, vol. 25, 2013, pp. 797-808.

⁹² «In dioecesium circumscriptionibus recognoscendis in tuto ponatur praeprius uniuscuiusque dioecesis unitas organica, quoad personas, officia, instituta, ad instar corporis apte viventis. Singulis vero in casibus, omnibus adiunctis accurate perpendis, prae oculis habeantur criteria generaliora quae sequuntur. 1) In circumscriptione dioeciesana definienda ratio, quantum fieri poterit, habeatur varietatis compositionis populi Dei, quae multum conferre potest ad pastorem curam aptius exercendam; simulque curetur ut huius populi conglobationes demographicae, cum civilibus officiis institutisque socialibus quae structuram ipsius organicam efficiunt, in unum, quantum fieri poterit, serventur. Qua de causa uniuscuiusque dioecesis territorium non nisi continuum pateat.

Attendantur etiam, si casus ferat, ad fines circumscriptionum civilium, atque ad peculiarium personarum

Come detto precedentemente, il configurarsi concreto dell'επισκοπή può, in vista di una migliore efficienza, comportare secondo quanto dispone *Christus Dominus* n. 23 §2 e §3 il superamento del tradizionale criterio di suddivisione della Chiesa particolare in parrocchie territoriali, in favore di uno personale-territoriale su base rituale, etnica, nazionale, linguistica laddove una organizzazione prettamente territoriale, quantunque temperata dalla deputazione di sacerdoti *ad hoc*, si riveli inadeguata. Si ammette così la possibilità di giurisdizioni parallele *infra επισκοπή* ossia parrocchie personali a fianco di quelle territoriali e persino la nomina di un vicario episcopale personale (se necessario anche insignito della dignità episcopale)⁹³. Addirittura, come già detto, qualora le difficoltà poste dalla diversità di rito siano tali da non poter essere risolte con gli strumenti appena indicati, i Padri conciliari riconoscono come possibilità valida e legittima sottrarre all'επίσκοπος territoriale (intendendo per territoriale quello che ha la giurisdizione su tutti i battezzati residenti sul territorio sprovvisti di gerarchia propria) i fedeli di rito diverso per assegnarli ad un proprio επίσκοπος⁹⁴, possibilità che il can. 372 §2 del Codice latino del 1983 estende «aliave simili ratione»⁹⁵

locorumve adiuncta, v. g. psychologica, oeconomica, geographica, historica. 2) Amplitudo territorii dioecesanii eiusve incolarum numerus talis sit generatim ut, ex una parte, ipse Episcopus, licet ab aliis adiutus, pontificalia exercere visitationesque pastorales congrue peragere valeat, omnia apostolatus opera in dioecesi rite moderari atque coordinare, sacerdotes suos praesertim cognoscere, necnon et religiosos et laicos rationem aliquam in dioecesanis inceptis habentes; ex altera vero parte, sufficiens ac idoneus praebeat campus in quo sive Episcopus sive clerici, omnes suas vires in ministerium, prae oculis habitis universalis Ecclesiae necessitatibus, utiliter impendere possint. 3) Quo denique aptius salutis ministerium in dioecesi exerceri possit, pro regula habeatur ut unicuique dioecesi clerici, numero et idoneitate saltem sufficientes, praesto sint pro rite pascendo populo Dei; officia, instituta et opera ne desint quae Ecclesiae particularis propria sunt, quaeque pro eius apto regimine et apostolatu necessaria usu comprobantur; opes denique ad personas et instituta sustentanda aut iam adsint aut saltem prudenter praevideantur aliunde non defuturae», *Christus Dominus* n. 23 §1.

⁹³ Il Concilio Vaticano II non fa altro che riproporre nei contenuti quanto sancito nel già menzionato can. 9 del Concilio Lateranense IV, anche se né *Christus Dominus* n. 23 §2 né *Orientalium Ecclesiarum* n. 4 richiamato in nota dal decreto conciliare fanno riferimento a questo fondamentale canone dove per la prima volta si danno in maniera chiara soluzioni al problema della diversità linguistica, etnica, nazionale e rituale. La ragione è probabilmente da rinvenire nell'unica ma decisiva differenza tra le posizioni dei due Concili menzionati, ossia la possibilità di una giurisdizione concorrente che il Vaticano II ammette e il Lateranense IV esclude categoricamente.

⁹⁴ «Hunc quoque in finem, ubi sint fideles diversi Ritus, eorum spiritualibus necessitatibus Episcopus dioecesanus provideat sive per sacerdotes aut parocias eiusdem Ritus, sive per Vicarium Episcopalem aptis facultatibus instructum et, si casus ferat, etiam characterē episcopali ornatum, sive per seipsum diversorum Rituū Ordinarii munere fungentem. Quod si haec omnia, ob rationes peculiare, iudicio Apostolicae Sedis, fieri non possint, Hierarchia propria pro diversitate Rituū constituatur. Item, in similibus circumstantiis, diversi sermonis fidelibus provideatur sive per sacerdotes aut parocias eiusdem sermonis, sive per Vicarium Episcopalem sermonem bene callentem et etiam, si casus ferat, characterē episcopali ornatum, sive denique alia opportuniore ratione», *Christus Dominus* n. 23 §2 e §3.

⁹⁵ La traduzione giuridica di questa indicazione conciliare si ha soltanto nel Codice latino del 1983 in

9. Collaboratori nell'episcopio

L' *episcopos* per condurre proficuamente la propria *episcopio* non può fare a meno di collaboratori che l'aiutino, lo consiglino e finanche lo controllino nell'adempimento dei propri doveri⁹⁶. Si parla di "collaboratori" non di "corresponsabili" perché «a livello diocesano si hanno solo organismi di partecipazione al governo del vescovo (sinodo diocesano, consiglio episcopale, consiglio presbiterale, collegio dei consultori, consiglio pastorale) e non di corresponsabilità»⁹⁷.

Il primo posto tra il novero dei collaboratori spetta al presbiterio diocesano⁹⁸. Non solo, come si è visto, il Concilio pone a più riprese l'accento sull'importanza dei presbiteri nel supportare l'*episcopos* nello svolgimento del proprio compito, ma addirittura presenta il presbiterio diocesano quale elemento senza il quale sembra non si possa nemmeno configurare la Chiesa particolare⁹⁹.

Sorge a questo punto la domanda su quale sia il senso del ricorso a vescovi quali collaboratori del *episcopos* che *Christus Dominus* n. 25 prevede a motivo della vastità della diocesi, numero della popolazione, specifiche esigenze pastorali e altre ragioni. Se ben si riflette a livello di potestà di ordine e di giurisdizione (per utilizzare qui la classica distinzione), salvo l'ipotesi delle sacre

quanto nel Codice orientale del 1990 il criterio territoriale è sempre mischiato con quello personale a motivo della tradizionale presenza in Oriente di circoscrizioni ecclesiastiche sovrapposte. Giova peraltro osservare che la possibilità di creare giurisdizioni parallele viene estesa dal rito "a simili ragioni", in forza del principio direttivo n. 8 che, come noto, non è frutto di una decisione conciliare ma del Sinodo dei vescovi del 1967 (difatti, gli altri riferimenti indicati quali fonti del can. 372 §2 non paiono molto pertinenti: *Christus Dominus* n. 23 e la cost. ap. *Exsul Familia* (titolo II, n. 4) riguardano le parrocchie nazionali; *Christus Dominus* n. 43 riguarda l'obbligo di erigere per ogni nazione un vicariato castrense). Nei documenti conciliari un riferimento esplicito alla creazione di diocesi (e prelature) personali si rinviene in *Presbyterorum Ordinis* n. 10, anche se va evidenziato che lì, più che a "diverse modalità" di individuazione di Chiese particolari nei loro molteplici aspetti ecclesiologici, sembra farsi riferimento a mere strutture di incardinazione-distribuzione di clero. Alcuni approfondimenti sul tema di possono trovare nell'opera collettanea *I principi per la revisione del codice di diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di JAVIER CANOSA, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 547-666.

⁹⁶ Per approfondimenti sui diversi soggetti e sui diversi ruoli di collaborazione con il vescovo diocesano, di utile consultazione sono gli studi di vari autori contenuti nella più volte richiamata opera *La Chiesa del Vaticano II*, in particolare dalle pp. 872 e ss.

⁹⁷ GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il munus regendi episcopi (I)*, in *Periodica de re canonica*, vol. 91, 2002, p. 701.

⁹⁸ Condivisibile in larga parte è l'affermazione per cui «la funzione presbiterale [...] non può essere pensata se non in riferimento alla funzione episcopale, e non il contrario», JOSEPH LÉCUYER, *L'episcopato come sacramento*, in *La Chiesa del Vaticano II*, cit., p. 721.

⁹⁹ Cfr. can. 369 del Codice latino e can. 177 del Codice orientale con le rispettive fonti.

ordinazioni e della consacrazione del crisma, non vi è ragione alcuna di ricorrere a persone munite del grado dell'episcopato essendo sufficienti dei semplici sacerdoti debitamente facultizzati. A mio avviso l'utilizzo di vescovi per uffici e funzioni attribuibili a presbiteri trova una duplice spiegazione di ordine meramente psicologico: la prima è dare all'*ἐπίσκοπος* dei confratelli nell'episcopato con cui condividere, almeno moralmente, il peso dell'*ἐπισκοπή*; la seconda è che la pienezza dell'ordine rende più immediata la percezione dell'immagine di alter-ego dell'*ἐπίσκοπος*, facilitando l'accettazione della giurisdizione vicaria di chi non è il proprio *ἐπίσκοπος* da parte dei sudditi (in particolare il clero diocesano). In ogni modo il fatto che il collaboratore sia un vescovo non cambia nulla rispetto all'*ἐπισκοπή*: egli collabora soltanto all'*ἐπισκοπή* propria dell'*ἐπίσκοπος*, e pertanto deve agire in armonia con lui dimostrandogli ossequio e rispetto. Dal canto suo l'*ἐπίσκοπος* deve trattarlo con il rispetto che è dovuto alla sua condizione episcopale¹⁰⁰. L'unica incidenza vincolante che la dignità episcopale del collaboratore determina sulla libera gestione dell'*ἐπισκοπή* è l'obbligo di nominarlo vicario generale o episcopale e il dovere di acquisire il suo parere nelle faccende di maggiore importanza¹⁰¹.

Mentre la presenza di collaboratori vescovi è eventuale, il corretto esercizio dell'*ἐπισκοπή* prevede, oltre al presbiterio, che vi siano altri soggetti a partire dalla curia diocesana e dai vari organismi consultivi nei quali operano congiuntamente chierici e laici¹⁰², la cui funzione, pur non essendo soltanto consultiva ma anche di controllo sul corretto esercizio dell'*ἐπισκοπή*, è finalizzata unicamente al prestare fattiva collaborazione all'*ἐπίσκοπος*¹⁰³. Un'ef-

¹⁰⁰ «In regendis dioecesis, pastorali Episcoporum muneri ita provideatur, ut bonum dominici gregis semper sit suprema ratio. Quod bonum ut debite procuretur, haud raro Episcopi Auxiliares constituendi sunt, eo quod Episcopus dioecesanus, vel ob nimiam dioecesis amplitudinem aut nimium incolarum numerum, vel ob peculiaria apostolatus adiuncta aut alias diversae naturae causas, nequit per semetipsum omnia episcopalia munia, sicut animarum exigit bonum, adimplere. Imo et aliquando peculiaris necessitas postulat ut in ipsius Episcopi dioecesani adiutorium constituatur Episcopus Coadiutor. Qui Episcopi Coadiutores et Auxiliares ita congruentibus facultatibus instruendi sunt, ut, salva semper unitate dioecesani regiminis necnon Episcopi dioecesani auctoritate, eorum actio efficacior reddatur et dignitas, Episcoporum propria, magis in tuto ponatur. Iamvero Episcopi Coadiutores et Auxiliares, eo quod in partem sollicitudinis Episcopi dioecesani vocati sunt, ita munus suum exercent, ut in omnibus negotiis unanima consensione cum ipso procedant. Praeterea obsequium et reverentiam semper exhibeant Episcopo dioecesano, qui et ipse Episcopus Coadiutores vel Auxiliares fraterne diligit atque existimatione prosequatur», *Christus Dominus* n. 27.

¹⁰¹ «Quodsi in Litteris nominationis provisum non fuerit, Episcopus dioecesanus Auxiliarem vel Auxiliares suos constituat Vicarios Generales vel saltem Vicarios Episcopales, a sua auctoritate dumtaxat dependentes quos ipse, in perpendendis causis maioris momenti praesertim indolis pastoralis, consulere velit», *Christus Dominus* n. 26 §2.

¹⁰² Il cui personale sarà scelto non solo in base ad un criterio di onestà e fede ma anche di competenza, cfr. *Pastores Gregis* n. 45 §ult.

¹⁰³ *Christus Dominus* n. 27.

ficace gestione richiede la massima libertà in capo all'*ἐπίσκοπος* di poter disporre liberamente dei propri collaboratori, e per questo *Christus Dominus* n. 28 §1 invoca l'abolizione dei privilegi e/o diritti che in qualche modo limitino tale libertà¹⁰⁴. Discorso analogo vale anche riguardo all'organizzazione territoriale della diocesi, che deve necessariamente dipendere dall'autorità vescovile¹⁰⁵, quantunque poi subordinata all'acquisizione del parere del Consiglio Presbiterale¹⁰⁶.

I parroci sono i primi e principali collaboratori per l'*ἐπίσκοπος* nell'esercizio dell'*ἐπισκοπή* e, rispetto agli altri presbiteri, godono di una ampia discrezionalità e responsabilità nel pascere per conto dell'*ἐπίσκοπος* la comunità ricevuta¹⁰⁷. L'*ἐπίσκοπος* deve interessarsi della cura spirituale del proprio presbiterio¹⁰⁸. Con i propri sacerdoti l'*ἐπίσκοπος* è invitato a coltivare rapporti di carità, assistenza e vicinanza non soltanto spirituale ma anche materiale, la quale deve essere particolarmente “concreta” specie verso quei sacerdoti la cui fedeltà alla propria vocazione sia in pericolo o sia già venuta meno. Parallelamente alla vicinanza umana l'*ἐπίσκοπος* deve curare anche la loro costante promozione intellettuale attraverso opportuni mezzi di formazione e aggiornamento, tanto riguardo alle scienze ecclesiastiche quanto ai problemi sociali e ai nuovi metodi pastorali¹⁰⁹. È dovere dell'*ἐπίσκοπος* assicurarsi della

¹⁰⁴ Per quanto sia scontato giova ricordare che pure quei sacerdoti che svolgono altri incarichi in diocesi sono a tutti gli effetti veri collaboratori nell'*ἐπισκοπή* purché ovviamente il loro servizio sia rivolto a vantaggio del gregge diocesano. Chi invece svolge incarichi extradiocesani non è un collaboratore nell'*ἐπισκοπή* del proprio *ἐπίσκοπος* poiché, ferma restando l'incardinazione ed i legami giuridici e spirituali connessi, è affidato alle cure dell'*ἐπίσκοπος* del luogo di residenza e partecipa semmai all'*ἐπισκοπή* di quest'ultimo. Insegna *Christus Dominus* n. 29: «proximiores Episcopi cooperatores sunt illi etiam sacerdotes, quibus munus pastorale aut apostolatus opera indolis supraparoeccialis ab ipso committuntur, sive quoad determinatum dioecesis territorium, sive quoad speciales fidelium coetus, sive quoad peculiare actionis genus. Eximiam quoque adiutricem operam praestant sacerdotes, quibus ab Episcopo diversa munera apostolatus, sive in scholis sive in aliis institutis aut associationibus, concreduntur. Etiam illi sacerdotes, qui operibus supradioecesis sunt addicti, cum praeclara apostolatus opera exercent, peculiari sollicitudini commendantur praesertim Episcopi in cuius dioecesi commorantur».

¹⁰⁵ «Eadem denique salus animarum causa sit, qua determinantur aut recognoscantur paroeciarum erectiones aut suppressiones, aliaeve huiusmodi innovationes, quas quidem Episcopus propria auctoritate peragere poterit», *Christus Dominus* n. 32.

¹⁰⁶ Cfr. can. 515 §2 del Codice latino e can. 280 §2 del Codice orientale.

¹⁰⁷ *Pastores Gregis* n. 47 §1.

¹⁰⁸ *Pastores Gregis* n. 47 §4.

¹⁰⁹ «Sacerdotes, quippe qui munera et sollicitudinem ipsorum pro parte suscipiant et cura cotidiana tam studiose exercent, peculiari semper caritate amplectantur, eosdem ut filios et amicos habentes ideoque ad eos audiendos parati atque confidenti cum eisdem consuetudine, integrum opus pastorale totius dioecesis promovere studeant. Solliciti sint eorum condicionum spiritualium, intellectualium et materialium ut hi sancte pieque vivere atque ministerium suum fideliter ac fructuose adimplere valeant. Quare institutiones foveant et peculiare conventus instaurent, in quibus sacerdotes aliquoties

loro idoneità che non riguarda solo la sana dottrina ma anche la personale pietà e zelo apostolico nonché le altre doti e qualità necessarie per un'efficace pastorale¹¹⁰, ecco perché la cura del seminario è dovere ed interesse primario dell'*ἐπίσκοπος*¹¹¹. L'auspicio formulato in *Christus Dominus* n. 28 §1 diviene nel caso dei parroci particolarmente pressante, ecco perché sono da abolirsi i diritti di presentazione, nomina, di riserva come pure la nomina a concorso¹¹². Se è evidente la *ratio* sottesa all'abolizione dei primi tre istituti limitativi della libertà dell'*ἐπίσκοπος*, nel quarto caso è meno immediata e va individuata nel fatto che il concorso è un mezzo di per sé inadeguato ai fini di una proficua *ἐπισκοπή* in quanto garantisce solo l'integrità e la qualità della dottrina ma nulla assicura circa le altre caratteristiche (specie quelle umane e spirituali) che deve aver il parroco per essere un efficace collaboratore per l'*ἐπίσκοπος* nell'esercizio dell'*ἐπισκοπή*. Anche la stabilità, se inteso quale istituto volto a salvaguardare gli interessi materiali del parroco, va superata perché un *ἐπισκοπή* efficiente/fruttuosa è esigenza primaria di fronte alla quale tutte le altre (compresa la sicurezza economica del presbitero) divengono recessive. Una certa stabilità nell'incarico di parroco può dunque acquistare senso solo nell'ottica di una proficua *ἐπισκοπή* in favore dei fedeli. Analogamente a quanto previsto per il vescovo diocesano, il parroco di propria iniziativa o su sollecitazione dell'*ἐπίσκοπος*, qualora a motivo di età o altre ragioni non sia più in grado di prestare un servizio proficuo, è tenuto a dimettersi¹¹³.

congregentur tum ad longiora peragenda exercitia spiritualia in vitae suae renovationem tum ad altiore[m] acquirendam cognitionem ecclesiasticarum disciplinarum, praesertim Sacrae Scripturae et theologiae, socialium maioris momenti quaestionum, necnon novarum actionis pastoralis rationum. Operosa misericordia prosequantur sacerdotes qui in periculo quoquo modo versantur aut in quibusdam defecerunt», *Christus Dominus* n. 16 §3 e §4. L'idea di un aggiornamento della pastorale ai tempi moderni è una costante di tutto il Vaticano II (cfr. ad esempio *Christus Dominus* n. 17 §3).

¹¹⁰ Cfr. can. 524 del Codice latino e can. 285 §3 del Codice orientale.

¹¹¹ Cfr. *Pastores Gregis* n. 48.

¹¹² In *Canon Law Digest*, vol. VI, can. 459, si dichiara espressamente che la nomina a concorso è stata soppressa da *Christus Dominus* n. 31.

¹¹³ «In iudicio efformando de sacerdotis idoneitate ad aliquam paroeciam regendam, Episcopus rationem habeat, non solum de illius doctrina, sed etiam de pietate, zelo apostolico, ceterisque dotibus ac qualitatibus, quae ad curam animarum rite exercendam requiruntur. Praeterea cum muneris paroecialis tota ratio sit bonum animarum, quo facilius et aptius Episcopus ad provisionem paroeciarum procedere valeat, supprimantur, salvo iure Religiosorum, quaelibet iura praesentationis, nominationis vel reservationis, necnon, ubi existat, lex concursus, sive generalis sive particularis. Parochi vero in sua quisque paroecia ea gaudeant stabilitate in officio, quam animarum bonum requirat. Quare, abrogata distinctione inter parochos amovibiles et inamovibiles, recognoscatur et simplicior reddatur modus procedendi in translatione et amotione parochorum, quo Episcopus, servata quidem naturali et canonica aequitate, aptius necessitatibus boni animarum providere possit. Parochi autem, qui ob ingravescentem aetatem aliamve gravem causam, ab officio rite et fructuose adimplendo impediuntur, enixe rogantur ut sua ipsi sponte, aut ab Episcopo invitati,

I diaconi, del cui servizio la Chiesa è tornata ad avvalersi grazie al ripristino del diaconato quale grado stabile dell'Ordine, sono i collaboratori dell'*ἐπίσκοπος* per quanto riguarda la liturgia, la predicazione della parola e la carità¹¹⁴.

Anche dalla vita religiosa l'*ἐπίσκοπος* può ben trarre collaboratori i quali *peculiare ratione* appartengono alla famiglia diocesana e, se sacerdoti incaricati di cura d'anime o di altre attività apostoliche, vanno annoverati quali membri del presbiterio diocesano. Dato il peculiare *status* dei religiosi *Christus Dominus* stabilisce alcuni principi fondamentali per regolare le reciproche relazioni: 1) i religiosi pur avendo un proprio incarico apostolico devono essere collaboratori pronti e fedeli verso l'*ἐπίσκοπος* sempre nel rispetto della loro specifica vocazione; 2) l'*ἐπίσκοπος* non può in alcun modo intromettersi in quello che attiene la vita religiosa interna all'istituto, ed anzi deve sollecitare i religiosi a vivere sempre più in profondità il loro *status* specie per quanto riguarda il rapporto con i superiori; 3) l'esenzione deve intendersi come principalmente riferita alla vita interna dell'istituto; 4) pertanto l'esenzione non impedisce che i religiosi sottostiano all'*ἐπίσκοπος ad normam iuris* secondo le esigenze di un efficace adempimento dell'*ἐπισκοπή* per quello che riguarda l'attività di culto e pastorale rivolta all'esterno dell'istituto; 5) ovviamente una ordinata collaborazione richiede la stipula di convenzioni, come pure 6) incontri periodici tra superiori religiosi e vescovi¹¹⁵.

Anche il laicato è a pieno titolo collaboratore dell'*ἐπισκοπή* in tutti e tre i *munera Christi* anche se in modo peculiare. Mentre per il *munus sanctificandi* si può parlare di contributo indiretto che si attua attraverso la santità di vita¹¹⁶, diversamente rispetto ai *munera docendi e regendi* la collaborazione può essere diretta. I laici, come detto precedentemente, prestano il proprio contributo alle attività apostoliche promosse dall'autorità ecclesiastica; per quanto attiene la potestà di governo addirittura l'apporto del laicato non è limitato a fornire competenze tecniche e professionali ma può arrivare anche ad una cooperazione, sempre *ad normam iuris*, all'esercizio stesso della *potestas regiminis*¹¹⁷.

Se dunque il contributo di ogni categoria di fedeli si configura indispen-

officii renuntiationem faciant. Episcopus renuntiantibus congruam sustentationem provideat, *Christus Dominus* n. 32.

¹¹⁴ Cfr. *Lumen Gentium* n. 29. Mentre *Christus Dominus* ignora completamente il diaconato menzionandolo esclusivamente al n. 15 §1 per dire che i diaconi dipendono dall'*ἐπίσκοπος* e sono deputati al servizio, lo scarno *Pastores Gregis* n. 49 omette addirittura ogni riferimento alla liturgia tra i compiti peculiari del diacono, menzionando solo la predicazione e la carità.

¹¹⁵ Cfr. *Christus Dominus* n. 35; *Pastores Gregis* n. 50.

¹¹⁶ Cfr. *Lumen Gentium* n. 34.

¹¹⁷ Cfr. can. 129 §2 del Codice latino e can. 979 §2 del Codice orientale con le rispettive fonti.

sabile per un proficuo esercizio dell'*ἐπισκοπή*, è evidente che l'*ἐπίσκοπος* non mancherà di promuovere strutture di comunione e partecipazione che lo mettano in grado di ascoltare lo Spirito che vive e parla nei fedeli, e stimolarli all'azione¹¹⁸. Per questo la formazione, tanto quella di base come quella permanente, dei laici e dei chierici diviene una esigenza prioritaria a cui l'*ἐπίσκοπος* è tenuto a far fronte¹¹⁹, ed i maggiori investimenti in tale ambito, per ovvie ragioni dovranno essere fatti per la pastorale giovanile e vocazionale¹²⁰.

10. *Ἐπίσκοπή* e *tria munera Christi*

A conclusione del lavoro pare utile offrire alcune brevi considerazioni di come i *tria munera Christi* si declinino in relazione all'*ἐπίσκοπος* e all'*ἐπισκοπή*, fatta salva la nota avvertenza che in realtà non esistono tre distinti *munera* quanto piuttosto la triplice declinazione di un unico e solo *munus* che è il *munus* di Cristo. Ora se a livello teorico la distinzione tra *munera docendi, regendi e sanctificandi* è chiara, a livello pratico questa risulta molto spesso difficile¹²¹. Va altresì segnalato che ci si asterrà da analizzare come vengono in rilievo il *munus episcopale* ed i *tria munera Christi* ad esso connessi in relazioni agli altri ambiti che pur rientrano nella *missio canonica* di vescovo diocesano quali l'ecumenismo, la missionarietà e la promozione umana. Infine, non ci si addenterà nello studio dei dettagliati approfondimenti contenuti del direttorio *Apostolorum Successores*, ma si limiterà ai suoi punti fondamentali.

10.1. *Munus docendi*

Trattando del *munus docendi* in riferimento all'*ἐπίσκοπος* non si può non partire dal suo ruolo di dottore autentico della fede. Se nota a molti è questa attribuzione, meno conosciuti sono i suoi contenuti rispetto ai quali *Lumen Gentium* dà delle indicazioni scarse ma molto chiare: l'*ἐπίσκοπος* può quali-

¹¹⁸ Cfr. *Pastores Gregis* n. 44 §ult.

¹¹⁹ Sia sufficiente segnalare come in *Pastores Gregis* per ben 23 volte si insista sul concetto di formazione. Sulla formazione del laicato cfr. *Pastores Gregis* n. 51 e *Apostolorum Successores* n. 116.

¹²⁰ *Pastores Gregis* n. 53 e n. 54.

¹²¹ Ad esempio, nonostante l'attuale collocazione nei vigenti Codici latino ed orientale (rispettivamente can. 767 e can. 614), risulta almeno discutibile che l'omelia tenuta dall'*ἐπίσκοπος* durante un pontificale sia da qualificarsi quale atto esclusivamente connesso al *munus docendi*.

ficarsi dottore autentico della fede esclusivamente rispetto ai propri sudditi. Da ciò ne consegue che soltanto in relazione ad essi l'ἐπίσκοπος predica con potestà la fede da credere e da vivere, la illustra, la fa fruttificare e vigila per tener lontano l'errore¹²². Rispetto ai non sudditi invece la sua predicazione sarà rivestita di quella autorevolezza che gli deriva dalla suo essere membro del Collegio.

Condizione previa all'esercizio del *munus docendi* è ovviamente l'ascolto della Parola in quanto l'ἐπίσκοπος restituisce ai fedeli ciò che ha ascoltato ed accolto dal cuore della Chiesa¹²³ e nulla deve aggiungere od omettere. Per questo il *Catechismo della Chiesa Cattolica* è e deve essere per l'ἐπίσκοπος un sicuro punto di riferimento¹²⁴. L'articolazione che l'ἐπισκοπή assume in relazione al *munus docendi* è riassumibile in alcuni concetti chiave. Il primo è l'inculturazione, ossia l'ἐπίσκοπος deve discernere il nucleo eterno ed immutabile del *kerygma* da ciò che è esteriore contingente così da poter poi rivestire il *kerygma* con forme nuove e più conformi ai tempi ed ai luoghi¹²⁵. Di pari importanza è la cura della formazione di tutti i fedeli allo scopo che questi, in forza della loro consacrazione battesimale, possano affiancarlo nel suo compito di difesa della fede e dell'annuncio¹²⁶. Tanto nella formazione dei fedeli (propedeutica affinché l'ἐπίσκοπος possa poi ricevere supporto da loro) quanto nell'evangelizzazione (compresa la c.d. nuova evangelizzazione) l'ἐπίσκοπος deve avvalersi di tutti i mezzi di cui la moderna comunicazione umana dispone, senza però cadere in un freddo tecnicismo comunicativo/propagandistico ma istaurando nei limiti del possibile un rapporto veramente umano e personale con i destinatari¹²⁷. La preparazione riguardo ai contenuti ed all'utilizzo dei mezzi

¹²² *Lumen Gentium* n. 25 §1. Tale forma di predicazione può essere svolta anche congiuntamente da più vescovi, sempre ovviamente nell'ambito della loro giurisdizione, cfr. can. 753 del Codice latino e can. 600 del Codice orientale.

¹²³ Cfr. *Pastores Gregis* n. 29 §2.

¹²⁴ *Pastores Gregis* n. 29§3.

¹²⁵ Non si può certo limitare la valenza dell'inculturazione alla sola missionarietà in senso stretto. L'inculturazione è infatti un'esigenza anche rispetto a quanti sono già fedeli battezzati; diversamente molto alto è il rischio che la Chiesa perda la capacità di comunicare con loro ed in definitiva di prendersene cura, lasciandoli pericolosamente soli. Dell'inculturazione parla diffusamente *Pastores Gregis* n. 30.

¹²⁶ Cfr. *Pastores Gregis* n. 44 §2. Qui si tratta di collaborare all'ἐπισκοπή dell'ἐπίσκοπος che è cosa diversa dal diritto all'apostolato proprio del laico.

¹²⁷ «Doctrinam christianam proponant ratione temporum necessitatibus aptata, quae scilicet respondeat difficultatibus et quaestionibus quibus maxime homines premuntur et anguntur; eandem doctrinam quoque tueantur, ipsos fideles docentes illam defendere et propagare. In eadem tradenda, maternam Ecclesiae sollicitudinem comprobent erga omnes homines, sive fideles sive non fideles, et peculiari cura prosequantur pauperes et tenuiores, quos evangelizare misit eos Dominus. Cum Ecclesiae sit cum humana societate, in qua vivit, ad colloquium venire, Episcoporum imprimis est

di comunicazione è senza dubbio una priorità, ma ancor più importante è che l'*ἐπίσκοπος* sappia motivare i suoi araldi, contagiandoli della sua stessa passione nell'annunciare il vangelo¹²⁸.

Così importante è la preparazione missionaria ed "apologetica" dei fedeli, che sull'*ἐπίσκοπος* incombe un vero e proprio obbligo di vigilanza affinché la formazione catechetica dei fanciulli e degli adulti sia svolta con diligenza così che la loro fede diventi viva, manifesta ed operosa¹²⁹. Nel metodo sempre si deve seguire la linea dell'attenzione alla specificità delle singole persone nella formazione alla fede, tenendo conto dell'indole e capacità degli uditori. L'*ἐπίσκοπος* deve assicurarsi che nel contenuto e nel fondamento la catechesi poggi (in ordine di importanza) sulla Scrittura, Tradizione, Liturgia, Magistero, e prassi¹³⁰. A tal fine l'*ἐπίσκοπος* deve sincerarsi che i catechisti conoscano la dottrina e i meccanismi della psicologia e della pedagogia tanto a livello teorico che pratico¹³¹.

Strumento di grande importanza per l'esercizio del *munus docendi* è senza dubbio la scuola cattolica verso la quale l'*ἐπίσκοπος* ha un duplice dovere, ossia di promozione *ab intra* affinché fioriscano iniziative apostoliche nel campo dell'istruzione, e di difesa *ad extra* ossia rispetto al potere civile affinché questo

officium ut homines adeant et colloquia cum eisdem petant ac promoveant. Quae salutis colloquia, ut semper veritas cum caritate, intelligentia cum amore copulentur, perspicuitate sermonis simul ac humilitate et lenitate praestent oportet, itemque debita prudentia iuncta tamen cum fiducia, quippe quae amicitiam cum foveat animos coniungere nata sit. Varia media ad doctrinam christianam annuntiandam adhibere satagant in hodierno tempore quae praesto sunt, videlicet imprimis praedicationem atque catechetica institutionem, quae quidem semper principem tenent locum, sed et propositionem doctrinae in scholis, in academiis, conferentiis et coadunationibus omnis generis, necnon eiusdem diffusionem declarationibus publicis occasione quorundam eventuum factis, prelo variisque instrumentis communicationis socialis, quibus ad Christi Evangelium nuntiandum uti omnino oportet», *Christus Dominus* n. 13. Il concetto è poi ripreso ed ampliato in *Pastores Gregis* n. 28 specie §5 e §6. Sull'importanza dell'apertura verso i moderni mezzi di comunicazione cfr. *Inter mirifica* n. 13 §2.

¹²⁸ Cfr. *Pastores Gregis* n. 29 §5.

¹²⁹ Cfr. *Pastores Gregis* n. 51 §1.

¹³⁰ «Invigilent ut catechetica institutio, quae eo tendit ut in hominibus fides, per doctrinam illustrata, viva fiat atque explicita et operosa, tum pueris et adolescentibus, tum iuvenibus, tum etiam adultis sedula cura tradatur; ut in eadem tradenda serventur aptus ordo atque methodus conveniens non tantum materiae de qua agitur, sed et indoli, facultatibus et aetati necnon vitae condicionibus auditorum, ut eadem institutio innitatur Sacra Scriptura, Traditione, Liturgia, Magisterio vitaeque Ecclesiae. Curent praeterea ut catechetae ad munus suum rite praeparentur, ita ut Ecclesiae doctrinam plane cognoscant, necnon et leges psychologicae et disciplinas paedagogicas theoretice et practice addiscant», *Christus Dominus* n. 14.

¹³¹ Sul rapporto Chiesa-Scienze umane può ancora utilmente consultarsi il contributo di FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Diritto Canonico e Scienze Umane. Per un approccio interdisciplinare alle istituzioni della Chiesa Occidentale*, in GABRIEL LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. vii-xxxvi.

per quanto di sua competenza promuova e tuteli la libertà di insegnamento¹³².

Particolarmente importante nell'ottica dell'*episcopio* è l'invito che *Pastores Gregis* n. 29 fa all'*episcopo* di istaurare un dialogo ed offrire collaborazione e sostegno ai teologi. Il loro contributo, infatti, appare quanto mai utile per l'annuncio del *kerygma* ad una umanità sempre diversa e sempre uguale a se stessa. Nondimeno in forza della sua *episcopio* l'*episcopo* è tenuto a difendere l'unità e l'integrità della fede, vigilando e correggendo eventuali sbandate della teologia¹³³.

Come ben ricorda *Pastores Gregis* n. 31, al di là delle tecniche di comunicazione e delle risorse a disposizione, il modo migliore per un efficace esercizio dell'*episcopio* nell'ambito dell'insegnamento rimane sempre e comunque l'esempio di vita.

Quanto poi agli aspetti normativi ed organizzativi attinenti all'esercizio del *munus docendi*, questi paiono più propriamente qualificabili come esplicazione del *munus regendi* dell'*episcopo*¹³⁴, a riprova delle sopra accennata difficoltà a mantenere una separazione rigida tra i vari *munera Christi*.

10.2. *Munus Sanctificandi*

«Dum igitur munus sanctificandi exercet quisque Episcopus, id quidem exsequitur ad quod muneris docendi ministerium pertinet simulque gratiam percipit in muneris regendi ministerium ac suos affectus ad Christi Summi Sacerdotis exemplar accommodat unde omnia ad Ecclesiae aedificationem Sanctaeque Trinitatis gloriam dirigantur»¹³⁵. Nell'ambito del *munus sanctificandi* la celebrazione eucaristica è per l'*episcopo* il compito più importante e cogente. Dovere connesso è quello di assicurare a tutti i fedeli la possibilità di accedere alla mensa del Signore specialmente la domenica¹³⁶. Del pari egli deve essere sollecito, anche tramite opportuni stimoli verso i suoi sacerdoti, nel dare ai fedeli le massime facilitazioni per accedere al sacramento della

¹³² Cfr. *Pastores Gregis* n. 52 §ult.

¹³³ Cfr. anche *Apostolorum Successores* n. 126 e CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, istruzione *Donum Veritatis*, nn. 13-20.

¹³⁴ Il direttorio *Apostolorum Successores* nn. 163-165 colloca espressamente tutto ciò che rientra nell'organizzazione e formazione del *munus docendi* nell'ambito del *munus regendi*. Sull'incidenza del *munus regendi* nell'ambito del *munus docendi* cfr. CARLOS J. ERRÁZURIZ, *La parola di Dio quale bene giuridico ecclesiale. Il munus docendi della Chiesa*, EDUSC, 2012, pp. 74-77.

¹³⁵ *Pastores Gregis* n. 32 §5.

¹³⁶ Cfr. *Pastores Gregis* n. 37 §4.

riconciliazione¹³⁷.

Bene è sottolineare che la riflessione dei padri conciliari relativa al *munus sanctificandi* si riferisce esclusivamente alla dimensione dell'*ἐπισκοπή* e quindi al livello di *ἐπίσκοπος*-Chiesa particolare, nulla dicendosi circa il possibile apporto del vescovo diocesano nell'esercizio del suo *munus sanctificandi* a favore della Chiesa universale e/o a fedeli non a lui soggetti. L'unico riferimento alla valenza sovra-diocesana del *munus sanctificandi* del vescovo diocesano e dei vescovi in generale è rendere concretamente presente la Chiesa universale nell'atto della celebrazione eucaristica.

L'*ἐπίσκοπος* è il centro della vita liturgica¹³⁸, ed è il moderatore della liturgia nella diocesi. Tale compito non va inteso tanto come mera responsabilità di assicurare una celebrazione liturgica conforme ai precetti divini e alle leggi della Chiesa; il vero ruolo dell'*ἐπίσκοπος* in quest'ambito è essere "normatore" del diritto liturgico diocesano¹³⁹, ad esempio per quanto riguarda la delicata materia delle concelebrazioni eucaristiche¹⁴⁰. La potestà dell'*ἐπίσκοπος* di emanare norme liturgiche non va letta dunque quale concessione data dall'alto in vista di una migliore efficienza, quanto piuttosto come il riconoscimento di un nativo dovere/diritto dell'*ἐπίσκοπος* di decidere su questo aspetto centrale della vita della Chiesa in forza della sua *ἐπισκοπή*, che solo in vista di un bene superiore (quale potrebbe essere, ad esempio, l'uniformità liturgica) può essere circoscritto¹⁴¹.

L'*ἐπίσκοπος* non è però soltanto fonte di regole, ma è lo strumento principale della grazia divina. In tal senso egli ha un duplice ruolo: il primo quello di canale attraverso cui transita la grazia divina (specie per quanto attiene la cresima e la sacra ordinazione); il secondo quello di principale pedagogo dei sacri misteri chiamato, attraverso l'istruzione e l'esortazione, a trasformare

¹³⁷ Cfr. *Pastores Gregis* n. 39 §4.

¹³⁸ «Episcopus ut sacerdos magnus sui gregis habendus est, a quo vita suorum fidelium in Christo quodammodo derivatur et pendet», *Presbyterorum Ordinis* n. 41 §1.

¹³⁹ «Sacrae Liturgiae moderatio ab Ecclesiae auctoritate unice pendet: quae quidem est apud Apostolicam Sedem et, ad normam iuris, apud Episcopum», *Sacrosanctum Concilium* n. 22 §1.

¹⁴⁰ «Ad Episcopum vero pertinet concelebrationis disciplinam in dioecesi moderari», *Sacrosanctum Concilium* n. 57 §2,1.

¹⁴¹ Bene ecclesiale può essere considerata tanto l'uniformità liturgica quanto, all'opposto, la varietà liturgica; l'apprezzamento di uno rispetto all'altro può variare a seconda dei tempi, dei luoghi e del contesto ecclesiale. Ad esempio, mentre a livello di Chiesa latina l'uniformità liturgica è stata riconosciuta come bene ecclesiale superiore dalla riforma liturgica tridentina che ha abolito i particolarismi liturgici locali, diversamente a livello di Chiesa universale è prevalso un tendenziale apprezzamento per la varietà liturgica e quindi per la ricchezza apportata dalla contemporanea presenza di sei Tradizioni liturgiche (latina, antiochena, alessandrina, bizantina, armena, caldea). Su tale delicata questione cfr. MASSIMO DEL POZZO, *La giustizia nel culto. Profili giuridici della liturgia della Chiesa*, EDUSC, 2013, pp. 149-163 (specialmente pp. 155-157).

i battezzati in cuori in grado di accogliere la grazia divina che attraverso di lui Dio effonde sui fedeli¹⁴². Per tale ragione Ἐπίσκοπος farà in modo che nella sua diocesi ci siano le strutture e gli operatori pastorali per garantire un'efficace attuazione degli ordinamenti e della disciplina liturgica, catechistica e pastorale dell'iniziazione cristiana adattata ai tempi moderni¹⁴³. L'idea di liturgia quale terzo pilastro della formazione dei fedeli e della loro vocazione alla missionarietà espressa in *Christus Dominus* n. 15 §2 viene meglio articolata in *Pastores Gregis* n. 35 §3 dove, con più chiarezza, si ricorda che i segni sacramentali e i riti liturgici concorrono a trasmettere la verità della fede e della vita cristiana secondo il noto adagio *lex orandi lex credendi*. Proprio in forza di questo nesso inscindibile tra fede e liturgia Ἐπίσκοπος: deve vigilare affinché ovunque e sempre siano rispettate le norme liturgiche, correggendo e reprimendo tempestivamente gli abusi¹⁴⁴; deve regolare la materia degli esorcismi e delle preghiere di guarigione¹⁴⁵; deve purificare, regolare e promuovere la pietà popolare¹⁴⁶.

10.3. *Munus regendi*

Quello del *munus regendi* è l'ambito dove Ἐπίσκοπή trova la sua espressione più ampia e storicamente più antica.

Dall'essere ambasciatore e rappresentante di Cristo nella comunità deriva all'Ἐπίσκοπος la potestà giuridica necessaria per condurre il gregge affidatogli, attuando così anche sotto questo profilo il *munus pastorale* sacramentalmente ricevuto quale partecipazione alla stessa consacrazione e missione di Cristo¹⁴⁷.

¹⁴² «In exercendo suo munere sanctificandi memores sint Episcopi se ex hominibus assumptos esse et pro hominibus constitui, in iis quae sunt ad Deum, ut offerant dona et sacrificia pro peccatis. Episcopi enim plenitudine Sacramenti Ordinis gaudent et ab ipsis in exercenda sua potestate pendent tum presbyteri, qui quidem, ut Ordinis episcopalis providi sint cooperatores, et ipsi consecrati sunt veri Novi Testamenti sacerdotes, tum diaconi, qui ad ministerium ordinati populo Dei in comunione cum Episcopo eiusque presbyterio inserviunt; ipsi itaque Episcopi praecipui sunt dispensatores mysteriorum Dei, sicut et totius vitae liturgicae in Ecclesia sibi commissa moderatores, promotores atque custodes. Iugiter itaque adnitantur ut christifideles paschale mysterium penitus cognoscant et vivant, per Eucharistiam, ita ut unum arcissimum efficiant Corpus in unitate caritatis Christi; «orationi et ministerio verbi instantes», (Act. 6, 4), laborem impendant ut omnes quorum cura sibi est commissa unanimi sint in oratione utque Sacramentorum receptione in gratia crescant ac fideles Domino sint testes», *Christus Dominus* n. 15.

¹⁴³ Cfr. *Pastores Gregis* n. 38 § 3 e §4.

¹⁴⁴ Cfr. *Pastores Gregis* n. 35 §4.

¹⁴⁵ Cfr. *Pastores Gregis* n. 39 §6.

¹⁴⁶ Cfr. *Pastores Gregis* n. 40.

¹⁴⁷ Cfr. *Pastores Gregis* n. 43 §1.

Il magistero conciliare è molto chiaro sul punto affermando che «Vi huius potestatis Episcopi sacrum ius et coram Domino officium habent in suos subditos leges ferendi, iudicium faciendi, atque omnia, quae ad cultus apostolatusque ordinem pertinent, moderandi»¹⁴⁸, e pertanto «Episcopus igitur, vi officii quod accepit, potestate fruitur iuridica obiectiva, designata ad se exprimentam in actibus potestatis per quos exercet munus pastorale in Sacramento acceptum»¹⁴⁹. Il fine della potestà di governo e della connessa responsabilità dell'*ἐπίσκοπος* è in sostanza quello di creare una comunione organica nella Chiesa particolare che si realizza attraverso il coordinamento dei diversi carismi e ministeri in vista della *salus animarum*¹⁵⁰.

In maniera analoga agli altri due *munera*, anche la trattazione del *munus regendi* è condotta dai Padri conciliari esclusivamente in riferimento all'*ἐπισκοπή* del vescovo diocesano, mancando approfondimenti circa altre possibilità di esercizio diretto/immediato e personale da parte di un membro del Collegio episcopale dei *munera Christi* attraverso una *missio canonica* diversa da quella di vescovo diocesano. Degno di nota è l'accenno iniziale fatto dai Padri conciliari secondo cui il compito di "pascere" la comunità vede un duplice piano: uno orizzontale (o paritario) ed uno verticale (o gerarchico)¹⁵¹. Anche se *Lumen Gentium* non va oltre ad un semplice accenno, il primo piano ha una rilevanza decisiva (e per certi versi più importante del secondo piano) affinché una *ἐπισκοπή* dal punto di vista del *munus regendi* sia fruttuosa. Ci si riferisce ai mezzi del consiglio, della persuasione e dell'esempio¹⁵² i quali, determinando una personale e convinta adesione dei destinatari, sono senza dubbio gli strumenti migliori per un efficace governo, fermo restando che «hoc in suo adimplendo munere ille maximopere contendet ad suscitandum suorum fidelium consensum, sed noverit tandem se ea capturum esse consilia quae necessaria suae pastoris conscientiae videbuntur, sollicitum praesertim de futuro Dei iudicio»¹⁵³. Il piano verticale si regge sui due classici pilastri

¹⁴⁸ *Lumen Gentium* n. 27 §1.

¹⁴⁹ *Pastores Gregis* n. 43 §3.

¹⁵⁰ Cfr. *Pastores Gregis* n. 44 §4.

¹⁵¹ Alcuni autori, fautori della permanente validità della distinzione tra *potestas ordinis* e *potestas iurisdictionis*, preferiscono parlare di *potestas iurisdictionis*, in relazione alla capacità di vincolare giuridicamente i sudditi e di *munus regendi* quando tale capacità viene considerata assieme alle «otras determinaciones no imperativas que pretenden promover ante todo la iniciativa y libre adhesión de los destinatarios», ANTONIO VIANA, *Organización del gobierno en la iglesia según el derecho canonico latino*, cit., p. 41, IDEM, *Potestad de régimen*, in DGDC, vol. 6, p. 301.

¹⁵² *Lumen Gentium* n. 27 in merito dice solo: «subditos, quos ut veros filios suos fovet et ad alacriter secum cooperandum exhortatur, audire ne renuat. Pro animabus eorum rationem redditurus Deo (cf. Hebr 13,17) oratione, praedicatione omnibusque operibus caritatis curam habeat [...] eorumdem».

¹⁵³ *Pastores Gregis* n. 44 §5. Tuttavia è molto giusta l'osservazione che considera la santità di vita

dell'*auctoritas* e della *potestas*. Completamente assente in *Christus Dominus* è la dimensione orizzontale di governo almeno accennata in *Lumen Gentium*¹⁵⁴. Il decreto conciliare, infatti, si limita a trattare della sola dimensione verticale, dando all'*ἐπίσκοπος* indicazioni su come mandare più facilmente ed efficacemente in esecuzione l'autorità/potestà ricevuta da Dio. Un pieno recupero del piano orizzontale, appena accennato in *Pastores Gregis* dove si sottolinea che tanto più l'*ἐπίσκοπος* attraverso l'esercizio della carità incarna il ruolo di essere segno di Cristo tanto più egli acquista l'autorevolezza morale di cui necessita l'autorità giuridica¹⁵⁵, viene fatto da *Apostolorum Successores* n. 65 §2: «Per compiere la sua missione, il Vescovo si serva dell'insegnamento, del consiglio e della persuasione, ma anche dell'autorità e della sacra potestà quando lo richieda l'edificazione dei fedeli». Giova infine ricordare che l'esercizio dell'autorità nella Chiesa non deve essere impersonale e burocratico¹⁵⁶ e deve manifestare sempre la sua intima natura di diaconia¹⁵⁷.

Conclusioni

Al termine dell'analisi vale la pena richiamare l'attenzione sui principali aspetti sopra evidenziati.

Anzitutto la peculiare strutturazione del *munus episcopale* di cui il vescovo viene investito al momento della Sacra Ordinazione. Questo infatti porta con sé l'attribuzione *ipso facto* dei *tria munera Christi*. Tuttavia relativamente al loro esercizio si pone una distinzione: mentre il *munus sanctificandi* ai fini della validità (non già anche della liceità) appare svincolato da determinazioni umane, i *munera sanctificandi e docendi* sono soggetti alla determinazione giuridica della

dell'*ἐπίσκοπος* elemento fondante del governo pastorale poiché mancando questa «rimarrà difficile la ricezione di ciò che egli dispone con atti giuridicamente vincolanti (leggi, giudizi, atti amministrativi o coercitivi) ancora di più saranno vani i suoi consigli e la persuasione che vorrà esercitare», GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il munus regendi episcopi* (I), cit., p. 690.

¹⁵⁴ «In exercendo suo munere patris ac pastoris, sint Episcopi in medio suorum sicut qui ministrant, boni pastores qui cognoscunt suas oves quosque et ipsae cognoscunt, veri patres qui spiritu dilectionis et sollicitudinis erga omnes praestant, quorumque auctoritati divinitus quidem collatae omnes grato animo sese subiciunt. Integram sui gregis familiam ita congregate atque effortent ut omnes, officiorum suorum conscii, in communione caritatis vivant et operentur. Quae ut efficaciter facere valeant, Episcopi, "ad omne opus bonum parati" (2 Tim. 2, 21) et "omnia sustinentes propter electos" (2 Tim. 2, 10) vitam suam ita ordinent oportet, ut necessitatibus temporum accommodata sit», *Christus Dominus* n. 16.

¹⁵⁵ Cfr. *Pastores Gregis* n. 11 §ult e n. 43 §ult. Sull'importanza della autorevolezza morale per l'esercizio della potestà di governo si sofferma anche *Apostolorum Successores* n. 159 §ult.

¹⁵⁶ Cfr. *Pastores Gregis* n. 43 §4.

¹⁵⁷ Cfr. *Apostolorum Successores* n. 66.

communio quale primaria condizione di operatività. Con la *communio* il vescovo diviene membro del Collegio e può così esercitare *valide et licite* in modo indiretto-mediato attraverso la partecipazione al Collegio i *munera Christi* di cui è ontologicamente investivo a favore della Chiesa universale e delle singole Chiese particolari. Diversa dalla *communio* è la *missio canonica*, che è l'atto giuridico attraverso cui il vescovo viene abilitato all'esercizio diretto/immediato e personale in un determinato ambito del *munus episcopale* e dei *tria munera Christi* ad esso connessi.

La *missio canonica* di vescovo diocesano che conferisce, entro limiti di un dato ambito territoriale, il ruolo di pastore (*ἐπίσκοπος*) incaricato dell'*ἐπισκοπή* sulla Chiesa particolare e di inviato (*ἀπόστολος*) chiamato a ricondurre le pecore smarrite attraverso la missionarietà, l'ecumenismo e la promozione umana, è certamente l'incarico più congruente con l'intima natura dell'episcopato.

La Suprema Autorità rispetto al concreto esercizio delle rispettive *ἐπισκοπή* da parte degli *ἐπίσκοποι* si colloca come soggetto esterno che svolge il ruolo di coordinatore/dispensatore degli incarichi di *ἐπισκοπή* sulle varie Chiese particolari e di controllore sul loro corretto esercizio. A tal proposito, ferma restando la possibilità di intervenire in aiuto dell'*ἐπίσκοπος*, di supplire a sue negligenze ed errori, e finanche di rimuoverlo, la Suprema Autorità mai può assumere direttamente la gestione dell'*ἐπισκοπή* facendo dell'*ἐπίσκοπος* un mero esecutore. Altra questione è invece l'esercizio del primato pontificio che nasce dal rapporto di muta interiorità tra Chiesa universale e Chiesa particolare.

Vi è un solo gregge, una sola *ἐπισκοπή* ed un solo titolare dell'*ἐπισκοπή*, tutti gli altri soggetti coinvolti in maniera attiva nella cura del gregge sono meri collaboratori dell'unico *ἐπίσκοπος*. Quest'ultimo deve godere della maggior libertà possibile nello svolgimento dell'incarico, e la salvaguardia da condizionamenti tanto esterni che interni (salvo quelli riconducibili all'esigenza di mantenere la comunione esterna con la Chiesa universale e le altre Chiese particolari come la comunione interna alla stessa Chiesa particolare) si struttura come dimensione irrinunciabile e connaturata all'essere stesso dell'*ἐπισκοπή* quale incarico e responsabilità di pascere il gregge in nome di Cristo.

Edilizia di culto e potestà legislativa regionale

ANDREA AMBROSI

1. *Attribuzioni regionali e libertà religiosa*

Il rapporto tra attribuzioni delle Regioni in materia urbanistico-edilizia ed effettività del diritto di esercitare in privato e in pubblico il culto religioso è da lungo tempo oggetto di indagine, e numerosi sono i contributi di rilievo pubblicati sul tema¹. Recenti interventi legislativi di alcune Regioni, i quali sono apparsi subito come provvedimenti intenzionalmente discriminatori nei confronti di (appartenenti a) minoranze religiose², e due conseguenti decisioni della Corte costituzionale (la sentenza n. 63 del 2016, su disposizioni della l. reg. Lombardia 3 febbraio 2015, n. 2, e la sentenza n. 67 del 2017, su parte della l. reg. Veneto 12 aprile 2016, n. 12) concorrono peraltro a riportare di attualità il tema, offrendo al dibattito nuovi elementi per la riflessione³.

2. *La libertà religiosa nell'art. 19 Cost. e il 'diritto ad un luogo di culto'*

Come ineludibile punto di partenza, occorre domandarsi quale sia il

¹ V., anche per ulteriori indicazioni, VALERIO TOZZI, *La disciplina regionale dell'edilizia di culto*, in RAFFAELE BOTTA (a cura di), *Interessi religiosi e legislazione regionale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 41 ss.; ALBERTO ROCCELLA, *Esigenze religiose e piani urbanistici*, in CHIARA MINELLI (a cura di), *L'edilizia di culto. Profili giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 1995, p. 47 ss.; ALBERTO ROCCELLA, *La legislazione regionale*, in DANIELE PERSANO (a cura di), *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 79 ss.; NATASCIA MARCHEI, *Il diritto alla disponibilità dei luoghi di culto*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 171 ss.; SALVATORE BERLINGÒ, *A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama: edifici di culto e legislazione civile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, n. 1/2015.

² GIUSEPPE CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, n. 14/2015, p. 6.

³ Oltre alle leggi di Lombardia e Veneto, v. anche la l. reg. Liguria 4 ottobre 2016, n. 23, che ha novellato la l. reg. 24 gennaio 1985, n. 4 ("Disciplina urbanistica dei servizi religiosi").

contenuto dell'art. 19 Cost.: più precisamente, se esso garantisca - accanto a libertà che potremmo chiamare 'sostanziali' (di "professare liberamente la propria fede religiosa", "di farne propaganda", "di esercitarne [...] il culto"), anche posizioni 'strumentali' rispetto alle prime, ovvero 'diritti' ad usare in un certo modo determinati 'mezzi', e - prima ancora - 'diritti' di accesso a determinati mezzi. La risposta nel secondo senso è l'unica coerente con il sistema costituzionale interno, e con i vincoli sovranazionali ai quali l'Italia si è obbligata.

Lasciando in disparte il problema generale, se tutte le libertà sostanziali previste in Costituzione implicino un 'diritto ai mezzi' necessari per esercitarle, per quanto riguarda specificamente la libertà di religione è lo stesso testo dell'art. 19 Cost. a stabilire che ciascuno ha il diritto di porre in essere pratiche di culto "in privato o in pubblico", e "in qualsiasi forma, individuale o associata". L'esercizio pubblico e/o associato del culto è dunque un aspetto costitutivo ed essenziale della libertà, la quale rimarrebbe figura vuota se non fosse garantita la possibilità materiale di avvalersene anche per tale contenuto⁴.

Sotto il profilo in esame, l'art. 19 Cost. è avvicicabile all'art. 21, il quale testualmente garantisce la libertà di manifestazione del pensiero, oltre che con la parola e con lo scritto, con "ogni altro mezzo di diffusione". E la giurisprudenza costituzionale, per quanto in alcune decisioni si legga che il diritto di manifestazione "non comprende anche quello di disporre di tutti i possibili mezzi"⁵, è ferma nel senso di scrutinare le norme relative all'accesso e all'uso dei mezzi di diffusione alla stregua della tutela apprestata dall'art. 21 Cost.⁶. L'orientamento della Corte si contrappone dunque nettamente alla tesi, pur autorevolmente avanzata in passato, per la quale la Costituzione

⁴ Cfr., con ulteriori riferimenti, GIUSEPPE CASUSCELLI, *La condizione giuridica dell'edificio di culto*, in CHIARA MINELLI (a cura di), *L'edilizia di culto*, cit., p. 37 s.; SILVIO TROILO, *Le nuove frontiere della libertà religiosa tra pluralismo sociale e pluralismo istituzionale. Il ruolo delle Regioni*, Aracne, Roma, 2013, p. 187 ss.; ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa* (13 giugno 2015), in www.forumcostituzionale.it, p. 5; NICOLA PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in www.federalismi.it, n. 24/2015, p. 1 ss. (parlando di "un diritto costituzionale presupposto dalla stessa libertà religiosa"); DAVIDE MONEGO, *Libertà religiosa, luoghi di culto e governo del territorio*, in SERENA BALDIN - MORENO ZAGO (a cura di), *Luoghi dell'anima, anime in cammino. Riflessioni su eredità culturale e turismo religioso*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 67 ss. Sulla questione se l'art. 19 Cost. configuri propriamente 'diritti', o piuttosto 'libertà', v. MARIO RICCA, *Commento all'art. 19 Cost.*, in ALFONSO CELOTTO - MARCO OLIVETTI - RAFFAELE BIFULCO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 422 ss.

⁵ Sent. 225/1974, punto 5.

⁶ Sent. 48/1964, punto 2; sent. 129/1970, punto 2; sent. 105/1972, punto 3; sent. 93/1972; sent. 131/1973.

si limiterebbe a consentire che ciascuno manifesti ciò che pensa quale che sia il mezzo di cui abbia la disponibilità⁷.

Le decisioni del 2016 e del 2017 giungono agli stessi esiti per quanto riguarda la libertà di religione. Nella sent. 67/2017 la Corte afferma nettamente che “consolidato è il principio per cui la disponibilità di spazi adeguati ove «rendere concretamente possibile, o comunque [...] facilitare, le attività di culto» (sentenza n. 195 del 1993) rientra nella tutela di cui all’art. 19 Cost.”⁸; della sent. 63/2016, due sono i passaggi motivazionali decisivi: per il primo, “[l]’apertura di luoghi di culto, in quanto forma e condizione essenziale per il pubblico esercizio dello stesso, ricade nella tutela garantita dall’art. 19 Cost., il quale riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, con il solo limite dei riti contrari al buon costume”; per il secondo “la disponibilità di luoghi dedicati è condizione essenziale per l’effettivo esercizio della libertà di culto”⁹. Questo secondo passo della motivazione rende evidente che la ‘libertà di aprire luoghi di culto’ di cui la Corte ragiona poco prima in sentenza non è solo la libertà di usare a certi fini di un mezzo (di un edificio) del quale si abbia già la disponibilità, ma è anche la ‘libertà’ (nel senso che si preciserà subito) di accedere al mezzo.

A quanto scrive la Corte nelle sentenze n. 63 e n. 67 circa lo stretto rapporto di implicazione tra libertà ‘sostanziale’ di religione e diritti ‘strumentali’ deve essere dato adeguato rilievo, in quanto esso non sempre emerge con altrettanta nettezza nella giurisprudenza precedente. La sent. 195/1993, punto 3, sostiene sì che la realizzazione delle strutture per i servizi religiosi “ha per effetto di rendere concretamente possibile, e comunque di facilitare, le attività di culto, che rappresentano un’estrinsecazione del diritto fondamentale ed inviolabile della libertà religiosa espressamente enunciata nell’art. 19 della Costituzione”, ma per essa “ragione e giustificazione” dell’intervento della Regione non stanno nel dovere di garantire quel diritto, quanto “nell’esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi”; e le affermazioni della Corte si hanno nell’ambito di un giudizio avente ad oggetto una legge regionale che per quei servizi già prevedeva una certa

⁷ CARLO ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 23-27.

⁸ Punto 2.1.

⁹ V., rispettivamente, punto 4.2 e punto 5.2.

disponibilità di aree e assegnava contributi, solo discutendosi della costituzionalità dei criteri di riparto¹⁰.

Il profilo del ‘diritto di accesso al mezzo’ rimane in ombra nella sent. 346/2002. La pronuncia di incostituzionalità delle norme lombarde, che subordinavano “la corresponsione dei contributi per la realizzazione di attrezzature destinate a servizi religiosi alla condizione che la confessione interessata abbia chiesto ed ottenuto la regolamentazione dei propri rapporti con lo Stato sulla base di una intesa”, non è fondata sulla violazione dell’art. 19 Cost. (pure invocato dal remittente), ma sul contrasto con il principio di eguaglianza: le norme sono illegittime perché si deve fare valere “in proposito il divieto di discriminazione, sancito in generale dall’art. 3 della Costituzione e ribadito, per quanto qui interessa, dall’art. 8, primo comma. Ne risulterebbe, in caso contrario, violata anche l’eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto, di cui l’eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare rappresenta la proiezione necessaria sul piano comunitario, e sulla quale esercita una evidente, ancorché indiretta influenza la possibilità delle diverse confessioni di accedere a benefici economici come quelli previsti dalla legge in esame”¹¹.

Per la sentenza n. 59 del 1958, pietra angolare della giurisprudenza costituzionale sull’art. 19 Cost.¹², “[l]a formula di tale articolo non potrebbe, in tutti i suoi termini, essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto, ivi indubbiamente incluse, in quanto forma e condizione essenziale del suo pubblico esercizio, l’apertura di templi ed oratori e la nomina dei relativi ministri”; in quella occasione la questione della di-

¹⁰ La sent. 195/1993, punto 5, fa in sostanza valere il divieto di discriminazione tra confessioni (con o senza intesa), che viene in gioco “[u]na volta, dunque, che lo Stato e i poteri pubblici in genere ritengano di intervenire con una disciplina comune, quale è quella urbanistica, per agevolare la realizzazione di edifici e di attrezzature destinati al culto [...]”; anche al punto 7, nel quale si argomenta la violazione dell’art. 19 Cost., oltre che degli artt. 2 e 3, la Corte constata che “gli interventi pubblici previsti dalla disposizione [...] vengono ad incidere positivamente proprio sull’esercizio in concreto del diritto fondamentale e inviolabile della libertà religiosa [...]”, ed è da ciò che per la Consulta “consegue che qualsiasi discriminazione in danno dell’una o dell’altra fede religiosa è costituzionalmente inammissibile in quanto contrasta con il diritto di libertà e con il principio di uguaglianza”. Sulle possibili letture della sentenza n. 195 v. MARCO CROCE, *La libertà religiosa nell’ordinamento costituzionale italiano*, ETS, Pisa, 2012, p. 182 ss.

¹¹ Punto 2.

¹² E quindi per la giurisprudenza su tutte le libertà, se è vero che - come ricorda ALDO TRAVI, *Libertà di culto e pubblici poteri: l’edilizia di culto oggi*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, par. 3, rievocando l’insegnamento di Francesco Ruffini - “[l]a libertà religiosa è una libertà fondamentale: anzi, viene ritenuta tradizionalmente la prima libertà ad essere riconosciuta come fondamentale nella cultura occidentale”. Alla sent. 59/1958 si richiama la sent. 195/1993, punto 6, sostenendo che “[l]’esercizio del culto [...] è dunque componente essenziale della libertà religiosa [...]”.

sponibilità fisica di un luogo di culto era centrale, ma veniva in rilievo solo in relazione alla norma (dichiarata incostituzionale) che richiedeva una autorizzazione governativa per potere usare, a fini di culto, di edifici dei quali già si aveva la disponibilità.

Nei giudizi definiti con le due decisioni dell'ultimo biennio, invece, la questione della accessibilità del mezzo è stata direttamente messa a tema, anche se non convincono - come si cercherà di argomentare - alcune delle risposte che sono state date dalla Corte, pur partendo essa dal presupposto che l'art. 19 Cost. tutela il diritto alla realizzazione e alla utilizzazione in concreto di un luogo di culto.

Ma quale contenuto ha il 'diritto al mezzo'? Per la risposta ci si può aiutare prendendo ancora a punto di riferimento l'art. 21 Cost.: "[n]aturalmente" - insegna la Corte con la sent. 105/1972 - "che «tutti» abbiano diritto di manifestare il proprio pensiero «con ogni mezzo», non può significare che tutti debbano avere, in fatto, la materiale disponibilità di tutti i possibili mezzi di diffusione, ma vuol dire, più realisticamente, che a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi eventualmente necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi [...]"¹³. Quanto vale a proposito dell'art. 21 Cost. bene si adatta - considerato che la problematica è la medesima - a quel 'diritto al mezzo' che è funzionale all'esercizio del culto (con le essenziali precisazioni che si faranno per quanto riguarda la consistenza degli interessi in nome dei quali l'accesso al mezzo può essere limitato)¹⁴.

¹³ "[...] o dalla esigenza di assicurare l'armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno o dalla tutela di altri interessi costituzionalmente apprezzabili, giusta i criteri di cui questa Corte ha fatto applicazione in varie occasioni [...]" (punto 3; sui limiti entro i quali il legislatore può regolare l'accesso al mezzo v. oltre, par. 5).

¹⁴ Per una ricostruzione accurata della natura e del contenuto della posizione giuridica alla quale si allude con l'espressione 'diritto al luogo di culto' v. ora NICOLA PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa*, cit., p. 1 ss.; per l'Autore, "[i]n sintesi, tale diritto costituzionale *necessita* dell'esercizio di poteri pubblici, assumendo la consistenza giuridica dell'*interesse legittimo costituzionale*, da intendersi quindi quale interesse pretensivo ad uno specifico bene della vita, ossia ad un edificio destinabile al culto, conseguibile attraverso l'esercizio di poteri istruttori, valutativi, urbanistico-pianificatori, edilizio-attuativi o concessori. Questo diritto costituzionale fondamentale, nella sua forma di interesse legittimo, sembra assumere nella concretezza dell'ordinamento un contenuto essenziale di carattere *collettivizzato*" (p. 11).

3. *Il 'diritto ad un luogo di culto' e il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.*

L'interpretazione dell'art. 19 Cost. ora esposta è l'unica che si conforma a vincoli sovranazionali, rilevanti sul piano interno per effetto dell'art. 117, comma 1, Cost. L'art. 18, paragrafo 1, del "Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici" del 1966¹⁵ stabilisce che "[o]gni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta, nonché la libertà di manifestare, individualmente o in comune con altri, e sia in pubblico sia in privato, la propria religione o il proprio credo nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento". E' agevole notare come le facoltà ricomprese nella 'libertà di religione' siano tratteggiate in termini assai ampi¹⁶, che riprendono peraltro quelli dell'art. 9, comma 1, Cedu, secondo cui il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione - spettante a ogni persona - include "la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti"¹⁷. L'estesa portata della libertà convenzionale è stata ribadita ancora di recente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza della sez. II, 24 maggio 2016, ric. n. 36915/10 e n. 8606/13, *Association de solidarité avec les Temoins de Jehovah* e altri c. Turchia: al par. 89 si legge che "[l]a Cour estime nécessaire de rappeler que, aux termes de l'article 9 de la Convention, le droit à la liberté de religion comprend notamment la liberté de manifester sa religion par le culte et par l'accomplissement des rites. [...]"; e il par. 90 prosegue scrivendo che la Corte "rappelle à cet égard que l'article 9 de la Convention garantit «la liberté de manifester sa religion (...) collectivement». Or, si une communauté religieuse ne peut disposer d'un lieu pour y pratiquer son culte, ce droit se trouve vidé de toute substance (voir, mutatis mutandis, Hassan et Tchaouch, précité, § 62)"¹⁸; su tale presupposto, la Corte di Strasburgo

¹⁵ Ratificato e reso esecutivo sulla base della l. 25 ottobre 1977, n. 881.

¹⁶ V. SILVIA ANGELETTI, *Libertà religiosa e patto internazionale sui diritti civili e politici. La prassi del comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Giappichelli, Torino, 2008. La sent. 63/2016, punto 7, ha dichiarato inammissibili, per difetto di motivazione, questioni sollevate sul parametro del citato art. 18 del Patto.

¹⁷ Sull'art. 9 Cedu, che ricalca a sua volta l'art. 18 Dich. univ. diritti uomo, v. ANDREA GUAZZAROTTI, *Commento all'art. 9*, in SERGIO BARTOLE - PAOLO DE SENA - VLADIMIRO ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 370 ss.

¹⁸ Il passo del par. 89 si può rendere così: "la Corte ritiene necessario di ricordare che, ai sensi

ha ritenuto che leda l'art. 9 Cedu il rendere impossibile, o eccessivamente difficoltoso, a un gruppo religioso ottenere la disponibilità di un luogo appropriato nel quale esercitare il culto, in conseguenza della applicazione di normative urbanistiche sulla pianificazione e sulla destinazione d'uso di edifici e locali¹⁹.

4. *La necessaria previsione dei luoghi di culto da parte della legge regionale tra "principi fondamentali" nella materia concorrente "governo del territorio" e contenuto dell'art. 19 Cost.*

Che la disciplina dell'accesso ai mezzi e del loro uso interferisca strutturalmente con la libertà di religione non significa - anche nel sistema costituzionale risultante dalla riforma del Titolo V operata nel 2001 - che essa spetti in via esclusiva alla competenza legislativa dello Stato²⁰: i diritti fondamentali, "di natura costituzionale, non rappresentano, infatti, una materia in senso tecnico, come tale riconducibile ad una specifica competenza dello Stato o delle Regioni, ma costituiscono situazioni soggettive le quali possono eventualmente inerire ad ambiti materiali contemplati dall'art. 117, nei commi secondo, terzo e quarto, della Costituzione"²¹. Questa espressa affermazione di carattere sistematico trova implicita conferma in tutta la giurisprudenza che ha scrutinato leggi regionali anche alla luce dell'art. 19 Cost.

Dal punto di vista della Regione, la competenza che viene in gioco è primariamente quella sul "governo del territorio", prevista dal terzo comma dell'art. 117 Cost.²²; e plurime sono le prospettive dalle quali la legislazione

dell'art. 9 della Convenzione, il diritto alla libertà di religione comprende segnatamente la libertà di manifestare la propria religione attraverso il culto e il compimento dei riti liturgici [...]"; al par. 90 "la Corte ricorda a tal riguardo che l'art. 9 della Convenzione garantisce 'la libertà di manifestare la propria religione collettivamente'. Ora, se una comunità religiosa non può disporre di un luogo ove praticare il proprio culto, tale diritto viene privato di ogni sostanza (si veda, *mutatis mutandis*, Hassan e Tchaouch, già citati, par. 62)".

¹⁹ Rilevanti possono essere anche disposizioni europee, comprese quelle della Carta dei diritti fondamentali. La sent. 63/2016 ha dichiarato inammissibile un motivo di ricorso proposto in relazione agli artt. 10, 17 e 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e agli artt. 10, 21 e 22 della Carta dei diritti, per difetto di motivazione, anche in ordine al punto, che la fattispecie oggetto della legislazione interna impugnata sia riconducibile al campo di applicazione del diritto europeo (v. punto 7).

²⁰ In tal senso invece GIUSEPPE CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto*, cit., p. 5 s.

²¹ Corte cost., sent. 50/2008, punto 4; v. anche sent. 1/2004 e sent. 285/2005.

²² Sent. 195/1993, punto 3.

regionale sugli edifici di culto – in quanto espressione di potestà legislativa concorrente – si presta ad essere esaminata.

La prima attiene al rapporto tra norme regionali sulla realizzazione e sulla apertura di ‘edifici di culto’ e “principi fondamentali” della materia.

Fuori discussione è che la Regione non viola alcun principio fondamentale quando prevede zone destinate alla realizzazione di edifici di culto: basti ricordare che l’art. 16, comma 8, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)”)), includendo le “chiese e gli altri edifici di culto” tra le opere di urbanizzazione secondaria, delle quali si tiene conto ai fini della determinazione del contributo dovuto da chi costruisce, evidentemente ne presuppone esistenza e disciplina urbanistica, e fornisce implicita ma sicura base legislativa all’intervento regionale²³.

La domanda che oggi presenta maggiore interesse è però diversa: in considerazione dell’atteggiamento assunto da talune Regioni in ordine al fenomeno religioso (attinente soprattutto a fedi diverse dalla cattolica), e poiché un conto è un principio fondamentale che abilita ad un intervento, ed altro è un principio fondamentale che impone la regolazione di un certo oggetto, occorre chiedersi se le Regioni siano tenute a prevedere aree destinate alla realizzazione dei luoghi di culto, predisponendo una disciplina complessivamente idonea - è essenziale sottolineare - ad assicurare effettività alla libertà costituzionale garantita dall’art. 19 Cost.²⁴. La letteratura osserva che manca un espresso principio fondamentale in tal senso²⁵; e suggerisce la esplorazio-

²³ Già la sent. 195/1993, punto 3, giudicando, come si è visto, su una legge regionale attinente all’edilizia di culto, richiamava il “contesto delle disposizioni statali che comprendono le chiese e gli altri edifici per i servizi religiosi tra le opere di urbanizzazione secondaria, al pari di altri servizi di pubblico interesse (cfr. legge n. 167 del 1962 modificata dalla legge n. 865 del 1971)”.

²⁴ Ciò che spesso la legislazione regionale non prevede, o non prevede con sufficiente chiarezza, anche quando regola la assegnazione di aree e di contributi economici per l’edilizia di culto: la assegnazione si pone solo a valle della destinazione delle aree; e la destinazione delle aree talora finisce con l’essere meramente eventuale, a causa della complessità del procedimento amministrativo necessario allo scopo; in argomento v. SALVATORE BERLINGÒ, *A trent’anni dagli Accordi di Villa Madama*, cit., p. 12; GIUSEPPE CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull’edilizia di culto*, cit., p. 4; ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., p. 8 s.

²⁵ SALVATORE BERLINGÒ, *A trent’anni dagli Accordi di Villa Madama*, cit., p. 10, parla della “«terra di nessuno» di una legislazione concorrente non assistita dalla indispensabile individuazione di norme di principio da parte di una legge cornice tuttora non emanata”. NATASCIA MARCHEI, *Le nuove leggi regionali ‘antimoschee’*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, n. 25/2017, p. 4, nota in generale la assenza di principi fondamentali della materia, assenza alla quale supplisce la giurisprudenza costituzionale. ALBERTO ROCCELLA, *Problemi attuali dell’edilizia di culto*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, par. 3, sottolinea che “stride la mancanza di una disciplina di legge statale che renda effettivo il diritto di tutte le confessioni religiose di realizzare propri luoghi di culto in corrispondenza dei bisogni dei rispettivi fedeli”.

ne di altri materiali normativi dai quali il principio si possa ricavare. Così, si ricorda che talune leggi adottate sulla base di intese con le confessioni *ex art. 8 Cost.*, calcando una disposizione che regola i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica²⁶, stabiliscono che le autorità civili tengano conto delle esigenze religiose fatte presenti dai competenti organi della confessione per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto²⁷.

Ma ricavare da tali previsioni un principio fondamentale della materia, che imponga alle Regioni di consentire la realizzabilità a ‘tutti’ di luoghi di culto, è arduo: non tanto perché si tratti di diritto speciale²⁸, quanto piuttosto perché le stesse sembrano più che altro dirette a “vincolare l’autorità civile ad accettare istanze di costruzione (e gestione) di nuovi luoghi di culto di una determinata confessione religiosa solo ed esclusivamente da parte dei vertici istituzionali di quest’ultima”, e perché conseguentemente, comunque, trascurano le esigenze religiose di “gruppi di fedeli di una certa religione (senza vertice) che non accettano di aderire all’associazione «capofila» che per avventura è riuscita a ottenere riconoscimenti pubblico-formali”²⁹.

La necessaria previsione di “attrezzature di interesse comune religioso” sembrerebbe imposta dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444³⁰, il cui art. 3 stabilisce che “[p]er gli insediamenti residenziali,

²⁶ L’art. 5, comma 3, dell’Accordo 18 febbraio 1984 (ratificato sulla base della l. 25 marzo 1985, n. 121, e dalla stessa eseguito), secondo il quale “[l]’autorità civile terrà conto delle esigenze religiose delle popolazioni, fatte presenti dalla competente autorità ecclesiastica, per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto cattolico e delle pertinenti opere parrocchiali”.

²⁷ V. ad es. l’art. 11, comma 4, l. 30 luglio 2012, n. 126, per i rapporti con la “Sacra arcidiocesi ortodossa d’Italia ed Esarcato per l’Europa Meridionale”, nonché, da ultimo, l’art. 8, comma 5, legge 28 giugno 2016, n. 130, per i rapporti con “l’Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai”.

²⁸ Cfr. la sent. 467/1992 (punto 6), secondo cui il diritto speciale delle intese non potrebbe essere elemento di comparazione. Ma già la sent. 329/1997, censurando una disposizione che prevedeva disparità di trattamento sanzionatorio di offese alla religione mediante vilipendio di cose a seconda che si trattasse o meno della religione cattolica, trovava “significativo, a questo riguardo, che esplicite rivendicazioni di uguaglianza di trattamento in questa materia si trovino oggi espresse in intese stipulate dallo Stato con varie confessioni religiose minoritarie e tradotte in legge dello Stato” (punto 2). Sulla ricostruzione e sui possibili usi di un ‘diritto comune delle intese’ v. BARBARA RANDAZZO, *Commento all’art. 8 Cost.*, in RAFFAELE BIFULCO - ALFONSO CELOTTO - MARCO OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 209 ss., p. 212 s. In argomento rileva la questione della natura e della funzione della intesa: più si ritiene che essa debba limitarsi al “riconoscimento di esigenze peculiari del gruppo religioso” (così sent. 52/2016, punto 5.1), meno è possibile dai singoli accordi ricavare regole generalizzabili.

²⁹ V. ANDREA GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze, in le Regioni*, 2016, p. 605 s., e ivi ulteriori indicazioni. Si noti che tutti i giudizi amministrativi definiti con le pronunce citate nel presente lavoro vedevano come parti associazioni di diritto comune, e non enti esponenziali di confessioni religiose con intesa.

³⁰ Recante “[l]imiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle

i rapporti massimi di cui all'art. 17 - penultimo comma - della legge n. 765 del 1967, sono fissati in misura tale da assicurare per ogni abitante - insediato o da insediare - la dotazione minima, inderogabile, di mq. 18 per spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggio [...]”, con la specificazione che la dotazione complessiva va “di norma” ripartita prevedendo “mq. 2 di aree per attrezzature di interesse comune”, nelle quali sono comprese anche le attrezzature “religiose”, accanto a quelle “culturali, sociali, assistenziali, sanitarie, amministrative, per pubblici servizi” e altre. Alcune disposizioni del decreto ministeriale sono state ricondotte dalla Corte alla materia esclusiva statale dell’“ordinamento civile”³¹, ma non si vede come ciò sia argomentabile con riferimento alla dotazione minima di aree destinate a insediamenti per determinati servizi³².

Difficile anche ricavarne un principio fondamentale della materia³³, trattandosi di disposizione non legislativa³⁴. Per giungere a tale risultato, occorrerebbe accodarsi a orientamenti giurisprudenziali poco convincenti alla luce del rapporto che in termini generali sembra più corretto istituire tra fonti statali e regionali³⁵; e ritenere che il decreto ministeriale vincoli in quan-

attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765”.

³¹ Tra le ultime v. - con riferimento all'art. 9 d.m. (“Limiti di distanza tra i fabbricati”) - la sent. 232/2005, punto 4; la sent. 178/2016, punti 3.1-3.2; la sent. 185/2016, punti da 4 a 7; la sent. 231/2016, punto 3; la sent. 41/2017.

³² V. sent. 63/2016, punto 11. *Contra* ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., p. 6 s.

³³ Di opinione diversa sembra DAVIDE MONEGO, *Libertà religiosa, luoghi di culto e governo del territorio*, cit., p. 68.

³⁴ L'art. 30 d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (conv. con modif. dalla l. 9 agosto 2013, n. 98) ha inserito nel testo unico in materia edilizia l'art. 2-*bis*, per il quale “[f]erma restando la competenza statale in materia di ordinamento civile con riferimento al diritto di proprietà e alle connesse norme del codice civile e alle disposizioni integrative, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, e possono dettare disposizioni sugli spazi da destinare agli insediamenti residenziali, a quelli produttivi, a quelli riservati alle attività collettive, al verde e ai parcheggi, nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali”. Per quanto qui interessa, la disposizione - di certo non perspicua - potrebbe essere letta da qualcuno nel modo seguente: a) le Regioni possono dettare disposizioni sugli spazi in deroga a quelle del decreto ministeriale solo a certe condizioni (se “funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali”); b) in mancanza delle quali vale integralmente il decreto ministeriale; c) il cui contenuto è quindi stato ‘legificato’ dall'art. 2-*bis*; ma la giurisprudenza costituzionale successiva al decreto legge n. 69 del 2013 continua a riferirsi, per quanto riguarda le regole sulle distanze minime, al “decreto ministeriale” del 1968 (v. le sentenze citate alla nota 31).

³⁵ Per la affermazione che principi fondamentali della materia non possono derivare da regolamenti, neanche da quelli di delegificazione, v. la sent. 482/1995, punto 8; la sent. 302/2003, punto 4.1; la

to sviluppo e attuazione della fonte legislativa che espressamente lo prevede, rimettendo ad esso il compito di definire oltre che i “limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati” anche i “rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi”, che devono essere rispettati, “[i]n tutti i comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti” (art. 41-*quinquies*, commi 8 e 9, l. 17 agosto 1942, n. 1150, introdotto dall’art. 17 l. 6 agosto 1967, n. 765)³⁶.

Ancora a proposito del decreto ministeriale n. 1444 del 1968, si può qui escludere, uscendo dall’angolo prospettico del regime costituzionale proprio della potestà concorrente, che esso vincoli le Regioni in quanto espressione della competenza statale esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, fissata dall’art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.³⁷. Occorre intatti tenere fermo - con la più convincente giurisprudenza costituzionale - che “l’attribuzione allo Stato della competenza esclusiva e trasversale di cui alla citata disposizione costituzionale si riferisce alla determinazione degli *standard* strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di genericità, a tutti gli aventi diritto (tra le tante, le sentenze n. 387 del 2007 e n. 248 del 2006)”³⁸. Ma il decreto ministeriale non definisce alcuna *prestazione determinata* a favore di ‘aventi diritto’ altrettanto determinati: prestazioni e aventi diritto risulteranno, eventualmente, solo dalla legislazione regionale.

Si può infine ricordare che il rinvenimento di un principio fondamentale

sent. 303/2003; la sent. 364/2003; la sent. 187/2012, punto 4.1.

³⁶ Per l’orientamento al quale si fa riferimento nel testo v. la sent. 27/2010, punto 4. E’ peraltro da notare che per queste decisioni è necessario che alla definizione dei contenuti dell’atto non legislativo dello Stato concorrano le Regioni, il che per evidenti motivi temporali non è accaduto in relazione al decreto ministeriale del 1968. Per la sottolineatura che l’ultimo comma dell’art. 9 d.m. 1444/1968 è stato “più volte ritenuto dotato di particolare «efficacia precettiva e inderogabile» (sentenza n. 185 del 2016, ma anche sentenze n. 114 del 2012 e n. 232 del 2005), in quanto richiamato dall’art. 41-*quinquies* della legge 17 agosto 1942, n. 1150”, v. la sent. 41/2017, punto 4.2, in un contesto però nel quale venivano in rilievo solo le regole sulle distanze (ricondotte alla competenza statale sull’ordinamento civile), e i limiti entro i quali alle Regioni è consentito ‘derogarvi’, nell’esercizio della potestà legislativa sul “governo del territorio”, che può intersecare la materia “ordinamento civile”.

³⁷ NICOLA PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa*, cit., p. 23, richiama la attribuzione statale di cui alla lett. *m*), ma con riferimento agli standard della garanzia di partecipazione ai procedimenti amministrativi da parte degli interessati.

³⁸ Sent. 50/2008, punto 4.

della materia “governo del territorio” che imponga la previsione nella pianificazione urbanistica di ‘luoghi di culto’ non gioverebbe a vincolare sul punto le Regioni speciali e le Province autonome di Trento e di Bolzano, alle quali gli Statuti attribuiscono sulle corrispondenti materie competenza legislativa primaria, non soggetta al limite dei principi fondamentali, tipico della potestà concorrente³⁹.

La mancanza di una norma di rango legislativo ordinario che imponga la destinazione di certe aree alla realizzazione di edifici per servizi religiosi non significa che le Regioni siano sul punto libere⁴⁰. Al contrario, il dovere di destinare parti del territorio alla realizzazione di tali strutture deriva alle Regioni direttamente dall’art. 19 Cost.⁴¹, il quale comprende - come si è visto - il ‘diritto al mezzo’ necessario all’esercizio anche pubblico del culto; se ce ne fosse bisogno, è il primo comma dell’art. 117 Cost. a stabilire che “[I] a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione [...]”⁴².

Nelle materie oggetto di potestà concorrente, spesso accade che le norme costituzionali rilevanti ai fini del contenuto della disciplina rimangano sullo sfondo, in quanto esse sono implementate e sviluppate dalla legislazione statale di principio, cosicché è il vincolo derivante da quest’ultima a venire in primo piano, piuttosto che il limite costituzionale⁴³. In altri casi invece la norma costituzionale condiziona in via diretta ed immediata la disciplina regionale sulla singola materia, svolgendo in qualche modo la funzione che è di solito svolta dai principi fondamentali, e potendo anche imporre alla legge regionale obblighi positivi di sviluppo e di adeguamento. Si pensi al diritto alla salute tutelato dall’art. 32 Cost.: la norma costituzionale pone *ex*

³⁹ V. art. 14, lett. *f*), St. Sicilia; art. 3, lett. *f*), St. Sardegna; art. 2, lett. *g*), St. Valle d’Aosta; art. 8, n. 5, St. Trentino - Alto Adige; art. 4, n. 12, St. Friuli - Venezia Giulia; in relazione al riparto di competenze fissato dagli Statuti speciali, occorrerebbe argomentare che le norme statali esprimono il principio fondamentale della materia concretizzano, per le autonomie differenziate, il limite delle norme di riforma economico-sociale, o dell’interesse nazionale.

⁴⁰ In tal senso sembra invece SALVATORE BERLINGÒ, *A trent’anni dagli Accordi di Villa Madama*, cit., p. 10: nella mancanza di una legge cornice statale, si “finisce col rimettere alla assoluta discrezionalità, per non dire all’arbitrio, dei legislatori regionali e degli amministratori locali la definizione del complesso e delicato equilibrio fra le esigenze proprie delle regole urbanistiche e le specifiche esigenze di culto [...]”.

⁴¹ GIUSEPPE CASUSCELLI, *La condizione giuridica dell’edificio di culto*, cit., 37 s., individua un obbligo del legislatore di apprestare i mezzi necessari a dare effettività alla libertà di culto; analogamente ora DAVIDE MONEGO, *Libertà religiosa, luoghi di culto e governo del territorio*, cit., p. 67 s.

⁴² “[...]] nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, prosegue l’art. 117 Cost.: tra i quali rientrano le norme europee ed internazionali richiamate sopra, al par. 3.

⁴³ Per un risalente esempio v. la sent. 1103/1988, punto 2.

se alla Regione obblighi positivi, indipendentemente dalla legislazione contenente principi fondamentali nella materia concorrente “tutela della salute” (o “assistenza sanitaria e ospedaliera”, secondo il testo originario dell’art. 117 Cost.); obblighi il cui adempimento è assicurato dalla Corte, quando dichiara la incostituzionalità, per violazione diretta dell’art. 32 Cost., di leggi regionali che non prevedono adeguate forme di tutela sanitaria⁴⁴.

Ove la legge regionale non provveda, può essere dichiarata incostituzionale dalla Corte, per violazione dell’art. 19 Cost., mediante una sentenza additiva, che introduca la necessità della previsione di adeguate zone destinate alla realizzazione di luoghi di culto. Si tratterebbe necessariamente di una additiva di principio o di meccanismo, ma non per questo essa sarebbe *inutiliter data*: in termini generali, vale infatti l’insegnamento della Corte espresso limpidamente nella sentenza n. 295 del 1991 (e successivamente ribadito), per cui “la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa - com’è quella ravvisata nell’ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l’effettività di questo - mentre lascia al legislatore, riconoscendone l’innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all’omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”.

5. Il contemperamento tra ‘diritto al luogo di culto’ e altri interessi nella legislazione regionale in materia di “governo del territorio”.

Una ulteriore prospettiva dalla quale si può guardare al rapporto tra disciplina degli edifici di culto e potestà concorrente sul “governo del territorio” è quella degli interessi che le Regioni possono prendere in considerazione ai fini della scrittura della normativa.

Se il titolo competenziale delle Regioni è il “governo del territorio”, le limitazioni apponibili alla apertura di luoghi di culto saranno primariamente

⁴⁴ V. la sent. 267/1998, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale del paragrafo 8.6 dell’allegato I della l. reg. Piemonte 23 aprile 1990, n. 37 (“Norme per la programmazione socio-sanitaria regionale e per il Piano socio-sanitario regionale per il triennio 1990-92”), “nella parte in cui non prevede il concorso nelle spese per l’assistenza indiretta per le prestazioni di comprovata gravità ed urgenza, quando non sia stato possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistano le altre condizioni necessarie per il rimborso” (la legge statale pertinente si limitava ad ammettere la possibilità di assistenza indiretta, senza ulteriori e più specifici vincoli); nello stesso senso v. la sent. 509/2000.

quelle che rispondono alle esigenze proprie dell'urbanistica e dell'edilizia (oltre che a quelle di altre materie affidate alla cura regionale, ed escludendosi quindi limitazioni funzionali a interessi rientranti nelle attribuzioni statali).

È affermazione oramai tralaticia che la disciplina di ogni posizione giuridica riconosciuta in Costituzione possa e debba tenere conto della necessità di tutelare altri interessi meritevoli e potenzialmente confliggenti. Ciò vale in particolare per la disciplina dei mezzi necessari ad esercitare libertà costituzionali. Riprendendo il confronto con l'art. 21 Cost., si può ricordare che la Corte ha più volte sostenuto che nella disciplina dell'uso dei mezzi di diffusione “[e]merge in particolare l’esigenza di valutare altri interessi pubblici degni di primaria considerazione, come la sicurezza della viabilità, e la tutela dei monumenti, dell’estetica cittadina, del paesaggio”⁴⁵. Il ‘bilanciamento’ tra interessi diversi è operazione alla quale la Corte si riferisce anche per quanto riguarda la libertà di religione. Sul punto, però, sembra che le sentenze del 2016 e del 2017 marchino in modo affatto peculiare - almeno sul piano delle affermazioni ‘di principio’ - il criterio del bilanciamento e del relativo controllo di costituzionalità.

La più risalente giurisprudenza, con riferimento a norme incidenti sul diritto di usare liberamente dei mezzi di diffusione del pensiero, sosteneva che “in quanto si limitano a disciplinarne l’esercizio, esse appaiono estrinsecazione di un potere del legislatore ordinario del quale la Corte, in riferimento a varie fattispecie e con ripetute e costanti pronunzie, ha riconosciuto la piena legittimità sempre che il diritto attribuito dalla Costituzione non venga ad essere snaturato”⁴⁶; per il legislatore il limite invalicabile era solo quello, connotato in negativo, di ‘non snaturare il diritto’. Nettamente più ridotte sono le possibilità regionali di intervento secondo la sent. 63/2016: “[n]on è [...] consentito al legislatore regionale, all’interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolano o compromettono la libertà di religione”⁴⁷; più nel dettaglio, devono essere soddisfatti “il principio e il test di proporzionalità, che impongono di valutare se la norma oggetto di scrutinio, potenzialmente limitativa di un diritto fondamentale, qual è la libertà di culto, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva di applicare sempre quella meno restrittiva dei diritti individuali e imponga sacrifici non eccedenti quanto necessario per assicurare il perseguimento

⁴⁵ Così ad esempio la sent. 129/1970, punto 2.

⁴⁶ Sent. 48/1964, punto 2, ripresa alla lettera da sent. 129/1970, punto 2.

⁴⁷ Punto 5.2.

degli interessi ad essi contrapposti”⁴⁸. In altri termini, il diritto fondamentale garantito dall’art. 19 Cost., comprendente il ‘diritto al mezzo’ nel senso sopra indicato, pretende dal legislatore una particolare considerazione⁴⁹, e implica uno scrutinio stretto e non deferente sulle norme che lo limitano; e il criterio enunciato dalla Corte - pienamente condivisibile perché mette a valore il carattere costituzionale e fondamentale della libertà di culto - opera pure come criterio interpretativo della legislazione comune, imponendo a tutti gli operatori di ricavarne norme non contrastanti con la ampiezza secondo la quale l’art. 19 Cost. garantisce la libertà.

Non si può certo dire che le Regioni siano sempre attente a muoversi entro i confini indicati.

Alcune previsioni, pur quando non pretendano di disciplinare profili di competenza statale⁵⁰, sono palesemente lontane dalla tutela di interessi ‘urbanistici’. Tale è la disposizione lombarda - introdotta nel 2015 e prontamente assunta a modello dal Veneto e dalla Liguria - per cui il piano delle attrezzature religiose deve prevedere tra l’altro “distanze adeguate tra le aree e gli edifici da destinare alle diverse confessioni religiose”, da definire nel minimo con deliberazione della giunta regionale⁵¹: il vincolo della ‘distanza adeguata’ tra i diversi luoghi di culto pare piuttosto diretto a tutelare la soggettiva tranquillità psicologica dei praticanti una certa religione, e a garantire una confessione dalla ‘concorrenza’ delle altre (tutele comunque basate sul presupposto, a mio giudizio ingiurioso per un credente, che la adesione all’una o all’altra fede non sia un fatto spirituale, bisognoso di essere continuamente ravvivato, ma dipenda dalla comodità di accesso ad un edificio piuttosto che ad un altro, e dalla riduzione della possibilità di incrociare fisicamente seguaci di altre religioni). Tale era la disposizione veneta (art. 31-ter, comma 3, secondo periodo, l. reg. 23 aprile 2004, n. 11, aggiunto con la l. reg. 12 aprile 2016, n. 12) stando alla quale nella convenzione urbanistica stipulata tra il soggetto richiedente e il comune interessato poteva

⁴⁸ Punto 6.

⁴⁹ Spesso invece assente: v. ad esempio quanto osserva SALVATORE BERLINGÒ, *A trent’anni dagli Accordi di Villa Madama*, cit., p. 10, a proposito delle leggi lombarde succedutesi già tra il 2006 e il 2011: “tutte indirizzate a ridefinire la linea del suddetto equilibrio [fra le esigenze proprie delle regole urbanistiche e le specifiche esigenze di culto] sempre più a favore delle istanze di controllo del governo del territorio”.

⁵⁰ V. oltre, par. 9.

⁵¹ Art. 72, comma 7, lett. c), l. reg. 12/2005 (nel testo della l. reg. 2/2015). Per il Veneto v. l’art 31-ter, comma 1, lett. c), l. reg. 23 aprile 2004, n. 11, aggiunto dalla l. reg. 12 aprile 2016, n. 12. Per la Liguria v. l’art. 3, comma 4-bis, lett. b), l. reg. 24 gennaio 1985, n. 4, nel testo sostituito dalla l. reg. 4 ottobre 2016, n. 23.

“essere previsto l’impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto”; e la norma, impugnata dal Governo, è stata in effetti dichiarata incostituzionale con la sent. 67/2017, anche per il motivo che “la Regione eccede da un ragionevole esercizio” delle proprie competenze “se, nell’intervenire per la tutela di interessi urbanistici, introduce un obbligo, quale quello dell’impiego della lingua italiana, del tutto eccentrico rispetto a tali interessi”⁵².

Altre norme, pur poste a tutela di interessi urbanistici, possono essere non proporzionate e non strettamente necessarie rispetto allo scopo, tenuto conto della compressione della libertà di culto che esse comportano, o possono comportare in certi contesti territoriali. Si rifletta sulle norme che impongono alla pianificazione dei luoghi di culto di prevedere tra l’altro “la presenza di strade di collegamento adeguatamente dimensionate” e “di adeguate opere di urbanizzazione primaria” (strade e opere che, se assenti o inadeguate, devono essere realizzate con onere a carico degli interessati), “uno spazio da destinare a parcheggio pubblico in misura non inferiore al 200 per cento della superficie lorda di pavimento dell’edificio da destinare a luogo di culto” (con possibilità di aggiungere “un minimo di posteggi determinati su coefficienti di superficie convenzionali”), cui si uniscono “la realizzazione di adeguati servizi igienici” e “l’accessibilità alle strutture anche da parte di disabili”⁵³. Non si può negare che queste prescrizioni siano in sé ragionevoli e poste a tutela di interessi pubblici affidati alla cura delle Regioni. Ma può ben accadere che in certe situazioni una o più di esse si rivelino eccessive (si pensi alla apertura di un luogo di culto per un numero di fedeli non troppo consistente, in rapporto alla necessità di un ampio spazio per parcheggi)⁵⁴, o

⁵² Punto 3.3; la sentenza aggiunge che la norma “si presta a determinare ampie limitazioni di diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale, in difetto di un rapporto chiaro di stretta strumentalità e proporzionalità rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti, ricompresi nel perimetro delle attribuzioni regionali”.

⁵³ Per la Lombardia v. l’art. 72, comma 7, lett. a), lett. b), lett. d), lett. f), l. reg. 12/2005 (nel testo della l. reg. 2/2015); per il Veneto l’art 31-ter, comma 1, lett. a), lett. b), lett. d), lett. e), l. reg. 11/2004, aggiunto dalla l. reg. 12/2016; per la Liguria l’art. 3, comma 4-bis, lett. a), lett. c), lett. d), l. reg. 4/1985, nel testo sostituito dalla l. reg. 23/2016.

⁵⁴ Gli esempi si potrebbero moltiplicare. La legge ligure citata alla nota precedente vuole che le strade di collegamento siano dimensionate in modo “da non congestionare il traffico pedonale e motorizzato nel momento di maggior affluenza di fruitori alla struttura”: con tale norma, un picco di presenze (misurato come?), che si verifichi una volta all’anno in occasione di una particolare ricorrenza religiosa, viene assunto a metro per la misurazione del fabbisogno ordinario di dotazione (e si ricordi che i picchi di presenze in occasione di festività della religione maggioritaria in Italia sono invece - e a ragione, dal punto di vista costituzionale - gestiti in via amministrativa, mediante temporanee limitazioni della circolazione, come del resto avviene spesso in occasione del compi-

si traducano nella impossibilità pratica di realizzare il luogo; in tale normativa il carattere fondamentale della libertà di religione non viene tenuto in considerazione, e lo ‘spazio fisico’ necessario all’esercizio della libertà viene equiparato ad uno degli innumerevoli ‘spazi fisici’ per l’esercizio del commercio che si trovano disseminati sul territorio.

Se si volge lo sguardo alla legislazione basata sulle intese con le confessioni religiose *ex art. 8 Cost.*, si vede come sia la normativa comunemente valevole su singoli settori materiali ad essere adattata ed entro certi limiti subordinata alla esigenza primaria di assicurare nel modo più ampio possibile le esigenze di culto; ad esempio, l’art. 15 l. 8 marzo 1989, n. 101, pone un vincolo di destinazione per gli edifici destinati all’esercizio pubblico del culto ebraico⁵⁵, stabilendo altresì che non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con l’Unione delle Comunità ebraiche; l’art. 16, comma 3, garantisce poi che “[l]e sepolture nei cimiteri delle Comunità e nei reparti ebraici dei cimiteri comunali sono perpetue in conformità della legge e della tradizione ebraiche”; oppure, ancora, l’art. 6, comma 2, con deroghe alla legislazione in materia alimentare e sanitaria, lascia che [l]a macellazione eseguita secondo il rito ebraico continu[i] ad essere regolata dal decreto ministeriale 11 giugno 1980, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 168 del 20 giugno 1980, in conformità alla legge e alla tradizione ebraiche”⁵⁶.

mento di molti riti liturgici, quali processioni o funerali). Per la critica delle norme che separano, e assoggettano a procedure peculiari e aggravate, la pianificazione delle attrezzature religiose dalla comune pianificazione dei servizi v. ANDREA GUZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., p. 599.

⁵⁵ Analogamente a quanto stabilisce l’art. 831, comma 2, cod. civ. per gli “edifici destinati all’esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati”, norma che incide sulle facoltà comunemente spettanti al proprietario.

⁵⁶ Il decreto ministeriale 11 giugno 1980 autorizza la macellazione degli animali anche secondo il rito religioso islamico. Pure la normativa europea prevede che le disposizioni comuni sull’abbattimento degli animali (che deve avvenire “esclusivamente previo stordimento”, mantenendo la perdita di coscienza e di sensibilità fino alla morte) “non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello” (art. 4, par. 4, Reg. (CE) 24 settembre 2009, n. 1099/2009 - Regolamento del Consiglio relativo alla protezione degli animali durante l’abbattimento). Dubbi sulla permanente vigenza del decreto ministeriale del 1980 sono espressi da ANDREA PIN, *Laicità e Islam nell’ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 2010, p. 17 ss.

6. *Titolari costituzionali della libertà religiosa e vincoli conseguenti alla legislazione regionale*

Nelle pagine immediatamente precedenti si sono tratteggiati taluni limiti della disciplina regionale degli edifici di culto derivanti dallo ‘statuto costituzionale’ proprio della potestà legislativa concorrente, che spetta alla Regione nella materia “governo del territorio”; e si è visto che, in assenza di specifici principi fondamentali di rango legislativo ordinario, norme puntualmente rilevanti per la regolamentazione urbanistica ed edilizia degli edifici di culto si ricavano in via immediata dalla Costituzione.

Occorre ora allargare il campo di osservazione, uscendo dalla problematica tipica della potestà concorrente, e sondare come le scelte normative della Regione nella materia urbanistica siano condizionate dal generale limite costituzionale.

Purtroppo talune discipline regionali rendono necessario ricordare che la Regione deve rispettare tutti i diritti e le libertà che la Costituzione garantisce, e per come essa li garantisce. Per quanto riguarda, ancora, la libertà di religione, la legislazione locale non può disconoscere che la titolarità spetta a “tutti”: cittadini italiani e cittadini di altri Stati, come singoli, come persone associate, come persone appartenenti ad una ‘confessione’. Da ciò derivano varie conseguenze.

a) Anzitutto, la presenza di una “intesa” con lo Stato e della legge conseguente (*ex art. 8 Cost.*) non può essere un elemento di differenziazione nella disciplina urbanistica delle strutture per servizi religiosi. Sul punto la giurisprudenza costituzionale è del tutto inequivoca, almeno a partire dalla sent. 195/1993⁵⁷, se non già dalla sent. 59/1958: con specifico riguardo all’edilizia di culto, dando seguito al precedente del 1993, la sent. 346/2002 - poi ripresa dalla sent. 63/2016 e dalla sent. 67/2017 - attesta che le intese “non sono e non possono essere [...] una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire della libertà di organizzazione e di azione, loro garantita dal primo e dal secondo comma dello stesso art. 8, né per usufruire di norme di favore riguardanti le confessioni religiose”⁵⁸; in termini generali, la sent. 52/2016 - con riferimento ai “diversi settori dell’ordinamento” - afferma con nettezza che “sicuramente la Costituzione impedisce che il legislatore, in vista dell’applicabilità di una determinata normativa attinente

⁵⁷ V. punti 4, 5, 6.

⁵⁸ Punto 2.

alla libertà di culto, discrimini tra associazioni religiose, a seconda che abbiano o meno stipulato un'intesa"⁵⁹. E occorrerebbe allora domandarsi per quale motivo talune Regioni abbiano continuato e continuino a differenziare le confessioni richiedenti spazi in funzione del raggiungimento o meno della intesa. Una possibile risposta è la seguente: che i titolari degli organi regionali, pur consapevoli della illegittimità della legge⁶⁰, facciano leva sulla efficacia della stessa (fino ad una dichiarazione di incostituzionalità) per porre ostacoli all'esercizio della libertà da parte di appartenenti a minoranze religiose, confidando anche sul fatto che i tempi, i costi, la aleatorietà dello stesso processo costituzionale possono dissuadere i titolari del diritto dal farlo valere.

b) La libertà di religione spetta a singoli e a gruppi indipendentemente dalla diffusione e dalla accettazione sociale della stessa: ciò implica che decisioni che impediscono o rendono eccessivamente difficoltoso di esercitarla concretamente ed efficacemente non possono essere rimesse al voto della maggioranza. Il riconoscimento di diritti fondamentali in Costituzione è riconoscimento contro-maggioritario⁶¹, secondo una teorica che non da oggi accomuna l'Italia ad altri Paesi: l'idea è benissimo espressa in una lontana decisione del 1943 della Corte suprema degli Stati Uniti, nella quale si legge che “[t]he very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied

⁵⁹ Punto 5.1.

⁶⁰ La quale spesso ha anche la funzione di “una legge «bandiera», approvata allo scopo di veicolare, con la maggiore forza precettiva della fonte adoperata, un messaggio politico xenofobo, da sventolare nelle piazze reali delle città e metaforiche di internet” (così GIUSEPPE CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto*, cit., p. 9).

⁶¹ ROBERTO BIN, *Capire la Costituzione*, nuova ed., Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 19; ANDREA GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., p. 603. In una vicenda originata da una delibera comunale che aveva “negato la possibilità di destinare una porzione del proprio territorio ad attrezzature religiose per il culto islamico evidenziando [...] il forte impatto sociale che tale destinazione avrebbe provocato”, TAR Lombardia, Milano, II, sent. 8 novembre 2013, n. 2485, ha evidenziato che la normativa regionale applicabile “non subordina (né potrebbe farlo, pena la sua incostituzionalità) la possibilità di destinare aree ad attrezzature religiose al gradimento od alla condizione della «tolleranza sociale» da parte della maggioranza della popolazione residente”, aggiungendo che la libertà assicurata dall'art. 19 Cost. “riguarda tutti i soggetti, e quindi anche coloro che appartengono a minoranze; essa deve essere, perciò, assicurata anche se non vi è il gradimento della «maggioranza» della popolazione, la quale non può, con il proprio volere, comprimere le libertà fondamentali dell'individuo sancite dalla Costituzione (si realizzerebbe, in caso contrario, quel fenomeno che la dottrina definisce «tirannia della maggioranza» e che la Carta fondamentale intende invece scongiurare)” (in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 345 ss., commentata adesivamente da ALBERTO ROCCELLA, *Nota, ivi*, p. 347 ss.).

by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections"⁶².

Contro questo principio possono cozzare quelle previsioni regionali che ipotizzano referendum popolari comunali sulle attrezzature per servizi religiosi⁶³: esempio si ha con l'art. 72, comma 4, ultimo periodo, l. reg. Lombardia 12/2005 (nel testo introdotto con la l. reg. 12/2015), il quale, nel disciplinare il procedimento di formazione del piano per le attrezzature religiose, stabilisce che "[r]esta ferma la facoltà per i comuni di indire referendum nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale"⁶⁴.

Portata la disposizione al giudizio di costituzionalità (in quanto per il governo essa renderebbe possibile che la destinazione di determinate aree a edilizia di culto venga "subordinata a decisioni espressione di maggioranze politiche o culturali o altro", con violazione dell'art. 19 Cost.), la Corte ha deciso per la inammissibilità della questione: il testo impugnato sarebbe privo di carattere innovativo (e mancherebbe quindi di normatività), e non inciderebbe sul procedimento di approvazione del piano, limitandosi esso "a rinviare a quanto già previsto dalla rilevante normativa locale e nazionale"⁶⁵. La lettura che la Corte dà della disposizione è discutibile: considerata nel

⁶² *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, U.S. 624 (1943) 628 (il passo si potrebbe rendere così: "lo scopo proprio di un catalogo di diritti fondamentali era quello di sottrarre determinate tematiche alle vicissitudini della controversia politica, di collocarli al di là della portata delle maggioranze e del potere pubblico, e di fissarli come principi di diritto destinati ad essere applicati dalle corti... [essi] non possono essere messi ai voti; non dipendono dal risultato di alcuna elezione"; il caso involgeva il diritto alla obiezione di coscienza avanzata nei confronti dell'obbligo scolastico del saluto alla bandiera).

⁶³ Referendum ai quali potrebbero non avere accesso proprio i fedeli delle religioni interessate, se stranieri (ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., p. 11 s.; ma è da ricordare che lo statuto comunale potrebbe estendere anche agli stranieri il diritto di prendere parte alle consultazioni).

⁶⁴ Disposizione identica è l'art. 31-ter, comma 6, l. reg. Veneto 11/2004, introdotto dalla l. reg. 12/2016. L'art. 3, comma 4, l. reg. Liguria 4/1985, nel testo sostituito dalla l. reg. 23/2016, prevede che "[i] progetti per la realizzazione di attrezzature di tipo religioso sono localizzati sul territorio comunale dopo aver sentito i pareri, non vincolanti, di organizzazioni e comitati di cittadini presenti nelle zone suscettibili di un simile impianto e nelle aree ad esse limitrofe. Resta ferma la facoltà per i Comuni di indire referendum, nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale, per conoscere l'orientamento della popolazione interessata": qui addirittura il referendum è reso possibile in relazione al singolo progetto di attrezzatura religiosa (accanto alla obbligatoria consultazione delle organizzazioni e dei comitati). Il fenomeno dei referendum sui luoghi di culto non è solo italiano: cfr. STEFANO ALLIEVI, *Moschee in Europa. Conflitti e polemiche, tra fiction e realtà*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010, p. 149 ss.

⁶⁵ Sent. 63/2016, punto 9. Considerato il recentissimo orientamento della Corte, non sorprende che il Governo non abbia impugnato le analoghe disposizioni di altre Regioni ricordate alla nota precedente.

contesto dell'intero articolo, la frase può senz'altro essere intesa come positiva attribuzione ai comuni della facoltà di inserire nel procedimento di formazione del piano la consultazione popolare, rinviandosi alle "previsioni statutarie e dell'ordinamento statale" solo per quanto ha tratto alle modalità di svolgimento della consultazione; e in tal senso del resto depongono i lavori preparatori della legge regionale lombarda n. 12 del 2015⁶⁶. Ma se anche la decisione sul punto fosse da ritenere formalmente corretta, si dovrebbe rilevare come la Corte non abbia dato peso alla considerazione che la inammissibilità rende in fatto più probabile l'indizione del referendum da parte delle amministrazioni comunali, costringendo gli interessati al ricorso al giudice comune, davanti al quale sarà allora spostata la questione: se ed entro quali limiti sia sottoponibile a voto popolare la destinazione di aree ad edilizia di culto; con la conseguenza che - anche nel caso in cui il giudice ritenga non consentito il referendum - come minimo si avrebbe una dilazione nel tempo della possibilità di vedersi assicurato l'effettivo esercizio della libertà di religione⁶⁷.

Eccede quanto consentito dal presente contributo una analisi approfondita dei referendum comunali che possono variamente interessare la edilizia di culto. Ma occorre almeno rilevare che in materia di referendum la legislazione nazionale sembra riconoscere ai comuni ampia autonomia (sia per quanto attiene alla tipologia delle consultazioni, sia per quanto attiene agli effetti del voto popolare)⁶⁸, senza precisare alcun limite oltre a quelli per cui i referendum "[...] devono riguardare materie di esclusiva competenza locale e non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali pro-

⁶⁶ Il progetto di legge n. 195, presentato il 4 settembre 2014, prevedeva che gli "interventi" di edilizia di culto degli enti di confessioni diverse dalla cattolica (solo di queste) fossero consentiti "previa approvazione da parte della popolazione del comune interessato espressa mediante referendum *consultivo*" (sic!); la norma sul referendum scompare dal testo approvato dalla V commissione consiliare il 22 gennaio 2015, e portato in aula; e ricompare - nella formulazione poi divenuta legge - come emendamento presentato direttamente in assemblea dal relatore e dalla giunta lo stesso pomeriggio del 27 gennaio nel quale il progetto fu definitivamente varato; il relatore aprì dicendo che "[i]l progetto di legge persegue gli obiettivi di introdurre meccanismi istituzionali che permettano alla popolazione del Comune interessato di esprimersi [...]", e più volte nel corso del dibattito emerge il tema del referendum popolare (v. *Resoconto* della seduta n. 77 del 27 gennaio 2015, pp. 27, 41, 58, 60, 63, 78). Non è un caso che il progetto di legge n. 195 del 2014 segua la sentenza del TAR Lombardia citata alla precedente nota 61.

⁶⁷ E' quanto mostra la vicenda ricostruita in ALDO TRAVI, *Libertà di culto e pubblici poteri*, cit., par. 2; la vicenda sconcerta ed avvilisce chi crede nella dignità di ogni persona umana, ed induce ad interrogarsi su quanto i principi dello stato costituzionale di diritto siano davvero diventati patrimonio comune.

⁶⁸ LUCIANO VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, VI ed., il Mulino, Bologna, 2015, p. 231 ss.

vinciali, comunali e circoscrizionali”⁶⁹; solo alcuni statuti comunali, a loro volta, vietano espressamente i referendum (anche se di tipo consultivo) che tocchino “diritti delle minoranze”⁷⁰, tra i quali si potrebbero fare rientrare i diritti delle minoranze religiose alla apertura di un luogo di culto; la prassi poi evidenzia che i quesiti concernenti ‘luoghi di culto’ hanno ad oggetto ora la concreta localizzazione delle aree destinate a servizi religiosi⁷¹, ora invece uno specifico edificio di culto di appartenenti ad una determinata confessione (di norma, la islamica)⁷²; ancora l’esperienza registra che alcuni organi tecnico-amministrativi, ai quali gli statuti comunali rimettono talora la valutazione di ammissibilità del referendum (o un parere in merito), ritengono non ammissibili certi referendum sui luoghi di culto in quanto relativi a materia non di stretta competenza del comune, o potenzialmente lesivi del pluralismo religioso, del principio di non discriminazione, nonché della libertà di culto⁷³. Come si vede, molti e distinti sono i profili che emergono in ordine al tema qui toccato: vietati dovrebbero comunque dirsi sia quei referendum che hanno ad oggetto l’apertura di uno specifico luogo di culto in sé considerato, sia quelli che – pur riguardando in prima battuta la pianificazione in generale delle attrezzature per i servizi religiosi - abbiano come effetto di impedire che in un certo comune vi siano aree ed edifici sufficienti a soddisfare i bisogni religiosi della popolazione.

Comunque sia, il quadro normativo e fattuale sopra delineato, e le esi-

⁶⁹ Art. 8, comma 4, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁷⁰ Ad es., l’art. 59, comma 4, lett. e), Statuto Parma, e l’art. 7, comma 2, lett. b), Statuto Bologna, escludono dal referendum “gli atti inerenti la tutela dei diritti delle minoranze”; l’art. 78, comma 2, lett. e), Statuto Gorizia, non ammette a referendum “gli interventi tendenti a limitare i diritti delle comunità etniche, linguistiche e religiose”; per l’art. 24, comma 1, lett. f), Statuto Padova 2014, non possono essere sottoposte a referendum consultivo le deliberazioni inerenti la materia “minoranze etniche o religiose”.

⁷¹ V. il quesito proposto dal “Comitato#noMoschea”, e ammesso dal “comitato dei garanti” del Comune di Pisa con deliberazione del 22 marzo 2016 (reperibile in www.comune.pisa.it).

⁷² V. il quesito al quale si riferisce la deliberazione del consiglio comunale di Padova n. 85 dell’8 settembre 2008 (in www.padovanet.it). Di tipo analogo il quesito che una associazione ha presentato al Comune di Ravenna il 25 giugno 2010 (informazioni nel comunicato del “gruppo consiliare Lista per Ravenna” dell’11 settembre 2012, raggiungibile attraverso il percorso www.comune.ra.it/Comune/Consiglio-Comunale/Gruppi-Consiliari-legislatura-2011-2016/Comunicazione-dei-Gruppi).

⁷³ V. ad es. il parere della apposita commissione per i referendum del Comune di Padova, quale si ricava dal citato provvedimento n. 85/2008 del consiglio comunale (ed è interessante notare che l’art. 19 dello statuto all’epoca vigente, risalente alla delibera consigliare n. 23 del 4 febbraio 2000, testualmente non sottraeva a referendum le deliberazioni concernenti le “minoranze etniche o religiose”, come poi ha invece previsto lo statuto del 2014); nello stesso ordine di idee v. anche la deliberazione del 10 febbraio 2016 assunta dal comitato dei garanti del Comune di Pisa, in relazione alla prima formulazione di un quesito, poi riformulato dai promotori e quindi ammesso dal comitato il successivo 22 marzo (v. sopra, nota 71).

genze di certezza e di effettività della tutela della libertà fondamentale di religione che da esso emergono, richiedevano che il giudice costituzionale si pronunciasse sul punto con una decisione di merito almeno interpretativa, di non fondatezza ‘nei sensi di cui in motivazione’⁷⁴. E non è inutile ricordare che in passato la Corte si è orientata per una pronuncia di accoglimento, piuttosto che per una interpretativa di rigetto, “in considerazione dell’eventualità, sia di una loro [dei dubbi di legittimità costituzionale] persistenza, con conseguente futura proposizione di altre questioni di eguale contenuto, sia di quella, ancora più grave, che si giunga, sulla base di una interpretazione letterale [delle disposizioni impugnate], al disconoscimento del diritto [...] da parte di giudici di fronte ai quali non venga prospettata la questione di costituzionalità, o che non la sollevino di ufficio”⁷⁵.

7. Disciplina urbanistica della apertura di luoghi di culto e principio di eguaglianza

Per ragioni di chiarezza espositiva dal generale limite costituzionale si può isolare il vincolo che deriva dal principio di eguaglianza.

Oneri e vincoli in sé appropriati, perché rispondenti ad esigenze legittime, e rispettosi del test di necessità-proporzionalità, possono essere incostituzionali se valevoli solo per alcune religioni e non per altre. Si pensi alla ‘convenzione urbanistica’, che talora la legislazione regionale prevede come obbligatoria ai fini della realizzazione delle attrezzature per servizi religiosi: se pure la libertà di religione è in sé tutelata dalla circostanza che la convenzione deve limitarsi a regolare profili meramente urbanistici⁷⁶, deve ritenersi in violazione del principio di eguaglianza la norma che – come l’art. 70,

⁷⁴ Anche per MARCO CROCE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 654, “riguardo al referendum sarebbe stato opportuno, visti i continui tentativi posti in essere da molte amministrazioni locali, sottolineare che comunque è vietato votare su diritti costituzionali delle minoranze per cercare [di] impedirne la realizzazione”.

⁷⁵ Sent. 156/1971 (relatore Costantino Mortati), punto 5 (nel caso la disposizione impugnata ledeva il diritto al salario sufficiente, garantito dall’art. 36 Cost.).

⁷⁶ Cfr. la sent. 63/2016, che su tale presupposto dichiara infondata “nei sensi di cui in motivazione”, una questione sollevata sulla disposizione della Regione Lombardia subito citata nel testo, nonché la sent. 67/2017, punti 3.2-3.3 (con la conseguente dichiarazione di incostituzionalità della norma veneta sull’impegno - nella convenzione - all’uso della lingua italiana, in ordine alla quale v. sopra, il testo in corrispondenza alla nota 52). Per acute critiche alla necessità della convenzione, vista comunque come una forma di controllo amministrativo sull’esercizio del culto, v. ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., p. 13 ss.

comma 2-ter, l. reg. Lombardia 12/2005 (aggiunto dalla l. reg. 2/2015) – imponga la convenzione solo per gli enti appartenenti a confessioni diverse dalla cattolica⁷⁷, in quanto la ‘cattolicità’ o meno è per se stessa del tutto irrilevante ai fini dell’eventuale pregiudizio che l’esercizio del culto potrebbe arrecare a interessi riconducibili al governo del territorio.

Altre previsioni poi, sempre ammesso che superino il test di proporzionalità, possono determinare una discriminazione indiretta tra (appartenenti a diverse) confessioni, ed essere perciò incostituzionali. Per esemplificare il ragionamento, si può riportare la attenzione sulle norme già ricordate di cui all’art. 72, comma 7, l. reg. Lombardia 12/2005 (nel testo sostituito dalla l. reg. 2/2015), che definiscono i contenuti del piano per le attrezzature religiose, e i conseguenti assai onerosi limiti alla realizzabilità effettiva di luoghi di culto. Il comma 8 dello stesso articolo esplicita che tali regole (come tutte quelle dell’art. 72), “non si applicano alle attrezzature religiose esistenti” alla entrata in vigore della stessa legge regionale di modifica n. 2 del 2015⁷⁸. Il complesso della disciplina, anche laddove singole prescrizioni siano adeguate e proporzionate a legittime esigenze urbanistiche, determina una discriminazione indiretta, in violazione dell’art. 3 Cost., in quanto risulterà in fatto applicabile con larga prevalenza alle sole confessioni di ‘nuovo insediamento’, e in misura assolutamente marginale alla confessione cattolica⁷⁹.

In proposito, si può ricordare che la sent. 298/2013 ha ritenuto illegittime disposizioni regionali le quali imponevano alle nuove stazioni di servizio stradale di avere determinati impianti e attrezzature, mentre per le stazioni esistenti si stabiliva solo un adeguamento parziale e diluito nel tempo. Per la Corte, la legge “pone divieti e restrizioni che condizionano e ritardano l’avvio di nuove attività economiche e l’ingresso di nuovi operatori, senza che tali ostacoli siano proporzionati alle finalità pubbliche perseguite. Sus-

⁷⁷ Così ANDREA GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., p. 600 s.

⁷⁸ Anche per tale profilo la Lombardia ha fatto scuola: in Veneto, l’art. 3 l. reg. 12 aprile 2016, n. 12, eccettua dall’obbligo di rispettare i nuovi onerosi standard imposti dalla medesima legge le attrezzature di interesse comune per servizi religiosi già esistenti, nonché gli “interventi di ampliamento delle predette attrezzature qualora lo stesso non superi il 30 per cento del volume o della superficie esistente” (sembra che alla nuova disciplina siano assoggettati, anche se già esistenti, solo “gli immobili destinati a sedi di associazioni, società o comunità di persone, in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all’esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali”); in Liguria, l’art. 3 l. reg. 4 ottobre 2016, n. 23, non prevede obblighi di adeguamento a carico delle “strutture religiose esistenti alla data di entrata in vigore della presente legge”.

⁷⁹ ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., p. 9 s.; ANDREA GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., p. 600.

siste, in particolare, un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi”⁸⁰. Non si è irriverenti, se si ritiene che l’offerta’ di nuovi servizi religiosi non debba essere ostacolata più di quanto possa esserlo l’offerta’ di nuovi distributori di carburanti.

Il tema della eguaglianza è rilevante anche in ordine ai criteri per la distribuzione di spazi e contributi tra i fedeli delle diverse religioni. Nella sent. 63/2016 la Corte ritiene necessario avvertire che “come è naturale allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all’entità della presenza sul territorio dell’una o dell’altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione”⁸¹; e l’avvertimento è ripetuto nella sent. 67/2017⁸². Il rischio è quello di dare forza – con la applicazione di tale criterio – al principio maggioritario, in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2, Cost., il quale vuole piuttosto che si sostengano le religioni più deboli economicamente e socialmente⁸³.

8. *Uso di edifici a fini di culto e di religione e disciplina regionale del ‘mutamento di destinazione d’uso’*

Il discorso svolto fino ad ora ha riguardato essenzialmente problemi relativi alla programmazione e alla realizzazione di ‘luoghi di culto’, assunti nel significato più sicuro di luoghi specificamente destinati all’esercizio del culto, da parte di un numero indifferenziato e ‘aperto’ di fedeli, secondo i

⁸⁰ La incostituzionalità è dichiarata formalmente per violazione dell’art. 117, comma 2, lett. e), Cost., ma - come si comprende dal testo (che riprende i punti 16 ss. della motivazione in diritto della sentenza) - censurata è la discriminazione operata nei confronti dei soggetti già attivi sulla piazza. Nello stesso senso della sentenza n. 298 è la sent. 125/2014, punto 3.1. In senso parzialmente diverso è la sent. 105/2016, avente però ad oggetto una legge regionale che, nello stabilire i requisiti dei nuovi impianti, prevedeva sia che essi valessero in talune circostanze anche per i vecchi, sia che a certi obblighi si potesse comunque derogare, se comportanti ostacoli tecnici ed oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità degli obblighi medesimi.

⁸¹ Punto 4.2.

⁸² Al punto 2.2.

⁸³ Su tale rischio v. FRANCESCO RIMOLI, *Laicità, eguaglianza, intese: la Corte dice no agli atei (pensando agli islamici)*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 641. Il collegamento tra misure agevolative ed effettività della libertà di religione, nella prospettiva indicata dal secondo comma dell’art. 3 Cost., è presente da tempo nella stessa giurisprudenza costituzionale (v. sent. 195/1993, punto 7).

riti codificati propri di ogni religione⁸⁴. A questi ‘luoghi’ si riferiscono in prima battuta tutte le normative regionali, le quali poi si differenziano reciprocamente per la eventuale considerazione, ai fini dell’assoggettamento al medesimo regime, anche di altri spazi ed edifici, ai primi variamente collegati; ad esempio, l’art. 71, comma 1, l. reg. Lombardia 12/2005, considera “attrezzature di interesse comune per servizi religiosi” anche “gli immobili destinati all’abitazione dei ministri del culto [...]” (lett. b), e “gli immobili destinati a sedi di associazioni, società o comunità di persone in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all’esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali” (lett. c-*bis*)⁸⁵.

Non si può trascurare però che numerose controversie sorgono oggi, più che in occasione della (volontà di) realizzazione ed edificazione di nuovi spazi ed edifici da destinare al culto, in vista o in conseguenza dell’uso a fini di culto e di religione – talora congiuntamente alla utilizzazione a fini culturali, ricreativi o sociali in genere – di luoghi urbanisticamente vocati ad altro impiego, assai spesso senza interventi edilizi. Qualche Regione, con la finalità, ancora una volta, di ‘scoraggiare’ l’esercizio del culto (soprattutto da parte di fedeli di religioni minoritarie, che non dispongono delle strutture tradizionali) ha subordinato al rilascio del permesso di costruire il mutamento di destinazione d’uso, anche se non comportante la realizzazione di opere edilizie; permesso il quale potrà essere rilasciato solo se la zona sulla quale insiste l’edificio consente – secondo gli atti di pianificazione – l’insediamento di edi-

⁸⁴ Indicazioni in FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, XII ed. (aggiornamento a cura di ANDREA BETTETINI - GAETANO LO CASTRO), Zanichelli, Bologna, 2015, p. 368 ss.

⁸⁵ La lett. c-*bis* è stata aggiunta dalla l. reg. 21 febbraio 2011, n. 3; oltre a quelli ricordati nel testo, l’art. 71 cit. equipara agli “immobili destinati al culto” anche ulteriori immobili, adibiti a diverse attività. Previsioni analoghe sono nell’art. 31-*bis* l. reg. Veneto 11/2004, introdotto dalla l. reg. 12/2016 (l’art 31-*ter*, comma 2, aggiunge che “[l]o strumento urbanistico comunale sottopone alla disciplina di cui al comma 1 [che per gli edifici religiosi vuole strade adeguate, parcheggi, distanze, etc.] anche le aree scoperte destinate o utilizzate per il culto, ancorché saltuario”); per la Liguria v. l’art. 2 l. reg. 4/1985, come modificato dalla l. reg. 23/2016. Sull’allargamento della nozione di edifici religiosi, e sui connessi rischi per la libertà religiosa, v. NATASCIA MARCHEI, *Le nuove leggi regionali ‘antimoschee’*, cit., p. 10. Non tutte le considerazioni svolte in precedenza, e imperniate sull’art. 19 Cost., valgono evidentemente per ogni ‘luogo’ che le disposizioni regionali equiparano, ai più diversi fini, ai ‘luoghi di culto’ (con la avvertenza che la nozione di ‘luogo di culto’ rilevante ai fini delle norme costituzionali dovrebbe essere pensata anche tenendo conto di ciò che le varie religioni considerano tale: ANDREA BETTETINI, *La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010, p. 15 ss.; ANDREA PIN, *Laicità e Islam nell’ordinamento italiano*, cit., p. 269 ss.). Della costituzionalità di alcune delle disposizioni regionali che accomunano nella medesima disciplina ‘luoghi di culto’ ed altri spazi si può comunque dubitare alla stregua di differenti parametri, quali il principio di ragionevolezza, l’art. 20 Cost., i principi fondamentali della materia “governo del territorio” (e qualche esempio è già nel testo).

fici di culto⁸⁶. La conseguenza pratica della peculiare regolamentazione del mutamento d'uso, unita a una normazione restrittiva per quanto riguarda la realizzazione *ex novo* di edifici di culto, è rappresentata da un formidabile ostacolo all'esercizio effettivo della libertà di religione: numerosi "luoghi di preghiera e di istruzione religiosa per i bambini", riconducibili a confessioni minoritarie in Italia, "operano in un limbo ai margini della legittimità amministrativa, perché sono ammessi solo a titolo 'precario': di conseguenza sono esposti quotidianamente a rischi di chiusura"⁸⁷.

Come valutare siffatte discipline dal punto di vista costituzionale? Esse ricadono senz'altro nel "governo del territorio", e il più immediato parametro da prendere in considerazione è quindi rappresentato dai principi fondamentali della materia; rilevano in proposito l'art. 10, comma 2, e l'art. 23-ter (introdotto nel 2014) del decreto legislativo n. 380 del 2001. Il secondo articolo stabilisce al comma 1 che "[s]alva diversa previsione da parte delle leggi regionali, costituisce mutamento rilevante della destinazione d'uso ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa, da quella originaria, ancorché non accompagnata dall'esecuzione di opere edilizie, purché tale da comportare l'assegnazione dell'immobile o dell'unità immobiliare considerati ad una diversa categoria funzionale tra quelle sotto elencate: a) residenziale; a-bis) turistico-ricettiva; b) produttiva e direzionale; c) commerciale; d) rurale", aggiungendo al comma 3, terzo periodo, che "[s]alva diversa previsione da parte delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale è sempre consentito". Assieme all'art. 23-ter continua a vigere l'art. 10, comma 2, per il quale "[l]e regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a segnalazione certificata di inizio attività" (segnalazione sostituita nel 2014 alla "denuncia di inizio attività", prevista in precedenza).

E' agevole constatare che le disposizioni del testo unico – che nulla dicono in modo espresso sul mutamento di destinazione consistente nel nuovo uso senza opere come 'edificio di culto' – si prestano a più interpretazioni,

⁸⁶ Così l'art. 52, comma 3-bis, l. reg. Lombardia 12/2005 (nel testo risultante dalla l. reg. 12/2006), in connessione con il precedente art. 36. Secondo un orientamento giurisprudenziale (v. ad es. TAR Sicilia, Catania, I, sent. 25 giugno 2002, n. 1122, commentata adesivamente, e con acuti sviluppi, da FULVIO CORTESE, *Libera chiesa in libera zona?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2706 ss.) può essere in concreto compatibile con la destinazione di zona la realizzazione di un edificio di culto, anche se non espressamente previsto; tale orientamento, però, si deve confrontare con normative regionali e comunali che disciplinino diversamente il profilo della compatibilità delle destinazioni di uso.

⁸⁷ ALDO TRAVI, *Libertà di culto e pubblici poteri*, cit., par. 1.

anche per quanto riguarda il grado di vincolatività per le Regioni (in considerazione delle clausole di salvaguardia della loro legislazione); e nessuna lettura, a quanto consta, sembra essersi consolidata⁸⁸.

Una regolamentazione del mutamento di destinazione d'uso senza opere⁸⁹ può riguardare l'aspetto del *titolo abilitativo* della variazione, come il suo *regime sostanziale*. Cominciando dal primo, con la novella del 2014 potrebbero essere divenuti 'liberi', nel senso di non sottoposti a preventivo controllo dell'amministrazione, i mutamenti senza opere all'interno delle categorie funzionali indicate dalla disposizione, ovvero all'interno delle altre e diverse categorie indicate dalla legge regionale (o eventualmente dai comuni, nei limiti prefissati dalla legge regionale); le Regioni, si è detto, "non potrebbero *sic et simpliciter* assoggettare a forme di controllo edilizio quei cambi d'uso senza opere che il legislatore statale ha definito liberi. Per farlo, infatti, dovrebbero prima modificare le categorie funzionali. Ma, una volta individuate queste ultime, esse non potrebbero sancire una regola diversa da quella già affermata nella legge statale, in base alla quale all'interno di ciascuna categoria il cambio d'uso senza opere è libero [...]"⁹⁰.

Accogliendo tale interpretazione della disciplina statale, dovrebbero dirsi in contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., disposizioni come l'art. 52, comma 3-*bis*, l. reg. Lombardia 12/2005, che assoggettino indiscriminatamente a permesso di costruire ogni mutamento d'uso senza opere, anche all'interno delle categorie funzionali indicate dall'art. 23-*ter* del testo unico dell'edilizia⁹¹.

⁸⁸ Sui non facili problemi interpretativi posti dall'art. 23-*ter* (inserito nel testo unico dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modif. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164), v. tra gli altri RAFFAELE MICALIZZI, *La "rilevanza urbanistica" del mutamento di destinazione d'uso dell'immobile*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2728; RICCARDO BERTOLI, *Il mutamento di destinazione d'uso*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, p. 627 ss.; ALESSANDRO CALEGARI, *La (tuttora incompiuta) disciplina statale del cambio d'uso funzionale degli immobili esistenti*, in PAOLO STELLA RICHTER (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 185 ss.

⁸⁹ Limitando il discorso a questo caso, che sembra essere il più frequente. Se il mutamento di uso è collegato alla realizzazione di interventi edilizi, la applicazione della normativa pertinente non è in discussione.

⁹⁰ ALESSANDRO CALEGARI, *La (tuttora incompiuta) disciplina statale del cambio d'uso funzionale*, cit., p. 197 ss., p. 200 s.

⁹¹ Almeno se si interpreta la disposizione statale nel senso che ogni utilizzazione di un immobile - anche a fini di culto e di religione - è suscettibile di essere inquadrata nell'una o nell'altra delle categorie funzionali indicate. Sarebbe poi da valutare se il menzionato art. 52, comma 3-*bis*, e altre analoghe previsioni regionali, anteriori all'entrata in vigore dell'art. 23-*ter* d.lgs. 380/2001, siano state abrogate dalla transitoria disciplina di dettaglio risultante dallo stesso art. 23-*ter*, per il quale "[l]e regioni adeguano la propria legislazione ai principi di cui al presente articolo entro novanta giorni dalla data della sua entrata in vigore. Decorso tale termine, trovano applicazione diretta le disposizioni del presente articolo".

Ma all'art. 23-ter potrebbe invece assegnarsi un rilievo sul piano sostanziale (lo si vedrà subito), ritenendo che il profilo dei titoli abilitativi resti normato – a livello statale – dall'art. 10, comma 2, del testo unico: il quale lascia alle Regioni ampio spazio di manovra, per quanto concerne la necessità o meno di uno specifico titolo⁹². Assumendo a paradigma l'art. 117, comma 3, Cost., e il principio fondamentale della materia, la valutazione delle disposizioni regionali modellate sul citato art. 52 sarebbe in tal caso opposta⁹³.

È importante però ricordare che le norme dello Stato espressive di principi della materia non esauriscono lo spettro dei parametri costituzionali. Per quanto ora interessa, vengono subito in gioco, tra gli altri, almeno i principi di eguaglianza e di ragionevolezza e l'art. 20 Cost. Nella prospettiva del controllo di eguaglianza-ragionevolezza, non sempre si potrà giustificare la necessità del permesso di costruire quando si voglia utilizzare un edificio come 'luogo di culto', nei differenti significati che l'espressione assume nelle normative regionali, e non anche quando lo si voglia utilizzare per lo svolgimento di attività che dal punto di vista urbanistico possono implicare il medesimo 'carico' (come può essere una palestra o una sala giochi, rispetto ad un luogo di culto strettamente inteso)⁹⁴. E anche l'art. 20 Cost. può risultare violato: esso esclu-

⁹² A sostegno dell'interpretazione per la quale l'art. 23-ter non tocca il regime dei titoli abilitativi, si potrebbe argomentare che l'art. 6-bis del testo unico assoggetta in via residuale a "comunicazione di inizio dei lavori asseverata da un tecnico abilitato" tutti gli "interventi non riconducibili all'elenco di cui agli articoli 6, 10 e 22": l'art. 23-ter non viene dunque preso in considerazione, nella sistematica del testo unico, come norma che assoggetta ad uno specifico regime di controllo amministrativo un determinato mutamento d'uso, così che il problema del titolo abilitativo eventualmente necessario per poter porre in essere la diversa destinazione dovrebbe essere risolto alla luce di quanto prevedono le altre citate disposizioni del decreto legislativo n. 380, che appunto dei titoli abilitativi puntualmente si occupano.

⁹³ Per la questione non sembra rilevante la voce n. 12 della Tabella A, sezione II (Edilizia), sottosezione 1 (Ricognizione degli interventi edilizi e dei relativi regimi amministrativi), allegata al d. lgs. 25 novembre 2016, n. 222 ("Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124"): il n. 12 prevede che per gli "[i]nterventi di urbanizzazione primaria e secondaria realizzati da soggetti diversi dal Comune" sia necessario il permesso di costruire (salva diversa norma regionale), e il decreto legislativo n. 380 del 2001 include tra le opere di urbanizzazione secondaria le "chiese e gli altri edifici di culto" (art. 16, comma 8); ma è da ritenere che la voce n. 12 si occupi della nuova realizzazione di opere di urbanizzazione, e che il mutamento d'uso di un immobile esistente sia invece assoggettato alla normativa speciale che lo riguarda.

⁹⁴ Nel caso dell'art. 52, comma 3-bis, l. reg. Lombardia 12/2005, si potrebbe ipotizzare che il permesso di costruire sia richiesto al fine di consentire alla amministrazione il controllo circa il rispetto delle condizioni che altre disposizioni della stessa legge richiedono per la apertura di un luogo di culto (come la adeguata distanza tra edifici di confessioni diverse, o la presenza di idonee strade di collegamento; v. sopra, par. 5). Con il che, però, ritorna la questione della legittimità di quelle condizioni, e si pone il problema dei limiti entro i quali può essere legittimamente estesa la nozione di 'luogo di culto'. Ad esempio, se può essere ragionevole considerare le esigenze abitative

de che il “carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d’una associazione od istituzione” possano essere causa di “speciali limitazioni legislative [...] per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività”; ma in “speciali limitazioni legislative” si traducono le norme urbanistico-edilizie che valgono per le “sedi di associazioni, società o comunità di persone [...], le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all’esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali” (ricordate all’inizio del paragrafo), e che non valgono invece per le associazioni che svolgono altra attività culturale.

Venendo al profilo urbanistico del mutamento d’uso senza opere, nell’art. 23-ter del testo unico si potrebbe leggere la valutazione normativa di compatibilità (equivalenza) di ogni uso di un immobile, che rimanga all’interno di quelle categorie. L’ordinamento conosce già una norma esprimente una valutazione legislativa di compatibilità dello stesso tipo: l’art. 71, comma 1, d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (“Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”), prevede invero che “[l]e sedi degli enti del Terzo settore e i locali in cui si svolgono le relative attività istituzionali, purché non di tipo produttivo, sono compatibili con tutte le destinazioni d’uso omogenee previste dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444 e simili, indipendentemente dalla destinazione urbanistica”⁹⁵. Se così fosse, il sopravvenuto principio statale - perché tale natura dovrebbe riconoscersi all’art. 23-ter - avrebbe abrogato o renderebbe illegittime disposizioni regionali con esso contrastanti.

Anche in tale ipotesi interpretativa, però l’art. 23-ter non azzererebbe né la potestà legislativa regionale in ordine alla disciplina normativa della pianificazione, né i poteri di zonizzazione e pianificazione in concreto spettanti dei comuni⁹⁶: tali poteri e potestà, testualmente “fatti salvi” dalla

dei ministri di culto ai fini del dimensionamento degli spazi per servizi religiosi nella pianificazione urbanistica, è arduo dare fondamento ragionevole alla previsione per cui è necessario il permesso di costruire quando si voglia mutare l’uso di un appartamento da abitazione di una persona qualsiasi ad abitazione di un ministro di culto (come parrebbe prevedere il combinato disposto dell’art. 71, comma 2, lett. b), dell’art. 72 e dell’art. 52 l. reg. Lombardia 12/2005, nella lettura risultante da Cons. Stato, IV, sent. 27 ottobre 2011, n. 5778).

⁹⁵ Il comma riprende l’art. 32, comma 4, l. 7 dicembre 2000, n. 383 (“Disciplina delle associazioni di promozione sociale”), secondo cui “[l]a sede delle associazioni di promozione sociale ed i locali nei quali si svolgono le relative attività sono compatibili con tutte le destinazioni d’uso omogenee previste dal decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968, indipendentemente dalla destinazione urbanistica” (la legge n. 383 del 2000 è stata ora abrogata dal d. lgs. 117/2017).

⁹⁶ ALESSANDRO CALEGARI, *La (tuttora incompiuta) disciplina statale del cambio d’uso funzionale*, cit., p. 210 ss.

disposizione, potrebbero esercitarsi in ordine alla definizione delle categorie funzionali, diverse da quelle ‘provvisoriamente’ indicate dalla norma statale, e alla individuazione delle zone del territorio in esse ricadenti.

La questione centrale è allora quella dei limiti entro i quali Regioni e comuni possono legare aree ed edifici singolarmente individuati a determinate utilizzazioni, definite in positivo o in negativo⁹⁷.

Affrontando il tema da una prospettiva generale, si è osservato che un “importante limite al potere di pianificazione sembra [...] implicitamente derivare dai principi affermati dalle norme europee sulla libertà di iniziativa economica”, e si è sostenuto che “le ragioni per le quali si potrebbero, rispettivamente, aumentare le categorie funzionali (con legge regionale) ovvero stabilire particolari restrizioni all’interno delle categorie stesse (con legge regionale o con piano) sono soltanto quelle riconducibili ai motivi imperativi di interesse generale. Questo perché, rendendo più difficile o addirittura vietando il cambio d’uso di un immobile, si può in concreto ostacolare o addirittura impedire lo svolgimento di una particolare attività economica”⁹⁸.

Nello stesso ordine di idee, si può ritenere che la disciplina urbanistica del cambio d’uso debba tenere in considerazione la necessità di garantire effettivamente la libertà di culto tutelata dall’art. 19 Cost., e che i vincoli legislativi sono legittimi, ancora una volta, solo se superano il test di necessità e proporzionalità.

A questa considerazione, che riprende quanto vale in generale per la zonizzazione del territorio, si deve aggiungere un rilievo specifico per la normativa sul cambio d’uso. La destinazione d’uso degli edifici esistenti ha già tenuto conto del carico urbanistico da essi generato, e quindi la preclusione ad usare di quegli stessi edifici come di ‘luoghi di culto’ dovrebbe essere vista con sospetto quando non si fondi sull’aggravamento del carico determinato dal nuovo uso: il rischio è infatti che la preclusione mascheri la tutela (presunta) di interessi non affidati alla cura regionale (come la sicurezza pubblica, della quale si dirà al paragrafo successivo), oppure determini una discriminazione sulla base del fattore religioso, specificamente vietata dall’art. 20 Cost., oltre che dall’art. 3.

Il quadro tratteggiato vale anzitutto come criterio interpretativo della legislazione vigente; e non mancano pronunce giurisdizionali le quali ritengo-

⁹⁷ E naturalmente la questione si pone tanto se si ritiene che l’art. 23-ter si occupi del regime abilitativo dei mutamenti d’uso, quanto se si propende per l’idea che la disposizione abbia rilievo sul piano sostanziale, imponendo la equivalenza degli usi all’interno delle categorie funzionali.

⁹⁸ ALESSANDRO CALEGARI, *La (tuttora incompiuta) disciplina statale del cambio d’uso funzionale*, cit., p. 214 s.; v. anche p. 218 ss.

no che il cambio d'uso, per essere rilevante, deve comportare una variazione degli *standards* previsti dal decreto ministeriale n. 1444 del 1968, ossia dei carichi urbanistici relativi a ciascuna delle zone in esso individuate⁹⁹. E, secondo l'impostazione qui argomentata, il mutamento del carico urbanistico deve essere accertato in concreto, caso per caso¹⁰⁰.

A questa giurisprudenza si può accostare il filone che esclude la applicabilità della disciplina sul mutamento d'uso, ritenendo che – nella specifica fattispecie considerata – non vi sia stato alcun 'mutamento': come accade quando la attività di culto svolta in un edificio ha carattere occasionale, non continuativo, 'chiuso' nel senso di limitato ad un numero predefinito di persone¹⁰¹. A sostegno dell'orientamento si può argomentare che la occasionalità dell'uso¹⁰² sta sotto la soglia dell' 'urbanisticamente rilevante', e rientra nella libera utilizzazione del bene¹⁰³; le facoltà di godimento sono certo limitabili, ma - trattandosi primariamente di conformare il diritto di proprietà, oppure diritti reali o personali di godimento - le attribuzioni in proposito

⁹⁹ Cfr. RAFFAELE MICALIZZI, *La "rilevanza urbanistica" del mutamento di destinazione d'uso dell'immobile*, cit., p. 2729 s.

¹⁰⁰ Così Cons. Stato, V, sent. 3 maggio 2016, n. 1684, e Cass. pen., III, sent. 13 gennaio 2017 (ud.), n. 34812 (peraltro con non chiare considerazioni sulla portata dell'art. 23-ter del testo unico dell'edilizia). Stando ad altra giurisprudenza, la variazione degli standard sarebbe da valutare in astratto, ritenendo che la nuova destinazione a 'luogo di culto' implichi sempre e comunque un maggiore peso urbanistico della attività; così inteso, peraltro, il criterio si risolve nel divieto *tout court* di svolgere quella specifica attività, in quell'individuato edificio e in quella determinata zona, e la questione diventa allora quella - diversa, e già toccata - dei limiti entro i quali l'autorità può impedire che parti del territorio siano precluse a talune utilizzazioni. Per tale non condivisibile orientamento v. Cons. Stato, IV, sent. 5778/2011 (eco della medesima posizione anche nella sentenza del giudice amministrativo citata ad inizio di nota, la quale motiva essenzialmente sulla non incidenza dell'avvenuto cambio di destinazione sul carico urbanistico, apprezzato in concreto); sulla stessa linea Cass. pen., III, sent. 26 giugno 2015, n. 27068. Cons. Stato, IV, sent. 27 novembre 2010, n. 8298, pur muovendo dal presupposto che è "compito degli enti territoriali provvedere a che sia consentito a tutte le confessioni religiose di poter liberamente esplicitare la loro attività, anche individuando aree idonee ad accogliere i fedeli", non si pone nemmeno il problema, se sia costituzionalmente legittima la disposizione regionale (citata alla precedente nota 86) che sempre e comunque assoggetta a permesso di costruire il cambio d'uso senza opere che porta alla utilizzazione di uno spazio come luogo di culto. Altre indicazioni sugli orientamenti contrastanti della giurisprudenza in NATASCIA MARCHEI, *La legge della Regione Lombardia sull'edilizia di culto alla prova della giurisprudenza amministrativa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 12/2014, p. 1 ss.; NATASCIA MARCHEI, *Le nuove leggi regionali 'antimoschee'*, cit., p. 11 ss., e ALESSANDRO CALEGARI, *La (tuttora incompiuta) disciplina statale del cambio d'uso funzionale*, cit., p. 186, nota 1.

¹⁰¹ TAR Lombardia, Milano, II, sent. 25 ottobre 2010, n. 7050 (peraltro riformata da Cons. Stato, IV, sent. 5778/2011); TAR Veneto, II, sent. 27 gennaio 2015, n. 91 (confermata da Cons. Stato, V, sent. 1684/2016).

¹⁰² E probabilmente anche l'uso che non determina un mutamento necessario degli standard.

¹⁰³ Cfr. TAR Veneto, II, sent. 91/2015; Cons. Stato, V, sent. 1684/2016.

spettano comunque in via esclusiva allo Stato¹⁰⁴. Quando si rimanga ‘al di qua’ dell’urbanisticamente rilevante, l’uso del bene a fini di religione e di culto deve essere del tutto indifferente per il legislatore; o meglio: è rilevante solo nel senso che il legislatore comune deve rispettare un uso che trova previsione e garanzia in Costituzione (l’art. 19 si riferisce testualmente al “diritto” di “esercitarne [della propria religione] in privato [...] il culto”).

Ove la disciplina regionale non si presti a letture costituzionalmente orientate, essa può e deve essere sottoposta al controllo di costituzionalità, e la eventuale violazione dell’art. 19 Cost. è sanzionabile dalla Corte pure con una decisione additiva di principio, la quale – lo si è visto – di per sé obbliga il giudice a trovare la regola del caso concreto, in applicazione del principio somministrato dalla sentenza di incostituzionalità.

Sorprende come rarissime siano state fino ad ora le questioni di legittimità sollevate sulle normative regionali concernenti l’edilizia di culto, a fronte del non irrilevante contenzioso esistente davanti ai giudici comuni¹⁰⁵, e della sollecitudine spesso invece dimostrata da costoro quando la legge da applicare pare ledere diritti di natura economico-imprenditoriale¹⁰⁶.

Pure sorprende la sommarietà con la quale talora ci si sbarazza delle eccezioni di costituzionalità sollevate dalle parti: così, ad esempio, il sospetto che la norma lombarda che dal 2006 sottopone a permesso di costruire ogni mutamento di destinazione d’uso senza opere, anche se volto unicamente ad utilizzare un bene come sede di associazione culturale con finalità che si possano ricondurre alla religione e all’esercizio del culto, violi gli artt. 2, 3, 8, 9, 18, 19, 20, 21 Cost., è dal Consiglio di Stato sbrigativamente dissipato scrivendo, in adesione alla decisione di primo grado, che l’art. 52, comma 3-*bis*, l. reg. Lombardia 12/2005, “per la sua collocazione e la sua ratio è palesemente volto al controllo di mutamenti di destinazione d’uso suscettibili, per l’afflusso di persone o di utenti, di creare centri di aggregazione (chiese, moschee, centri sociali, ecc.) aventi come destinazione principale o esclusiva l’esercizio del culto religioso o altre attività con riflessi di rilevante impatto urbanistico, le quali richiedono la verifica delle dotazioni di attrezzature pubbliche rapportate a dette destinazioni”, e che pertanto “non sussiste, nel contesto del medesimo comma 3bis, alcuna discriminazione di carattere politico culturale e religioso, anche per il fatto che la disciplina soprade-

¹⁰⁴ Chiaro sul punto ALESSANDRO CALEGARI, *La (tuttora incompiuta) disciplina statale del cambio d’uso funzionale*, cit., p. 192 s.; v. anche PATRIZIA MARZARO, *Il contenuto economico minimo del diritto di proprietà nel sistema della legislazione regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, p. 165.

¹⁰⁵ Esemplificato dalle decisioni sopra richiamate.

¹⁰⁶ Per un esempio v. l’ordinanza di rinvio in esito alla quale è intervenuta la sent. 84/2017.

scritta è uniformemente applicata ad ogni luogo di culto, anche cattolico, nonché ad ogni centro sociale, di qualsivoglia tendenza sociopolitica, al fine di salvaguardare l'incolumità di tutti coloro che frequentano tali luoghi di riunione"¹⁰⁷: siamo in presenza di una motivazione nella quale spiccano la assenza di un qualsivoglia scrutinio di adeguatezza-proporzionalità della limitazione legislativa a un diritto fondamentale, e la totale mancata considerazione di alcuni dei parametri costituzionali che erano stati invocati (come l'art. 20 Cost., o come il principio di eguaglianza, ritenuto leso a causa della discriminazione operata a danno di coloro che vogliono destinare i locali, anche senza opere, a luogo di culto, i quali devono munirsi del permesso di costruire, rispetto al trattamento riservato a quanti effettuino un mutamento di destinazione di uso di altro genere).

9. *Legislazione regionale sulla edilizia di culto e materie di esclusiva competenza dello Stato*

La legislazione regionale sulla edilizia di culto non deve naturalmente invadere settori che la Costituzione assegna allo Stato. L'argomento è estraneo all'oggetto specifico del presente lavoro; tuttavia è utile, per completare il quadro entro il quale sono chiamate a muoversi le Regioni, ricordare almeno due materie di competenza legislativa esclusiva statale con le quali occorre confrontarsi¹⁰⁸.

a) La prima è quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. c), Cost., che affida allo Stato la disciplina dei "rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose". La letteratura giuridica riconduce a tale attribuzione la definizione degli aspetti di reciproca indipendenza/autonomia di Stato e confessioni, in funzione di garanzia delle posizioni costituzionali definite dagli artt. 7, 8, e 19 Cost.¹⁰⁹. La finora scarsa giurisprudenza costituzionale pare riservare allo Stato la definizione dei requisiti che una 'confessione religiosa' deve preliminarmente possedere per potere accedere a determinati benefici (a monte quindi dei criteri che poi varranno in concreto per la distribuzione di questo

¹⁰⁷ Cons. Stato, IV, sent. 5778/2011.

¹⁰⁸ Oltre all'"ordinamento civile" e alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni", rilevanti anch'esse, lo si è visto sopra in più punti, al fine di perimetrare lo spazio di azione delle Regioni.

¹⁰⁹ GIORGIO PASTORI, *Regioni e confessioni religiose nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, p. 6 ss., ripreso da QUIRINO CAMERLENGO, *Libertà religiosa*, in ALESSANDRO MORELLI - LARA TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio: il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 91 ss., spec. p. 93.

o quel beneficio). In tal senso può essere letta¹¹⁰ la sent. 63/2016, nella parte in cui annulla le disposizioni lombarde del 2015, secondo le quali le confessioni, diverse dalla cattolica e ‘senza intesa’, per poter avere la disponibilità delle aree (e dei contributi) destinati alle attrezzature religiose dovevano avere una “presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell’ambito del comune nel quale vengono effettuati gli interventi [...]”, nonché uno statuto che esprima “il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione” (e sulla sussistenza di tali requisiti doveva esprimere parere obbligatorio una consulta, da istituirsi e nominarsi con provvedimento della giunta regionale, cosa che ancora non era accaduta al momento della pronuncia)¹¹¹; per la Corte, la Regione “esorbita dalle sue competenze, entrando in un ambito nel quale sussistono forti e qualificate esigenze di eguaglianza”, quando, ai fini dell’applicabilità delle norme sulla edilizia di culto “impone requisiti differenziati, e più stringenti, per le sole confessioni per le quali non sia stata stipulata e approvata con legge un’intesa ai sensi dell’art. 8, terzo comma, Cost.”¹¹².

b) L’art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost., assegna poi in via esclusiva allo Stato quanto attiene a “ordine pubblico e sicurezza [...]”. Invadono tale competenza quelle norme regionali che, nel contesto della disciplina urbanistica, pongono alla realizzazione di un luogo di culto limiti e condizioni diretti alla tutela preventiva dell’ordine pubblico¹¹³. La Corte costituzionale ha tolto quindi di mezzo le disposizioni approvate in Lombardia nel 2015, stando alle quali nel corso del procedimento per la predisposizione del piano per le attrezzature religiose si sarebbero dovuti acquisire “i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell’ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l’autonomia degli organi statali”, mentre il piano avrebbe poi dovuto imporre, per ogni edificio rientrante nel suo ambito di applicazione, “la realizzazione di un impianto di videosorveglianza esterno all’edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale

¹¹⁰ Con ANDREA GUZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., p. 607 ss.

¹¹¹ Critiche su questa disposizione, anche per violazione dell’art. 117, comma 2, lett. *c*), Cost., erano state espresse da ANNA LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., p. 6.

¹¹² V. il punto 5.2.

¹¹³ NATASCIA MARCHEI, *Le nuove leggi regionali ‘antimoschee’*, cit., p. 5 ss.

o forze dell'ordine"¹¹⁴.

L'annullamento delle norme regionali per lesione delle attribuzioni statali lascia naturalmente aperta la questione dei limiti entro i quali potrebbe essere lo Stato a condizionare la apertura di luoghi di culto e lo svolgimento delle attività al loro interno, in funzione della tutela della sicurezza pubblica; e la letteratura non ha mancato di osservare, in senso decisamente critico, che la recente giurisprudenza della Corte lascia aperta la porta a limiti securitari¹¹⁵. Per evitare che la giurisprudenza costituzionale finisca con il dare credito all'opinione tanto diffusa quanto indimostrata che vi sia una correlazione tra una religione e una cultura (quelle islamiche, compattamente considerate, e ritenute violente) e vari episodi di terrorismo anche recentemente verificatisi¹¹⁶, non basta fare appello alle decisioni precedenti, ben altrimenti intonate: dalla sent. 59/1958 (“[...] sarà sufficiente ricordare la sentenza n. 45 del 1957 di questa Corte [...], nel punto in cui rileva doversi ritenere insussistente nel nostro ordinamento giuridico la regola che ad ogni libertà costituzionale possa corrispondere un potere di controllo preventivo da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, in ordine ai futuri comportamenti del cittadino. Il che, come è evidente, non può escludere che sui comportamenti effettivamente verificatisi cadano, nelle fattispecie previste, le sanzioni della legge; e su quelli in atto si eserciti, anche ai fini dell'ordine pubblico, il potere della polizia, entro i limiti giuridicamente consentiti”), alla sent. 195/1993 (“[I]’Assemblea Costituente pervenne alla definitiva formulazione del testo così da garantire a chiunque il «diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume». L'esercizio del culto - come si è già accennato - è dunque componente essenziale della libertà religiosa, conseguenziale alla stessa professione di una fede religiosa, non soggetto anche nella sua forma pubblica a nessun controllo, salvo la condizione, in un certo

¹¹⁴ Sent. 63/2016, punto 8, con riferimento al comma 4, primo periodo, e al comma 7, lett. e), dell'art. 72 l. reg. 12/2005, nel testo della l. reg. 2/2015.

¹¹⁵ MARCO CROCE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, cit., p. 652, p. 655; ANDREA GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., p. 602 s.; NATASCIA MARCHEI, *Le nuove leggi regionali 'antimoschee'*, cit., p. 8 s.; MARCO PARISI, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015*, in questa *Rivista*, 2016, p. 215; ANNA LORENZETTI, *La Corte costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo* (30 marzo 2017), in *www.forumcostituzionale.it*, par. 3.

¹¹⁶ V. ad esempio in questo senso ANDREA PIN, *Laicità e Islam nell'ordinamento italiano*, cit., p. 14, p. 272 s.

senso ovvia e naturale, che «non si tratti di riti contrari al buon costume» (A.C. pagg. 2773 e segg.)»¹¹⁷. Non è sufficiente perché mutamenti e adattamenti nella giurisprudenza sono entro certi limiti fisiologici, se è vero che il bilanciamento tra principi costituzionali consiste “in una (sovra- o sub-) ordinazione reciproca [...], relativa ai casi in cui sono effettivamente bilanciati, e non in una gerarchia assoluta”: “[c]he prevalga l’uno o l’altro, cioè, dipende dalle loro relazioni nel caso deciso [...]”¹¹⁸. Ad evitare quel risultato occorre da un lato serietà nel conoscere ed approfondire i fenomeni religiosi attuali (anche legati ai movimenti migratori) per quello che sono¹¹⁹; d’altro lato, occorre prendere sul serio i capisaldi della stessa ‘cultura occidentale’ che si ritiene in pericolo, a partire dal “divieto, radicato nella tradizione liberale, di sacrificare diritti individuali a beni collettivi”¹²⁰, e conseguentemente applicare con rigore i test di adeguatezza, di necessità e di proporzionalità a ogni disciplina ordinaria limitativa di un diritto fondamentale.

¹¹⁷ Punto 6. V. anche la sent. 334/1996, secondo cui “la libertà di professione religiosa” che la Costituzione garantisce è “riconosciuta in ogni sua forma senza altro limite che non sia quello del buon costume” (punto 3.1).

¹¹⁸ Così ora MAURO BARBERIS, *Non c’è sicurezza senza libertà*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 45 s.

¹¹⁹ Si può cominciare con STEFANO ALLIEVI (a cura di), *I musulmani e la società italiana. Percezioni reciproche, conflitti culturali, trasformazioni sociali*, Franco Angeli, Milano, 2009; STEFANO ALLIEVI, *Conversioni: verso un nuovo modo di credere? Europa, pluralismo, Islam*, Guida editori, Napoli, 2017; STEFANO ALLIEVI - GIANPIERO DALLA ZUANNA, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull’immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

¹²⁰ MAURO BARBERIS, *Non c’è sicurezza senza libertà*, cit., p. 86. Per GIUSEPPE CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull’edilizia di culto*, cit., p. 6, la tutela della sicurezza è “un pretesto che serve a derubricare i problemi della multi religiosità, della multi etnicità, della multi culturalità a problemi di polizia e a risolverli con metodi e mezzi adeguati a questa fallace prospettiva”.

Libertà religiosa e riparto “per materie” delle competenze legislative Stato-Regioni: una relazione da (ri) definire e monitorare (note problematiche a partire da Corte cost. sent. n. 67 del 2017, in tema di obbligo dell’uso della lingua italiana nell’edificio di culto)

GIUSEPPE D’ANGELO

1. *Il diritto costituzionale al luogo di culto e l’esemplarità delle sue vicende “ordinarie”*

È osservazione che trova, da tempo, autorevole riscontro nella posizione del Giudice delle leggi¹ (nonché della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo²) quella relativa alla stretta connessione che intercorre tra disponibilità di luoghi di culto e libertà religiosa³. In effetti, è quasi intuitivo riconoscere che questa disponibilità costituisce presupposto tra i più evidenti di concreto esercizio della libertà religiosa e ciò non solo con riferimento alle sue manifestazioni strettamente cultuali⁴.

Naturalmente, immediatezza e rilevanza di questo collegamento non sono prive di conseguenze. Vi si ricollega in particolare il fatto che, a ben

¹ Il riferimento è alla nota *sentenza n. 193 del 1995*, con la quale la Corte aveva già posto un significativo argine alla tentazione dei legislatori regionali (evidentemente tutt’altro che sopita) di addensare ad un riconoscimento privilegiario (in quanto limitato alla Chiesa cattolica ed alle sole confessioni religiose dotate di intesa) del diritto ad accedere ai finanziamenti ed alle destinazioni urbanistiche relative all’edilizia di culto. Merita altresì ricordare (con NATASCIA MARCHEI, *Le nuove leggi regionali ‘antimoschee’*, in *www.statoechiese.it*, n. 25/2017, p. 2.) la più risalente *sentenza n. 59 del 1958*.

² Ciò sin dalla nota *sentenza Manoussakis c. Grecia*, del 1996.

³ Cfr. PAOLO CAVANA, *Lo spazio fisico della vita religiosa (luoghi di culto)*, in AA. VV., *Proposta di riflessione per l’emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa*, VALERIO TOZZI, GIANFRANCO MACRÌ, MARCO PARISI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2010, p. 210 s.

⁴ «La libertà religiosa e le sue manifestazioni transitano necessariamente attraverso la disponibilità di luoghi deputati al culto»: MARIO RICCA, *Patheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 456, ove si evidenzia in particolare il collegamento tra le prerogative in tema di edilizia e l’eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare.

vedere, sul tema degli edifici di culto (ovvero, più ampiamente di luoghi di culto⁵) finiscono con il convergere molte delle questioni che caratterizzano l'attuale stagione della libertà religiosa e che sono indotte dalla complessità delle istanze di tutela che si richiamano al suo dichiarato valore costituzionale⁶.

Ne deriva che la conformazione della disciplina sull'edilizia di culto⁷ e, nello specifico, le vicende connesse alla rivendicazione degli spazi dedicati assumono un rilievo per molti aspetti esemplare, tanto da rappresentare spia significativa del complessivo stato di salute in cui versa la libertà religiosa⁸ (e finanche del grado di laicità che contraddistingue l'azione di governo locale⁹). Nel contempo, esse testimoniano tutte le problematicità¹⁰ che accompagnano l'obiettivo di una più compiuta valorizzazione di questa libertà e con le quali le istituzioni pubbliche sono evidentemente tenute a confrontarsi.

In effetti, il tema è complesso e si caratterizza per ampiezza e densità

⁵ Sui rapporti intercorrenti tra le due categorie – che, per comodità espositiva, nel corso della trattazione verranno talora trattate in maniera indifferenziata – si veda ANDREA BETTETINI, *Le condizioni giuridiche dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesistica*, 1/2010. E' nota peraltro l'importanza che, precipuamente in tema di pianificazione urbanistica, assume la locuzione di "attrezzatura religiosa": ISABELLA BOLGIANI, *Attrezzature religiose e pianificazione urbanistica: luci ed ombre*, in *www.statoechiese.it*, 28/2013.

⁶ Non interessa in questa sede soffermarsi analiticamente sulla natura della pretesa giuridica alla disponibilità del luogo di culto e del nesso che intercorre tra questa e la libertà religiosa. Per un recente approfondimento, si veda NICOLA PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in FRANCESCO DAL CANTO – PIERLUIGI CONSORTI – SAULLE PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, Pisa, 2016, p. 253 secondo cui si tratta di situazione giuridica autonoma che, come il diritto costituzionale di libertà religiosa, trova la propria fonte proprio nell'art. 19 Cost e si trova, nei confronti di quest'ultimo, in un rapporto di presupposizione.

⁷ Tra i contributi meno recenti che trattano il tema in generale, ci si limita a ricordare GIUSEPPE CASUSCELLI, *Edifici ed edilizia di culto*, Giuffrè, Milano, 1979; VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, Edisud, Salerno, 1990; LUCIANO ZANNOTTI, *Stato sociale, edilizia di culto e pluralismo religioso*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁸ «Negare o assicurare la disponibilità di un luogo fisico nel quale poter esercitare, individualmente ma anche e soprattutto collettivamente, il proprio culto impatta in misura sensibile sul livello di libertà religiosa del quale possono godere i singoli e i gruppi e altresì, di conseguenza, sul livello di democraticità di un ordinamento»: NATASCIA MARCHEL, *Le nuove cit.*, p. 1.

⁹ Cfr. PIERANGELA FLORIS, *Laicità e collaborazione a livello locale. Gli equilibri tra fonti centrali e periferiche nella disciplina del fenomeno religioso*, in *www.statoechiese.it*, febbraio 2010; ROBERTO MAZZOLA, *Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa*, in *www.statoechiese.it*, marzo 2010.

¹⁰ Non ultime tra esse, quelle che derivano dalle tensioni sociali che si accompagnano alla rivendicazione di spazi dedicati: cfr., con più ampio riferimento alla situazione europea, PIERLUIGI CONSORTI, *The "Mosque Affaire" in European Divided Societies: the New Participatory Model of the Florence Case*, in MARCELLO MOLLICA (a cura di), *Bridging Religiously Divided Societies in the Contemporary World*, Pisa University Press, Pisa, 2015, p. 149 s.

delle sue ricadute sistematiche, dal momento che le istanze connesse al diritto al tempio non si riducono al solo profilo della destinazione urbanistica (ovverosia della disponibilità dello spazio pubblico sul quale poter costruire l'edificio di culto)¹¹ ma coinvolgono meccanismi a più spiccata valenza promozionale ed incentivante (ovverosia il tema delle risorse economiche e finanziarie destinabili all'uso¹²). In più, queste istanze vanno progressivamente arricchendosi e modificandosi in ragione del mutamento dello scenario sociale di riferimento e delle trasformazioni che esso comporta, tanto sul piano istituzionale e delle complessive relazioni tra società ed istituzioni che in termini di ampliamento contenutistico della libertà religiosa e di emersione di sue nuove dimensioni¹³.

Invero, nell'ottica di un più pieno ed egualitario soddisfacimento del diritto al luogo di culto non si tratta unicamente di riservare aree specificamente dedicate, in un'ottica razionale del consumo del territorio,¹⁴ e conseguentemente di distribuire tali aree tra le diverse confessioni ed organizzazioni religiose interessate. Si tratta altresì di definire e rendere fruibili su di un piano di effettiva parità meccanismi di sostegno economico e normativo che consentano di poter accedere, concretamente ed utilmente, alle aree così individuate e distribuite.

Non da ultimo, si impone poi, proprio in ragione del valore costituzionale della libertà religiosa, l'adozione di una disciplina di peculiare salvaguardia della integrità e della funzionalità del luogo di culto (ovvero di difesa dalle intrusioni, anche da parte dei poteri pubblici) così come della predisposizione di congegni di protezione dedicati¹⁵.

Peraltro, già solo riguardato nel contesto della sua collocazione originaria, l'assetto normativo in vigore alimenta molteplici e fondate ragioni di

¹¹ In effetti, come si avrà modo di verificare nel prosieguo, a risultare in certo modo penalizzante è proprio la collocazione delle istanze di tutela connesse alla disponibilità di luoghi di culto nell'alveo della disciplina urbanistica o, più precisamente, una interpretazione stretta delle finalità urbanistiche che caratterizzerebbero di necessità la legislazione dedicata.

¹² MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Costituzione sussidiarietà e confessioni religiose. La governance condivisa*, in MARIA CRISTINA FOLLIERO – ANTONIO VITALE, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2. I principi scritti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 247 ss.

¹³ Cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Il patrimonio immobiliare, mobiliare e le dinamiche finanziarie degli enti religiosi*, in ANTONIO FUCCILLO e RAFFAELE SANTORO (a cura di), *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, part. p. 82 s.

¹⁴ Cfr. FEDERICA BOTTI, *Edifici di culto e loro pertinenze, consumo del territorio e spending review*, in www.statoechiese.it, 27/2014.

¹⁵ Per una visione d'insieme, sintetica ma puntuale, dei profili indicati, NATASCIA MARCHEI, *L'edilizia e gli edifici di culto*, in GIUSEPPE CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 335 s.

perplexità, dal momento che non risulta sempre in linea con gli obiettivi di eguale libertà ed uguaglianza esigiti dai principi costituzionali rilevanti¹⁶.

2. *Competenze legislative regionali e istanze securitarie al rinnovato vaglio della Corte costituzionale. Esiti confermati e questioni di fondo lasciate aperte*

Interessi e diritti implicati dal tema sono quindi plurimi ed eterogenei e rendono le risposte dell'ordinamento altamente problematiche. Peraltro, varietà ed eterogeneità degli interessi e dei diritti coinvolti tendono ad amplificarsi proprio in ragione della progressiva trasformazione in senso multireligioso e multiculturale della società e, della complessificazione delle domande di libertà (anche) religiosa che ne consegue.

Invero, proprio come la libertà alla quale sono legati dallo stringente vincolo evocato in premessa, gli spazi dedicati al culto tendono ad assumere una (o piuttosto a svelare la loro) plurima valenza funzionale, dal momento che, superando l'univoca considerazione di luoghi *per il culto*, tendono sempre più ad esplicitare la propria «funzione di luoghi di aggregazione culturale»¹⁷.

Tuttavia, proprio questa ulteriore caratterizzazione finalistica costituisce elemento (o piuttosto pretesto) di ulteriore problematizzazione della disciplina dell'edilizia di culto e delle soluzioni che, per essa, vanno approntandosi¹⁸.

In particolare, la valenza identitaria del luogo di culto ne facilita l'attrazione nell'ambito delle istanze di protezione che si rifanno all'emergenza securitaria¹⁹. Ciò nel quadro di una rinnovata tensione tra il riconoscimento

¹⁶ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama: edifici di culto e legislazione civile*, in *www.statoechiese.it*, 1/2015.

¹⁷ Cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Il patrimonio immobiliare, mobiliare e le dinamiche finanziarie degli enti religiosi*, in ANTONIO FUCCILLO e RAFFAELE SANTORO (a cura di), *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, part. p. 82 s.

¹⁸ GIOVANNI CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in *www.statoechiese.it*, novembre 2010.

¹⁹ Invita a considerare serenamente e con equilibrio l'impatto della crisi di sicurezza sulla libertà religiosa, PIERLUIGI CONSORTI, *La paura della libertà religiosa*, in PIERLUIGI CONSORTI – FRANCESCO DAL CANTO – SAULLE PANIZZA (a cura di), *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempi di crisi*, Pisa University Press, Pisa, 2016, p. 43 s. Secondo l'Autore, «Il tema della crisi e quello della paura non sono infatti del tutto nuovi all'indagine giuridica perché nella storia più volte la società si è trovata di fronte a fenomeni critici e a condizioni di paura. Questa constatazione ci permette di considerare la crisi come una categoria duratura nel tempo e non eccezionale. Sarebbe quindi un errore pensare di farvi fronte con strumenti eccezionali o peggio emergenziali. La risposta giuridica deve essere piuttosto lungimirante, frutto di una analisi corretta delle circostanze che

costituzionale delle autonomie locali ed il principio della Repubblica «*una e indivisibile*»²⁰.

In buona sostanza, l'interesse al mantenimento delle condizioni, ritenute essenziali, di sicurezza e ordine pubblico – nonché, da un diverso ma convergente versante, al contenimento della spesa pubblica e del consumo del territorio – sembra poter legittimare interventi legislativi e politiche di governo del territorio volte a delimitare la pretesa alla disponibilità dei luoghi di culto, soprattutto laddove le relative richieste provengano da ben determinate realtà confessionali²¹.

Sono in particolare talune Regioni a rendersi parte attiva nel conformare il diritto a godere e disporre di un luogo dedicato al culto alle esigenze della sicurezza e dell'ordine pubblico²². Il che, se si considerano i segnali di insofferenza già restituiti in relazione alla soluzione di questioni pratiche di libertà religiosa non così distanti da quella che ora ci occupa, può tutto sommato risultare ben poco sorprendente²³.

Nello specifico, i tentativi di riconsiderazione, per così dire, “al ribasso” del diritto alla disponibilità dei luoghi di culto – confluiti anzitutto in iniziative di modifica delle rispettive legislazioni regionali in materia di governo del territorio – si muovono per lo più lungo una duplice, concorrente, direzione di marcia. In particolare, si tratta, da un lato, di limitare l'accesso agli spazi pubblici dedicati all'edilizia di culto ad alcune solo delle possibili manifestazioni del fatto religioso organizzato presenti sul territorio e, dall'altro, di condizionare tale accesso a presupposti e condizioni che, tutto sommato, poco hanno a che vedere con le normali esigenze di governo del territorio e

determinano crisi e paura, ponendo mano a strumenti di lungo periodo».

²⁰ Mi permetto di rinviare a GIUSEPPE D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo alla interpretazione dell'art. 117, comma 2, lett. c) Cost.*, Giappichelli, Torino, 2012.

²¹ Diversamente, un approccio meno preconcetto ai fenomeni di trasformazione sociale indotti dalle migrazioni potrebbe condurre a coglierne le potenzialità, anche in termini di sviluppo economico: cfr. MARIA D'ARIENZO, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *Diritto e religioni*, 2/2016.

²² Cfr. CARLO CARDIA, *La condizione giuridica*, in DANIELE PERSANO (a cura di), *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Vita e pensiero, Milano, 2008, p. 28.

²³ Ci si intende riferire in particolare alla note vicende della interpretazione locale del divieto di comparire mascherati in luogo pubblico. Al riguardo mi permetto di rinviare a GIUSEPPE D'ANGELO, *Uniformità della reazione ed incidenza delle differenziazioni territoriali: l'interpretazione «locale» del divieto di comparire «mascherati» in luogo pubblico al cospetto del valore costituzionale del diritto di libertà religiosa*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 353 s.; ID., *Il porto del velo al vaglio del Consiglio di Stato: da una differenziazione territoriale ad una differenziazione settoriale nell'adeguamento al diritto di libertà religiosa delle norme in tema di pubblica sicurezza?*, in *Diritto e religioni*, 2/2008, p. 711 s.

pianificazione urbanistica²⁴.

In entrambi i casi, le scelte del legislatore regionale si pongono in un rapporto di evidente discontinuità con principi e regole che, avendo diretto riguardo a diritti ed interessi di riconosciuto rilievo costituzionale e, soprattutto, di più spiccata valenza unitaria, rispondono proprio alla funzione di impedire differenziazioni territoriali troppo accentuate, quanto al modo di intendere significato e portata di questi diritti ed interessi.

Di qui il prodursi di un contenzioso con il Governo che non può che trovare nella giurisdizione costituzionale il suo sbocco naturale.

A sua volta, investita delle relative questioni di legittimità costituzionale, la Consulta è risultata ferma nell'arginare le tentazioni securitarie dei legislatori regionali, giungendo a conclusioni che la dottrina ha mostrato di apprezzare e condividere.

E' stato così, in particolare, per la nota sentenza n. 63 del 2016²⁵, che ha in effetti raccolto gli autorevoli auspici ad una riaffermazione del valore del principio della eguale libertà delle confessioni religiose di cui all'art. 8, comma 1, Cost²⁶.

L'arresto cui la Corte è pervenuta in questa circostanza, ha in effetti lasciato pensare che gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza costituzionale in argomento potessero risultare prevedibili, quasi scontati. Ed in effetti è stato così anche in occasione della più recente pronuncia n. 67 del 2017²⁷, sulla quale ci accingiamo ad appuntare l'attenzione nelle pagine che seguono.

In realtà, in entrambi i casi, alla condivisione degli esiti sostanziali delle pronunce non corrisponde un altrettanto generalizzato apprezzamento per l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte. Ed infatti è difficile sfuggire all'im-

²⁴ Cfr., con particolare riferimento alla legge lombarda oggetto di *Corte cost., sent. n. 63 del 2016*, FRANCESCA OLIOSI, *La Corte costituzionale e la legge regionale lombarda: cronaca di una morte annunciata o di un'opportunità mancata?*, in *www.statoechiese.it*, n. 14/2016, part. p. 23 s.

²⁵ Con questa pronuncia la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della *Legge regionale della Lombardia n. 12 del 2005*, sul governo del territorio, come modificata dalla *Legge regionale Lombardia n. 2 del 2015*, sostanzialmente rilevando la sostanziale distonia rispetto ai principi costituzionali – trattasi in particolare del principio di laicità, ed in questo alveo dei principi di cui agli artt. 19 e 8, commi 1 e 2, ed altresì del criterio di riparto delle competenze Stato-Regioni siccome delineato dall'art. 117, comma 2, lett. c) Cost. – del regime discriminatorio introdotto a danno delle confessioni prive di intesa per riguardo alla pianificazione delle attrezzature per i servizi religiosi: MARCO PARISI, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015*, in *Diritto e religioni*, 2/2016.

²⁶ GIUSEPPE CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, in *www.statoechiese.it*, n. 14/2015.

²⁷ Cfr. FRANCESCA OLIOSI, *Libertà di culto, uguaglianza e competenze regionali nuovamente al cospetto della Corte costituzionale: la sentenza n. 67 del 2017*, in *www.statoechiese.it*, n. 29/2017, part. p. 23 s.

pressione che essa lasci sostanzialmente inalterate alcune questioni di fondo e, sotto tale profilo, possa lasciare ancora spazio ad interpretazioni del legislatore regionale non troppo lontane, per ispirazione ed obiettivi, da quelle già sanzionate con la declaratoria di incostituzionalità.

3. *L'incostituzionalità dell'impegno all'uso della lingua italiana nell'edificio di culto in Corte Cost., n. 67 del 2017. Le ragioni della Corte*

Sotto questo profilo, per quanto auspicata negli esiti, anche la più recente tra le decisioni della Consulta in tema di legislazione regionale sull'edilizia di culto si espone a qualche riserva.

Cominciamo però dal principio.

Ebbene, in questo caso, ad essere investita, in via principale, della questione di legittimità costituzionale è la legge regionale Veneto n. 12 del 2016 laddove questa introduce nella legge regionale sul governo del territorio (ovverosia la legge regionale n. 11 del 2004) gli artt. 31-bis e 31-ter.

La particolarità, rispetto al precedente del 2016, della vicenda e della relativa pronuncia risiede però nella seconda delle disposizioni impugnate, ove si prevede che il soggetto che chiede di poter realizzare una struttura religiosa è tenuto a stipulare una convenzione con il comune interessato.

E' su tale profilo della questione di legittimità costituzionale che merita quindi appuntare l'attenzione²⁸.

²⁸ Quanto all'art. 31-bis, primo comma, della legge in questione, giova anzitutto ricordare che, a mente della disposizione impugnata, «*La Regione e i comuni del Veneto, ciascuno nell'esercizio delle rispettive competenze, individuano i criteri e le modalità per la realizzazione di attrezzature di interesse comune per servizi religiosi da effettuarsi da parte degli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica, delle confessioni religiose, i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, e delle altre confessioni religiose*». Nel lamentarne l'incostituzionalità, il Governo ne aveva rilevato il carattere eccessivamente generico ed ambiguo, in definitiva tale da produrre discriminazioni tra le diverse confessioni incompatibili con la Costituzione. Veniva in particolare invocato il precedente costituito dalla sent. n. 63 del 2016 con cui la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale lombarda sul governo del territorio che, in materia di edilizia di culto, prevedeva differenze di trattamento favorevoli alle confessioni munite di intesa con lo Stato ex art. 8 comma 3 Cost. Di contro, ad avviso della resistente, la questione di costituzionalità avrebbe dovuto essere dichiarata anzitutto inammissibile, dal momento che il paventato effetto discriminatorio si sarebbe posto, al più, in termini meramente ipotetici ovvero quale «possibile eventualità attuativa». Nel merito, poi, la questione sarebbe risultata infondata, dal momento che la natura meramente urbanistica della finalità perseguita dalla disposizione censurata avrebbe escluso la possibilità di ritenere il potere affidato alla cura della Regione e dei Comuni veneti «uno strumento che ostacoli o comprometta in alcun modo la libertà religiosa». A sua volta, la Corte disattende l'opinione del Governo, ritenendo di conseguenza che l'art. 31-bis non violi le disposizioni costituzionali invocate. In particolare, ad avviso della Corte, «L'indifferenziato riferimento a tutte le forme confessionali rende palese la diversità tra la disposi-

Nello specifico delle censure formulate dal Governo rileva il fatto che la disposizione censurata prevede, tra i possibili contenuti della prevista convenzione, l'impegno ad utilizzare la lingua italiana «*per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto*» (art. 31-ter, comma 3, secondo periodo).

È in effetti proprio questo il passaggio della disposizione che attrae l'attenzione critica del Governo e fonda i rilievi di incostituzionalità sollevati innanzi alla Corte. Tanto perché, nell'ottica del ricorrente, la previsione, tra i contenuti della convenzione prevista dall'articolo 31-ter, dell'impegno ad utilizzare la lingua italiana nelle attività extraculturali esercitate nell'attrezzatura/edificio di culto, risulterebbe in contrasto con il riparto delle competenze legislative Stato-Regioni delineato dal secondo comma dell'art. 117 Cost., ovvero, nello specifico, con le lettere c) e h).

In particolare, fermo restando che la disposizione travalicherebbe dalla finalità strettamente urbanistica della convenzione, essa, da un lato, determinerebbe una invasione nella materia dei «*rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose*», e, dall'altro invaderebbe la potestà legislativa esclusiva statale in materia di «*ordine pubblico e sicurezza*», poiché perseguirebbe una finalità di controllo delle modalità con le quali in concreto è esercitata l'attività sociale e culturale svolta nelle suddette attrezzature, per ragioni, appunto, di sicurezza e ordine pubblico.

In più, ad avviso del Governo, ne risulterebbe violata la garanzia di cui all'art. 19 Cost., dal momento che, in buona sostanza, l'impegno richiesto interferirebbe con l'esercizio della libertà di religione, nell'ambito del quale rientra la realizzazione di luoghi diretti al culto e alla discussione degli interessi sociali e culturali della comunità.

La Corte accoglie il ricorso e conseguentemente dichiara l'illegittimità

zione regionale ora censurata e quelle di altra Regione dichiarate costituzionalmente illegittime con la sentenza n. 63 del 2016, nella parte in cui condizionavano la programmazione e la realizzazione di luoghi di culto alla sussistenza di requisiti differenziati e più stringenti per le confessioni religiose senza intesa rispetto alle altre. Nella disposizione oggetto del presente giudizio, non si rinvencono elementi che giustifichino una interpretazione tale da consentire alla Regione e ai Comuni di realizzare la pianificazione di attrezzature religiose secondo criteri e modalità discriminatori in ragione della presenza o meno dell'intesa tra la confessione religiosa interessata e lo Stato». La Corte ha peraltro ribadito, forte di quanto già ritenuto nella sentenza n. 63/2016, che resta possibile per le autorità competenti operare differenziazioni che siano ragionevoli: «*Come anche recentemente è stato da questa Corte affermato, l'eguale libertà delle confessioni religiose di organizzarsi e di operare non implica che a tutte debba assicurarsi un'eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: come è naturale allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione*».

costituzionale dell'art. 31-ter. Ciò però sulla base di argomenti non del tutto coincidenti con quelli posti a base del ricorso governativo.

Invero, nell'addivenire alla declaratoria di incostituzionalità, la Corte muove dal rilievo della finalità «tipicamente urbanistica» che a suo dire caratterizza tanto la legge regionale che, di conseguenza, gli strumenti che essa stessa prevede per la sua attuazione, ivi compresa la convenzione urbanistica di cui all'art. 31-ter impugnato.

L'osservazione è in linea con quanto evidenziato dal Governo e risulta tutto sommato decisiva nell'orientare la decisione della Corte nel senso dell'accoglimento del ricorso. E' infatti proprio dal raffronto tra la finalità urbanistica che, appunto, caratterizza la convenzione ed i contenuti ad essa assegnati dalla disposizione censurata che la Corte trae spunto per inferire l'incongruità e quindi l'irragionevolezza di quest'ultima.

In altri termini, nell'ottica dei giudici costituzionali la previsione relativa all'uso di una certa lingua appare ultronea rispetto alle finalità della convenzione e quindi ingiustificata. Il che si traduce in una irragionevolezza della disposizione tale da determinarne una condizione di illegittimità costituzionale.

La Corte si arresta a tale profilo, che è evidentemente ritenuto dirimente ma che lascia impregiudicato il tema della eventuale collocazione della previsione impugnata al di fuori delle quote di competenza legislativa assegnata alla Regione.

Invero, esauendo le proprie valutazioni sul piano della coerenza interna della disposizione impugnata rispetto alle finalità della legge, la Corte ritiene evidentemente di non doversi porre il problema del rapporto che intercorre, in via diretta ed immediata, tra previsione dell'obbligo di lingua e ambito materiale delle competenze legislative regionali. A mancare è cioè una specifica valutazione sull'eventuale invasione delle quote di competenza materiale assegnate, in via esclusiva, allo Stato che la previsione dell'obbligo di lingua determinerebbe di per sé stessa (ovvero a prescindere dalla sua coerenza, per così dire, interna alla legge nella quale si colloca).

In effetti, scendendo più nel dettaglio del percorso argomentativo, la Corte dopo aver dato atto che la legge impugnata afferisce alla materia del «governo del territorio»²⁹, ricorda – espressamente richiamando quanto af-

²⁹ Così la Corte: «Il censurato art. 31-ter afferisce alla materia del «governo del territorio», di competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., avendo ad oggetto la pianificazione urbanistica degli edifici adibiti a luogo di culto. Ciò risulta inequivocabilmente da diversi elementi normativi: anzitutto, dal punto di vista sistematico, il nuovo art. 31-ter si innesta nel testo della legge urbanistica della Regione Veneto, trattandosi di una modificazione alla legge regionale n. 11 del 2004; in secondo luogo, la rubrica del censurato art. 31-ter è così formulata:

fermato con la precedente sentenza n. 195 del 1993 e ribadito, più di recente, nella sentenza n. 63 del 2016 – che la legislazione regionale in materia di edilizia di culto risponde a precise finalità, dal momento che «trova la sua ragione e giustificazione – propria della materia urbanistica – nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi».

Si rileva poi che lo stesso orientamento finalistico deve di necessità caratterizzare la convenzione prevista nella disposizione censurata, dal momento che essa costituisce strumento attraverso il quale la legislazione regionale trova concreta applicazione. Ne consegue che la convenzione prevista dalla disposizione censurata dovrebbe, come la legge che la prevede, essere ispirata alle medesime finalità di sviluppo dei centri abitativi.

Tanto premesso, il passaggio successivo consiste proprio nel verificare se, per come configurato dal legislatore regionale, lo strumento della convenzione sia effettivamente in linea con le finalità urbanistiche ascritte alla stessa legge regionale.

La risposta è, appunto, negativa, dal momento che, ad avviso della Corte, una disposizione di tale contenuto risulta palesemente irragionevole nei riguardi delle finalità perseguite, rispettivamente, dalla normativa regionale in generale e dalla specifica disposizione censurata.

In buona sostanza, la previsione dell'impegno ad utilizzare la lingua italiana è incoerente con le finalità urbanistiche della convenzione e tanto basta ad inferirne l'incostituzionalità. In effetti, stante l'impostazione data dalla Corte, poco sposta che – come sottolineato dal Governo – la disposizione censurata incida sull'esercizio della libertà religiosa costituzionalmente tutelata o si traduca in una invasione delle competenze previste in capo allo Stato (specificamente alle lettere c) ed h) dell'art. 117, comma 2, Cost.).

La motivazione della Corte è quindi piuttosto scarna, quasi telegrafica. In più, essa si muove sul piano giuridico-formale della coerenza interna della legge regionale e non, come ci si sarebbe forse aspettati, su quello della effettiva collocazione della stessa legge nell'alveo del riparto delle competenze delineato dall'art. 117, comma 2, Cost.

Sotto questo profilo, si può forse ritenere che la Corte abbia preferito ta-

«Realizzazione e pianificazione delle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi»; infine, dal punto di vista contenutistico, lo stesso articolo prevede una serie di indici di inequivoca natura urbanistica – tra i quali: presenza di strade di collegamento, opere di urbanizzazione primaria, adeguatezza delle distanze, spazi destinati al parcheggio pubblico – che, come confermato nell'incipit dello stesso art. 31-ter, devono essere rispettati «[a]l fine di assicurare una adeguata qualità urbana».

gliare corto ed evitare di addentrarsi in considerazioni che sarebbero potute risultare superflue rispetto all'esito ultimativo delle sue valutazioni, esito che evidentemente la Corte ha ritenuto di poter cogliere (e rappresentare) con una certa immediatezza.

Sembra in certo modo testimoniare la perentorietà dell'ulteriore precisazione secondo la quale l'obbligo dell'impiego della lingua italiana è «del tutto eccentrico» rispetto agli interessi urbanistici per il quali la legge regionale è intervenuta³⁰.

Ma in questa direzione è forse ancor più significativa la patente di evidenza che la Corte assegna al «vizio di una disposizione regionale, come quella impugnata, che si presta a determinare ampie limitazioni di diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale, in difetto di un rapporto chiaro di stretta strumentalità e proporzionalità rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti, ricompresi nel perimetro delle attribuzioni regionali»³¹.

3. ... ed i suoi limiti. *Il tema irrisolto del rapporto tra libertà religiosa e finalità urbanistica della legge regionale in materia di «governo del territorio»*

Per quanto possa risultare poco influente sul merito della decisione di incostituzionalità adottata nella circostanza, quest'ultima affermazione (e, soprattutto, il fronte problematico che essa intercetta) non è di poco momento. Nell'evocare (anche senza specificarli) diritti ed interessi costituzionalmente protetti ed implicati dall'obbligo contestato, l'ammissione della Corte rimanda infatti al vero punto nodale della questione giunta al proprio esame, quello del bilanciamento (ed ancora prima della consistenza e della corretta qualificazione) di questi diritti ed interessi.

Qui però la Corte decide di arrestarsi, ritenendo esauriti i suoi obblighi motivazionali.

Nel contempo, non si può certo dire che la Corte abbia definitivamente

³⁰ Con le parole della Corte: «Non v'è dubbio che la Regione è titolata, nel regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul proprio territorio, a dedicare specifiche disposizioni per la programmazione e la realizzazione dei luoghi di culto e, nell'esercizio di tali competenze, può imporre quelle condizioni e quelle limitazioni, che siano strettamente necessarie a garantire le finalità di governo del territorio affidate alle sue cure. Tuttavia, la Regione eccede da un ragionevole esercizio di tali competenze se, nell'intervenire per la tutela di interessi urbanistici, introduce un obbligo, quale quello dell'impiego della lingua italiana, del tutto eccentrico rispetto a tali interessi».

³¹ Ciò «A fronte dell'importanza della lingua quale «elemento di identità individuale e collettiva» (da ultimo, sentenza n. 42 del 2017), veicolo di trasmissione di cultura ed espressione della dimensione relazionale della personalità umana».

sciolti tutti i possibili dubbi sulla legittimità costituzionale dell'eventuale obbligo (sia esso stabilito in una legge statale o regionale) di utilizzo della lingua italiana negli edifici di culto. Ed infatti, restringendo il campo di riferimento (e di operatività) del suo giudizio, la Corte si è piuttosto limitata a respingere l'ipotesi che l'obbligo in questione possa essere contenuto in una legge (regionale) in materia di governo del territorio.

Ciò non esclude certo che la sentenza n. 67/2017 costituisca nei fatti un importante argine ai tentativi di ulteriore ridimensionamento della libertà religiosa, che vengono perpetuati, in sede locale, agitando una non meglio precisata esigenza securitaria o perseguendo obiettivi di tutela e valorizzazione dell'identità religiosa e culturale della comunità territoriale di riferimento.

E che come tale possa venire, legittimamente, accolta³².

Tuttavia, sembra di poter osservare che, nel complesso ed in qualche particolare passaggio, l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte restituisca una sensazione di incompiutezza unitamente ad una qualche ragione di perplessità³³.

In particolare, a deludere le aspettative di quanti si sarebbero attesi un contributo più robusto e sostanziale alla definizione del quadro di principi e regole implicate, nelle loro interrelazioni reciproche, è anzitutto – e più immediatamente – la già evidenziata scelta di non affrontare in dettaglio il tema del bilanciamento dei molteplici diritti ed interessi, di rango costituzionale, interferiti da un obbligo del genere di quello oggetto di censura governativa.

E' una mancanza che risulta ben poco confacente a quel ruolo di guida e conformazione che la Corte è andata assumendo in passato, anche nello specifico della libertà religiosa (e del principio supremo di laicità³⁴) e ciò ad onta del fatto che la stessa Consulta sembra, di recente, volersi decisamente riappropriare di questo ruolo sino al punto da indurre la dottrina a ritrovarla protagonista – con le due importanti pronunce ricordate in premessa – dei

³² GIANCARLO ANELLO, *The Holy Word does not come strictly in Italian – Another Islamophobic Law stopped in Northern Italy*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, <http://verfassungsblog.de/>, 10 aprile 2017.

³³ LEONARDO BRUNETTI, "Palese irragionevolezza" o "totale eccentricità": quale vizio "appare evidente"? *I dubbi sulla (insoddisfacente) motivazione, di una giusta decisione*, in www.forumcostituzionale.it (13.03.2017).

³⁴ SARA DOMIANELLO, *Corte costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987; EAD., *Corte costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999; EAD., *Sulla laicità nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1999.

processi di transizione della politica ecclesiastica italiana³⁵.

Invero, questa scelta lascia sostanzialmente irrisolto il tema di fondo della questione al vaglio della Corte, quello del rapporto tra libertà religiosa e finalità urbanistica della legge regionale in tema di governo del territorio (e, di conseguenza, di edilizia di culto).

4. In particolare, il carattere diffuso e multiforme della libertà religiosa e la rigidità dei criteri di riparto competenziale Stato-Regioni

In effetti, non è solo l'omessa considerazione dell'esigenza di un bilanciamento tra i diritti e gli interessi coinvolti ovvero, in particolare, la svalutazione del tema dei rapporti tra libertà religiosa, istanze di sicurezza ed ordine pubblico ed obbligo di lingua italiana nell'edificio di culto a destare qualche perplessità.

A non convincere del tutto sono, più radicalmente, da un lato, l'impostazione seguita dalla Corte in punto di afferenza della legge regionale alla materia del «governo del territorio» e, correlativamente, di finalità della convenzione urbanistica e, dall'altro, soprattutto, le conseguenze che ne vengono fatte derivare sul piano della incongruità/irragionevolezza della disposizione censurata.

Al riguardo, merita ricordare che, innanzi alla Corte, tanto il Governo che la Regione Veneto hanno declinato le finalità della legge regionale e, in particolare, della disposizione censurata in maniera affatto diversa da quella che è stata poi fatta propria dagli stessi giudici costituzionali.

In particolare, ad avviso del Governo, la reale finalità della legge va rinvenuta nella tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, il che determinerebbe la lamentata lesione delle proprie competenze siccome individuate dalla lett. c) dell'art. 117 comma 2. Diversamente, ad avviso della Regione, la legge impugnata risponderrebbe a finalità di integrazione sociale, e su queste basi rientrerebbe a pieno titolo tra le competenze legislative regionali.

Per i giudici costituzionali, invece, come si è visto, la finalità della legge è – e tale deve restare – «tipicamente urbanistica» ovvero di «sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitati».

Come pure si è visto, la Corte giunge a tale conclusione facendo leva, da un lato, sulla circostanza per cui la legge in questione si innesta sulla legge urbanistica regionale e, dall'altro, sul fatto che la rubrica della specifica di-

³⁵ ANGELO LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *www.statoecliase.it*, 26/2016.

sposizione censurata ha precisamente riguardo alla realizzazione e pianificazione delle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi.

In più, la Corte rileva l'esistenza di ulteriori indici contenutistici (ovverosia, presenza di strade di collegamento, opere di urbanizzazione primaria, adeguatezza delle distanze, spazi destinati al parcheggio pubblico) che univocamente indirizzano la stessa disposizione verso il perseguimento delle medesime finalità urbanistiche di sviluppo dei centri abitati. Invero, per espressa disposizione dell'articolo censurato, questi indici devono essere rispettati «[a]l fine di assicurare una adeguata qualità urbana».

Tutti questi elementi confermerebbero l'iniziale illazione della Corte per cui « Il censurato art. 31-ter afferisce alla materia del «governo del territorio», di competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., avendo ad oggetto la pianificazione urbanistica degli edifici adibiti a luogo di culto».

E', questa, la premessa dalla quale si dipana il ragionamento della Corte e prende corpo il rilievo della incongruenza della disposizione censurata rispetto alla finalità della legge³⁶ e, di qui, della sua irragionevolezza ed eccentricità.

Invero, ambito materiale di afferenza della legge (ovverosia titolo competenziale della legge regionale) e finalità della (stessa legge ed in particolare della sua) disposizione impugnata costituiscono i parametri di riferimento della valutazione di congruenza operata dalla Corte ed il cui esito negativo si traduce nella irragionevolezza e quindi nella incostituzionalità della medesima disposizione³⁷.

In altri termini, nell'ottica della Corte, la delimitazione, materiale e finalistica, della normativa regionale ne delinea i contenuti (unici) possibili, rendendo "eccentriche" le disposizioni ispirate a finalità ulteriori e diverse, quali, nella fattispecie, quelle di sicurezza e ordine pubblico (ad avviso del governo) o di integrazione sociale (come ad avviso della Regione Veneto).

Il ragionamento della Corte sembra stringente e privo di problematicità³⁸.

³⁶ Osserva come la Corte abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata «non già per motivi sostanziali, ma per una incoerenza formale e intrinseca al testo di legge», lasciando così «impregiudicato se sia costituzionalmente legittimo un obbligo di lingua italiana negli edifici di culto»: EDOARDO CATERINA, *La lingua italiana negli edifici di culto tra "palese irragionevolezza", riparto di competenze Stato-Regioni e libertà di lingua*, in *Le Regioni*, 2017.

³⁷ la argomentazione, per quanto ellittica, è del tutto chiara: la normativa censurata è palesemente irragionevole in quanto eccentrica nei contenuti rispetto all'ambito e alle finalità propri di una legge regionale di governo del territorio.

³⁸ Si è osservato in proposito che « Nel caso di specie, la Corte ha confrontato implicitamente la finalità della legge regionale con la finalità tipica di ogni normativa urbanistica (le finalità di governo del territorio) e, ritenutane l'incoerenza, ha concluso per l'irrazionalità ("palese irragionevolezza")

In realtà, ad una analisi un poco più approfondita, ci si accorge che le cose stanno diversamente e che il riferimento, operato dalla Corte, alla materia di afferenza della normativa regionale così come alla finalità da essa perseguita risulta semplicistico ed in fin dei conti inadeguato.

Invero, l'individuazione della materia e della finalità non è così immediato e lineare come potrebbe apparire di primo acchito. In particolare, non è affatto detto che la "materia" del «governo del territorio», così come le finalità urbanistiche di una determinata normativa regionale, siano di per sé stesse impermeabili a quelle valutazioni in punto di meritevolezza di tutela che pur non avendo un immediato significato urbanistico coinvolgono diritti ed interessi di rilevanza costituzionale e che, per tale ragioni, debbono poter contribuire a conformare quelle stesse finalità urbanistiche.

Nel contempo, merita ribadire, con la stessa Corte costituzionale³⁹, che non sempre è possibile attribuire, univocamente e con certezza, una disciplina legislativa ad un'unica materia, attesa la complessità della realtà sociale da regolare e degli interessi che su di essa insistono⁴⁰.

Rilevano al riguardo, da un lato, i rilievi critici di quanti sottolineano, più in generale, l'inadeguatezza del criterio materiale a fungere da efficace punto di riferimento nel riparto delle competenze (non solo) legislative Stato-Regioni⁴¹ e, dall'altro, le stesse difficoltà interpretative che sono a monte dell'implementarsi del contenzioso innanzi alla Corte⁴². Tanto gli uni che le altre convergono infatti nel relativizzare gli esiti della individuazione delle quote di competenza materiale operata di volta in volta dal legislatore piuttosto che dal giudice ed inducono a verificarne l'effettiva pertinenza in relazione alle specificità del singolo caso.

In buona sostanza, il criterio oggettivo-materiale non è di per sé sufficiente dovendo di necessità integrarsi con quello dell'interesse concretamente perseguito.

della disposizione impugnata. Si tratta pertanto di una valutazione che non si inoltra nel merito di quanto disposto dalla norma».

³⁹ Si veda ad esempio *Corte cost., sent. n. 231/2005*.

⁴⁰ Sembra in certo modo provarlo, per l'ambito che qui interessa, la circostanza per cui urbanistica ed edilizia entrano a far parte della materia del governo del territorio ma non ne esauriscono i contenuti possibili. Per approfondimenti ed utili ragguagli, anche giurisprudenziali e dottrinari, al riguardo, NICOLA PIGNATELLI, *La dimensione cit.*, p. 260.

⁴¹ ANTONIO VITALE, *Diritto pubblico*, Plectica editrice, Salerno, 2008, p. 68.

⁴² FILIPPO BENELLI, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici e applicativi del nuovo titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; ROBERTO BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 1/2008; FILIPPO BENELLI - ROBERTO BIN, *Prevalenza e «rimaterializzazione» delle materie: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2009.

Peraltro, l'improponibilità di una puntuale (pre)definizione dei contenuti della normativa regionale è resa maggiormente evidente laddove a venire interferite siano istanze di tutela che si richiamano al valore costituzionale della libertà religiosa. Invero, se si intende assecondare il carattere estensivo e diffuso di quest'ultima occorre rendere più elastici e permeabili i contorni della materia nel cui ambito la disciplina normativa regionale ricade.

Si ha cioè che, particolarmente nel caso della libertà religiosa, le valutazioni in ordine alla meritevolezza di tutela delle istanze di libertà orientano, per così dire, dall'interno le scelte discrezionali del legislatore ed entrano a pieno titolo tra gli elementi che ne condizionano le opzioni disciplinari, conformando gli strumenti urbanistici e la loro attuazione.

I diritti fondamentali della persona e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti che, come si è visto, la Corte considera incidentalmente quale testimonianza della palese irrazionalità della disposizione censurata, assurgono così, in maniera ben più pregnante, al livello delle finalità che, più o meno direttamente, essa è tenuta a perseguire.

Con queste premesse, il silenzio della Corte relativamente all'impatto che l'obbligo contestato è in grado di esplicitare sulla libertà religiosa risulta ancor meno giustificabile.

5. Il valore unitario della libertà religiosa e le differenziazioni territoriali alla ricerca di un assetto più sostanziale. Conclusioni molto provvisorie

Non è certo infrequente che importanti pronunce della giurisprudenza, anche costituzionale, vengano valutate come sottoscrivibili negli esiti ma criticabili nelle motivazioni. E' in larga parte così non solo per la già ricordata sentenza n. 63 del 2016 ma anche per l'altrettanto nota ed importante sentenza n. 52, dello stesso anno⁴³.

⁴³ In questo caso, la Corte ha che ha deciso in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri (ovvero, più precisamente, della giurisdizione amministrativa) la controversia relativa al c.d. "affaire dell'UAAR" (SALVATORE BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *statochiese.it* n. 4/2014), affermando, in buona sostanza, che spetta al Consiglio dei Ministri valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire, in esito ad esse, alla definizione, su base bilaterale, di una speciale disciplina dei reciproci rapporti (ex art. 8, comma 3 della Costituzione). In particolare, della eventuale decisione di non avviare le trattative il Governo può essere chiamato a rispondere politicamente di fronte al Parlamento, ma non in sede giudiziaria. Non spettava perciò alla Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, affermare la sindacabilità di tale decisione ad opera dei giudici comuni (nel caso di specie, si tratta della richiesta di venire ammessa alla stipula dell'Intesa formulata dall'Unione degli Atei Agnostici e Razionalisti (UAAR, appunto). La decisione del Governo di non ammettere l'Unione, era stata impugnata innanzi al giudice amministrativo, che tuttavia aveva dichiarato il ricorso inam-

La più recente sentenza n. 67/2017 si colloca in questo alveo.

Certamente, nell'immediato, questa decisione potrebbe suonare per le amministrazioni regionali quale inequivoco ostacolo alla predisposizione ed alla attuazione di politiche di pianificazione urbanistica che nascondano nei fatti intenti ingiustificatamente discriminatori.

Tuttavia, a fronte delle motivazioni che lo assistono, il monito della Corte è forse ben meno fermo ed esteso di quanto ci si potrebbe aspettare.

Sotto questo profilo e considerando che il carattere tutto sommato scontato del risultato cui è pervenuta, la decisione lascia almeno in parte delusi.

Invero, alla luce di quanto osservato, si può essere autorizzati a ritenere che il percorso argomentativo seguito dalla Corte nella circostanza avvalori l'impressione di una considerazione minimalista (se non proprio della mancata percezione) del carattere diffuso e pervasivo delle istanze di tutela che si rifanno alla libertà religiosa ed in essa trovano la loro giustificazione più profonda e costituzionalmente fondata ed in questo senso non sia del tutto in linea con le aspettative della dottrina più sensibile ed avveduta.

Si è visto infatti come l'approccio eccessivamente formalistico ed inarticolato al tema del titolo competenziale della legge regionale e della specifica disposizione censurata così come, più radicalmente, delle finalità che, attraverso di esse, la Regione ha inteso perseguire mal si presta, prospettivamente, ad una effettiva valorizzazione della densità contenutistica e della conseguente pervasività della libertà religiosa ovvero della varietà e della molteplicità delle sue forme di esercizio.

A risultarne frustrata è in particolare la legittima pretesa di queste istanze a conformare sin da principio (ovverosia sin dal momento della predisposizione legislativa delle metodologie di rilevazione degli interessi implicati e degli strumenti di attuazione) le finalità urbanistiche perseguite attraverso la legge (sia essa, statale o regionale) ed in sua attuazione/applicazione.

missibile per difetto assoluto di giurisdizione, in considerazione della natura politica del diniego impugnato. Di contro, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6083 del 2011, aveva affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo diversamente che la scelta relativa all'avvio delle trattative presentasse i tratti tipici della discrezionalità valutativa come ponderazione di interessi. Di qui il ricorso governativo alle Sezioni Unite di Cassazione, che respingevano il ricorso, affermando che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale, e l'ultimativo ricorso alla Corte costituzionale, per conflitto di attribuzioni rispetto al potere giudiziario, deciso nel senso già indicato. I contributi al riguardo sono molteplici e provenienti da diversi ambiti disciplinari. Tra i più recenti, anche in funzione riepilogativa, si vedano MARCO PARISI (a cura di), *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A proposito della sentenza n. 52/2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; MARCELLO TOSCANO, *Una nuova "politica ecclesiastica" della Corte costituzionale, tra rigore teorico e conservatorismo pratico? Le prime reazioni della dottrina alla sentenza n. 52/2016*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2016, p. 751 s.

Peraltro, anche se, nel caso in questione, questa impostazione metodologica non ha determinato effetti pregiudizievoli sull'esito della decisione, non è da escludere con certezza che, in un futuro non così lontano, ci si possa trovare dinanzi ad una questione analoga ma risolta in maniera ben più discutibile.

Se non altro, è pensabile (anzi auspicabile) che la Corte ritenga, se messa nuovamente in condizione⁴⁴, di entrare nel merito del confronto tra i diritti e gli interessi coinvolti da un più circostanziato obbligo di uso della lingua negli edifici di culto e di conseguenza a delineare ragioni e limiti dei rispettivi arretramenti.

È invero di tutta evidenza la portata prospettica e condizionante della questione di fondo implicata dalla decisione, che sotto questo profilo va ben oltre lo specifico tema dell'obbligo di lingua.

In particolare, a fronte della rinnovata tensione tra autonomia regionale e principio della Repubblica «*una ed indivisibile*», e degli sviluppi ben più ampi ed imprevedibili che essa sembra promettere (o, a seconda dei punti di vista, minacciare⁴⁵), la valorizzazione della connotazione trasversale delle competenze statali in tema di rapporti con le confessioni religiose e tutela dei diritti fondamentali necessita di basi interpretative e congegni applicativi più certi ed affidabili di quello della mera perimetrazione materiale dei rispettivi ambiti competenziali.

Se quindi si considera la crescente importanza – anche costruttiva – che assume, nei fatti ed in ragione dell'inerzia del legislatore⁴⁶, il diritto giurisprudenziale⁴⁷, incertezze ed omissioni come quelle restituiteci da questa

⁴⁴ Invero, i segnali sono tutt'altro che incoraggianti: cfr., con riferimento all'analoga legge ligure, FRANCESCA OLIOSI, *Libertà cit.*, p. 12.

⁴⁵ Valga rammentare, solo incidentalmente ed a prescindere dal loro effettivo significato tecnico-giuridico, i recenti referendum consultivi delle Regioni Veneto e Lombardia, da intendersi – almeno così parrebbe – quali passaggi iniziali di un percorso inteso a dotare le stesse Regioni di più estese quote di autonomia, in attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. Peraltro, come sembra avvertire ANDREA MORRONE, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all'italiana*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017 (25 ottobre 2017), le questioni poste dai due referendum non sono del tutto sovrapponibili e comunque meritano di non venire sottovalutate, per non incorrere nell'errore in cui è forse incorsa la stessa Corte costituzionale.

⁴⁶ Anche con specifico riguardo al tema dell'edilizia di culto, non manca chi sottolinea l'impatto positivo di una possibile legge generale sulla libertà religiosa: NATASCIA MARCHEI, *Le nuove cit.*, p. 1.

⁴⁷ Sulle dinamiche di questo rinnovato ruolo, che rende in certo modo più prossimi i sistemi di *civil law* a quelli di *common law*, e sulla sua portata sullo specifico della materia ecclesiasticistica mi permetto di rinviare a GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, e, con più specifico riferimento al contesto europeo, a ID., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017.

pronuncia della Corte costituzionale non vanno sottovalutate.

Proprio in ragione di questa importanza, ed al di là degli esiti delle singole vicende, è allora lecito attendersi dalla giurisprudenza, anzitutto costituzionale, un più sicuro e convincente contributo alla (ri)costruzione ed alla messa a punto di principi e regole che coniughino, su di un piano di maggiore concretezza e con maggiore persuasività, la varietà delle situazioni di fatto e la fluidità del contesto, anche istituzionale, nel quale maturano le scelte discrezionali del potere politico con il carattere impreteribile delle istanze – prima fra tutte quelle di libertà religiosa – che si rifanno alla centralità della persona umana ed in quanto tali conferiscono sostanza (non solo) giuridica al principio della unità ordinamentale⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. SARA DOMIANELLO, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del "diritto giurisprudenziale"*, in *statoechiase.it*, marzo 2011.

Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo: l'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

CARMELA ELEFANTE

1. La versione lavoristica della questione del velo islamico ed il principio di non discriminazione a motivo della religione

Le vicende legate al porto del velo e, più in generale, di simboli religiosi sul corpo, rientrano senza dubbio tra le questioni di maggiore impatto mediatico in cui si apprezzano il carattere diffuso delle istanze di tutela religiosamente motivate¹ e le difficoltà di regolamentazione giuridica della moderna società globale² multireligiosa e multiculturale³ e se ne saggia la portata non solo teorica ma soprattutto pratica⁴.

¹ Si discorre al riguardo non più solo di “diritto ecclesiastico civile vivente” ma altresì di “religiosità del diritto civile positivo”: ANTONIO FUCCILLO, *Esperienza giuridica e multireligiosità interculturale*, in *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, a cura di ANTONIO FUCCILLO e ROBERTO SANTORO, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1 ss..

² RAFFAELE BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Torino, Giappichelli, 2002.

³ Ci si limita a richiamare i contributi che compaiono nel volume a cura di ANTONIO FUCCILLO, *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, nonché per la sottolineatura dello specifico ruolo degli ecclesiastici, più recentemente, PIERLUIGI CONSORTI, *Libertà religiosa e convivenza interculturale: il ruolo degli ecclesiastici*, disponibile nella sola versione online del volume *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di ERMINIA CAMASSA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, accessibile al link <https://iris.unin.it/handle/11572/144747?mode=simple.176#V1VBwPmLTcs>, Id., *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013; ANTONIO FUCCILLO, *Superare la sola eguaglianza formale: verso la libertà religiosa delle opportunità*, in Id. (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 57 ss.; MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012; Si vedano poi i contributi confluiti nel focus tematico dedicato al tema *Vivere la transizione. La fine del monopolio delle scienze ecclesiasticistiche e la difficoltà di gestire le nuove dimensioni del fenomeno religioso*, in www.statoecbiese.it, 7 /2017.

⁴ Sullo stretto collegamento sussistente tra queste due dimensioni, SARA DOMIANELLO, *L'utilità pratica del "diritto ecclesiastico civile" come scienza*, in *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di GIOVANNI BATTISTA VARNIER, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 287 ss.

Il tema è effettivamente complesso ed è di conseguenza suscettibile di venire riguardato da diverse chiavi di lettura⁵. A ciò si aggiunga che le soluzioni, legislative e giurisprudenziali, che sono prospettate al riguardo variano in maniera significativa a seconda degli ordinamenti considerati⁶ e degli specifici contesti sociali⁷ nei quali le questioni che ad esso si riconnettono di volta in volta si pongono⁸.

Sullo sfondo di queste difficoltà v'è poi il condizionamento che deriva

⁵ Cfr., per un primo quadro complessivo, ANTONIO FUCCELLO, *Le osservanze religiose tra diritti confessionali e ordinamento statale*, in *Diritto religioni future. Il fattore religioso* cit., pp. 132 ss.; ANGELO LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 89 ss.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *I simboli religiosi*, in ID. (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2012; SILVIO FERRARI, *Il «burqua» e la sfera pubblica in Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2012, pp. 3 ss; NICOLA COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, *www.statoechniese.it* 1, 2014; GIOVANNI CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione della libertà religiosa*, in *www.statoechniese.it*, dicembre 2010; GIUSEPPE D'ANGELO, *Il porto del velo al vaglio del Consiglio di Stato: da una differenziazione territoriale ad una differenziazione settoriale nell'adeguamento al diritto di libertà religiosa delle norme in tema di pubblica sicurezza?*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2008; ADORACION CASTRO JOVER, *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*, Madrid, Universidad Complutense Facultad de Derecho, 2005; EDOARDO DIENI, ALESSANDRO FERRARI, VINCENZO PACILLO, *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, il Mulino, Bologna, 2005; SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Libertà di abbigliamento e velo islamico*, Silvio Ferrari, (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, il Mulino, 2000.

⁶ Sottolinea che «Il contatto ravvicinato con l'Islam alimenta dal suo canto la "paura dell'Altro", più che la curiosità per il diverso da noi e stimola risposte differenti nei vari Paesi, ognuna delle quali fa appello alle tradizioni culturali nazionali (l'assimilazionismo francese, l'integrazionismo dell'antico impero britannico e quindi del melting pot statunitense, la "pilastrizzazione" delle aree centroeuropee, il "non modello" tedesco di "istituzionalizzazione della precarietà", com'è stata definita), senza che nessuna soluzione si riveli ad oggi decisiva e appagante», SALVATORE PRISCO, *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in *www.statoechniese.it*, gennaio 2011, pp. 11-12, secondo cui «La laicità raggiunta nella nostra parte del mondo è dunque messa a dura prova, a partire dall'atteggiamento verso i segni simbolici e gli abbigliamenti che caratterizzano le persone - dal crocifisso alla menorah e alla torah, dal velo islamico di varia foggia alla kippah - (...). Le articolazioni concettuali e le ricadute pratiche tipiche della nozione tutta occidentale della laicità sono del resto non facili e rivelano la persistenza di evidenti linee di tensione e di frattura».

⁷ Si vedano, ad esempio, DANIELE FERRARI *I sindaci francesi contro il "burkini": la laicità a ferragosto? A prima lettura di alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali*, *www.statoechniese.it*, n. 31, 2016; GIOVANNI CAVAGGION, *Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale*, *www.statoechniese.it*, n. 28, 2016; NICOLA FIORITA, *Non solo per gioco: la religione nell'ordinamento sportivo*, in *www.statoechniese.it*, 32, 2015; MARIA CRISTINA IVALDI, *Discriminazione e propaganda religiosa nel diritto calcistico*, in *www.statoechniese.it*, 4, 2015.

⁸ Nel contesto europeo, riveste un particolare interesse l'approccio francese, che, puntualmente sostenuto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è strettamente correlato alla peculiare concezione francese della laicità. In argomento, MARIA D'ARIENZO, *The Meaning of 'Religion' in the French Cour de cassation Jurisprudence*, in AA. VV., *The meaning of 'Religion' in Multicultural Societies Law*, *www.statoechniese.it*, n. 39/2017; EAD., *La religione della laicità nella Costituzione francese*, in *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, a cura di PAOLO BECCHI, VINCENZO PACILLO, Eupress, Lugano, 2013; EAD., *La laicità francese: "aperta", "positiva", o "impositiva"?*, in *www.statoechniese.it*, dicembre 2011.

dall'impatto di emergenze e crisi più generali (anzitutto quelle che si riportano alla riduzione delle risorse economico-finanziarie ed al bisogno di sicurezza ed ordine pubblico⁹che sembrano impedire un approccio a queste questioni sereno ed equilibrato.

Due recenti interventi (14 marzo 2017) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno (ri)portato all'attenzione del dibattito una versione particolare del tema, in cui il diritto ad indossare il velo islamico è invocato nel contesto occupazionale e dei rapporti di lavoro privati e trova diretta collocazione nell'alveo del principio di non discriminazione a motivo della religione.

2. *Il contesto normativo europeo. In particolare, la direttiva CE n. 78 del 2000*

E' in effetti noto che un impulso decisivo alla valorizzazione del principio di non discriminazione (anche) nel settore occupazionale e dei rapporti di lavoro proviene proprio dal diritto dell'Unione Europea. Ad esso vanno in particolare ricondotte una serie di norme che, lette unitariamente, inducono la dottrina a discorrere di un diritto antidiscriminatorio di «seconda generazione»¹⁰.

Sono le direttive del Consiglio del 29 giugno 2000 (2000/43/CE)¹¹e del 27 novembre 2000 (2000/78/CE) ad assumere un più significativo interesse ecclesiasticistico. Delle due, l'ultima è più specificamente dedicata alla materia della occupazione e delle condizioni di lavoro¹² ed è quindi assunta ad oggetto delle pronunce pregiudiziali ora in esame.

⁹ Si vedano i volumi curati da PIERLUIGI CONSORTI, FRANCESCO DAL CANTO e SAULLE PANIZZA, *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, Pisa University Press, 2016 e *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempi di crisi*, Pisa, Pisa University Press, 2016.

¹⁰ E cioè, più specificamente, di quello che è stato definito come una sorta di diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione": ANGELO LICASTRO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, in *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di ERMINIA CAMASSA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 83, ove si precisa che la definizione è intesa a contraddistinguere le ultime direttive del Consiglio europee «dai precedenti provvedimenti comunitari, limitati all'ambito della parità di trattamento fra donne e uomini in materia di lavoro».

¹¹ La direttiva n. 43 attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica mentre la direttiva n. 78 stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

¹² Art. 1 della direttiva CE n. 78/2000: «La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

Per quanto qui interessa, la direttiva n. 78, al suo art. 2, prevede, vietandole, due differenti forme di discriminazione a motivo (anche) di religione.

Il par. 2, lett. a) definisce e vieta la discriminazione diretta. Questa ricorre allorquando «*sulla base dei motivi di cui all'art. 1¹³, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga*».

La successiva lett. b) definisce e vieta la discriminazione indiretta, che diversamente ricorre allorquando «*una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una particolare religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone*».

Le due fattispecie paiono accomunate dalla volontà di ampliare lo spettro dei comportamenti discriminatori vietati, in particolare attraverso la svalutazione dell'elemento intenzionale¹⁴ e dall'assunzione di una medesima interpretazione del concetto di discriminazione rilevante.

In effetti, a venire vietata in entrambi i casi non è la differenziazione in sé considerata ma l'effetto deteriore o meno favorevole che essa comporta o può comportare. Peraltro, si è osservato che l'idea di discriminazione assunta dalla direttiva prevede un necessario elemento comparativo, dal momento che il riferimento ad un trattamento discriminatorio meno favorevole, contenuto in entrambe le disposizioni, impone un raffronto tra situazioni analoghe¹⁵.

Con questi elementi comuni, le due ipotesi si diversificano però nettamente quanto al valore assunto dal carattere neutrale della condizione discriminante.

Nel caso della discriminazione diretta, la causa dell'effetto pregiudizievole è nella considerazione, più o meno esplicita, dell'elemento discriminante, che quindi è, appunto, fonte diretta dello svantaggio.

Diversamente, nel caso della discriminazione indiretta, l'effetto pregiudizi-

¹³ Ovvero a motivo, non solo, di religione o convinzioni personali ma altresì di handicap, età o tendenze sessuali.

¹⁴ In entrambi i casi, cioè, non rileva l'intenzione di discriminare, dal momento che la discriminazione assume un rilievo oggettivo e non dipende dalla volontà dell'agente. Sul punto, DAVIDE STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto: un'indagine comparata per un modello 'europeo' dell'antidiscriminazione*, Padova, Cedam, 2008.

¹⁵ STELLA COGLIEVINA, *I divieti di discriminazione religiosa come strumento della convivenza?*, in *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di ERMINIA CAMASSA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 101, cui si rimanda per una più ampia analisi delle disposizioni della direttiva n. 78.

zievole consegue proprio al carattere neutrale della disposizione, del criterio o della prassi “incriminate”, dal momento che il trattamento sfavorevole è figlio della mancata valorizzazione, ivi, delle caratteristiche differenziali di certi soggetti rispetto alla generalità dei destinatari della stessa disposizione, criterio o prassi.

Peraltro, tanto nel caso della discriminazione diretta che in quello della discriminazione indiretta, sono previste cause, per così dire, di esenzione o giustificazione ovvero ipotesi che, nonostante l'effetto pregiudizievole prodotto, consentono di escludere il ricorrere del divieto stabilito dalla direttiva.

In particolare, la stessa direttiva prevede la possibilità (lasciata alle determinazioni dei singoli Stati membri cui incombe l'adeguamento) che non si ricada nel divieto di discriminazione diretta «*laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*» (art. 4, par. 1). Analogamente, non si ricade nel divieto di discriminazione indiretta se la disposizione, il criterio o la prassi pregiudizievole sono «*oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*» (così lo stesso art. 2, par. 2, lett. b).

3. L'intervento della Corte di Giustizia UE: varietà delle fattispecie e delle questioni di diritto implicate

L'attuazione e lo sviluppo delle direttive in tema di discriminazione da parte degli Stati membri sconta resistenze e difficoltà che gli studi dedicati non hanno mancato di sottolineare¹⁶. Ne sono testimonianza proprio i rinvii pregiudiziali posti rispettivamente dalla Corte di Cassazione belga¹⁷ e della Corte di Cassazione francese¹⁸, sui quali la Corte Europea di Giustizia è intervenuta di recente.

In termini generali, entrambe le domande di intervento della Corte di Giustizia hanno riguardo alla compatibilità rispetto alla direttiva n. 78 del divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro. Tuttavia, le fattispecie implicate, le disposizioni della direttiva invocate e le conseguenti questioni inter-

¹⁶ STELLA COGLIEVINA, *Diritto antidiscriminatorio e religione. Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Libellula edizioni, Tricase, 2013.

¹⁷ C-157/15 *Achbita v. G4S Secure Solutions NV*.

¹⁸ C-188/15 *Asma Bougnaoui, ADDH v. Micropole SA*.

pretative sulle quali si chiede l'intervento dei giudici europei sono almeno parzialmente diverse¹⁹.

4. *In particolare, il caso Achbita*

Il rinvio della Cassazione belga (caso *Achbita*) ha riguardo alla controversia sorta tra una donna e un datore di lavoro privato, in relazione al divieto di indossare sul posto di lavoro segni visibili delle proprie convinzioni politiche, filosofiche o religiose e di compiere qualsiasi rituale che derivi da tali convinzioni posto dallo stesso datore di lavoro a tutti i propri dipendenti.

In particolare, accade che una donna, assunta come receptionist a tempo indeterminato per una impresa privata fornitrice di servizi di ricevimento e accoglienza a clienti sia del settore pubblico sia del settore privato, comunichi all'impresa di voler indossare il velo durante l'orario di lavoro, così contravvenendo ad una regola non scritta in virtù della quale i dipendenti dell'azienda non potevano indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

Tornata al lavoro a seguito di un periodo di assenza per malattia, la donna ribadisce la propria volontà di indossare il velo islamico sul posto di lavoro. Il comitato aziendale dell'impresa provvede quindi ad approvare una modifica del regolamento interno, in forza della quale ai dipendenti viene fatto divieto di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni

¹⁹ Sui casi esaminati dalla Corte di Lussemburgo, prima della decisione e quindi con particolare riferimento alle conclusioni dell'Avvocato generale, ANGELO LICASTRO, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell'impresa*, *www.statoechiese.it*, 27, 2015; ID., *Il dubbio di una "velata" discriminazione: il diritto di indossare l'hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resti dall'Avvocato generale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *www.statoechiese.it*, 29/2016; MARCO PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2016, p. 827 e ss.; ROBERTO COSIO, *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà d'impresa*, in *www.europeanrights.eu*. Successivamente, NICOLA COLAIANNI, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni alla sentenza della Corte di giustizia sul divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro*, *www.statoechiese.it*, n. 11, 2017; VALERIA NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 3, 2017, p. 436 ss.; ELISA OLIVITO, *La Corte di Giustizia non si "svela": discriminazioni indirette e neutralità religiosa nei luoghi di lavoro. Il cliente (non) ha sempre ragione*, in *www.diritticomparati.it*, aprile 2017; LAURA SALVADEGO, *Il divieto per i dipendenti di imprese private di esibire simboli religiosi all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2017, p.816; ALESSIA VALENTINO, *Il velo islamico di nuovo all'attenzione delle Corti europee tra rispetto della scelta della società e esigenze di neutralità delle aziende private (Nota a sentenza di Belcamenti e Oussar c. Belgio della Corte di Strasburgo e dei casi C-157/15 e C-188/15 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea)*, in *www.osservatorioaic.it*, novembre 2017.

politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi connesso rituale.

Perdurando la volontà di indossare, in quanto musulmana, il velo islamico sul luogo di lavoro, la donna viene licenziata, ricevendo l'indennità pari a tre mensilità di stipendio ed i vantaggi acquisiti in forza del suo contratto di lavoro.

A seguito del rigetto del ricorso proposto avverso il licenziamento innanzi al Tribunale del lavoro competente e dell'esito sfavorevole del successivo appello²⁰, la questione giunge alla Corte di Cassazione, che si determina per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Il rinvio verte specificamente sulla interpretazione della disposizione dell'art. 2, lett.a) della direttiva n. 78.

I giudici europei sono cioè richiesti di chiarire se il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata, che vieta in via generale di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, costituisca una ipotesi di discriminazione diretta vietata da tale direttiva.

Come consentito dalla propria giurisprudenza consolidata²¹, la risposta della Corte europea si traduce in un ampliamento dei termini della questione posta dalla Corte belga.

Dopo avere escluso che, nel caso, ricorra una ipotesi di discriminazione diretta²², i giudici europei chiariscono infatti che la norma del regolamento aziendale evocata nel caso di specie può diversamente dare vita ad una ipotesi di discriminazione indiretta, qualora il giudice del rinvio – cui questa verifica compete – riscontri il ricorrere delle condizioni specificamente

²⁰ In particolare la Corte d'Appello di Anversa (Arbeidshof) non rilevava alcuna discriminazione nei confronti della ricorrente proprio in virtù della circostanza per cui il regolamento aziendale prevedeva un divieto generalizzato, rivolto indistintamente a tutti i dipendenti, di utilizzare segni visibili di ogni convinzione filosofica, politica o religiosa.

²¹ Per essa, «la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni. A tale proposito, spetta alla Corte trarre da tutti gli elementi forniti dal giudice nazionale e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi del diritto dell'Unione che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia» (p. 33 della decisione).

²² La Corte di Giustizia esclude ogni disparità di trattamento direttamente fondata sulla religione in base ad una duplice ordine di considerazioni. La prima rappresentata dal fatto che il regolamento aziendale vieta in termini generali l'uso di ogni simbolo diretto ad esternare indistintamente opinioni politiche, religiose o filosofiche. La seconda invece, derivante dall'applicazione indifferenziata del regolamento a tutti i dipendenti cui viene imposto in maniera indiscriminata una neutralità di abbigliamento.

previste dalla direttiva (e ribadite dalla legge belga di attuazione). Occorrerà cioè che risulti dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro previsto dalla direttiva comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia e che esso non sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Ritenuto di dover indicare al giudice del rinvio elementi utili a consentirgli di pronunciarsi sulla concreta controversia al suo esame, la Corte di Lussemburgo si sofferma quindi, distintamente, sui particolari requisiti previsti dall'art. 2, lett. b) della direttiva²³.

La Corte chiarisce anzitutto il significato, nel caso di specie, del requisito dell'esistenza di una finalità legittima. Si osserva così che deve essere considerata tale «la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa», dal momento che questa volontà va ricondotta alla libertà di impresa riconosciuta dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Ciò a maggior ragione laddove il datore di lavoro coinvolga nel perseguimento di tale obiettivo soltanto i dipendenti che si suppone entrino in contatto con i clienti del medesimo.

Il rilievo è suffragato dall'esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁴ relativamente all'art. 9 della Convenzione, laddove essa ha riconosciuto che il perseguimento di tale finalità consente, entro certi limiti, di apportare una restrizione alla libertà di religione²⁵.

L'analisi si sposta quindi sulla sanzione applicata per il mancato rispetto del divieto²⁶.

²³ *In primis* la Corte ritiene legittima la volontà aziendale di attuare una neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti della propria clientela, rientrando tale scelta nella libertà d'impresa riconosciuta dall'art. 16 della Carta dei Diritti dell'Unione Europea. Valutata la legittimità della politica aziendale la Corte passa a valutare l'adeguatezza della norma interna rispetto alla finalità legittima perseguita e considera il divieto idoneo ad assicurare la politica di neutralità dell'impresa a condizione che la stessa sia attuata in modo coerente e sistematico.

²⁴ E' il caso di ricordare che la Corte di Strasburgo mostra, al riguardo, ampia disponibilità nei confronti delle specificità nazionali, in particolare confermando la legittimità dei divieti legislativamente previsti. Cfr., per gli ultimi sviluppi della giurisprudenza convenzionale, GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il divieto di indossare il niqab del codice penale belga all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo in avanti per la formazione del "precedente" che mette a rischio il pluralismo religioso*, *www.statoebiese.it*, n. 26, 2017.

²⁵ Il riferimento è al noto caso *Eweida e altri c. Regno Unito*.

²⁶ L'indagine è diretta a verificare se il licenziamento quale sanzione del mancato adeguamento al

In particolare, quanto al carattere appropriato di una norma aziendale che impedisca di indossare sul luogo di lavoro, in modo visibile, segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, i giudici europei osservano che tale divieto è idoneo ad assicurare la finalità, legittima, di applicazione di una politica di neutralità. Ciò a condizione che tale politica sia realmente perseguita, in modo coerente e sistematico. Di qui l'invito al giudice del rinvio a verificare se l'impresa avesse stabilito già prima del licenziamento contestato una politica generale ed indifferenziata che vietava al personale in contatto con i suoi clienti di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

Proprio il fatto che il divieto si riferisca ai soli dipendenti che abbiano rapporti con i clienti sembra assumere un valore particolare. L'eventuale esito positivo della verifica condotta sul punto dal giudice nazionale dovrebbe infatti portare a riconoscere che il divieto costituisca una misura strettamente necessaria per il conseguimento della legittima finalità perseguita attraverso di esso.

In buona sostanza, al giudice del rinvio spetta, alla luce di tutti gli elementi del fascicolo, tenere conto degli interessi in gioco e limitare allo stretto necessario le limitazioni delle libertà in questione. In particolare, spetta verificare se alla società datrice di lavoro, tenendo conto dei vincoli inerenti all'impresa, e senza che dovesse sostenere un onere aggiuntivo, sarebbe stato possibile, a fronte del rifiuto di adeguarsi al divieto, proporre alla donna un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con i clienti invece che procedere al licenziamento.

5. Il caso Bougnauoi

Il caso da cui origina il rinvio pregiudiziale della Cassazione francese presenta alcune significative differenze rispetto a quello belga, dal momento che in questo caso la ragione del licenziamento ha un più preciso e concreto risvolto sul piano dei rapporti tra il datore di lavoro e la clientela.

Accade infatti che una donna sia convocata dall'azienda presso la quale è assunta a tempo indeterminato, come ingegnere progettista, in vista di un eventuale licenziamento, motivato dal fatto che un cliente, infastidito dalla circostanza che la lavoratrice indossasse il velo, aveva chiesto che «la prossima volta non vi fosse alcun velo».

divieto di manifestare una qualsiasi appartenenza ideologica o religiosa sia un mezzo appropriato, proporzionale e necessario per garantire l'immagine di neutralità aziendale nei confronti della clientela.

A fronte del dichiarato rifiuto della donna di adeguarsi alla richiesta di non indossare il velo quando fosse stata a contatto con i clienti dell'impresa, all'interno o all'esterno della stessa, in qualsiasi circostanza, l'azienda procede quindi al preannunciato licenziamento, peraltro senza preavviso e senza il riconoscimento della retribuzione per tale periodo. Tanto perché, a dire dell'azienda, nell'interesse e nello sviluppo dell'impresa, è doveroso, di fronte ai clienti, far sì che le scelte personali dei dipendenti siano espresse con discrezione.

A fronte delle doglianze della donna, che lamentava l'illegittimità del licenziamento subito, i giudici nazionali intervenuti hanno di volta in volta censurato profili non direttamente inerenti il carattere discriminatorio del licenziamento, ritenendo piuttosto che l'azienda dovesse essere condannata al pagamento di un'indennità di preavviso per non aver indicato nella lettera di licenziamento la gravità della colpa contestata.

Per quanto più specificamente riguarda la restrizione della libertà della dipendente licenziata, i giudici di merito nazionali non hanno ritenuto che il licenziamento integrasse una restrizione vietata, dal momento che, in buona sostanza, la restrizione alla libertà della donna di indossare il velo era giustificata dal fatto che la donna stessa fosse a contatto con i clienti della società ed era proporzionata all'obiettivo aziendale di preservazione della propria immagine e di rispetto delle convinzioni personali dei suoi clienti. In questo senso, i giudici della Corte di appello parigina avevano in particolare evidenziato che la donna poteva comunque continuare ad esprimere le proprie convinzioni all'interno dell'impresa e che il licenziamento era giustificato da una restrizione legittima derivante dagli interessi dell'impresa stessa, mentre l'esercizio, da parte della dipendente, della libertà di manifestare le sue convinzioni religiose fuoriusciva dall'ambito aziendale e s'imponeva ai clienti dell'impresa senza tenere conto della loro sensibilità, il che violava i diritti dei terzi.

A questo punto, emerge la vera questione nodale della controversia, consistente nell'effettiva rilevanza che il porto del velo da parte della dipendente riveste nell'ambito della prestazione lavorativa e, in conseguenza, del servizio offerto ai clienti.

I dubbi della Cassazione francese, frattanto investita della vicenda, si appuntano proprio sulla possibilità di considerare il rispetto del divieto aziendale quale requisito della prestazione lavorativa, in maniera tale da escludere il carattere discriminatorio del divieto stesso, secondo quanto previsto dall'art. 4, paragrafo 1, della direttiva n. 78 (nonché dalla corrispondente disposizione del codice del lavoro francese).

Come si è visto, la disposizione consente infatti agli Stati membri di pre-

vedere che non si ricada nel divieto di discriminazione diretta se la caratteristica religiosa costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

In effetti, secondo la ricorrente, da un lato indossare il velo islamico non pregiudica di per sé i diritti o le convinzioni di terzi, dall'altro, il disagio o la sensibilità della clientela di una società commerciale (peraltro non provati), non sono idonei a giustificare la prevalenza degli interessi economici o commerciali del datore di lavoro sulla libertà fondamentale di religione di un lavoratore dipendente.

Alla Corte di giustizia viene quindi chiesto di chiarire se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di detto datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossi il velo islamico costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di tale disposizione.

La risposta dei giudici europei è negativa. Essa giunge all'esito di un percorso argomentativo nel quale vengono preliminarmente definiti i possibili profili di rilevanza discriminatoria del licenziamento contestato.

La Corte di Lussemburgo considera infatti che il licenziamento contestato potrebbe basarsi sul mancato rispetto di una norma aziendale interna che preveda il divieto di esibire qualunque segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

In questo caso, si tratterebbe di una norma neutra che comporta di fatto un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia e che per questo rientrerebbe nel divieto sancito dalla lettera b) dell'art. 2 della direttiva n. 78. Si verterebbe quindi in una ipotesi di discriminazione indiretta, che sarebbe giustificata solo in presenza di un obiettivo legittimo, quale l'attuazione di una politica di neutralità nei confronti della clientela e sempre che i mezzi impiegati per il raggiungimento di tale obiettivo fossero appropriati e necessari.

Nel caso in cui non fosse dato rinvenire l'esistenza di una norma interna che ponga questo divieto e legittimi il conseguente licenziamento, occorrerebbe prendere atto che il divieto stesso concreta una ipotesi di discriminazione diretta, prevista dalla lettera a) dello stesso art. 2 e giustificata unicamente in presenza delle condizioni stabilite dal successivo art. 4, comma 1.

Ricordato che stabilire se una differenza di trattamento fondata su una caratteristica correlata ad uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1 della stessa direttiva non costituisca discriminazione spetta ai singoli Stati membri, i giudici europei osservano che l'articolo L.1133-1 del codice del lavoro

francese sembra effettivamente muoversi in questa direzione ma rilevano al contempo come la verifica di questa circostanza spetti al giudice nazionale.

La Corte passa quindi ad analizzare più nel dettaglio il quesito posto dalla Cassazione francese, rilevando anzitutto che non è il motivo su cui è basata la differenza di trattamento a costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ma una caratteristica ad esso legata.

Si richiama quindi il considerando 23 della direttiva n. 78 per evidenziare che è solo in casi strettamente limitati che una caratteristica collegata, in particolare, alla religione può costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa. In più, stante il tenore letterale della disposizione europea, la caratteristica in questione può costituire un requisito del genere unicamente «per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata».

Queste precisazioni sono evidentemente decisive, dal momento che esse ribadiscono il carattere oggettivo del requisito, che deve essere dettato esclusivamente dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa viene espletata, e di conseguenza escludono la rilevanza di considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tenere conto dei desideri particolari del cliente.

Nello specifico, «l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva n. 78 deve quindi essere interpretato nel senso che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da un dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione».

6. *Il tema di fondo del potenziale conflitto tra libertà religiosa e libertà di impresa*

Particolarmente per gli studiosi della regolamentazione giuridica del fatto religioso, queste pronunce rivestono una importanza che va al di là delle particolari questioni di diritto antidiscriminatorio che sono poste in maniera esplicita all'attenzione della Corte.

Lo testimonia quanto si è evidenziato in dottrina all'indomani del rinvio operato dai giudici nazionali²⁷ (nonché, similmente, del parere reso alla

²⁷ ANGELO LICASTRO, *Quando è l'abito cit.*, 3 ss..

Corte dall'Avvocato generale²⁸) laddove, da un lato, si è evidenziato che le decisioni della Corte assumono carattere vincolante non solo per il giudice del rinvio ma (atteso il principio di interpretazione uniforme del diritto dell'Unione) per tutti gli Stati membri e, dall'altro, si è segnalato che a venire implicati dalle vicende sulle quali la Corte stessa è stata chiamata ad intervenire sono in realtà principi e regole del diritto dell'Unione ulteriori e di più ampia portata rispetto a quelli immediatamente esplicitati nella direttiva n. 78²⁹.

In effetti, si può agevolmente riconoscere che al fondo delle pronunce della Corte v'è il problema del possibile conflitto tra libertà di coscienza e di religione e libertà di impresa, entrambe oggetto di esplicita tutela da parte della Carta dei diritti di Nizza/Strasburgo (ovvero, rispettivamente, dei suoi artt. 10 e 16).

Tanto premesso, occorre però riconoscere che, nel complesso, l'impostazione seguita dalla Corte lascia intravedere un esito in linea di principio non particolarmente favorevole alle istanze di libertà religiosa del prestatore di lavoro, dal momento che essa sembra anzi suffragare l'idea di una possibile prevalenza riconosciuta agli interessi imprenditoriali.

Spinge in questa direzione soprattutto il rilievo assegnato alla volontà aziendale di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa.

Nell'argomentazione dei giudici europei, infatti, questa volontà viene assunta a ragione giustificatrice del divieto aziendale di indossare simboli di appartenenza religiosa e finisce, in definitiva, con l'essere ritenuta idonea a soddisfare l'esigenza di equilibrio tra gli interessi imprenditoriali e gli inte-

²⁸ ANGELO LICASTRO, *Il dubbio* cit., pp. 2 ss., laddove in particolare si evidenzia che «in fattispecie come quelle in esame, insieme con le regole del diritto antidiscriminatorio europeo (dettate in attuazione dei principi generali di uguaglianza e non discriminazione), rilevano le garanzie previste per alcune libertà fondamentali legate alla sfera religiosa (in particolare, la facoltà di manifestare le proprie convinzioni fideistiche), sia a livello primario dell'Unione (per maggiore precisione nella Carta di Nizza/Strasburgo), sia a livello di ordinamenti dei Paesi membri (Costituzioni comprese). Le prime, da assumere come vincolanti esclusivamente *nell'attuazione del diritto dell'Unione* (come previsto dall'art. 51, par. 1, della Carta); le seconde, espressione della *pluralità dei possibili approcci* alle forme di governo dell'esperienza religiosa e, in quanto tali parte integrante fondamentale e caratterizzante dei diversi modelli nazionali di disciplina del fenomeno religioso, le cui specificità l'Unione stessa ha inteso mantenere e salvaguardare (Art. 17 TFUE; art. 22 Carta dei diritti fondamentali UE; art. 4, par. 2, TFUE)».

²⁹ Analoga considerazione viene riprodotta con riferimento alla altrettanto recente decisione della Corte di Giustizia relativa all'esenzione spagnola dal pagamento di imposta municipale per la costruzione di immobili a vantaggio di Congregazione religiosa della Chiesa cattolica: ANGELO LICASTRO e ANTONIO RUGGERI, *Diritto concordatario versus diritto eurounitario: a chi spetta la primauté? (a margine della pronuncia della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, C-74/16, in tema di agevolazioni fiscali per le "attività economiche" della Chiesa)*, in *www.statoechiese.it*, 26/2017.

ressi del lavoratore richiesta al datore di lavoro.

Certo, al fine di escludere che il divieto integri una forma di discriminazione vietata occorre comunque verificare (ad opera del giudice del rinvio) che la misura del divieto sia appropriata e necessaria.

E' però anche vero che la Corte mostra di non considerare che, alla prova dei fatti, proprio la politica di neutralità perseguita dall'azienda può risultare sintomatica di una discriminazione indiretta³⁰. In questo senso, meritano particolare attenzione i rilievi di quanti segnalano che «se si ritiene incluso nella libertà dell'impresa, garantita dalla Carta di Nizza come si preoccupa di ricordare la Corte, anche il potere di determinare unilateralmente norme interne così invasive dell'altrui personalità, il lavoratore è spacciato nel suo diritto»³¹.

Peraltro, l'impressione di una incompiuta considerazione delle istanze di tutela della libertà religiosa della lavoratrice trova conforto in ulteriori indicatori è peraltro rafforzata dalla circostanza per cui la Corte evita di ricorrere alla prospettiva di un accomodamento ragionevole³², anche se va tenuto conto del fatto che è lo stesso dato normativo a non esigere espressamente, nel caso, questa possibilità (ciò che invece accade nel caso delle discriminazioni che si determinano in ragione delle disabilità).

7. I richiami alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo del giudice nazionale

Peraltro, una più compiuta valutazione delle pronunce della Corte di Lussemburgo non può omettere di considerarne due ulteriori profili, distinti ma

³⁰ Cfr. ELISA OLIVITO, *La Corte* cit., secondo cui è così «soprattutto nell'ipotesi in cui tale politica sia accampata dall'azienda sulla base di alquanto elusive "regole non scritte" ovvero quando l'occasione per una "indiscriminata" applicazione delle relative norme interne sia offerta dalla volontà di una lavoratrice di indossare il velo islamico».

³¹ «La norma potrà anche essere formalmente uguale per tutti ma in concreto porrà un divieto solo a determinati lavoratori. Si perpetua, cioè, lo schema che denunciava due secoli fa Portalis, per cui tutti sono liberi di dormire sotto i ponti della Senna ma in realtà lo fanno solo i vagabondi di Parigi. La discriminazione indiretta è nei fatti e nient'affatto bilanciata o giustificata dai distinguo formalistici della Corte, che così finisce ancora una volta per considerare le persone *uti mercatores* e non *uti cives*». Invero, «Portare lo hijab, che è un semplice foulard e non il burka o il niqab, è diritto fondamentale da non comprimere salvo che danneggi in maniera irreparabile l'immagine, l'economia o la politica dell'impresa: anche perché – riprendendo la distinzione di Roland Barthes tra "costume" e "abbigliamento" – da "costume", espressivo di un sistema di regole e convenzioni intrinsecamente segregante, lo hijab sta diventando sempre più un "abbigliamento": vale a dire, un modo *personale* d'interpretare il costume, adeguandone il significato ai propri bisogni e facendone anche uno strumento di liberazione»: NICOLA COLAIANNI, *Il velo* cit., p. 5.

³² Cfr. STELLA COGLIEVINA, *I divieti* cit., pp. 107-108.

strettamente connessi, ovvero, da un lato, il ricorso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed alla giurisprudenza della relativa Corte e, dall'altro, il ruolo di traduzione dei principi espressi in quelle pronunce sul piano della concreta fattispecie di giudizio di cui è investito il giudice nazionale.

In effetti, in entrambe le pronunce i giudici del Lussemburgo hanno necessità di fare ricorso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre che, naturalmente, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il cui art. 10 – si rileva – ha significato e portata identici a quello del corrispondente art. 9 della Convenzione stessa) per esplicitare il riferimento alla nozione di religione di cui all'articolo 1 della direttiva n. 78.

Ne consegue in particolare che, anche ai fini della direttiva, la nozione di religione include la libertà delle persone di manifestare la propria religione e comprende tanto il *forum internum*, ovverosia il fatto di avere convinzioni personali, che il *forum externum*, ovverosia la manifestazione in pubblico della fede religiosa³³.

In più, esplicitamente nella pronuncia sul rinvio belga, il richiamo alla Convenzione ovvero alla giurisprudenza della Corte EDU è inteso a rafforzare l'interpretazione secondo la quale il perseguimento della finalità aziendale di neutralità politica, filosofica o religiosa consente, entro certi limiti, di apportare una restrizione alla libertà di religione³⁴.

Vanno poi ricavati (anche) dalla giurisprudenza della Corte EDU i criteri oggettivi attraverso cui procedere nella valutazione dei requisiti di appropriatezza e necessità (ovvero proporzionalità) dei mezzi con i quali il datore di lavoro intende perseguire la propria politica di neutralità.

Questa valutazione rientra tra i compiti del giudice del merito.

È un aspetto non secondario, tale da condizionare significativamente l'effettiva portata dei principi affermati dalla Corte di Giustizia, dal momento che le valutazioni del giudice del rinvio possono costituire buon viatico per consentire di adattare quei principi alle specificità nazionali³⁵, secondo un meccanismo sostanzialmente non dissimile da quello che caratterizza il sistema convenzionale (ovvero l'attuazione di principi e regole della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in ragione del c.d. margine di apprezzamento statale³⁶).

³³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza Achbita, cit., punti 25- 28; sentenza Bougnaoui, cit., punti 27- 30.

³⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza Achbita, punto 39.

³⁵ Sul ruolo dell'identità nazionale in materia religiosa nell'approccio dei giudici di Lussemburgo, MARCO VENTURA, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1999, p. 598.

³⁶ Cfr. GIUSEPPE D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico*

Come si è osservato in dottrina, questa traduzione sull'ordinamento interno dei principi eurounitari può comportare effetti significativi sulla «attuazione stessa dei "principi strutturali" del libero mercato comunitario», che possono così finire con il risultare meno stringenti³⁷.

8. *Divieto del velo e neutralità della prestazione lavorativa. La conferma del carattere oggettivo dell'effetto discriminante e della relativa causa di giustificazione nella recente giurisprudenza italiana*

Peraltro, l'esigenza di una conformazione dei divieti comunitari di discriminazione calibrata sulle specificità nazionali trova largo riconoscimento sullo stesso piano normativo.

In particolare, come si è già ricordato, la direttiva n. 78 lascia nella discrezionalità degli Stati membri la possibilità di stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a motivi, tra l'altro, di religione non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

E' a tale eventualità che fa riferimento il caso Buognaoui.

Qui, come visto, la Corte di Giustizia, riconosce che la Francia, con l'articolo L. 1133-1 del codice del lavoro, sembra avere esplicitamente previsto questa particolare ipotesi di giustificazione della differenza di trattamento basata sulla religione ma rinvia al giudice del merito per la relativa verifica.

Quindi, trattando della questione in linea di principio, esclude che la

comparato e multilivello. Volume I Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 129 ss.

³⁷ ANGELO LICASTRO, *Il dubbio*, cit. pp. 34, corsivo testuale. Ad avviso dell'A., «va ribadito che un conto è accordare ampi spazi di manovra agli Stati nell'attuazione dei vincoli derivanti dalla Convenzione di Roma (destinati al più a produrre specifiche e differenziate forme di tutela di un medesimo diritto fondamentale), un conto è accordare la medesima elasticità e flessibilità nell'attuazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione, che produrranno, oltre alle suddette diversificate forme di tutela del diritto fondamentale, anche più o meno profonde lacerazioni del principio di applicazione uniforme del diritto dell'Unione. Bisogna, allora, convenire che le esigenze sottese al principio da ultimo richiamato, per quanto reali, non sono affatto assolute e incondizionate, e sono costrette a cedere di fronte all'obiettivo – pure esso dotato di specifica garanzia normativa a livello del diritto primario dell'Unione – di «salvaguardia delle specificità espressione delle "identità nazionali" riflesse negli assetti costituzionali di diritto ecclesiastico dei diversi Paesi dell'Unione». Specificità nazionali che dovrebbero, quindi, trovare spazio nelle operazioni di bilanciamento tra interessi confliggenti, parimenti protetti, in cui anche la tutela delle libertà collegate con la sfera religiosa prende oggi sempre più spesso corpo».

volontà di un datore di lavoro di tenere conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa il velo islamico possa essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi della direttiva n. 78.

In tal modo, i giudici europei confermano il carattere strettamente oggettivo del requisito e cioè il fatto che esso ha esclusivo riguardo alla natura o al contesto in cui l'attività lavorativa viene espletata con conseguente esclusione della rilevanza di considerazioni soggettive, riferite alle motivazioni sottese al divieto ed in particolare alla volontà del datore di lavoro.

Al riguardo, va segnalato che proprio il rilievo assegnato alla connotazione oggettiva della discriminazione vietata così come dei requisiti che possono escluderla costituisce uno dei profili di maggiore interesse della disciplina europea e di novità rispetto al tradizionale approccio dei diritti nazionali.

Con queste premesse, ed affacciandoci sul versante italiano, è interessante segnalare la sentenza della Corte di Appello di Milano, n. 579/2016 del 20 maggio 2016, con la quale, riformando la decisione del primo grado, si è ritenuto che l'esclusione di una donna dalla selezione per lo svolgimento di mansioni di hostess/volantinaggio presso una fiera della calzatura a causa della sua decisione di non togliere il velo, indossato per motivi religiosi, che copre i capelli lasciando scoperto il viso, integri una discriminazione diretta in ragione dell'appartenenza religiosa³⁸.

Il giudice di prime cure aveva escluso la sussistenza della discriminazione lamentata proprio sulla base del rilievo dell'assenza di un intento discriminatorio da parte della società appellata. In particolare, ad avviso del Tribunale di Lodi, l'assenza di una volontà della società di selezione di discriminare la ricorrente in ragione della sua appartenenza all'Islam esclude il ricorrere di una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2 del d. lgs n. 216/2003. Nel contempo, neppure si rientrerebbe nella ipotesi di discriminazione indiretta, dal momento che l'esclusione della ricorrente dalla selezione non può dirsi ingiustificata ma trova fondamento nella legittima richiesta del selezionatore

³⁸ Anche la Corte di Cassazione di recente ha affermato che la discriminazione “diversamente dal motivo illecito – opera obiettivamente – ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta – ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro”. E ancora ha negato che la (obiettiva) ragione discriminatoria debba essere l'unica e determinante della scelta datoriale, giacché “la normativa nazionale ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta ... per la concorrenza di un'altra finalità, pur legittima (nella specie il dedotto motivo economico) sarebbe contraria alla direttiva” che esclude cause di giustificazione di discriminazione dirette (Cass., 5 aprile 2016, n.6575, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, II,714 ss., ove è accompagnata dalle note di commento di MARIA TERESA CARINCI, DONATA GOTTARDI, ELISABETTA TARQUINI).

di presentare al cliente candidate con caratteristiche di immagine non compatibili con la richiesta di indossare un copricapo, qualunque fosse.

Di contro, ad avviso dei giudici del secondo grado, l'insussistenza in capo alla società selezionatrice di una volontà discriminatoria non assume alcuna rilevanza, atteso il carattere oggettivo che connota la discriminazione. A determinare la discriminazione vietata è infatti la disparità di trattamento oggettivamente conseguente alla condotta contestata e fondata sul fattore tutelato a prescindere dall'elemento soggettivo, di modo che la valutazione del giudice deve essere diretta ad accertare la tipologia di atto posto in essere e l'effetto che esso produce, restando del tutto estraneo al sindacato del giudice lo stato psicologico dell'autore della condotta discriminatoria.

Riscontrata la natura oggettiva della discriminazione ed ulteriormente evidenziato il suo collegamento con il fattore religioso protetto³⁹, la Corte di Appello passa a verificare l'esistenza della eventuale causa di giustificazione prevista dall'art. 4 della direttiva n. 78 e ribadita, nell'ordinamento italiano, dall'art. 3, comma 3, del D. Lgs. 216/2003.

Nel caso di specie, ciò significa verificare se il non indossare il velo sia da ritenersi quale «*requisito essenziale e determinante della prestazione*», dal momento che unicamente in tale caso si potrebbe escludere in radice che la disparità di trattamento lamentata integri un atto di discriminazione.

Tanto premesso, i giudici di appello escludono la sussistenza della causa di giustificazione invocata, avvalendosi peraltro di una interessante precisazione circa il più tenue significato assunto, nel caso di specie, dal requisito della essenzialità dell'elemento discriminante ai fini della prestazione lavorativa richiesta.

In particolare, la Corte osserva che l'obbligazione assunta dalla società di selezione appellata non era quella di stipulare il contratto di lavoro e retribuire la prestazione ma quella di offrire al cliente una preselezione, lasciando in capo a quest'ultimo il compito di scelta finale della candidata da assumere. La stessa Corte rileva quindi la maggiore labilità che caratterizza l'essenzialità del requisito, dal momento che a venire in rilievo non è il requisito della prestazione ma il requisito «*che rende una candidata idonea a essere sottoposta alla scelta del committente*» (corsivo testuale)⁴⁰.

³⁹ Rileva al riguardo il fatto che si tratti di un capo di abbigliamento che connota l'appartenenza alla religione musulmana, di modo che l'esclusione dal posto di lavoro a motivo del rifiuto di non indossarlo costituisce una discriminazione posta in essere in ragione dell'appartenenza religiosa.

⁴⁰ «Si tratta dunque di un requisito di mera partecipazione a una selezione», il che – prosegue la Corte – comporta «che per poter riconoscere nella specie l'operatività di una causa di giustificazione, è necessario – quantomeno – che la richiesta del committente sia assolutamente *precisa ed inequivoca*, in modo da non lasciare dubbi sulla assoluta inutilità di far partecipare l'appellante alla selezione e

Ne deriva che al fine di riscontrare l'esistenza di una causa di giustificazione è necessario che la richiesta del committente non lasci alcun dubbio sulla assoluta inutilità di far partecipare alla selezione una candidata che indossi il velo contestato.

Così non è nel caso di specie, atteso in particolare che i documenti in atti non contengono alcuna indicazione in tal senso.

Di conseguenza, e conclusivamente, la condotta contestata integra il divieto di discriminazione. Essa ha arrecato un pregiudizio non patrimoniale all'appellante, in termini di lesione di un diritto, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso al lavoro nonostante il credo religioso.

E non è certo secondario il riconoscimento per cui la lesione «è stata significativa, attesa la violazione di un diritto primario che incide in modo rilevante sull'identità personale e sui modi di esplicazione di tale personalità».

9. Osservazioni conclusive e di prospettiva

Le pronunce di cui si è dato conto in questo contributo si inscrivono a pieno titolo tra le «prove – riuscite, fallite o ancora in corso – attraverso le quali il diritto antidiscriminatorio in materia di religione si sforza oggi lodevolmente di conciliare gli interventi diretti a promuovere il godimento del diritto d'ogni essere umano di autodeterminarsi (...) con gli interventi diretti a contrastare tutte le forme di prevaricazione dispotica in cui può degenerare ogni affermazione identitaria»⁴¹.

Esse però sono pure testimonianza di tutte le difficoltà insite nella richiesta operazione di composizione degli interessi contrastanti che sono fatti valere, nella specie, rispettivamente dal datore e dal prestatore di lavoro⁴².

sottoporre la candidatura stessa al vaglio del committente».

⁴¹ SARA DOMIANELLO, *Conclusioni. Salutari esercizi di liberalismo nel «farsi» del diritto antidiscriminatorio in materia di religione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, p. 237-238, ove si osserva, tra l'altro, che questi "esercizi" hanno "un rilievo giuridico fondamentale, perché – rispondendo al disposto dell'art. 3, comma 2, della nostra Costituzione – addestrano tutti gli operatori del diritto al «compito[...] di rimuovere gli ostacoli [...] che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» ed ancora, più oltre, che, «applicato più in particolare all'elemento della (identità in campo) di religione, il diritto antidiscriminatorio si prefigge di rendere un servizio essenziale, seppure indiretto, all'attuazione di almeno quattro principi, che in Italia risultano essere al momento costituzionalmente sanciti», dagli artt. 3, comma 1, 8, comma 1, 19 e 20.

⁴² In realtà, va anche considerato che pure gli interessi del datore di lavoro possono superare la logica economica e del mero profitto per richiamarsi alla e porsi quale esercizio della libertà religiosa (del caso, "negativa"). Significativa, al proposito, la più recente esperienza del separatismo statunitense,

In effetti, per quanto apparentemente propenso ad imprimere ai diritti nazionali una innovativa direzione di marcia, più orientata a valorizzare i diritti della persona, in un'ottica non più solo mercantile⁴³, neppure il diritto dell'Unione Europea sembra riuscire a sottrarsi del tutto a queste difficoltà.

A porre mente ad alcuni passaggi della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ed in particolare al potenziale sbilanciamento a favore delle esigenze (soprattutto economiche) dell'impresa che essa sembra evidenziare, si può anzi avere l'impressione che quell'impulso rischia, allo stato, di subire un significativo arresto.

Neppure va dimenticato che l'incidenza del diritto antidiscriminatorio va ben oltre l'ambito, implicato dalle più recenti sentenze della Corte di Lussemburgo, del rapporto di lavoro privato e, per di più, qualificato dal riferimento ad un datore di lavoro religiosamente neutro. Le ipotesi di contrasto che vengono in rilievo sono infatti ben più ampie e variegate, sia dal punto di vista soggettivo che dal punto di vista oggettivo⁴⁴.

La rilevanza e l'ampiezza del tema e la varietà delle chiavi di lettura attraverso le quali esso può venire riguardato sono comprovate dal riproporsi incessante del contenzioso che impegna gli organi di giustizia sovranazionali e quindi, come si è già ricordato, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo. E' recentissima infatti la sentenza di quest'ultima riguardante l'utilizzo dei simboli religiosi nelle aule di giustizia⁴⁵.

Nel caso specifico la Corte di Strasburgo ritiene che la condanna di oltraggio alla Corte inflitta ad un testimone che, per motivi legati alla propria religione, si rifiuta di togliere un copricapo, costituisca violazione del diritto alla libertà di manifestazione del credo religioso⁴⁶.

Nella motivazione i giudici sottolineano e precisano che occorre fare una distinzione tra i casi di utilizzo di simboli religiosi in luoghi di lavoro, in particolare da parte di dipendenti pubblici, da quelli in cui l'uso dei simboli

sulla quale GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁴³ ANGELO LICASTRO e ANTONIO RUGGERI, *Diritto concordatario*, cit.

⁴⁴ Cfr., esemplificativamente, CARLO CARDIA, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Prima voce* e NICOLA COLAIANNI, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, rispettivamente, pp. 203 ss. e pp. 215 ss.

⁴⁵ Corte di Giustizia Europea, sentenza del 05.12.2017 nella causa n. 57792/15 tra Hamidović v. Bosnia and Herzegovina

⁴⁶ La questione nasce allorchè un uomo bosniaco, chiamato a testimoniare in un processo penale i cui imputati erano membri legati alla comunità wahhabita/salafita, di cui anch'egli faceva parte, si rifiuta di togliersi uno zucchetto nonostante il divieto di indossare simboli o indumenti religiosi in tribunale. Il rifiuto determina la condanna dello stesso per oltraggio alla Corte.

religiosi riguarda privati cittadini.

Nel primo caso i dipendenti possono essere sottoposti ad un dovere di neutralità e imparzialità, che include l'obbligo di non indossare simboli mentre esercitano la loro attività.

Tale obbligo non è applicabile ad un privato cittadino⁴⁷. Sebbene in alcuni casi gli interessi di un individuo debbano arretrare rispetto alle esigenze della collettività, ciò non implica che «l'opinione della maggioranza debba sempre prevalere»⁴⁸.

La decisione assume un certo interesse e contribuirà senz'altro ad alimentare un dibattito già significativo.

Si può però da subito evidenziare, rinviando ad un momento successivo per una più compiuta analisi di tale ultima decisione della Corte di Strasburgo, come essa confermi l'improponibilità del ricorso – per il porto del velo e dei simboli sul corpo ma più in generale per le questioni di libertà religiosa – a soluzioni univoche e preconfezionate, tanto sul piano pratico-operativo così che su quello teorico-ricostruttivo.

È d'altra parte evidente come, anche in questo campo, l'impatto del c.d. diritto giurisprudenziale tenda ad essere particolarmente significativo e riportati all'attenzione del dibattito, quale tema di fondo dell'efficacia (anche) del diritto antidiscriminatorio, la questione del rapporto tra legislatore e giudice.

Soluzioni credibili e stabili alle questioni di tutela della libertà religiosa nell'ambito dei rapporti lavoristici non possono quindi che transitare da un plausibile riequilibrio tra questi due momenti della dinamica ordinamentale.

Ciò tanto nella dimensione nazionale che in quella sovranazionale.

⁴⁷ Sentenza Cedu c. 57792/15, Hamidović v. Bosnia and Herzegovina, punto n. 40, «In democratic societies, private citizens, such as the applicant, are normally not under such a duty».

⁴⁸ Sentenza Cedu c. 57792/15, Hamidović v. Bosnia and Herzegovina, punto n. 41, «Freedom to manifest one's religion is a fundamental right: not only because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity, but also because of the importance to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others (see Eweida and Others, cited above, § 94). The Court sees no reason to doubt that the applicant's act was inspired by his sincere religious belief that he must wear a skullcap at all times, without any hidden agenda to make a mockery of the trial, incite others to reject secular and democratic values or cause a disturbance (see, in this regard, Eweida and Others, cited above, § 81). Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail. The role of the authorities is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other».

Integrità mentale e fenomeno religioso: tra psichiatria e diritto

FRANCESCO SALVATORE REA

1. *La problematica tutela dell'integrità psichica*

La possibilità di assicurare una tutela penale all'integrità psichica¹, *rectius* a quella "trilogia mentale" strutturata in cognizione, motivazione ed emozione², autentica mina vagante nel codice penale vigente³, non disciplinata in via esplicita⁴, e da molti considerata "terra di nessuno"⁵, oltre che non idonea a costituire un bene giuridico oggetto di tutela⁶, rappresenta scoglio difficilmente superabile nel campo della scienza penalistica e medico-psichiatrica, richiedendo una collaborazione interdisciplinare⁷ che si ponga come

¹ Cfr. RENÉ BLOY, *Strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität*, in JÖRG ARNOLD, BJÖRN BURKHARDT, WALTER GROPP (a cura di), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, p. 233 ss.

² Cfr. JOSEPH LEDOUX, *Il Sè sinaptico. Come il nostro cervello ci fa diventare quello che siamo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002, p. 241.

³ Cfr. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 3.

⁴ Già ARTURO ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1913, p. 577, osservava che "accanto al bene della integrità personale che costituirebbe oggetto di diritto solo per il diritto privato, troviamo quella dei beni morali o immateriali personali, consistenti in stati psicologici o spirituali della persona e diretti a soddisfare interessi psicologici e spirituali della persona [...]".

⁵ Cfr. JAN CRISTOPH BUBLITZ, *Habeas mentem? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, VIII-IX, 2011, p. 718, il quale nota: "Für die Rechtswissenschaft ist die Psyche weitgehend eine terra incognita, ihre Bedeutung kaum systematisch untersucht".

⁶ Cfr. CLAUD ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutdebatte*, in ULFRID NEUMANN, FELIX HERZOG, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Müller, Heidelberg, 2010, p. 573. Sul punto cfr. anche MASSIMO DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1549. Sui collegamenti tra teoria del bene giuridico ed imputazione obiettiva cfr. CLAUD ROXIN, *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 930.

⁷ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Storia e dogmatica nella scienza nel diritto ecclesiastico*, in AA.VV., *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 3, nel senso che "[...] in campo scientifico non vi sono settori riservati o sottratti alle influenze delle altre discipline, tutte

ausilio al giurista a liberarsi di egoistiche, quanto improduttive, tendenze autoreferenziali⁸ che ne affievoliscono la credibilità in sede metodologica⁹. È ben noto, invero, il timore di derive scientiste nel diritto, al punto che si è evidenziato come “[...] a detta difficoltà [...] non c’è altro modo di reagire che creando le condizioni perché i giudici ed i tecnici del diritto che intervengono a tutela delle parti o del bene pubblico possano fare uso adeguato delle conoscenze extragiuridiche”¹⁰.

La personalità psichica dell’individuo coinvolge, certamente, le norme dedicate ai delitti contro la libertà morale, *id est* il Libro II, Titolo XII, Capo III, Sez. III del codice penale¹¹. Tuttavia la non vincolatività delle ripartizioni legislative ai fini del rinvenimento di un reale oggetto di tutela¹² impone una ricerca anche *aliunde*, in altri settori del diritto penale speciale,¹³ giacché “quanto maggiore è la precisione della formulazione legislativa del reato, tanto più il giudice risulta vincolato al contenuto del precetto e tanto più il messaggio legislativo sarà efficace”¹⁴. Una prospettiva omnicomprensiva trae, poi, linfa anche dalla arbitrarietà sistematica della parte speciale del codice penale vigente, in particolare dei delitti contro la persona¹⁵, imposta,

volte alla comprensione della medesima realtà”.

⁸ Cfr. FRANCESCO D’AGOSTINO, *La Teologia del Diritto positivo: annuncio e verità del Diritto*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS (a cura di), *Evangelium Vitæ e Diritto. Acta Symposii Internationalis in Civitate Vaticana celebrati 23-25 maii 1996*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, p. 130, il quale afferma che “i giuristi non possono costruire autopoieticamente il loro sapere, perché la verità del Diritto è al di fuori del Diritto stesso [...]”.

⁹ Nota FRANCESCO D’AGOSTINO, *La Teologia del Diritto alla prova del fondamentalismo*, in IDEM (a cura di), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 115: “Se è vero [...] che *nessun sapere fonda un altro sapere*, è pur vero che solo l’*interconnessione dei saperi* garantisce a ciascuno di essi la possibilità di verificare le proprie pretese di legittimità”.

¹⁰ Così MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *La perizia e la sua ricognizione*, in AA.VV., *L’istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, p. 164, il quale aggiunge che “[...] la manifestazione più chiara dell’illusione scientista è l’iniziale e tuttora frequente arrendevolezza o subalternità degli operatori del diritto alle conclusioni degli esperti in scienze psichiche, che si palesa soprattutto quando si convertono automaticamente in categorie giuridiche concetti che nell’altro ambito possiedono diversa portata”. Sul punto cfr. anche ALESSANDRO CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, VII, 2012, pp. 497-533.

¹¹ Cfr. NICOLA MAZZACUVA, *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 5° ed., Monduzzi, Bologna, 2009, p. 495 ss.

¹² Cfr. DOMENICO PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 17.

¹³ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. II. Tomo I - I delitti contro la persona*, 3° ed., Zanichelli, Bologna, 2011, p. 200 ss.

¹⁴ Cfr. CARLO FIORE, STEFANO FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3° ed., UTET, Torino, 2008, p. 69.

¹⁵ Cfr. FRANCESCO PALAZZO, (voce) *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 306. Sul punto cfr. anche MARIO ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona*

altresì, dalle necessità di interpretarne la struttura ontologica alla luce del dettato costituzionale, sotto il cui ausbergo tutte le libertà personali si smarrano dai preminenti e superiori interessi pubblici¹⁶ entro cui il legislatore del 1930 intese recitarle¹⁷.

Il concetto di libertà morale¹⁸, intrinsecamente connesso all'integrità psichica come suo logico antecedente, necessita di riconsiderazione non solo in virtù di detrazioni provenienti da approcci riduzionisti, di cui risulta preda soprattutto in sede di ermeneutica filosofica¹⁹, ma anche per le difficoltà di farvi rientrare i processi psichici idonei a beneficiare di tutela giuridica²⁰.

Non sono mancate, in dottrina, voci rivolte a mettere in evidenza come un tipo di libertà morale inteso nei termini di "libertà di autodeterminazione"²¹, sganciato da ripercussioni relazionali²², peccati di restrittività²³, suggerendo

(contributo alla revisione del titolo XII del codice penale), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, II, p. 53.

¹⁶ Cfr. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *La sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in SERGIO VINCIGUERRA, FRANCESCO DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 281. Si veda anche DOMENICO PULITANÒ, *Problemi e sistema di tutela*, in IDEM (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. I. Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 11; STEFANO RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in STEFANO RODOTÀ, MARIACHIARA TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 169 ss.

¹⁷ Cfr. GIOVANNI MARIA FLICK, (voce) *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 535.

¹⁸ Cfr. ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 223, il quale definisce il concetto di libertà come il problema "più complesso fra i tanti che si pongono nello studio delle società e dei sistemi giuridici".

¹⁹ Cfr. ÁLVARO RODRÍGUEZ CARBALLEIRA, *Un estudio comparativo de las estrategias de abuso psicológico: en la pareja, en lugar de trabajo y en los grupos manipulativos*, in *Anuario de Psicología*, XXXVI, 2005, 3, p. 299, ad avviso del quale, in ragione dell'ampiezza attribuibile alle forme di aggressione della psiche, andrebbe ricostruita "una unitaria categoria di abuso psicologico, testandone l'utilità classificatoria in relazione a svariati campi di indagine".

²⁰ Cfr. TULLIO BANDINI, ROSAGEMMA CILIBERTI, *La psicopatologia forense e la valutazione del danno all'integrità psichica: aspetti etici e metodologici*, in *Rass. it. criminologia*, III, 2007, p. 124.

²¹ Cfr. TIZIANA VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Aracne Editrice, Roma, 2013, p. 116, ove si evidenzia che "[...] per lungo tempo lo stesso concetto giuridico di libertà individuale è stato identificato, riduttivamente, con la libertà di scelta o di autodeterminazione, vale a dire con uno degli aspetti più rilevanti della libertà morale".

²² Cfr. ALBERTO COZZI, *Manuale di Dottrina Trinitaria*, 2° ed., Queriniana, Brescia, 2013, p. 916, il quale ricorda come "[...] un individuo è sé stesso di fronte agli altri e quindi in relazione con loro e pertanto la persona dice relazione, individuando colui che ultimamente è responsabile di sé di fronte agli altri, come soggetto di doveri".

²³ Cfr. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 6° ed., Ediurcla, Roma, 2012, p. 11, il quale nota: "[...] qualificliamo gli atti dell'uomo quali atti umani solo se provengono da un esercizio corretto della sua ragione e libertà. Al raggiungimento della libertà, quale prima misura della dignità umana, si orienta lo sviluppo personale. L'aspirazione di libertà personale è inscindibilmente legata alle aspirazioni degli altri uomini. Oltre che razionale, l'uomo si scopre essere relazionale,

di annoverare, al suo interno, altri aspetti della vita psichica²⁴. È vero, infatti, che “la singolarità [...] di ciascuno fonda la ricchezza del dialogo e della relazione interpersonale. È precisamente questa relazione, [...] a livello ontologico, che crea la mia specificità di persona, rispetto a chi persona non è”²⁵.

Peraltro la tutela dei sentimenti²⁶ che non siano *in toto* riducibili alla libertà del volere risulta confermata anche dal dato positivo, ove “vengono in rilievo, con costante frequenza, anche le emozioni”²⁷, categoria in continua espansione ed il cui ventaglio di definizioni scientifiche²⁸ “è cresciuto sino al punto tale che contarle sembra senza speranza”²⁹.

Un punto di vista siffatto non costituisce certo un fattore inedito, essendo già ricompreso all'interno dello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, ad opera della Commissione Pagliaro³⁰. Autorevole dottrina ha poi inteso, ricorrendo alla categoria dell'integrità

bisognoso cioè del contributo degli altri per raggiungere la propria realizzazione [...]”.

²⁴ Cfr. FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, 3° ed., CEDAM, Padova, 2008, p. 306.

²⁵ Cfr. RAMÓN LUCAS LUCAS, *Fondazione antropologica dei problemi bioetici*, in *Gregorianum*, LXXX, 1999, 4, p. 723, il quale specifica poi che “[...] definire la persona come essere relazionale non vuol dire privarla della sua autonomia e dissolverla nell'area della gravitazione del «tu». Si tratta di una relazione essenziale che garantisce all'«io» e al «tu» la propria soggettività. In effetti, la definizione di persona come essere relazionale non significa che la sua realtà si trovi in un altro. La realtà della persona ha la sua espressione psicologica nell'«io», e questo «io» non si identifica con il «tu», perché nella relazione si dà una certa opposizione. L'«io» si definisce in funzione del «tu», ma non giunge mai ad essere il «tu». La relazione essenziale non fa perdere all'«io» la sua originalità” (*Ivi*, p. 734). Cfr. anche, sebbene in un contesto diverso, MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi, Pro manuscripto*, Eupress FTL, Lugano 2008, p. 60, ad avviso del quale “alla persona, nella sua storia concreta e nella sua irripetibile situazione esistenziale, non è sottratta né l'esigenza né la possibilità di trovare la verità che lo trascende, senza ergere sé stesso a principio assoluto, autosufficiente e solipsista”.

²⁶ Osserva ANGELO FALZEA, *I fatti di sentimento*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, vol. VI, Jovene, Napoli, 1972, p. 320, che per sentimento si intende “l'organo attraverso cui la coscienza individuale si mette in rapporto con i valori”. Per GIUSEPPE MORBIDELLI, *L'azione regionale e locale per i beni culturali in Italia*, in *Le Regioni*, 1987, p. 953, “benché il diritto si occupi normalmente di fatti di conoscenza, esso si occupa, talvolta, anche dei fatti di sentimento”.

²⁷ Cfr. ALFREDO DE MARSICO, *Sui rapporti tra psicopatologia e diritto penale*, in *Scuola positiva*, 1959, p. 17.

²⁸ Classica quella di ANTONIO DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, 11° ed., Adelphi, Milano, 2009, p. 202, che intende l'emozione come “insieme dei cambiamenti dello stato corporeo”, a differenza dei sentimenti che ne costituirebbero l'esperienza.

²⁹ Cfr. KLAUS R. SCHERER, *What are emotions? And how can they be measured*, in *Social Science Information*, XLIV, 2005, p. 696.

³⁰ Cfr. COMMISSIONE PAGLIARO, *Relazione allo schema di delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice penale*, in *Ind. Pen.*, 1992, p. 612, nel senso che “sotto la nuova categoria di reati contro l'integrità psichica è stata raggruppata una serie di fattispecie che trascendono l'offesa alla libertà morale e incidono sulla integrità mentale del soggetto, nel senso di comprometterla o pregiudicarne il normale sviluppo”.

psichica, utilizzare una fattispecie maggiormente descrittiva rispetto a condotte di rimodellamento della psiche disciplinate tramite il fenotipo del plagio³¹, ex art. 603 c.p., prima della declaratoria di incostituzionalità ad opera della sentenza n. 96 del 1981 della Consulta³², “trasferendo dal piano delle *Geisteswissenschaften*, a quelle terrene, ma misurabili, *Naturwissenschaften*, l’oggetto della tutela”³³.

A sostegno di un simile orizzonte teorico si aggiunge un differente approccio tra giuristi e psichiatri circa l’oggetto di tutela: se da un lato, invero, è tipico dei primi rimarcare il concetto di autodeterminazione, i secondi tendono a porre in rilievo il concetto di salute mentale. Tale distinzione trova una conferma nelle trattazioni penalistiche, giacché l’espressione “integrità psichica” individua “una situazione prodromica rispetto alla libertà psichica in senso stretto, intesa come libertà di autodeterminazione secondo motivi propri, in un modo libero e consapevole”³⁴. L’integrità psichica, rappresenterebbe un *præius* entro cui tutte le coordinate di azione dell’uomo vanno inserite al fine di usufruire delle libertà ausiliarie e delle facoltà attraverso cui esplicitare la sua personalità³⁵, sentendosi, così, *compos sui*³⁶.

La stessa *summa divisio* si manifesta, inoltre, anche nell’ambito della

³¹ Cfr. GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Il plagio nel sistema italiano di tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 370.

³² Cfr. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 806 ss.

³³ Cfr. MICHELE DEL RE, *Modellamento psichico e diritto penale: la tutela penale dell’integrità psichica*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984, p. 343. Interessanti, sul punto, le osservazioni di LOUIS DE BONALD, *Législation primitive*, Leclerc, Paris, 1847, p. 13: “*Dans les sciences purement physiques, on peut rejeter comme faux ce qui est même le plus généralement adopté, et chercher ensuite la vérité; dans les sciences morales, au contraire, qui traitent du pouvoir et des devoirs, il faut respecter ce que l’on trouve généralement établi, pour ne pas recommencer tous les jours la société, sauf à examiner ensuite s’il n’y a point d’erreur*”.

³⁴ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. II. Tomo I - I delitti contro la persona*, cit., p. 211, in riferimento all’integrità psichica come bene protetto ex art. 613 c.p.

³⁵ Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *Note di Teologia del Diritto*, Marcianum Press, Venezia, 2013, p. 114, ad avviso del quale “[...] è necessario ritrovare le fondamenta stesse che stanno alla base della vita dell’uomo, ritrovare la verità sull’uomo, perché si possa comprendere la verità delle cose che sono al servizio dell’uomo”.

³⁶ Cfr. BJÖRN BURKHARDT, *Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft*, in DANIEL E. PUSKÁS, MARCEL SENN (a cura di), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006*, Franz Steiner, Stuttgart, 2006, p. 88, nel senso che “*Menschen erleben sich nicht als frei, weil sie frei sind, sie sind frei, weil sie sich als frei erleben*” (“Gli esseri umani non si sentono liberi perché sono liberi; essi sono liberi perché si sentono liberi”). Lo stesso concetto, trasportato dal piano dell’essere a quello del fare, è ripreso da WOLFGANG PRINZ, *Der Mensch ist nicht frei. Ein Gespräch*, in CHRISTIAN GEYER (a cura di), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am-Main, 2004, p. 22: “*Wir tun nicht was wir wollen, sondern wir wollen was wir tun*”.

scienza civilistica³⁷, laddove si rinviene una scissione tra danno biologico³⁸, donde si attinge l'integrità psicofisica dell'individuo, danno morale³⁹, in quanto connesso al patimento del soggetto danneggiato⁴⁰ e danno esistenziale⁴¹, il quale allude ad una lesione della personalità senza un riscontro medico-legale.

In virtù di una riconsiderazione della stessa nozione di integrità, nonché della qualifica di "psichica", risulta consequenziale una compenetrazione, più che una contrapposizione ontologica, di tale concetto con quello di libertà morale⁴², con una serie di interessanti potenzialità declinative⁴³. In quanto riferita alla persona⁴⁴, l'integrità ricomprende due aspetti: l'incolumità⁴⁵ (*Unversehrtheit*), costituente il nucleo base, la quale delimita i confini "alla cui violazione una persona cessa di essere riconosciuta, come tale, dai suoi simili"⁴⁶; la "fedeltà verso sé stessi" (*Selbsttreue*), incarnando il nucleo più interno dell'integrità, *id est*, ciò che rende, in sostanza, un individuo riconoscibile a sé stesso. In tal modo essa va a definire una sorta di compati-

³⁷ Cfr. SIMONE VENDER, *Obiettività del dolore psichico*, in FABIO BUZZI, MARCELLO VALDINI (a cura di), *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 141.

³⁸ Cfr. GUIDO ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, 3° ed., CEDAM, Padova, 2003, p. 3. Sul punto cfr. anche MASSIMO FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in IDEM (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 391.

³⁹ Cfr. ANGELO BIANCHI, *La complessità del danno psichico*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, I, p. 1990.

⁴⁰ Cfr. FABIO BUZZI, *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento e alla quantificazione della "sofferenza morale"?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, I, p. 7, il quale si sofferma anche sulla distinzione tra il concetto di "danno", come contenuto giuridico, e quello di "sofferenza", di natura più emotiva.

⁴¹ Cfr. MICHELE SCHIAVONE, GIOVANNI PALUMBO, *Sfera psichica e sfera esistenziale: riflessioni epistemologico-filosofiche a latere della sentenza n. 26972/2008 delle SS.UU. civili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 433. Definisce il danno esistenziale come "rinuncia al fare" PAOLO CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1999, p. 139.

⁴² Cfr. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 3, nota 15, il quale rammenta come la Corte costituzionale tedesca sia pervenuta ad una conclusione non distante, muovendo, tuttavia, dalla *Selbstbestimmung* come emanazione della *Körperliche Integrität*.

⁴³ Cfr. ARND POLLMAN, *Integrität. Aufnahme einer sozialphilosophischen Personalie*, Transcript, Bielefeld, 2005, p. 77.

⁴⁴ Cfr. DAMIAN COX, MARGUERITE LA CAZE, MICHAEL LEVINE, *Integrity*, in *Stanford Encyclopedia for Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/contests.html>), 2001-2008, ove si precisa che, in quanto riferita ad un oggetto, l'integrità può richiamarne la inscindibilità, pienezza e totalità; in quanto riferita, invece, alla personalità, può sovrapporsi, *tout court*, alla sua virtù morale.

⁴⁵ Cfr. PAOLO ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 95.

⁴⁶ Cfr. ARND POLLMAN, *Ein Recht auf Unversehrtheit? Skizze einer Phänomenologie moralischer Integritätsverletzungen*, in SIBYLLE VAN DER WALT, CHRISTOPH MENKE, *Die Unversehrtheit des Körpers. Geschichte und Theorie eines elementaren Menschenrechts*, Campus, Frankfurt-New York, 2007, p. 219, ove emerge come, da tale punto di vista, l'incolumità costituisca un limite esterno all'integrità.

bilità con le proprie decisioni⁴⁷ e convinzioni⁴⁸.

Il transito della fattispecie in esame al campo giuridico impone rammentare che l'universo del diritto considera solo quegli attacchi provenienti dall'esterno, e non già i semplici comportamenti auto-indotti⁴⁹, in particolar modo sulla base della facoltà "di possedere convinzioni prescindendo da una aggettivazione morale"⁵⁰. Mentre la facoltà di formarsi *backgrounds* in armonia con una visione morale, religiosa ovvero filosofica del mondo⁵¹, viene, di norma, ricondotta alla libertà di coscienza⁵² e

⁴⁷ Cfr. JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 382.

⁴⁸ Cfr. THOMAS GUTMANN, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, C.H. Beck Verlag, München, 2001, p. 7.

⁴⁹ Cfr. GIUSEPPE BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, III, p. 10.

⁵⁰ Cfr. ADRIANO DE CUPIS, *I diritti della personalità*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1973, p. 193, ad avviso del quale "la possibilità di libera formazione della volontà, del pensiero e del sentimento rivestono un interesse sociale", aspetto che non compare negli "atteggiamenti interni, psichici [...]".

⁵¹ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 118-119, il quale osserva che "[...] v'è libertà giuridica quando il soggetto può liberamente esprimere la propria volontà mutandone la direzione e orientandola sia in conformità che in contrasto con una norma etica senza subire conseguenze giuridiche [...]".

⁵² Cfr. ALPHRIDUS OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Editio Altera, vol. II, *Ius Publicum Externum (Ecclesia et Status)*, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1936, p. 59, per cui "*hæc formula asseritur libertas conscientiæ in ordine speculativo, seu in æstimatione rei cognitæ, ita ut libera relinquenda sit mens quæ sibi subiective conscia sit se veritatem esse assecutam, neque teneatur assentire veritati obiectivæ sibi propositæ*". Ad avviso di ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 135, per libertà di coscienza deve intendersi "la libertà da ogni indebita pressione, condizionamento od imposizione – da parte di qualsiasi potere in grado di esercitare tali pressioni – che si risolva nel pretendere da un soggetto un comportamento, un atteggiamento, una dichiarazione, che implichi una sua adesione esteriore ad una dottrina, ad un'ideologia, ad un sistema etico-religioso che egli non condivide o perché ne condivide un altro, o perché non ne condivide alcuno, o perché ritiene quello impostogli come nocivo o dannoso". Sottolinea poi FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 32, come per libertà di coscienza debba intendersi "la libertà per l'individuo di agire, nella sua condotta esterna, rilevante ai fini della regolamentazione normativa, in conformità ai dettami della propria coscienza". Osserva PIERO BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico (Atti del Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico. Siena, 30 novembre - 2 dicembre 1972)*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 11201, nota 9, che "[...] le diverse libertà dell'uomo son tanto solidali fra di loro che violare l'una è ledere anche le altre. Ché in effetti l'impedire con arbitrio il libero esplicarsi della personalità dell'uomo in un settore, benché delimitato, significa proprio colpire tale personalità nella sua interezza [...]". JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 52, individua tre approcci alla libertà di coscienza: "*La première, la plus restrictive, appréhende la liberté de conscience en tant que composante de la liberté religieuse, c'est-à-dire comme un droit pour l'individu de croire ou de ne pas croire en matière religieuse. Dans une seconde optique, la liberté de conscience est entendue de manière 'extensive'. Elle serait une liberté d'adhésion aux opinions quelles qu'elles soient [...]. Enfin, une troisième approche, très analytique, a été parfois défendue: la liberté de conscience présenterait un caractère autonome aussi bien par rapport à la liberté d'opinion, qu'à la liberté religieuse, elle serait la liberté de croyance*".

di pensiero⁵³, come sancito anche dalla giurisprudenza⁵⁴, legata alla personalità individuale⁵⁵ e rispetto a cui “non si può cogliere in pieno la valenza giuridico-ordinamentale, se non prendendo le mosse dalla proiezione della realtà psicologica nella vita sociale”⁵⁶, non si scorgono ostacoli a ricomprendere, nella fedeltà a sé stessi,⁵⁷ una autodeterminazione come tratto qualificante della libertà morale *stricto sensu* intesa⁵⁸. Nell’accezione ristretta di integrità psichica, tutto ciò che attiene alla sfera dell’*Erleben*⁵⁹, all’esperienza interiore, si comprime in un settore di indagine afferente, per lo più, alla salvaguardia della salute⁶⁰.

Si tratta di un legame che conduce ad un’estensione del concetto di integrità, giacché, come è noto, la salute non è più intesa, nel comune sentire giuridico, quale mera assenza di patologie⁶¹, bensì nei termini di uno

⁵³ Cfr. LIVIO PALADIN, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998, p. 623, il quale rimarca il carattere di “diritto fondamentale” della libertà di manifestazione del pensiero, inquadrandola tra i diritti che trovano in sé la propria giustificazione, a differenza di quelli c.d. “funzionali”, contraddistinti per la loro ragione sociale e, dunque, tutelati in ragione di quest’ultima”.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., 2 febbraio 1991, n. 47, in *Giur. cost.*, 1991, I, p. 319, ove si osserva: “A livello di valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all’uomo come singolo, ai sensi dell’art. 2 Cost., dal momento che non può darsi una effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell’uomo con sé stesso, che di quelli costituisce base spirituale-culturale e fondamento [...] etico-giuridico”.

⁵⁵ Cfr. PAOLO BENASSI, *Alcune note in tema di plagio*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 89, nel senso che il concetto di personalità individuale “sta ad indicare quel nucleo esistenziale che contiene in sé la potenzialità di esprimersi attraverso la realizzazione delle libertà sancite nella Carta costituzionale”.

⁵⁶ Cfr. ANTONIO GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992, p. 15. L’A., evidenziando come si tratti di un principio non sancito esplicitamente in Costituzione, ritiene necessario “[...] concentrare l’analisi sull’effettiva portata di quelle norme costituzionali attinenti alla tutela della personalità umana in senso ampio, al fine di verificare se ed in che misura questa tutela salvaguardi anche la libera esplicazione della personalità morale dell’individuo” (*Ivi*, p. 7).

⁵⁷ Cfr. MICHELE DEL RE, *Il reato determinato da movente religioso*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 9.

⁵⁸ Cfr. GIULIANO VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in IDEM, *Scritti giuridici. III. Il processo e le libertà*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 253, ad avviso del quale la libertà morale “costituisce il primo ed indefettibile attributo [...] della personalità individuale”, dovendosi, più precisamente, intendere “[...] la libertà di conservare la propria personalità psichica, la libertà di ragionare con la propria testa, sia pure aiutata da tutti i mezzi di conoscenza e di diffusione dell’altrui pensiero che le si possono offrire, la libertà di formarsi una propria fede religiosa, politica o sociale e di conservarla come di mutarla, la libertà di non vedere né coartata né ingannata la propria coscienza, la libertà a non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno, neanche passivo od inerte [...]”.

⁵⁹ Così PHILIP LERSCH, *Aufbau der Person*, vol. XI, Johan Ambrosius Barth, München, 1962, p. 17.

⁶⁰ Cfr. MARIO BERTINI, *Dal modello malattia al modello salute: difficoltà del passaggio e insufficienza delle parole*, in *Psic. sal.*, 2008, II, p. 107.

⁶¹ Cfr. ELENA ANTONELLI, *Il benessere soggettivo nella prospettiva psicosociale: una rassegna*, in *Giorn. it. psicologia*, 2007, p. 68.

“stato completo di benessere fisico, psichico e sociale”⁶². Una impostazione che trova riscontro in una esegesi orientata delle disposizioni costituzionali, laddove la stessa Consulta rinvia, accanto all’integrità fisica, ad un interesse costituzionalmente garantito alla integrità psichica, collegandolo alla tutela del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, ove per salute si intende proprio quel diritto ad un organico sviluppo della persona umana⁶³, “esprimibile non solo dal punto di vista sanitario, ma comportamentale, sociale ed ambientale”⁶⁴, alla cui salvaguardia è teso l’intero impianto della Carta fondamentale⁶⁵.

In coerenza con tale visuale emerge anche un altro significativo aspetto, giacché a dispetto della supposta inscindibilità tra integrità fisica e psichica⁶⁶, quest’ultima possiede una forma di autonomia tale da essere riconosciuta a livello giuridico. La giurisprudenza costituzionale appare ferma, d’altra parte, nel sancire la possibilità che la accordanda tutela all’integrità psichica prevalga su quella dell’integrità fisica, allorché venga in gioco “l’equilibrio tra soma e psiche, la cui preservazione assume carattere terapeutico, rendendo leciti interventi chirurgici implicanti atti dispositivi del proprio corpo”⁶⁷.

Ne deriva come l’ordinamento persegua il fine di assecondare uno dei possibili punti di vista in relazione ad una realtà unitaria⁶⁸, biunivocamente ramificata nel “corpo che ho” (*Körper*), interpretato nella sua accezione anatomica, o “corpo che sono” (*Leib*)⁶⁹. Del pari risulta veritiero il fatto che, allorché non sia possibile inquadrare l’*Erleben* in un *health-damage*, il tipo di offesa a sfondo psicologico si riferisce, spesso, ad una integrità

⁶² Cfr. ELVIRA CICOGNANI, *La dimensione psicosociale del benessere*, in *Psic. sal.*, 2005, I, p. 57.

⁶³ Cfr. COSTANTINO MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, p. 4.

⁶⁴ Cfr. PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in IDEM, *La persona e i suoi diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 105.

⁶⁵ Cfr. ANTONIO GUARINO, *Diritto ecclesiastico tributario e art. 20 della Costituzione*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 2012, p. 70, ad avviso del quale “la tutela e la promozione della dignità umana è non solo il valore fondamentale, ma agli stessi Costituenti sono ben chiare la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni, non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella”.

⁶⁶ Cfr. PIETRO PERLINGIERI, *La tutela giuridica della “integrità psichica”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 768.

⁶⁷ Cfr. CESARE M. D’ARRIGO, (voce) *Integrità fisica*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 712. Cfr. anche KATHRIN NITSCHMANN, *Chirurgie für die Seele? Eine Fallstudie zu Gegenstand und Grenzen der Sittenwidrigkeitsklausel*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2007, p. 548 ss.

⁶⁸ Cfr. PAOLO ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in STEFANO CANESTRARI (a cura di), *Trattato di biodiritto*. Tomo I. *Il Governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 99.

⁶⁹ Cfr. EDMUND HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*. Tomo II. *Ricerche fenomenologiche sopra la costituzione*, Einaudi, Torino, 2002, p. 59.

morale⁷⁰. Tuttavia, l'aggettivazione *de qua* non sembra deviare l'attenzione dall'oggetto precipuo della condotta offensiva, che rimane la psiche⁷¹; essa, piuttosto, evidenzia una differente angolazione del *modus* di lesione, che, prescindendo da riscontri di tipo medico-psicologico, si innesta su precisi criteri assiologici⁷², "di rilevanza sociale, in senso lato morali"⁷³.

In base a quanto osservato è possibile, perciò, sottolineare un chiaro *trend* alla espansione del bene giuridico *de quo*, riscontrando una forma di lesione psichica in conseguenza di qualsiasi esperienza di vittimizzazione⁷⁴, almeno per il caso di un contatto diretto con l'autore del comportamento illecito⁷⁵. Soprattutto, così riflettendo, si è indotti a valorizzare la lesione effettiva dell'integrità psichica della vittima⁷⁶, allorquando essa si trovi in una condizione di debolezza pregressa, rispetto al reo⁷⁷.

E però non può non rilevarsi, ragionando in termini penalistici, come il transito dal concetto di danno a quello di offesa⁷⁸ si verifichi solo quando nella fattispecie tipica si descrive un evento psichico, atto a denotare la presenza del bene giuridico *de quo* e non in presenza di "qualsiasi effetto della condotta nello stato psichico del soggetto offeso"⁷⁹. In questi termini, all'individuazione di un'offesa in senso tecnico giova, oltre alla esegesi normativa,

⁷⁰ Cfr. MARIA DEL MAR DÍAZ PITA, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad*, in *Estudios penales y criminológicos*, XX, 1997, p. 28.

⁷¹ Cfr. PAUL BOCKELMANN, *Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie*, in ARTHUR KAUFMANN (a cura di), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, p. 253, nel senso di una "evoluzione, in senso penalistico, della moralizzazione in psicologizzazione".

⁷² Così MARCELLO PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in IDEM (diretto da), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 19.

⁷³ Cfr. LYNNE MCFALL, *Integrity*, in *Ethics*, XCVIII, 1997, 1, p. 5, ove ci si sofferma sul passaggio etico dall'integrità personale a quella morale.

⁷⁴ Cfr. ANTONIO PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 41; CLAUS ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 5.

⁷⁵ Cfr. MICHELE M. CORRERA, PIERPAOLO MARTUCCI, *La vittimologia*, in GIUSTO GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, vol. VI, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2009, p. 473.

⁷⁶ Cfr. PAOLO CENDON, *Soggetti forti e soggetti deboli*, in *Ragion pratica*, XXXV, 2010, p. 409.

⁷⁷ Sul punto si rinvia a GUIDO NEPPI MODONA, *La tutela penale dei soggetti deboli*, in GUIDO NEPPI MODONA, DAVIDE PETRINI, LAURA SCOMPARIN (a cura di), *Giustizia penale e servizi sociali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 7.

⁷⁸ Sottolinea il passaggio FRANCESCO ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Istituto Italiano Arti Grafiche, Bergamo, 1930, p. 68 ss.

⁷⁹ Cfr. FRANCESCO PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 251.

“una ricostruzione dei processi psichici suscettibili di tutela”⁸⁰.

La progressiva attenzione, sia da parte del legislatore che della giurisprudenza, intorno al fenomeno dell'integrità psichica e della sua tutela⁸¹ si ricollega, dunque, a ragioni socialmente contingenti. Un significativo aumento delle istanze di tutela proviene, in particolare, da una sempre maggiore sensibilità verso la riservatezza, dalla quale discende, per contro, una sorta di “mercificazione dell'interiorità”⁸², unitamente ad un'altra irrisolta contraddizione della modernità, individuabile nella pretesa di coesistenza tra l'aspirazione alla emancipazione e l'osservanza di quei diritti relazionali⁸³ (*id est* tra un tendenziale isolamento degli individui⁸⁴ ed una contemporanea richiesta di attenzione nei confronti del prossimo); universo all'interno del quale il soggetto riscopre la sua ontologia⁸⁵ saldamente improntata al perseguimento di una forma di giustizia sostanziale nonché alla reciprocità⁸⁶.

A tale intensificazione di esigenze di tutela, cui contribuisce anche una flessione dei parametri base di sicurezza pubblica⁸⁷, il diritto penale sembra non ritenere auspicabile una protezione lata dell'integrità psichica⁸⁸, bensì

⁸⁰ Cfr. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 8.

⁸¹ Cfr. GIANLUIGI PONTI, *Danno psichico e attuale percezione psichiatrica del disturbo mentale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, XIV, p. 528, il quale parla di una “accresciuta rilevanza nella percezione sociale dei fattori psichici”.

⁸² Cfr. EVA ILLOUZ, *Intimità fredde. Le emozioni nella società dei consumi*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 115.

⁸³ Cfr. PAOLA RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti?*, in *Sociol. dir.*, 2004, p. 107.

⁸⁴ Cfr. AURELIANO PACCIOLLA, STEFANO LUCA, *La vulnerabilità psichica e il pericolo delle sette*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008, p. 168.

⁸⁵ Per GIBBERT GRESHAKE, *Il Dio Unitrino. Teologia Trinitaria (Der Dreieine Gott. Eine Trinitarische Theologie)*, 3ª ed., Queriniana, Brescia, 2008, p. 551, “[...] l'io diviene soggetto nel mondo sociale, mentre il mondo sociale si fa nello stare insieme e gli uni per gli altri dei singoli soggetti”.

⁸⁶ Cfr. PAOLO GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto Canonico*, 2ª rist., Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, p. 17, il quale nota: “La reciprocità relazionale rappresenta l'unica vera e possibile ‘misura’ non tanto della ‘Giustizia’ in sé ma del ‘comportamento giusto’ verso l'altro; si superano così le sterili discussioni sul tipo di giustizia da rispettare: distributiva o remunerativa. È giusto nella relazione ciò che rispetta la verità e dignità dei soggetti implicati”. Parla di uomo come un “ente in relazione”, in quanto la relazione è la sua *ratio essendi*, GIANFRANCO GHIRLANDA, *Ius gratiæ - Ius communiois. Corso di Teologia del Diritto ecclesiale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2000, p. 36.

⁸⁷ Cfr. MASSIMO DURANTE, *Perché l'attuale discorso politico-pubblico fa leva sulla paura?*, in *Fil. pol.*, I, 2010, p. 49. Cfr. anche ANNA-ROSE MATHIESON, *Every Move You Make: How Stories Shape the Law of Stalking*, in *Michigan Law Review*, CI, 2003, p. 1589, ove si evidenzia la difficoltà odierna nello stabilire se sia la paura, avvertita nel corpo sociale, a contribuire alla definizione di un determinato comportamento incriminato, o, piuttosto, se sia quest'ultimo, definito dalla legge, a concretizzare il sentimento di paura diffuso nella società.

⁸⁸ Cfr. DOMENICO PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547.

una salvaguardia da specifiche forme di lesione⁸⁹.

Le tecniche di tutela approntate, perciò, si scontrano con inconvenienti ormai consolidati, quali la necessità di esteriorizzare forme di aggressione che incidono sulla sfera interna di un individuo; la variabilità individuale legata alla dimensione psicologica della persona⁹⁰; le molteplici difficoltà, nelle relazioni interpersonali, nel distinguere le ipotesi di “persuasione socialmente accettata”⁹¹, quotidianamente verificabile⁹² e, dunque, fisiologiche⁹³, dai fenomeni patologici⁹⁴, all’interno dei quali ad uno dei soggetti della relazione si consente di disporre della propria autodeterminazione⁹⁵ e libertà⁹⁶.

È stato affermato, peraltro, sulla base di recenti studi, che i soggetti, in via quotidiana, tenderebbero “ad ascrivere in buona fede azioni che non hanno originato, e questo perché ignorano profondamente il livello di con-

⁸⁹ Cfr. CARLO FIORE, (voce) *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, p. 4. Per osservazioni critiche si veda GEORG STEINBERG, *Psychische Verletzung mit Todesfolge*, in *Juristenzeitung*, 2009, p. 1053, il quale propone di introdurre una fattispecie a tutela dell’integrità psichica generale, senza ulteriori specificazioni.

⁹⁰ Cfr. KRISTIAN KÜHL, *Punktuelle Ergänzungen des Persönlichkeitsschutzes im Strafgesetzbuch*, in DIETER D. LING (a cura di), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2010, p. 419 ss.

⁹¹ Cfr. MARIO DI FIORINO, *Persuasione socialmente accettata: il plagio ed il lavaggio del cervello*, vol. I, *Psichiatria e Territorio*, Forte dei Marmi, 1990, p. 147.

⁹² Per ASSUNTO QUADRIO, LUCIA VENINI, *La comunicazione nei processi sociali e organizzativi*, Franco Angeli, Milano, 1997, p. 65, “[...] ogni interazione comporta un’influenza che qualcuno esercita sulle convinzioni e sulle azioni degli altri. Qualunque cosa noi facciamo alle altre persone, ogni volta che apriamo bocca noi siamo propagandisti perché esercitiamo un potere psicologico [...]”.

⁹³ Cfr. SEVERINO DIANICH, *Diritto e Teologia. Ecclesiologia e canonistica per una riforma della Chiesa*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2015, p. 59, il quale evidenzia che “il potere sulla persona dell’altro, che implica la possibilità di incidere sulla situazione altrui, può anche essere visto come normale e positivo, tanto quanto si pone come appello alla libera decisione dell’altro”.

⁹⁴ Cfr. GIACOMO PESTELLI, *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1277, il quale individua, come nodi problematici della tutela penale dell’integrità psichica, “la certezza e la tassatività del bene o valore da tutelare e sua rilevanza costituzionale; la capacità di essere offeso ed i parametri di esteriorizzazione della lesione, esprimibili secondo formule giuridiche; la costruzione di una norma dotata di tassatività”.

⁹⁵ Cfr. GIOVANNI MARIA FLICK, *La tutela della personalità del delitto di plagio*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 157. Ad avviso di GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Il plagio nel sistema italiano di tutela della libertà*, cit., p. 357, “si tratta di accertare se questa soggezione, derivante dall’esercizio del potere del soggetto plagiante, implichi [...] uno stato di incapacità di intendere e di volere della vittima stessa, nel senso tecnico di non imputabilità, con cui strutturalmente si identificano”.

⁹⁶ Cfr. GUIDO GATTI, *Manuale di Teologia Morale*, Elledici, Torino, 2011, p. 103, il quale osserva: “Qualsiasi cosa possa significare la parola libertà [...] essa deve escludere tutto ciò che rendesse impossibile una scelta diversa da quella che essa di fatto compie”. D’altra parte, proprio il recente sviluppo delle scienze dell’uomo sembra aver reso possibile “una consapevolezza nuova del peso insospettato che i più svariati condizionamenti psicologici, culturali e sociali esercitano sulla libertà umana, fino al punto da metterne in questione l’esistenza” (*Ivi*, p. 97).

dizionatezza del loro agire”, con la conseguenza che “[...] ogni atto ritenuto volontario (atto di fede, estetico, d’amore) è frutto di una vicenda biografica, di un inconscio collettivo e individuale, di cui, non essendo consapevoli, tendiamo a disconoscere il peso e il valore condizionante”⁹⁷.

In presenza di scelte eccentriche e contrarie al consueto stile di vita di chi le compie⁹⁸, invero, ci si chiede se le stesse appartengano alla persona che le ha poste in essere⁹⁹ o se essa sia stata “orientata da forze esterne con modalità illecite e/o finalità *in nuce* contrarie ai supremi valori costituzionali”¹⁰⁰. Siffatte difficoltà promanano da due parallele istanze: il rispetto del principio primario di tassatività-determinatezza¹⁰¹, e l’individuazione di un parametro di rischio illecito¹⁰² nell’alveo delle relazioni interpersonali¹⁰³, sperimentando, nella tutela dell’integrità psichica, una costante interazione reciproca¹⁰⁴.

⁹⁷ La riflessione è di ORESTE TOLONE, *Neuroteologia. Newberg, D’Aquili, Persinger e la nuova metafisica del cervello*, in *Rassegna di Teologia*, L, 2009, 1, p. 69, il quale aggiunge che “il sistema nervoso centrale, insomma, al momento della scelta [...] sarebbe, per così dire, condizionato, per non dire determinato, in una direzione, da una somma di priorità, censure, comandamenti inconsci, valori emozionali e motivazionali, segnali ambientali e corporei, reminiscenze genetiche, in presenza delle quali mantenere aperta la possibilità di un comportamento alternativo sarebbe nulla più che un’illusione”. L.A., dunque, conclude che “l’atto finale dell’assenso, cioè la decisione vera e propria, rappresenta soltanto l’ultimo atto, quello che dà il via a un flusso decisionale, a un movimento complessivo che esiste a prescindere [...]” (*Ivi*, p. 70).

⁹⁸ Cfr. PIERPAOLO PARMA, *Il messaggio e la prassi. Indagine socio-religiosa dell’Arcidiocesi di Urbino, Urbina, S. Angelo in Vado*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2004, p. 29, nel senso di una reazione alla “debolezza delle istituzioni nel proporre modelli univoci di comportamento”.

⁹⁹ Cfr. GIUSEPPE ANGELINI, *Teologia Morale Fondamentale*, Glossa, Milano, 1999, p. 609, il quale parla di un tipo di “complesso di modelli di comportamento che [...] sono in qualche modo da tutti riconosciuti ed apprezzati, e diventano in tal senso i referenti obbligati per ogni apprezzamento che si produca nella vita comune dei comportamenti propri ed altrui”.

¹⁰⁰ Cfr. FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L’offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. XIV. Si chiede se, in altri termini, “trattasi di un caso in cui la normale identità di sentire tra un singolo ed un gruppo non può più essere presunta, ma cede il posto alla opposta ipotesi di un conflitto tra individuo e contesto di appartenenza”, SABRINA MARTUCCI, *Problematriche emergenti in tema di confessioni acattoliche e libertà religiose*, in AA.VV., *Lo studio del diritto ecclesiastico. Attualità e prospettive*, vol. II, Edisud Salerno, 1996, p. 271.

¹⁰¹ Sottolinea ROBERTO GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10ª ed., Edizioni Nel Diritto, Roma, 2014, p. 153, che “una descrizione vaga ed inesatta del precetto penale [...] si rivelerebbe assolutamente inidonea ad orientare teleologicamente le condotte dei singoli nell’area dell’illiceità penale, vanificando le stesse finalità garantistiche perseguire dal principio di riserva di legge con la rigorosa predeterminazione legislativa delle fattispecie criminose”.

¹⁰² Cfr. ANDREA CASTALDO, *La concretizzazione del “rischio giuridicamente rilevante”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1096.

¹⁰³ Cfr. MASSIMO DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2010, p. 643.

¹⁰⁴ Cfr. CARLO SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come “programmi di azione”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, II, p. 1156, il quale propone una ricostruzione della tipicità del reato di atti persecutori, nel rispetto del principio di determinatezza, attraverso il riferimento alla

In via opposta a quanto auspicato in altri settori di tutela della persona, radicata sembra una certa diffidenza nei riguardi dell'assunzione di uno *status* psichico della vittima ad evento tipico della fattispecie, per lo meno nei casi in cui tale evento costituisca la vera *summa* ultima della lesione causata dal comportamento illecito¹⁰⁵. Ciononostante, un risultato psichico è insito nella struttura delle stesse condotte in precedenza analizzate, con la conseguenza che costruire una forma di illecito di mera condotta non azzera certo il pericolo di asservirne il funzionamento alla percettibilità della vittima.

Consolidata appare, in proposito, la convinzione che dinanzi ad un evento psichico, il principio di determinatezza resista al confronto con le difficoltà descrittive, mentre vacilli dinanzi alla verificabilità processuale¹⁰⁶ del concetto che la legge definisce come psicologico¹⁰⁷. Proprio la verificabilità e l'esistenza dei concetti richiamati dalle norme penali¹⁰⁸ in fatti giuridici concreti¹⁰⁹ costituiscono la reale *condicio sine qua non* dell'attuazione del principio di legalità¹¹⁰, giacché "ciò che nessun giudice può provare, non può essere oggetto di legge"¹¹¹.

La realtà dei fenomeni psichici costituisce senza dubbio un fatto acclarato, pur presentando, questi ultimi, un aspetto non padroneggiabile empiricamente, *id est* l'esperienza soggettiva¹¹², a meno di non operare riduzioni

"pericolosità obiettiva della condotta, analizzata *ex ante* [...] data la scarsa verificabilità dell'evento".

¹⁰⁵ Cfr. FRANCESCO PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, Padova, 1979, p. 418.

¹⁰⁶ Cfr. ALFONSO FURGIUELE, *La prova nel processo penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3, ad avviso del quale "[...] le norme del processo servono ad assicurare l'affidabilità dell'accertamento, in ragione del metodo garantito adoperato".

¹⁰⁷ Interessante la distinzione operata da FRANCESCO PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in GIULIANO VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 54, tra una determinatezza in senso astratto, "come ricostruzione della norma", ed una in senso concreto, "come rilevazione di un contenuto applicabile al caso".

¹⁰⁸ Cfr. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 808.

¹⁰⁹ Cfr. ORAZIO ABBAMONTE, *La magistratura tra apparato e società*, in AURELIO CERNIGLIARO (a cura di), *Themis. Tra le pieghe della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 253, nel senso che il fatto giuridico va inteso come "[...] una sorta di mediatore tra il fatto ed il diritto, tra il mondo della vita ed il dover essere giuridico, tra la storia e il programma valoriale d'un ordinamento dato, insomma tra l'essere ed il dovere (secondo il diritto)".

¹¹⁰ Cfr. GABRIO FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 152.

¹¹¹ Cfr. GIORGIO MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1209-1210, riprendendo una considerazione di PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, *Lehbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Heyer, Berlin, 1801, p. 57.

¹¹² Cfr. THOMAS NAGEL, *What is like to be a bat?*, in *The Philosophical Review*, LXXXIII, 1974, 4, p.

del dualismo corpo-mente “attraverso una qualificazione di tali fenomeni come processi biologici”¹¹³. In punto di osservanza del principio di legalità, perciò, può evidenziarsi che l’inserimento di un evento di matrice psichica in una fattispecie criminale impone di realizzare il vincolo di realtà¹¹⁴ insito nelle norme penali¹¹⁵, quale riferimento ad entità esistenti e non già meramente supposte¹¹⁶.

Il problema dell’accertabilità dei fenomeni psichici non può, tuttavia, scindersi dalle loro modalità di esistenza, irriducibili alla sola realtà fisica ed influenzata, da un punto di vista filosofico, dal concetto di “causalità mentale”, *rectius* dalla ricerca di una giustificazione al processo interattivo tra il fisico ed il mentale¹¹⁷, al fine di elaborarne le proporzionate reciprocità¹¹⁸ e non cadere in infecondi riduzionismi dell’uno nell’altro. Trattasi di una questione che precede, sebbene vi sia connessa, quella della causalità psichica, afferente alla ricerca di una causa della nascita di uno stato psichico¹¹⁹ in conseguenza del comportamento altrui¹²⁰.

Ne consegue come lo *step* prodromico consista nell’accertare se ed in che modo una fattispecie penale possa annoverare un evento psichico, con l’obiettivo di verificarne l’affidabilità dal punto di vista epistemologico al fine di oggettivarlo¹²¹. Invero, spiegazioni di natura causale non sembrano

435, il quale analizza l’esclusività di ciascuna esperienza, relativamente a chi la vive in prima persona.

¹¹³ Cfr. SIMONE GOZZANO, *Mente-corpo: identità e spiegazione*, in *Riv. fil.*, 2005, p. 483.

¹¹⁴ Cfr. DOMENICO PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 798; IDEM, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Legisl. Pen.*, 2006, p. 249; IDEM, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004.

¹¹⁵ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Sui “giudizi di fatto” nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, p. 268.

¹¹⁶ Cfr. MASSIMO DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1088; per alcuni riferimenti al c.d. “idealismo penale” cfr. IDEM, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27.

¹¹⁷ In argomento cfr. MICHELE DI FRANCESCO, *Causalità mentale, riduzione e fiscalismo non riduttivo*, in *Sistemi intelligenti*, 2000, III, p. 77 ss.

¹¹⁸ Cfr. FRANCESCA POGGI, *Tra anima e corpo. Il problema degli stati soggettivi nella filosofia della mente contemporanea*, in *Mater. storia cult. giur.*, 2007, p. 161.

¹¹⁹ Cfr. RAFFAELLA CAMPANER, *La spiegazione nelle scienze umane*, Carocci, Roma, 2004, p. 143, ove si evidenzia che “la spiegazione dei processi psicologici è un problema epistemologico specifico della filosofia della psicologia; la causalità mentale, invece, è una questione della filosofia della mente”.

¹²⁰ Cfr. VOLKER GADENNE, *Philosophie der Psychologie*, Hans Huber, Bern, 2004, p. 9.

¹²¹ Cfr. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 15, il quale nota come, ove tale operazione sortisse esito produttivo, sarebbe possibile “prendere in considerazione la causalità psichica, con lo scopo di inferire l’evento da una condotta umana”.

semplici da rinvenire *sic et simpliciter* in via preventiva rispetto all'oggettivazione del fenomeno¹²²; si pensi alla possibilità di confrontarsi con una stessa realtà psichica mediante due diverse modalità: una "ontologica in terza persona", riguardante la formulazione di enunciati epistemici rispetto a stati psichici, ed una "ontologica in prima persona", relativa ai numerosi contenuti soggettivi della conoscenza¹²³.

Così argomentando si giunge all'esigenza di una certa verificabilità, dacché un approccio solo penalistico, più che muovere alla ricerca di un livello soggettivo-ontologico dell'evento psichico, dovrà, invece, "confidare in un criterio oggettivo-epistemico di descrizione dello stesso"¹²⁴. L'individuazione delle varie tecniche di emersione normativa dei fenomeni *de quibus* è, perciò, imprescindibile nell'analisi delle possibili forme di tutela dell'integrità connessa, costituendo una sorta di "standardizzazione"¹²⁵, ovvero di "esteriorizzazione della lesione"¹²⁶, o ancora di programmi di azione, per rimarcare la fruibilità processuale dei requisiti tipici.

¹²² Cfr. REINHARD MERKEL, *Vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Ingeborg Puppes Lehren dazu*, in HANS-ULRICH PAEFFGEN, MARTIN BÖSE, URS KINDHÄUSER (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 166, il quale, elaborando un acuto parallelismo tra causalità mentale e psichica, osserva come la prima costituisca una problematica di tipo filosofico troppo spesso ignorata dalla dottrina penalistica.

¹²³ Cfr. JOHN R. SEARLE, *La mente (Mind. A Brief Introduction)*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2005, p. 89, il quale si scaglia contro "il riduzionismo e la tendenza materialista a considerare la sfera psichica come un epifenomeno della realtà fisica", replicando che "i fenomeni mentali presentano una ontologia in prima persona, nel senso che esistono solo in quanto qualche soggetto umano o animale, qualche 'io', ne ha l'esperienza. E ciò li rende irriducibili a qualsiasi ontologia di terza persona, nonché a qualsiasi modo di esistenza indipendente da qualsiasi soggetto". L'A., successivamente, osserva che "il fatto che gli stati coscienti siano ontologicamente soggettivi, nel senso che esistono solo in quanto esperienze di un soggetto umano o animale, non implica che non sia possibile uno studio scientificamente oggettivo degli stati coscienti. Oggettivo e soggettivo sono sistematicamente ambigui, avendo un senso ontologico ed un altro epistemico. Nel senso epistemico, c'è una distinzione tra le asserzioni di cui si può stabilire la verità o la falsità in via indipendente dalle sensazioni e atteggiamenti. [...] Oltre a questo senso epistemico c'è un senso in cui 'soggettivo' e 'oggettivo' distinguono due modi di esistenza. Gli stati coscienti hanno un modo soggettivo di esistenza [...], ma la soggettività ontologica dell'oggetto di studio non preclude la possibilità di una scienza epistemicamente oggettiva che lo studi" (*Ivi*, pp. 122-123).

¹²⁴ *Ivi*, p. 123: "In effetti, la neurologia è una scienza che si propone di dare una spiegazione scientifica epistemicamente oggettiva di sofferenze, stati d'ansia e altri malesseri riferiti dai pazienti per permetterle la cura mediante tecniche mediche. Ogni volta che sento filosofi e neurobiologi dire che la scienza non può prendere in esame le esperienze soggettive, vorrei mostrare loro i manuali di neurologia in cui scienziati e medici [...] non hanno altra scelta che quella di cercare una spiegazione scientifica delle sensazioni oggettive delle persone, perché il loro fine è aiutare pazienti di fatto sofferenti".

¹²⁵ Cfr. PAOLO VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 289.

¹²⁶ Cfr. GIACOMO PESTELLI, *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive* di jure condendo, cit., p. 1277.

Certamente, la complessità del bene giuridico dell'integrità psichica si confà maggiormente al concetto di "modalità di emersione", giacché sussiste una fase intermedia tra la descrizione dell'oggetto e la formulazione delle tecniche di tutela, che punta alla distinzione fenomenologica interna alle attività psichiche, con contestuale inquadramento nel sistema di tutela penale.

Non sembrano rari, per contro, orientamenti indirizzati, da un lato a ritenere indeterminabili le norme penali che contemplino un evento psichico, in base a quel pregiudizio secondo cui gli stati mentali costituirebbero, nel complesso, un *quid* di inclassificabile¹²⁷; e dall'altro ad optare per la determinatezza, dal momento che "altre norme prevedono diversi eventi psichici della cui verificabilità non può discutersi"¹²⁸. Si tratta di due impostazioni le quali, sebbene antitetiche tra loro, sembrano svilire la differenza tra i vari fenomeni psichici, i quali possiedono una attitudine alla mutazione in base ad eventi che, di volta in volta, ne sono alla base. Di qui l'assunto dirimente, per cui descrivere il substrato psichico costituisce un necessario *prius* per l'interprete ai fini dell'estrapolazione di criteri valutativi, in ordine vuoi alla determinatezza vuoi alla interpretabilità della norma penale¹²⁹.

2. Il contributo della psichiatria nell'elaborazione della fattispecie penale

Quella del rapporto tra scienze penalistiche e psichiatriche¹³⁰ nell'ambito di una piena ed efficiente tutela del bene giuridico dell'integrità psichica

¹²⁷ In questo senso cfr. ADELMO MANNA, *Il nuovo delitto di "atti persecutori" e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in SERGIO VINCIGUERRA, FRANCESCO DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 485.

¹²⁸ Cfr. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del Decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 recante: "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Delibera del 2 aprile 2009, in www.csm.it/circolari, ove la norma dedicata agli atti persecutori è considerata compatibile con il principio di legalità, giacché "l'accertamento di determinati eventi psichici non è ignoto ad altre norme penali" (con esplicito riferimento all'art. 643 c.p. in tema di circonvensione di incapaci).

¹²⁹ Cfr. KRISTIAN KÜHL, *Anmerkungen zum Bestimmtheitsgrundsatz*, in HENDRIK SCHNEIDER, MICHAEL KAHLO, DIETHELM KLESZCZEWSKI (a cura di), *Festschrift für Manfred Seebock zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Walter de Gruyter, Berlin, 2008, p. 64

¹³⁰ Cfr. WINFRIED HASSEMER, *Einleitung. Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht*, in IDEM (a cura di), *Sozialwissenschaften im Strafrecht. Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung*, Luchterhand, Neuwied & Darmstadt, 1984, p. 5; IDEM, *Kriminologie - Strafrecht - Kriminalpolitik*, in ARNO PILGRAM, CORNELIUS PRITZWITZ (a cura di), *Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie '04. Kriminologie, Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 19 ss.

rappresenta una imprescindibile esigenza di approfondimento¹³¹, in particolare con riferimento alla necessità di rinvenire spiegazioni esaurienti in merito alla stessa ontologia degli eventi di natura mentale¹³². Invero, tale snodo afferisce non soltanto al problema della determinatezza¹³³, bensì anche, dal punto di vista costituzionale, al versante della ragionevolezza della norma, attraverso la prospettiva della verifica di una certa adeguatezza scientifica delle scelte incriminanti, nonché “dell’idoneità delle tecniche approntate a soddisfarne gli scopi”¹³⁴.

La complessità e varietà degli approcci psicologici ovvero medico-psichiatrici¹³⁵ alla materia *de qua*, sebbene nella loro insuscettibilità ad essere padroneggiati con destrezza dal giurista, impongono a quest’ultimo di qualificare la prospettiva in oggetto come riferimento primario¹³⁶ degli studi psichici e dei loro risvolti anche in campo giuridico¹³⁷, nonché delle stesse neuroscienze “cognitive”, *id est* “quel complesso di indagini scientifiche concernenti il sistema nervoso, centrale e periferico, in particolare alla sua struttura e funzionamento, ripartite in un ampio numero di specializzazioni accomunate dall’impiego di un metodo sperimentale e volte a porre in luce la base biologica delle espressioni mentali e comportamentali degli esseri viventi [...]”¹³⁸.

Nonostante i rapporti della psicologia con tale branca del sapere non

¹³¹ Cfr. GUGLIELMO GULOTTA, *Il diritto psicologico*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Tomo III - *Criminologia*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 485.

¹³² Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienza penale*, in LUISELLA DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, CEDAM, Padova, 1988, p. 29. Si veda anche MARTA BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema dell’infermità mentale*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Jovene, Napoli, 2007, p. 397 ss.

¹³³ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Sui “giudizi di fatto” nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, cit., p. 281, il quale nota che “il profilo della determinatezza-tassatività - a ben vedere - può finire oggi con l’apparire come una sorta di sineddoche ovvero abbreviazione concettuale di uno scrutinio di costituzionalità di portata ben più ampia, che ha a che fare con l’intrinseca razionalità della fattispecie incriminatrice complessiva”.

¹³⁴ Cfr. SIMONE PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, IV, 2009, p. 817.

¹³⁵ Cfr. PIERO AMERIO, *Il cervello (e la mente), la persona e la società*, in *Psic. Soc.*, 2006, I, p. 9.

¹³⁶ Cfr. PAOLO LEGRENZI, *Il quadro contemporaneo: l’affermarsi della scienza cognitiva*, in IDEM (a cura di), *Storia della psicologia*, 4ª ed., Il Mulino, Bologna, 2010, p. 221; RAFFAELE CATERINA, *Processi cognitivi e regole giuridiche*, in *Sistemi intelligenti*, 2007, II, p. 381; NICOLA LETTIERI, *Fuori da uno splendido isolamento. Le scienze cognitive nell’orizzonte della scienza giuridica*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, II, p. 323.

¹³⁷ Cfr. ERIC RICHARD KANDEL, *A New Intellectual Framework for Psychiatry*, in *American Journal of Psychiatry*, CLV, 1998, 4, p. 457.

¹³⁸ Cfr. LUCA ARNAUDO, *Diritto cognitivo. Prolegomeni per una ricerca*, in *Pol. dir.*, XLI, 2010, 1, p. 102.

sembrino del tutto distesi¹³⁹, non è possibile ignorare le sfide che le neuroscienze, a tutt'oggi, sottopongono al diritto penale¹⁴⁰; quest'ultimo, infatti, è chiamato a rispondere all'esigenza di flettere in disposizioni normative precise le nozioni facenti parte del *know how* psicologico, giungendo, talvolta, a coniarne di nuove *ex nihilo*¹⁴¹. Non può, perciò, venir meno il dialogo interdisciplinare, che culmina nell'accettazione dei nuovi paradigmi¹⁴² subentrati nelle scienze empiriche, quali, ad es., le molteplici svolte giurisprudenziali in tema di imputabilità¹⁴³.

Numerose si sono rivelate, invero, le occasioni nelle quali la riflessione teorica ha abbracciato integralmente modelli esplicativi di tipo totalmente psicologico¹⁴⁴, poiché, già in passato, la psicoanalisi ha influenzato la metodologia di analisi dei fenomeni in questione¹⁴⁵, portando taluni ad evidenziare come il "canto delle sirene"¹⁴⁶ provenga proprio dal campo delle neuroscienze¹⁴⁷. Se da un lato, infatti, un uso troppo esclusivo della psicolo-

¹³⁹ Cfr. MICHAEL GAZZANIGA, *The Mind's Past*, University of California Press, Berkeley, 1998, p. XI, il quale affermava senza mezzi termini che "Psychology itself is dead". In argomento cfr. anche PAOLO LEGRENZI, CARLO UMITÀ, *Neuro-Mania*, in *Giorn. it. psicologia*, 2009, p. 261.

¹⁴⁰ Cfr. TADE MATTHIAS SPRANGER, *Der Einsatz Neurowissenschaftlicher Instrumente im Lichte der Grundrechtsordnung*, in *Juristen Zeitung*, 2009, p. 1033. Sul punto cfr. ANGELO BIANCHI, *Neuroscienze cognitive e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, II, p. 295.

¹⁴¹ Cfr. OTTORINO VANNINI, *Ancora sugli stati emotivi e passionali*, in *Riv. dir. penit.*, 1938, I, p. 320.

¹⁴² Cfr. FRANCESCO CENTONZE, *L'imputabilità: il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 250.

¹⁴³ Cfr. Cass. pen. SS.UU., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394. In argomento cfr. anche GIOVANNI FIANDACA, *L'imputabilità nell'interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 257.

¹⁴⁴ Cfr. HERBERT JÄGER, *Strafrecht und Psychoanalytische Theorie*, in CLAUDIUS ROXIN, HANS-JÜRGEN BRUNS, HERBERT JÄGER (a cura di), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, p. 125. Parla di "diritto penale psicoanalitico" HELMUTH OSTERMEYER, *Strafrecht und Psychoanalyse*, Goldmann, München, 1972, p. 97.

¹⁴⁵ Sul punto cfr. FRANZ STRENG, *Schuld, Vergeltung und Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, p. 637.

¹⁴⁶ L'inciso è di WINFRIED HASSEMER, *Grenzen des Wissens im Strafprozess*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 840.

¹⁴⁷ Cfr. Ass. App. Trieste, 18 settembre 2009, in *Riv. pen.*, 75, 2010, I, p. 70. Nel dibattito scientifico l'apporto delle neuroscienze va dal piano *stricto sensu* processuale, per lo più probatorio, a quello della modifica delle categorie sostanziali, ad es. della colpevolezza. La letteratura sul punto è vasta: si segnalano, *ex multis*, MARTA BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno del paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, III, 2008, p. 325; GUGLIELMO GULOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, in ANGELO BIANCHI, GUGLIELMO GULOTTA, GIUSEPPE SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 3; PIETRO PIETRINI, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti di un approccio neuroscientifico*, in LUISELLA DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, CEDAM,

gia corre il rischio di indurre il diritto penale a rinvenire soluzioni lontane dall'essere verificabili empiricamente¹⁴⁸, smarrendo, di conseguenza, l'ordine gerarchico tra il "giuridico" ed il "normativo"¹⁴⁹, dall'altro le neuroscienze paiono candidarsi al ruolo di pretendenti ad una posizione eccedente la mera funzione empirica, rischiando, così, di "azzerare le prerogative del momento normativo della ricostruzione della responsabilità"¹⁵⁰.

In via generale, dunque, il rapporto tra diritto penale e scienze psichiatriche nel campo della tutela dell'integrità psichica si atteggia in maniera differente a seconda dello specifico profilo esaminato; in punto di responsabilità e di quanto attiene alla sfera personale dell'autore del reato, "la facoltà di un'autonoma ricostruzione di alcuni concetti conosce ragioni sulle quali il penalista non è facilmente disposto a trattare su un piano diverso da quello normativo"¹⁵¹.

Tuttavia il rapporto si fa più stretto allorché si prenda in considerazione l'oggetto e le tecniche di tutela, giacché in questo caso la realtà fattuale costituisce essa stessa un parametro di legittimità delle norme di riferimento. Il confronto si presenta, così, mirato non soltanto alla emersione dei fenomeni psichici, ma anche a fornirne una descrizione psicologica ai fini ampliati-

Padova, 2007, p. 317; ANTONIO FORZA, *Neuroscienze e diritto*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 247. Per apporti da altre culture giuridiche si veda, in area anglosassone, JOSHUA GREENE, JONATHAN COHEN, *For the law. Neuroscience changes nothing and everything*, in SEMIR ZEKI, OLIVER GOODENOUGH (a cura di), *Law & the Brain*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 207, ove si evidenzia come, più che cambiare direttamente gli istituti giuridici, le neuroscienze siano chiamate "a cambiare le modalità con cui le persone intendono le tipologie di attribuzione di responsabilità"; si veda anche ANDREW E. LELLING, *Eliminative Materialism: Neuroscience and the Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, CXLI, 1993, 4, p. 1471. Nella letteratura tedesca interessanti le riflessioni, maggiormente incentrate sul tema della colpevolezza, di ANJA SCHIEMANN, *Kann es einen freien Willen geben? - Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2056; GÜNTHER JAKOBS, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, p. 247; THOMAS HILLENKAMP, *Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter*, in IDEM (a cura di), *Neue Hirnforschung - neues Strafrecht?*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 85 ss.

¹⁴⁸ Cfr. MARCO CASTIGLIONI, ANTONELLA CORRADINI, *Modelli epistemologici in psicologia. Dalla psicoanalisi al costruzionismo*, Carocci, Bari, 2010, p. 149 ss.

¹⁴⁹ Evidenzia FRANCESCO D'AGOSTINO, *Il Diritto come problema teologico e altri saggi di Filosofia e Teologia del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 12, che "ridurre il giuridico al normativo implica il ritenere che sia la norma a dare un fondamento alla coesistenza; mentre è piuttosto la coesistenza [...] a fondare la norma, cioè a strutturarsi normativamente".

¹⁵⁰ Cfr. VITTORIO GALLESE, *Neuroscienze e psicoanalisi: un dialogo impossibile... Per chi?*, in *Giorn. it. psicologia*, 2010, p. 65.

¹⁵¹ Così ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 22. Sul punto cfr. WINFRIED HASSEMER, *Haltet den geborenen Dieb!*, in *www.faz.net*, 15.06.2010, il quale prende netta posizione nei confronti delle influenze neuro-scientifiche sulla responsabilità: "Zu dieser Wirklichkeit haben die empirischen Wissenschaften vom Menschen keinen unmittelbaren und keinen vollständigen Zugang".

vi, poiché “ciò che viene alla luce quando parliamo delle esperienze psichiche non è mai l’esperienza stessa, ma tutto ciò che ne pensiamo allorché vi riflettiamo”¹⁵².

Quello delle neuroscienze rappresenta un terreno privo di monopoli definitivi: lo stato psicologico, invero, si presenta come “relativo alle definizioni sociali della realtà ed è esso stesso definito dal punto di vista sociale; chi analizza il fenomeno psichico lo elabora sulla base di coordinate esterne all’analisi”¹⁵³. Su tali premesse, se le esperienze interiori appaiono nella forma in cui le si rende tramite operazioni di pensiero e se la loro descrizione è influenzata dalla realtà sociale, decidere su ciò che è idoneo ad apparire nel diritto penale, non è una pretesa unidirezionale della scienza penale, bensì discende da una proprietà dell’oggetto discusso. In ciò si verifica il punto di incontro tra i parametri di interpretazione della scienza penale, strutturata in principi¹⁵⁴ ed altre metodologie di descrizione delle categorie del c.d. *Erleben*.

A titolo esemplificativo, nel ritenere incompatibile con il principio di legalità il totale stato di soggezione contenuto nell’art. 603 c.p. in relazione al reato di plagio non ci si trova dinanzi ad un mero confronto tra norma e fatto, bensì ad un *modus* di descrivere un medesimo fatto che muta a seconda della scienza coinvolta. Parimenti, allorché si privilegiasse il punto di vista esclusivamente clinico, piuttosto che tenere in considerazione finanche la versione della vittima e/o la scienza del giudice, ciò sarebbe dovuto al fatto che nel primo punto di vista risiede quell’equilibrato compromesso tra il diritto penale e qualsiasi altra descrizione epistemologica, giacché la clinica elabora discorsi maggiormente condivisi¹⁵⁵, a differenza delle statuizioni del giudicante o dei racconti della vittima che tendono, manifestamente, a derive di stampo solipsistico¹⁵⁶.

¹⁵² Così HANNAH ARENDT, *La vita della mente (The life of the Mind)*, 1978, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 112.

¹⁵³ Sul punto PETER L. BERGER, THOMAS LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale (The Social Construction of Reality)*, 1966, Il Mulino, Bologna, 1969, p. 238, ove si osserva anche che “i problemi di stato psicologico non possono essere risolti senza riconoscere le definizioni della realtà che vengono date per scontate nella situazione sociale dell’individuo. Per dirlo in modo più conciso, lo stato psicologico è relativo alle definizioni sociali della realtà ed è esso stesso definito socialmente”.

¹⁵⁴ Cfr. MASSIMO DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 63 ss.

¹⁵⁵ Cfr. MASSIMO VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 139, ad avviso del quale la necessità di elaborare discorsi condivisi è coerente con il sapere giuridico, che è “un sapere controversiale, appartiene alla *ratio probabilis*, e quindi non può mai imporsi come cogente o sottrarsi alla critica: il giudice può solo - e deve cercare di farlo con la massima cura - cucire con il filo della ragionevolezza *auctoritates* e *rationes* al fine di tessere una rete argomentativa capace di suscitare, nei *partners* ragionevoli, un *ragionevole consenso*”.

¹⁵⁶ Va specificato, peraltro, come il diritto positivo (art. 220, comma 2, c.p.p.) ponga un preciso limite alla perizia psichiatrica sulla personalità di un soggetto e sulle qualità psichiche indipendenti

Sia l'elemento della soggezione che ogni altra costrizione psichica, potrebbero vantare dignità ontologica ed uno o più statuti epistemologici¹⁵⁷ e, nondimeno, "subire" una elaborazione da altre scienze in via incompatibile¹⁵⁸ col diritto penale, ed in particolare con il modo descrittivo conformato alle direttive normative¹⁵⁹.

La sensibilità del giurista risiede, perciò, proprio nell'ottimizzare il dialogo, in virtù della peculiarità della materia in oggetto, creando quella fluida circolazione di concetti psichici nel sistema penale e governandola sotto due punti di vista: uno esterno, tra il sistema penale stesso e le discipline psicologiche, tali ultime rilevanti nella misura in cui riescono a captare il fenomeno in maniera compatibile con la natura normativa della scienza penale; l'altro interno, nel quale il procedimento da eseguire si arricchisce della necessità di depurare un concetto della sua funzione normativa, *aliunde* acquisita, prestando attenzione a che esso non ne possieda un livello tale da renderlo inidoneo a qualunque altra funzione¹⁶⁰.

da cause patologiche dell'imputato, ma non con riguardo alla persona offesa, anche qualora essa sia testimone: sul punto cfr. ANGELO GIARDA, *Art. 220 c. 2 parte B*, in ANGELO GIARDA, GIORGIO SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. I, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 2198. In argomento cfr. anche GIANLUIGI PONTI, *La perizia psichiatrica e psicologica nel quadro della legge penale*, in GUGLIELMO GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 600; ARTURO XIBILIA, *L'esame psicologico e la questione della prova scientifica nel processo*, in LUISELLA DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 282-285.; DIETER RÖSSNER, *Der psychowissenschaftliche Sachverständige als notwendiger Subsumtionspartner der Juristen bei der Herstellung der Fallnorm*, in HEINZ SCHÖCH, HELMUT SATZGER, GERHARD SCHÄFER (a cura di), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Köln-München, 2008, p. 941. Interessanti anche le riflessioni nel campo della medicina legale: su tutti cfr. FRANCESCO INTRONA, MARIO TANTALO, *La perizia in tema di circonvensione di incapace e l'art. 314 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 853; GIUSEPPE TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente incostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1325.

¹⁵⁷ Cfr. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., pp. 24-25.

¹⁵⁸ Cfr. ATTILIO NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 499.

¹⁵⁹ Cfr. CLAUDIUS ROXIN, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, in DIETER DÖLLING (a cura di), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 427 ss.

¹⁶⁰ Cfr. TULLIO PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 121.

3. Manipolazione mentale e tutela della libera formazione della volontà

L'elemento della volontà è suscettibile di essere analizzato attraverso una lente prospettiva differente da quella ordinaria, *rectius* come una entità manipolabile da svariate forme di violenza e, in certi casi, anche annullabile¹⁶¹, in virtù di ciò che è stato qualificato “fisica e chimica dell’anima”¹⁶². La possibilità di manipolare la mente è stata, a lungo, denunciata in svariate sedi, dal punto di vista dell’allarme empirico¹⁶³, pur essendo controversa e dibattuta in ambito scientifico, giacché “la richiesta di un intervento penale, qualora essa trovi la sua genesi in un bisogno irrazionale di sicurezza, non può rappresentare la soluzione ideale ai fini di un controllo dei fenomeni temuti”¹⁶⁴.

Nell’ordinamento italiano la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 603 c.p., in tema di reato di plagio¹⁶⁵, progressivamente distinto da quello di riduzione in schiavitù, ad opera della menzionata sentenza n. 96 del 1981¹⁶⁶ della Corte costituzionale, sembra aver lasciato gli strascichi di un *vulnus* di tutela in punto di sussistenza di una norma dedicata al fenomeno della manipolazione mentale¹⁶⁷, laddove il fenomeno plagiaro pare espunto dal punto di vista giuridico ma non certo sotto il profilo fenomenico.

Nel *common sense*, come è stato posto in luce dalla giurisprudenza tedesca, in un contesto ove non sembrava urgente appurare alcuna verità scientifica di un simile concetto ed in un ordinamento orbo di una norma penale analoga, “ai concetti «manipolazione» e «manipolare» [...], viene connessa non solo l’immagine di un influsso di persone su altre persone. Piuttosto, con l’uso di queste parole, viene evidenziata anche la concezione del dirigere e guidare le persone senza o contro la loro volontà¹⁶⁸, dell’utilizzo delle medesime come oggetto e del procacciamento di vantaggi in modo

¹⁶¹ Cfr. ANTONIO DESSI, *Appunti in materia di plagio*, in *Arch. pen.*, 1961, II, p. 354.

¹⁶² Cfr. THEO LÖBSACK, *Die manipulierte Seele*, Econ, Düsseldorf-Wien, 1979, p. 49.

¹⁶³ Ad avviso di FRANCESCO VIOLA, GIUSEPPE ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 274, “poiché nel diritto sono presenti momenti normativi e momenti empirici, le norme vanno arricchite con l’empiria e i casi concreti con la normatività, [...] ritrovando una legalità che non è soltanto riposta nel testo, ma che esige senza sosta di uscirne e di rimisurarsi con il dato sociale [...]”.

¹⁶⁴ Cfr. ENZO MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, II, p. 88.

¹⁶⁵ Ricorda ALESSANDRO USAI, *L’evoluzione del delitto di plagio nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 709, che il legislatore del 1930 creò “inconsapevolmente una fattispecie non complementare al delitto di riduzione in schiavitù (in particolare alla condizione analoga), ma da questa diversa”.

¹⁶⁶ Cfr. GIUSEPPE LA CUTE, *Nota a Corte cost. n. 96/81*, in *Riv. polizia*, 1982, p. 237.

¹⁶⁷ Cfr. CRISTINA COLOMBO, *La manipolazione mentale e le sette sataniche tra fattispecie penali e diritti costituzionalmente garantiti*, in *Riv. pen.*, 2010, II, p. 1071.

¹⁶⁸ Cfr. FRANCESCO MERCADANTE, *Inespropriabilità della persona*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1969, p. 149 ss.

truffaldino ovvero non proprio legale”¹⁶⁹. Il fenomeno della manipolazione mentale è stato altresì definito alla stregua di “riprogrammazione emotivo-culturale di un individuo, con la conseguente destrutturazione percettivo-ambientale”¹⁷⁰.

Dal novero di simili definizioni, escludendo il riferimento ad uno sfruttamento di tipo economico¹⁷¹ mediante violenza¹⁷², che affonda le proprie origini nel diritto romano¹⁷³, emerge una nota di tipo quantitativo dell’effetto manipolativo: in altri termini si suppone che la volontà altrui possa essere totalmente guidata, con la conseguente reificazione¹⁷⁴ del soggetto passivo¹⁷⁵. In tal modo la manipolazione si innesta in quel processo di condizionamento sul comportamento altrui¹⁷⁶; e tuttavia, rispetto a forme analoghe, quest’ultimo giunge ad un risultato ben più complesso, *ectius* una “deprogrammazione”¹⁷⁷

¹⁶⁹ Cfr. BVerfG, *Beschluß vom 26.06.2002*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2626.

¹⁷⁰ Così FRANCESCO BRUNO, FRANCESCO BARRESI, VINCENZO MASTRONARDI, MORENO FIORI, *Sette religiose e satanismo criminale; aspetti criminologici e psichiatrico-forensi*, in VITTORIO VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, 2° ed., Elsevier, Milano, 2010, p. 413.

¹⁷¹ La definizione è di FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, 4ª ed., CEDAM, Padova, 2012, p. 289.

¹⁷² Cfr. Ass. Taranto, 26 gennaio 1935, in *Corte Ass.*, 1935, p. 177.

¹⁷³ Si veda PAOLO, *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, 14, 2, I, il quale con il termine *plagium* (πλάγιον), indicava il comportamento di colui “*qui civem romanum ingenuum, libertinum servumve alienum celaverit, vendiderit, vinxerit, compraverit*”. Accanto al fenomeno del plagio si poneva quello del carcere privato, consistente nell’atto di impossessamento di una persona non al fine di sottometterla in schiavitù ma per altri scopi: sul punto cfr. MARCELLO MOLÈ, *Plagio (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1966, p. 116.

¹⁷⁴ Osserva MARIO MANFREDI, *Soggezione interpersonale e reato di plagio*, Adda, Bari, 1976, p. 34, che “la reificazione è comunque già avvenuta a livello teorico. Sarebbe, quindi, proprio nel pensiero di coloro che considerano la libertà, volontà e personalità come beni di proprietà del soggetto e pertanto suscettibili di sottrazione. La personalità è una cosa che l’uomo possiede; quindi può essere sottratta; dunque si deve prevedere un delitto, che chiamiamo plagio, consistente nella sottrazione della personalità. E anche: la volontà è una facoltà dell’anima, una sua funzione; in quanto funzione, può essere impedita; deve esistere un reato consistente nell’impedire di volere liberamente e questo reato è il plagio”.

¹⁷⁵ Cfr. EUGENIO FLORIAN, *Trattato di diritto penale. III. Delitti contro la libertà individuale*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 232.

¹⁷⁶ Parla di una “libertà dei servi” ROBERTO ESCOBAR, *Il silenzio dei persecutori ovvero il coraggio di Sberazád*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 81.

¹⁷⁷ Il termine in questione è utilizzato, invero, anche per indicare l’attività di quanti sottopongono i soggetti ritenuti “plagiati” ad un ricondizionamento “in positivo” della propria personalità, al fine di annullarne gli effetti etero-indotti: sul punto si segnala la brillante disamina svolta da ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, 10ª ed., Giuffrè, Milano, 2005, pp. 20-21: “La difficoltà di approntare strumenti giuridici in grado di tutelare i soggetti dagli abusi della libertà di proselitismo necessariamente riconosciuta ai movimenti religiosi o sedicenti tali, abusi veri o presunti che comunque conducono ad una scelta religiosa che il senso comune è indotto a ritenere non liberamente formata, innesca talvolta delle reazioni a catena in cui

dell'intera personalità¹⁷⁸.

Non appare, però, sufficientemente delineata la distinzione delle modalità di tipo qualitativo con cui la manipolazione mentale differisce dalla compressione di altrui volontà operata mediante tecniche costrittive, giac-

ad un torto (vero o presunto che sia) si cerca di riparare con un altro torto. Spesso, infatti, l'opera di convincimento svolta dai nuovi movimenti religiosi ha come risultato che il soggetto destinatario dia al gruppo un'adesione che comporta un coinvolgimento totale, che induce il soggetto stesso a troncargli nettamente le occupazioni della vita quotidiana e le relazioni legate al suo *status* [...]. Si comprende che una svolta così radicale possa avere un effetto traumatico rispetto alle attese della famiglia, che spesso non accetta con rassegnazione questa decisione del singolo, e cerca di legittimare la sua reazione di fronte all'opinione pubblica creando nella stessa la convinzione che quella del congiunto non è stata in realtà una coraggiosa scelta autonoma, bensì il frutto di quella pratica - connotata da forte riprovazione sociale - chiamata lavaggio del cervello. Sono ormai noti a tutti i casi di famiglie americane che si affidano a veri e propri professionisti - i c.d. *deprogramatori* - i quali [...] rapiscono sostanzialmente i figli [...] che hanno aderito radicalmente al gruppo religioso seguendolo nel suo stabilirsi in un certo luogo, e li restituiscono alla famiglia dopo aver condotto nei loro confronti - attraverso tecniche lesive della dignità della persona umana - una sorta di *contro-lavaggio del cervello* (corsivo nostro). Si tratta di episodi molto gravi, che dovrebbero comportare precise responsabilità penali: la benevolenza dei giudici nei confronti di quei parenti *rapitori* e dei *deprogramatori*, che vengono assolti per aver agito in una situazione di 'emergenza' o, per dirla in termini a noi più accessibili, in 'stato di necessità' - presuppone l'efficacia della campagna intesa a convincere che l'adesione religiosa sia stata il frutto di un lavaggio del cervello. In realtà, l'assoluzione dei *deprogramatori*, sarebbe accettabile solo se fosse acquisita la dimostrazione sicura [...] circa la illiceità della tecnica adoperata dal gruppo religioso per convincere il giovane ad abbandonare la famiglia per seguire il gruppo stesso. In mancanza di una dimostrazione del genere, il comportamento dei parenti non solo è particolarmente lesivo della libertà religiosa del figlio, ma configura pure tutta una serie di reati, dal sequestro di persona alla violenza privata". Sul punto cfr. FRANCIS MESSNER, *La répression des déviances religieuses aujourd'hui: le cas de les déprogrammations aux USA*, in *Praxis juridique et religion*, 1985, p. 53. Particolarmente interessante anche una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, investita del problema con la sentenza *Riera Blume et al. vs Spagna* del 1999, con cui la Corte ha riscontrato una violazione della Convenzione da parte dello Stato, anche se il rapimento e la deprogrammazione erano stati effettuati dai genitori e da un'associazione anti-setta. Dunque, anche se nel caso *de quo* non si era potuta individuare una diretta colpevolezza degli organi di polizia spagnola si è comunque ravvisata una violazione dell'art. 5.1. della Convenzione [...] anche se la Corte ha preferito non pronunciarsi sulla violazione dell'art. 9, ma ha chiaramente stabilito che il diritto alla libertà religiosa deve essere protetto in maniera assoluta e non può assumere rilevanza l'ostilità espressa dai familiari verso le scelte religiose dei propri figli: cfr. Corte Europea Diritti dell'Uomo, *Riera Blume et al. c. Spain*, 14 ottobre 1999, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, III, p. 799 ss. e commentata da AUGUSTIN MOTILLA, *Desprogrammacion y libertad religiosa (a proposito de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos Riera Blume v. España, de 14 de octubre de 1999)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, III, p. 823, il quale nota che "son evidentes las dificultades con que se enfrentan los poderes publicos al intentar conciliar la protección de las personas frente al dominio de las organizaciones"; l'A. sottolinea anche la semplicità con cui i pregiudizi sociali che si nutrono verso le medesime organizzazioni possano influenzare l'opinione pubblica e gli organi giurisprudenziali, che, partendo dalla qualifica del gruppo come "settario", qualificano "las acciones de los inculpados [...] como de caracter altruista". Cfr. anche Trib. prov. Barcellona, Sez. VI, 7 marzo 1990, n. 69, in *Dir. eccl.*, 1990, II, p. 312, ove si ribadisce che "si el movíl fué legítimo, filantropico y bien intencionado y no se trató de privarla ilegalmente de su libertad", non era possibile accusare i funzionari di polizia "rei" di aver consegnato gli adepti ai familiari ed ai *deprogramatori*.

¹⁷⁸ Cfr. STEVEN HASSAN, *Mentalmente liberi. Come uscire da una setta*, Avverbi, Roma, 1999, p. 145.

ché la persona in oggetto non sempre subisce una costrizione, salvo invocare l'espedito retorico per il quale essa sarebbe sempre e comunque costretta, perché il suo consenso è in ogni caso viziato, proprio per effetto della manipolazione subita. Vieppiù che nulla esclude che un soggetto, piegandosi alla manipolazione, senta realizzata la sua personalità¹⁷⁹ o, ancora, scopra la sua reale natura¹⁸⁰, proprio nella situazione in cui è indotto a seguito del processo manipolativo¹⁸¹, facendo così venir meno la necessità della repressione penale¹⁸²: il prolungato uso del termine costrizione, in tal caso¹⁸³, costituirebbe un evidente fuoripista dai suoi limiti semantici¹⁸⁴.

Più corretto sembrerebbe, invece, riportare l'oggetto della manipolazione al concetto stesso di integrità psichica¹⁸⁵ come tratteggiato in precedenza, in base agli utili apporti della c.d. "teoria riflessiva" della volontà¹⁸⁶, secondo cui la capacità del soggetto di riflettere sulla propria volontà condurrebbe ad una stratificazione della medesima, al punto che un individuo può dirsi libero non solo nella misura in cui protende il suo desiderio verso qualcosa, bensì allorché "vuole che un certo desiderio costituisca la sua volontà"¹⁸⁷.

Su tale aspetto è stato osservato, in maniera non poco critica, come il soggetto passivo dovrebbe essere considerato pur sempre dotato di una, seppur ridotta, sfera di libertà, giacché in grado di volere che quel deside-

¹⁷⁹ Intesa, per dirla con GIULIANO VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 681, come elemento la cui sfera giuridica si caratterizza per "un legame al diritto naturale nei suoi presupposti" nonché per il "carattere essenziale degli interessi in essa diffusi quanto al suo contenuto".

¹⁸⁰ Cfr. SILVIA TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 49.

¹⁸¹ Cfr. FRANCO CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 575, ove si evidenzia come l'obbedienza cieca, la sottomissione ad un'autorità, "riescono sicuramente più facili, anche dal punto di vista psicologico, rispetto all'assoggettamento alla ragione normativa, che richiede una vita morale progredita, ma può degenerare in un vero e proprio spirito di schiavitù ed assoggettamento schiavistico".

¹⁸² In questo senso CARLO ENRICO PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985, p. 202 ss.

¹⁸³ Cfr. EILEEN BARKER, *The Making of a Moonie: Choice or Brainwashing?*, Blackwell, New York, 1984, p. 122 ss.

¹⁸⁴ Cfr. THOMAS W. KEISER, JACQUELINE L. KEISER, *The Autonomy of Illusion. Religious Cults and Destructive Persuasion*, Charles L. Thomas Pub. LTD, Springfield, 1987, p. 13, nel senso di ritenere il concetto di "persuasione coercitiva" inadatto alle realtà dei culti.

¹⁸⁵ Cfr. JAN CHRISTOPH BUBLITZ, REINHARD MERKEL, *Autonomy and Authenticity of Enhanced Personality Traits*, in *Bioethics*, XXIII, 2009, p. 364.

¹⁸⁶ Cfr. HARRY FRANKFURT, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in *Journal of Philosophy*, LXVIII, 1971, 1, p. 5.

¹⁸⁷ Cfr. LUCA FONNESU, *Sulla filosofia pratica di Harry Frankfurt*, in *Riv. fil.*, 2010, p. 422.

rio, sebbene oggetto di manipolazione, costituisca il fine della sua volontà: ciò andrebbe a contraddire il corretto utilizzo del lemma “libertà”¹⁸⁸, per lo meno nel caso in cui proprio da essa si voglia far discendere la responsabilità morale¹⁸⁹.

Per essere precisi, tuttavia, la manipolazione non pare concernere, *sic et simpliciter*, ciò che in un certo momento si vuole, ma interessa i meccanismi attraverso i quali la volontà si forma nel tempo, intendendosi, con ciò, la non appartenenza al soggetto attivo dei processi dai quali la volontà attinge sia forma che sostanza. La volontà viene ad assumere, in tal modo, un rilievo semantico in parte avulso da quello della sua proiezione sociale, *id est* l'autodeterminazione; allorché, invero, si verificasse un'alterazione dei meccanismi formativi della volontà medesima, essa si collocherebbe nell'ambito della integrità, come puro limite della persona.

Dal campo dell'integrità psichica, in tal modo, quale strumento di riconoscibilità dei motivi alla base delle proprie scelte, ci si sposta al campo dell'integrità intesa come *test* di autenticità dei processi genetici della libertà, *background* teorico della manipolazione¹⁹⁰.

4. Brainwashing e nuovi movimenti religiosi: un connubio problematico

L'espressione più conosciuta del fenomeno della manipolazione mentale è stata individuata, da tempo, nel c.d. “lavaggio del cervello”¹⁹¹ o *brainwashing*, concetto elaborato intorno agli anni '50 per indicare il mutamento di opinione di alcuni militari americani a seguito di trattamenti subiti nei campi di prigionia della Corea del Nord¹⁹². Le prime elaborazioni del *brainwashing* si richiamano alla tecnica della riforma del pensiero¹⁹³, che la stampa americana riportò essere praticata all'interno delle prigioni cinesi (“*brainwashing*”

¹⁸⁸ Cfr. JOHN FISCHER, *Responsibility, History and Manipulation*, in *Journal of Ethics*, IV, 2000, 4, p. 387.

¹⁸⁹ Cfr. JOHN FISCHER, *Responsibility and Manipulation*, in *Journal of Ethics*, VIII, 2004, 2, p. 145.

¹⁹⁰ *Contra* PETER BAUMANN, *Handlung, Willensbildung und Macht*, in *Conceptus*, LXXII, 1995, 3, p. 35, ad avviso del quale per “manipolazione” deve intendersi una “alterazione ingannevole degli scopi”.

¹⁹¹ Cfr. ALESSANDRO USAI, *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 21.

¹⁹² Cfr. ROBERT J. LIFTON, *Home by Ship: Reactions Patterns of American Prisoners of War Repatried from North Korea*, in *American Journal of Psychiatry*, CX, 1954, p. 732.

¹⁹³ Cfr. KATHLEEN TAYLOR, *Brainwashing. La scienza del controllo del pensiero (Brainwashing. The Science of Thought Control)*, 2004), Castelvecchi, Roma, 2008, p. 17.

è proprio la traduzione del cinese “*hsi nao*”)¹⁹⁴, anche se l’orientamento ideologicamente schierato dell’epoca rivestì una ruolo decisivo nei confronti dell’attendibilità dei suddetti studi di settore¹⁹⁵, parlandosi addirittura di “crimine di menticidio”¹⁹⁶.

A dispetto delle incertezze semantiche, il paradigma del *brainwashing* ha trovato applicazione nel campo di studio dei nuovi movimenti religiosi¹⁹⁷, ovvero culti¹⁹⁸, o, a giudizio di alcuni, “minoranze

¹⁹⁴ In argomento cfr. EDWARD HUNTER, *Brain-Washing in Red China. The Calculated Destruction of Men's Minds*, Vanguard Press, New York, 1953.

¹⁹⁵ Cfr. ALBERT D. BIDERMAN, *The Image of “Brainwashing”*, in *Pub. Op. Quarterly*, XXVI, 1962, 4, p. 547.

¹⁹⁶ Cfr. JOOST MERLOO, *The Crime of Menticide*, in *American Journal of Psychiatry*, CVII, 1951, p. 594.

¹⁹⁷ Cfr. GIOVANNI FILORAMO, *Nuove religioni: problemi e prospettive*, in *Riv. stor. lett. relig.*, 1979, p. 445, il quale si domanda se l’aggettivo “nuovo” stia a significare “una rivellazione di nuovi contenuti, una rispondenza a nuovi bisogni del mondo moderno oppure un messaggio di rottura con questo mondo”. Ad avviso di MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in IDEM (a cura di), *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 285, “l’utilizzazione, per queste nuove religioni, del termine setta non convince pienamente, data la loro autonomia e varietà. Più corretto sarebbe parlare di culti, escludendo da tale denominazione ogni significato dispregiativo. Ancor più confacente apparirebbe il ricorso alla categoria, anch’essa sociologica, di movimento religioso, che lega i mutamenti umani all’ingerenza effettiva di forze soprannaturali, con manifestazioni di protesta che si basavano su nuove istanze religiose”. Per JEAN SÉGUY, (voce) *Églises et sectes*, in *Encyclopédie Universalis*, vol. VII, Paris, 1993, p. 981, “*les termes d’Eglise, de confession, de dénomination, de secte appartiennent au langage ecclésiastique et théologique*”. Definisce la religione come una “combinazione di forme ed atti simbolici che pongono l’individuo in relazione con le condizioni ultime della propria esistenza”, ROBERT NEELLY BELLAH, *Religious Evolution*, in *American Sociological Review*, XXIX, 1964, p. 359. Ancor più vasta la definizione proposta da PIERRE BOURDIEU, *Genèse et structure du champ religieux*, in *Revue Française Sociologie*, XII, 1971, p. 299, come “un système de croyances et de pratiques religieuses [...] expression plus ou moins transfigurée des stratégies des différents groupes de spécialistes placés en concurrence pour le monopole de la gestion des biens de salut et des différentes classes intéressées à leurs services”. Per ÉMILE BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, vol. I, Minuit, Paris, 1969, p. 266, il concetto *de quo* non sarebbe esprimibile in positivo, ma “*on ne saurait concevoir clairement, donc dénommer la religion qu’à partir du moment où elle est délimitée, où elle a un domaine distinct, où l’on peut savoir ce qui lui appartient et ce qui lui est étranger*”. Nell’identificazione del fenomeno religioso, secondo DOMENICO BARILLARO, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 104, “è possibile rintracciare alcune espressioni universali: quella teoretica (sistema di credenze), quella pratica (sistema di culto) e quella sociologica (sistema di relazioni sociali)”. Ad avviso di REGINALD BIBBY, *Searching for invisible thread: Meaning systems in contemporary Canada*, in *Journal for the Scientific Study of Religion*, XXII, 1983, 2, p. 103, “le prospettive religiose implicano la possibilità che la nostra esistenza abbia un significato precedente a quello che noi come esseri umani decidiamo di darle. Al contrario, la prospettiva umanistica lascia da parte la ricerca del significato dell’esistenza per preoccuparsi, piuttosto, di dare un significato all’esistenza”.

¹⁹⁸ Cfr. CECILIA GATTO TROCCHI, *Le sette in Italia*, Newton Compton, Roma, 1994, p. 12. Distingue i culti dalle altre organizzazioni religiose sulla base del criterio epistemologico e di quello che pone al centro dell’attenzione il rapporto, più o meno conflittuale, con il resto della società, ROY WALLIS, *Coping with institutional fragility: an analysis of Christian Science and Scientology*, in IDEM (a cura di), *Salvation and Protest: Studies of social and religious movements*, Francis Pinter, London, 1979, p.

religiose”¹⁹⁹, visti quasi come forme sostitutive nell’attuale crisi delle religioni istituzionali²⁰⁰ e definiti anche, con tono non certo poco dispregiativo²⁰¹, “sette”²⁰², concepite in termini di “gruppi spontanei ai quali si aderisce

25. Cfr. anche BRYAN WILSON, *Religion in Sociological Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 1982, p. 89, il quale sottolinea che “*in English, it is a term that designates a religiously separated group, but in its historical usage in Christendom it carried a distinctly pejorative connotation. A sect was a movement committed to heretical beliefs and often to ritual acts and practices likes isolation that departed from orthodox religious procedures*”. In riferimento al contesto delle pratiche di culto, esso è anche definito come un processo di relazioni tra uomini ed entità sacre che consiste nella “*célébration de cérémonie organisées en vue de l’accomplissement par des personnes réunies par une meme croyance religieuse, de certains rites ou des certaines pratiques*”: così Conseil d’Etat, 24 ottobre 1997, in *Revue Français Droit Administratif*, 1998, p. 67. Con riferimento ai parametri delineati nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo è stato evidenziato che “*la référence aux libertés de pensée et de conscience exclut a priori qu’il englobe la référence à des valeurs absolues comme la science ou l’humanité qui, du moment qu’elles ne sont pas combinées avec la puissance divine, ressortissent à la liberté de pensée, à la conscience non-religieuse*”: così GÉRARD GONZALES, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme et la liberté de religion*, Cerc, Paris, 1997, p. 37.

¹⁹⁹ Si veda SILVIO FERRARI, *Comportamenti “eterodossi” e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali nell’esperienza giuridica più recente*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 271, il quale preferisce tale dizione, o quella di “movimenti religiosi marginali”, poiché “il fenomeno cui ci si riferisce comprende anche gruppi di lunga tradizione in altre parti del mondo, che si sono sviluppati in Italia in tempi successivi, venendo percepiti come nuovi”.

²⁰⁰ Cfr. ÉMILE DURKHEIM, *Forme elementari della vita religiosa*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, p. 456. Per AUGUSTO DEL NOCE, UGO SPIRITO, *Tramonto o eclissi dei valori tradizionali*, Rusconi, Milano, 1972, p. 175, “il fenomeno del crollo degli ideali tradizionali ha dimensioni mondiali [...]”.

²⁰¹ Cfr. SEGRETARIATO PER L’UNITÀ DEI CRISTIANI, *Il fenomeno delle sette o nuovi movimenti religiosi. Sfida pastorale*, in *La Civiltà Cattolica*, 1986, III, p. 26 ss.

²⁰² Etimologicamente il sintagma “setta” presenta una doppia origine semantica: dal latino *secare*/tagliare o *sequi*/seguire, indicando, nel primo caso, un gruppo di persone che si allontana volontariamente da un contesto ove si presenta come dissidente; nel secondo un gruppo di seguaci di un leader, preteso detentore di una verità. Il termine compare anche in *At* 24, 14, ove Paolo afferma: “servo il Dio dei miei padri, con piena fede in tutte le cose scritte, nella legge e nei profeti secondo la strada che voi chiamate setta”. Cfr. anche MAX BOUDERLIQUE, *Sectes. Les manipulations mentales*, Chronique Sociales, Lyon, 1990, p. 12, il quale ricostruisce che la nozione di setta può derivare: “a) du latin *secare*=couper. Ceci indique qu’il s’agit d’un groupe de persone qui se coupe volontairement d’une organisation dont elle serait en quelque sorte dissidente (par exemple d’une Eglise). Ici, nous considérons cette coupure comme encore plus radicale et se posant par rapport à l’ensemble de la société humaine telle qu’elle existe actuellement. Ceci se manifeste par la prétention à une idéologie, à des croyances, à des modes de vie différents de ceux communément admis; b) du latin *sequi*=suivre. Ceci suppose donc un gourou (guide) que l’on suit parce qu’il détient toute vérité. Le gourou peut être connu ou se dissimuler derrière, par exemple, un livre ‘sacré’ ou des ‘maîtres’ extérieurs, ou être mort. Dans ce dernier cas, quelqu’un, chargé de transmettre son ‘enseignement’, en tiendra lieu de fait”. Nella dottrina penalistica si rinvia a MICHELE DEL RE, *L’abuso rituale dei minori: una forma estrema di aggressione all’integrità psichica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, I, pp. 228-229. Sul fenomeno settario in generale cfr. IGNACIO FONT BOIX, *El concepto de manipulación mental en relación con las llamadas sectas*, in *Ius Canonicum*, LXXXIII, 2002, 12, p. 331. Interessante quanto sviluppato da RICHARD NIEBUHR, *Essays in Applied Christianity*, Meridian Books, New York, 1959, p. 37, il quale, evidenziando come una delle differenze tra “Chiese tradizionali” e “sette” sia rinvenibile nel fatto che le prime tendono ad entrare in compromesso con il mondo, evitando la necessaria “lotta contro di esso”, afferma: “In general terms the problem could be put like this: the church knows that Christianity in an absolute

personalmente, che si pongono nei confronti della società in maniera non conformista²⁰³, portatori di impianti valoriali “alieni”²⁰⁴ nonché di diversità accattivanti²⁰⁵, vendendo il proprio messaggio ed i propri strumenti di salvezza²⁰⁶.

La *vexata quæstio* del *brainwashing*, applicata al settore ecclesiasticistico, sembra complicarsi ulteriormente, attesa la ben nota difficoltà di fornire una definizione adeguata di confessione religiosa²⁰⁷ (e di cosa, in via speculare, se

sense cannot defeat the world. It knows that men will continue to live in a world of sin and that both as individuals and more particularly as social groups there is a law in their members which wars against the law that is in their mind. It knows that human lives can be transformed by the grace of God, but it also knows that the grace of God must express itself not only as a power unto righteousness but as forgiveness of sins. Hence the sacramental emphasis of the church. Frequently the church is betrayed into a premature compromise with the world”. La setta è vista, poi, da PHILIPPE MALAURIE, *Droits, sectes et religion*, in *Archives de philosophie du droit*, XXXVIII, 1993, p. 213, come una “*communauté religieuse minoritaire et séparatiste, qui a le sentiment d’être persécutée, particulièrement intransigente, convaincue de ses différences et de sa supériorité, et dont l’organisation est très structurée les méthodes actives et le prosélitisme ardent*”. Sulla differenza tra chiese, culti e sette cfr. GERMANA CAROBENE, *Scientology tra religione e sanzione*, Liguori Editore, Napoli, 2012, p. 23, nel senso che “sia la chiesa che la setta rivendicano una legittimità esclusiva, mentre il culto e la ‘denominazione’ adottano un individualismo epistemologico che consente ai loro seguaci un certo grado di libertà di coscienza e di divergenza dottrinale, e implica altresì il riconoscimento di pari o quasi eguale legittimità ad altri movimenti con orientamenti analoghi”. Cfr. anche JEAN-PAUL COSTA, *Sectes et religion: où sont les différences?*, in AA.VV., *Études en l’honneur de G. Depuis*, LGDJ, Paris, 1997, p. 82, il quale ritiene le differenze tra sette e religioni “*nulle part et partout, et d’ailleurs peu importe*”. L’inutilità di una tale concezione è ribadita anche da FRANÇOIS TERRÉ, *Les sectes en France*, in *Revue de sciences morales et Politiques*, III, 1994, p. 331.

²⁰³ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuovi movimenti e confessioni religiose nell’esperienza italiana*, in IDEM, *Scritti di diritto ecclesiastico*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 311.

²⁰⁴ Cfr. RAFFAELE COPPOLA, *L’esclusivismo degli ordinamenti religiosi*, in *Dir. eccl.*, CVII, 1996, I, p. 165. Interessante la riflessione di FRANCESCO VIOLA, *Identità personale e collettiva nella politica della differenza*, in FRANCESCO D’AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 163, il quale parla di “[...] situazioni di anomia e disgregazione sociale e di mancanza di stabili modelli culturali di riferimento, cioè di situazioni in cui gli individui vengono a mancare di risorse per lo sviluppo di identità autonome e riflessive”; il pensiero richiama anche le considerazioni di MICHAEL J. SANDEL, *Morality and the Liberal Ideal*, in *New Republic*, CXC, 1984, 7, p. 17. Parla di frizioni destinate ad esplodere “sul terreno intraculturale” MARCELLO MATTÉ, *Religioni e geostrategia*, in *Il Regno - Attualità*, 41, 1996, X, p. 280.

²⁰⁵ Per GIANNI VATTIMO, *La società trasparente*, Garzanti, Milano, 2000, p. 93, la diversità “anziché apparire come un ostacolo da rimuovere, tende [...] a configurarsi come una *chance* da cogliere”.

²⁰⁶ Parla di gruppi gestiti da “ciarlatani con pochi scrupoli” FRANCESCO SIDOTI, *La funzione politica della religione*, in *Studi sociol.*, 1991, II, p. 199.

²⁰⁷ Cfr. CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 191, il quale nota come “si deve concludere che non esiste a tutt’oggi un criterio dogmatico valido per distinguere una volta per tutte ciò che è religione da ciò che non lo è, dal momento che le zone grigie della problematica religiosa sono destinate a permanere, e a modificarsi nel tempo, insieme all’evolversi della cultura e del costume”. Resta, comunque, paradigmatica la nozione di FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 9° ed., Zanichelli, Bologna, 2003, p. 69, come “comunità sociale stabile con una propria organizzazione e avente una concezione originale del mondo basata sulla

presenza di un Essere trascendente e tesa alla salvezza dell'anima". Ad avviso di TOMMASO MAURO, *Considerazioni sulla posizione dei ministri di culto acattolici nel diritto vigente*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 110-114, una confessione potrebbe definirsi come "gruppo sociale, formato dagli individui professanti una medesima fede", nell'identificazione della quale "occorre il concorso di due elementi (principi e riti)". Sulla distinzione tra una confessione religiosa ed un'associazione, rileva poi SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3^a ed., CEDAM, Padova, 1986, p. 104, che "si deve concludere che manca qualsiasi criterio sicuro che valga a far distinguere tra loro le confessioni religiose dalle associazioni religiose, e che queste due 'associazioni tipiche' rientrano nella generale categoria delle formazioni sociali con finalità religiosa". Si è anche notato che "la categoria di confessione religiosa si applicherebbe a quei soggetti sociali che, mediante l'esercizio della potestà statutaria, oltrepassano, per così dire, l'ambito del lecito materiale per costituire determinati effetti giuridici nell'ordinamento statale, sottraendo, simmetricamente, alla (etero) normazione degli organi pubblici relativi settori di intervento": in questi termini GIOVANNI GUAZZETTA, *Considerazioni sui rapporti tra libertà di associazione, potere delle confessioni religiose acattoliche e diritti dei fedeli alla tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 71. Evidenzia SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in VITTORIO PARLATO, GIOVANNI BATTISTA VARIER (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 20, che occorre pervenire "all'affermazione di un criterio di qualificazione incentrato sulla funzione (anziché sul contenuto) della religione e sul ruolo che essa gioca nella vita dell'uomo". Di estremo interesse una delle soluzioni adottate dall'ordinamento giuridico americano, nella cui legislazione pure risulta assente una compiuta definizione di confessione religiosa, ma dove tuttavia il sistema di *Common law* ha imposto la strutturazione del concetto demandandolo alle pronunce delle Corti: si veda, *ex multis*, il caso *United States vs. Seeger*, in *U.S. Reports*, CCCLXXX, 1965, p. 176, ove, in un caso di obiezione di coscienza al servizio militare, sorge la questione dell'interpretazione dell'*Universal Military Service and Training Act*, nella parte in cui contempla il beneficio dell'esenzione solo quando l'obiezione di coscienza derivi direttamente dalla formazione o fede religiosa del soggetto. La controversia veniva risolta in base ad una interpretazione estensiva della norma, ritenendo che la locuzione "*religious training and beliefs*" è suscettibile di ricomprendere anche un credo non teista, purché si sostanzi in una convinzione autentica fondata su un essere o su di una fede da cui tutto dipende ("*sincere religious beliefs which [are] based upon a power, or being, or upon a faith, to which all else is subordinate or upon which all else is ultimately dependent*"), legittimando, in tal modo, una nozione di confessione incentrata su un credo di natura etico-morale. In senso contrario alcuna dottrina americana ha ritenuto che "*there is no accepted definition of 'religion' for constitutional purposes, and no satisfactory definition is likely to be conceived*": così PHILIPP E. JOHNSON, *Concepts and Compromise in First Amendment Religious Doctrine*, in *California Law Review*, 1984, V, p. 821. Quasi unanime il rigetto del criterio della c.d. "autoqualificazione": per tutti cfr. FRANCESCO ONIDA, *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei: Scientology e il concetto giuridico di religione*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1998, I, p. 280, ove si sottolinea "l'inaccettabilità giuridica di rimettersi alla mera auto qualificazione [...] e comunque l'inutilità di una accezione così lata da risultare praticamente sconfinata". Tuttavia una edulcorazione del criterio è offerta da GIOVANNI DI COSIMO, *Alla ricerca delle confessioni religiose*, in *Dir. ecl.*, CIX, 1998, I, p. 431, il quale propone di adottare, sì, il criterio dell'autoqualificazione, ma di sottoporre i parametri al controllo dei competenti organi statali, che si trasformano "da criteri di definizione a test di conferma dell'autoqualificazione". In tal modo si verificherebbe "la reale natura del gruppo, rispettando la libertà di coscienza delle persone che vi aderiscono" (*Ivi*, p. 432). Ciò, tuttavia, non esime lo Stato dall'assumere un atteggiamento di partenza ispirato alla totale apertura, giacché "qualunque pensiero si proponga come religioso va accettato per tale, perché la prima incostituzionale limitazione della libertà religiosa si avrebbe proprio se lo Stato si assumesse il compito e il potere di definire cosa è e cosa non è religione": cfr. FRANCESCO ONIDA, *Ultimi sviluppi nell'interpretazione del principio di libertà religiosa nell'ordinamento statunitense*, in *Dir. ecl.*, 1983, I, p. 350. Cfr. anche GIUSEPPE CASUSCELLI, *Ancora sulla nozione di "confessione religiosa": il caso di Scientology*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1998, III, p. 832, ad avviso del quale occorre

ne discosti)²⁰⁸, e, in generale, del rapporto con il trascendente²⁰⁹, nonostante alcuni, famosi, tentativi giurisprudenziali²¹⁰, pur consapevoli che altro è configurarla sulla base della bontà della dottrina perseguita²¹¹, altro è, ai fini della collocazione nell'ordinamento²¹² e della rilevanza penale, inquadrarla,

che il gruppo abbia “un'ampia, si potrebbe dire generica, concezione del sacro, sia esso trascendente o immanente; che tenga riunioni e compia pratiche nelle quali venga vissuta in forme proprie la dimensione anche comunitaria dell'esperienza del sacro [...]”. Sul criterio di autoqualificazione osserva NICOLA COLAIANNI, *La via giudiziaria alla religiosità: la vicenda di Scientology*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 396, che essa può essere contrastata “sulla base di elementi fattuali e non alla stregua di una astratta ed aprioristica nozione di religione e di confessione religiosa (volutamente) inesistente nell'ordinamento e perciò non legittimamente formulabile da parte del giudice dello Stato se non a costo di un nuovo giurisdizionalismo”.

²⁰⁸ Cfr. LUIGI BARBIERI, *Sul concetto di confessione religiosa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 65.

²⁰⁹ Cfr. LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Quando l'Io/Id che si rivela è inimmaginabile ed inconcepibile. Vie d'uscita apofatiche*, in *Arch. fil.*, XLII, 1994, p. 813, il quale fa riferimento a un “arrivo e ad un passaggio di uno che dà il Tu personalizzante all'oscuro Fondamento necessario”. Dà ai diritti religiosi il merito indiscutibile di rimandare “a qualcuno o qualcosa in grado di produrre senso, di fornire una chiave interpretativa della realtà capace di dare valore all'agire umano [...]” SILVIO FERRARI, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, I, p. 9. Osserva tuttavia GUIDO SARACENI, *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*, 3^a ed., Società Editrice Napoletana, Napoli, 1978, p. 9, come “[...] possa anche pensarsi all'apporto civilizzante di un'antireligione, la quale non sia, però, solo obiezione marginale e personale alla trascendenza, ma si presenti come introduttiva di una visione totale di un nuovo mondo (*Weltanschauung*) basata sull'ateismo sistematico [...]”. Ciò sarebbe conferma “di quanto possa, per il concreto assetto dei popoli, un qualsiasi sistema che [...] si ponga come edificazione assoluta e integrale dei valori dell'uomo [...]”.

²¹⁰ Cfr. Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1324, ove la Consulta fornisce alcuni parametri *ad adiuvandum*, in caso di assenza di un'intesa stipulata con lo Stato: 1) Precedenti riconoscimenti pubblici; 2) Statuto che ne esprima i caratteri essenziali; 3) Comune e consolidata considerazione. Critico GIOVANNI DI COSIMO, *Sostegni pubblici alle confessioni religiose, tra libertà di coscienza e uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2174, il quale afferma che “l'elaborazione di indici via via più precisi e penetranti, se da una parte risponde ad una esigenza di determinatezza in questa materia, dall'altra finisce col configurarsi come un tentativo di dettare i requisiti necessari delle confessioni e, quindi, di fissarne, in maniera autoritaria, la vera natura”, ricadendo, così, nel “divieto di ingerenze dottrinali”. Per CARLO CARDIA, *Op. ult. cit.*, p. 190, tali criteri “di carattere sociologico-amministrativo evitano di entrare nel merito di ciò che è, o non è, religione. Sono validi per avere conferme circa il carattere di un raggruppamento già affermato nella società come confessionale, ma non giovano a distinguere una associazione religiosa da un'altra che religiosa non è”.

²¹¹ Cfr. MICHELE DEL RE, *I culti e le sette religiose: problemi giuridici*, in FRANCO FERRACUTI, *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. X, *Il cambiamento delle forme di criminalità e di devianza*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 397, il quale nota come “se il culto, al di là del giudizio vero o falso, è ragionevole, può essere accettato dall'ordinamento; ma se esso sfrutta il timore dei credenti, aggiunge sofferenza alla ‘disagio della civiltà’, in questo caso deve essere colpito [...]”.

²¹² Cfr. SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 64, il quale osserva che la valenza giuridica attribuita al termine “confessione religiosa” costituisce il frutto di uno “slittamento di senso” operato nel linguaggio degli ecclesiastici, nel quale la locuzione viene “correntemente impiegata per denominare, anziché il patrimonio di fede, il profilo organizzativo-istituzionale delle varie chiese”, e ciò andrebbe a costituire “una riprova ulteriore

sulla base di parametri di riconoscimento, finanche giuridici²¹³, tra le molteplici formazioni sociali²¹⁴. Ogni entità religiosa organizzata, invero, “non potrà definirsi chiesa, sotto il profilo istituzionale, o confessione religiosa, nella valenza giuridica assunta dal termine, qualora difettino quegli elementi indispensabili per connotarsi nei termini di ordinamento giuridico”²¹⁵.

Scomponendo il termine confessione, alla luce degli strumenti epistemologici delle altre scienze, si possono individuare due nuclei costitutivi: il primo dato dal nucleo dottrinale ed il secondo dalla sovrastruttura normativa, laddove, qualora manchi il secondo elemento “il fenomeno religioso si concretizza in un credo”, ma se difetta del primo, “non ci troviamo dinanzi a una confessione ma ad un fenomeno diverso”²¹⁶. Va rammentato infatti, che il diritto, in quanto sistema di precetti volti ad orientare i comportamenti dei consociati ed a costituire criteri di valutazione delle condotte umane, pone un problema di rapporti con la sfera morale²¹⁷ che, in ottica di stretto positi-

del condizionamento culturale che spinge verso l'assorbimento, prima delle religioni come fatto antropologico entro l'assorbente categoria devozionale della Religione, e poi di quest'ultima entro la sua sovranità istituzionale” (laddove per “Religione” l'A. fa riferimento al cristianesimo). *Contra* MARIO TEDESCHI, *Nozioni preliminari e caratteri generali*, in MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI (a cura di), *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 13, dove si afferma che “se ogni gruppo sociale, e quindi anche le confessioni, produce diritto, è impensabile che possano configurarsi confessioni non strutturate giuridicamente”.

²¹³ Cfr. GIORGIO BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 1964, p. 127, il quale evidenzia come “la coordinazione fra le azioni di più uomini non può ottenersi se non con la conformità di dette azioni ad uno schema prestabilito, cioè ad una norma. L'impegno, l'obbligo è momento essenziale affinché si possa fare affidamento sul comportamento di ciascuno in armonia con quelli altrui, e la cooperazione non appaia solo casuale ed incerta”.

²¹⁴ Cfr. ALFONS M. STICKLER, *Teologia e Diritto canonico nella storia*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (a cura di), *Teologia e Diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, p. 18, il quale nota, in riferimento alla Chiesa cattolica, come “accanto alla fede ed alla verità [...] vi sono norme di comportamento ugualmente vincolanti, norme cioè disciplinari, di diritto”.

²¹⁵ Cfr. ANTONIO GUARINO, *Le Chiese e gli ordinamenti giuridici*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2008, p. 58. Per MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Il pluralismo istituzionale*, in AA.VV., *Il pluralismo confessionale nella attuazione della Costituzione*, Jovene, Napoli, 1986, p. 14, la configurabilità come ordinamento giuridico rappresenta la *condicio sine qua non* perché un gruppo si definisca “confessione religiosa”.

²¹⁶ Cfr. MARIA D'ARIENZO, *Confessioni religiose e comunità*, in MARIO TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2006, p. 281, la quale osserva anche come “[...] il termine ‘confessione’, che sul piano religioso individua singole realtà, nel momento in cui viene qualificato giuridicamente acquista una connotazione apparentemente neutrale, anche se carente di una precisa individuazione, ovvero perde le connotazioni di specificità. Qualificazione neutrale, ma non neutra, poiché presuppone il modello istituzionale di religione”. È bene ribadire che non tutte le confessioni possiedono il grado di organizzazione proprio di un ordinamento giuridico in senso proprio: sul punto MARIO TEDESCHI, *Stato e confessioni acattoliche. Contributo all'analisi dell'art. 8 della Costituzione*, in AA.VV., *Il Tommaso Natale. Studi in onore di Gerolamo Bellavista*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 433-434.

²¹⁷ Per TIZIANA VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, cit., p. 194, tale separazione “postula il riconoscimento di una molteplicità di valori etici e politici, e la garanzia di un legittimo

vismo giuridico va risolto nel senso della separazione e reciproca autonomia dei due ambiti²¹⁸, costituendo una “esigenza morale, oltre che politica”²¹⁹, pur focalizzandosi, entrambi, sul primario concetto di libertà²²⁰.

Del resto è un fatto notorio come nell’attuale società pluralistica²²¹ ed ispirata a valori di laicità²²², quest’ultimo concetto non sempre correttamente

confronto tra gli stessi alla luce di eguale libertà e dignità”. Per LIBERO GEROSA, *Valore dell’atto “contra Legem”*, in *Ius Canonicum*, XV, 1975, p. 255, “diritto e morale non sono realtà adeguatamente distinte dato che l’ambito morale può avere risvolti giuridici e viceversa [...]”.

²¹⁸ Cfr. LADISLAS ÖRSY, *Theology and Canon Law: An Inquiry Into their Relationship*, in *The Jurist: Studies in Church Law and Ministry*, L, 1990, p. 406, nota 3: “Both the ‘ought’ of a legal obligation and the ‘ought’ of a moral obligation are commands perceived in an informed conscience. In the case of moral obligation the source of knowledge for the conscience is in the revealed doctrine or in the discovery of natural law; in the case of legal obligation the act of promulgation as well is a source of information for the conscience. Note, however, that all legal obligation must pass through the conscience; the final decision belongs there”.

²¹⁹ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 210, il quale definisce “ambiguo” il concetto di morale, per il suo significato polivalente, reputando utile, nei rapporti tra diritto penale e morale, distinguere tra morale *positiva* e morale *critica*, ove “la prima corrisponde alla morale effettivamente accettata e condivisa in un determinato gruppo sociale [...]; la seconda si preoccupa, invece, di elaborare i principi generali nel sottoporre a vaglio critico la morale positiva”.

²²⁰ Osserva GIUSEPPE BETTIOL, *Teologia Morale e Diritto Penale*, in IDEM, *Scritti giuridici*, vol. II, CEDAM, Padova, 1966, p. 1050, che tale libertà è “il libero arbitrio nel quadro delle contingenze storiche nelle quali l’azione umana sorge, vive e si esaurisce”. L’A. ben puntualizza, tuttavia, come non vi siano “paratie stagne o muri divisorii insuperabili”, giacché “le differenze sono logiche e non ontologiche, perché il diritto penale è permeato di valori che hanno una piena significazione solo su di un piano soprannaturale”, scagliandosi contro una “[...] concezione puramente positivista e naturalistica della vita e del destino dell’uomo il quale attraverso il trattamento penale potrà venire indirizzato verso un suo adattamento alle esigenze della vita sociale o verso un suo riadattamento inteso in termini bionaturalistici, perché ad un dato momento la parte deve potersi reinserire nel tutto dalle esigenze del quale essa si è staccata con l’azione antisociale” (*Ivi*, p. 1051). Una tale visuale dimentica colpevolmente che l’uomo “[...] ha sì una vocazione sociale, ma anche un destino ultraterreno e quindi ultrasociale per cui deve ordinare ogni sua azione in vista del fine che lo attende dove si troverà solo davanti al suo Giudice” (*Ivi*, p. 1044).

²²¹ Cfr. RAFFAELE BOTTA, “Regionalismo forte” e tutela del sentimento religioso dei cittadini, in *Pol. dir.*, XXVII, 1996, p. 135. Per FRANCESCO ONIDA, *Ragionevolezza e “bisogno di differenza”*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 255, “i complessi problemi della società multirazziale e multiconfessionale non sono solo problemi di non discriminazione, ma talvolta anche problemi di riconoscimenti di bisogni ed identità differenziate”. Osserva MARIA D’ARIENZO, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *Diritto e Religioni*, 22, XI, 2/2016, p. 275, che “le problematiche derivanti dal rapporto con la diversità culturale costituiscono sfide anche per le realtà religiose che vogliono realizzare nelle concrete esperienze comunitarie l’interazione tra le diverse tradizioni, nel rispetto del pluralismo e della libertà di espressione delle specifiche identità”.

²²² Cfr. UMBERTO POTOTSCHNIG, *La laicità dello Stato*, in AA.VV., *Laicità. Problemi e prospettive* (Atti del XLVII Corso di aggiornamento culturale dell’Università Cattolica, Verona 25-30 settembre 1977), Giuffrè, Milano, 1978, p. 269, il quale, per Stato laico, intende uno Stato che “si astiene, di proposito, dal prendere posizione tra le diverse credenze religiose, come tra la fede e l’ateismo, e che per giunta

inteso nella sua reale portata²²³, ove ogni uomo con la sua identità è chiamato a “convivere con la diversità”²²⁴, e con una pluralità di visioni della vita e di concezioni etiche²²⁵, non si parli più di una unica morale condivisa, inserendosi, il pluralismo, “nel novero dei referenti legittimi della tutela penale”²²⁶.

In questo contesto non è improbabile che talune realtà schermano la propria auto-legittimazione dietro il *quid novi* di cui si fanno portatrici, respingendo ogni attacco in nome del presunto timore che il loro anticonformismo susciterebbe nella forma di un diffuso allarme sociale²²⁷. La peculiarità del lavaggio del cervello, invero, non si sostanzierebbe tanto nella inflizione di una sofferenza mentale o fisica²²⁸, ma nella possibilità di operare un *repulisti* delle precedenti convinzioni, impiantando un nuovo apparato²²⁹, a seguito

non si fa, né tenta di farsi, portatore di sue verità metafisiche”. L’A. sottolinea anche come “la stessa dottrina ecclesiasticistica, che si è occupata del problema assai più di quella costituzionalistica (il che è di per sé stesso significativo), non è riuscita sinora a pervenire ad una nozione univoca e per quanto possibile significativa e pregnante dello Stato laico [...]” (*Ivi*, p. 269).

²²³ Sul punto cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Esperienza giuridica e multireligiosità culturale*, in ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO (a cura di), *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 4, il quale, rifuggendo una “male intesa deriva laicista, che, oltre a costituire facile presupposto per disuguaglianze, fornirebbe il destro anche a reazioni sociali e sfuggirebbe alla presa regolatrice ed equilibratrice del diritto positivo, fomentando radicalismi ed estremismi”, propone un’accezione di “laicità tecnica”, nel senso di “non direttamente politica o ideologica, che costituisca un indefettibile parametro di valutazione ed interpretazione dell’agire giuridico, ed in ciò condizioni (positivamente) le soluzioni delle singole controversie [...] anche al fine di ridurre le discriminazioni (effettive o soltanto percepite come tali), pur non trascurando le varie specificità coinvolte, che in sé rappresentano un valore nella società pluralista”.

²²⁴ Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Das erbe Europas*, Einaudi, Torino, 1991, p. 22.

²²⁵ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 168.

²²⁶ Così PLACIDO SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fattore religioso nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, II, p. 625.

²²⁷ Cfr. KARL SCHMITT, *Teologia politica. La leggenda della liquidazione di ogni Teologia politica*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1992, p. 102, ad avviso del quale “l’uomo si sente creatore delle condizioni della possibilità delle sue proprie innovazioni della novità”.

²²⁸ Cfr. MICHELE DEL RE, *Plagio criminoso e lecita persuasione nei culti emergenti*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, cit., p. 85, il quale nota come “la mancanza di sonno, la fatica fisica, la ipoalimentazione, associate nel trattamento, provochino la scomparsa del senso critico e della capacità di autocritica. Le personalità più forti possono, con questi semplici strumenti, divenire succubi, interamente sottomesse alla volontà di un individuo che imporrà il proprio volere come meglio crederà”. Per NICOLA COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci Editore, Bari, 2000, p. 95, “le giornate, caratterizzate da mancanza di sonno, fatica fisica e scarsa alimentazione, hanno il preciso intento di indebolire ogni forma di difesa, a cominciare da quelle fisiche, onde penetrare con maggiore facilità la psiche del soggetto ed assumerne [...] il controllo”.

²²⁹ Cfr. SIMON BARON-COHEN, *Mindblindness: An Essay on Autism and Theory of Mind*, MIT Press, Cambridge, 1995, p. 43.

di un processo di indottrinamento²³⁰ che conduce ad un annullamento della capacità volitiva, in quella che è stata definita una condizione di “individualismo epistemologico”²³¹.

Tale orientamento è sembrato ben adattarsi al fenomeno delle sette²³², poiché l’approccio seguito da alcune di esse, nell’ambito delle attività di proselitismo²³³, non pare far uso di metodologie ispirate all’impiego dei mezzi coercitivi intesi in senso tradizionale²³⁴; gli adepti, non solo aderiscono in una apparente libertà²³⁵, ma subiscono una sottoposizione ad una pletora di influenze²³⁶, c.d. “*love bombing*”, finalizzate all’isolamento totale dalla società²³⁷, sulla base di pressioni legate a stati di

²³⁰ Cfr. MANFRED MÜLLER-KÜPPERS, *Psychische Indoktrination*, in VOLKER FAUST (a cura di), *Psychiatrie. Ein Lehrbuch für Klinik, Praxis und Beratung*, Weltbild, Stuttgart-New York, 1995, p. 543, ove si definisce “indottrinamento” quella “estirpazione di un vecchio atteggiamento interiore (*Gesinnung*) e l’impianto di uno nuovo, mediante speciali metodi di indottrinamento, applicati abitualmente in modo coattivo, psicologici e tuttavia coinvolgenti anche il corpo [...]”.

²³¹ Così GIOVANNI FILORAMO, *I nuovi movimenti religiosi. Metamorfosi del sacro*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 18.

²³² Cfr. FRANCESCO BARRESI, *Sette religiose e criminali. Dal satanismo criminale ai culti distruttivi*, EdUP, Roma, 2000, p. 105.

²³³ Cfr. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 46, nel senso che il proselitismo “è una specie dell’agire comunicativo-persuasivo, che mira cioè a convincere il destinatario del messaggio circa la bontà e la verità del messaggio stesso, al fine di ottenere la sua adesione, nonché il suo contributo alla realizzazione dei fini religiosi che il comunicante si propone di conseguire. In linea di principio, quindi, il proselitismo costituisce parte indistinguibile del diritto di libertà religiosa”. In precedenza l’A. nota che “[...] dove ci sono religioni tradizionali di largo impianto sociale, il proselitismo si concretizza praticamente nel sottrarre loro dei fedeli convincendoli ad aderire ad un diverso, nuovo messaggio” (*Ivi*, p. 35).

²³⁴ Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VI, 9^o ed., Cammelli Editore, Firenze, 1912, p. 508: “Anche il proselitismo guardato in sé stesso potrà elevarsi a delitto e gravemente punirsi quando si eserciti con modi riprovevoli e costituenti offesa al diritto altrui. Se per fine di proselitismo si usano ratti, violenze, intimidazioni, od anco inganni e frodi e seduzioni di minorenni che importino esplicita od implicita una coazione all’altrui libertà o un turbamento alla quiete delle famiglie, nessuno esiterà a riconoscere in simili fatti gli elementi di un vero delitto. Ma la questione non sta in siffatti termini; il problema si esamina nei semplici termini di proselitismo puro che da un governo tollerante si voglia costituire come delittuoso nel solo effetto naturale e spontaneo del libero esercizio concesso ad un culto dissidente, il quale tragga seco per le sue inseparabili condizioni l’eventualità di attirare a sé un qualche cattolico o viceversa”.

²³⁵ Parla di individui “confinati a credere” PASCAL BOYER, *Being Human. Religion: Bound to Believe?*, in *Nature*, CDLV, 2008, p. 1039.

²³⁶ Cfr. NICOLETTA CAVAZZA, *La persuasione*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 84, ove si individuano sei fasi: 1) Presentazione del messaggio; 2) Attenzione e recezione; 3) Comprensione dei contenuti; 4) Accettazione della posizione; 5) Memorizzazione della nuova opinione; 6) Azione connessa.

²³⁷ Si chiede RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e rivendicazioni identitarie nell’autunno dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 230, “[...] se la tutela della libertà del cittadino di autodeterminarsi in materia di fede, tolleri qualsiasi attività di proselitismo da parte di gruppi e confessioni religiose, dato che ogni tecnica di propaganda sconta una intinseca carica di

necessità²³⁸, che conducono ad uno “sfrangiamento dell’identità”²³⁹ nonché una barriera difficilmente superabile nel caso di intenzione a recedere²⁴⁰.

Il fatto che i nuovi movimenti religiosi, poi, si presentino generalmente trainati da una figura carismatica, un *leader*²⁴¹, e che i convertiti siano spesso individui con una pregressa crisi esistenziale²⁴², oltre ad insinuare dubbi sul fatto che l’adesione a tali gruppi avvenga in maniera più o meno consapevole, ha portato a chiedersi “se l’ordinamento debba o meno farsi carico della protezione del soggetto debole contro i mezzi subdoli adoperati dal potere di pressione spirituale”²⁴³, facendosi strada, peraltro, anche l’esigenza di una apposita disciplina giuridica (in particolare a livello europeo)²⁴⁴ fi-

suggerione e di [...] condizionamento del destinatario del messaggio”.

²³⁸ Osserva ENZO PACE, *Le sette*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 84 che “ciò che conta, nel processo di conversione ad una setta, sono le reti di relazioni che si presentano ad un soggetto quale soluzione concreta a dubbi esistenziali: in altre parole, la setta rappresenta un dubbio portato a risoluzione”.

²³⁹ Così STEFANO ALLIEVI, GUSTAVO GUIZZARDI, CARLO PRANDI, *Un Dio al plurale. Presenze religiose in Italia*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2001, p. 103.

²⁴⁰ Cfr. BENJAMIN DAVID ZABLOCKI, *Exit Costs Analysis. A New Approach to the Scientific Study of “Brainwashing”*, in *Nova Religio: The Journal of Alternative and Emergent Religions*, II, 1998, 1, p. 216.

²⁴¹ Cfr. HANNAH ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1967, p. 525, la quale puntualizza che “l’opera di indottrinamento, le verità assolute proclamate, la devozione incondizionata al *leader* conducono [...] ad una irremovibile fedeltà degli adepti, solidificata, tra l’altro, dall’idea della netta distinzione tra loro e tutti gli altri”.

²⁴² Cfr. HUGO STAMM, *Le sette. Manipolazione, potere, schiavitù: consigli per liberare e liberarsi*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 1997, p. 45, il quale nota come “esperienze traumatiche, personalità nevrotiche, tendenze alla schizofrenia, alienazione dalla realtà, manie di persecuzione *et similia* possano rappresentare la molla per sentirsi dei veri e propri messia, custodi degli ultimi segreti della vita umana”.

²⁴³ Così ANTONIO VITALE, *Costituzione e libertà religiosa*, in MARIA CRISTINA FOLLIERO, ANTONIO VITALE, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole*, Quaderno II. *Principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 52.

²⁴⁴ Si pensi alla *Risoluzione del Parlamento europeo su un’azione comune degli Stati membri della Comunità europea di fronte a diverse infrazioni alla legge compiute da recenti organizzazioni che operano al riparo della libertà di religione*, del 22 maggio 1984, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1984, II, p. 290 ss., ove si raccomanda, all’art. 5, che: “a) le persone che non hanno raggiunto la maggiore età non siano obbligate ad assumere un impegno di adesione a lungo termine e determinante per il loro avvenire; b) venga previsto un sufficiente periodo di riflessione sull’impegno che si intende assumere, abbia esso carattere personale o finanziario; c) dopo l’adesione ad un’organizzazione siano resi possibili i contatti da parte della famiglia o degli amici; d) non si impedisca ai membri che hanno già iniziato un corso di formazione di portarlo a termine; e) si rispettino i seguenti diritti dell’individuo: il diritto di abbandonare liberamente un’organizzazione, il diritto di mantenere contatti con gli amici e la famiglia, sia direttamente che tramite corrispondenza o telefono, il diritto di chiedere un consiglio all’esterno, sia di carattere giuridico che di altro tipo, il diritto di chiedere l’assistenza medica; f) nessuno sia mai incoraggiato ad infrangere una legge, in particolare nel contesto della raccolta di fondi, per esempio esercitando la questua o la prostituzione; g) le organizzazioni non richiedano un’adesione permanente all’organizzazione a quei membri potenziali, per esempio studenti o turisti, che si trovano temporaneamente in un Paese diverso da quello di residenza; h) al momento

nalizzata a garantire la piena volontarietà dell'adesione ai movimenti *de quibus*, sebbene non siano mancate voci indirizzate a proclamare la necessità di bandire ogni sorta di intervento pubblico²⁴⁵ in quella delicata "area di competenza degli ordinamenti confessionali"²⁴⁶, settore ad elevatissima densità

del reclutamento di nuovi membri, siano sempre ed immediatamente specificati la denominazione ed i principi dell'organizzazione; *i*) le organizzazioni forniscano alle autorità competenti, qualora queste lo richiedano, informazioni sulla residenza ovvero sulla dimora dei membri; *j*) le predette organizzazioni assicurino che le persone che dipendono da loro o svolgono un'attività per loro siano coperte dalle assicurazioni sociali negli Stati membri in cui vivono o lavorano; *k*) se un membro intraprende un viaggio all'estero, nell'interesse dell'organizzazione, quest'ultima deve assumersi la responsabilità del viaggio di rientro del membro, specialmente in caso di malattia; *l*) le telefonate dei parenti devono essere comunicate ai membri interessati e la corrispondenza siano inoltrate immediatamente ai destinatari". Il documento in questione subì non pochi attacchi in punto di violazione del diritto alla libertà religiosa: sul punto cfr. ROBERTO SARRA, *Nuovi movimenti religiosi tra diritto comune e legislazione speciale: prospettive europee e legge francese sui "mouvements sectaires"*, in *Arch. giur.*, 2003, II, p. 195, ad avviso del quale i parametri indicati finirebbero con lo "svuotare di senso la stessa capacità di autodeterminazione delle relazioni tra i membri dei gruppi stessi", limitando, in tal modo, la personalità dei movimenti in oggetto. In relazione a questo documento, l'europarlamentare Kai Nyborg ebbe a dire: "Se respingeremo la relazione Cottrell, le sette avranno vinto e si glazieranno della loro vittoria. Se, invece, l'approveremo, avremo violato il diritto di libertà religiosa ed avremo reso l'Europa meno libera". L'intervento è consultabile in *Gazz. Uff. Comunità Europee. - Discussioni*, 22 maggio 1984, 314, I, p. 40. Lamenta uno scarso interesse per le fomme di presenza internazionale dei movimenti religiosi FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *Chiesa cattolica e comunità internazionale. Riflessioni sulle forme di presenza*, Jovene, Napoli, 1989, p. 100, ad avviso della quale "sin ora poco ci si è preoccupati della presenza di enti a finalità religiosa, a livello internazionale, con la conseguenza che confessioni e sette si sono diversamente organizzate, secondo le possibilità assicurate dai loro statuti e dalle singole legislazioni nazionali [...]".

²⁴⁵ Cfr. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 39, ad avviso del quale "sarebbe veramente azzardato legittimare interventi del potere pubblico in chiave apertamente *paternalistica*, per sostituirsi, cioè, al diretto interessato (a meno, si capisce, che non sia previamente provato il suo stato di incapacità) nello stabilire ciò che per lui è giusto o più opportuno: ci sarebbe sempre il rischio di una inammissibile lesione della libertà personale nel voler disporre della propria vita e delle proprie sostanze. [...] Ogni pretesa di tutela della libertà morale potrebbe costituire il pretesto per perseguire movimenti religiosi non conformisti e pericolosi, a causa del loro aggressivo proselitismo, per i movimenti religiosi di impianto tradizionale". D'altra parte l'A. ammette, comunque, che "[...] sembra legittimo porsi il problema della tutela della libertà morale dell'individuo, quando adeguati parametri esterni (aggiungendosi alle forme abnormi del condizionamento psicologico) ne facciano presumere la lesione". La libertà morale, "corre pericolo ogni volta che ad un convincimento si pervenga attraverso l'intervento di una mediazione, che costituisca anche una sorta di condizionamento; e questo condizionamento può assumere connotazioni abnormi, specialmente se si considera che spesso si è in presenza di un rapporto tra un soggetto particolarmente esperto nella *manipolazione dell'io* ed un soggetto in piena crisi esistenziale. [...] In tali casi possono crearsi situazioni di *indottrinamento ideologico*, intendendosi per tale l'acquisizione di un sapere inculcato, senza personale assimilazione e partecipazione critica. Altrimenti detto, l'indottrinamento è sovente il frutto dell'abuso [...] di una libertà" (*Ivi*, p. 37).

²⁴⁶ Cfr. VALERIO TOZZI, *Patti e diversità di fini fra Stato e confessioni religiose*, in *Quad. dir. pol. ecll.*, 1987, I, p. 175. La sostanziale estraneità tra il campo della normativa statale e quella confessionale viene ben rimarcata da FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *Ancora sulla posizione dei ministri dei culti acattolici nell'ordinamento italiano*, in *Arch. giur.*, 1972, p. 106, ad avviso della quale "la stessa Costituzione parla di autonomia delle confessioni e di possibilità di organizzarsi secondo i propri

“metagiuridica”²⁴⁷, afferente alle scelte personali. La maggior tirannia, infatti, “è quella che obbliga l’individuo ad essere libero e la maggior libertà è quella che deriva proprio dalla decisione personale di rinunciare alla libertà”²⁴⁸.

Il percorso di indottrinamento delle sette andrebbe ad implicare, perciò, eventi sicuramente dannosi per l’integrità psichica²⁴⁹: uno su tutti la rimozione cognitiva della realtà precedente e la creazione di un impianto valoriale del tutto nuovo²⁵⁰. Nonostante lo *status quo* descritto, tuttavia, non pochi dubbi sono stati sollevati in merito alla scientificità della tecnica del *brainwashing*²⁵¹; in modo particolare, tra i nodi più insidiosi si annoverano la strumentalizzazione acritica delle acquisizioni della prima letteratura in materia di manipolazione, l’assunzione di paradigmi univoci del comportamento umano e l’utilizzo impreciso dello stesso concetto di *brainwashing*, di fatto bollato come “del tutto inidoneo a comprendere i fenomeni di indottrinamento non coercitivo”²⁵².

statuti, ma non per questo assume gli statuti confessionali quali norme del nostro ordinamento”.

²⁴⁷ Cfr. CONSIGLIO D’EUROPA, *Raccomandazione n. 1178/92*, 5 febbraio 1992, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, I, p. 491, ove, ispirandosi al “Rapporto Hunt” (*Les sectes et nouveaux mouvements religieux. Projet de rapport présenté par Sir John Hunt*, 9 settembre 1991, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1991, I, p. 441), al punto 5 si afferma: “L’Assemblea [...] ritiene che la libertà di coscienza e di religione, garantita dall’art. 9 della CEDU, renda inopportuno il ricorso ad una ulteriore legislazione in materia di sette, che rischierebbe di arrecare danno a questo fondamentale diritto e alle religioni tradizionali”.

²⁴⁸ Così IVÁN C. IBÁN, *Presentación*, in AUGUSTIN MONTILLA (a cura di), *Sectas y derechos in España: un estudio en torno a la posición de los nuevos movimientos religiosos en el ordenamiento jurídico*, EDESA, Madrid, 1990, p. 21.

²⁴⁹ Ricostruisce il condizionamento manipolativo GIORGIO GAGLIARDI, *I condizionamenti psichici nell’espansione dei Nuovi movimenti religiosi*, in AA.VV., *Quarant’anni di ipnosi in Italia: presente e futuro. Atti del XI Congresso Nazionale A.M.I.S.I.*, Mosconi Editore, Firenze, 1998, p. 58: “[...] qualunque sia la convinzione del conduttore e dei collaboratori, le tecniche usate sono strutturate per introdurre una dissociazione della personalità, lasciar emergere la personalità più disturbata e più sofferente, introdurla in uno stato di *trance* in cui vengono proposte come uniche ed assolute le verità seguite ed istillate dal gruppo medesimo e la persona coinvolta sarà un eletto, un privilegiato, uno dei pochi a sapere. Le modalità di somministrazione sono finalizzate ad un condizionamento che non segue i fini di una psicoterapia ipnotica che tutela e responsabilizza l’individuo nelle sue scelte: l’individuo non sarà in grado di dare un’adesione cosciente e volontaria, ma sarà trascinato dal flusso medesimo dei condizionamenti somministrati e ne subirà tutte le conseguenze”.

²⁵⁰ Cfr. JÖRG HERRMANN, *Destruktiver Kult und Persönlichkeitsdeformation*, in WERNER GROSS (a cura di), *Psychomarkt - Sekten - Destruktive Kulte*, Deutscher Psychologen Verlag, Bonn, 1996, p. 139, ove si insiste sulla riconducibilità del contatto con le sette alla decostruzione del Sé e, dunque, alla “manipolazione mentale come riproduzione di una nuova identità, in conflitto con il vero Sé”.

²⁵¹ Osserva ALESSANDRO USAI, *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, cit., p. 73, che “la teoria del lavaggio del cervello risulta [...] quasi banale, considerato il fatto che non esistono studi che analizzino scientificamente la nosologia e la diagnosi”.

²⁵² Cfr. WILLIAM SIMS BAINBRIDGE, *The Sociology of Religious Movements*, Routledge, London-New York, 1996, p. 235.

Dal punto di vista metodologico, inoltre, si è accusata la pesante arretratezza della ricerca sperimentale, con il sospetto di una sorta di selezione etnica dei culti²⁵³ sulla base della corrispondenza o meno alle credenze tradizionali²⁵⁴, frutto di pregiudizi ideologici²⁵⁵, distinti tra leciti ed illeciti, in maniera, perciò, irrispettosa del principio della libertà religiosa²⁵⁶ ex art. 19 della Costituzione²⁵⁷, sia nella sua accezione negativa che positiva²⁵⁸, sia indi-

²⁵³ Acutamente osserva GUIDO SARACENI, *Libertà religiosa e rilevanza civile nell'ordinamento canonico*, in *Dir. eccl.*, LVII, 1954, 1, p. 234, che “[...] la libertà di pensiero e la vera e propria libertà religiosa, intesa nella sua più piena e più importante accezione di *libertà di culto*, [...] corrispondono a due tipi di libertà ben distinguibili anche alla stregua degli stessi testi costituzionali, ma non potrebbe negarsi che l’una e l’altra [...] sono concettualmente derivabili, come due rami che si dipartono, intrecciandosi, da una stessa pianta, da un medesimo tratto della coscienza umana”.

²⁵⁴ Cfr. IVÁN C. IBÁN, *Libertad religiosa: ¿Libertad de las religiones o libertad en las religiones?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1989, II, p. 202: “*Si la opción es libre, nada debe oponer el Estado. Y lo que es para la Iglesia católica, lo debe ser para cualquier opción religiosa, por muy pintoresca que la misma nos pueda paracer*”.

²⁵⁵ Cfr. IVANA VECCHIO CAIRONE, *Legalità democratica. Diritto negoziale con i culti e misure fiscali agevolative*, Edisud, Salerno, 1990, p. 94.

²⁵⁶ Cfr. CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Declaratio “Dignitatis Humanæ”*, 7 dicembre 1965, in *A.A.S.*, LVIII (1966), n. 2, ove si afferma che “[...] la persona umana ha il diritto alla libertà religiosa. Il contenuto di una tale libertà è che gli esseri umani devono essere immuni dalla coercizione [...] cosicché in materia religiosa nessuno sia forzato ad agire contro la sua coscienza”. Per ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 13, “[...] la libertà religiosa è un concetto solo apparentemente semplice, laddove invece esso nasconde notevole complessità e connessioni; essa è libertà di un soggetto da qualche cosa (restrizioni, interferenze, ostacoli) per poter fare qualche cosa connessa alla realizzazione di una particolare esperienza, o non fare qualcosa che possa compromettere la realizzazione di quella esperienza. Essa dunque presuppone una relazione fra tre punti di riferimento che costituiscono altrettante variabili, sulla natura, qualità e quantità di ciascuna delle quali vi può essere diversità di vedute, determinata spesso da vere e proprie teorie filosofiche e politiche: tipi di soggetti, tipi di restrizioni, tipi di attività. Di modo che il concetto di libertà diventa veramente contestabile, se non si prende atto che esso, ben lungi dal riferirsi a un solo tipo di situazioni, si riferisce a tante svariate situazioni quante sono le combinazioni possibili tre variabili, richiedendo quindi modalità di effettiva tutela differenziate in rapporto alle diverse situazioni”. Nota ANTONIO GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 22, come essa debba intendersi quale “diritto alla testimonianza della fede, ovvero il diritto di agire secondo i dettami del proprio credo”. Ad avviso di RAFFAELE BOTTA, *Sentimento religioso e Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 164, con il diritto di agire secondo il proprio credo “l’individuo afferma, nella comunità, la sua specifica identità”.

²⁵⁷ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1979, p. 19, il quale rilevava come nella libertà religiosa, coesistano “il diritto di credere e quello di operare”, con la conseguenza che le norme statali possono porsi come limite soltanto del secondo diritto.

²⁵⁸ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 65: “In senso positivo, la libertà di religione postula un agire dell’individuo rivolto verso l’esterno e consiste, per il credente, nel diritto di professare pubblicamente la propria fede religiosa, di farne propaganda, di esercitarne in privato ed in pubblico il culto. [...] In senso negativo, invece, la libertà di religione indica l’immunità di cui ciascun individuo deve godere in materia religiosa e di coscienza, rispetto a coercizioni provenienti dall’esterno, sia da parte dei pubblici poteri, sia da parte dei privati. In altri termini, viene in tal modo affermato il diritto e la libertà per ciascuno di credere e di non credere e, pertanto, viene sancito il doveroso rispetto per la coscienza individuale

viduale che aggregata²⁵⁹, nella misura in cui tale principio non può fungere da mezzo funzionale ad “impedire l’attività di una comunità di culto [...] e, pertanto, alla violazione del diritto all’esercizio pubblico comunitario della religione”²⁶⁰. Il dato concernente la predisposizione personale ad aderire ad una certa credenza, così come quelli relativi a quanti giudicano la propria adesione religiosa nei termini di una esperienza positiva, sono tacciati di essere mutati in segnali di debolezza dei quali i culti andrebbero ad approfittare.

Non è mancato, poi, neppure chi abbia obiettato che il numero degli aderenti e la durata del periodo di adesione si presenterebbero in misura ridotta rispetto a quanto farebbe supporre l’utilizzo di mezzi manipolatori²⁶¹. L’espropriazione del patrimonio mentale nonché volitivo di una persona, con la sovrapposizione *toto caelo* di una personalità esterna, nei termini di un autentico lavaggio del cervello, costituirebbe, in linea generale, più una metafora speculativa che un dato empirico effettivamente verificabile²⁶².

D’altra parte, anche alcune indagini più recenti in tema di neuroscienze²⁶³, seppur non ponendosi in definitivo contrasto con l’uso corrente del termine *brainwashing*, tendono a dilatarne, in modo sensibile, la portata applicativa a svariate tipologie di persuasione²⁶⁴, pervenendo alla conclusione

nella sua intangibile interrogazione sui problemi fondamentali della vita e nell’altrettanto intangibile opzione tra diverse visioni del mondo”.

²⁵⁹ Osserva PIETRO RESCIGNO, *Le società intermedie*, in IDEM (a cura di), *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, che “ai giuristi le società particolari sono apparse come le vie [...] attraverso le quali l’individuo acquista coscienza d’essere persona, diviene persona”.

²⁶⁰ Cfr. PETER ERDÖ, *Teologia del Diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 145. Nondimeno l’A. puntualizza, in chiaro assetto anti-anarchico, che “[...] il diritto alla libertà di religione per la comunità religiosa comprende anche l’autogovernarsi secondo proprie regole. Questo esclude che l’identità, le funzioni ufficiali fondamentali, la fede e il carattere della comunità possano dipendere da comportamenti individuali arbitrari” (*Ivi*, p. 141).

²⁶¹ Cfr. JAMES T. RICHARDSON, “*Brainwashing*” *Claims and Minority Religions outside the United States: Cultural Diffusion of a Questionable Concept in the Legal Arena*, in *Brigham Young University Law Review*, 1996, IV, p. 875, il quale elabora la tesi per cui l’aver subito il lavaggio del cervello costituirebbe la modalità con la quale le vittime dei culti descriverebbero la loro pregressa esperienza, dopo aver subito una deprogrammazione da parte proprio dei sostenitori dell’ipotesi del *brainwashing*; in questo modo si avrebbe una sorta di auto-validazione scientifica di tale ipotesi in base proprio allo standard esplicativo fornito dai soggetti *de quibus* ai pazienti da ricondizionare.

²⁶² Puntualizza EILEEN BARKER, *The Making of a Moonie: Choice or Brainwashing?*, cit., p. 78, come, da un’indagine statistica sui membri entrati nel movimento unificazionista, emerga che, nonostante alcuni proseliti appaiano caratterialmente succubi, altri sembrano “*in their right minds*”.

²⁶³ Cfr. GIULIA MESSINA, *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto fra scienza e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, II, p. 347.

²⁶⁴ Cfr. VINCENZO MASTRONARDI, *Le strategie della comunicazione umana. La persuasione, le influenze sociali, i mass media*, 4ª ed., Franco Angeli, Milano, 1998, p. 265, il quale rileva che l’ampliamento

che, almeno in relazione ai culti, occorra temere una tale figura più in quanto “sogno di predominio” da parte di chi intende asservire a sé il prossimo, piuttosto che alla stregua di tecnica effettivamente praticabile²⁶⁵. Della fattispecie del lavaggio del cervello si è, inoltre, ottimizzato anche il forte impatto descrittivo, tanto che il suo valore è stato esteso anche a fenomeni saliti alla ribalta soprattutto nei tempi recenti, *rectius* le azioni di gruppi terroristici (in particolare il fenomeno dei *kamikaze*), gli atti di violenza interpersonale, le violazioni dei diritti umani²⁶⁶ in determinate realtà geografiche²⁶⁷.

In ambito giuridico l'ipotesi *de qua* ha incontrato forti resistenze da parte della giurisprudenza americana²⁶⁸, soprattutto in tema di configurazione come possibile scriminante, invocata da imputati la cui difesa era basata sull'asserzione di essere stati ridotti in condizioni di infermità mentale per effetto della manipolazione subita²⁶⁹; ciononostante, da alcuni studi emerge chiaramente un effetto esimente che l'utilizzo di siffatti parametri difensivi ha sortito concretamente²⁷⁰.

Riferimenti al *brainwashing* sono poi contenuti anche nella giurisprudenza CEDU²⁷¹, ove, in una metodologia di proselitismo ispirata a siffatto canone²⁷², si è intravista una palese violazione dell'art. 9 della Convenzio-

del termine a svariati contesti porta l'individuo ad assurgere ad “oggetto di manipolazione sociale”.

²⁶⁵ Per KATHLEEN TAYLOR, *Brainwashing. La scienza del controllo del pensiero*, cit., p. 88, “il lavaggio del cervello come tecnica psicologica misteriosa è più di quanto serva a spiegare il meccanismo dei culti. Il lavaggio del cervello «come fantasia di controllo» resta, estremamente rilevante”.

²⁶⁶ Avverte W. KASPER, *La motivazione teologica dei diritti umani*, in Id., *Teologia e Chiesa*, Queriniana, Brescia, 2001, p. 253, come “[...] i diritti umani non sono soltanto pretese che gli uomini avanzano nei confronti dei propri simili, o che i singoli vantano perché loro accordati dallo Stato o dalla società. Questi diritti sono dati con lo stesso essere umano, sono congeniti, precedono lo Stato e la società, che devono invece riconoscerli e tradurre in diritto positivo”.

²⁶⁷ Cfr. STEPHEN A. KENT, *Contemporary Uses of the Brainwashing Concept: 2000 to Mid-2007*, in *Cult Studies Review*, VII, 2008, 2, p. 99.

²⁶⁸ Cfr. REBECCA EMORY, *Losing Your Head in the Washer. Why the Brainwashing Defence Can Be a Complete Defence in Criminal Cases*, in *Pace Law Review*, XXX, 2010, 4, p. 1337 ss.

²⁶⁹ Cfr. IDA GAYE WARBURTON, *The Commandeering of Free Will: Brainwashing as Legitimate Defence*, in *Capital Defence Journal*, XVI, 2003, p. 73.

²⁷⁰ Cfr. RICHARD DELGADO, *Ascription of Criminal States of Mind: Toward a Defence Theory for the Coercively Persuaded (“Brainwashed”) Defendant*, in *Minnesota Law Review*, LXIII, 1979, p. 4 ss.

²⁷¹ Cfr. JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Riv. int. dir. uomo*, II, 1993, p. 337, ad avviso del quale “dopo quasi quarant'anni di funzionamento, è senza dubbio possibile parlare di una non trascurabile giurisprudenza sulla libertà religiosa, la quale, malgrado i suoi numerosi aspetti discutibili, è andata precisando in qualche modo le linee essenziali di tale concezione nel contesto internazionale europeo”.

²⁷² Cfr. GIOVANNI CIMBALO, *L'appartenenza religiosa tra apostasia, divieto di proselitismo e ricerca di identità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, settembre 2011, p. 39 ss.

ne²⁷³. Peraltro il concetto *de quo* ha esercitato una tangibile influenza nelle indagini cognitive sui movimenti settari, specialmente su quelle effettuate in Europa²⁷⁴, dalle quali è scaturita la proposta, in alcuni ordinamenti giuridici, di (re)introdurre il reato di manipolazione mentale²⁷⁵. Orbene, l'applicazione di un concetto astruso come il *brainwashing* nei nuovi movimenti religiosi necessita di alcune precisazioni per evitare indebiti fraintendimenti²⁷⁶, considerato che “uno dei problemi più ardui è l'approccio a questi movimenti con l'appropriata struttura teorica”²⁷⁷.

La circostanza che i movimenti in oggetto siano stati, ripetutamente, invischiati nella commissione di fatti penalmente rilevanti, sia nei confronti dei membri interni²⁷⁸ che dei potenziali adepti, costituisce un fatto documenta-

²⁷³ Il *leading case* in materia è costituito, come noto, da *Kokkinakis v. Greece*, 25 maggio 1993, n. 14307/88, in *Series A: Judgements and Decisions*, CCLX, 1993, p. 17, ove la Corte, pur riconoscendo una violazione della libertà religiosa, accoglie una spinosa distinzione tra testimonianza autentica e “proselitismo aggressivo”, il quale ultimo può implicare “l'uso della violenza o del *brainwashing*” (cfr. punto 48). Il primo corrisponde ad una reale evangelizzazione, il secondo ne costituisce una deformazione e può assumere la forma di vantaggi morali o materiali per attirare nuovi membri. Osserva TULLIO SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1994, III, p. 728, che il reato di proselitismo “risulta definito in termini così ampi da poter essere oggi attribuito a chiunque cerchi in qualsiasi modo di influenzare la coscienza religiosa di una persona di fede diversa”. La Costituzione greca è l'unico documento ufficiale che vieta il proselitismo (cfr. art. 13, §2), in riferimento alla l. n. 1672 del 1939, a tenore della quale “per proselitismo si intende qualunque tentativo diretto o indiretto a intromettersi nelle credenze religiose di una persona con diverse convinzioni religiose, nell'intento di screditare le credenze di tale persona, con qualunque lusinga o promessa o sostegno morale o aiuto materiale, o con mezzi fraudolenti, o sfruttando la sua inesperienza, fiducia, bisogno, basso livello culturale o ingenuità”. Si chiede VINCENT COUSSIRAT-COUSTERE, *Article 9*, §2, in LOUIS EDMOND PETTITI, EMMAUEL DECAUX, PIERRE-HENRI IMBERT (a cura di), *La Convention Européenne de Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, p. 363: “Peut-être eût-il été plus sage de n'envisager la répression de ces actes répréhensibles en recourant au droit pénal ordinaire, qui permet de sanctionner l'exploitation de la crédulité d'autrui, de protéger les êtres fragiles et de dissuader de l'emploi de la contrainte?”, notando, però, che “mais si l'incrimination du prosélytisme est légitime, il faut encore que la condamnation repose sur des motifs suffisants, c'est-à-dire la preuve que le prévenu aurait essayer de convaincre son prochain par des moyens abusifs”.

²⁷⁴ Sul punto JAMES T. RICHARDSON, MASSIMO INTROVIGNE, “Brainwashing”. *Theories in European Parliamentary and Administrative Reports on “Cults” and “Sects”*, in *Journal for Scientific Studies of Religion*, XL, 2001, 2, p. 143 ss.

²⁷⁵ Cfr. PASQUALE COLELLA, *Considerazioni generali sull'intolleranza religiosa in Italia alle soglie del duemila*, in AA.VV., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Jovene, Napoli, 1991, p. 27, il quale paventa il rischio di approvare una “nuova normativa [...] irrispettosa della libertà religiosa”.

²⁷⁶ Cfr. CARLO ALBERTO ROMANO, ERICA DELBARBA, *Settarismo e delittuosità*, in *Rass. it. Crim.*, 2002, p. 555 ss.

²⁷⁷ Cfr. JOHN A. SALIBA, *Problemi di ricerca e di classificazione dei movimenti religiosi contemporanei*, in ROCCO CAPORALE (a cura di), *Vecchi e nuovi dei*, Valentino, Torino, 1976, p. 151.

²⁷⁸ Particolarmente dettagliate alcune pronunce giurisprudenziali in relazione al movimento “Mamma Ebe”: si segnala, *ex multis*, App. Torino, 21 maggio 1985, in *Giur. mer.*, 1986, II, p. 354: “[...] Eventuali mancanze erano sanzionate da punizioni. Risultava spesso inflitta quella di far mangiare

to²⁷⁹, sol che si pensi ai casi in cui, ai danni dei membri dei gruppi, è dato riscontrare il sorgere di pericoli di tipo psichico, conseguenti all'adozione di pratiche il cui effetto può essere quello della riduzione del pensiero critico, della perdita di coscienza e di adesione al reale²⁸⁰, o, nei casi più estremi, di un vero e proprio stato di *trance*²⁸¹. Ciò che permane nell'alea del dubbio, invece, è il nesso di causalità sussistente fra tali tecniche ed i comportamenti messi in atto dai soggetti implicati, *id est* la tesi del mutamento di personalità per effetto del *brainwashing*, il cui unico rimedio sarebbe una sorta di de-programmazione, suscettibile di estendersi anche alle c.d. religioni tradizionali, attentando alla loro autonomia d'azione²⁸².

in ginocchio. La G., inoltre, somministrava punizioni corporali, picchiando o facendo picchiare le suore dai seminaristi [...]. Talune inservienti riferivano di aver visto delle suore con le mani ed il volto arrossati e di averne ricevuto la confidenza di punizioni anche umilianti, quali il pulire il pavimento con la lingua o l'essere cosparse di pomata arrossante". [...] Si accertava una rigida forma di censura su ogni comunicazione [...]".

²⁷⁹ Circa le ben note vicende di Scientology si rinvia, *ex multis*, a GERMANA CAROBENE, *L'affaire di Scientology. La qualificazione in via giudiziaria di una confessione nel contesto 'europeo' della libertà di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, aprile 2008, p. 3 ss.; FABIO SAUCHELLI, *La qualificazione giuridica di "Scientology" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. eccl.*, 1999, I, p. 244; FRANCESCO ONIDA, *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei: il caso "Scientology"*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1997, III, p. 988, ad avviso del quale nessuno degli aspetti criminali rinvenuti in Scientology sarebbe originale "ed il fatto di trovarli tutti riuniti in Scientology incide sull'intensità (quantità) ma non sulla qualità del problema sociale e giuridico"; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Scientology nell'ordinamento italiano*, in *Dir. eccl.*, 1995, I, p. 608 ss.; ROCCO BLAIOTTA, *La suprema Corte ancora su Scientology: organizzazioni religiose e associazioni criminali*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2384; PASQUALE COLELLA, *Disciplina giuridica di Scientology*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, II, p. 1410; GIANDOMENICO DODARO, *Interpretazione laica del delitto di associazione per delinquere. Riflessioni a margine del caso Scientology*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, II, p. 839. Degni di attenzione sono anche gli episodi relativi alle c.d. "bestie di satana", su cui cfr. MARIA CHIARA ZANCONI, *Il processo alle bestie di Satana: tra crocefissi e demoni*, in AA.Vv., *Processi penali e processi psicologici. Studi sull'attività forense di G. Gulotta, Giuffrè, Milano, 2009*, p. 715, nonché alla setta giapponese "AUM-Shiri-kyo", coinvolta negli attentati terroristici alla metropolitana di Tokyo del 1995: cfr. HARUO NISHIHARA, *Die kriminalwissenschaftlichen. Probleme der Fälle der AUM-Sekte in Japan*, in HANS-DIETER SCHWIND (a cura di), *Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin-New York, 1998, p. 621 ss.

²⁸⁰ Cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders TR (DSM IV)*, 4^a ed., American Psychiatric Press, Washington D.C., 1994, p. 490, ove lo stato derivante da manipolazione mentale viene definito come "disturbo dissociativo atipico 300.15".

²⁸¹ Cfr. RAIK WERNER, *Scientology im Spiegel des Rechts. Strukturen einer subkulturellen Ordnung zwischen Konformität und Konflikt mit den staatlichen Normen*, Wilhelm Fink, München, 2002, p. 58, il quale ritiene che anche pratiche come la meditazione eccessiva possa generare disturbi assimilabili alle crisi epilettiche ed alla dissociazione della personalità".

²⁸² Cfr. PAOLO FERRARI DA PASSANO, *Una legge contro le sette*, in *La Civiltà Cattolica*, 2001, III, p. 236. Ad avviso di JACQUES ROBERT, *Note sur CE Ass.*, 1 fev. 1985, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1985, p. 499, sia le religioni tradizionali che le c.d. "sette" danno luogo a "relier collectivement les hommes aux dieux par des croyances et par des cultes".

Né pare possibile coprire con incaute generalizzazioni gli effetti che determinate situazioni avrebbero sulla salute psico-fisica degli adepti, giacché trattasi di ripercussioni verificabili solo singolarmente ed in base a situazioni contingenti²⁸³, esaminando il dato concreto a livello fenomenologico piuttosto che il contesto settario in via pregiudiziale²⁸⁴. Più che l'utilizzo *tout court* di certe tecniche nell'ambito delle sette, invero, è proprio la modalità non professionale e poco accorta a costituire un fattore di rischio²⁸⁵.

I pericoli maggiori si riscontrano in alcuni atteggiamenti comuni dei *leaders* di gruppi i quali impediscono agli adepti di usufruire delle cure tradizionali, magari esercitando essi stessi abusivamente la professione medica²⁸⁶, e ponendo in essere quell'equivoco "tra religione e scienza, creato dalla dottrina del fondatore" che "può diventare facile strumento per favorire azioni truffaldine"²⁸⁷; non è un caso, peraltro, che vi siano alcune categorie di soggetti emotivamente più esposte al raggio, per i quali "l'immissione in una struttura fortemente gerarchizzata di 'savi' alimenta l'illusione di far parte di un gruppo d'*elite*"²⁸⁸.

Ne deriva come il rischio concreto costituito dalle sette per l'integrità psichica, calato in una prospettiva non eccessivamente generalizzata, porti

²⁸³ Cfr. GUNTHER KLOSINSKI, *Psychokulte. Was Sekten für Jugendliche so attraktiv macht*, C.H. Beck, München, 1996, p. 84.

²⁸⁴ Cfr. MASSIMO INTROVIGNE, *Rapporti parlamentari e governativi sulle "sette" in Europa occidentale, 1996-1999*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, II, p. 397.

²⁸⁵ Cfr. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 41, il quale nota come "spesso l'attività svolta non è oggettivamente illecita"; essa, in realtà, "configura effettivamente una fattispecie di reato subordinatamente all'accertamento dell'elemento psicologico da parte dell'agente coincidente con il perseguimento di un fine ingiusto, riprovevole".

²⁸⁶ Cfr. MARIO DI FIORINO, *A proposito di Dianetica, "scienza moderna della salute mentale"*, in *Sette e Religioni*, III, 1992, 2, p. 431, il quale, a proposito di Scientology, evidenzia come "le pretese di terapeuticità degli istituti di Dianetica possono condurre a seri rischi per la salute, in quanto, oltre ad essere totalmente prive di supporti scientifici, vengono effettuate da persone altrettanto prive di qualificazioni professionali, alimentando veri e propri sentimenti di onnipotenza nei confronti di qualunque disturbo, oltre che di dipendenza nei riguardi dei sedicenti operatori di pratiche taumaturgiche". Relativamente all'uso dello strumento *E-meter*, utilizzato, nella fase di reclutamento adepti, al fine di scoprire e far emergere gli accadimenti passati del soggetto che, a giudizio del terapeuta, sarebbero i principali fattori responsabili delle sue influenze negative, per curare le quali occorrono costose sedute di *auditing*, cfr. Pret. Modena, 3 giugno 1989, in *Foro it.*, 1990, II, c. 476: "Sulla natura e funzione dell'elettrometro non si vuole perdere tanto spazio: trattasi, notoriamente e come accennato dal perito, [...] di un semplice misuratore di conducibilità dell'epidermide, un vago antesignano del moderno *lie-detector*, incapace di localizzare alcunché che non sia quella variazione alla resistenza elettrica, regolata dalla legge di Ohm".

²⁸⁷ Così Trib. Bolzano, 23 gennaio 1989, n. 41, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1989, I, p. 346.

²⁸⁸ In questo senso cfr. NORBERT NEDOPIL, *Risiken von Sektenzugehörigkeit aus psychiatrischer Sicht*, in STEFAN BAUHOFFER, PIERRE H. BOLLE, VOKLER DITTMAN (a cura di), *Sekten und Okkultismus. Kriminologische Aspekte*, Rüegger Verlag, Zürich, 1996, pp. 306-307.

ad optare per una sovrapposizione con i pericoli di terapie psichiche²⁸⁹ effettuate da personale non preposto²⁹⁰, consentendo, in tal modo, di abbandonare espressioni troppo cariche di simbolismi quali il *brainwashing*, che altro effetto non sortiscono se non quello pernicioso di allontanare l'attenzione dal fenomeno della tutela della libertà del soggetto proprio a causa della presunta inverificabilità di un "macroevento"²⁹¹, non associabile ad una fattispecie penalmente tutelabile, focalizzando l'attenzione, invece, sulle portate distruttive della manipolazione mentale all'interno dei nuovi movimenti religiosi, con influssi nefasti di chi insidia la vittima in via subdola, "e senza bussare alla porta della sua anima"²⁹².

Il primo *test*, in ipotesi di presunte manipolazioni nei contesti settari, dovrebbe allora raccordarsi alla possibilità di allontanamento da parte del singolo e, in tal modo, il problema della irrinunciabilità dei diritti fondamentali²⁹³ si connetterebbe alla "potestatività" di una tale privazione, in virtù di un consenso prolungato, unitamente alla libertà di ritirarlo in ogni momento. È vero, d'altra parte, che in tal modo si caricherebbe eccessivamente l'adepto del peso di un'attività preventiva, dando per scontata una troppo elevata capacità del medesimo, laddove proprio la paura di situazioni di instabilità psicologica, fragilità e minore età²⁹⁴ sollecita, sovente, interventi legislativi o giurisprudenziali²⁹⁵.

²⁸⁹ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Caso Verdiglione: il "transfert" psicoanalitico come impostura?*, in *Foro it.*, 1987, II, c. 30, il quale parla di una vera e propria "alluvione psicoanalitica".

²⁹⁰ Tale è l'opinione di RAIK WERNER, HEINZ SCHÖCH, *Juristische Bewertung*, in HEINRICH KÜFNER, NORBERT NEDOPIL, HEINZ SCHÖCH (a cura di), *Gesundbeitliche und rechtliche Risiken bei Scientology. Eine Untersuchung psychologischer Beeinflussungstechniken bei Scientology: Landmark und der Behandlung von Drogenabhängigen*, Pabst, Langerich, 2002, p. 367.

²⁹¹ Così FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2ª ed., 2005, p. 350, a proposito dell'art. 603 c.p.

²⁹² Cfr. DIEGO FARIAS, (voce) *Stato (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 696.

²⁹³ Cfr. GIOVANNI MARIA FLICK, *La tutela della personalità del delitto di plagio*, cit., pp. 165-166, ove si afferma che "laddove per contro possa ipotizzarsi una piena, consapevole e libera, volontà del soggetto di consentire che altri lo sottoponga ad un potere di intensità e dimensioni tali, da giungere alla dianzi accennata situazione di totalità della soggezione dell'agente, entra in un certo qual modo in gioco altresì il contrastante interesse diretto della collettività alla conservazione di quei valori sociali, di cui l'individuo è portatore in senso ampio".

²⁹⁴ Cfr. RAFFAELE BOTTA, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, I, p. 147; MICHELLE HUYETTE, *Les sectes et la protection judiciaire des mineurs*, in *Dalloz*, 1996, pp. 271-276; SUSAN LANDA, *Children and Cults: A Practical Guide*, in *Journal of Family Law*, XXIX, 1991, 3, pp. 591-634.

²⁹⁵ Cfr. MARJORIE HEINS, *Other People's Faiths: the Scientology Litigation and Justiciability of Religious Fraud*, in *Hastings Const. Law Quart.*, IX, 1981, p. 153.

5. *Il plagio quale declinazione giuridica della manipolazione mentale*

L'ordinamento giuridico italiano ha conosciuto, come accennato, una forma di concretizzazione della fattispecie di manipolazione mentale, con il reato di plagio *ex art. 603 c.p.*, disposizione dalle vicende travagliate²⁹⁶ e dalle ridotte applicazioni concrete²⁹⁷, poi passata, a torto o a ragione, sotto la affilata ghigliottina della Corte costituzionale per violazione del principio di tassatività e determinatezza *ex art. 25 della Carta*²⁹⁸. La norma in oggetto, la quale sanciva la punizione per «chiunque sottopone una persona in proprio potere, riducendola in uno stato totale di soggezione

²⁹⁶ Intensa la ricostruzione di ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. II, Marghieri, Napoli, 1871, p. 153: «L'atto di impossessarsi della persona di un uomo, che causi un impedimento alla libera disposizione di se stesso con l'opportunità di invocare, nel caso specifico di esasperazione della fase critica, il soccorrimiento degli altri uomini al fine di recuperare la propria autonomia, costituisce l'essenza di questo reato (ossia *il reato di cattura privata, n.d.r.*) e costituisce la maggiore aggressione alla libertà dell'uomo come individuo. Esso anticamente ebbe due denominazioni, che rispondevano a due figure distinte, a seconda che lo scopo immediato dell'impossessamento fosse quello di ridurre in schiavitù l'individuo rapito, oppure il toglierli per maggior o minor tempo la libera e incondizionata disposizione delle proprie forze, ossia il plagio ed il carcere privato [...]. Con il progressivo scemare della schiavitù, il reato della vendita di uomo libero divenne sempre meno frequente, e cominciò a delinearci una figura di plagio improprio, ossia di impossessamento di un uomo non già allo scopo di ridurlo in schiavitù, ma a quello di forzarlo al servizio militare straniero (plagio militare) o a quello di educare i fanciulli ad una data religione o ad un qualche mestiere, sia esso legittimo, sia turpe. E in generale il plagio non andò più solo ad indicare l'assoggettamento dell'uomo libero allo stato di servitù, ma qualsiasi forma di impossessamento della persona altrui, [...], purché tendesse ad una usufruttuazione dell'uomo stesso per un tempo indefinito».

²⁹⁷ L'unico intervento giurisprudenziale che ha portato ad una condanna definitiva, in Italia, per plagio è riferibile al c.d. «caso Braibanti», un intellettuale processato per aver ridotto in stato totale di soggezione due giovani adepti, dopo averne annientata la personalità nella ricerca di un rapporto omosessuale. La Corte evidenziava la non necessità di padronanza fisica sulla persona, ma la sufficienza di un dominio psichico, al quale può accompagnarsi, ma non obbligatoriamente, una signoria in senso materiale, cosicché «per effetto di questo dominio psichico dell'agente lo *status libertatis* della vittima, inteso come stato di diritto, rimane in alterato, ma è la sua libertà individuale quale entità concreta di fatto che viene soppressa»: così Ass. Roma, Sez. I, 14 luglio 1968, in *Arch. pen.*, 1969, II, p. 310. Cfr. anche la conferma di tali impostazioni in Cass., 21 ottobre 1971, in *Giust. civ.*, 1972, III, p. 873, ove si evidenzia che «è certo che la suggestione è una delle forze spirituali che meglio si attagliano alla realizzazione del plagio. Essa, invero, utilizzata in concomitanza di altri fattori, quali l'immatùrità, l'ignoranza, la credulità della vittima, è strumento quantomai idoneo per superare, con l'ausilio delle forme persuasive, la resistenza opponibile da uno scarso senso critico e, ad un tempo, per conseguire quella docile pieghevolezza del plagiato, scopo ultimo e definitivo di una nefasta opera devastatrice dell'altrui coscienza».

²⁹⁸ Cfr. MARCO BOSCARRELLI, *A proposito del "principio di tassatività"*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 808. Non è mancato, peraltro, anche chi abbia sollevato «il dubbio che il biasimo implicito nella sentenza di condanna si appuntasse più sul fine che sui mezzi, richiamando - da un lato - desuete concezioni dell'antigiuridicità materiale [...] e, dall'altro, le più pericolose concezioni giuridiche tedesche [...] del c.d. *Führerprinzip* (un comportamento è contrario al diritto in quanto slealmente deviante rispetto ai valori etico-giuridici affermati a guida di una nazione): così FABRIZIO LEMME, (voce) *Plagio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, p. 3.

[...]», sebbene criticata nella originaria formulazione²⁹⁹, ha conosciuto tre differenti interpretazioni³⁰⁰: una c.d. “economica”, a tenore della quale il plagio coinciderebbe con un dominio fisico e materiale di un soggetto sull’altro³⁰¹, per certi aspetti assimilabile alla schiavitù³⁰², caratterizzandosi per l’intenzione di sfruttare economicamente il soggetto³⁰³, con una incisione, però, non già sul procedimento di formazione della volontà ma sulla sua manifestazione³⁰⁴; una c.d. “psicologica”³⁰⁵, per cui il plagio consisterebbe in un dominio psicologico dell’un soggetto sull’altro³⁰⁶ tramite tecniche

²⁹⁹ Cfr. PIETRO NUVOLONE, *Considerazioni sul delitto di plagio*, in AA.Vv., *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, p. 1272, ad avviso del quale non sarebbe sufficiente la correlazione potere-soggezione ad integrare la fattispecie del reato di plagio, dal momento che “il delitto consiste nel fatto di colui che dolosamente o al fine di ottenere una inibizione dell’autonomia estrinsecazione della personalità del soggetto, e di ridurlo, quindi, in proprio dominio, pone in essere specifici mezzi che incidono sulla psiche, facendone quasi una *longa manus* o un’appendice dell’autore del reato. [...] Non è esauriente guardare al rapporto potere-soggezione, come risultato, ma occorre concentrare l’attenzione nel quadro del finalismo intrinseco dell’azione dolosa”.

³⁰⁰ Cfr. GIOVANNI FLORA, *Il plagio tra realtà e negazione: la problematica penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, II, p. 87.

³⁰¹ Parla di “dominio servile” DOMENICO RENDE, *Il delitto di plagio*, in *Riv. pen. it.*, 1934, p. 460.

³⁰² Osserva VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, UTET, Torino, 1963, p. 649: “Si sottopone una persona al proprio potere, riducendola in un totale stato di soggezione, quando la si assoggetta al proprio o all’altrui servizio (se non vi fosse l’imposizione di lavoro o di altro servizio, infatti, ricorrerebbe soltanto il reato di sequestro di persona), in modo che essa sia costretta o indotta ad obbedire, e sia così sorvegliata in modo da non potersi sottrarre, per sua libera ed incontrastata determinazione, allo stato in cui si trova”. Peraltro, “esempi di plagio si possono indicare nel sottoporre una persona permanentemente al lavoro forzato od obbligatorio; nell’esercitare sui fanciulli una padronanza tale da costringerli ad impiegare in via permanente la loro attività a favore di un padrone in stato di soggezione servile; nel costringere taluno a prestare servizio in bande di malfattori, in comitive di zingari, saltimbanchi ecc., o in un gruppo religioso”.

³⁰³ Sul punto cfr. CESARE CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. IV, Società Editrice Libreria, Milano, 1916, p. 222. Evidenzia Trib. min. Potenza, 5 marzo 1953, in *Giust. pen.*, 1953, II, c. 755, come “l’elemento materiale del delitto di plagio, dunque, [...] può essere concretizzato soltanto attraverso l’imposizione di un servizio alla vittima; inoltre il dolo ricomprende il fine di trarre lucro dalla persona plagiata”.

³⁰⁴ Cfr. ANTONIO GRIECO, *Riduzione in schiavitù, plagio e sequestro di persona*, in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 216.

³⁰⁵ Concezione proposta da LUIGI ALIBRANDI, *Osservazioni sul delitto di plagio*, in *Riv. pen.*, 1974, p. 701.

³⁰⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 1949, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1949, II, p. 1315, nel senso che l’elemento materiale del plagio deve essere ricercato “nella costituzione, tra il soggetto attivo e quello passivo, di un rapporto di fatto, a causa del quale quest’ultimo venga sottoposto al potere dell’altro, con conseguente privazione della facoltà di volere liberamente ed annientamento della volontà nel suo totale contenuto”. Puntualizza Cass. pen., Sez. I, 26 maggio 1961, in *Cass. pen.*, 1961, p. 917, che il reato di plagio consiste “nell’instaurazione di un rapporto psichico di assoluta soggezione del soggetto passivo al soggetto attivo, in modo che il primo venga sottoposto al potere del secondo, con una completa e quasi integrale soppressione della libertà del proprio determinismo. In tale delitto le condizioni materiali di vita del soggetto non hanno altro valore che quello di un

persuasive³⁰⁷; un'ultima, c.d. "psicosociale"³⁰⁸, nel senso che il bene giuridico si sostanzierebbe negli effetti di isolamento dalla società che la soggezione provocherebbe³⁰⁹ e non esente, peraltro, anch'essa, da alcune critiche in relazione al suo contrasto con il principio di determinatezza e tassatività³¹⁰.

Ai fini dell'attinenza del plagio con la manipolazione mentale sembra evidente la rilevanza delle prime due interpretazioni, laddove esso viene visto come un delitto "a contenuto psichico"³¹¹. L'evoluzione da una concezione materiale ad una di tipo psicologico si rispecchia nell'intenzione di trasferire, in un'ottica psichica, una riflessione *ab origine* di soggezione puramente materiale³¹², tracciando una qualche forma di gradazione quantitativa della volontà e della libertà di volere, nel senso di una soggiogabilità totale³¹³, a detta di molti più ipotetica che reale³¹⁴. La svolta fu rappresentata dall'esegesi del lemma "soggezione" all'interno dell'art. 603 c.p., nei termini di un evento psichico che la norma legava al concetto di "totalità"; nello specifico, sebbene fosse ritenuta conforme una esegesi del fattore "potere"

mero *riscontro indiziario* (corsivo nostro), dal momento che ciò che più conta sono le condizioni psichiche della vittima".

³⁰⁷ Cfr. FRANCO GRANONE, *Trattato di ipnosi*, vol. I, UTET, Torino, 1989, p. 174, nel senso che la persuasione consiste nel "causare per via indiretta una convinzione fornendo elementi mentali su cui il soggetto possa costruire e fondare la convinzione stessa [...]".

³⁰⁸ La definizione appartiene ancora una volta a FERRANDO MANTOVANI, *Op. ult. loc. cit.*

³⁰⁹ Ad avviso di GIOVANNI MARIA FLICK, *Op. ult. cit.*, p. 58, lo stato totale di soggezione andava riguardato come una "effettiva preclusione alla vittima di qualsivoglia possibilità di percezione, comunicazione o scambio, in senso sostanziale e psicologico, con i terzi".

³¹⁰ Cfr. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1981, pp. 8-10.

³¹¹ Così GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Il plagio nel sistema italiano di tutela della libertà*, cit., p. 362.

³¹² Osserva MARIA CRISTINA BARBIERI, *La riduzione in schiavitù: un passato che non vuole passare. Un'indagine storica sulla costruzione e i limiti del "tipo"*, in *Quad. fior.*, 2010, p. 229, come l'art. 603 c.p. sia stato abrogato "più che per l'impossibilità di provare la dinamica causale sottostante, e, dunque per un difetto di determinatezza, per l'assenza di un contesto storico-sociale in cui potesse verificarsi una siffatta situazione di dominio di fatto".

³¹³ Cfr. GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Op. ult. cit.*, p. 363, il quale non concorda con la tesi che vede nella soggezione la necessaria reificazione del plagio, sostenendo, invece, in linea con l'interpretazione psicologica, che la volontà della vittima non subisce limitazioni quanto a potenzialità attuative, ma "viene annientata nel suo integrale contenuto".

³¹⁴ Cfr. FRANCESCO MERCADANTE, *Osservazioni sul caso Braibanti*, in *Giur. mer.*, 1969, II, p. 404, nel senso che "la volontà esiste come condizione insopprimibile dell'esistenza morale dell'uomo. L'uomo rappresenta un fine, in quanto è una volontà. [...] Non è immaginabile che si giunga a 'perdere' la volontà allo stesso modo in cui si perde, o si può perdere, la vita. Agire quindi sulla volontà significa unicamente prendere di mira le condizioni fisiche del suo esercizio, che rappresentano cosa *toto caelo* differente. Operare una costrizione per fame, paura, inganno ed altre più ignobili e deleterie torture non significa infatti agire sulla volontà, ma anzi confermare che, direttamente sulla volontà, proprio non si può agire".

come elemento giuridico e fattuale dell'art. 603 c.p., la "soggezione" veniva qualificata nel medesimo modo in entrambi i casi, *id est* come coazione psicologica alla quale la vittima non può sottrarsi³¹⁵.

Ad un primo giudizio il plagio incarnava una peculiare tipologia di soggezione, basata su un condizionamento atipico³¹⁶, laddove la soggezione presente in tale reato comportava in via solo sporadica uno stato di incapacità di intendere del soggetto passivo³¹⁷, richiedendo, invece, una menomazione della *capacitas volendi*. La questione era di non poca importanza, laddove, qualora il plagiato fosse stato, necessariamente, un soggetto incapace di intendere e di volere, non vi sarebbe stata alcuna possibilità di affermarne la responsabilità in sede penale³¹⁸ allorché, per effetto dell'illecito subito, avesse commesso un reato, dovendosi invece risalire al soggetto inducente la condotta criminosa³¹⁹. Ne deriva che la soggezione era considerata alla stregua di "una condizione psichica di determinazione permanente del volere ad opera di altri, che si può identificare in una forma di infermità di mente o di seminfermità, o, comunque, di inferiorità psichica avente la sua fonte in una causa naturale originaria o indotta", dando vita ad un concetto "riferibile a componenti naturalisticamente accertabili e non vaghe e mutevoli sensazioni di tipo emotivo"³²⁰.

Aliunde si è abbracciata, invece, la convinzione che l'incriminazione dovesse innestarsi sulla suggestione, intesa come rappresentazione con efficacia motivante nella mente altrui, avente ad effetto la menomazione della capacità di volere o, meglio ancora, l'eliminazione della capacità di non volere. Così veniva a costruirsi una differenziazione tra suggestione³²¹, patologicamente

³¹⁵ Cfr. GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Op. ult. cit.*, p. 361.

³¹⁶ Cfr. PIETRO NUVOLONE, *Considerazioni sul delitto di plagio*, cit., p. 1279.

³¹⁷ Cfr. FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, UTET, Torino, 1973, p. 39, il quale caldeggia l'ipotesi, oltre di una condizione rilevante dal punto di vista psichiatrico, anche di "una condizione psichica non rientrante nella categoria delle patologie cliniche".

³¹⁸ Cfr. GIULIA RAYMONDI, *Considerazioni sulla colpa cosciente e sul dolo eventuale con particolare riferimento ai c.d. culti emergenti*, in *Giur. mer.*, 1987, II, p. 421.

³¹⁹ Cfr. FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, 4^a ed., CEDAM, Padova, 2001, p. 662, il quale, prendendo in esame l'art. 27 Cost. mette in luce come affermare che la responsabilità penale è personale significhi che "il soggetto in tanto è in grado di rispondere penalmente in quanto poteva comprendere il connotato di disvalore del proprio agire determinandosi liberamente".

³²⁰ Cfr. PIETRO NUVOLONE, *Op. ult. cit.*, pp. 1284-1285.

³²¹ Nota GIOVANNI MARIA FLICK, *La tutela della personalità del delitto di plagio*, cit., p. 93, che "l'efficacia della suggestione è strettamente connessa e circoscritta a quei contenuti i quali possono trovare adeguata risonanza nel soggetto passivo ed essere trasformati secondo il suo sistema del reale. Nella suggestione non v'è cioè da parte di tale soggetto un atteggiamento inerte, bensì un *iter* attivo ed intenzionale, caratterizzato da una serie di motivazioni - nella recezione o nel rifiuto dei diversi contenuti suggestivi - correlate al rapporto esistente tra le personalità del suggestionante e

rilevante³²², che conduce ad una sorta di “clonazione comportamentale”³²³, e persuasione, di matrice lecita, laddove con la prima si faceva riferimento al campo del razionale, mentre con la seconda alla sfera dell’emotivo e dell’istintivo del soggetto passivo.

L’art. 603 c.p. avrebbe implicato, così, uno stato di incapacità di intendere e di volere nel preciso senso tecnico di scriminante *ex* art. 85 c.p., con la differenza che rispetto allo stato di incapacità procurato mediante violenza, *ex* art. 613 c.p., si sarebbe trattato soltanto di una soggezione parziale. Evidente risulta, perciò, l’assorbimento³²⁴ da parte del reato di plagio di una struttura di illecito ricompresa in un’altra fattispecie³²⁵.

Sotto un’angolazione medico-psichiatrica, invece, grande risonanza ha avuto il concetto di soggezione declinato nei termini di “ordine di fenomeni per i quali un individuo dipende da un altro attraverso un rapporto di continua ed abituale suggestione [...]”; quasi, insomma, uno stato di “suggestione prolungato nel tempo ed avente la caratteristica dell’abitualità”³²⁶.

La comune ricostruzione del delitto di plagio in termini di illecito a forma libera si connota, dunque, per il congiunto tentativo di qualificare il fattore suggestione come stato di incapacità di intendere e di volere, o, in estremo, di una patologia psichiatrica, con palesi problemi di sovrapposizione con il delitto indicato dall’art. 613 c.p. e con il reato di lesioni personali,

del suggestionato, nonché alle qualità peculiari di queste ultime. La precisazione pare significativa, anche e direttamente sotto il profilo giuridico, per un duplice aspetto, in un certo qual modo consequenziale alla constatazione che l’azione suggestiva non vale comunque a spersonalizzare in senso stretto ed assoluto il soggetto passivo, bensì anzi si innesta proprio - alla stregua dei rilievi precedenti - su di una determinata componente (vorremmo dire, in un senso improprio, di predisposizione) della sua personalità”.

³²² Cfr. Ass. app. Roma, 28 novembre 1969, in *Foro it.*, 1972, II, c. 3, ove si afferma che “il delitto di plagio si realizza anche quando l’agente aggredisce la sfera psichica dell’altra persona in modo da annullare la di lei personalità, sostituendovi la propria, sottraendole ideali, propositi e imponendole i propri, disgregando ogni consapevolezza della propria individualità, facendone un cieco seguace del proprio volere, delle proprie idee, un automa privo di ogni facoltà critica, soggiogato dalla più forte volontà di chi lo guida in un mondo non suo, in cui le idee sono accettate come l’unica possibilità di espandere la propria personalità”.

³²³ Così FLAVIL YEAKLEY, *The discipling dilemma*, Gospel Advocate & Co., Nashville, 1988, p. 477.

³²⁴ Nota EUGENIO FLORIAN, *Trattato di diritto penale. III. Delitti contro la libertà individuale*, cit., p. 301, che “il plagio assorbe, nel suo contenuto giuridico, ogni altro delitto contro la libertà [...]”.

³²⁵ Cfr. ANTONIO PAGLIARO, (voce) *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 551, il quale osserva che “[...] il bene giuridico che viene tutelato da una norma [...] può essere ricompreso nello scopo di un’altra, pur senza costituirne il nucleo essenziale [...]”.

³²⁶ Cfr. CARLO FERRIO, *Trattato di psichiatria clinica e forense*, vol. II, 2ª ed., UTET, Torino, 1970, pp. 127-128, nel senso che una “tale intensa e prolungata suggestione si risolve in uno stato patologico che però attecchisce sempre in un soggetto frenastenico o indementito, soggetti che la legge indica con la dizione «deficienza psichica»”.

e senza nessun vantaggio sul piano della afferrabilità delle condotte vietate dall'art. 603 c.p.

Un ulteriore approccio, già enunciato, ha puntato ad una ricostruzione del plagio con modalità ermeneutiche che oltrepassano il mero rapporto tra plagiato e plagiante, pervenendo all'esame degli effetti di isolamento prodotti sul secondo, rispetto alla società *toto caelo*, dai comportamenti messi in atto dal primo, nell'ottica di una "dimensione sociale della personalità"³²⁷. Tuttavia, una simile lettura, sebbene meritevole di encomio per il tentativo di abbandonare la dicotomia tra suggestione e persuasione, sembra tradire lo spirito della norma focalizzato sulla manipolazione mentale, allorché l'isolamento sociale che connota il fatto tipico pare avvicinarsi maggiormente ad una sofferenza fisica che di dominio sulla psiche altrui³²⁸.

6. Una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 603 c.p.?

La sentenza n. 96/1981 della Corte costituzionale con la quale veniva abrogato l'art. 603 c.p. ha costituito un taglio netto nei confronti di quelle esegesi del plagio incapaci di fornire una interpretazione del rapporto di soggezione secondo termini diversi dallo stato di incapacità di intendere e di volere; proprio in questo solco si è inserita la declaratoria di incostituzionalità della norma per quella che era stata già definita da acuta dottrina una "inafferrabilità del concetto di soggezione"³²⁹.

Si tratta di una stroncatura che ha suscitato non poche reazioni, unitamente a proposte di reintroduzione del plagio sotto la forma di manipolazione mentale³³⁰. La Consulta ha centrato la sua censura, in particolare, sulla "chiara impossibilità di riscontrare nella realtà un totale stato di soggezione, tale, cioè, da sopprimere integralmente ogni libertà ed autonomia di determi-

³²⁷ Ad avviso di GIOVANNI MARIA FLICK, *La tutela della personalità del delitto di plagio*, cit., p. 108, il risultato di una tale condotta sarebbe stato quello di produrre una "eliminazione del c.d. tessuto connettivo necessario all'affermazione e sviluppo della personalità", sfociando in una forma di isolamento sociale a causa del quale "la comunicazione del plagiato con il mondo non potrebbe avvenire che per mezzo del plagiato" (*Ivi*, p. 173).

³²⁸ Sul punto cfr. DOMENICO CHINDEMI, VALERIA CARDILE, *Violenza psichica endo-familiare, plagio della vittima e rimedi terapeutici*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1201 ss.

³²⁹ Cfr. COSIMO TURSI, *Principi costituzionali e reato di plagio*, in *Arch. pen.*, 1969, II, p. 345.

³³⁰ Cfr. MARCO ALFANO, *La nuova formulazione dell'art. 600 c.p.: reintroduzione del reato di plagio?*, in *Giust. pen.*, 2004, II, c. 673; MASSIMO DI BELLO, *Il plagio: nostalgia di un ritorno. Breve riflessione sul tema della tutela dell'integrità psichica della persona*, in *Riv. crimin. vittimol. secur.*, III, 2010, 4, p. 16.

nazione del soggetto che si assume vittima del plagio”³³¹. Invero, argomenta ancora la Corte, “presupponendo la natura psichica dell’azione plagiante, risulta chiaro che questa, per raggiungere l’effetto di porre la vittima in stato totale di soggezione, dovrebbe essere esercitata da persona dotata di una vigoria psichica capace di ottenere un siffatto risultato. Non esistono, però, elementi e modalità per poter accertare queste particolari ed eccezionali qualità, né è possibile ricorrere agli accertamenti di cui all’art. 220, 2° comma, del codice di procedura penale, non essendo ammesse perizie sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche. Né è dimostrabile, sulla base delle contemporanee esperienze [...], che possano esistere esseri capaci di ottenere, con soli mezzi psichici, l’asservimento totale di una persona”³³².

Risulta chiaro come, ad avviso della Consulta, sussisterebbe il forte rischio che in applicazione dell’art. 603 c.p., qualunque normale rapporto, sia amoroso, sia di partecipazione a movimenti ideologici, sia di altra natura, qualora sorretto da un’aderenza cieca e totale di un soggetto ad un altro, e se considerato socialmente deviante, potrebbe essere perseguito penalmente come plagio.

³³¹ Cfr. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, cit., p. 809. Sottolinea inoltre la Corte come “il legislatore, prevedendo una sanzione penale per chiunque sottoponga una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione, avrebbe in realtà affidato all’arbitraria determinazione del giudice l’individuazione in concreto degli elementi costitutivi di un reato *a dolo generico, a condotta libera ed evento non determinato* (corsivo nostro). Il pericolo di arbitrio, dal punto di vista dell’eccessiva dilatazione della fattispecie penale, sarebbe tanto più evidente considerando come il riferimento al totale stato di soggezione può condurre ad applicazioni della norma a situazioni di subordinazione psicologica del tutto lecite [...] quali il proselitismo religioso, politico e sindacale” (*Ivi*, p. 806).

³³² *Ibidem*: “Fra individui psichicamente normali, l’esternazione da parte di un essere umano di idee o convinzioni su altri esseri umani può provocare l’accettazione delle idee e convinzioni così esternate, e dar luogo ad uno stato di soggezione psichica, nel senso che questa accettazione costituisce un trasferimento su altri del prodotto di una attività psichica dell’agente e, pertanto, una limitazione del determinismo del soggetto che recepisce. Questo tipo di limitazione, come è stato scientificamente accertato, può dar luogo a tipiche situazioni di dipendenza psichica, che possono anche raggiungere, per periodi più o meno lunghi, gradi elevati, come nel caso del rapporto amoroso, del rapporto tra il sacerdote ed il credente, tra il maestro e l’allievo, tra il medico e il paziente, ed anche dar luogo a rapporti di influenza reciproca, ma è estremamente difficile se non impossibile individuare, sul piano pratico, e distinguere ai fini delle conseguenze giuridiche [...] l’attività psichica di persuasione da quella, anche essa psichica, di suggestione. Non vi sono criteri sicuri per separare e qualificare l’una e l’altra attività nonché per accertare l’esatto confine fra esse. L’affermare che nella persuasione il soggetto passivo conserva la facoltà di scegliere in base alle argomentazioni rivoltegli ed è pertanto in grado di rifiutare e criticare, mentre nella suggestione la convinzione avviene in maniera diretta e irresistibile, profittando dell’altrui impossibilità di critica e scelta, implica necessariamente una valutazione non soltanto dell’intensità dell’attività psichica del soggetto attivo, ma anche della qualità e risultati di essa. Quanto all’intensità, dai testi psichiatrici, psicologici e psicoanalitici e dalle ampie descrizioni mediche di condizionamento psichico, risulta che ogni individuo è più o meno suggestionabile, ma che non è possibile graduare ed accertare in modo concreto sino a qual punto l’attività psichica del soggetto esternante idee e concetti possa impedire ad altri il libero esercizio della propria volontà”.

La fattispecie *de qua*, pertanto, sembra collocarsi in una dimensione di elevata incertezza giuridica ed applicativa, correndo lungo il sottile crinale che separa il lecito dall'illecito, il comportamento socialmente e giuridicamente giustificato da quello riprovevole e criminoso.

Tuttavia, nonostante tale, presunta, superficialità della norma risulta ancora oggi molto complesso fornire una risposta esaustiva ai numerosi interrogativi afferenti alla possibilità che il sistema penale attuale offra una protezione adeguata ai fenomeni che attentano alla integrità psichica, soprattutto in termini di tutela giuridica nei confronti dei presupposti³³³ per la fruizione incondizionata di quegli stessi diritti di libertà di cui l'individuo *sui iuris* deve farsi portatore.

Non pare, invero, che, pur nella veridicità delle sue affermazioni, la Corte costituzionale abbia risolto il problema, eliminando dallo scenario giuridico un *quid* che, pur alloggiando nell'ordinamento sotto un alone di abusivismo applicativo, pareva farsi preferire alla voragine interpretativa lasciata; d'altra parte la difficoltà di tracciare un accorto equilibrio tra sopravvivenza della norma e sua espunzione non risiede tanto nel provarne o negarne l'esistenza *in re ipsa*, giacché qualsivoglia aspetto, nel sistema della comunicazione interpersonale, tende, in potenza alla manipolazione³³⁴, in modo che l'interazione umana soggiaccia, nei rapporti di soggezione fisiologica, ad un "rischio consentito di assoggettamento psichico"³³⁵.

Pur se sostenuta da suggestive argomentazioni, la tesi secondo cui la volontà di un individuo non può essere del tutto schiavizzata e la libertà morale non può subire violenza sembra, dunque, ancora lontana da una univoca dimostrazione³³⁶. La Corte costituzionale, invero, pur evidenziando come il reato di plagio venisse configurato "a forma libera", è sembrata concentrarsi maggiormente su alcune prospettazioni nel senso di fattispecie a contenuto meramente psicologico, *rectius* sulla suggestione quale elemento costitutivo

³³³ Osserva ANTONIO GUARINO, *Enti ecclesiastici e "sussidiarietà orientata" nel sistema integrato dei servizi sociali*, in *Dir. eccl.*, CXV, 2004, I, p. 595, che "la eventuale assenza dei presupposti per l'esercizio del diritto non comporta il venir meno dello stesso, ma condiziona solo il *come* e il *quando* assicurare in concreto il diritto".

³³⁴ Cfr. WOLFGANG MICHAELIS, *Die Methode als solche ist nicht schlimm*, in THOMAS KRUCHEM (a cura di), *Staatsfeind Scientology?*, Koehler & Amelang, München, 1999, p. 325, ad avviso del quale, più che trovare una specifica tecnica di manipolazione, occorre selezionare una idea "in grado di generare di per sé rapporti di dipendenza, tenuto conto del fattore collaterale, secondo cui spesso sono le persone stesse, in una fase della loro vita, a cercare una qualche forma di sottomissione [...]".

³³⁵ Così LUIGI CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in STEFANO CANESTRARI, GABRIELE FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, CLUEB, Bologna, 2001, p. 247.

³³⁶ Cfr. FRANCO COPPI, (voce) *Plagio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 943.

del delitto, contestando, giustamente, il fatto che non potessero cogliersi linee distintive ben definite tra suggestione e persuasione lecita.

E però l'art. 603 c.p. si prestava anche ad altre letture, troppo affrettatamente ed incautamente trascurate, le quali ne avrebbero permesso una più corretta collocazione all'interno della tutela accordata alla libertà individuale, come *prius* rispetto a quella delle varie libertà umane che, della personalità medesima, si rivelano derivazioni³³⁷. Se i fatti raccontano, come è incontestabile, la possibilità di ridurre una persona in proprio potere attraverso episodi di minaccia e violenza³³⁸, nel momento in cui la condotta del soggetto agente non sia suscettibile di ricomprendersi in un solo episodio, assumendo una dimensione più ampia di quella prevista dagli artt. 605, 610 e 613 c.p., anche la normativa sul plagio avrebbe potuto trovare una sua permanenza all'interno dell'ordinamento.

Assumere, a giustificazione della tesi dell'illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p., l'impossibilità o l'improbabilità della verifica, nella realtà, di situazioni identiche a quelle ipotizzate dalla norma, ovvero la elevata difficoltà di riuscire a raggiungere una prova, o, ancora, i rischi e gli inconvenienti conseguenti ad un uso scorretto ed arbitrario della norma penale, sembra ben lontano dal costituire un argomento convincente, giacché, a parte i giudizi di merito sulla veridicità o meno delle tesi addotte, non rientra certo tra i compiti dell'interprete e del giudice costituzionale una valutazione su tali profili³³⁹.

³³⁷ Cfr. CESARE MAGNI, *Interpretazione del diritto sulle credenze di religione. I. Possibilità operative analitiche e strutture d'ordine delle scelte normative*, CEDAM, Padova, 1959, p. 92, nel senso che "ciascuno dei vari e specifici diritti pubblici di libertà non è che una parte di un tutto inscindibile, costituito dal diritto alla libera affermazione della personalità del singolo".

³³⁸ Cfr. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 13ª ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 139, il quale distingue tra violenza propria ed impropria, laddove la prima comprenderebbe "ogni tipo di energia fisica adoperata dal soggetto sulla vittima, al fine di annullare o limitare la capacità di autodeterminazione". Non solo, però, una *vis corporis illata*, bensì ogni mezzo fisico adoperato per lo scopo anzidetto. La seconda, invece, comprenderebbe "ogni altro mezzo che produca il medesimo risultato, esclusa la minaccia, come l'ipnotizzazione, la narcosi, l'utilizzo di alcool *et similia*". In merito al secondo requisito, inoltre, nota l'A. come la minaccia consisterebbe nel "prospettare ad una persona un male futuro, il cui avverarsi dipende, però, dalla volontà dell'agente. Occorre, però, la circostanza che tale male venga posto in una alternativa: o sottomettersi alla volontà del soggetto agente oppure subire il male indicato" (*Ivi*, p. 140). Sul punto cfr. anche GUIDO NEPPI MODONA, *Sulla posizione della "violenza" e della "minaccia" nella struttura delle fattispecie criminose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 522 ss.

³³⁹ Cfr. FRANCO COPPI, (voce) *Plagio*, cit., pp. 945-946, il quale rimarca con forza "il dato fenomenico per cui, a coloro i quali negano categoricamente la possibilità che un individuo possa essere svuotato della sua volontà e spersonalizzato, rispondono in massa coloro i quali allarmati denunciano il diffondersi di tecniche, sempre nuove e subdole, di manipolazione del proprio «io», segnalando casi sconcertanti di individui e, a volte, di intere comunità, i quali paiono aver abdicato in maniera irreversibile alla propria capacità di autodeterminazione, rimettendo acriticamente in mani altrui il

Un errore, d'impatto decisivo, commesso da quanti hanno insistito sui contenuti eminentemente psicologici del plagio e sul quale anche la Consulta ha fatto leva nella sua, in questi termini, indubbiamente giustificata pronuncia è stato quello di catalizzare l'attenzione sul "totale stato di soggezione", rendendolo un evento del reato costitutivo della fattispecie. Una lettura alternativa avrebbe potuto, invece, qualificare come vero fulcro del reato l'elemento della sottoposizione del soggetto passivo al potere dell'agente, in qualunque modalità ottenuto; invero, lo stato di totale soggezione, pur nella sua indeterminatezza legata alla formulazione testuale, costituiva una specificazione, in termini descrittivi, dell'evento di reato, e non già l'evento stesso *in re ipsa*, il cui cuore pulsante era costituito dalla circostanza che la vittima si ritrovava costretta ad agire in conformità al volere del soggetto attivo, coartante la propria volontà ed autodeterminazione.

In più, un simile risultato non sarebbe stato considerato all'interno di una prospettiva rivolta unicamente alla relazione interindividuale, di natura psichica, tra plagiato e plagiante, bensì nella varietà delle molteplici forme tramite cui può essere condizionata l'altrui libertà. L'aver delineato l'art. 603 c.p. in termini di una fattispecie a contenuto meramente psicologico, intendendone lo "stato totale di soggezione" come un atteggiamento psichico provocato nella vittima unicamente per via di suggestione e l'aver scorto, nel verificarsi di tale stato, l'intero evento di reato, hanno condotto a ritenere che la fattispecie potesse verificarsi soltanto attraverso l'esplicazione di una influenza psichica, escludendo, così, la riduzione di un soggetto al potere altrui per altre strade. Ci si trovava, invece, in presenza di una palese forma libera della condotta costituente l'illecito della fattispecie penale, atta a privilegiare, in via astratta, molto più l'evento che non il mezzo che lo produce³⁴⁰.

Non sembra, in tal senso, un azzardo ritenere che, *mutatis mutandis*, l'art. 603 c.p. mirasse, vuoi per ubicazione, vuoi per il tenore letterale, ad apprestare tutela alla personalità individuale, mediante l'incriminazione di chiunque fosse riuscito ad imporre, in qualsiasi modo ed in via permanente, il proprio potere su un altro soggetto, inducendolo ad operare in conformità al proprio volere giacché privato di ogni capacità di sottrarsi alle imposizio-

proprio destino. Il pensiero non può che rivolgersi a quei sedicenti culti che caratterizzano, sempre più, i tempi moderni e il cui avanzamento sembra guidato, spesso, da un capo senza scrupoli, intento unicamente a lucrare sulla irrefrenabile voglia di cambiamento e di nuove scoperte, anche interiori, che interessa l'attuale società, in particolar modo i giovani".

³⁴⁰ *Ivi*, p. 948: "[...] può ritenersi che l'art. 603 c.p. non andasse ad incriminare *tout court* l'atto di produrre, in un individuo, uno stato di soggezione, bensì, preliminarmente, la riduzione di un soggetto al potere di un altro, indipendentemente dalle modalità attraverso le quali detto risultato fosse stato raggiunto".

ni altrui e di ogni prospettiva di recupero della propria libertà, senza che ciò equivalga a negare, per motivazione religiosa, convenienza economica o politica, ammirazione verso una personalità suggestiva o altre ragioni, che un individuo possa considerarsi libero di votarsi ad un'altra persona, abbracciandone gli ideali e le convinzioni³⁴¹. Né ciò può equivalere, *sic et simpliciter*, ad una ipotesi di plagio, dal momento che, alla base di tali scelte³⁴², è sempre riscontrabile un atto di insindacabile volontà³⁴³ nonché una libera opzione del soggetto³⁴⁴, unitamente alla possibilità che un consenso sugli altrui ideali, a maggior ragione religiosi, sia sempre oggetto di libera revoca³⁴⁵.

7. *Il consenso della vittima quale possibile scriminante?*

Da quanto sinora osservato emerge come la difficoltà principale nell'aprestare tutela all'integrità psichica risieda proprio nella mancanza di una pregnanza di contenuto nel concetto di manipolazione mentale, in particolar modo riguardo a quelle forme di condizionamento prodotte tramite "mezzi

³⁴¹ Osserva ARTURO CARLO JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 48, che "se di una libertà fondamentale può parlarsi, questa è la libertà di esprimere le proprie idee e cercare in ogni modo di divulgarle; la libertà di persuadere gli altri".

³⁴² Cfr. BRUNO CALLIERI, GIOVANNI MARIA FLICK, *I comportamenti indotti: aspetti psichiatrici e giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 810, nel senso che "la possibilità di scelta si traduce nella possibilità di recepire da più parti più messaggi e, quindi, di selezionarli, proprio perché si tratta di messaggi molteplici, reagendo ad essi secondo le nostre capacità".

³⁴³ Cfr. ANGELO GIUSEPPE URRU, *La funzione di insegnare nella Chiesa. Un breve commento al Libro III del Codice di Diritto Canonico*, Edizioni Vivere In, Roma, 1988, p. 27, il quale fa riferimento ad un atto di volontà inteso come immunità "non soltanto da coercizione esterna, ma anche di libertà psicologica, che esclude qualunque metodo contrario alla libertà e alla responsabilità umana, il quale possa togliere all'individuo il dominio delle proprie facoltà [...] ed il senso di responsabilità delle proprie decisioni".

³⁴⁴ Cfr. BERNHARD HÄRING, *La legge di Cristo*, vol. I, Morcelliana, Brescia, 1966, p. 141: "L'atto libero è *causa sui*, cioè è la determinazione prima di ciò che è ancora indeterminato [...]".

³⁴⁵ Di modo che "le norme della confessione religiosa non potrebbero produrre effetti per costringere all'adesione chi non volesse (o non volesse più) appartenere ad essa": così FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 4ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995, p. 199. Cfr. PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo*. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, p. 20, nel senso che la concezione di appartenenza "è messa in crisi dal confronto con la sensibilità moderna, imprescindibile, verso i diritti degli individui: [...] la rivendicazione dell'uso della libertà costitutiva di coscienza; il pluralismo in materia di religione; [...] la libertà di scegliere la propria religione e di abbandonarla in favore di un'altra, cioè una cultura della libertà che può condurre le società, [...] a rivendicare una valutazione e a volte un controllo sui mezzi di cui si munisce un gruppo religioso per proteggere la libertà sull'uscita dei suoi membri. Lo dimostrano i dibattiti sulla legittimità delle sette".

persuasivi”³⁴⁶. In altri termini, non si contesta *stricto sensu* l’inesistenza della manipolazione mentale *in re ipsa*, quanto, piuttosto, l’impossibilità di individuare una forma di persuasione che sfoci nell’illecito penale, con evidenti ripercussioni anche sui rapporti tra diritto penale e scienza psichiatrica.

Tuttavia il concetto di manipolazione presenta una complessità intrinseca tale da non poter essere ridotto alla sola persuasione, facendo, così, venir meno l’assoluto *aut aut* che contrappone quest’ultima alla suggestione. Tale alternativa, dai confini alquanto angusti, non può costituire una opzione esclusiva per il diritto penale, laddove sussiste la pretesa di qualificare la suggestione come una corrispondenza biunivoca che parte dallo sfruttamento, da parte del soggetto attivo, della sfera di emotività altrui e culmina con l’assenza di decisionalità razionale da parte della vittima. Nello specifico, però, le forme di manipolazione mentale che trovano luogo negli ambienti settari non possono non destare allarmanti preoccupazioni, giacché un simile contesto si presenta come una micro-struttura sociale “che cerca di attuare le stesse forme di manipolazione che la società attua su tutti noi”³⁴⁷.

Ne deriva la difficoltà di distinguere tra gruppi leciti ed illeciti sulla base dei soli metodi utilizzati³⁴⁸, essendo necessario volgere, piuttosto, lo sguardo

³⁴⁶ Cfr. RENZO CANESTRARI, ANTONIO GODINO, *La psicologia scientifica. Nuovo trattato di psicologia*, CLUEB, Bologna, 2007, p. 392, ove si intende per “persuasione”, differenziandola dal ricatto e dalla minaccia, “un atto che comporta sempre una scelta, indurre un cambiamento dell’opinione altrui solo per mezzo di un trasferimento di idee, un mero passaggio di contenuti mentali”.

³⁴⁷ Cfr. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell’integrità psichica*, cit., p. 137, il quale prosegue: “[...] si scatena così un antagonismo tra società e tali micro-strutture, in virtù del quale la società definisce in termini spregiati - come ‘manipolazione’ - la persuasione operata dai gruppi settari; i quali, a loro volta, si isolano dalla società o sono in aperto contrasto con essa”.

³⁴⁸ Ad avviso di ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 41, “il problema non è di facile soluzione, perché in sostanza si tratta di verificare se l’attività di proselitismo risponde ad un’autentica ispirazione religiosa oppure è solo l’espedito strumentale per conseguire illeciti guadagni. Si tratta di un’indagine che si pone tutta sul terreno probatorio e dell’esame delle circostanze concrete; e se talvolta è semplice, altre volte non lo è e rischia di ledere la libertà religiosa del soggetto, ove mai l’operatore giuridico si muovesse secondo una pregiudiziale di ostilità, nel momento in cui si valutasse come illecita un’attività che non lo è: in effetti qualche volta è incerta la linea di demarcazione tra attività di esplicazione del diritto di libertà religiosa e sua sicura riconducibilità al tipo di attività punita dalla legge penale”. Osserva MICHELE DEL RE, *Nuovi culti: problemi penalistici*, in *Temì Romana*, XXXVII, 1988, 4, p. 351, che “in materia religiosa il criterio della razionalità di una credenza non può servire per distinguere la religione [...] dalla superstizione e dal fanatismo. [...] Quello che si chiede, in materia religiosa è piuttosto se una credenza è ragionevole, cioè socialmente accettabile, tollerabile; la fede, infatti, è, per definizione, credenza nell’indimostrato”. Interessante anche la riflessione di SILVIO FERRARI, *Introduzione*, in IDEM (a cura di), *Diritto dell’uomo e libertà dei gruppi religiosi. Problemi giuridici dei nuovi movimenti religiosi*, CEDAM, Padova, 1989, p. 15, il quale osserva come, più che operare una valutazione delle singole idee, il giurista debba arrestarsi ad un’analisi esterna dei comportamenti che incidono sulla realtà sociale, in particolare sul “significato dei limiti che può assumere il principio di incompetenza in materia religiosa nello Stato contemporaneo”. Tale riflessione deve “avere un

alle finalità perseguite al loro interno, nonostante il rischio evidente di creare un contrasto con i principi di libertà di espressione e di religione³⁴⁹, nonché con le religioni dominanti³⁵⁰, e di distinguere tra le forme di manipolazione che esercitano una presa indiretta e quelle che, invece, agiscono direttamente sul soggetto passivo. La persuasione, invero, è idonea ad indurre altri ad agire ovvero mutare la propria personalità, producendo significativi cambiamenti da un punto di vista neuro-fisiologico; e tuttavia essa indica pur sempre una tipologia “cognitivamente mediata” di interferenza con la personalità altrui, filtrata da quei “meccanismi di controllo cognitivo che presiedono alla risposta del destinatario”³⁵¹.

In maniera differente sembra atteggiarsi il caso in cui ci si trovi ad affrontare, da parte della vittima, una manipolazione di tipo diretto, *rectius* ottenuta tramite un condizionamento delle sue azioni con pressione sui meccanismi di cognizione³⁵²; trattasi, per la precisione, di forme di intervento sul cervello atte ad evitare l’attivazione dei meccanismi di controllo cognitivo, la cui realizzazione totale, in termini di *brainwashing*, tuttavia, pare costituire un costrutto speculativo piuttosto che una ipotesi verificabile.

Al contrario, l’attenzione del diritto penale può, e in certi casi deve, spostarsi su quei fenomeni di manipolazione mentale non protesi all’annullamento totale della personalità altrui, bensì al loro controllo e mutamento, aggirando i meccanismi cognitivi ed agendo sul sistema nervoso centrale. A questa strategia appartiene la c.d. *Deep Brain Stimulation*, la quale, utilizzata

unico criterio ispiratore: quello indicato dalla Regina d’Inghilterra Elisabetta I quando ammoniva che *non si devono aprire finestre nella coscienza degli uomini per vedere cosa vi accade dentro*”.

³⁴⁹ Cfr. WOLFGANG MICHAELIS, *Die Methode als solche ist nicht schlimm*, cit., p. 327, il quale definisce “di seconda generazione” quel tipo di manipolazione esercitata dai nuovi movimenti religiosi, in confronto a quella, di prima generazione, imputabile ai regimi totalitari, proponendo, i primi, “una nuova *Weltanschauung* alternativa a quella maggioritaria”.

³⁵⁰ Cfr. MASSIMO INTROVIGNE, *Si fa presto a dire setta. Perché stiamo approvando una legge liberticida*, in *Il Foglio*, 23 giugno 2005.

³⁵¹ Cfr. ATTILIO NISCO, *Op. ult. loc. cit.*, il quale precisa: “In altre parole, la persuasione modifica l’ambiente cognitivo circostante al soggetto che ne è investito, e non direttamente il suo cervello. Per questo motivo facciamo fatica ad attribuirle un disvalore normativo che prescindendo dal contesto nel quale si svolge (ad es. una condizione di preconstituita vulnerabilità psichica, oppure un’offesa ad altri interessi, ad es. patrimoniali, della vittima)”.

³⁵² Ad avviso di JAN CHRISTOPH BUBLITZ, REINHARD MERKEL, *Autonomy and Authenticity of Enhanced Personality Traits*, cit., p. 368, possono distinguersi diversi approcci interventistici: “1) Una interferenza con le capacità di controllo dell’agente - la comunicazione persuasiva - che è legittima, se non sopravvengono altre considerazioni normative (ad esempio, se la persuasione si regge su un inganno e comporta un danno; 2) Le forme di interferenza che eliminano un controllo cosciente ma lasciano intatta una funzione di controllo, come accade nell’ipnosi o nei messaggi subliminali, le quali sono legittime finché socialmente accettate; 3) Gli interventi diretti, non mediati dal punto di vista cognitivo, i quali richiedono una interferenza con il corpo e sono leciti con il consenso”.

principalmente per la cura del morbo di *Parkinson*, ha mostrato effetti clinici non del tutto chiari³⁵³, pur ottenendo una valutazione positiva in termini di rapporto costi-benefici per i pazienti³⁵⁴.

Forti perplessità dal punto di vista etico sorgono allorché le tecniche in esame si estendano oltre i naturali confini³⁵⁵, dando luogo a vere sperimentazioni di tipo extra-terapeutico³⁵⁶: è in questa fase patologica che si inserisce la fattispecie del c.d. *Neuro-enhancement*³⁵⁷. Trattasi di una procedura medica mediante la quale, oltrepassando il semplice ripristino dello *status quo* in termini di salute mentale³⁵⁸, si mira ad ottenere un miglioramento delle proprie prestazioni mentali, attraverso “interventi diretti dall'esterno con ripercussioni sul cervello”³⁵⁹.

Siffatto tipo di miglioramento afferisce alle capacità cognitive ed emozionali del cervello e può ottenersi tramite tecniche molteplici: da quelle farmacologiche³⁶⁰ a quelle genetiche, passando per quelle chirurgiche³⁶¹.

³⁵³ In argomento cfr. REINHARD MERKEL, GERARD BOER, JÖRG M. FEGERT, *Intervening in the Brain. Changing Psyche and Society*, Springer, Berlin-New York, 2007, p. 161 ss.

³⁵⁴ Cfr. LUCA BORGHI, *Profili bioetici della neurostimolazione*, in *Medicina e morale*, VI, 2004, p. 1203.

³⁵⁵ Cfr. PETER RABINS, *Scientific and Ethical Issues Related to Deep Brain Stimulation for Disorders of Mood, Behavior, and Thought*, in *Arch. Gen. Psychiatry*, LXVI, 2009, 9, p. 931, il quale parla di una “extension of stimulation to a wide spectrum of neuropsychiatric disorders”.

³⁵⁶ Cfr. MARIO SAVINIO, MARIO MINIATI, GIOVANNI BROGGI, *Stimolazione cerebrale profonda nel trattamento del disturbo ossessivo-compulsivo cronico resistente al trattamento: revisione critica della letteratura*, in *Giorn. it. psicopatologia*, 2007, p. 367 ss.

³⁵⁷ Sul tema cfr. SUSANNE BECK, *Enhancement - die fehlende rechtliche Debatte einer gesellschaftlichen Entwicklung*, in *Medizinrecht*, XXIV, 2006, p. 95; AN RAVELINGIEN, JOHAN BRAECKMAN, LUC CREVITS, DIRK DE RIDDER, ERIC MORTIER, “Cosmetic Neurology” and the Moral Complicity Argument, in *Neuroethics*, 2009, p. 151. Per quanto concerne la riflessione italiana, cfr. ELENA COLOMBETTI, *Etica delle neuroscienze*, in VITTORIO A. SIRONI, MAURO PORTA (a cura di), *Il controllo della mente. Scienza ed etica della neuromodulazione cerebrale*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 208 ss.

³⁵⁸ Così ERIC T. JUENGST, *Was bedeutet Enhancement?*, in BETTINA SCHÖNE-SEIFERT, DAVINIA TALBOT (a cura di), *Enhancement. Die ethische Debatte*, Mentis, Paderborn, 2009, p. 25. In generale cfr. ANDREAS WOYKE, *Human Enhancement und seine Bewertung. Eine kleine Skizze*, in CHRISTOPHER COENEN, STEFAN GAMMEL, REINHARD HEIL, ANDREAS WOYKE (a cura di), *Die Debatte über “Human Enhancement”. Historische, philosophische und ethische Aspekte der technologischen Verbesserung des Menschen*, Transcript, Bielefeld, 2010, p. 21.

³⁵⁹ Così JOSEPH LINDNER, *Neuro-Enhancement als Grundrechtsprobleme*, in *Medizinrecht*, XXVIII, 2010, p. 464

³⁶⁰ Notano CLAUS NORMANN, MATHIAS BERGER, *Neuroenhancement: status quo and perspectives*, in *Eur. Arch. Psychiatry Clin. Neurosc.*, CCLVIII, 2008, 5, p. 110, come, tra le tipologie di farmaci maggiormente somministrati, si annoverino il metilfenidato, utilizzato per il trattamento del deficit di attenzione e per la iper-attività, ed il Modafinil, stimolante utilizzato per curare la narcolessia, e tuttavia sfruttato sovente per altre finalità, *rectius* prevenire la fatica e stimolare la concentrazione: sul punto cfr. anche MATTHIS SYNOFZIK, *Kognition à la carte? Der Wunsch nach kognitionsverbessernden Psychopharmaka in der Medizin*, in *Ethik Med*, 2006, p. 45.

³⁶¹ Cfr. REINHARD MERKEL, *Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio huma-*

I rapporti tra la tutela penale dell'integrità psichica ed il *Neuro-enhancement* attuato previo consenso del paziente si scandiscono secondo due diverse qualificazioni: la circostanza per cui tale trattamento non è finalizzato alla cura di una patologia e, di riflesso, il fatto che il soggetto che lo riceve mira ad ottenere un potenziamento di facoltà già di per sé sane, portando qualcuno a ritenere che l'*enhancement* "non è ammissibile di per sé, bensì è di per sé non ammissibile"³⁶². Punto di attrito con il diritto penale potrebbe essere il diritto ad una piena autodeterminazione nella decisione relativa alle modifiche delle proprie capacità, in molte realtà giudicata contraria alla dignità umana³⁶³ poiché concretandosi in una offesa all'autenticità del genere umano, un tradimento verso le caratteristiche cognitive acquisite dalla specie.

Al di là delle considerazioni nel merito, ciò che appare di tutta evidenza è che, al momento, il *Neuro-enhancement* non sembra aver causato alcun tipo di lesioni e patologie, rilevando, sotto il profilo del rapporto con il diritto, solo l'eventualità di offesa ad un bene individuale³⁶⁴. Peraltro la barriera all'esercizio di tale facoltà psichica non sembra poter essere innalzata basandosi sulle norme poste a tutela della incolumità personale, bensì necessita di un diverso approccio innestato sui cambiamenti derivanti dal tipo di intervento al quale si è sottoposti, innescando uno scontro tra autenticità ed autonomia da cui emerge vincitrice la questione relativa alla generica identità personale³⁶⁵.

na und strafrechtliche Grenzen, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, pp. 932-933.

³⁶² *Ivi*, p. 930, così come riportato da ATTILIO NISCO, *Op. ult. cit.*, p. 141. L.A. sottolinea come "[...] la distinzione tra terapia ed *enhancement* non sia scevra da incertezze; del resto, [...] è lo stesso concetto di salute ad aver subito una profonda modificazione, abbandonando l'assenza di malattia come punto di riferimento, per identificarsi con l'aspirazione al benessere psicofisico: anche alla luce di tale evoluzione il 'miglioramento' dell'essere umano è un fine non estraneo alla medicina".

³⁶³ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 558-559: "[...] il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile - per così dire - a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico". Il concetto di dignità umana elevato a vero e proprio diritto soggettivo è ribadito da GIUSEPPE MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 66.

³⁶⁴ Osserva ATTILIO NISCO, *Op. ult. cit.*, p. 142, come "[...] chi incrementa le proprie prestazioni mentali [...] non attenda, per ciò solo, all'autenticità della specie a cui appartiene [...]".

³⁶⁵ Cfr. REINHARD MERKEL, GERARD BOER, JÖRG M. FEGERT, *Intervening in the Brain. Changing Psyche and Society*, cit., p. 189, nel senso che "l'essere persona può non coincidere con l'essere quella determinata persona che si era prima di ricevere un certo trattamento".

8. *Orizzonti de iure condendo: spazi di manovra per la cittadinanza di una norma repressiva delle condotte manipolative e proposte ermeneutiche*

Il problema della reintroduzione di una fattispecie criminosa la quale potesse, superando le censure costituzionali³⁶⁶, fare le veci dell'abrogato delitto di plagio, considerato un'arma dispotica "di controllo sociale del regime"³⁶⁷, è sembrato indirizzarsi, sin dai primi anni successivi alla pronuncia della Consulta, verso il reato di manipolazione mentale, soprattutto sulla base delle speculazioni teoriche realizzate in altri contesti giuridici europei.

Degna di nota, in particolare, quella finalizzata ad introdurre, nell'ordinamento tedesco, un reato posto a tutela della autodeterminazione mentale, c.d. *mentale Selbstbestimmung*; tale proposta punta ad evidenziare, *in primis*, come l'*enhancement* non arrechi un danno a quel complesso di facoltà psichiche per cui "la persona del momento temporale T_0 possa essere considerata la medesima persona in T_1 "³⁶⁸. Piuttosto, esso afferisce alla consapevolezza che un individuo ha di sé stesso e delle proprie capacità, in differenti segmenti della sua esistenza, "non del tutto dissociabile dalla percezione che i suoi simili hanno di lui"³⁶⁹. In virtù di queste premesse, l'introduzione di un tale reato presupporrebbe la punizione di condotte di danneggiamento mentale di un altro soggetto, poste in essere con l'influenza sull'apparato cerebrale ottenuta mediante farmaci, pratiche bio-chimiche ovvero interventi chirurgici. In caso di consenso, tuttavia, troverebbe applicazione un'attenuante che limiterebbe la sanzione ai soli casi in cui detto consenso superi "i buoni costumi", sulla falsariga di quanto accade al §228 StGB in materia di lesioni personali³⁷⁰.

³⁶⁶ Cfr. GERMANA CAROBENE, *Scientology tra religione e sanzione*, cit., p. 120, la quale osserva come "particolarmente problematica, ed indubbiamente pericolosa a livello normativo, alla luce delle attente osservazioni della Corte, è [...] la reintroduzione di una forma di reato a condotta libera cui si collega, inoltre, un risultato non precisato né precisabile in termini di certezza giuridica. Se, infatti, l'esempio paradigmatico dei reati a forma libera è rappresentato dall'omicidio, allo stesso, però, si ricollega, tuttavia, un evento, assolutamente certo, quale la morte di un soggetto. In tali ipotesi, invece, concetti quali 'condizionamento della personalità', 'stato di soggezione', non rappresentano eventi dotati dell'assioma della certezza e rendono quanto meno complessa l'individuazione della condotta criminosa". L'offesa penalmente rilevante, dunque, "è solo quella qualitativamente e quantitativamente prevista da una norma incriminatrice, indipendentemente da ciò che socialmente o moralmente può essere considerato offensivo" (*Ivi*, p. 122).

³⁶⁷ Così MASSIMO DOGLIOTTI, *La schiavitù è ancora tra noi!*, in *Dir. fam. pers.*, 1991, I, p. 66.

³⁶⁸ Così ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 143.

³⁶⁹ Cfr. DAVID DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 11. Ad avviso di DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, OUP, Oxford, 1984, p. 201, occorre distinguere tra una forma di identità "qualitativa" ed una "numerica".

³⁷⁰ *Ivi*, p. 951. L'A. propone l'inserimento del §237 StGB, con la seguente formulazione: "1. È

Il paragone con l'ordinamento italiano mostra, in questo modo, un evidente *vulnus* normativo, laddove l'art. 613 c.p., che si è visto in precedenza inidoneo a sopperire alla tutela apprestata dall'art. 603 c.p., risulta inapplicabile anche per la non connessione sussistente tra il reato di lesioni ed il *Neuro-enhancement*, stante la sostanziale differenza tra l'incremento delle facoltà mentali e la riduzione di un soggetto in stato di incapacità di intendere e di volere. Dal punto di vista dei trattamenti medici, ex art. 610 c.p., sussiste solo una parziale sovrapposizione di tutela, anche in virtù del recente *trend* giurisprudenziale a sottrarre i trattamenti arbitrari al ventaglio di controlli apprestato dalla norma *de qua*³⁷¹. Da ciò pare poco criticabile l'idea che sia necessaria, anche nell'ordinamento italiano, l'introduzione di una fattispecie volta a punire i fenomeni di aggressione alla integrità mentale, depurata delle incrostazioni evidenziate che si pongono in netto contrasto con i principî penali costituzionalmente previsti, per rispondere ad un non poco diffuso allarme sociale, nei confronti del quale il diritto non può certo mostrarsi miope³⁷². Una tale forma di tutela dovrebbe però puntare alla tipizzazione delle tipologie di intervento psichico che causino un mutamento delle funzioni mentali, senza il consenso del soggetto passivo, ottenendo, come risultato, una sovrapposizione tra identità personale ed incolumità psichica, nonché una coincidenza tra percezione soggettiva di sé ed oggettiva altrui.

Parallelamente, in merito alla problematica riguardante il consenso prestato al *Neuro-enhancement*, stante il vuoto normativo presente nell'ordinamento italiano, logica imporrebbe il ricorso alla disciplina ex art. 5 c.c., ove, tuttavia, nel divieto di atti dispositivi del proprio corpo, è esplicito il riman-

punito [...] chi danneggia gravemente l'autodeterminazione mentale di un'altra persona, influenzando direttamente sul cervello dell'altra persona attraverso l'uso di processi farmacologici, chirurgici, neurostimolatori, tecnogenetici o altri procedimenti biologici o chimici, con ciò mutando in maniera non irrilevante le attuali o future funzioni mentali di quella persona./ 2. Il tentativo è punibile./ 3. Se il fatto è compiuto con il consenso della persona interessata, è antigiusdittico solo se, nonostante il consenso, è contrario al buon costume".

³⁷¹ Cfr. Cass. SS.UU., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1807. In dottrina cfr. LUIGI CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, p. 416.

³⁷² Cfr. PAOLO GROSSI, *Prima lezione di Diritto*, 5ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 15, ad avviso del quale "il referente necessario del Diritto è soltanto la società [...]". Parla di un Diritto come "*regolamentazione comportamentale normativa del relazionale sociale secondo reciprocità*", PAOLO GHERRI, *Introduzione critica alla Teologia del Diritto canonico*, Appunti *pro manuscripto*, Città del Vaticano, 2016, p. 75. *Aliunde* l'A. cala lucidamente il concetto del Diritto nelle istanze sociali, notando che "il Diritto riguarda e gestisce tutto ciò che ha la *capacità* di influenzare le relazioni tra soggetti appartenenti allo stesso Ordinamento [...], mutandone in qualunque modo la *situazione relazionale precedente* [...]": così IDEM, *Introduzione al Diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 20.

do alla integrità fisica, senza alcun riferimento alla dimensione psichica³⁷³; lacuna non colmabile neppure per analogia³⁷⁴ data la difficoltà nel delineare cosa possa intendersi per “diminuzione permanente” della medesima.

Durante l’operatività del reato di plagio, invero, la maggioranza della dottrina si era mostrata alquanto restia a riconoscere una efficacia scriminante alla volontaria sottoposizione ad un potere psichico altrui, motivando tale linea di pensiero con il carattere meta-individuale dell’interesse posto sotto la protezione dell’art. 603 c.p., e con la “assoluta impossibilità per l’individuo di consentire una totale alienazione o degradazione di sé medesimo”³⁷⁵. Il fenomeno in oggetto si differenzia però dal plagio, potendo, al più, configurarsi un eccesso di dipendenza da farmaci o dalla tecnica *in re ipsa*.

Peraltro, leggendo in combinato disposto gli artt. 613 e 728 c.p. emerge come l’incapacità di intendere e di volere, nonché la soppressione della coscienza, siano punibili solo in assenza di consenso, o, nel caso di sua presenza, allorquando si crei un concreto pericolo per la incolumità del soggetto: pericoli che, come rilevato in precedenza, non sembrano appartenere all’*enhancement*, anche a tacere delle differenze strutturali con le norme citate. Anzi, si è obiettato, l’*enhancement* produce, in luogo di una *deminutio*, una sorta di potenziamento delle facoltà del soggetto, al punto da inserirsi, come miglioramento della autonomia mentale, in un quadro valutativo che ne rivendica addirittura una utilità sociale³⁷⁶.

E però, da contraltare, v’è da dire che ad un tale miglioramento si affiancano mutamenti della personalità non controllabili *a priori* da chi vi si sottopone. La conseguenza più evidente è la difficoltà di comprendere un consenso informato³⁷⁷ in relazione alle conseguenze che potrebbero derivare da alcune pratiche analoghe. Ma proprio rispetto a mutamenti della personalità non sottoponibili a preventivo *screening* ed atti ad arrecare un pericolo per sé ovvero per altri, potrebbe invocarsi una applicazione dell’art. 5 c.c.,

³⁷³ Cfr. SILVIA TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’aveute diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 224, la quale introduce una rivisitazione dell’art. 5 c.c. in chiave penalistica, ossia come norma non più centrale nel delineare i confini della disponibilità della integrità psichica. Parla di necessità di bilanciare gli interessi in gioco FERDINANDO ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell’aveute diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 77 ss.

³⁷⁴ Cfr. GIORGIO MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254.

³⁷⁵ Così CESARE PEDRAZZI, (voce) *Consenso dell’aveute diritto*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 143.

³⁷⁶ Cfr. GIANFRANCO IADECOLA, *Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, II, p. 52.

³⁷⁷ Di consenso informato nell’ambito dei “nuovi culti” parla LOUIS J. WEST, *Persuasive techniques in contemporary cults: a public health approach*, in *Cultic Studies Journal*, VII, 1990, 2, p. 134.

avendo un particolare riguardo al profilo di contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume, da valutare nel singolo caso in relazione alle specifiche peculiarità della pratica posta in essere³⁷⁸.

Quanto osservato sinora, dunque, palesa in modo limpido, pur nell'evidenza di un *vulnus* di tutela lasciato dall'abrogazione dell'art. 603 c.p., l'inopportunità di costruire una tutela penale dell'integrità psichica attraverso l'incriminazione di metodi di manipolazione unicamente persuasiva, psicologica e, per certi aspetti, comunicativa³⁷⁹, come ampiamente dimostrato dall'esperienza sul plagio³⁸⁰: errore nel quale sono incorsi, più o meno consapevolmente, anche i disegni di legge con i quali si è tentato di (re)introdurre il reato di manipolazione mentale³⁸¹, unitamente a proposte elaborate dalla dottrina, anche in ambito extrapenale³⁸².

³⁷⁸ Cfr. LUCA BORGHI, *Profili bioetici della neurostimolazione*, cit., p. 1205, come riportato da ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 146, nota 154.

³⁷⁹ Cfr. HERBERT HART, TONY HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1985, p. 53: "One person can only be 'induced' to act by another if he knows and understands what others say. In this sense the relationship between the two actions in such case is 'through the mind' of the second person".

³⁸⁰ Cfr. ALESSANDRO USAI, *L'evoluzione del reato di plagio nell'ordinamento italiano*, in *Giust. pen.*, 1993, II, c. 726, il quale ben puntualizza come "in definitiva, la storia dell'incriminazione di plagio nell'ordinamento italiano pone agli studiosi ed al legislatore due delicati interrogativi ai quali la nostra esperienza ha risposto in senso negativo: è possibile privare la persona della capacità di autodeterminazione mediante l'impiego di mezzi esclusivamente psicologici? È possibile discernere i casi in cui l'individuo sceglie con libera determinazione di abbracciare uno stile di vita, dai casi in cui tale scelta sia solo apparente a causa dell'altrui coercizione?". D'altra parte, prosegue l'A., "l'ordinaria vita di relazione all'interno di una collettività è tutta intessuta di condizionamenti psichici della volontà e della libertà altrui". Si consideri anche la proposta presentata dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Giuliano Vassalli, nell'aprile del 1988, contenente "Norme a tutela della personalità del minore" (in *Ind. pen.*, 1988, p. 305 ss.): in particolare, l'art. 549 tendeva ad un recupero di una parte dell'incriminazione per plagio con riferimento alla tutela del minore, sancendo il reato di "Atti lesivi della capacità di autodeterminazione del minore" e punendo "chi mediante violenza, minacce o suggestioni pone il minore in uno stato di soggezione tale da escludere o limitare grandemente le libertà personali e la capacità di sottrarsi alle imposizioni altrui", e, al 2° comma, "[...] chi induce il minore a compiere singoli atti gravemente lesivi della sua salute fisica o psichica".

³⁸¹ Antesignano di tali proposte è stato lo schema di riforma del codice penale ad opera della "Commissione Pagliaro", in cui, all'art. 61, si prevedeva la reintroduzione del delitto di plagio, "consistente nel fatto di chi, al fine di trarre un vantaggio per sé o per altri, sottopone una persona a mezzi chimici, interventi chirurgici o pratiche psicagogiche di condizionamento della personalità, idonei a comprometterne l'integrità psichica". Sul punto si rimanda alla *Relazione sullo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Documenti-Giustizia*, 1992, p. 360.

³⁸² Si segnalano, in particolare, tre proposte. La prima mirava alla inabilitazione temporanea per gli individui i quali avessero subito condizionamenti atti ad influenzare la loro capacità di intendere e di volere, *id est* di autodeterminarsi; in particolar modo, negli Stati Uniti venne avanzato, intorno agli anni '80, un progetto di legge che attribuiva all'autorità giudiziaria il potere di sottoporre ad una forma di tutela provvisoria i soggetti che avessero subito una "mutazione di comportamento", c.d. *substantial behavioural change*, in seguito ad indottrinamento coattivo. Tale misura contemplava un tempo massimo di cure di settantacinque giorni, al fine di consentire ai, per lo più giovani, adepti

di riprendere la percezione del reale mediante programmi psicoterapeutici, potendo, poi, essere lasciato alla vita ordinaria. Nel dettaglio la proposta prevedeva l'inserimento dell'art. 80 nella *Mental Hygiene Law*, articolato in ben 18 commi: il primo prevedeva tale misura allorché “*the respondent has undergone a substantial behavioural change and lacks substantial capacity to make independent and informed decisions or to understand or control his conduct [...]*”. Tali comportamenti erano individuati in “1. *Abrupt and drastic alteration of basic values and lifestyle, as contrasted with gradual change such as that which might result from maturation or education; 2. Blunted emotional responses; 3. Regression to child-like levels of behaviour; 4. Physical changes which may include but not be limited to: (I) drastic weight change; (II) cessation of menstruation; (III) diminished rate of facial hair growth; (IV) cessation of perspiration; 5. Reduction of decisional capacity, which may include impairment of judgement and inability to make independent and informed choice*”. Il comma 15, infine, prevedeva che: “A) *An order from temporary guardianship shall set forth a court approved program which shall be designed to enable the respondent to make informed and independent judgements at the end of the period of temporary guardianship. The order shall require that the program be under the supervision of a psychiatrist, a certified psychologist or certified social worker. B) An order issued pursuant to this article shall be for a period of forty-five days. The order may be extended for a period not to exceed thirty days provided there is a showing that there has been interference by outside parties, medical emergencies or other unforeseen circumstances which interfere with the court approved program of temporary guardianship. [...]*”. Sul punto cfr. JOHN GORDON MELTON, *Encyclopedic handbook of cults in America*, Garland, New York-London, 1986, p. 232 ss. Sugli effetti comuni alla maggioranza degli adepti cfr. anche ELI SHAPIRO, *Destructive cultism*, in *American Family Physician*, 1977, p. 83, che elenca: “1. *Demands complete obedience to and subservience to one individual, who purports to be God, the Messiah or some form of, or a messenger of, the deity. 2. Requires separation from society. Association with nonmembers discouraged, except to gain money or to proselytize. 3. Discourages any form of self-development. Education is scorned and the self image is totally destroyed. 4. Teaches hatred of parents, organized religion, and, sometimes, the U.S. government. 5. Does not have concern for the material body; feels only the soul is important. 6. Takes all material possessions (past present and future) for its own use. Members are not permitted to own anything in their own names. 7. Makes it almost impossible for a member to leave, either through physical restraints or psychological fears. 8. Maintains the member in a 'brainwashed' state through destructive behavior modification techniques*”. Le altre due proposte, maturate sulla falsariga del *leading case* americano, prevedevano: la prima, che, anche in deroga alle norme del codice civile, “il Tribunale dei minori possa pronunciare assunte le urgenti informazioni del caso, la temporanea interdizione di una persona di maggiore età, qualora risulti che essa sia stata sottoposta a pratiche di condizionamento mentale, mediante mezzi chimici, interventi chirurgici o pratiche psicagogiche. L'interdizione dovrebbe essere pronunciata in Camera di consiglio, con ordinanza sommariamente motivata, entro dieci giorni dalla presentazione dell'istanza, per un periodo non superiore ai tre mesi, prorogabili, in caso di comprovata necessità, per i successivi trenta giorni. [...] L'istanza potrebbe essere proposta dai genitori, dai parenti del soggetto entro il quarto grado, dalle associazioni riconosciute operanti a tutela dell'integrità psichica, nonché dal magistrato requirente. [...]”: così MICHELE DEL RE, *L'adesione al culto emergente: conversione e/o plagio?*, in MARIO DI FIORINO, *Persuasione socialmente accettata: il plagio ed il lavaggio del cervello*, vol. I, cit., p. 243; la seconda prevedeva che, a fronte di condotte costituenti un serio pericolo per l'integrità della personalità individuale, “alcuni soggetti legislativamente indicati (tra i quali il PM presso il Tribunale), possano ricorrere al giudice civile, Presidente del Tribunale o Presidente del Tribunale per i minorenni, in caso di soggetti passivi di minore età, il quale, con provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., sentite le parti ed esaminata la persona indicata come vittima, possa essere legittimato ad inibire il comportamento pericoloso contestato. [...] La sanzione di natura penale si dovrebbe, in tale prospettiva, ritenere collegata all'eventuale inosservanza del provvedimento emanato dal giudice civile, previa ingiunzione ad ottemperare al comando giudiziario non eseguito, secondo quanto previsto all'art. 388 c.p.”: così GIOVANNI FLORA, *Il plagio tra realtà e negazione: la problematica penalistica*, cit., p. 93. Nel complesso si tratta di un sistema che presenterebbe l'indubbio vantaggio di apprestare interventi preventivi, non comportando problema di conformità

In una proposta risalente al 2002³⁸³, ad opera della Senatrice Alberti Casellati, la condotta esplicitante la manipolazione mentale si descriveva in termini di “violenza, minacce, mezzi chimici, interventi chirurgici³⁸⁴ ovvero pratiche psicagogiche di condizionamento della personalità”, aventi, come risultato, quello di porre taluno in uno stato di soggezione, tale da escludere la capacità di giudizio e la capacità di sottrarsi alle imposizioni altrui, al fine di fargli compiere un atto o determinare un’omissione gravemente pregiudizievole”.

E però, tralasciando la incauta opera di sovrapposizione tra mezzi attuativi di genesi differente, e pur dovendo ammettere maggiore accortezza nella presenza del dolo specifico, sulla falsa riga dell’ordinamento francese³⁸⁵, emerge il riferimento ad un *quid* di indeterminato, *rectius* le pratiche psicagogiche³⁸⁶, correlate ad eventi ben poco inquadrabili strutturalmente, in termini di “soggezione” ed “esclusione della capacità di giudizio”.

al principio di determinatezza; e tuttavia, a fronte di lesioni già consumatesi, riuscirebbe soltanto a consentire la cessazione della condotta di mantenimento dello stato di soggezione ed isolamento, cosicché le condotte intrinse di maggior disvalore rischierebbero di restare impuniti. Peraltro l’interdizione a carattere temporaneo di persone maggiorenti e tuttavia sane di mente, e la previsione di una pronuncia in Camera di consiglio, con ordinanza soltanto sommariamente motivata, seppur nel rispetto del principio “*audiatur et altera pars*”, si rivelerebbero mortificatrici nei confronti delle più elementari libertà dell’individuo. Non è un caso, infatti, che il disegno di legge newyorkese subì una respinta dal Governatore, poiché contrastante con il primo emendamento della Costituzione U.S.A., che garantisce la terzietà della legge rispetto al culto: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

³⁸³ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, XIV Leg., N° 1777/2002, *Disposizioni concernenti il reato di manipolazione mentale*, comunicato alla presidenza il 16 ottobre 2002, in *www.senato.it*.

³⁸⁴ Cfr. JEAN-PIERRE DESPORTES, *Les manipulations du comportement*, in *La Recherche*, 1974, p. 653, il quale annovera tra gli interventi chirurgici di maggior diffusione la “lobotomia prefrontale”, consistente nell’asportazione di una parte dell’ipotalamo, in conseguenza della quale si ottiene, nel lobotomizzato, un “[...] deterioramento della capacità di giudizio etico, cosicché la coscienza del paziente, le vedute del bene e del male, tendono a diventare convenzionali e non personali [...]”.

³⁸⁵ L’ordinamento francese conosce una norma apposita dedicata a tale fenomeno, *id est* l’art. 223-15-2, introdotto ad opera della *Loi* n. 2001-504, 12 juin 2001, art. 20, la quale rappresenta una evoluzione della figura di abuso o circonvenzione di soggetto minore, presente nell’art. 406 del codice penale 1810 e nell’art. 313-4 del codice del 1994 e finalizzato, tramite l’incriminazione del *viol psychique*, ad arginare le derive dei gruppi organizzati, seppur di natura non religiosa, compito precipuo del diritto positivo che “*montre là ses limite set ne permet pas de sanctionner la contrainte psychologique employée à l’égard des jeunes adeptes*”. Tale nuova normativa procede ad un adeguamento del contenuto delle precedenti disposizioni al fenomeno delle sette distruttive, trasponendo, simultaneamente, il fulcro della tutela dall’ambito patrimoniale di soggetti deboli alla protezione della personalità *lato sensu* intesa.

³⁸⁶ Nota GIACOMO PESTELLI, *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, cit., p. 1316, che “per psicagogico si intende qualunque comportamento atto a guidare lo sviluppo della personalità”.

Nel 2008 ha visto la luce un'altra proposta³⁸⁷, nella quale si descrive la condotta tipica del reato di manipolazione mentale con riferimento specifico a "tecniche di condizionamento della personalità o di suggestione praticate con mezzi materiali o psicologici, aventi il risultato di porre taluno in uno stato di soggezione continuata tale da escludere o limitare grandemente la libertà di autodeterminazione". Anche qui, nonostante un avvicinamento alla legislazione d'oltrealpe, se ne trapiantano pedissequamente tutte le incertezze e, in parallelo, non si abbandonano quelle che hanno condotto all'espunzione dell'art. 603 c.p. sul reato di plagio.

Il *background* criminale sul quale trovano terreno fertile tali tentativi, comunque da apprezzare per la volontà di uscire da un buio normativo conclamato, si rivela quello del contrasto ai fenomeni del settarismo e dei c.d. culti distruttivi³⁸⁸; il che è chiaramente dimostrato dalla presenza di una circostanza aggravante da applicare in caso di partecipazione a tali realtà aggregate. Nè vale, sebbene, lo si ripete, l'art. 603 c.p. pagasse una formulazione assolutamente rivedibile, pretendere di colmare la tutela *de qua* con l'applicazione, ad es, del residuale art. 600 c.p. sulla riduzione in schiavitù, che parlerebbe di una "soggezione continuativa"³⁸⁹; tale norma non pare poter subentrare all'abrogato delitto di plagio in termini di tutela, giacché il concetto di "soggezione continuativa" sembra essere orientato ad una relazione di dominio materiale che esclude la componente psichica; essa, al contrario, è stata ritenuta caratterizzante l'ontologia dell'art. 603 c.p., almeno nella versione psicologica.

Quid iuris, dunque, potrebbe (anzi deve!) chiedersi l'operatore del diritto, a fronte della sua precipua vocazione a non intendere la giuridicità come mera "relazione formale ma anche e soprattutto come luogo espressivo della realtà umana [...]"³⁹⁰? Di certo l'esigenza di colmare la lacuna legislativa la-

³⁸⁷ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, XIV Leg., N° 1664/2008, *Introduzione dell'art. 613-bis del codice penale, concernente il reato di manipolazione mentale*, presentata l'11 settembre 2008, in www.camera.it.

³⁸⁸ Cfr. FRANCESCO BRUNO, FRANCESCO BARRESI, VINCENZO MASTRONARDI, MORENO FIORI, *Sette religiose e satanismo criminale; aspetti criminologici e psichiatrico-forensi*, cit., p. 425, ad avviso dei quali la mancanza di una incriminazione volta a colpire il *brainwashing*, causata dall'abrogazione del reato di plagio, è stata causa "del dilagare in Italia di attività pericolose e devastanti per l'individuo, di singoli e/o organizzazioni di potere, anche mascherate da religioni, che con i loro sistemi collaudati riescono a separare e distruggere le famiglie, allontanando figli e genitori".

³⁸⁹ Cfr. GIANLUCA CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Jovene, Napoli, 2008, p. 280.

³⁹⁰ Così MATTEO VISIOLI, *Il Diritto della Chiesa e le sue tensioni alla luce di un'Antropologia Teologica*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1999, p. 357. Per FRANCESCO COCCOPALMERIO, *Fondare teologicamente il Diritto della Chiesa?*, in FACOLTÀ TEOLOGICA DELL'ITALIA SETTENTRIONALE (a cura di), *La Teologia italiana oggi*, Morcelliana, Brescia, 1979, p. 404, il Diritto è presupposto come "una

sciata dalla sentenza n. 96 del 1981 necessita, per giungere a realizzazione, di un preciso perimetro di manovra che non corra il rischio di urtare, nuovamente, con i principi costituzionali e con la sensibilità, ormai quasi regolata da calcoli matematici e statistico-probabilistici, di alcuni giudici della Consulta.

Le difficoltà maggiori sono sottese al contemperamento tra il diritto ad una autodeterminazione del soggetto nelle proprie opzioni di fede e di coscienza, e la libertà di influenzare, nei limiti del lecito, comportamenti altrui, il che impedisce di configurare un reato a forma libera, la cui valutazione, lasciata all'apprezzamento dei singoli organi, potrebbe dar luogo ad usi/abusi e discriminazioni inaccettabili in uno Stato democratico³⁹¹ e laico, inteso nella corretta accezione di quest'ultimo termine³⁹². Le strade da percorrere sembrerebbero, allora, subire una biforcazione: qualora si volesse tentare una concettualizzazione di una metodologia di tipo preventivo, andrebbe certamente sottolineato come, in presenza di rischi connessi allo svolgimento di certe attività, nonostante la pochezza ed aleatorietà dei dati scientifici utilizzabili, andrebbero adottate le misure idonee a ridurre al minimo il pericolo *de quo*, arrivando ad imporre l'astensione dallo svolgimento dell'attività rischiosa.

Ragionando in termini repressivi, invece, non peregrina parrebbe l'ipotesi di considerare l'analizzata forma di manipolazione mentale del *Neuro-enhancement*, laddove la fattispecie di una eventuale incriminazione dovrebbe plasmarsi secondo una descrizione più dettagliata dei "mezzi chimici ed interventi chirurgici", già presi in considerazione dai menzionati progetti di legge volti alla (re)introduzione del reato *de quo*, sebbene in modo troppo

realtà che si colloca nell'ambito di una pluralità di persone e, [...] così se ne enuncia la definizione assolutamente formale".

³⁹¹ Ad avviso di GERMANA CAROBENE, *Scientology tra religione e sanzione*, cit., p. 129, "uno Stato democratico non può, né deve, indicare ai soggetti la 'via giusta', secondo il meccanismo classico delle religioni rivelate, ma deve porsi soltanto quale garante effettivo dei diritti concessi ai singoli tra libertà formali e determinismo socio-psicologico".

³⁹² Cfr. CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES DE FRANCE, *Déclaration sur la personne humaine, la famille et la société*, in *Documentation catholique*, XXVIII, 1946, pp. 6-7, ove i Vescovi transalpini distinguono un corretto approccio alla laicità, intesa come "separazione ed autonomia della sfera temporale rispetto alla spirituale e quale affermazione della libertà individuale di seguire e praticare il proprio credo religioso", ed uno improprio, che sfocia nel laicismo, ove essa è inquadrata come "dottrina filosofica materialista ed atea, alla quale lo Stato dovrebbe contrapporre la religione per la tutela del bene comune", e come "autonomia dello Stato rispetto a qualsiasi morale di ordine trascendente". Evidenzia GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Studium, Roma, 1992, p. 47, che l'espressione «laicità dello Stato» "sembra ricorrere come una mera entità nominalistica che, sotto una parvenza di rigore terminologico e di univocità di senso, copre in realtà concezioni assai differenti fra di loro, a volte del tutto opposte".

vago ed incerto³⁹³.

In quest'ottica, la tecnica manipolatoria, in caso di mancato consenso, potrebbe compiere lo scatto decisivo da evento della fattispecie *in re ipsa*, a condotto di attuazione del dolo specifico, e, per ciò stesso, idoneo a meglio puntualizzare la nuova forma di reato; fermi restando i limiti *ex art. 5 c.c.* nel caso di pratiche alle quali il soggetto decida di acconsentire, in nome della sua autodeterminazione. In aggiunta potrebbe eliminarsi la previsione di elementi strutturali del reato in caso di commissione dell'illecito in ambiente "settario"³⁹⁴ o in gruppi organizzati, posto che, una tutela efficace della integrità psichica e, prima ancora, della libertà morale del soggetto³⁹⁵, (intesa alla stregua di un vero diritto soggettivo³⁹⁶, "non impedito o frenato da alcun vincolo preconstituito"³⁹⁷) e dei reconditi "processi del volere"³⁹⁸, dovrebbe poter attivarsi indipendentemente dal contesto ove tale valore viene profanato, centrandosi, invece, sullo svilimento di quella "possibilità di sviluppare in pieno le potenzialità dell'uomo"³⁹⁹.

Dinanzi a determinati tipi di condotta, come è stato ben sottolineato, "si dovrà ricorrere alla sanzione penale con rigore, ma anche con mediata prudenza, perché qualunque intervento repressivo va a toccare una realtà in cui non è sempre facile distinguere le miserie della vita quotidiana dalle genuine

³⁹³ Osserva ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., p. 149, nota 166, che "quando, rispetto alle proposte di introduzione di una fattispecie di manipolazione mentale, si obietta che le condotte consistenti negli interventi chimici o chirurgici sarebbero già puniti con le lesioni personali ovvero con la procurata incapacità [...], non sembra si tenga adeguatamente conto dell'autonomo disvalore, oltre che della diversità degli effetti, che possono assumere i trattamenti di cui discorriamo; tanto che [...] l'applicazione delle menzionate fattispecie risulterebbe residuale".

³⁹⁴ Cfr. GERMANA CAROBENE, *Scientology tra religione e sanzione*, cit., p. 7, ad avviso della quale "di fronte ad atteggiamenti di criminalizzazione del fenomeno dei nuovi movimenti religiosi nel loro complesso sarebbe, dunque, più corretto - e più funzionale ad una precisa interpretazione giuridica - inquadrare le singole fattispecie nell'alveo del diritto comune e penalizzare i soli comportamenti devianti", giacché "non è il contesto spirituale o pseudo tale da dover essere oggetto di attenzione penale [...] ma i 'comportamenti' specifici, di tipo deviante" (*Ivi*, p. 127). Le persuasioni ovvero il proselitismo, operati attraverso la manifestazione del proprio pensiero, non possono, di per sé, essere criminalizzati, "pena l'irrazionalità del sistema" (*Ivi*, p. 123).

³⁹⁵ Cfr. GIULIANO VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in AA.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, CEDAM, Padova, 1957, p. 352, nel senso che la "libertà morale si estende sino a ricomprendere quella di coscienza e di pensiero".

³⁹⁶ Cfr. ALFREDO GÓMEZ DE AYALA, *L'obiezione di coscienza nei suoi aspetti giuridico-teologici*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 328 ss.

³⁹⁷ Così HANS KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, p. 196.

³⁹⁸ In questi termini GIOVANNI DE VICENTIS, ALDO SEMERARI, *Psicopatologia e norma giuridica. Saggi interpretativi*, PEM, Roma, 1968, p. 205.

³⁹⁹ Così FRANZ NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 52.

manifestazioni della sostanza spirituale dell'uomo"⁴⁰⁰.

La libertà religiosa, nondimeno, è chiamata a costituire autentica sublimazione ed archetipo di tutte le libertà fruibili dall'uomo, e non già mero "incentivo per la strutturazione dell'elemento religioso in funzione di quelle attività criminali che all'ordinamento resterebbe molto difficile colpire"⁴⁰¹. Alla sua piena salvaguardia potrebbe, in molti aspetti, contribuire la creazione, nata dall'auspicato incontro tra le diverse branche del sapere, di quello che acuta dottrina ha battezzato "diritto ecclesiastico (civile) vivente", che usufruisca di un paradigma di approccio all'esperienza giuridica volto "ai grandi valori coinvolti dal fenomeno religioso e nel rispetto della libertà di religione" e che elabori "categorie che producano nel mondo del diritto affidabili 'istituzioni giuridiche della laicità', idonee ad operare, quali strumenti di diritto positivo, in funzione di parametro materiale di contemperamento di tutte le diversità religiose presenti nella società"⁴⁰².

E non tragga in inganno la qualifica di "civile", giacché un rinnovato *know how* giuridico in questo senso ben potrebbe contribuire, come bussola per orientare le scelte repressive del legislatore, alla risoluzione di controversie anche di natura penale, la cui complessità si acuisce allorché esse siano intentate per ragioni di fede ovvero si basino su scelte di fede, laddove, sovente, "la richiesta di giustizia è effettuata sul presupposto della propria coinvinzione e della propria appartenenza religiosa, e l'esercizio di agire in giudizio si ammanta di un'ulteriore qualificazione costituzionale, ossia dell'esercizio della propria libertà religiosa"⁴⁰³.

⁴⁰⁰ In tal senso RAFFAELE BALBI, *Diritto ed esigenze di una società multiculturale e multireligiosa: premesse introduttive*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 33, il quale aggiunge che "se appare necessario non imbrigliare la libertà volitiva dei singoli, però, [...], non possono non essere previsti limiti proprio per evitare comportamenti lesivi della personalità intellettuale dell'adepto, che l'organizzazione religiosa o pseudo-religiosa potrebbe essere tentata a porre in essere".

⁴⁰¹ Cfr. CARLO CARDIA, (voce) *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, II agg., Giuffrè, Milano, 1995, p. 922. Ricorda Corte cost., 13 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, II, c. 361, che "si è fuori dell'esercizio della libertà religiosa ogniqualvolta si propongono come sua espressione contegni che eludono l'osservanza di quei divieti e di quelle imposizioni contenute nelle leggi penali e d'ordine pubblico che nell'ambito di una civiltà ordinata tutti considerano necessari per una ordinata convivenza civile, anche se tali contegni trovano diretta fonte in un precetto della fede religiosa qualificato come inderogabile, posto che non si può pretendere di condizionare o menomare l'obbligatorietà delle leggi deducendo la rilevanza di un precetto ad esse estraneo".

⁴⁰² Cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Esperienza giuridica e multireligiosità culturale*, cit., p. 2.

⁴⁰³ *Ivi*, p. 3, il quale evidenzia come una tale impostazione possa rivelarsi utile in modo particolare allorché "la religione si interseca con il diritto nella sua fase patologica, al fine di individuare un lessico condiviso che contribuisca ad una corretta interpretazione del complesso rapporto tra diritto e religione". Ciò era in qualche maniera già preconizzato da GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Le problematiche del rapporto Stato-minoranze confessionali*, in VITTORIO PARLATO, GIOVANNI BATTISTA

Di un rinnovato paradigma utilizzativo del diritto vigente, dunque, sembra forse opportuno servirsi, più che, come da più parti ventilato, di una nuova legge sulla libertà religiosa, il cui varo, in un contesto sociale così frammentato e rinnovato, si presenterebbe più come inopportuno meccanismo di frenata che come fattore di progressione in termini di modernità giuridica⁴⁰⁴.

Il problema della disciplina dei nuovi movimenti religiosi deve essere affrontato tenendo presente che, in uno Stato che si proclami laico e pluralista, “che non ha alcuna competenza in materia dottrinale”⁴⁰⁵, anziché “attardarsi a verificare se un’organizzazione presenti o meno il carattere di ‘religione’, è più [...] opportuno impegnarsi nel garantire il rispetto che la legge assicura a difesa dei bene tutelati, anche penalmente, dall’ordinamento, per ottenere la protezione delle situazioni giuridiche sia individuali che collettive dei

VARNIER (a cura di), *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 27-28, ad avviso del quale “problema prioritario è quello di conoscere il diritto delle confessioni religiose: è la Costituzione che lo richiede, perché è esigenza di ordine pubblico che gli statuti confessionali siano resi noti [...]. Problema subordinato è di fornire a queste norme di natura confessionale una sistemazione negli schemi giuridici consueti, fino a darne conto (con richiami) nei nostri manuali di diritto ecclesiastico. È un punto sul quale è il caso di insistere, altrimenti continueremo a brancolare nel buio di fronte ad una organizzazione religiosa, più o meno sedicente, di fronte a un ministro di culto più o meno tale. [...] il sistema per affrontare questo insieme di disposizioni di diversa provenienza, delle quali è comunque presupposta la conoscenza, potrebbe essere ancora il ritorno ad una loro esposizione intercalata durante la trattazione di quegli istituti secolari che fanno ad esse riferimento, presentando quelle nozioni fondamentali che costituiscono il necessario presupposto per la migliore comprensione della parte della normativa statale diretta a regolare il fenomeno religioso nel nostro Paese”.

⁴⁰⁴ Cfr. VALERIO TOZZI, *La nostra proposta di riflessione per l’emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, in VALERIO TOZZI, GIANFRANCO MACRÌ, MARCO PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione per l’emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. XXVI-XXVII, nel senso che “una legge sulle libertà religiose, generale e unilateralmente emanata dal legislatore statale, semplicemente prevedendo l’accessibilità a tutti i soggetti religiosi nella fruizione delle garanzie normative e degli interventi promozionali della mano pubblica in favore di questo bisogno sociale: la religione, senza distinzione di radicamento sociale e contenuti ideali, farebbe perdere il carattere privilegiato che questi interventi assumono per essere oggi previsti a pioggia, in favore delle sole confessioni religiose, per avere avuto accesso alla legislazione contrattata o in leggi *ad personam*”. Analogamente PAOLO CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 41, 2017, p. 20, per cui “[...] l’idea di una legge generale sulla libertà religiosa, se intesa come un’alternativa al modello pattizio, oltre ad essere un pò fuori tempo dopo l’approvazione di ben dodici intese con altrettante confessioni, rischia di bruciare anziché di promuovere percorsi di maggiore integrazione sociale e culturale necessari ma che, al tempo stesso, possono richiedere tempo e adattamenti reciproci. Forse colmerebbe in parte l’attuale divario tra confessioni con e senza intesa, ma ne creerebbe un altro tra confessioni registrate e non registrate, foriero di nuove disparità e soprattutto estraneo al nostro sistema costituzionale”.

⁴⁰⁵ Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1990, p. 51.

cittadini”⁴⁰⁶. Nondimeno, tuttavia, la commissione di un illecito di tipo “liberticida” nei confronti dell’integrità mentale, qualora fosse riammessa una normativa simile nel nostro ordinamento, ambientata in contesti aggregati, come quelli religiosi, (ma non solo) adatti, cioè, ad instaurare un rapporto più o meno marcato di sequela, potrebbe costituire circostanza aggravante, senza dunque divenire elemento determinante della concretizzazione della fattispecie penale *in re ipsa*.

In questo modo, dunque, agendo a monte, e non concentrandosi, a valle, sulla problematica individuazione di cosa incarni o meno il paradigma di un nuovo movimento religioso⁴⁰⁷, potrebbe, quantomeno, ridursi il rischio che

⁴⁰⁶ È l’osservazione di SERGIO LARICCIA, *Pubblici poteri e nuovi movimenti religiosi*, in VITTORIO PARLATO, GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, cit., p. 74. L’A., rigettando una concezione “dei consociati come soggetti eternamente immaturi ed indegni della libertà, se non altro perché tale idea [...] costituisce essa stessa una remora per la maturazione della personalità dei cittadini ed accentua l’antitesi tra l’esigenza della coscienza collettiva e la realtà del potere”, propone, per “rendere ciascuno protagonista del proprio destino e sempre più capace di autodeterminarsi [...]”, di “[...] cominciare col ritenere i cittadini maturi per l’esercizio *personale* dei diritti riconosciuti dalla Costituzione, riconoscendo ad essi anche la capacità di resistere, nel libero ed aperto dialogo con le opinioni contrastanti, ai condizionamenti provenienti dagli altri consociati (individui e gruppi sociali)” (*Ivi*, p. 76). Per completezza va detto che l’A. trova meno d’accordo chi scrive sul punto in cui ritiene che “[...] le leggi attualmente in vigore in Italia sono più che sufficienti per garantire i cittadini da eventuali abusi penalmente perseguibili commessi da uno dei nuovi movimenti religiosi [...]” (*Ivi*, p. 75), e ciò, oltre che per la visione dell’integrità psichica come un bene da tutelare in via autonoma rispetto ad eventuali protezioni *de relato*, anche per le, a tutti note, vicende giudiziarie di sedicenti movimenti religiosi con moventi chiaramente truffaldini che, proprio per l’assenza di normative *ad hoc*, sono riusciti a raggiungere impunità quantomeno discutibili.

⁴⁰⁷ Ad avviso di MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in SILVIO FERRARI, TULLIO SCOVAZZI (a cura di), *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, CEDAM, Padova, 1988, p. 145, trattasi di realtà che trovano i giuristi poco preparati ad affrontarle ed a “stabilire quando ci si trova di fronte a credenze di religione che non si sostanzino in meri movimenti di pensiero, e consentire allo Stato di valutarne il contenuto ideologico che non può essergli indifferente, non solo perché può contrastare con i limiti generali dell’ordine pubblico e del buon costume, ma perché preliminarmente ad ogni rapporto giuridico è l’esatta determinazione delle parti, gli interessi di cui esse sono portatrici e il fine che intendono perseguire”. A ciò aggiunge GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Le problematiche del rapporto Stato-minoranze confessionali*, cit., p. 6, che “[...] se in questi casi non si è sempre in presenza di confessioni riconducibili nel quadro giuridico delle ‘minoranze religiose’, si è pur sempre di fronte a gruppi che perseguono finalità costituzionalmente garantite. Tuttavia queste garanzie devono trovare delle limitazioni proprio per la delicatezza della fenomenologia religiosa che sempre sottende tali organizzazioni”. In via opposta, poi, si correrebbe il rischio di cadere nel pericolo “giurisdizionalista” che il legislatore, “oltre a prevedere l’accertamento amministrativo delle finalità religiose, si arroghi la possibilità di definire il significato di finalità religiosa e, conseguentemente, di religione” (*Ivi*, p. 9). Ovviamente non deve neppure cadersi nell’errore opposto, *id est* considerare quanto afferisca all’organizzazione interna degli ordinamenti confessionali, come “estraneo al settore del diritto”: cfr. MARCO BORNO, *L’ordinamento ecclesiastico valdese tra Grazia e diritto*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1990, 2, p. 114. Il sistema di equilibrio è delicato, giacché, se da un lato sono da condividere le ragioni che inducono a valutare con preoccupazione le attività di organizzazioni che usano sistemi di reclutamento non

la più incisiva operatività della sanzione in relazione “gruppi di pressione”⁴⁰⁸ ad alto voltaggio, le quali, facendo leva sui propri elementi di novità⁴⁰⁹, o, in alcuni casi, su di uno *status* di minoranza⁴¹⁰, quasi pretendono ogni tipologia di legittimazione o copertura giuridica, sia vanificata da un ricorso, tanto improprio quanto, tecnicamente, inattaccabile al complesso di garanzie *ex artt.* 19⁴¹¹ e 21 Cost.⁴¹².

trasparenti, è parimenti vero come “troppo spesso l’argomento della insussistenza del fine religioso sia stato utilizzato per contrastare l’azione di gruppi effettivamente religiosi che presentavano come unico elemento ‘negativo’ quello di porsi come alternativi rispetto a quelli tradizionali”: così SERGIO LARICCIA, *Op. ult. cit.*, p. 56.

⁴⁰⁸ *Ivi*, p. 54, il quale sottolinea come “[...] i gruppi sociali con finalità religiosa esercitano di fatto un’azione diretta a determinare una reazione dell’opinione pubblica al fine di orientarla in senso favorevole ai principi delle singole confessioni religiose operanti nella società e ad influenzare gli indirizzi e le tendenze dell’azione dei poteri pubblici [...]”.

⁴⁰⁹ Tuttavia osserva ERNST BENZ, *Neue religionen*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1971, p. 158, che “le forme dell’esperienza religiosa accessibili agli uomini sono [...] relativamente limitate. Anche quelle religioni che nascono con la coscienza della loro novità non si trovano al di fuori della continuità storica delle forme precedenti della storia religiosa”. Acutamente nota GERMANA CAROBENE, *Scien-tology tra religione e sanzione*, cit., p. 49, che “la comparsa di religioni ‘nuove’ è sempre stata legata ad un’immediata e negativa reazione giuridica [...]. In società strutturate e codificate sulla stretta correlazione e collaborazione tra potere religioso e civile l’inserimento di un nuovo movimento nel quadro sociale si pone indubbiamente come fenomeno destabilizzante”.

⁴¹⁰ Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE EMILIA-ROMAGNA, *Religiosità alternativa, sette, spiritualismo. Sfida culturale, educativa, religiosa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2013, p. 67, ove si puntualizza che “la tutela della libertà di religione delle minoranze non deve [...] prescindere dal rispetto della libertà religiosa del singolo individuo da parte di ciascuna minoranza; se ciò non avviene per prassi, è lecito pensare che l’aggregazione che non rispetta la persona umana, con più facilità può essere portata al coinvolgimento in attività non trasparenti se non chiaramente illecite”.

⁴¹¹ Garanzie sulle quali, tuttavia, si è sempre avvertito un certo disagio interpretativo, tanto da spingere alcuni illustri studiosi ad affermare che l’art. 19 non sarebbe mai entrato in vigore e che “[...] in Italia non c’è neppure quella *devotio domestica* largamente accordata alle minoranze religiose, addirittura prima della Rivoluzione francese [...]”: così ARTURO CARLO JEMOLO, *Libertà religiosa*, in *Il Mondo*, 04.10.1952, n. 40, p. 4. Nondimeno, osserva ANTONIO FUCCILLO, *L’attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 22, che “è certamente difficile parlare di possibile attuazione della libertà religiosa, se non si assume un concetto chiave della stessa, ed è certo che tale concetto non possa essere assunto in modo lapidario, né del tutto satisfattivo”.

⁴¹² Cfr. PAOLO CAVANA, *Op. cit.*, p. 3, il quale sottolinea come tale diritto costituisca “[...] non un elemento accessorio o secondario di cui si potrebbe fare forse a meno, ma uno dei pilastri che formano la cornice giuridico-istituzionale necessaria a sostenere e garantire l’integrazione tra diversi popoli e culture in un clima di pacifica convivenza e reciproco rispetto”. Per ANTONIO GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 14, la precisa individuazione del rapporto tra le varie libertà “è pregiudiziale per stabilire se gli artt. 19 e 21 della Costituzione garantiscano anche la libertà di coscienza e quale sia l’oggetto e il contenuto della sua tutela”. Recentemente, in un accorto studio sul punto, si è rimarcato l’accento sulla rinnovata (e forse mai indebolita) importanza della libertà religiosa, al punto da osservarsi che “se è vero che Marx è morto e che noi non ci sentiamo molto bene, oggi anche l’osservatore più scettico è costretto a riconoscere che, invece, ‘Dio sta benissimo’ e nel bene come nel male sembra occuparsi attivamente, oltre che della salvezza degli uomini, di cultura, della politica interna di vari stati, e dei grandi scenari geopolitici globali. [...]”. E allora, usciamo da un’allucinazione passeggera che ci ha fatto perdere il senso della realtà, o davvero

la profezia sulla fine della religione è stata la più grande invenzione del XX secolo?": così PAOLO NASO, *L'incognita post-secolare. Pluralismo religioso, fondamentalismi, laicità*, Guida, Napoli, 2015, pp. 7-8. Sul tema si veda anche il recentissimo studio di PETER LUDWIG BERGER, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo*, EMI, Bologna, 2017, p. 111, ad avviso del quale "la confluenza di due sviluppi moderni, l'ampia diffusione del pluralismo come dato di fatto e della libertà religiosa come norma politica, è ormai diventata un fenomeno globale. Si può sostenere, per motivi strettamente utilitaristici, che una certa libertà religiosa costituisce una necessità pratica in queste condizioni".

Brevi considerazioni de iure condendo sul rapporto tra legislazione unilaterale e legislazione pattizia, a partire da un'ipotesi di riforma della disciplina matrimoniale

MARCELLO TOSCANO

1. *Premessa. La sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale e la (ri)emersione del corto circuito tra diritto unilaterale e diritto pattizio.*

Di recente, con la sentenza n. 52 del 2016¹, la Corte costituzionale ha fornito alla dottrina pubblicistica lo spunto per tornare ad occuparsi ex professo del rapporto tra diritto unilaterale statale in materia di libertà di coscienza e di religione, da una parte, e diritto pattizio, negoziato tra lo Stato e le confessioni religiose ex artt. 7 e 8 Cost., dall'altra.

La pronuncia, che ha interrotto un lungo silenzio della Consulta in materia di diritto e religione², concerneva nello specifico la configurabilità di una posizione giuridica giustiziabile in capo all'organizzazione che chieda di stipulare un'intesa con lo Stato ai sensi dell'art. 8.3 Cost.; essa, pertanto, non riguardava direttamente il rapporto tra diritto unilaterale e diritto pattizio. Tuttavia, la questione del "diritto alla (apertura delle trattative finalizzate alla stipula di una) intesa" non poteva e non può essere considerata separatamente da quella concernente il suddetto rapporto, nella prospettiva della tutela costituzionale delle libertà di coscienza e di religione.

¹ Corte cost., sent. 27 gennaio-10 marzo 2016, n. 52, pubbl. in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 2, con note di LUIGI CARLASSARE, *L'atto politico fra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, pp. 554 ss.; MARCO CROCE, *Alla Corte dell'arbitrio: l'atto politico nel sistema delle intese*, pp. 560 ss.; FRANCESCO RIMOLI, *Laicità, eguaglianza, intese: la Corte dice no agli atei (pensando agli islamici)*, pp. 637 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. *infra*, nota 4.

² Sulla giurisprudenza costituzionale di interesse ecclesiasticistico si veda, per tutti, SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunce della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Milano, Giuffrè, 1987, e (1987-1998), Milano, Giuffrè, 1999; *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di RAFFAELE BOTTA, Napoli, ESI, 2006; ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2014².

Qualora, infatti, si ammetta che il diritto pattizio serva a una migliore tutela³, si dovrebbe necessariamente optare per la configurabilità di un “diritto all’intesa” (da definire, comunque, nella sua esatta natura, portata, giustiziabilità). Qualora si ritenesse, all’opposto, che la tutela di quei diritti si realizzi per le diverse confessioni religiose a prescindere dall’avere o meno stipulato un concordato o un’intesa, cadrebbe la funzione strumentale del diritto pattizio e si potrebbe accettare senza remore costituzionali che la posizione giuridica del gruppo che chiede di stipulare un’intesa ex art. 8.3 Cost. resti sprovvista di tutela giurisdizionale.

Questa seconda soluzione è, in estrema sintesi⁴, quella prospettata dalla Corte nella sentenza n. 52. La Consulta, dopo aver escluso che sussista anche solo un diritto all’apertura delle trattative finalizzate alla stipula di un’intesa, affronta infatti il tema del rapporto tra diritto unilaterale e diritto pattizio e afferma che

«[a] prescindere dalla stipulazione di intese [e, possiamo aggiungere, di concordati], l’eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell’art. 8 Cost. e dall’art. 19 Cost. [...] Non può affermarsi, infatti, che la mancata stipulazione di un’intesa sia, di

³ In questo senso, già in anni lontani, cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *Libertà religiosa e fonti bilaterali*, in *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, 1987, pp. 85 ss.; ENRICO VITALI, *Accordi con le confessioni e principio di uguaglianza*, ivi, 1988, pp. 75 ss.

⁴ Per approfondimenti v. la dottrina citata in MARCELLO TOSCANO, *Mala tempora currunt (sed peiora parantur?) per le confessioni religiose senza intesa. Note a margine della sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale*, ne *Il diritto ecclesiastico*, 2015, 1-4, pp. 191 ss., cui adde LUIGI BARBIERI, *Fattore religioso e dinamiche storico-istituzionali. La procedura per le “Intese” ex art. 8 Cost. tra regole del gioco e principi di democrazia sostanziale*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2016, pp. 101 ss.; ANDREA BETTETINI, *Gruppi sociali, confessioni religiose, intese: sulla giustiziabilità di una pretesa all’avvio delle trattative preordinate alla conclusione di un’intesa ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, 1, pp. 88 ss.; VINCENZO COCOZZA, *La garanzia dell’«intesa» nell’art. 8 Cost., terzo comma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2017; GIOVANNI DI COSIMO, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, ivi, 23 gennaio 2017; MANLIO MIELE, *Confessioni religiose, associazioni ateistiche, intese. A proposito di Corte cost., 10.3.2016, N. 52*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 10, pp. 1368 ss.; MARCO PARISI, *Principio pattizio e garanzia dell’uguaglianza tra le confessioni religiose: il punto di vista della Consulta nella sentenza n. 52 del 2016*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, aprile 2017; Id., *Discrezionalità politica del Governo e bilateralità pattizia: più ombre che luci nella sentenza n. 52 del 2016*, in *Diritto ecclesiastico*, 2015, pp. 156 ss.; FRANCESCO PATRUNO, *Esiste un “diritto” all’avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, comma 3, Cost.? La Corte costituzionale pone fine a una delicata querelle giurisprudenziale e dottrinale*, ivi, 2015, pp. 237 ss.; VALERIO TOZZI, *Le trattative per le stipulazione delle ‘intese’*, ivi, pp. 57 ss.; *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A proposito della sentenza n. 52/2016*, a cura di MARCO PARISI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017 (con contributi di M. Parisi, V. Tozzi, V. Cocozza, N. Colaianni, G. Di Cosimo, S. Lariccia, V. Petrucci, G. Rivetti).

per sé, incompatibile con la garanzia di uguaglianza tra le confessioni religiose [...] tutelata dall'art. 8, primo comma, Cost.»⁵.

Peraltro è evidente che, se si adotta questa impostazione, ci si muove più sul terreno teorico che su quello pratico, sul piano del dover essere più che su quello dell'essere⁶; il concreto atteggiarsi del sistema delle fonti del diritto ecclesiastico, quale sviluppatosi per via di prassi, ci racconta infatti un'altra storia, in cui l'aver o non avere stipulato un'intesa – o meglio: l'aver o non avere stipulato un'intesa poi approvata con legge dal Parlamento⁷ – incide in modo sensibile sulla misura di libertà di cui godono le diverse confessioni.

Il sistema delle fonti, infatti, è andato incontro a una rapida evoluzione a partire dagli anni della revisione concordataria e della stipulazione delle prime intese⁸, ma questo riassetto su base negoziale del diritto ecclesiastico non si è accompagnato a (né, come sarebbe stato opportuno, è stato preceduto da) una seria e ampia riflessione circa natura, scopi, contenuti del diritto pattizio: nonostante gli sforzi di una parte (minoritaria e, in questo campo, antesignana) della dottrina, il “modello concordatario” non veniva messo in discussione e anzi risultava rafforzato dallo sforzo emulativo sotteso alla stipula delle prime intese, che vedevano la luce «senza che la scienza giuridica ne avesse prima compiutamente convenuto finalità, principi e regole»⁹.

In mancanza di regole certe e di un solido impianto teorico cui fare riferimento, il quadro del diritto pattizio è andato definendosi in forza della tensione tra il diverso potere contrattuale delle confessioni religiose richiedenti un'intesa, da una parte, e gli insindacabili – e insindacati, quando sindacabi-

⁵ Corte cost., sent. n. 52 del 2016, cit., § 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁶ Ragion per cui nella sentenza n. 52 della Corte si è letto anche un certo «astrattismo»: cfr. FRANCESCO ALICINO, *La bilateralità pattizia Stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2016, 2, p. 5; MARCO CROCE, *Alla Corte dell'arbitrio*, cit., p. 563.

⁷ La precisazione è importante alla luce di quanto accaduto nel caso dei Testimoni di Geova, i cui rapporti con la Repubblica, nonostante la relativa intesa sia già stata stipulata per ben due volte (nel 2000 e nel 2007), restano ancora disciplinati dalla legge sui culti ammessi poiché il Parlamento non ha mai provveduto alla approvazione mediante legge: cfr. sul punto, per tutti, ALESSANDRO ALBISETTI, *Le intese fantasma e Le intese fantasma (a metà)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), rispettivamente marzo 2012 e settembre 2012.

⁸ La ricostruisce – ripercorrendo quelle che RAFFAELE BOTTA, *L'intesa con gli israeliti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1987, 1, pp. 95 ss., aveva chiamato le «stagioni» delle intese – PIERLUIGI CONSORTI, *1984-2014: le stagioni delle intese e la «terza età» dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, 1, pp. 91 ss.

⁹ GIUSEPPE CASUSCELLI, *Laicità dello Stato e aspetti emergenti della libertà religiosa: una nuova prova per le intese*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, Cedam, 2000, vol. 1, pp. 467 ss., sul punto p. 468.

li¹⁰ – orientamenti politici del Parlamento e del Governo.

Questo cammino percorso “alla giornata”, senza visione d’insieme e prospettiva di lungo periodo, ha condotto – ormai è difficile sottrarsi alla constatazione – al fondo di un vicolo cieco, da dove lo sguardo, impedito in avanti, non può che volgersi indietro a riconsiderare ciò che è stato fatto.

A dimostrazione di come si sia ormai giunti agli ultimi metri di un binario morto, si possono portare quantomeno due considerazioni che si appuntano l’una sul versante del diritto pattizio, l’altra su quello del diritto unilaterale statale posto a garanzia e promozione delle libertà di coscienza e di religione.

Nell’ambito del diritto pattizio si sono andate col tempo ispessendosi le stratificazioni privilegiate e innalzandosi vere e proprie barriere all’ingresso, che hanno reso sempre più sensibili le differenze di trattamento tra le varie confessioni religiose, modellando un quadro di «disuguaglianza graduata» che vede una sola confessione tributaria di una disciplina sui generis e a seguire, discendendo la “piramide del gradimento”, confessioni con intesa, confessioni con “piccola intesa”, confessioni senza intesa («culti ammessi», disciplinati ancora oggi dalla vetusta legge del 1929¹¹), culti non ammessi. L’appartenenza di una confessione a questa o quella categoria non discende, come si è già accennato, dall’applicazione di regole e principi certi, bensì dall’esito contingente e imprevedibile della contrattazione apicale con lo Stato; contrattazione che dal canto suo si svolge quasi del tutto nel silenzio del diritto, procedendo ex parte Status per atti sottratti al sindacato giurisdizionale, connotati da una discrezionalità politica che, per il modo in cui viene esercitata, è arduo distinguere dal puro arbitrio.

Da questo punto di vista il nostro ordinamento resta voltato, con il recente avallo della Corte costituzionale, in direzione ostinata e contraria sia, da una parte, rispetto agli ordinamenti di altri Stati concordatari, che hanno ritenuto – in alcuni casi già in tempi risalenti – di disciplinare per legge le

¹⁰ Sulla concreta impraticabilità di un efficiente sindacato parlamentare sull’operato del Governo, sia in termini generali – in ragione dell’attuale assetto dei poteri dello Stato, dal quale emerge una netta egemonia dell’esecutivo – sia più specificamente nella materia in esame, cfr. da ultimo (e a margine della sentenza n. 52/2016 della Consulta) SERGIO LARICCIA, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa(?)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., giugno 2016, p. 21; VINCENZO PACILLO, *La politica ecclesiastica tra discrezionalità dell’Esecutivo, principio di bilateralità e laicità/neutralità dello Stato: brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 10 marzo 2016*, ne *Lo Stato*, 2016, 6, pp. 245 ss., sul punto p. 255.

¹¹ L. 24 giugno 1929, n. 1159, «*Disposizioni sull’esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*», pubbl. in GU 16 luglio 1929, n. 164. Di qui in avanti, tutti i riferimenti alla normativa del 1929 sui culti ammessi sono da intendersi comprensivi anche della normativa contenuta nel R.D. 28 febbraio 1930, n. 289, «*Norme per l’attuazione della legge 24 giugno 1929, n. 1159, sui culti ammessi nello Stato e per il coordinamento di essa con le altre leggi dello Stato*», pubbl. in GU 12 aprile 1930, 87.

condizioni e la procedura di accesso al sistema pattizio da parte delle confessioni religiose¹²; sia, d'altra parte, rispetto alle richieste e alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che non esclude di per sé la compatibilità con la Convenzione di Roma di un sistema pattizio di rapporti Stato-confessioni, ma richiede che per consentirvi l'accesso siano previsti (e disciplinati per legge) condizioni e criteri precisi, e che questi siano applicati in modo imparziale e trasparente a tutte le organizzazioni che ne facciano richiesta¹³.

Il secondo elemento che sembra testimoniare una condizione di stallo si appunta invece, come ho accennato, sul fronte del diritto unilaterale in prospettiva de iure condendo.

Nonostante la dottrina maggioritaria¹⁴ sia ormai raccolta intorno a un appello alla revisione della legge sui culti ammessi e alla sua sostituzione con una moderna legge generale sulla libertà religiosa e di coscienza, le resistenze a questo ineludibile passo hanno (per ora) prevalso sulle spinte riformiste¹⁵.

Queste ultime, peraltro, non godono di buona salute (almeno nelle stanze della politica). Lo Stato, anziché introdurre un nuovo regime generale di tutela della libertà di coscienza e di religione, ha proceduto per sommatoria alla sostituzione (per singoli soggetti) della legge comune sui culti ammessi con il nuovo regime di leggi speciali – ma non specifiche – «sulla base di intese», finendo per creare una sorta di «diritto comune delle intese»¹⁶: diritto uniforme che tuttavia, ad avviso del giudice delle leggi, non rispecchiando un modello del tutto univoco, non sarebbe estendibile tout court – nemme-

¹² Ne fornisce un quadro limpido SILVIO FERRARI, *Perché è necessaria una legge generale sulla libertà religiosa? Profili e prospettive di un progetto di legge in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 21/2017. Per un esame approfondito v. ANGELO LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Milano, Giuffrè, 2017².

¹³ Mi permetto di rinviare alle considerazioni già svolte in MARCELLO TOSCANO, *Mala tempora currunt*, cit., pp. 200 ss.

¹⁴ *Contra*, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, XII ediz. aggiornata a cura di ANDREA BETTETINI e GAETANO LO CASTRO, Bologna, Zanichelli, 2015, pp. 147 s.; ID., *Le fonti del diritto ecclesiastico, ne Il diritto ecclesiastico*, 1991, pp. 372 ss., sul punto p. 385; MARCO CANONICO, *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2010; PAOLO CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia*, ivi, dicembre 2017, pp. 12 ss.

¹⁵ Le vicende parlamentari delle diverse proposte di legge in materia sono ricostruite da LAURA DE GREGORIO, *La legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Tricase, Libellula, 2012.

¹⁶ L'espressione, oggi largamente utilizzata in dottrina, è di NICOLA COLAIANNI, voce *Intese (diritto ecclesiastico)*, in *Enciclopedia del Diritto (agg.)*, vol. V, 2001, pp. 698 ss. Da ultimo, si veda l'attenta ricostruzione sistematica di FRANCESCO ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 65 ss.

no per singoli istituti – ad altre confessioni¹⁷.

Il risultato paradossale di questo *modus operandi* è che, sul piano pratico – il piano dell'essere – ogni volta che una nuova intesa è stipulata, anziché fare un passo avanti verso un ipotetico (tendenziale) «orizzonte di compatibilità costituzionale»¹⁸, ci si allontana sempre di più da quel modello teorico e diventa sempre meno probabile che veda la luce una legge generale sulla libertà religiosa, se non altro perché la schiera dei soggetti confessionali che fanno pressione per vederla realizzata diminuisce progressivamente.

Anche sul piano teorico – quello del dover essere –, però, il rapporto diritto comune/diritto pattizio si torce in un paradosso circolare, causato dall'aver «fatto debordare il diritto pattizio nella sfera “altra” del diritto comune»¹⁹: in forza di tale paradosso, la stipula di ogni nuova intesa rafforza sia la necessità costituzionale di stipulare (in prospettiva perequativa) ulteriori intese²⁰, sia quella di mettere mano a una nuova legislazione unilaterale, che però è messa in difficoltà proprio dal moltiplicarsi delle intese, con i loro contenuti derogatori rispetto al diritto comune (talvolta in modo illegittimo: così, ritengo, in materia di finanziamento statale)²¹.

¹⁷ Paradigmatica, in questo senso, la sentenza della Corte costituzionale n. 178 del 27-31 maggio 1996, in cui la Corte – giudicando della legittimità dell'art. 10 c. 1, lett. e), i) e l), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 («Approvazione del Testo unico delle imposte sui redditi»), il quale prevede la deducibilità (ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche) delle erogazioni liberali a favore delle sole confessioni religiose che abbiano stipulato un'intesa con lo Stato – ha escluso di potersi pronunciare con sentenza additiva – che avrebbe esteso il sistema anche alle confessioni senza intesa – poiché «ove anche fosse rinvenibile in tale disposizione [...] una tendenza legislativa favorevole a disciplinare in sede di intesa la deducibilità delle elargizioni liberali in esame, rispetto alla quale fosse in ipotesi configurabile una discriminazione in danno delle confessioni senza intesa, si dovrebbe comunque prendere atto che tale orientamento si è finora tradotto sempre e soltanto in specifiche discipline di attuazione di intese con singole confessioni, discipline similari ma nient'affatto sovrapponibili integralmente, sicché mancherebbe anche il modello univoco (sia quanto alle finalità, sia quanto alla natura dell'elargizione e al destinatario della stessa, sia quanto alla misura della deducibilità) che [...] possa estendersi ad ogni confessione senza intesa».

¹⁸ L'espressione è di SALVATORE BERLINGÒ, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, 1991, pp. 454 ss., esattamente p. 456.

¹⁹ Così GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di Raffaele Botta, Napoli, ESI, 2006, pp. 39 ss. Cfr. anche ID., SARA DOMIANELLO, voce *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, 1993, pp. 518 ss., sul punto pp. 528 ss.; SALVATORE BERLINGÒ, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, ivi, vol. VI, 1991, pp. 454 ss., spec. pp. 469 ss.

²⁰ In questo senso il «diritto comune delle intese» assume le caratteristiche di una «creatura autofagica» la cui «capacità attrattiva [...] è infatti direttamente proporzionale al consolidamento della tendenza all'uniformità»: così FRANCESCO ALICINO, *La bilateralità pattizia Stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale*, cit., p. 3.

²¹ La difficoltà emerge con chiarezza se si rileva per esempio che Piero Bellini, da sempre sostenitore del primato della legge comune e contrario al sistema di accordi Stato-confessioni quale costruito dagli artt. 7 e 8 Cost., affermava già nel 1990 (quando solo quattro intese avevano concluso

Un ulteriore effetto collaterale è che, al consolidarsi del “peso specifico” delle intese – giuridico ma anche simbolico, in termini di implicita legittimazione delle confessioni stipulanti²² – hanno logicamente fatto seguito sia, in sede politica, una tendenza restrittiva nella selezione degli interlocutori²³ sia, nella dottrina giuridica, il progressivo acuirsi dello sforzo teso a verificare se sia configurabile (ed eventualmente con quale portata) un “diritto all’intesa”.

2. La proposta del gruppo di lavoro Astrid per una nuova legge in materia di libertà di coscienza e di religione.

Preso atto di quanto sopra e delle istanze di riconoscimento e legittimazione che provengono da gruppi e organizzazioni sempre più minoritari ma al contempo sempre più numerosi, l’esigenza di una legge generale si fa sempre più pressante, «prima che sia davvero tardi²⁴» e nella speranza che le occasioni di un intervento tempestivo non siano già esaurite.

Con questa consapevolezza, e con la convinzione che il naufragio delle

l’iter parlamentare di approvazione) che «[i]l discorso sul rifiuto delle intese si poteva fare [...], in chiave di revisione costituzionale, [...] quando intese ancora non ve ne erano. Ma adesso che i giochi sono fatti [...] sarebbe segno non di coerenza culturale ed ideologica ma di caparbietà intellettualistica seguitare a chiudersi nell’eremo dei propri convincimenti personali sino al punto d’ignorare totalmente la realtà. Non faremmo in sostanza in questo modo che consolidare ulteriormente la iniquità del sistema. E faremmo – va anche aggiunto – delle questioni di principio sulla pelle degli altri: su quella dei gruppi religiosi minoritari che non sono assistiti da una intesa. [...] Stando così i fatti [...] ne resta confermato che in ultima sostanza la strada da tentare (quella tutto sommato meno impervia: la sola in definitiva praticabile) sia proprio quella di una “generalizzazione delle intese: così da assicurare a tutti i gruppi religiosi che ne facciano richiesta un trattamento equanime»: PIERO BELLINI, *Intervento*, in *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 197 ss., citazione a pp. 205 ss. (corsivo originale).

²² Sull’effetto di “legittimazione” in fatto che l’associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative», cfr. la citata sentenza n. 52 della Corte costituzionale, al § 5.2 del *Considerato in diritto*.

²³ Questo aspetto diventa di tutta evidenza in prospettiva comparatistica: è possibile infatti rilevare come, negli ordinamenti che fanno derivare da un certo presupposto – può trattarsi, come in Italia, della stipula di un accordo con lo Stato o, più semplicemente, della registrazione come confessione religiosa – conseguenze giuridiche importanti per la vita del gruppo, vi sia una certa tendenza ostruzionistica da parte statale (con conseguente moltiplicarsi, tra l’altro, dei *registration cases* giudiziari); laddove, invece, all’esistenza di quel presupposto non si ricollegli un significativo *upgrade* nello status giuridico della confessione, lo Stato mostra un atteggiamento sensibilmente più aperto.

²⁴ Così GIUSEPPE CASUSCELLI, *Una disciplina-quadro delle libertà di religione: perché, oggi più di prima, urge “provare e riprovare” a mettere al sicuro la pace religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2017, 26, p. 26.

precedenti iniziative in questa direzione non legittimi di per sé l'abbandono di questo terreno di transizione del diritto ecclesiastico positivo, negli ultimi anni ha preso corpo un nuovo, qualificato tentativo di mettere mano a una legge-quadro²⁵: la proposta di legge in questione, contenente «Norme in materia di libertà di coscienza e di religione», risponde «anche – e forse soprattutto – alla necessità di non dimenticare la fondamentale politicità del diritto di libertà religiosa in un tempo di pluralismo» e sottende l'idea di una legge «che si colloca al centro del sistema delle fonti del diritto di libertà religiosa»²⁶.

Della proposta in esame non è possibile analizzare in questa sede tutte le scelte né fornirne un quadro esaustivo²⁷. Non è, del resto, lo scopo di questo lavoro, che si propone invece di ragionare de iure condendo, a partire dalla proposta di legge di cui sopra, a proposito di uno degli istituti “classici” del diritto ecclesiastico, il matrimonio (in particolare, per quanto concerne l'istituto della trascrizione tardiva).

3. *Le attuali criticità della disciplina in materia di matrimonio religioso civilmente valido...*

Quanto si è detto poco sopra in generale, a proposito della disordinata e disorganica evoluzione che ha contraddistinto il sistema delle fonti del

²⁵ L'iniziativa, che fa capo alla fondazione Astrid, prende il via in occasione di un seminario organizzato nel 2013 a Camaldoli dalla rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* ed è recentemente sfociata – attraverso la costituzione prima di un gruppo di lavoro composto da professori di diritto ecclesiastico e, poi, di un gruppo più ampio esteso a rappresentanti istituzionali, confessionali e di associazioni anche non confessionali – nella pubblicazione di una proposta di legge provvisoria, suscettibile di essere rivista alla luce di un confronto che si auspica quanto più ampio e partecipato. Si veda, in tema, la relazione di ROBERTO ZACCARIA, *La legge sulla libertà religiosa: vicende politico-istituzionali*, pubblicata sul sito *web* della fondazione (www.astrid-online.it).

²⁶ Così scrive ALESSANDRO FERRARI, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio di Astrid. Le scelte di fondo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2017/20, rispettivamente pp. 1 e 3. Non entro, in questa sede, nel merito delle vicende politiche cui potrebbe andare incontro la proposta, in ragione delle urgenze dettate dall'agenda governativa e parlamentare: rimando, sul punto, alla citata relazione di R. ZACCARIA, *La legge sulla libertà religiosa*, p. 4.

²⁷ Non posso che rinviare a quanto esposto, in occasione di un seminario tenutosi a Roma il 6 aprile 2017, dagli stessi membri del gruppo di lavoro costituito da Astrid. In aggiunta alla citata relazione di ALESSANDRO FERRARI, v. anche SARA DOMIANELLO, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate in materia matrimoniale e per la stipulazione delle intese*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2017, 20; PIERANGELA FLORIS, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate nel campo della libertà collettiva*, *ibidem*; ROBERTO MAZZOLA, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate nel campo della libertà individuale*, *ibidem*.

diritto ecclesiastico a partire dalla metà degli anni '80 del secolo scorso, può essere ribadito nello specifico con riguardo all'istituto matrimoniale.

In materia di matrimonio religioso con effetti civili, più analiticamente, è dato riscontrare problemi che attengono da un verso all'istituto del matrimonio canonico trascritto (c.d. concordatario), sia isolatamente considerato sia qualora ne venga confrontato il regime con quello del matrimonio civile; per altro verso, alle discipline matrimoniali riservate alle confessioni religiose di minoranza²⁸ e, ovviamente, al confronto fra le discipline che reggono le diverse forme di matrimonio religioso.

Per quanto concerne il matrimonio concordatario, si registra innanzitutto una marcata disattenzione sistematica da parte del legislatore, che nel 1984 ha messo mano alla revisione concordataria (anche) in materia matrimoniale senza tuttavia preoccuparsi di aggiornare la conferente disciplina legislativa di applicazione. Questo costringe l'interprete ad applicare ancora oggi (nelle sole parti non incompatibili con la nuova disciplina, dettata dall'art. 8 dell'accordo di Villa Madama e dal n. 4 del Protocollo addizionale) la legge matrimoniale n. 847 del 1929, vale a dire una legge (non solo quasi centenaria ma, ciò che è peggio) posta per applicare una disposizione – l'art. 34 del Concordato – che oggi non esiste più.

In uno con il suddetto approccio “disinvolto” dal punto di vista sistematico, non può sottacersi una ancor più grave superficialità nel lasciare che ad alcuni dubbi esegetici posti dalla nuova disciplina del matrimonio canonico trascritto fossero fornite risposte di sola matrice giurisprudenziale, talora contrastanti e mutevoli, prive della forza propria dell'interpretazione autentica: basti pensare al tema della trascrizione tempestiva ritardata – originariamente disciplinata dall'art. 13 l. matr. ma non espressamente riprodotta nell'accordo di revisione, col quale tuttavia non è letteralmente né sostanzialmente incompatibile – e, soprattutto, al tema ben più importante della sopravvivenza o meno della riserva di giurisdizione, la cui delicatezza è testimoniata (a tacer d'altro) dalla circostanza che ha visto la Corte costituzionale e la Cassazione assumere sul punto orientamenti diametralmente opposti²⁹.

²⁸ In argomento si veda, per tutti, ALESSANDRO ALBISETTI, *Il matrimonio delle confessioni religiose di minoranza*, Milano, Giuffrè, 2017².

²⁹ In argomento si vedano per tutti, diffusamente ed *ex professo*, ENRICO VITALI, *Per un addio alla riserva di giurisdizione*, ora in ID., *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 389 ss.; RAFFAELE BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, in *Il diritto di famiglia. I. Famiglia e matrimonio*, a cura di GIOVANNI BONILINI e GIOVANNI CATTANEO, Torino, Utet, 2007², tomo I, pp. 219 ss., sul tema pp. 252 ss.; NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio “concordatario” tra legge e giudice*, Torino, Giappichelli, 2013², pp. 117 ss.

Sempre in materia di matrimonio concordatario, il legislatore si è reso altresì inadempiente al proprio dovere di orientare la transizione in maniera tale che (anche) la disciplina di questo istituto venisse ripensata in chiave di esclusiva tutela della libertà di religione, abbandonando le ruggini normative che ancora oggi prestano il fianco a un ricorso strumentale alla procedura di riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, in funzione dei vantaggi che possono derivare da una eventuale “delibazione”³⁰. La Corte costituzionale ha ritenuto – a mio giudizio, opportunamente, data la complessità e discrezionalità di un eventuale intervento manipolativo – di non poter supplire alla latitanza del legislatore³¹, che dal canto suo invece ben avrebbe potuto realizzare un intervento semplice nel procedimento³² e nei contenuti³³;

³⁰ Contro la irragionevole differenza di trattamento economico del “coniuge debole” nei casi di riconoscimento della sentenza canonica di nullità e di cessazione degli effetti civili si è espressa ampia dottrina, non solo ecclesiasticistica: si vedano gli autori citati da MARCELLA FORTINO, *La «questione» e le ragioni della sua interdisciplinarietà*, in *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari* di iure condito e de iure condendo, a cura di SARA DOMIANELLO, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 15 ss., sul punto p. 18.

³¹ Cfr. Corte cost., sent. 24 settembre 2001, n. 329, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 5, pp. 2779 ss., con nota redazionale di R. D'ALESSIO e osservazione di ANDREA GUAZZAROTTI, *Implicazioni e potenzialità delle sentenze additive di principio. (In margine alla sent. N. 329 del 2001 sulle conseguenze della dichiarazione di nullità del matrimonio)*.

³² Trattandosi di modificare il solo art. 18 l. matr. – che disciplina gli effetti patrimoniali del riconoscimento della sentenza canonica di nullità, mediante un rinvio alle disposizioni del codice civile che regolano gli effetti del c.d. matrimonio putativo –, legge unilaterale dello Stato, formalmente non esecutiva di accordi con la Santa Sede, non sarebbe stato necessario il procedimento aggravato che, per modificare la normativa pattizia, impone l'accordo con la controparte confessionale: cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *Problemi di diritto ecclesiastico e riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 95 ss., *passim*.

³³ Non è questa la sede per trattare di una futuribile riforma delle conseguenze patrimoniali di tutti i casi di matrimonio nullo: sul tema possono vedersi i contributi raccolti nella seconda parte del volume *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, cit. Limitandoci invece a considerare le conseguenze patrimoniali del riconoscimento della sentenza canonica di nullità, raffrontate a quelle del matrimonio putativo disciplinato dal diritto civile e a quelle del divorzio (e della cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto), sarebbe stato (e sarebbe ancor oggi) sufficiente prevedere che, salvo comunque il limite del non contrasto con l'ordine pubblico, nei casi di riconoscimento di sentenze di nullità fondate su un *caput nullitatis* non previsto dal codice civile italiano, o una volta spirati i termini di prescrizione e decadenza imposti dal diritto italiano in relazione alle diverse cause di nullità matrimoniale – in sintesi, quindi, in tutti i casi in cui il matrimonio annullato dal giudice canonico non avrebbe potuto essere annullato dal giudice civile –, le conseguenze patrimoniali del riconoscimento della sentenza canonica fossero disciplinate non già dalle norme concernenti il matrimonio putativo, bensì da quelle che regolano la cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 5, l. n. 898 del 1970). In questo senso FRANCESCO FINOCCHIARO, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e ordine pubblico davanti alla Cassazione. (Considerazioni critiche e necessità di riforma)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, I, pp. 1249 ss., sul punto p. 1960 e, in termini ancora più specifici, GIUSEPPE CASUSCELLI, *La problematica del convegno*, in *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di GIUSEPPE CASUSCELLI e ENRICO VITALI, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 13 ss., sul punto p. 48. Cfr. anche GILDA

tutto ciò ha costretto gli interpreti a (cercare di) porre rimedio quantomeno alle situazioni più gravi; con risultati che in molti casi, pur apprezzandosene lo sforzo di supplenza, non possono che lasciare insoddisfatti³⁴.

L'urgenza di un riassetto della materia emerge anche qualora si volga lo sguardo alle forme di matrimonio religioso con effetti civili riservate alle altre confessioni religiose.

Nonostante siano trascorsi quasi novanta anni dalla legge sui culti ammessi, si ha infatti l'impressione che ancora oggi il legislatore si accosti alla disciplina del fattore religioso, anche per mezzo dello strumento pattizio e anche in materia matrimoniale, tutt'al più con «l'intento di attenuare qualche po' il distacco tra la posizione fatta alla Chiesa cattolica e quella degli altri culti»³⁵, incurante del principio costituzionale di uguale libertà, spesso relegato in una cornice di formule astratte e che invece, in quanto «regola fondamentale del diritto ecclesiastico italiano»³⁶, dovrebbe trovare applicazione *magis ut valeat*.

Esattamente come è dato riscontrare in generale un sistema di disuguaglianza graduata (v. supra, § 1), allo stesso modo è infatti possibile rintracciare discipline matrimoniali differenti per la Chiesa cattolica, le confessioni con intesa e i culti ammessi; diversità di disciplina di per sé non costituzionalmente illegittima, se non fosse che (a mio avviso) integra anche una irragionevole e non proporzionata diversa misura di libertà, in contrasto con l'art. 8.1 Cost.

Lo iato che allontana le diverse forme di matrimonio religiosamente qua-

FERRANDO, *I limiti del ricorso alla via (maestra) della riforma del "matrimonio putativo"*, in *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, cit., pp. 77 ss., sul punto p. 92. *Contra*, poiché ritiene questa soluzione «eccessivamente rigida e formalistica», NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio "concordatario" tra legge e giudice*, cit., p. 63.

³⁴ Del resto, sarebbe errato pensare che l'intervento dei giudici «possa andare oltre i limiti che sono rigidamente segnati dalla funzione che di norma l'ordinamento affida alla giurisprudenza, che ha il compito specifico di rispondere alle domande che le vengono proposte e di restare, quindi, vincolata ai modi, ai contenuti e alla intelligente formulazione delle domande stesse»: così scrive RAFFAELE BOTTA, *I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione*, in *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, cit., pp. 35 ss., sul punto p. 59, che conclude poco dopo auspicando un celere intervento del legislatore «affinché le istanze di *exequatur* siano sorrette esclusivamente da una motivazione religiosa, assolutamente limpida».

³⁵ Da ultimo, sulla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione che ha individuato il termine temporale di tre anni (di convivenza) quale limite di ordine pubblico al riconoscimento della sentenza canonica di nullità, v. JLIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2014.

³⁶ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 468.

³⁷ Così GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 146.

lificato è profondo: in primo luogo è sempre stato necessario distinguere tra un vero e proprio matrimonio religioso con effetti civili – quello canonico trascritto – e diverse forme speciali (religiose) di matrimonio civile, riservate alle confessioni di minoranza³⁷; in secondo luogo, questa differenza ontologica produce conseguenti ricadute – non più giustificabili – nel campo della giurisdizione matrimoniale, laddove lo Stato riconosce effetti alle pronunce del giudice canonico, mentre è esclusa ogni rilevanza civile delle giurisdizioni confessionali diverse da quella canonica³⁸; in terzo luogo, permangono alcune differenze di disciplina che, se pure relative ad aspetti se si vuole secondari, integrano a loro volta, per le diverse confessioni religiose, diverse possibilità e quindi, ritengo, una differente misura di libertà.

Mi riferisco non solo alla opportunità, consentita solo per il matrimonio canonico, di ottenerne una trascrizione tardiva (o tempestiva ritardata, ammesso che si ritenga ancora in essere questo istituto); ma anche ad altri aspetti, per esempio per quanto concerne l'approvazione ministeriale della nomina del ministro di culto che assiste alla celebrazione, prevista solo per le confessioni ancora oggi disciplinate dalla legge sui culti ammessi (artt. 3 e 7 ss., da leggersi in uno con l'art. 21.3 del decreto di attuazione).

4. ...e le proposte di soluzione del gruppo di Astrid. In particolare: l'istituto della trascrizione tardiva.

Muovendo dalla presa d'atto di queste criticità, la proposta di legge succitata riesamina anche la materia matrimoniale, al fine di introdurne una disciplina – sostitutiva della legge n. 1159 del 1929, che sarebbe contestualmente abrogata – che non sia solo una compilazione dell'esistente e che al contempo risulti «né troppo alleggerit[a], rischiando di esaurirsi in disciplina di mero principio, né troppo appesantit[a], rischiando un sovraccarico di norme di dettaglio»³⁹.

L'intervento suggerito declina nella materia matrimoniale una delle ispirazioni-chiave della proposta, quella di venire incontro a una pluralità quanto più ampia di richieste diversificate, senza costringerne la soddisfazione

³⁷ Il tema è noto e antico. Mi limito a rinviare, per tutti, a PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Il diritto matrimoniale dei culti acattolici nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma, Luzzatti, 1933, p. 358; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio. Artt. 79-83*, volume del *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1971, *passim* ma spec. p. 837.

³⁸ Anche su questo punto cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *ibidem*.

³⁹ SARA DOMIANELLO, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit., pp. 4 s.

lungo la strada unica di un modello unitario, soluzione che finirebbe per essere eccessivamente omogeneizzante.

Come in termini generali è stato scelto di diversificare la disciplina delle organizzazioni – prevedendo soluzioni e regimi differenziati da una parte per le confessioni religiose, dall'altra per le associazioni con finalità di religione o di culto e per le associazioni filosofiche e non confessionali⁴⁰ –, così anche in materia matrimoniale si è scelta una soluzione “a doppio binario”.

Da una parte, infatti, si prevede un regime semplificato, cui possono accedere le associazioni con finalità di religione o di culto e le associazioni filosofiche e non confessionali. Questi soggetti, una volta iscritti nell'apposito registro ai sensi dell'art. 15 della proposta⁴¹, hanno il diritto di ottenere la delega da parte dell'ufficiale competente, al fine di celebrare matrimoni civili ai sensi dell'art. 3 dell'ordinamento dello stato civile⁴², «nel rispetto delle condizioni richieste dagli artt. 106, 109, 110 del codice civile»⁴³. La differenza rispetto alle organizzazioni – associazioni o confessioni, delle quali ultime si dirà a breve – che non abbiano chiesto (o ottenuto)⁴⁴ l'iscrizione

⁴⁰ V. PIERANGELA FLORIS, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit.

⁴¹ L'art. 15, rubricato «Registri territoriali», dispone:

«1. È istituito presso le Prefetture il registro territoriale delle associazioni con finalità costitutive e prevalenti di religione o di culto o con finalità filosofiche e non confessionali.

[omissis]

5. La domanda deve contenere anche l'indicazione dei nominativi:

[omissis]

b) dei soggetti deputati a celebrare matrimoni civili per delegazione, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.P. R. 3 novembre 2000 n. 396; gli organi che detengono i registri procedono all'iscrizione dei nominativi dopo aver verificato la sussistenza e autenticità della designazione e il rispetto delle condizioni richieste dalla disposizione regolamentare richiamata».

⁴² L'art. 1.3 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127», pubbl. in Suppl. ord. GU 30 dicembre 2000, n. 303), stabilisce che «[l]e funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate ai dipendenti a tempo indeterminato del comune, previo superamento di apposito corso, o al presidente della circoscrizione ovvero ad un consigliere comunale che esercita le funzioni nei quartieri o nelle frazioni, o al segretario comunale. Per il ricevimento del giuramento di cui all'articolo 10 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, e per la celebrazione del matrimonio, le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate anche a uno o più consiglieri o assessori comunali o a cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale».

⁴³ In questo senso dispone l'art. 17.1, lett. e) della proposta di legge, che non consente quindi eccezioni alla disciplina codicistica in materia di «[l]uogo della celebrazione», «[f]orma della celebrazione», «[c]elebrazione fuori dalla casa comunale» (rispettivamente, appunto, artt. 106, 109, 110 del codice).

⁴⁴ Alla luce di quanto si è detto sopra (§ 1) circa la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale e l'ampia discrezionalità governativa che finora ha caratterizzato nella prassi il campo delle libertà collettive di religione, è il caso di sottolineare che la proposta di legge qualifica molto opportunamente in senso tecnico-discrezionale, e pertanto giustiziabile, le procedure di iscrizione nei registri

nei registri sta nel fatto che solo i gruppi registrati sarebbero titolari di un vero e proprio diritto soggettivo a ottenere la delega, che a parità di altre condizioni potrebbe invece essere negata ai gruppi non registrati. Tuttavia, fatta eccezione per questo aspetto, la proposta di legge non introdurrebbe una nuova forma matrimoniale ulteriore rispetto a quella del matrimonio per delegazione, già prevista e disciplinata dalla legislazione vigente.

Diversamente, per le sole confessioni religiose iscritte nel registro nazionale ai sensi degli artt. 19 ss. della proposta, quest'ultima prevede agli artt. 27-30⁴⁵ un'articolata disciplina del matrimonio, che introduce la inedita fattispecie del «matrimonio celebrato davanti a ministri di confessioni religiose registrate»⁴⁶.

Non si tratterebbe, è bene sottolinearlo, di una ulteriore via di accesso allo status coniugale che andrebbe a sommarsi a quelle già esistenti, poiché la disciplina matrimoniale contenuta nella proposta di legge sostituirebbe in toto quella oggi riservata ai culti ammessi, contenuta negli artt. 7 ss. della relativa legge del 1929 (v. art. 27.2).

A quest'ultima, peraltro, la disciplina suggerita dal gruppo di lavoro di Astrid assomiglia non poco, ovviamente non nel DNA e nella intrinseca connotazione discriminatoria, quanto piuttosto nella normativa di dettaglio; così come, del resto, ricorda da vicino la disciplina matrimoniale contenuta nelle “intese-fotocopia”, cui peraltro gli stessi estensori della proposta affermano di essersi ispirati⁴⁷.

Si tratta pertanto di una regolamentazione “sincretica”, nella quale i principali elementi di continuità rispetto alle discipline previgenti possono essere così individuati:

- come già il matrimonio davanti a ministri di culti ammessi e il matrimonio sulla base di intesa⁴⁸, il matrimonio celebrato davanti a ministri di

delle associazioni e delle confessioni: cfr. SARA DOMIANELLO, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit., pp. 6 s.

⁴⁵ Merita un cenno anche l'art. 26 in tema di ministri di culto, laddove prevede che la confessione religiosa possa indicare, in uno con la domanda di registrazione, i nominativi dei ministri di culto da iscriverne nel registro affinché possano prestare assistenza spirituale e celebrare matrimoni destinati alla trascrizione civile. Per consentire quest'ultima possibilità, l'art. 26.5 della proposta di legge richiede, quale requisito particolare – opportunamente distinguendolo dai requisiti generali di cui allo stesso art. 26.2 –, il possesso della cittadinanza italiana o di un altro paese membro dell'Unione europea.

⁴⁶ V. *Appendice*.

⁴⁷ SARA DOMIANELLO, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit., p. 7.

⁴⁸ Nessun dubbio con riferimento al matrimonio disciplinato dalla legge sui culti ammessi (v. per tutti ALESSANDRO ALBISETTI, *Il matrimonio dei culti acattolici*, in *Il diritto di famiglia. I. Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, Utet, 2007², tomo I, pp. 325 ss., spec. P.

confessioni religiose registrate resta regolato dalla legge civile, rimanendo ovviamente consentite per la fase della celebrazione le forme rituali che non abbiano rilevanza civilistica (v. artt. 27.1, 28.1, 30.2);

- la celebrazione è preceduta dalle formalità relative alle pubblicazioni, anch'esse regolate dal diritto civile, cui fa seguito il rilascio di un nulla osta in duplice originale (come previsto dalla legislazione sulla base di intesa), uno dei quali deve essere consegnato dai nubendi al celebrante (art. 29.2);

- come previsto dalla legge sui culti ammessi (e a differenza di quanto riscontrabile nelle intese), il celebrante redige l'atto di matrimonio in unico originale, lo notifica entro cinque giorni all'ufficiale dello stato civile, che a sua volta lo trascrive entro le successive ventiquattro ore⁴⁹.

A questi si aggiungono poi diversi elementi di novità (alcuni dei quali recepiscono nel testo di legge alcune soluzioni già affermatesi nella giurisprudenza):

- per quanto concerne la figura del celebrante si è scelta una via intermedia, che lascia questa materia priva di una disciplina espressa (quale rinvenibile, per esempio, nell'intesa valdese) ma alleggerisce gli oneri rispetto alla legge del 1929 (che, in combinato disposto con l'art. 21 del regolamento di attuazione, richiede che il ministro di culto sia cittadino italiano e parli la lingua italiana): perché il celebrante possa officiare è sufficiente che egli sia iscritto nel registro nazionale e sia in possesso della cittadinanza italiana o di un altro paese membro dell'Unione europea⁵⁰;

326, e ivi ulteriore bibliografia). Ma in questo senso devono intendersi anche le formule, contenute nelle intese, che riconoscono effetti civili ai matrimoni «celebrati secondo le norme dell'ordinamento» confessionale di volta in volta interessato. Infatti anche in questi casi, come ricorda VALERIO TOZZI, *L'inopportunità di provvedimenti mirati e per singoli temi in prospettiva di riforma dei limiti della legislazione vigente in materia di libertà religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 26 novembre 2012, pp. 6 s., «si richiama l'ordinamento confessionale a titolo puramente onorifico, individuandolo come fonte disciplinativa dell'atto, ma recependo quell'evento come mero fatto, senza che quell'ordinamento abbia alcuna influenza significativa nella disciplina giuridica dello status e dei diritti che gli sposi conseguono celebrando il matrimonio». Opportunamente, quindi, in alcune recenti intese si richiama non l'ordinamento confessionale, bensì il semplice «rito»: cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *Le intese fantasma (a metà)*, cit., p. 5.

⁴⁹ L'eventuale inadempimento dell'ufficiale che trascriva l'atto oltre le ventiquattro ore non impedisce che gli effetti del matrimonio si producano, una volta effettuata la trascrizione, dal momento della celebrazione (art. 30.1. Per questa ipotesi, tuttavia, è opportunamente previsto che le dichiarazioni relative al regime patrimoniale e al riconoscimento di figli siano opponibili ai terzi solo a decorrere dall'avvenuta trascrizione).

⁵⁰ Per l'ipotesi che il celebrante non conosca la lingua italiana, sarebbe forse il caso di prevedere che ad adempiere le formalità previste *ad validitatem* e da svolgersi necessariamente in lingua italiana (v. art. 29.3. Cfr. *infra*) possa essere un soggetto terzo, che padroneggi sufficientemente la lingua italiana. Anche in assenza di espressa previsione – ma si potrebbe forse ricorrere alla figura del «delegato a collaborare al procedimento di trascrizione» di cui all'art. 29.1 –, peraltro, si può ritenere che qualora sia una terza persona – purché, certamente, con l'autorizzazione e sotto la responsabilità

- quanto alla volontà dei nubendi avente a oggetto la produzione degli effetti civili, oltre alla espressa previsione per cui essi «devono dichiarare la volontà di contrarre matrimonio destinato alla trascrizione civile» - volontà che nei previgenti testi di legge rimaneva nel campo dell'implicito – deve essere segnalato l'obbligo, cui l'officiante deve dare seguito nel corso della celebrazione (non prima, né dopo⁵¹), di leggere ai nubendi non solo gli articoli del codice civile concernenti i diritti e i doveri dei coniugi, ma anche gli articoli 29 e 30 della Costituzione. Contestualmente, essi devono essere informati della possibilità di inserire nell'atto di matrimonio le dichiarazioni relative alla scelta del regime patrimoniale e al riconoscimento di figli;

- sono disciplinate espressamente le conseguenze di una eventuale omessa lettura dei suddetti articoli della Costituzione e del codice civile: l'art. 29.4 prevede infatti che essa «osta alla valida trascrizione del matrimonio».

Tuttavia, la novità di maggior rilievo è senza dubbio l'estensione al matrimonio celebrato davanti a ministri di confessioni religiose registrate dell'istituto della trascrizione tardiva.

La disciplina non si discosta nella sostanza da quella nota, contenuta nell'art. 8.1 comma 6 dell'accordo di revisione del Concordato; nella proposta di legge in esame, tuttavia, è escluso che l'ufficiale di stato civile possa procedere alla trascrizione in assenza di «richiesta congiunta» dei contraenti.

Si potrebbe, da parte di alcuno, manifestare qualche perplessità circa il mantenimento in essere – e addirittura l'estensione al matrimonio delle confessioni di minoranza – di un istituto nato quasi un secolo fa per realizzare un (dichiarato) interesse pubblicistico alla trascrizione del maggior numero possibile di matrimoni canonici⁵²; interesse che certamente non sussiste oggi, quando la disciplina matrimoniale deve essere considerata non più pietra angolare dei rapporti (giuridici e politici) fra Stato e Chiesa, bensì strumento di soddisfazione di concrete istanze di libertà religiosa. La possibilità di trascrivere tardivamente, che secondo il Guardasigilli dell'epoca aveva anche lo scopo di «togliere ogni incertezza sulla costituzione delle famiglie»⁵³, rischia

del celebrante – ad adempiere tali formalità, possa aversi tutt'al più un caso di irregolarità formale, che non inficia la validità dell'atto così posto in essere.

⁵¹ Come è noto, in alcune intese – v. per tutte l'art. 11 della L. 11 agosto 1984, n. 449, di approvazione dell'intesa valdese – si è previsto che il momento a maggiore “evidenza civilistica” si svolgesse non davanti al ministro di culto bensì, prima del rilascio del nulla osta, davanti all'ufficiale di stato civile.

⁵² V. per tutti FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., pp. 567 ss.

⁵³ La relazione del Ministro on. Rocco sul disegno di legge matrimoniale, presentata alla Camera e al Senato tra aprile e maggio 1929, può essere letta in VINCENZO DEL GIUDICE, *Codice delle leggi ecclesiastiche*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 250 ss. (il passo citato si trova a p. 257).

invece ancora oggi di produrre l'effetto opposto poiché, pur facendo salvi i diritti legittimamente acquisiti dai terzi nel periodo che va dalla celebrazione alla richiesta di trascrizione, consente che due persone, considerate dal diritto statale alla stregua di semplice coppia de facto, acquistino in ogni tempo lo status coniugale con efficacia retroattiva.

Tuttavia, quand'anche si volesse ritenere che la trascrizione tardiva abbia "fatto il suo tempo", resta il dato positivo ineludibile per cui l'istituto, oggi vigente solo in forza del citato art. 8 dell'Accordo di Villa Madama, potrebbe essere espunto dall'ordinamento solo per mezzo di una modifica di tale disposizione, modifica sulla cui fattibilità (di diritto e di fatto) si potrebbe discutere non poco. Data questa premessa, e considerata oggi inaccettabile la differenza di trattamento che deriva agli appartenenti delle diverse confessioni religiose dalla possibilità, riservata ai cattolici, di trascrivere tardivamente, bene hanno fatto i redattori della proposta di legge a prevederne l'estensione ai matrimoni celebrati davanti a ministri di confessioni registrate. Né vi è da temere che il nuovo assetto determini irragionevoli discriminazioni a danno delle confessioni munite di intesa, poiché resta inteso che anche queste ultime potrebbero, qualora lo desiderassero, chiedere di essere ammesse al regime della trascrizione tardiva⁵⁴.

5. Alcune considerazioni generali, a partire dal matrimonio

A partire da queste ultime osservazioni in materia di trascrizione tardiva è possibile farne altre, più generali, sia in materia matrimoniale sia sulla proposta di legge nel suo complesso.

Per quanto concerne nello specifico la materia matrimoniale, la proposta realizzerebbe finalmente un avvicinamento delle discipline, consentendo a una ampissima generalità di persone che lo desiderino di «obbedire ai richiami della loro coscienza e di celebrare il matrimonio anche in forma religiosa»⁵⁵ ed eliminando alcune irragionevoli differenze di trattamento (per esempio estendendo la trascrizione tardiva); riporterebbe così al centro prospettico della disciplina del matrimonio religioso il fatto che tale matrimonio è in primo luogo «atto di estrinsecazione del sentimento religioso»⁵⁶.

In buona sostanza, sembra potersi affermare che le soluzioni adottate nella

⁵⁴ Cfr. SARA DOMIANELLO, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit., p. 7.

⁵⁵ Così FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 203.

⁵⁶ Mutuo l'espressione da RAFFAELE BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 224.

proposta garantirebbero la parità di trattamento nella massima misura oggi possibile: non si potrebbe infatti fare realisticamente di più, nel segno di una completa equiparazione di tutte le discipline in materia di matrimonio religioso trascritto, poiché il regime di “disuguaglianza graduata” cui sono soggette le diverse confessioni (anche) in questa materia origina dalla normativa bilaterale, modificabile solo con il consenso della controparte (su questo punto tornerò a breve). Resterebbero, certamente, alcuni elementi di criticità – primo fra tutti la rilevanza civile della giurisdizione confessionale, riconosciuta solo alla Chiesa cattolica⁵⁷ – ma si tratta di aspetti che questa proposta di legge non poteva certamente affrontare (né, certamente, si poteva immaginare di estendere alle altre confessioni un sistema di riconoscimento dei provvedimenti interni in materia matrimoniale, come è stato fatto – perseguendo la parità di trattamento “verso l’alto” – per la trascrizione tardiva).

Quanto si è appena scritto in relazione al matrimonio può essere ribadito anche su scala più ampia: la proposta si pone obiettivi ragionevoli e realistici, senza suggerire soluzioni di impossibile realizzazione sul piano politico ma con la ferma consapevolezza che una legge generale sulla libertà religiosa e di coscienza è quanto mai urgente. Proprio al fine di prevenire il più possibile il rischio di ostruzionismo che un intervento troppo ampio incontrerebbe in sede politica, i redattori si sono concentrati sui nodi principali – il primo dei quali, a mio giudizio, è quello della giustiziabilità delle posizioni giuridiche legate all’esercizio collettivo delle libertà⁵⁸ – e li hanno affrontati con gli strumenti della scienza giuridica, troppo spesso relegata ai margini del discorso legislativo⁵⁹.

Certamente, quand’anche la proposta di legge venisse accolta e diventasse diritto vigente, il cammino per ridisegnare il diritto ecclesiastico italiano in una veste conforme a Costituzione e dotata di coerenza interna sarebbe comunque lungo e tanto più impervio poiché intrapreso con imperdonabile ritardo. A tacer d’altro, resterebbe da risolvere il problema costituito da un diritto pattizio che ha esondato dai propri limiti costituzionali, disciplinan-

⁵⁷ Sostiene l’opportunità di una completa equiparazione delle discipline, che escluda anche la rilevanza civile della giurisdizione canonica, VALERIO TOZZI, *L’inopportunità di provvedimenti mirati e per singoli temi in prospettiva di riforma dei limiti della legislazione vigente in materia di libertà religiose*, cit., pp. 7 ss.

⁵⁸ Cfr. SARA DOMIANELLO, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit., p. 8; PIERANGELA FLORIS, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid*, cit., *passim*.

⁵⁹ Mi sento di condividere appieno su questo punto le considerazioni di VALERIO TOZZI, *L’inopportunità di provvedimenti mirati e per singoli temi in prospettiva di riforma dei limiti della legislazione vigente in materia di libertà religiose*, cit., pp. 10 s.

do ben oltre i «rapporti» tra Stato e confessioni e fondando ingiustificati privilegi⁶⁰: problema che difficilmente potrebbe risolversi – anche ammesso che vi fosse la volontà di farlo – mediante un “riassorbimento” del diritto pattizio all’interno del diritto comune⁶¹.

Tuttavia, anche con la consapevolezza che forse non si raggiungerà mai il risultato di una piena conformità a Costituzione (vigente) del diritto ecclesiastico italiano, è importante che qualcosa si muova e si muova subito. Del resto, come ha scritto Eduardo Galeano, «l’utopia è come l’orizzonte: cammino due passi, e si allontana di due passi. Cammino dieci passi, e si allontana di dieci passi. L’orizzonte è irraggiungibile. E allora, a cosa serve l’utopia? A questo: serve per continuare a camminare»⁶².

6. Appendice.

«Norme in materia di libertà di coscienza e di religione»
(proposta di legge)

(omissis)

Capo III – Libertà collettiva

(omissis)

⁶⁰ Stupisce che ancora oggi, utilizzando una formula che risale alla propria sentenza n. 59 del 1958, la Corte costituzionale continui ad affermare che le intese possano essere utilizzate non solo per riconoscere esigenze specifiche delle diverse confessioni, o per dare rilevanza nell’ordinamento italiano a specifici atti delle confessioni religiose, ma anche per «concedere loro particolari vantaggi o eventualmente imporre loro particolari limitazioni» (Corte cost., sent. 52/2016 cit., § 5.1 del *Considerato in diritto*).

⁶¹ Il suggerimento è di ALESSANDRO ALBISETTI, *Le intese fantasma*, cit., p. 8. *Contra*, GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Concordati e intese, diritto pattizio e diritto comune: le diverse possibili declinazioni dinanzi alle trasformazioni delle confessioni religiose e della società civile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 5 maggio 2014, p. 18; con diretto riferimento alla proposta di Alessandro Albisetti, V. TOZZI, *L’inopportunità di provvedimenti mirati e per singoli temi in prospettiva di riforma dei limiti della legislazione vigente in materia di libertà religiose*, cit., pp. 8 ss. Sul tema cfr. anche GIUSEPPE CASUSCELLI, *Una disciplina-quadro delle libertà di religione*, cit., pp. 20 ss., che ricorda come la normativa pattizia debba essere votata, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, alla tutela specifica di istanze particolari delle confessioni stipulanti; pertanto, qualora e nella parte in cui le disposizioni pattizie travalichino questa loro finalità dettando «discipline anche in astratto riferibili a soggetti diversi [...] ovvero a un “ordine” che non sia “proprio” di quella confessione», esse non sarebbero garantite da alcuna copertura costituzionale.

⁶² EDUARDO GALEANO, *Parole in cammino. Finestra sull’utopia*, Milano, Sperling & Kupfer, 2006 (trad. di M. Trambaioli).

Sezione II – Confessioni religiose

(omissis)

Art. 27. Matrimonio celebrato davanti a ministri di confessioni religiose registrate.

1. I matrimoni celebrati davanti a ministri di culto iscritti nel registro nazionale, ai sensi dell'art. 26, commi 2 e 5, possono ottenere il riconoscimento degli stessi effetti dei matrimoni civili, attraverso la trascrizione in apposita sezione dei registri dello stato civile. Tali matrimoni sono regolati dalle disposizioni del capo III, titolo VI, libro I del codice civile e dalle disposizioni che seguono.

2. Con l'entrata in vigore della presente legge, ogni disposizione che rinvii al matrimonio celebrato davanti a ministri di «culti ammessi» nello Stato deve intendersi riferita al matrimonio celebrato davanti a ministri di confessioni religiose registrate.

Art. 28. Condizioni relative ai coniugi e al celebrante.

1. Possono contrarre matrimonio celebrato davanti a ministri di confessioni religiose registrate i soggetti che, alla data di celebrazione, hanno i requisiti richiesti dal diritto italiano per contrarre matrimonio davanti all'ufficiale dello stato civile.

2. Per il celebrante valgono le condizioni di cui all'art. 26, comma 5. Al venir meno di tali condizioni, il ministro di culto iscritto perde la facoltà di celebrare matrimoni ai sensi dell'art. 27.

Art. 29. Procedimento di trascrizione.

1. All'atto della richiesta di pubblicazioni, coloro che intendano celebrare matrimonio ai sensi dell'art. 27 devono dichiarare tale intento all'ufficiale dello stato civile, indicare il comune di celebrazione del matrimonio e i nominativi del celebrante e del delegato a sostituirlo in caso d'impedimento, nonché allegare gli originali delle dichiarazioni di disponibilità del celebrante e del delegato a collaborare al procedimento di trascrizione.

2. L'ufficiale dello stato civile, effettuate le pubblicazioni e accertata la mancanza di opposizioni e impedimenti, rilascia ai nubendi, in duplice originale, un certificato di nulla osta attestante l'inesistenza di ostacoli alla trascrizione. Il nulla osta deve contenere l'indicazione del comune in cui sarà celebrato il matrimonio e i nominativi del celebrante e del delegato. Un originale del nulla osta deve essere consegnato dai nubendi al celebrante.

3. Al momento della celebrazione, davanti al celebrante e alla presenza di

almeno due testimoni, i nubendi devono dichiarare la volontà di contrarre matrimonio destinato alla trascrizione civile. Di seguito, il celebrante deve dare lettura degli articoli 29 e 30 della Costituzione e degli articoli del codice civile concernenti i diritti e doveri dei coniugi e deve informare della possibilità d'inserire nell'atto destinato alla trascrizione dichiarazioni relative alla scelta del regime patrimoniale e al riconoscimento di figli.

4. Subito dopo la celebrazione, il ministro deve redigere l'originale dell'atto di celebrazione da inviare per la trascrizione. L'atto deve contenere la sottoscrizione dei nubendi e dei testimoni, il nominativo del celebrante, la menzione dell'avvenuta lettura degli articoli 29 e 30 della Costituzione e degli articoli del codice civile inerenti ai diritti e doveri dei coniugi, nonché le dichiarazioni eventualmente rese dai coniugi. L'omessa lettura degli articoli della Costituzione e del codice civile osta alla valida trascrizione del matrimonio.

5. Non oltre i cinque giorni successivi alla celebrazione, il ministro deve trasmettere all'ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio è stato celebrato l'originale dell'atto da trascrivere insieme all'originale del nulla osta e, contestualmente, deve dare avviso ai contraenti dell'avvenuta trasmissione.

L'ufficiale dello stato civile, verificata la regolarità dell'atto di celebrazione e l'autenticità del nulla osta allegato, effettua la trascrizione dell'atto di celebrazione entro le ventiquattro ore successive e ne dà notizia al celebrante.

6. Quando, per qualsiasi causa, la trasmissione dell'atto originale da trascrivere sia stata omessa o effettuata oltre il quinto giorno dalla celebrazione, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla trascrizione soltanto su richiesta congiunta dei due contraenti, dopo aver accertato che gli stessi abbiano conservato ininterrottamente lo stato civile libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione. Restano salvi i diritti legittimamente acquisiti dai terzi.

Art. 30. Effetti della trascrizione.

1. Il matrimonio celebrato davanti a ministri di confessioni religiose registrate ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l'ufficiale dello stato civile, per qualsiasi ragione, abbia effettuato la trascrizione dell'atto oltre le ventiquattro ore dal suo ricevimento tempestivo. Le dichiarazioni dei coniugi relative alla scelta del regime patrimoniale e al riconoscimento di figli, inserite nell'atto trasmesso all'ufficiale dello stato civile, sono opponibili ai terzi dal momento della trascrizione.

2. Il matrimonio trascritto ai sensi della presente legge può essere impu-

gnato davanti ai giudici civili per le stesse cause per le quali è ammessa l'impugnazione del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile. Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili possono essere dichiarati per le stesse cause e in base alle stesse norme previste per lo scioglimento dei matrimoni celebrati davanti all'ufficiale dello stato civile.

Si pubblicano, per gentile concessione della Rivista, gli atti del Convegno Internazionale “Diritto e religioni: le declinazioni della giuridicità nel contesto di una società multiculturale e multireligiosa”, tenutosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi *Sapienza* di Roma nei giorni 1-2 dicembre 2016.

Il Convegno, proposto, organizzato e scientificamente diretto dalla Prof.ssa Beatrice Serra, è stato finanziato dall’Università degli Studi *Sapienza* di Roma in seguito a positivo giudizio della Commissione Convegni e Congressi della stessa Università, che ne ha riconosciuto la rilevanza internazionale e l’elevata qualità del programma.

Si ringraziano i Relatori, che con lo spessore scientifico dei loro interventi hanno contribuito, con generosità, al successo dell’iniziativa. Tra questi anche i Professori Andrea Bettetini (*Il diritto laico: la rilevanza del diritto religioso negli ordinamenti civili*), Orazio Condorelli (*Il governo delle diversità religiose e culturali nella Sicilia medievale: la condizione degli ebrei e dei musulmani*), Mario Ricca (*Religione. Una sindrome a-specifica del diritto moderno e contemporaneo*) i quali, per impegni sopravvenuti, non hanno potuto consegnare i testi delle loro relazioni in tempo utile per la pubblicazione nella Rivista. Conforta sapere che il loro importante apporto rimarrà nel ricordo dei tanti studenti, professionisti e studiosi che hanno seguito i lavori del Convegno con costante attenzione e interesse.

1. Com'è noto, è diffuso il convincimento che sia in corso, anche a causa dei notevoli moti migratori dell'epoca presente, la frantumazione dell'unità culturale e religiosa che aveva dato vita a quella che è stata ed è comunemente chiamata "civiltà occidentale"; una frantumazione da taluni sofferta come una ferita non soltanto sociale, ma anche personale.

Molti si chiedono se si possa pretendere dai nuovi arrivati una integrazione che li induca ad aderire o, quanto meno, a rispettare i valori che hanno sotteso nell'essenziale il nostro passato e governano ancora il nostro presente; o se, piuttosto, non sia il caso di indirizzarsi decisamente verso l'elaborazione di una nuova cultura che faccia propri e assimili i valori che connotano le popolazioni che migrano, in vista di una realtà sociale organizzata su presupposti nuovi rispetto ai vecchi.

Per quest'ultima opzione, che non farebbe altro che prendere atto della frantumazione di cui ho detto e moltiplicarla, i tempi però non sembrano maturi, e l'ipotesi ora formulata può suonare del tutto retorica, se non provocatoria. Ma se così è, come vivere il nostro diritto, quel diritto che è espressione dell'unità della nostra società, e, se è il caso, come adattarlo per renderlo idoneo a governare la nuova realtà sociale che preme alla porta della vecchia e avanza al suo interno?

Tutti noi comprendiamo che, se non si vuole andare verso un'assimilazione forzata delle popolazioni che s'ispirano a valori diversi dai nostri tradizionali, la posta in gioco è alta: potrebbe essere inevitabile, infatti, mettere in discussione categorie giuridiche finora apparse imm modificabili; e così in primo luogo, ad esempio, il nostro ordine pubblico; quell'ordine pubblico che presidia la conformazione e la protezione di istituti essenziali, come la famiglia; o la tutela della persona umana in tutte le sue manifestazioni, nella sua integrità fisica e nei valori che essa esprime e che la connotano, quali l'uguaglianza giuridica, la libertà nella scelta delle opzioni personali, la libertà nella formazione e nella espressione del proprio credo religioso e del proprio pensiero; valori, questi e altri, rappresentati nella nostra Carta fondamentale, che si pensava e si voleva che fossero assolutamente assicurati

non solo nella macro società che tutti ci accoglie, ma anche, all'interno di questa, nelle microsocietà cui possiamo appartenere.

Ma, senza arrivare a tanto, cosa fare?

È percorribile, ad esempio, il cammino tracciato dal nostro ordinamento nella seconda metà dell'800 che ritenne giuridicamente irrilevante quanto non fosse riconducibile allo stesso, e poteva sanzionare come illegittimo quanto da esso si discostasse? E ciò con particolare riferimento alla Chiesa e al suo diritto, che pure vantava una lunghissima e larghissima presenza nella società, avendone plasmata i valori, gli orizzonti etici e giuridici, quei valori, quegli orizzonti che oltretutto rappresentavano punti di riferimento fermi per la società che si andava affermando sotto la nuova forma dello Stato unitario nazionale.

A tutti è chiaro come il cammino lungo questa direzione si presenti irto e difficoltoso, e i parallelismi, di là dalle geometriche assonanze che possono richiamare, certo non aiutano, anzi rappresentano ulteriori difficoltà da superare, giacché le contrapposizioni creatisi nelle società dell'epoca erano alla fin fine di natura politica, di potere, certo meno radicali di quelli che scaturiscono da una diversa visione di vita, di civiltà.

Tuttavia, se si vuole percorrere la strada tracciata nella seconda metà dell'800, e saggiare e valutare i diritti sopravvenienti alla luce dei principi giuridici, degli istituti e della normativa del nostro ordinamento, per vedere quel che di essi è assimilabile, quel che va respinto, quel che è disponibile, quel che del nostro ordinamento va tenuto assolutamente fermo nei diversi piani ove è impegnato il discorso giuridico, mi sembra che di quella esperienza vada assolutamente recepito e salvato un atteggiamento intellettuale, e direi morale: vale a dire lo studio serio dei fenomeni considerati, allo stessa guisa in cui fu serio da parte dei padri fondatori della disciplina del diritto ecclesiastico, e continua ad essere serio ed indispensabile oggi, lo studio della Chiesa, dei suoi istituti e, in particolare, del suo plurimillenario diritto. Senza nascondersi le maggiori difficoltà che certamente s'incontreranno per la conoscenza e la penetrazione di mondi giuridici del tutto alieni alle nostre concettualizzazioni e ai nostri modi di pensare e di vedere la vita e il mondo.

Già la considerazione di questi elementi fornisce ampia materia di riflessioni, a tutti i livelli, dottrinali, storici e teorici, ampiamente giustificanti il convegno che ora inizia.

2. Credo, tuttavia, che si possa e si debba fare un passo in più per cogliere i problemi ora segnalati in un contesto di pensiero più ampio all'interno del quale essi si muovono e dal quale prendono un più profondo significato.

Possiamo infatti chiederci, e ritengo che gli spiriti più pensosi si chiede-

ranno, su quale terreno cadano o cadranno le proposte, gli impulsi, le istanze delle culture e delle religioni che si stanno affacciando all'orizzonte della nostra società.

Insomma, cos'è questa civiltà occidentale per la cui difesa si suonano le trombe e si chiamano i popoli a raccolta? Quali sono le sue connotazioni essenziali da affermare e da difendere attraverso gli strumenti giuridici che il nostro ordinamento appronta?

Volendo restare attinenti al mondo della religiosità, cui ci richiama il presente convegno, e per dare una risposta significativa, per quanto parziale, a tali quesiti, non si può intanto prescindere dall'ammettere la diffusa consapevolezza che nel variegato mondo occidentale (europeo e nord-atlantico), in quello che noi intendiamo come la sede geografica naturale della nostra civiltà, il "credere" sia ormai ritenuto un'opzione accanto alle tante altre, divenute parimenti e forse maggioritariamente praticate.

Prevale oggi l'idea di un "umanesimo esclusivo, ovvero dell'affermazione e della valorizzazione dell'umano, in tutte le sue dimensioni, al di là e al di fuori del quadro e del riferimento divino", o a questo contrario. Con l'affermarsi della individualizzazione dell'esperienza religiosa, si è modificato di pari passo lo stesso modo in cui gli individui pensano di costruire il loro rapporto con gli altri. Non solo, ma lo svuotamento di Dio degli spazi sociali, con l'idea che si possa riempire di Dio soltanto lo spazio dell'interiorità, alla fine ha lasciato vuoto della divinità anche quest'ultimo spazio, poiché la "svolta antropocentrica" non ha concesso scampo: posto l'individuo sullo stesso piano materiale del mondo, non riconoscendo in questo le scintille di divinità che in esso vi sono, quella scelta antropologica non ha consentito più – o lo ha reso insignificante – "l'innalzarsi lungo la linea verticale del rimando al divino". "È come se – per usare la suggestiva immagine di un moderno filosofo¹ – si fosse "abbassato il soffitto" della trascendenza". Ogni tentativo dell'uomo di elevarsi verso l'alto non può più fare a meno di "rimbalzare verso il basso, verso la materialità e la consapevolezza del concreto" e dunque, attraverso la trasfigurazione dell'imperante antropocentrismo, "verso l'estensione del biologismo, della psicologia cognitiva, della neurofisiologia, dei diversi sembianti del naturalismo", del materialismo, alla fine dell'ecologismo.

È questa la c.d. civiltà occidentale con la quale o contro la quale andrebbero ad impattarsi le civiltà importate coi presenti moti migratori?

¹ I concetti e le frasi virgolettate di questo paragrafo sono dovuti a ALBERTO PIRNI, *Il sé secolare. Condizioni della credenza e sfida antropologica, in dialogo con Charles Taylor*, in *Lessico di etica pubblica*, 2, 2011, n. 1, pp. 6-17.

O non è piuttosto l'altra, più antica, meno moderna, ritenuta da taluni del tutto obsoleta, per cui Dio, non l'io, è il centro del mondo, a Lui fa riferimento l'uomo, per Lui l'uomo da realtà individuale materiale, deprivata dell'anima, è innalzato a realtà personale spirituale, nella quale traspare e si riflette l'idea del divino? un'idea che si riteneva potesse fondare l'autonomia della coscienza contraddistinguendola da ogni realtà umana e sociale, assicurarne la signoria su tutto ciò che è materiale, orientarne le scelte, proteggerne l'indipendenza dello spirito dalle forze che agiscono nel mondo (si chiamino queste potentati economici, politici, ideologie autofondantisi e autogiustificantisi soltanto per la forza che possono sviluppare ed esprimere), alla cui mercé altrimenti l'uomo resta assoggettato, passibile di ogni pur contraddittoria manipolazione, di cui abbiamo avuti esempi tragici nel secolo passato ed abbiamo esempi incontrovertibili nella nostra presente quotidianità.

Se "civiltà occidentale" non è solo un'espressione che designa metonimicamente un'area geografica, ove i popoli che la abitano sono accomunati da interessi soltanto economici o comunque materiali, dovremmo infine deciderci a sceglierne il significato culturale e spirituale più nobile fra quelli fin qui proposti; e allora potremmo forse anche accorgerci che la nostra civiltà può essere o sentirsi minacciata dall'irrompere di modi di vedere la vita dello spirito e il mondo da parte di culture e di religioni per noi nuove, ma, di fatto, è paradossalmente molto più minacciata da fattori sorti al suo interno sulla spinta della celebrata ideologica modernità.

E il diritto?

Non credo si possa ancora pensare che il diritto sia uno strumento neutro al servizio di chi esercita il potere, di qualunque nome questo si adorni; e, per giustificarne la funzione, deprivarlo di una sua interiore eticità, avvolto in se stesso, nel tentativo di sopravvivere ad un mondo che non è più, soddisfatto delle sue categorie concettuali astratte, sordo a tutto ciò che la nostra vita oggi è e, qualunque cosa noi immaginiamo e desideriamo, domani certo sarà, risultato ineludibile di un confronto/scontro fra una civiltà totalmente secolarizzata, e senza Dio, e altre civiltà fortemente radicate nella divinità (la "loro" divinità), comunque vogliamo giudicarle sulla base di categorie alle quali noi stessi non crediamo più.

*Per una equa mondializzazione delle periferie nelle
società plurali.*

*La lunga (ma, forse, istruttiva) storia dell'attivazione
di un 'nuovo' corso di laurea sull'interculturalità**

SALVATORE BERLINGÒ

1. *Il vortice iperbolico del bacino euromediterraneo ed il 'bergamotto dell'interculturalità'*

Questo contributo si propone di illustrare le tappe che hanno portato all'attivazione di un Corso di Laurea (per certi aspetti) innovativo, indotto dalle coeve problematiche dei flussi migratori e dalle dinamiche della mobilità internazionale, divenute straordinariamente più celeri e pressanti in concomitanza con i connessi fenomeni della mondializzazione¹. Esse impongono anche agli Istituti d'istruzione superiore, a livello globale, un tempestivo e approfondito ripensamento ed una precisa assunzione di responsabilità, quanto agli ambiti della programmazione didattico-formativa di loro spettanza². Il Corso

* Il contributo è destinato alla pubblicazione negli Studi in onore di Mario Tedeschi.

¹ Le problematiche cui si accenna nel testo hanno una portata planetaria (si rinvia, per tutti, a MANFRED B. STEGER, *La globalizzazione*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2016), ma implicano un'incidenza del tutto specifica sulla realtà europea, come può evincersi dal saggio di ANTONIO ARMELLINI e GERARDO MOMBELLI, *Né Centauro, né Chimera. Modesta proposta per un'Europa plurale*, Marsilio, Venezia, 2017 e dal rapporto prodotto dalla COMECE (Commissione degli episcopati della Comunità europea), *Promuovere la pace nel mondo, vocazione dell'Europa*, in *Il Regno-doc.*, 17/2016, p. 564, ma pure dall'acuta analisi di SILVIO FERRARI, *Eclisse dell'Europa: laicità e libertà religiosa*, in *Il Regno-att.*, 10/2016, p. 305, che, a fronte di irrefutabili dati demografici, socio-economici e politici, paventa un «doppio declino» del nostro Continente «in Occidente e con l'Occidente». L'esito del «declino» europeo, tuttavia, non è da considerare ineluttabile, oltre che per l'Autore appena citato, anche per ALESSANDRO CAVALLI, *Essere europeo, tra realismo irrazionale e utopismo razionale*, in *il Mulino*, 4/2016, p. 652 e per SIGMAR GABRIEL, JURGEN HABERMAS, EMMANUEL MACRON, che, con HENRIK ENDERLEIN come Moderatore hanno insieme discusso presso la Hertie School of Governance di Berlino, in un incontro tenutosi il 16 marzo 2017, intitolato *Welche Zukunft für Europa?*, riportato in traduzione italiana da *il Mulino*, 3/2017, pp. 471-486. Sull'attuale contesto storico in cui è da collocare l'Occidente, si v. pure di MASSIMO CACCIARI e PAOLO PRODI, *Occidente senza utopie*, Il Mulino, Bologna, 2016.

² Cfr., per una sintetica, ma efficace visione d'insieme, SYLVAIN CARIU-CHARTON, *L'impact de la*

di Laurea, che viene prospettato in tale contesto, è volto ad arricchire, con alcune inedite peculiarità, il già vasto scenario dei percorsi di studio e di ricerca che, in Italia, si collocano a *latere* della usuale programmazione delle Facoltà e/o dei Dipartimenti universitari, ma che, per le loro scansioni interdisciplinari ed interculturali, possono polarizzare (insieme ad altri profili) gli interessi e le competenze degli studiosi attenti alla rilevanza giuridica dei fenomeni etico-religiosi, in una più ampia e comprensiva accezione³.

In particolare, l'attivazione del Corso suddetto è stata preceduta da una serie di iniziative più o meno direttamente promosse o sponsorizzate dalla sede universitaria, l'Università per Stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria, nella cui Offerta Formativa il Corso medesimo è stato inserito a partire dall'anno accademico 2016/2017 con la denominazione *Mediatori per l'interculturale la coesione sociale in Europa* (MICSE)⁴.

Solo pochi mesi prima, sempre a Reggio Calabria, l'Università appena ricordata si era resa partecipe di un incontro di studio condotto all'insegna de *Il Mediterraneo: così vicino, così lontano*, patrocinato da un noto organismo di ricerca, il CENSIS, presieduto dall'insigne sociologo italiano Giuseppe De Rita⁵. Il titolo di quell'incontro potrebbe far pensare ad un miraggio ri-

mondialisation sur les enjeux d'éducation, in *Études*, n. 4228 (Juin 2016), pp. 7-18, nonché il volume collettaneo *Petit manuel pour une laïcité apaisée*, a cura di JEAN BAUBÉROT *et alii*, La Découverte, Paris, 2016. Sulle criticità che si manifestano nel sistema d'istruzione, in generale, si sofferma, da ultimo, anche MARIO RICCA, *Teologia giuridica. L'ala impigliata della secolarizzazione e la religione che non si insegna*, nel volume *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo* (Atti del Convegno Nazionale ADEC: Trento, 22-23 ottobre 2015), a cura di ERMINIA CAMASSA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 299-332.

³ Nell'ambito del sistema universitario italiano una significativa e ben consolidata tradizione accademica suggerisce di individuare gli studiosi di cui al testo tra le afferenze del SSD-IUS/11 (*Diritto ecclesiastico e diritto canonico*), la cui attività scientifica e didattico-formativa – come può ricavarsi, fra l'altro, dall'Allegato B del D.M. 30 ottobre 2015, n.855 - non si limita ad indagare la disciplina giuridica del fenomeno religioso all'interno degli *ordinamenti confessionali* (con specifico riferimento a quello della Chiesa cattolica) o degli ordinamenti statali, e non solo la storia dei diritti religiosi, in sé, ovvero *nei rapporti reciproci o con i diritti secolari*, ma altresì attinge i vari profili di rilevanza giuridica dei fenomeni di *pluralismo etico-religioso* e delle *problematiche interculturali*, sia pure nei termini più diffusamente illustrati in SALVATORE BERLINGÒ, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, in *Daimon*. Annuario di diritto comparato delle religioni, 8/2008, pp. 43-50, cui si rinvia anche per ulteriori referenze, alle quali possono ora aggiungersi, per gli opportuni aggiornamenti: ID., *Non dalla "fine" ma da un "nuovo inizio"*, nell'opera collettanea *Vivere la transizione. La fine del monopolio delle scienze ecclesiasticistiche e la difficoltà di gestire le nuove dimensioni del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n.7/2017, pp. 32-43 e PIERLUIGI CONSORTI, *Libertà religiosa e convivenza interculturale. Il ruolo degli ecclesiastici*, nel volume, *Democrazie e religioni*, cit., pp. 425-433 della versione on-line, consultabile al link <http://hdl.handle.net/11571/144747>.

⁴ Il Piano di studi del Corso può rinvenirsi sul sito web dell'Ateneo www.unistrada.it.

⁵ Cfr. il volume *Il Mediterraneo: così vicino, così lontano. Nuovi scenari per una nuova Calabria e un nuovo Mezzogiorno*, a cura dell'ASSOCIAZIONE EX CONSIGLIERI REGIONALI DELLA CALABRIA, La-

corrente, capace di coinvolgere e commuovere gli astanti, per poi evaporare, però, alle prime luci dell'alba o al primo contatto con la realtà.

Tuttavia, se proprio vuol ricorrersi ad una metafora, credo sia più in linea con quanto si sta per dire, e più congruo con il luogo in cui il Corso di laurea di cui si parla viene attivato, utilizzare un'altra figura, che indica il fenomeno di *rifrazione in alto* dell'immagine, anche perché si atteggia non già secondo una dimensione meramente soggettiva - come il miraggio - ma si concretizza in una proiezione oggettiva, reale (sebbene temporanea), che talvolta si osserva nell'area dello Stretto di Messina, prendendo il nome di Fata Morgana.

Perché sembra appropriato evocare la dinamica della *rifrazione in alto*, cui dà forma il fenomeno della Fata Morgana? Perché il Mediterraneo, con il susseguirsi delle sue storie ed il precipitato delle sue tradizioni, opera come una sorta di catalizzatore o di prisma rifrangente che di continuo aiuta a rimettere a fuoco gli eventi trascorsi e quindi a spostare in avanti ed in alto gli scenari futuri e le prospettive a venire delle terre che in esso si specchiano. Ciò può esprimersi anche affermando che condizione essenziale per il loro consistere ed il loro sviluppo è quella di non ripiegare su se stesse, ma di proiettare senza tregua all'esterno ed in avanti le proprie memorie.

Per altro, già anni or sono, ancora a Reggio Calabria, l'Università per Stranieri, nell'accingersi ad avanzare la propria candidatura al riconoscimento legale (intervenuto qualche tempo dopo), aveva ospitato l'annuale Convegno dell'*European Consortium for Church and State Research*, nel corso del quale si trattò dello scarto che i fenomeni connessi alla globalizzazione, subentrando al predominio delle civiltà secolarizzate, andavano viepiù dilatando tra la dimensione soggettiva del cittadino e quella del fedele (o dell'appartenente a culture ed etnie dalla fede profondamente segnate) ⁶.

ruffa Editore, Reggio Calabria, 2015. Su tematiche contigue a quelle affrontate in questo saggio si era già intrattenuto GIUSEPPE DE RITA, *La battaglia identitaria e il bisogno di territorio*, nel volume *Comunicare l'identità. Una strategia di valorizzazione delle minoranze linguistiche*, a cura di LUCIA MACCANI e MARCO VIOLA, F. Angeli, Milano, 2008, p. 31 s.

⁶ Cfr. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH AND STATE RESEARCH ed., *Cittadini e fedeli nei Paesi dell'Unione Europea. Una doppia appartenenza alla prova della secolarizzazione e della mondializzazione*. Atti del Colloquio (Università per Stranieri: Reggio Calabria, 12-15 novembre 1998), Bruylant-Leuven, Giuffrè, Milano, Nomos-Baden Baden, 1999. Può sottolinearsi la portata premonitrice di quel Convegno, notando come si sia avvertita l'opportunità di rimettere a tema gli argomenti in esso trattati, con analisi debitamente aggiornate e contestualizzate proprio con riferimento al bacino del Mediterraneo ed ai flussi migratori in esso registrabili. Mi riferisco al *Rapporto Milano. Cittadinanza ed appartenenza religiosa nel contesto euromediterraneo*, a cura della Redazione del n.1 dei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, pubblicato in quella Rivista (*Quad. dir. pol. ecl.*, 1/2016) con il titolo *Cittadinanza e libertà religiosa nell'Area Euromediterranea*. Fra i contributi di cui si avvale il *Rapporto*, con ampie referenze, ed ai quali si rinvia, mi preme segnalare, per la particolare consonanza con quanto trattato a suo tempo, e ora ripreso in questo scritto, i saggi di MILENA SANTERINI, *Educazione, religioni*

Del resto, che il rapporto fra globale e locale si atteggi in modi estremamente diversi, secondo le differenti aree e fasi in cui esso si configura, costituirà, di seguito, oggetto di un ulteriore approfondimento, in occasione dell'inaugurazione, nell'a. a. 2001/2002, dei Corsi del D.U. in *Scienze e tecniche dell'interculturalità mediterranea*, presso il Polo didattico, decentrato nell'Università per Stranieri di Reggio Calabria, della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Messina⁷.

Toccò, allora, ad un valoroso pensatore reggino, Domenico Farias, per spicciamente osservare che negli ambiti territoriali in cui la mondializzazione modernizzante fa sentire il suo influsso, producendo solo un incremento di consumi e non uno sviluppo di energie creatrici⁸, i fenomeni connessi alla globalizzazione hanno una ripercussione tale da tradursi inevitabilmente in forme di localismo reattivo; per cui, a fronte dell'affluenza di sempre più

e cittadinanza, ivi, pp. 41-54, di STEFANIA NINATTI e MARIA ELENA GENNUSA, *Cittadinanza europea e religioni*, ivi, pp. 55-72, di MAURIZIO AMBROSINI e EVA GARAU, *Religione, immigrazione e laicità degli Stati: equilibri mobili e dinamiche di cambiamento*, ivi, pp. 351-276. Cfr. pure, ancor più di recente, i già richiamati Atti del Convegno ADEC 2015, nel volume *Democrazie e religioni*, cit., segnatamente i contributi di ROMEO ASTORRI, *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, ivi, pp. 1-18, ANGELO LICASTRO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, ivi, pp. 81-96, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Migrazioni e migranti nell'Europa di Francesco che condanna la sostituzione del profitto all'uomo come fine dell'attività economica delle banche e dei mercati*, ivi, pp. 187-192; nonché: CARLO CARDIA, *La libertà religiosa tra ascesa e crisi dei diritti umani*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), n. 22/2016, 1-17, in specie p. 6 ss., il dossier su *Religious Pluralism & European Integration*, in www.olir.it e la IV edizione della *Bruno Kessler Lecture*: HEINER BIELEFELDT, *Il potenziale della libertà di religione. L'esperienza di un relatore speciale delle Nazioni Unite*, tenuta a Trento il 20 Ottobre 2016. Non è un caso, ancora, che l'*European Consortium*, evocato all'inizio di questa nota, per l'annuale Convegno del 2017, che si svolgerà in Estonia, abbia in programma, fra le tematiche da trattare, l' "*Autonomy of Religious Associations in a Changing Socio-Political and Security Context*", con un particolare riguardo alla "*Legislation (including migration rules) expressis verbis adopted to tackle radicalization and extremism*"; ed è significativo, infine, che la Commissione Europea, nell'*Invito a presentare proposte EACEA/05/2016*, nell'ambito del Programma Erasmus+, Azione chiave 3 (*Sostegno alle riforme delle politiche, Inclusione sociale attraverso istruzione, formazione e gioventù*) abbia precisato, che per la loro ammissibilità, dette proposte devono «perseguire prevalentemente uno dei seguenti due obiettivi generali...: 1) *prevenire la radicalizzazione violenta e promuovere i valori democratici, i diritti fondamentali, la comprensione interculturale e la cittadinanza attiva*; 2) *promuovere l'inclusione degli studenti svantaggiati, comprese le persone provenienti da un contesto migratorio, prevenendo e contrastando le prassi discriminatorie*».

⁷ Sembra corretto ricordare, in proposito, il primo Corso di laurea in *Scienze e tecniche dell'interculturalità*, programmato presso la Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Trieste, già a partire dal 1998 (cfr. GURI, *Serie generale*, n. 203, dell'1 settembre 1998, pp. 23-26), ad opera dell'anticipatrice iniziativa dell'allora Preside di quella Facoltà, la Prof.ssa Silvana Monti, che successivamente ha tuttavia segnalato le difficoltà a mantenere attivo un Corso del genere nel contesto di Università 'generaliste': difficoltà ravvisabili anche nelle vicende sperimentate, nel quadro dell'Offerta Formativa della Facoltà peloritana, dai Corsi di studio via via subentrati al Diploma Universitario di cui al testo.

⁸ DOMENICO FARIAS, *Mondialità dell'età contemporanea e contemporaneità della storia locale*, nell'opera collettanea *Chiesa e Società nel Mezzogiorno*. Studi in onore di Maria Mariotti, vol. II, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, pp. 1655-1671.

numerose schiere di immigrati, sovente si intrecciano e si alternano, da una parte e dall'altra, nelle relazioni tra autoctoni ed extracomunitari, comportamenti ora di certezza-sicurezza (oggi diremmo: 'identitari'), ora di incertezza-timore (oggi diremmo: 'securitari') : l'insicurezza dell'immigrato e la sicurezza dell'indigeno o, viceversa, e, sempre più di frequente, la sicurezza del primo e l'insicurezza del secondo, portato a dubitare e ad avere paura⁹.

Proprio per questo, fin da quel momento, mi ero andato convincendo che l'obiettivo di un'Università per Stranieri a Reggio Calabria – ma anche altrove - avrebbe dovuto essere «quello di educare i 'parlanti' diverse lingue a saper interloquire in un unico *discorso*» ed a «sapere prestarsi all'ascolto di uno *straniero*, che pur restando tale, e cioè integro nella sua identità linguistica e culturale, non ven[isse] più avvertito come *estraneo* o, addirittura, ostile, ma ven[isse] accolto e trattato *alla pari* e come *prossimo*, nonostante – anzi, a maggior ragione, per – la sua *diversità*»¹⁰. Il mio auspicio, inoltre, già a quel tempo, era che la Città di Reggio potesse attrezzarsi per migliorare la recezione dei giovani e meno giovani stranieri con «varie forme di aiuto, sussidio, assistenza ai meno abbienti fra loro, perché ven[issero] accolti in seno alle famiglie, po[tessero] procurarsi un alloggio più decoroso, [fossero] messi in grado di partecipare alle gite, alle visite, alle iniziative culturali organizzate sul territorio...anziché andare alla ricerca di lavori disagevoli e spesso umilianti, pur di trarne il necessario per mantenersi agli studi e prolungare il loro soggiorno presso di noi»¹¹.

Era possibile far leva, nel formulare quegli auspici, su quanto aveva affermato Giorgio La Pira, il Siciliano (di Pozzallo) Sindaco Santo di Firenze, a proposito della Settimana di Studi sull'uomo mediterraneo, svoltasi a Tunisi

⁹ DOMENICO FARIAS, *Il cambiamento dei rapporti tra territorio e cultura e le dichiarazioni universali dei diritti*, nel volume *Testimonianze calabresi dei diritti dell'uomo e dei popoli*, Laruffa Editore, Reggio Calabria, 2002, p. 26 s.

¹⁰ SALVATORE BERLINGÒ, *Introduzione*, al volume *Testimonianze calabresi*, cit., p. 8. Del resto, in quel medesimo torno di tempo, pure ALESSANDRO CAVALLI, *Il messaggio universale dell'Unione europea*, in *Il Mulino*, 4/2000, pp. 629-632, proponeva il «modello europeo» - che è, in fondo, un modello euro-mediterraneo, potendosi cogliere profonde suggestioni mediterranee presso i popoli di tutte le regioni europee – quale risposta «al più grande problema che il processo di globalizzazione pone al mondo contemporaneo: come si fa a vivere e collaborare pacificamente senza cancellare le differenze, ma anzi valorizzandole in quanto differenze». Per mio conto, avevo già maturato analoghi convincimenti esponendoli in *Introduzione* al volume *Il fattore religioso fra vecchie e nuove tensioni*, Giappichelli, Torino, 1997, 9-21, e riprendendoli, più tardi, nello scritto *Il 'cammino' e le 'radici': riflessioni su di una 'nuova' missione della 'vecchia' Europa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/2, pp. 361-368. In questa prospettiva appare ora opportuno il richiamo alla *Lettera aperta della KEK alle Chiese e alle organizzazioni associate in Europa e invito al dialogo e alla concertazione*, del 21 giugno 2016, in www.ceceurope.org, nonché il già ricordato rapporto della COMECE, *Promuovere la pace*, cit., in specie p. 565 ss.

¹¹ SALVATORE BERLINGÒ, *Introduzione*, nel volume *Testimonianze*, cit., p. 10.

nell'ottobre del 1968, e cioè che, ai nostri giorni, l'«utopia profetica» è «la sola realtà storica possibile».¹²

Su questo versante costituiscono, del resto, una lieta sorpresa i risultati, solo in parte prefigurabili, attestati da una recente ricerca della Fondazione Leone Moressa sulla *precarietà sociale* e sul cosiddetto rischio *banlieue*. Essi rivelano che, già a partire dall'anno 2014, Reggio Calabria risultava essere in Italia il capoluogo di provincia dove più alto è il grado di inclusione sociale e di integrazione economica per gli immigrati. Non si è mancato di osservare – con una punta di affrettata acribia - che ciò rappresenta un fatto ovvio, in quanto l'immigrato al Sud si integrerebbe maggiormente non perché stia meglio, ma perché i meridionali stanno peggio e perché si adatta a convivere con essi, povero tra poveri!

Credo, però, di poter dire che quanto rilevato dalla Fondazione Moressa sia dovuto, soprattutto, ad un fattore culturale, e che un'attualizzata rilettura del passato può essere d'ausilio per una più adeguata proiezione in termini di futuro¹³.

È opportuno ricordare come Reggio Calabria sia il baricentro del bacino del *Mare Nostrum* non in un senso meramente topografico, e neppure solo geografico, quanto, piuttosto, nel senso di punto focale, sia pure *eccentrico*,

¹² GIORGIO LA PIRA, *La cultura e la civiltà mediterranea per la storia nuova del mondo*, in ID., *Il sentiero di Isaia. Scritti e discorsi (1965-1977)*, a cura di GIANNI e GIORGIO GIOVANNONI, con Introduzione di WALTER VELTRONI, Paoline, Milano, 2004, pp. 151-153. Il tema dell'«utopia» è stato da ultimo ripreso in AGNES HELLER e RICCARDO MAZZEO, *Il vento e il vortice. Utopie, distopie, storia e limiti dell'immaginazione*, Erikson, Trento, 2016, nonché in FRAUKE UHLENBRUCH, *The Nowhere Bible. Utopia, Dystopia, Science Fiction*, De Gruyter, Berlin, 2015. Non a caso anche Papa FRANCESCO, nel *Discorso in occasione del conferimento del 'Premio Carlo Magno'*, ha ribadito che per realizzare il «sogno» di un «nuovo umanesimo europeo» servono «memoria, coraggio, sana e umana utopia» (cfr. *Il Regno-doc.*, 9/2016, p. 282).

¹³ Del resto, a parte le ragioni storico-culturali di cui si dirà subito di seguito, anche i dati rinvenibili nella edizione del *Dossier Statistico Immigrazione 2015*, curato dal Centro di Studi e Ricerche *Idos*, in partenariato con la Rivista *Confronti* e con la collaborazione dell'UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, della Presidenza del Consiglio dei Ministri), Pomezia (RM), 2015, p. 92 - che registrano al Sud d'Italia una variazione in più nel 2014, rispetto al 2013, pari al 5,8% del numero delle presenze di stranieri - possono essere adottati a sostegno di un incremento della tendenza degli stranieri a stanziarsi nelle regioni meridionali, nonostante l'indiscutibile maggiore attrattività, in termini economico-lavorativi, delle aree più settentrionali del Paese. Un trend analogo è riscontrabile nei più recenti *Rapporti Annuali SPRAR* (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati del Ministero dell'Interno) riguardo alla realizzazione dei progetti territoriali di accoglienza, con oltre il 40% delle presenze delle persone accolte nel Lazio (22,4%), in Sicilia (20,1%), in Puglia (9,4%) ed in Calabria (8,9%), mentre nelle restanti Regioni la presenza di persone accolte è al di sotto del 6% (cfr. *Atlante SPRAR 2015*, Scheda di sintesi, p. 3). Infine, nel volume *Vasi comunicanti. Rapporto 2016 su povertà ed esclusione sociale in Italia e alle porte dell'Europa*, a cura di CARITAS ITALIANA, Edizioni Palumbi, Teramo, 2016, p. 695, viene riferito che, dopo il Comune di Roma, è quello di Reggio Calabria ad accogliere il maggior numero di minori stranieri non accompagnati. Per ulteriori aggiornate conferme in questo medesimo senso, cfr., da ultimo, il Rapporto CENSIS 2017: *La nuova scommessa della Calabria: trasformare i flussi dal Mediterraneo in piattaforme di relazionalità*.

e quindi *strano*- ma proprio perché strano ed eccentrico *sano e creativo* (per rifarmi ad un noto asserto di Gödel) – in cui, come in un *vertice*, anzi in un *vortice* iperbolico, si addensano tutte le virtualità e tutte le conflittualità tipiche del Mediterraneo¹⁴.

Reggio è situata sul lembo di quello che – con un richiamo a Giustino Fortunato – si può definire uno sfasciume idrogeologico, con cui, per altro, l'Europa protende le sue propaggini verso due Continenti, l'africano e l'asiatico¹⁵; e come dalla caotica stratificazione geologica dei terreni di quella provincia è indotta l'*humus* per il frutto tipico e unico al mondo che è il *bergamotto*, così dalla seriale sedimentazione delle civiltà e delle culture che vi si sono succedute lungo il corso dei secoli, lasciandovi tracce imperiture, è germinata una vocazione all'*intercultura*. Proprio per questo Reggio ed il suo *interland* possiedono la capacità di riconoscere, accogliere e valorizzare i vari contributi identitari, arricchendoli ed implementandoli: allo stesso modo in cui l'essenza del bergamotto fissa il *bouquet* aromatico di ciascun profumo, senza annullarlo o alterarlo, ma semplicemente rinvigorendo le fragranze più leggere, evidenziando quelle latenti, attenuando e temperando quelle più forti¹⁶.

La Calabria è, ancora e sempre, marca di frontiera: con il peso delle chiusure, delle fratture, delle separatezze, degli scontri, dei conflitti e, soprattutto - come risulta insuperatamente evidenziato da Georg Simmel¹⁷ - delle ambiguità che ciò può comportare¹⁸; ma anche con la ricchezza degli scambi,

¹⁴ Scrive CORRADO ALVARO, *Mediterraneo*, ora in ID., *Viaggio in Turchia*, a cura di ANNE CHRISTINE FAITROP-PORTA, Falzea Editore, Reggio Calabria, 2003 (1^a ed. Fratelli Treves, Milano-Roma, 1932), p. 142: «Negli uomini dei paesi del Mediterraneo i vizi che li perdettero e le virtù che li portarono in alto sono rimasti prevalenti in ogni individuo; da individuo a individuo e da nazione a nazione difetti e virtù formano quasi una parentela che in tutto il millenario rimescolio della loro storia è rimasta egualmente viva in tutti; come in una famiglia dove si possono osservare i diversi caratteri come hanno allignato dall'uno all'altro». Devo al Prof. Antonino Zumbo, Pro-Rettore Vicario dell'Università "Dante Alighieri" – che tengo a ringraziare – le preziose indicazioni degli scritti di Alvaro richiamati in questo saggio.

¹⁵ Sulla peculiare e storica '*medianità*' di Europa – la mitica principessa fenicia rapita da Zeus sotto le finte sembianze di un docile toro e portata a Creta per esservi sedotta - ha focalizzato da ultimo l'attenzione, con suggestivi approfondimenti storiografici, non privi di spunti attuali, ALEJANDRO BANCALARI MOLINA, *La idea de Europa en elmundo romano. Proyeccion sactuales*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2015.

¹⁶ SALVATORE BERLINGÒ, *La ricchezza dell'intercultura nell'esperienza locale*, in *La Chiesa nel tempo*, n.1/2004, p. 110 s.

¹⁷ GEORGE SIMMEL, *Étude sur les formes de la socialisation*, trad. franc., PUF, Paris, 1999.

¹⁸ Non è mancato chi (KARL LEHNERT, *La Calabria a Berlino*, in *Il Quotidiano*, 3 luglio 2001, p. 9) ha fatto assurgere, per quest'aspetto, la Calabria a simbolo dell'Italia e dell'Europa; l'ho notato già in un mio altro scritto *Cristiani laici oggi in Calabria*, in *Il Regno-doc.*, 2002/1, p. 27 s., dove riprendo, altresì, una pertinente osservazione di DOMENICO FARIAS, *Situazioni ecclesiali e crisi culturali nella Calabria contemporanea*, Marra, Cosenza, 1987, p.334, secondo cui «il patrimonio culturale

delle integrazioni, dei reciproci arricchimenti, delle sinergie di cui può fruire ogni postazione allocata al crocevia di più culture ed etnie¹⁹: al centro – nel senso prima chiarito – del Mediterraneo, in seno ad un mare predisposto a cogliere nel medesimo ambito e lungo le sue sponde quelle tante alterità o diversità, che ne rendono plurale e complessa la cifra identificativa.

2. *Il made in Italy dantesco ed il doppio registro delle Università per stranieri nel «bel paese là dove l' si suona».*

Del Mediterraneo come *mare dell'unico Dio*, ma anche teatro di *differenze e conflitti*, ha ragionato di recente, nel corso di una lezione magistrale tenuta sempre a Reggio Calabria, su invito dell'Università per Stranieri, Andrea Riccardi²⁰. Questo autorevole studioso, nei suoi ultimi lavori relativi all'area del Mediterraneo²¹, ha giustamente ed energicamente messo in guardia sugli attuali tragici eventi, che si vanno verificando in questo Mare e che

calabrese» - come dire: il codice genetico di questa Regione - «non è solo calabrese e spesso non è nativamente calabrese e rinvia *altrove* per poter essere capito ed apprezzato». A mia volta, sempre in quello scritto, chiosavo, tuttavia, che la «molteplice eccentricità o perifericità» della Calabria potrebbe dialetticamente capovolgere nel suo opposto, ossia in una «plurima centralità». Forse proprio per questo anche del Mare che bagna le coste calabresi CORRADO ALVARO, *Mediterraneo*, cit., p. 141, dice: «...chi l'ha veduto una volta vi torna spesso con la memoria, e si propone di rivederlo ancora».

¹⁹ Scriveva il poeta veneto Biagio Marin al suo carissimo amico Arturo Carlo Jemolo che, spesso, le linee di demarcazione tendono a trasformarsi in linee di comunione: cfr. *Arturo Carlo Jemolo: da lettere inedite (1913-1981)*, a cura di ALESSANDRO GALANTE GARRONE, MARIA CARLA AVALLE, La Stampa, Torino, 1994, p. 851.

²⁰ Il testo può consultarsi sul sito web dell'Ateneo www.unistrada.it. Giova richiamare in questa sede alcuni passaggi delle conclusioni di Riccardi: «Le semplificazioni sono inadatte a comprendere il mondo del Mediterraneo: le tante comunità, ben più di tre, i tanti atteggiamenti diversi di fronte all'unico Dio, le molte vie, le società modernizzate, le vie pacifiche e quelle violente. Ci vuole senso della complessità per orientarsi. Spesso la religione – e l'islam in particolare – è oggi “deculturata”, distaccata dalle mediazioni culturali e storiche, mentre i processi di globalizzazione tendono a veicolare caricature ideologiche semplificate. Anche il fondamentalismo è legato in qualche modo a questo processo di deculturazione delle religioni. I processi di radicalizzazione si legano allo spasamento, causato dalla globalizzazione, che vive nelle periferie della grandi città europee come in quelle del Sud del mondo...Il Mediterraneo continua a essere il mare dell'unico Dio e delle molte comunità di credenti, ma, in un mondo globalizzato, è richiesta una nuova comprensione e nuovi investimenti di pensiero, cultura e umanità».

²¹ Cfr., in particolare, ANDREA RICCARDI, *Mediterraneo. Cristianesimo e Islam tra coabitazione e conflitto*, 2ª ed., Guerini e Associati, 2014, ma anche ID., *La strage dei cristiani. Mardin, gli Armeni e la fine di un mondo*, Laterza, Bari, 2014. La problematica, già magistralmente approfondita da FRANCO CARDINI, *Europa e Islam, storia di un malinteso*, Laterza, Bari, 1999, è di nuovo affrontata da ID., *L'Islam è una minaccia. Falso*, Laterza, Bari, 2016, come pure, da ultimo, nel testo di GEORGES CORM, *Contro il conflitto di civiltà. Sul “ritorno del religioso” nei conflitti contemporanei del Medio Oriente*, trad. it., Guerini e Associati, Milano, 2016.

provocano il riversarsi sulle coste calabro-sicule di epocali flussi migratori, avvertendo che essi possono condurre ad una drammatica involuzione, dalla coabitazione al conflitto. Si produrrebbe, per tal via, la scomparsa proprio di quel 'mondo' che, ancora una volta, La Pira, con il suo nobile e profetico anelito, preconizzava potesse trasformarsi in un novello Lago di Tiberiade, in cui fare rivivere, nel contrappunto con la confusione babelica, lo Spirito pacifico, tollerante e plurale della Pentecoste²².

Per contribuire ad evitare l'esito nefasto del vanificarsi dello spirito 'pentecostale', di cui si è appena detto, sono state colte, in Italia, l'urgenza e l'opportunità di un recupero, da parte delle Università per Stranieri, della loro originaria ed originale *mission* formativa, che si articola nel dispiegare i propri programmi secondo un *doppio registro*: per un verso fornire agli allievi stranieri ogni utile strumento per la loro migliore compenetrazione nella lingua e nella cultura italiane; per altro verso, coltivare negli studenti italiani l'attitudine ad un senso di apertura e di dialogo nei riguardi degli stranieri, così da contribuire alla tessitura di una rete di rapporti reciprocamente arricchenti.

In base all'emergere dei nuovi bisogni ci si è, quindi, affrettati nel por mano ad una programmazione didattica e ad una formazione di figure professionali il più possibile congruenti e competenti per:

A) facilitare l'accesso ai servizi e alle altre opportunità territoriali da parte degli immigrati e delle immigrate, svolgendo un'azione di filtro per *deco-dificare e indirizzare i loro bisogni*;

B) promuovere *interventi informativi e culturali rivolti alla popolazione ospite*, al fine di aumentare il grado di conoscenza sul fenomeno immigrazione e allo scopo di evitare il diffondersi di stereotipi negativi e di atteggiamenti di rifiuto e/o di discriminazione;

C) favorire tra i migranti, insieme con la *comprensione ed il rispetto per la cultura che li accoglie*, il *mantenimento della cultura di origine* e dei legami con la stessa: spesso, infatti, la persona immigrata è così presa dal faticoso e lento processo di adattamento alla nuova situazione che (in modo consapevole e non) tende a rimuovere tutto ciò che fa parte e/o è ricollegabile al mondo quotidiano di provenienza; e tale meccanismo può provocare, se protratto nel tempo, una situazione di destabilizzazione psicologica, che a sua volta determina una condizione di svantaggio e di disordine sociale.

Coerentemente con questi indirizzi programmatici, l'Università per

²² Cfr. il volume *Ritornare a Israele. Giorgio La Pira, gli ebrei, la Terra Santa*, Edizioni della Normale, Pisa, 2016, con un'Introduzione (così come titolata significativamente in *Il Regno-att.*, 10/2016, 284 ss.) di DANIELE MENOZZI, *Figli dell'unico Abramo*.

Stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria ha attivato, fin dall’ a. a. 2007/2008 (il primo dopo il conseguimento del riconoscimento legale) un Corso di laurea in *Operatori pluridisciplinari e interculturali d’area mediterranea*, e un Corso di laurea magistrale in *Programmazione e gestione delle politiche e dei servizi sociali d’area mediterranea*, con l’intento di supportare una *politica di cooperazione e di sviluppo* tanto dei territori di contesto, quanto dei territori di provenienza dei migranti, mediante la *predisposizione di risorse umane, indigene e straniere, nel ruolo di mediatori interculturali e di ‘facilitatori’* delle e nelle *relazioni euromediterranee*, in specie con la formazione del personale richiesto dal terzo settore (o ‘pilastro’), dal nuovo *welfare* (si pensi, ad esempio, all’iniziativa dei cc.dd. *corridoi umanitari*²³), dall’impegno per una *nuova cittadinanza* attiva, partecipe e responsabile in tutte le Regioni ed i Paesi interessati (anche attraverso il rientro concordato nei territori di provenienza delle unità di personale cui siano state fornite e/o di cui siano state affinate le competenze più adatte per programmare e realizzare lo sviluppo delle loro comunità d’origine).

Orbene, potrebbe, per converso, apparire contraddittoria con queste linee di strategia didattico-formativa la scelta compiuta dall’Università per Stranieri di Reggio Calabria di assumere a suo patronimico Dante Alighieri, universalmente riconosciuto campione del *made in Italy*, per avere realizzato con secoli d’anticipo l’unità di tutte le genti della Penisola in un unico linguaggio. Ove questa scelta non fosse dipesa da mere contingenze o, in ogni caso, da fattori estrinseci alla natura ed alle caratteristiche istituzionali specifiche dell’Ateneo, si potrebbe rilevare che il rimando nella denominazione ad una sorta di ‘mito’ dell’italianità nel mondo poco si concilia con l’apertura allo ‘straniero’ e rischia piuttosto di indulgere alle derive identitarie spesso sottese in ogni richiamo alle ‘radici’²⁴. Ed invece intendo senz’altro correre l’alea di sostenere il contrario, e cioè che un caso emblematico di come il

²³ Sull’esperienza, in proposito, promossa dalla Comunità di Sant’Egidio in collaborazione con la Federazione delle Chiese evangeliche e delle Chiese valdesi e metodiste, si v., *ex multis*, PAOLO TOMMASONI, *I corridoi umanitari*, in *Il Regno-att.*, 6/2016, p. 138, nonché il sito www.santegidio.org. Apprezzabili iniziative in materia, anche per rispondere ad un appello lanciato ai primi di maggio 2016 dal Ministro Stefania Giannini e dal Presidente della Commissione cultura e istruzione del Parlamento europeo, Silvia Costa, sono state assunte dalla CRUI e da numerosi Atenei italiani, com’è stato opportunamente segnalato da GIUSEPPE NOVELLI, *Università e crisi dei rifugiati. I corridoi culturali ed educativi della Conferenza dei rettori italiani*, in *Scuola24*, Quotidiano digitale de *IlSole24ore*, del 22 giugno 2016. Una segnalazione, al riguardo, merita, altresì, il Progetto *iMigration*, inserito nel Programma europeo *Erasmus+*, promosso con opportune iniziative dall’Associazione *Pronexus*, partner italiano del medesimo Progetto.

²⁴ Cfr., per tutti, il monito energicamente e ripetutamente formulato, al riguardo, da MAURIZIO BETTINI, *Radici. Tradizione, identità, memoria*, Il Mulino, Bologna, 2016.

rinvio alle ‘radici’ (o al corso delle tradizioni) possa non essere discriminante e si riveli, viceversa, inclusivo, è rappresentato proprio dal richiamo al magistero di Dante Alighieri. Nella dottrina di quest’ultimo risultano, infatti, reperibili ulteriori e decisivi elementi sia per assumere a cifra ermeneutica del Mediterraneo la chiave interpretativa proposta fin dall’esordio di questo contributo, sia per far comprendere come le problematiche dell’interculturale non debbano andare disgiunte da quelle dell’instaurazione di maggiori e più sostanziali rapporti di giustizia tra i popoli e gli individui che li compongono.

La tematica interculturale non può fare a meno dei tratti distintivi della *concretezza*²⁵ – di «concretezza mediterranea» discorre magistralmente ed autorevolmente Paolo Grossi²⁶ –, che esige – come ammonisce l’episodio evangelico –, da parte di chi è continuamente sollecitato a rifrangere sempre più in alto lo sguardo, di non rimanere annichilito a fronte dei bagliori accecanti (*lumièrevs. lucus a non lucendo!*) e quindi anestetizzanti (si pensi alle tre ‘tende’ da allestire, secondo la proposta di Pietro, sull’alto monte: Mt 17,1-8; Mc 9, 2-8; Lc 9, 28-56) della Trasfigurazione (quasi a volerla intendere come ‘fine della storia’).

Ebbene, basta riflettere, che, per un verso, Dante è un antesignano della concezione, sempre più attuale ai nostri giorni, secondo cui quanto più ci si riconosce nell’altro, tanto più si cresce in se stessi (e viceversa)²⁷; e che, per altro, quanto a concretezza, questa concezione trova nell’Alighieri basi ben più robuste e realistiche di quanto non possano offrire, alle pur apprezzabili teorie sull’universalità o *universabilità* dei diritti umani, gli studi astratti della semeiotica contemporanea o le visioni empiriologiche del moderno scientismo riduzionista. Quest’ultima chiave di lettura della realtà è, per certi aspetti, l’erede dell’ ‘aristotelismo radicale’ contro cui Dante si è vigorosamente battuto, sempre più convintamente, nel corso dell’evoluzione del suo pensiero (dal *De vulgarieloquentia*, al *De Monarchia*, al *Convivio*, alla poetica del *Dolce stil novo*), con il superamento dell’utilizzo dei meri universali linguistici e con il recupero dei ‘*simplicissima signa*’ della ‘luce’ indiretta o meglio ‘incarnata’ degli occhi di Beatrice (l’«amor che nella mente mi ragiona»)²⁸.

²⁵ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Diritto*, cit., p. 45 ss.

²⁶ PAOLO GROSSI, *Scritti canonistici*, con Introduzione di CARLO FANTAPPIÉ, Giuffrè, Milano, 2013, p. 234.

²⁷ Cfr. AGATA ZIELINSKI, *Être chez soi, être soi. Domicile et identité*, in *Études*, n.4217 (Juin 2015), p. 63.

²⁸ Sul tema della originalità del pensiero filosofico dantesco, è sempre utile una rivisitazione della classica opera di ÉTIENNE GILSON, *Dante e la filosofia*, trad. it., Nuova edizione, Jaca Book, Milano, 2016, nonché, più di recente, la lettura di contributi su Dante rinvenibili nel volume di RUEDI IMBACH e CATHERINE KÖNIG-PRALONG, *La sfida laica. Per una nuova storia della filosofia medievale*, trad. it.,

3. Il 'bisogno di mondo' e la rifrazione in alto dell'identità plurale della Calabria.

Anche in forza degli esiti delle più recenti ricerche, condotte in materia da esimi studiosi, italiani e stranieri – a iniziare da Miguel Asín Palacios²⁹, passando per Maria Corti³⁰ – fin dalla sua ragione istitutiva l'Università per Stranieri di Reggio, unica del suo genere in tutto il Meridione e le Isole, ha focalizzato gli obiettivi di formazione e ricerca dell'Ateneo sul Mediterraneo, e ha inteso valorizzare la lingua di Dante come modulo 'narrativo' della storia di una concreta e ben definita identità, quale quella italiana, per sua natura aperta all'accoglienza ed alla 'contaminazione', da orientare nel senso di una pacificazione e di un mutuo arricchimento fra le varie civiltà e culture che al Mediterraneo fanno capo.

Del resto, proprio nell'introduzione ad una raccolta di scritti interdisciplinari³¹ non manca di notarsi con acume che «nell'epoca contemporanea... caratterizzata da quelle che sono state definite 'identità fluide' [o 'liquide' o 'plurali']... la situazione è per certi versi paradossale. Mentre a livello teorico si continua ad operare nella direzione di un indebolimento della nozione di identità... nell'immaginario sociale e nella pratica politica sempre più spesso si praticano tentativi di riappropriazione funzionale di quella nozione... 'Per chi ha paura, tutto fruscia', scriveva Sofocle»³².

Ma a proposito di 'identità' – e scontato che, come scrive di recente un economista attento alle *humanities*, gli alberi non danno alcun frutto se le radici non vengono alimentate da buona terra³³ - le ragioni istituzionali specifiche dell'Università "Dante Alighieri" possono ravvisarsi nel tentativo di recuperare una identità calabrese intesa come identità *plurale*, per sua natu-

Carocci, Roma, 2016.

²⁹ Cfr. MIGUEL ASÍN PALACIOS, *Dante e l'Islam*, trad. it. Luni editrice, Milano, 2014 (l'originale in spagnolo risale al 1919).

³⁰ Cfr. la raccolta di scritti postuma di MARIA CORTI, *Scritti su Cavalcante e Dante*, Einaudi, Torino, 2003.

³¹ Si può consultare, al riguardo, nel sito www.quadernibalestrieri.it, in particolare l'*Introduzione al Quaderno n.8*, della *Biblioteca Balestrieri*, in cui ha trovato opportuna collocazione anche il saggio di VINCENZO CRUPI, *Lungo i sentieri dell'interculturalità medievale: Dante e l'Islam*, ivi, pp. 13-24, che ci rende edotti sulle fonti arabo-musulmane della Divina Commedia, per il tramite del *Libro della Scala di Maometto*, mentre altri saggi evidenziano gli influssi, sulla lingua del Poeta, del 'volgare illustre' praticato nella *Magna Curia* di Federico II, insediata proprio nelle terre «di qua e di là del Faro»: cfr. GIANFRANCO FOLENA, *Cultura e poesia dei Siciliani*, in *Storia della letteratura italiana*, a cura di EMILIO CECCHI e NATALINO SAPEGNO, vol. I: *Le Origini e il Duecento*, Garzanti, Milano, 1965, p. 277.

³² ³²Cfr. *Quaderno*, cit., pp. 7-12.uade

³³ ³³LUIGINO BRUNI, *Investire in humanities coesione sociale*, in *Il Sole24Ore*, 2 marzo 2016.

ra vocata ad interloquire con l'universo, anzi col pluriverso, nell'assecondare quel *bisogno di mondo* in cui Fernand Braudel ravvisava l'input avvertito ed utilizzato dagli europei per accedere alla navigazione d'alto mare ed impadronirsi così di tutti e sette i pelaghi del pianeta³⁴.

È probabile, per altro, che Braudel trascurasse come, nell'intimo delle genti mediterranee, quel bisogno di mondo sottintendesse un significato ed un valore ancora più profondi, e cioè quelli riposti nell'evangelico *Duc in altum!* (Lc 5,4), così energicamente evocato da Giovanni Paolo II nella Lettera Apostolica *Novo Millennio Ineunte*, del 2001³⁵.

In vero, la posizione tipica (e topica!) della Calabria, emblematica rispetto a tante altre periferie del mondo, ha in sé le potenzialità per battere in breccia ogni barriera, per far sì che i muri periferici – come già è avvenuto a Berlino – si trasformino in confini aperti e vitali, dotati di enormi prospettive di rilancio, di crescita e di sviluppo.

Tutto può sembrare, quindi, vicino, a portata di mano; ma la limpidezza dello sguardo, propria dei naviganti adusi a perscrutare le correnti mediterranee, se, per un verso, consente di percepire sempre nuovi scenari, deve altresì preservare da ogni autoinganno. Solo così potrà puntarsi con qualche speranza di successo ad un traguardo che è tuttora lontano, perché sono ancora lunghi i tratti del cammino da compiere seguendo il non facile itinerario dell'interculturalità, per il quale non esiste un modulo predefinito, ma, se mai, può cogliersi l'esigenza di una perenne riscoperta e rielaborazione³⁶.

³⁴ FERNAND BRAUDEL, *Civiltà materiale, economia e capitalismo. Le strutture del quotidiano (secoli XV-XVIII)*, trad. it., Einaudi, Torino, 1993, p. 375.

³⁵ Cfr., al riguardo, anche PIERO CODA, *Una Chiesa di misericordia*, in *Il Regno-doc.*, 19/2016, p. 642.

³⁶ Cfr. ANDREA RICCARDI, *La civiltà del convivere*, nel volume collettaneo *Islam e occidente. Riflessioni per la convivenza*, Laterza, Bari, 2002, p. 48. SILVIO FERRARI, *Eclisse dell'Europa*, cit., p. 308, soffermandosi sull'esigenza di un'aggiornata rivisitazione, nel contesto interculturale, delle problematiche afferenti alla laicità ed alle libertà di religione, indica come direzione di ricerca meritevole di essere esplorata «l'idea di 'embedded neutrality'»; tuttavia lo stesso Autore ritiene che, anche al riguardo, «molte altre verifiche andrebbero compiute». Qualche perplessità, in proposito, suscitano gli esiti della pur accurata indagine di FABIO MACIOCE, *La laicità e l'integrazione sociale: un rapporto ambiguo*, in www.statoechnese.it, cit., n.27/2016, p. 17, secondo cui anche la prospettiva dell'assimilazionismo sarebbe autenticamente laica, quando, spostando «l'integrazione dal piano dei valori al piano della forza (sociale e politica)», si limiterebbe «ad imporre, in nome del principio di maggioranza, o della tradizione storica, o del sistema costituzionale vigente, un determinato modello di coesistenza come l'unico possibile»: quasi che questi assetti politico-sociali non rappresentassero plessi o nuclei di valore determinati e circoscritti, non esaustivi – 'per la contraddizione che nol consente' (*Inferno*: canto XXVII, v. 117) – dell'*humanum*, ossia di una realtà – come si esprime lo stesso Autore (ivi, 14) - «*al di là* delle culture, in un punto archimedeo cui tutte le culture guardano e da cui tutte traggono linfa». Sul tema cfr. pure MARCO RIZZI, *La secolarizzazione debole. Violenza, religione, autorità*, Il Mulino, Bologna, 2016 e, per una pacata analisi di Cass. Pen., Sez. I, del 15 maggio 2017, criticata su più fronti per asserite propensioni «assimilazionistiche», ANGELO LICASTRO, *La questione del*

Il crinale su cui la Calabria, come qualsiasi altra marca di confine, insiste, è l'orlo di una voragine in fondo alla quale potrebbe essere sospinta dalla sua marginalità e dalla incapacità della sua gente di uscire dalle strettoie di una *fera*, piuttosto che *fiera*, selvatichezza e di un chiuso particolarismo. E sarebbe tragedia nella tragedia, questa volta non solo per le aree come quelle della Calabria, se il Mediterraneo, anziché trasformarsi – come agognato da La Pira – in un nuovo grande lago di Tiberiade, in una via d'acqua confluyente nel porto di Isaia³⁷, segnasse irrevocabilmente – come pure è stato paventato e sta tragicamente verificandosi – uno spartiacque fra due mondi irrimediabilmente divaricati, a somiglianza di quanto avvenuto per il Rio Grande tra le due Americhe, e come oggi potrebbe avvenire tra il Sud d'Italia e la 'Padania', tra la Vallonia e le Fiandre, tra l'Europa della Grecia e quella di Berlino, tra l'Europa e l'Africa, tra gli USA ed il Messico, tra i ricchi della terra ed i poveri del pianeta.

4. *L'imperativo del Mare Amorofo e gli 'ottativi categorici' mirati ad una sostanziale e concreta giustizia.*

Proprio nelle zone più deboli, periferiche e marginali, le identità sono spinte, maggiormente che altrove, a rinserrarsi ognuna nel proprio 'castello'. Ciascuna, all'interno del proprio maniero, procede, prima ancora che ad elaborare strategie di difesa, ad evocare – come ne *Il deserto dei tartari* di Dino Buzzati – figure di nemici inesistenti ed a trasformare ogni straniero in un nemico o, quanto meno, in un fastidioso estraneo. Non è fuori luogo ricordare, a questo proposito, come si esprime l'Ostessa de *Il Castello* di Kafka, irritata dall'insistenza con cui K. reclama di avere udienza dal Conte: «Lei non è del Castello, lei non è del paese, lei non è nulla»; anzi – aggiunge – «anche lei è qualcosa, sventuratamente è un forestiero, uno che è sempre di troppo, è sempre tra i piedi, uno che (...) procura un mucchio di grattacapi, (...) che non si sa quali intenzioni abbia».

Reggio Calabria è stata da qualche anno insignita della qualifica di «Città metropolitana»³⁸. Questo titolo risulta essere realmente di sua spettanza in

kirpan tra esigenze di sicurezza e suggestioni «assimilazionistiche», pubblicato in data 23 maggio 2017, sul blog di messinordine.it

³⁷ Cfr. GIORGIO LA PIRA, *Il grande lago di Tiberiade. Lettere di Giorgio La Pira per la pace nel Mediterraneo (1954-1977)*, a cura di MARCO PIETRO GIOVANNONI, Ed. Polistampa, Firenze, 2006.

³⁸ Sul vorticoso itinerario che oggi conduce le 'metropoli' a trasformarsi in 'cosmopoli', cfr. le suggestive riflessioni di FRANCO RELLA, *Immagini del tempo. Da metropoli a cosmopoli*, Bompiani, Torino, 2016.

quanto Città vocata ad assumere il ruolo strategico di un fulcro di irradiazione amministrativo ed urbano al centro o, per meglio dire, nel cuore del Mediterraneo, ossia di un Mare, come si è già accennato, predisposto a recepire, nel medesimo ambito, lungo le proprie sponde, quelle tante alterità o diversità che ne rendono plurale e complessa l'identità, e lo hanno fatto identificare da un poemetto ducentesco con il *Mare Ammoso*³⁹. In esso si stagliano, secondo l'espressione lapiriana prima ricordata, le sembianze tipiche dell'«umanesimo mediterraneo», che non è affatto declinabile (e quindi mono-declinante) solo secondo inflessioni arcaiche, erudite o solipsisticamente 'identitarie', ma anche e soprattutto in un senso tale da favorire una feconda temperie (*interdisciplinare*) di molteplici saperi strumentali ed, insieme, di variegate cosmo visioni volte ad apprezzare beni relazionali o immateriali non competitivi.

Al riguardo, un ausilio notevole può essere offerto dalla riscoperta del nucleo «transculturale»⁴⁰, e dunque genuinamente «mediterraneo», della fraternità, che, non a caso, spesso si traduce in gesti, testimonianze e anche istituzioni ispirate *da* e sostanziate *di* aiuti concreti verso i ceti più marginalizzati e negletti dal nostro modo di (con)vivere⁴¹. Del resto, già due secoli fa, Proudhon aveva ricordato che nella lingua ebraica ogni atto di beneficenza verso il prossimo era sinonimo di *dizedaqab*, ossia di filantropia; e, più di recente, Massimo Cacciari ha rilevato come si sia prodotto, ai nostri giorni, «una sorta di 'contagio'» fra i «maestri dell'esilio» e gli «antichi nomolatri», rappresentati dal giudaismo e dal cristianesimo, attraverso la rivalutazione di quel tratto di continuità fra Vecchio e Nuovo Testamento che è possibile cogliere nella regola del dialogo e nel valore attribuito alla relazione con l'altro⁴².

³⁹ Codice a penna, n. 2908 della *Biblioteca Riccardiana* di Firenze.

⁴⁰ Rinvio, per il significato da dare a questo termine, alla pertinente avvertenza rintracciabile in DOMENICO FARIAS, *Crisi dello Stato, nuove disuguaglianze e marginalità*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 109, secondo il quale, con detta espressione, non dovrebbe alludersi ad un mero spazio comune a più culture, quanto piuttosto ad una «frontiera tra la cultura con le sue evidenze acquisite e una realtà radicalmente diversa e ignota, che è oggetto di desiderio, di una ricerca e di un'avventura dello spirito che prendono l'uomo nel più profondo di sé».

⁴¹ Non a caso, ma per un senso di stima nei riguardi della Città di Reggio Calabria e della sua Chiesa - simbolo di quella parte d'Italia «spesso ferita e umiliata, ma capace di grandi atti di umanità, da cui chi crede ancora nella fratellanza e nel dialogo, contro ogni paura, può [trarre spunto] per fare rinascere l'Europa» (cfr. *L'avvenire di Calabria*, n.20/LXIX, del 18 giugno 2016, p. 4) - l'*Icmica-Miic* (*Pax Romana*) ha scelto come sede per l'introduzione dei lavori della sua Assemblea annuale 2016, proprio l'Università per Stranieri "Dante Alighieri".

⁴² Per le opportune referenze in merito rinvio a SALVATORE BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 81 s.

Non solo la Calabria e il Meridione d'Italia, ma la stessa Europa sono ormai ad un bivio: devono scegliere se atteggiarsi come luoghi da *visitare* (o, per chi crede nella nemesi storica, da *conquistare*)⁴³, ovvero come luoghi aperti all'*ospitalità* ed all'*accoglienza*, capaci di recuperare al dialogo persino gli interlocutori più riottosi, che solo i sedimenti di civiltà e di cultura depositati in terre come quelle lambite dal Mediterraneo possono essere in grado di catturare e di coinvolgere in un rinnovato senso dell'*amicizia*⁴⁴.

Ovviamente, il principale veicolo di comunicazione per l'instaurarsi di questi rapporti non può che essere offerto dal *linguaggio*.⁴⁵ Tuttavia, anche per questo aspetto - in specie quando si hanno come principali interlocutori stranieri provenienti da Paesi e condizioni diseguate o difformi rispetto alle

⁴³ In proposito torna utile rammentare che Kant, nel suo saggio sulla pace perpetua, aveva tenuto a precisare la differenza - fondamentale per una retta e paritetica impostazione dei rapporti sociali ed interculturali - fra il *visitatore* e l'*ospite*, chiarendo che per quest'ultimo non bastano le comuni regole di convivenza, ma si richiede «un benevolo (meglio: un *amichevole*) accordo particolare», l'unico idoneo perché si possa accogliere «l'estraneo in casa come coabitante»: IMMANUEL KANT, *Zumewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, nuova ed. ampliata, Königsberg, 1796, trad. it. di Solari e Vidari, in *Scritti politici e di filosofia della storia del dritto di Immanuel Kant*, a cura di NORBERTO BOBBIO, LUIGI FIRPO e VITTORIO MATHIEU, con un saggio di CHRISTIAN GARVE, Einaudi, Torino, 1956, p. 303 ss.

⁴⁴ La realizzazione degli obiettivi di cui al testo può giovare, come di una tela di fondo - capace di corroborare le migliori intenzioni e di favorire le più estese condivisioni - dell'appello alla specifica forma di empatia, costituita, appunto, dal sentimento dell'*amicizia*, secondo la sua più appropriata accezione, ossia quella di antidoto che immunizza dal suo esatto opposto e cioè l'inimicizia, o - per usare un termine comune sia a Nietzsche sia a Scheler - «le ressentiment»: alimento di ogni tipo di guerra o di conflitto, così come l'amicizia è al fondamento della pace e dei rapporti di convivenza fra individui, popoli e nazioni. Non per nulla Papa FRANCESCO, *Omelia* pronunciata il 19 novembre 2016 durante il Concistoro per la creazione di 17 nuovi Cardinali, ha denunciato il «virus della polarizzazione e dell'inimicizia» che si va diffondendo ed insinuando in ogni dove (anche nella Chiesa), trasformando gli «altri», particolarmente gli immigrati o i rifugiati, in «avversari» e «nemici» (in *Avvenire*, 20 novembre 2016, p. 5). Al riguardo, sia consentito rinviare a HELENE HEUILLET, *Duvoisinage. Réflexions sur la coexistence humaine*, Albin-Michel, Paris, 2016, come pure ai miei lavori *La Calabria nel contesto dell'amicizia mediterranea*, in *La Chiesa nel tempo*, 3/2010 (nuova serie), pp. 47-54 e *L'Amicizia Mediterranea*, nel volume *Reggio città metropolitana: per l'amicizia mediterranea*, a cura di GIUSEPPE TUCCIO, Gangemi editore, Roma, 2010, pp. 113-116. Del resto, di amicizia a proposito del Mediterraneo aveva già scritto impareggiabilmente CORRADO ALVARO, *Diario*, ora in ID., *Viaggio in Turchia*, cit., p. 231 (ma già in ID., *Quasi una vita*, Bompiani, Milano, 1950): «Il Mediterraneo. Incontri e sedimenti di civiltà. Amicizie, che spesso rimontano nei secoli. I popoli affacciati a questo mare spettegolano uno dell'altro».

⁴⁵ Osserva acutamente GIUSEPPE DE RITA, *L'imbagasciamento del lessico collettivo*, in *Un giorno per Martinoli: guardando al futuro*, a cura della FONDAZIONE CENSIS, Roma, 20 marzo 2017, p. 1, che non è possibile «stabilire rapporti di dialettica o almeno di relazione» quando «è in corso, per dirla con Gadda, un processo di "imbagasciamento" del linguaggio, che è un atto socialmente eversivo», aggiungendo, con specifico riguardo alla situazione dell'Italia, come debba purtroppo riconoscersi che, nella «concretezza dei fatti, la lingua italiana di oggi è ben lontana da quella ricchezza linguistica e semantica che ha avuto per secoli e che è stata forse il fattore decisivo per l'affermazione della unità e dell'identità nazionale», secondo quanto, in vero, si è avuto già modo di accennare *supra*, nel testo, al par. 2.

nostre («le periferie del mondo»⁴⁶) – occorre studiarci di imprimere all’insegnamento della lingua una particolare inflessione, con l’uso di enunciati e di idiomi non meramente identificativi, ma aperti alla comunicazione interattiva con gli altri linguaggi, anche con quelli meno praticati e diffusi, ma concretamente e vitalmente centrati sulle storie e sulle narrazioni tipiche di ogni persona e cultura. Nel rispetto di queste finalità e modalità metodologiche – che non è agevole acquisire senza una formazione altamente qualificata, che si rifaccia alle acquisizioni già maturate in seno al *corpus* dottrinale di Dante Alighieri, ma non sempre tenute a mente dalle generazioni successive – l’insegnamento dell’italiano deve evitare di concretizzarsi in una nuova e più sottile forma di assimilazione e di assoggettamento, cercando di essere rispettoso di quel che Jacques Derrida soleva esprimere con il termine «*différences*»⁴⁷, da riferire, nell’ambito che qui interessa, ad ogni ‘differente’ storia, linguaggio o discorso. Solo così, può favorirsi un dialettico e costruttivo confronto, propiziando attitudini e rapporti idonei a creare un clima di riconciliazione e di positiva concordia, nella libertà e nella simmetria delle posizioni di ciascuno.

La creazione di sinergie, anche a livello accademico, impegnate nel ruolo di fulcro propulsore di una visione d’Europa meno sbilanciata verso Nord-Est e con l’obiettivo di operare a mo’ di crogiuolo per la creativa fusione del tipo di saperi innescati sulle varie e diverse (o ‘altre’) ‘storie’ afferenti alla civiltà mediterranea, renderebbe omaggio al magistrale insegnamento di Dante, che si studiò di adottare il ‘*volgare illustre*’ - andando oltre l’originario ambito ridotto e circoscritto del suo primitivo impiego - come idioma capace di offrire l’unico conio possibile per una ‘parlata’ comune alle pur

⁴⁶ Cfr. GIULIO ALBANESE, *Alle periferie del mondo. La testimonianza cristiana al passo di Papa Francesco*, EMI, Bologna, 2014 e, da ultimo, le pertinenti ed acute notazioni di ANDREA RICCARDI, *Periferie. Crisi e novità per la Chiesa*, Jaca Book, Milano, 2016, p. 121, secondo cui il «tema delle periferie e quello della città globale segnano un passaggio fondamentale da una concezione ecclesiastica della Chiesa e della pastorale, che faticosamente e con contraddizioni ha provato a recepire il Concilio Vaticano II a una concezione di Chiesa di popolo», che postula una rinnovata e doverosa attenzione per gli assetti e per le articolazioni istituzionali della comunità dei fedeli e per le loro trascrizioni canoniche. Si vedano pure, in tal senso :NICOLA COLAJANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell’età dei diritti*, Cacucci Editore, Bari, 2017, p. 22 ss.; JOHN W. O’MALLEY, *Réforme de l’Église*, in *Études*, n. 4234 (janvier 2017), pp. 71-81; EUGENIO ZANETTI, *Il diritto canonico e le situazioni cosiddette irregolari dal punto di vista matrimoniale*, in *Quad. dir. eccl.*, 30(2017), pp. 304-338; i contributi raccolti nel volume curato da ANTONIO SPADAROE CARLOS MARIA GALLI, *La riforma e le riforme nella Chiesa*, Queriniana, Brescia, 2016; nonché, nella Rivista *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1/2017, i saggi di PAOLO CAPPELLINI, GIACOMO CANOBBIO, ANDREA GRILLO, GIUSEPPE DALLA TORRE, CHIARA MINELLI, SEVERINO DIANICH, PATRICK VALDRINI, GRIGORIOS P. PAPATHOMAS, DIMITRIOS KERAMIDAS, LEO J. HOFFEMAN, NORMAN DOE, ANGELO MAFFEIS, CARLO FANTAPPIE’, sul tema monografico *Rapporto Camaldoli. A un secolo dalla codificazione piano-benedettina: istituzioni e diritto nell’esperienza ecclesiologicala cristiana contemporanea*, a cura della Redazione del n. 1 della Rivista medesima.

⁴⁷ JACQUES DERRIDA, *L’écriture et la différence*, Seuil, Paris, 1967.

molteplici e fra loro (al primo impatto) irriducibili ‘parlate’ dei numerosi dialetti italiani⁴⁸.

Per meglio rendere il concetto, ricorrerò ad una vicenda romanzesca, tratta da un’opera, rivalutata ai nostri giorni come precorritrice dell’epoca che stiamo vivendo, afflitta da contraddizioni, ma ricca, ad un tempo, di inusitate potenzialità. Mi riferisco al romanzo di Melville, noto col titolo di *Moby Dick* e, in particolare, al personaggio di Ismaele, che, nella trama avventurosa oggetto di quell’opera, gioca il ruolo di protagonista. Alla fine, e non per nulla, egli risulta essere l’unico superstite della spericolata compagine ospite della vetusta baleniera *Pequod*, salpata alla caccia del mitico mostro, la Balena bianca. Ismaele funge da *alter ego* dell’Autore e, nelle vesti del narrante – sia pure nel quadro dell’unitario discorso imbastito attorno alla propria affabulazione –, ad ognuno dei diversificati racconti di tutti i suoi compagni – provenienti, per esprimerci con Fernand Braudel, dai sette pelaghi dell’intero Pianeta - consente di acquisire uno spiccato risalto, salvaguardando, in tal modo, la vibrante identità di ogni storia e di ogni idioma di essa espressivo⁴⁹.

Sono convinto che Melville abbia scelto consapevolmente, per questo personaggio, il nome di Ismaele, e cioè il medesimo appellativo (*nomen, nomen!*) del figlio di Abramo e di Agar, quasi a voler significare la ineludibile necessità, per un articolato e complessivo equilibrio, di un pieno riscatto delle stirpi e delle lingue subalterne rispetto a quelle dominanti. Per altro – lo si ripete - questo moto emancipatore non può che (ri)cominciare dal bacino del Mediterraneo, in quanto tornato ad essere il centro ‘eccentrico’ delle tangenziali e trasversali contemporanee, tra Est ed Ovest, tra Nord e Sud, tra i Paesi sviluppati e i Paesi in via di sviluppo⁵⁰; sempre che si riesca, nell’a-

⁴⁸ Di recente si è ispirata a questo modello, nel suo specifico ed attuale ambito di ricerca, una giovane e valente studiosa MARIA SILVIA RATI, *Varietà dialettizzate e code mixing italiano/dialetto nel parlato degli immigrati*, in *Carte di viaggio*, n.8/2015, p. 143 ss.; della stessa Autrice v. pure ID., *In Calabria dicono ‘bella’. Indagini sul parlato giovanile di Reggio Calabria*, Società Editrice Romana, Roma, 2014. Ricordo che l’Alighieri, a proposito del ‘*volgare illustre*’, aveva scritto, nel *De vulgari eloquentia*, I, XVI, 4 (cfr. GIANFRANCO FOLENA, *op. et loc. cit.*), che esso «inqualibredolecivitateneccubat in ulla».

⁴⁹ In un certo senso analoga – e non deve sorprendere! – la percezione riferita da CORRADO ALVARO, *Mediterraneo*, cit., p. 141, quando, nel corso del *Viaggio in Turchia*, cit., andava avvertendo «da miglio a miglio... il senso difficile di tante razze, di tanti complicati interessi, e ogni bandiera diversa portava sull’antico mare il suono della sua storia, il colore delle sue speranze, del suo avvenire».

⁵⁰ L’attualità del Mediterraneo come mare di relazioni e di incontri sarebbe, del resto, propiziata dal ritorno ad una sua vocazione originaria e ricorrente, così come è dimostrato, per le varie fasi storiche, nelle ricerche di FRANCO CARDINI, *Europa*, cit., e di CYPRIAN BROODBANK, *Il Mediterraneo*, trad. it., Einaudi, Torino, 2015, nonché, per gli aspetti più specificamente giuridici, per ultimo, da ALESSANDRO FERRARI, *Il diritto di libertà religiosa nello spazio mediterraneo: primi appunti per una storia comune*, in *An. der. ecl. Est.*, n. 31/2015, pp. 243-264.

doperarci ad attutire le nostre contraddizioni, di evocare la cifra polifonica della Musa ispiratrice di questo Mare, e cioè la nozione di libertà alimentata dallo spirito del *Mare Amorosio*.

5. *Dante prima ed oltre Kant: dalla 'giustizia della carità' alla 'carità della giustizia'*

Anche per questo aspetto, l'insegnamento di Dante può risultare utile a far capire come il *'primo amore'*, che soffia dove e quando vuole, postula un impegno che va oltre il kantiano *'amichevole'* accordo particolare volto ad accogliere ed ospitare l'estraneo; e va pure ben oltre la razionale e formale *giustizia della carità* analizzata da Kelsen, nei termini di un sistema, per quanto si vuole evoluto ed aggiornato, di leggi regolatrici delle azioni filantropiche⁵¹. Esso attinge a quell' *'oltre'* che nel *De Monarchia* il grande Poeta individua come l'essenza stessa del diritto: l'«*hominis ad hominem-proportio*», e cioè una risposta pronta, concreta alle richieste di giustizia commisurate a ciascuna distinta, perennemente nuova e differente richiesta di umanità (*unica semper!*⁵²), *una risposta che può essere data solo da una giustizia ispirata e guidata dalla carità (e non viceversa)*.

Sicché, nella duttile, ma non per questo meno ferma, impostazione del *'Ghibellin fuggiasco'*, la *'tempera'* con cui la dolcezza della misericordia forgia la giustizia («*iustitia dulcore misericordiae temperata*»: Summa aurea, Liber V, § 1) non ne *stempera* affatto (a meno di non introdurre una palese aporia) ogni vincolante doverosità, ma la spinge anzi ad essere sempre più attuosa ed esigente (*overcoming law!*⁵³), a rendersi sempre più vicina ai bisogni dei più miserevoli (*miseri/cordes!*) e diseredati, a massimizzare ed ottimizzare, in forza di una categorica precettività, i suoi obiettivi («*Optimierungsgebote*»⁵⁴).

Si tratta, in definitiva, di un di un ideale *della*, ma anche di un impegno concreto *per la*, giustizia, volti a trasformare ciò che ordinariamente è percepito come pietra d'inciampo in una testata d'angolo (Sal 113-118; Mt 21,23), al

⁵¹ HANS KELSEN, *Justice et droit naturel*, nel volume collettaneo *Le droit naturel*, PUF, Paris, 1959, 42 ss.

⁵² Cfr. PIERO BELLINI, *Del primato del dovere. Introduzione critica allo studio dell'ordinamento generale della Chiesa cristiana cattolica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, p. 227.

⁵³ RICHARD A. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge-MA, 1995.

⁵⁴ ROBERT ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1997, p. 73, di cui v. pure, più di recente, ID, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, nel volume *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di MASSIMO LA TORRE e ANTONIO SPADARO, Giappichelli, Torino, 2002, p. 37 ss.

fine di conseguire nuovi avanzamenti sulla via di un sempre più compiuto ed integrale bene-essere di tutte le genti e di una più efficace tutela dei meno protetti: una nozione di giustizia rispetto alla quale l'*inciso* scolpito nella stele di Hammurabi, sulla tutela dei poveri, delle vedove, degli orfani, rappresentava, fin da allora, il 'depositato', riflesso nella storia, di un afflato superiore (divino?) e tuttavia profondamente umano; di quell'umano, che, come già si è detto, si propone al di là della pretesa di autosufficienza di ogni singola cultura⁵⁵.

In questo senso è forse opportuno non dimenticare che il noto detto di Agostino, secondo cui *Dilige, et quod vis fac!* (InJo. Ep. tr. 7,8: PL 35,2033) non venne pronunziato in un contesto tale da propiziare una più clemente ('debole' o 'mite!') applicazione della legge, bensì nel vivo di una discussione sulla legittimità dell'applicazione di severe pene ecclesiastiche nei riguardi dei donatisti, pur in seno ad una comunità fondata sull'amore («*ad disciplinamdictantecaritate*»), quale la *communio* dei *christifideles*, che, fin dalle origini, ha identificato nei *canones* le proprie regole distintive⁵⁶.

Analogamente può comprendersi perché, proprio in una terra come la Calabria, dove forte è il rischio di un criminoso intreccio tra le reti capillari della malavita organizzata – definita dai Vescovi meridionali «*disonorante piaga della nostra società*»⁵⁷ – e le reti dei trafficanti di esseri umani insinuate tra i flussi dei migranti più disperati – sia risuonato alto e severo il monito di Papa Francesco per la scomunica dei 'dranghetisti'⁵⁸. Del resto, non fu

⁵⁵ Cfr. SALVATOR NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Il Mulino, Bologna, 2016 e, in particolare, con precise accuse ai gruppi finanziari dominanti, che impersonano solo l'1% della popolazione mondiale, JOSEPH E. STIGLITZ, *La grande frattura. La disuguaglianza e i modi per sconfiggerla*, trad. it., Einaudi, Torino, 2016. Anche secondo GIULIANO PONTARA, *Quale pace? Sei saggi su pace e guerra, violenza e non violenza, giustizia economica e benessere sociale*, Mimesis, Sesto San Giovanni-Milano, 2016, l'obiettivo della pace non può essere efficacemente perseguito se non in modo strettamente congiunto con quelli dell'eguaglianza sostanziale e della giustizia distributiva.

⁵⁶ Rinvio, in proposito, a SALVATORE BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto*, cit., p. 181; ma v. pure ADALBERT G. HAMMAN, *La vita quotidiana nell'Africa di S. Agostino*, trad. it., Jaca Book, Milano, 1989, p. 271.

⁵⁷ Questa espressione si ritrova nel titolo del documento, datato 1975, *L'Episcopato calabro contro la mafia, disonorante piaga della società*, che fa eco ad una precedente lettera collettiva di parte dell'Episcopato meridionale *I problemi del Mezzogiorno*, del 1948. Entrambi i testi furono ispirati dagli Arcivescovi di Reggio Calabria, Mons. Lanza nel 1948 e Mons. Ferro nel 1975. Per una puntuale ricostruzione dell'atteggiamento assunto dall'episcopato nei confronti della mafia, si vedano ora ROSARIO GIUE', *Vescovi e potere mafioso*, Cittadella, Assisi, 2015 e ANTONINO MANTINEO, *La condanna della mafia nel recente magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle chiese di Calabria e Sicilia*, Pellegrini, Cosenza, 2016.

⁵⁸ Ciò si è verificato nel discorso tenuto a braccio dal Papa il 22 giugno 2014 davanti a 250.000 fedeli nella Piana di Sibari. Del resto, quanto l'attuale Pontefice tenga a non disgiungere l'afflato caritatevole dal rigore e, ove necessario, dalla severità della giustizia, può dedursi dall'emanazione il 4 giugno 2016 del M. P. «*Come una madre amorevole*», che prevede efficaci sanzioni nei riguardi dei Vescovi (o Eparchi o Superiori maggiori) negligenti nell'applicare le direttive sulla protezione dei minori, impartite da Giovanni Paolo II, con il M. P. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, ulteriormente

detto segnatamente dall'Apostolo delle genti: «Qua propter si esca scandalizat fratremmeum: non manducabo carnem in aeternum, ne fratremmeum scandalizem» (1 Cor 8, 11)?

6. Ancora: di una inedita sperimentazione accademica e civile

Il recupero in ogni direzione e ad ogni livello, a cominciare dall'Europa e dai suoi popoli – che dal Mediterraneo hanno tratto origine – di un impegno e di uno stile di vita siffatto, coerente, rigoroso, e quindi volto ad imprimere una connotazione di servizio ad ogni espressione di autorità, potrebbe, in vero, offrire tuttora un fecondo alimento ed un robusto sostegno all'umano convivere in ogni regione del Pianeta⁵⁹.

Occorre tuttavia attrezzarsi sul versante della testimonianza concreta, credibile, condivisa⁶⁰: in un costante intreccio, se si vuole, tra *profezia* e *martirio* (nel suo più genuino significato di testimonianza incarnata), tra già e non ancora, e viceversa⁶¹.

E d'altronde, proprio in vista della solidità da imprimere ad una testimonianza proveniente da un'Europa proiettata sul Mediterraneo - in un momento così delicato, tragico e complesso, in cui il brulichio dei Balcani, gli inumani accampamenti dei rifugiati, il rimescolamento dei flutti da cui tanti innocenti vengono di continuo inghiottiti, testimoniano tutt'altra realtà,

integrate da Benedetto XVI, e su cui rinvio a SALVATORE BERLINGÒ, *Spazio pubblico e coscienza individuale: l'espansione del penalmente rilevante nel diritto canonico e nel diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, cit., n. 6/2014, p. 11 ss.

⁵⁹ Mi sono già espresso in questo senso in *Nel silenzio del diritto*, cit., p. 14 s.

⁶⁰ Cfr. la sollecitazione formulata da Papa FRANCESCO, *Discorso in occasione del conferimento del 'Premio Carlo Magno'*, cit., p. 278, secondo cui proprio ora «in questo nostro mondo dilaniato e ferito occorre ritornare a quella solidarietà di fatto, alla stessa generosità concreta che seguì il secondo conflitto mondiale». Nel contesto del perseguimento di tali obiettivi si colloca l'istituzione del *Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano integrale*, con Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio del 17 agosto 2016.

⁶¹ In questa direzione si è, senz'altro, proiettato il FORUM DI ETICA CIVILE, con l'iniziativa programmata a Milano in data 1-2 aprile 2017, sul tema *La cittadinanza ... e oltre?*, intesa a mettere in rete tutte le pratiche formative per la promozione di un'etica civile, che favorisca l'impianto e la diffusione di una nuova cittadinanza attiva, aperta e responsabile. In proposito può utilmente consultarsi il sito www.fondazioneianza.net/eticacivile. Analoghe direttrici risultano intraprese dal Congresso della Rete ecumenica *Insieme per l'Europa* del 30 giugno-1 luglio 2016 e dall' *ECP- Europe for citizens Point Italy* del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo con il Seminario "*Programma Europa per I Cittadini e integrazione dei migranti e delle minoranze*", con informazioni sui lavori svolti reperibili, rispettivamente, in www.focolare.org/news/07/01/europa-un-insieme-della-speranza e in www.europacittadini.it/index.php?it/22/archivio-eventi/162.

oscurata dall'eclisse di uno smarrito spirito unitario⁶² – ritengo sia condivisibile e non casuale la scelta che, una volta tanto, pone l'Italia all'avanguardia della ricerca applicata al sociale e, in modo specifico, alla *coesione sociale* basata sui valori sottesi ai rapporti interreligiosi ed interculturali.

Questo spiega perché, presso il Ministero Italiano dell'Università e della Ricerca, di concerto con il Ministero dell'Interno e con il Ministero del Lavoro⁶³, si stia perseguendo, per il tramite di una *call* rivolta, in primo luogo, alle Università per Stranieri, l'obiettivo di concretizzare il percorso formativo richiamato all'inizio di questo contributo e sorretto da quell'anelito di libertà ed insieme di giustizia che ha caratterizzato le esperienze pregresse dell'Università per Stranieri di Reggio Calabria, rivelatesi anticipatrici rispetto all'attivazione del 'nuovo' Corso di Laurea.

Il commendevole tratto inedito di questa sperimentazione sta nella circostanza che esso viene intrapreso sinergicamente dal mondo accademico, dalle istituzioni di Governo e dalle espressioni della società civile, ed è inteso a superare la frammentazione delle iniziative esistenti ed a costruire un profilo formativo nazionale, con una validazione unica delle competenze professionali in un ambito la cui rilevanza socio-economica, oltre che legale, è incontestabile⁶⁴.

Interventi di questo tipo sono richiesti dalle pressanti urgenze che – al netto delle inadeguatezze e dei ritardi delle *policies* istituzionali – la realtà impone perché si proceda ad una più proficua gestione dei *flussi migratori* e delle attività di *cooperazione internazionale*⁶⁵, anche in vista della salvaguardia dei tra-

⁶² Cfr. ROBERTO ESCOBAR, *Dalla parte giusta della storia*, in *il Mulino*, 3/2016, pp. 383-397.

⁶³ Per altro, proprio quest'ultimo Ministero non ha mancato di curare, per il tramite del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Direzione generale degli Affari dei Culti, la pubblicazione di un *Vademecum* dal titolo *Religioni, dialogo, integrazione*, consultabile sul sito www.interno.gov.it.

⁶⁴ Auspica una maggiore connessione fra i molteplici aspetti degli interventi da realizzare in materia DOMENICO SICLARI, *Effettività della tutela dei diritti e sistema integrato dei servizi sociali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, in specie p. 61 ss. Si possono pure utilmente consultare in argomento ENZO MINGIONE e ALBERTA ANDREOTTI, *Local welfare systems in Europe and the economic crisis*, in *European Urban and Regional Studies*, 23/2016, n.3, pp. 252-266, nonché, più in generale, MAURIZIO FRANZINI, MAURO PIANTA, *Explaining Inequality*, Routledge, Abingdon, 2015.

⁶⁵ L'ONU stima in 244 milioni i migranti a livello mondiale nel 2015 e in 3.771 i morti accertati nel Mediterraneo sempre nello stesso periodo, ma con un sensibile incremento nel corso dell'anno 2016, sino a fare registrare, in base agli ultimi dati disponibili, ben 4640 perdite di vite umane. Si versa in una tragica e viepiù ricorrente emergenza, cui non si può certo far fronte all'insegna di una politica di chiusure e/o di respingimenti! Rinvio alla approfondita analisi ed alle più che appropriate proposte rinvenibili nel Report *Migrants and refugees' rights! Impact of EU policies on accessing protection*, in <http://www.caritas.eu/news>, nel documento licenziato il 2 dicembre 2015 dalla COMECE, *I was a stranger and you made me welcome...*, in www.comece.eu, nonché nel volume *Il Diritto d'Asilo. Report 2017. Minori rifugiati vulnerabili e senza voce*, a cura della FONDAZIONE MIGRANTES, Ed. Tau, Todi (PG), 2017. Apprezzabili pure le iniziative avviate dall' *European Migration Network Italy*, nel quadro delle attività del Punto di Contatto Nazionale, costituito dal Ministero dell'Interno e dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, in

guardi di democrazia e di libertà, che sembravano ormai consolidati nei nostri Paesi – così da poterne menare vanto dinanzi al mondo intero – e che rischiano invece di essere travolti dalle conflittualità proprie delle società plurali⁶⁶.

particolare il ciclo di seminari tematici ideato e realizzato da MARIA EUGENIA CADEDDU del CNR e ALBERTO BORDI del Ministero dell'Interno (ulteriori informazioni sul sito www.emnitaly.cnr.it).

¹ Ministeri prima richiamati, oltre a patrocinare il Corso di laurea sperimentale di cui si è detto, hanno anche programmato una serie di incentivi perché – una volta registrato il successo della sperimentazione in atto – Corsi di laurea analoghi vengano attivati presso altre Università. In tal modo l'Italia intende proporsi in Europa come un Paese attrezzato non solo a gestire le emergenze ma anche all'avanguardia nelle indispensabili iniziative culturali proiettate sul lungo periodo.

Per quel che riguarda tutti i cultori di discipline propiziatrici di un dialogo inclusivo ed ispirato ad equità, questa prospettiva apre sempre più ampi spazi per un coinvolgente impegno accademico e, al contempo, civile. In particolare, tenendo presente quel che si è detto *supra*, nella nt. 3, gli ecclesiasticistici-canonisti potrebbero considerarsi, tra i giuristi, specificamente abilitati ed insieme tenuti ad offrire un contributo utile in tal senso. Il loro peculiare ambito di ricerche li induce a saggiare i «tratti 'numinosi' dell'umano agire»: transiti storici ineludibili dei nuclei assiologici iperculturali, caratterizzati dai «vincoli superni» propri delle «comunità necessarie 'spiritualmente imprescindibili'» (PIERO BELLINI, *Sugli usitati paradigmi della canonistica osservante. Considerazioni dissenzienti di un canonista trasgressivo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 257). Per altro, a differenza degli studiosi genericamente interessati ai diritti religiosi, la competenza fornita dalle frequentazioni canonistiche, dovrebbe permettere loro di compenetrarsi nelle *ragioni* della primaziale regola agapica, e di favorirne le esplicazioni, in seno allo spazio pubblico, *nel confronto e con la collaborazione degli studiosi di altri diritti (anche religiosi) e di altre discipline*. JOHN F. TANNER, *Dialogical Transformation. Exploring Avenues of Interreligious Dialogue as a Practice Promoting Spiritual Growth*, Peeters, Leuven, 2016, evidenzia quanto la pratica del dialogo e del confronto fra le religioni «engenders and supports the liberating transformation present in each religious worldview»; il che gioverebbe senz'altro al reperimento dello smarrito equilibrio fra le esigenze (solo apparentemente antinomiche) di *sicurezza* e di *integrazione* e alla elaborazione delle più appropriate risposte alle pressanti urgenze dell'odierna realtà societaria.

⁶⁶ Per una rassegna dei vari punti di vista in argomento, cfr. *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, a cura di HEINRICH GEISELBERGER, Feltrinelli, Milano, 2017. Nelle odierne articolazioni societarie - a mio avviso - è sempre più difficile realizzare, come auspicato da JOHN RAWLS, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, l'«overlapping consensus», ossia un consenso per semplice 'intersezione' o 'sovrapposizione', che JEAN-MARC FERRY, *La raison et la foi*, Pocket, Paris, 2016, ritiene debba piuttosto cedere il posto ad un «consensus par confrontation». Sembra più proficuo e coerente con il ruolo proprio della «laicità dei giuristi» (SILVIO FERRARI, *Religione nazionalismo, diritti umani e globalizzazione*, in *Cosc. elib.*, 46/2012, p. 19 s.), ricorrere all'impiego di *paradigmi criticamente esigenti e non mai esaustivi*, senza limitarsi a registrare solo quanto vi sia di 'sovrapponibile' (c.d. 'minimo etico', che, alla fine, si identifica con la *moral majority*) tra le epifanie giuridiche che si manifestano nello 'spazio pubblico'. Su quest'ultima nozione, cfr., da ultimo, *Le religioni e la politica. Espressioni di fede e decisioni pubbliche*, trad. it., EDB, Bologna, 2013) e, per le più aggiornate attualizzazioni e discussioni sulla dottrina di detto Autore, ENRICO ZOFFOLI, *Due tipi di argomentazione morale: giustificazione e applicazione in Klaus Günther*, in *Ars interpretandi*, XV, 2010, p. 961, contributo di cui mi sono già avvalso nella *Presentazione* al volume *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, a cura di SARA DOMIANELLO, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 17 e in *Spazio pubblico e coscienza individuale*, cit., in specie pp. 1-10, cui rimando anche per ulteriori referenze ed esplicitazioni in materia. Rinvio, infine, a MICHAEL J. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2013, per la critica alla teoria della giustizia di John Rawls, che, ad avviso del docente della Harvard University, sarebbe solo apparentemente neutrale e, da ultimo, per analoghe annotazioni critiche, a MIGUEL ALVAREZ ORTEGA, *John Rawls y la religión en el espaciopúblico: promesas y realidades de un mito teórico*, in *An der. ecl. Est.*, cit., pp. 21-37.

La “Carta dei valori” della Repubblica italiana

PASQUALE LILLO

1. La “Carta dei valori”: origine

La *Carta dei valori* è un documento elaborato nel 2007 dal Ministero dell'interno per tentare di contribuire a fronteggiare il fenomeno delle migrazioni di massa, nella prospettiva di una possibile integrazione degli stranieri all'interno della società civile italiana. Da alcuni anni, infatti, anche l'Italia è meta di rilevanti flussi migratori di diversi gruppi di persone, molte delle quali provenienti da Paesi economicamente in difficoltà o afflitti da guerre civili, da occupazioni militari ovvero da pressioni e da violenze da parte di alcune organizzazioni terroristiche tendenti a destabilizzare i regimi politici specificamente colpiti.

Analogamente a quanto avviene da tempo in altri Stati europei (es., Belgio, Francia, Germania, Gran Bretagna, Olanda, Svizzera), i quali tendono ad affrontare i problemi della integrazione anche attraverso l'introduzione di documenti (“carte della cittadinanza” o “contratti di accoglienza”) sottoposti ad una accettazione personale ed espressa da parte dei singoli immigrati, la previsione della *Carta* appare motivata dalla ricerca di un indispensabile *punto di equilibrio* fra due istanze diverse, e per certi versi concorrenti, ma implicanti, insieme, una possibile conciliazione.

Da un lato, da parte degli stranieri pervenuti in Italia e interessati a vivere stabilmente all'interno del territorio nazionale esiste la legittima aspettativa di ricevere accoglienza e di potersi integrare pienamente nel tessuto sociale sottostante. Dall'altro lato, si pone la necessità, in maniera sempre più stringente, di dare vita ad una pacifica convivenza civile, basata essenzialmente sul generale e reciproco rispetto di regole e di principi comuni e condivisi da tutte le diverse componenti della popolazione residente nel territorio dello Stato.

L'esigenza di armonizzare la vita delle comunità di stranieri stanziatisi in Italia con il rispetto delle norme fondamentali vigenti all'interno dell'ordinamento statale rappresenta un nodo piuttosto delicato, segnatamente nei casi in cui determinati gruppi di migranti siano portatori di proprie specifiche

tradizioni, usi, costumi, consuetudini e prescrizioni comportamentali lontane dall'orizzonte valoriale caratterizzante il diritto positivo italiano.

L'importanza di una armonizzazione costituzionale di ogni esperienza di integrazione etnica, culturale, sociale e religiosa appare confermata, fra l'altro, dal caso particolare della presenza collettiva confessionale islamica in Italia¹.

Similmente a quanto accade nei rispettivi Paesi di origine, i musulmani presenti in Italia seguono talune regole religiose islamiche che, in alcune materie, implicano l'esercizio di azioni e di comportamenti soggettivi, personali o comunitari, che appaiono oggettivamente contrastanti con *beni* e con *valori* fondanti l'assetto ordinamentale dello Stato². Nella specie, essi sembrano contrastare con *grandezze valoriali* che la Costituzione repubblicana del 1948 considera, in quanto tali, intangibili e inderogabili, sia da parte dei soggetti privati sia parte dei soggetti collettivi (anche di natura religiosa).

Tale possibile contrasto è peraltro ricavabile da determinate fattispecie concrete che hanno visto come protagonisti alcuni soggetti di religione musulmana³, che hanno ricevuto particolare attenzione anche da parte dei *mass media*⁴, e che non di rado sono sfociate in delicate e complesse controversie, le quali hanno investito la cognizione specifica di vari tribunali, italiani e stranieri⁵. In particolare, diverse sedi giudiziarie italiane di carattere penale

¹ Cfr. ALESSANDRO FERRARI (a cura di), *Islam in Europa. Islam in Italia tra diritto e società*, il Mulino, Bologna, 2008.

² VALENTINA MARIA DONINI, DEBORAH SCOLART, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Carocci, Roma, 2016; ENZO PACE, *L'Islam in Europa. Modelli di integrazione*, Carocci, Roma, 2011.

³ Cfr., per esempio, Cassazione penale, sez. VI, sent. 4 aprile 2007, n. 14102, in *Diritto e religioni*, 2007, 2, p. 754 ss.; Cassazione penale, sez. V, sent. 2 agosto 2007, n. 31510, *ivi*, 2008, 1, p. 810 ss.; Cassazione penale, sez. VI, sent. 16 dicembre 2008, n. 46300, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 416; Cassazione penale, sez. VI, sent. 29 maggio 2009, n. 22700, in *Diritto e religioni*, 2009, 2, p. 675; Cassazione penale, sez. VI, sent. 30 marzo 2012, n. 12089, in *Diritto e religioni*, 2012, 1, p. 492 ss.

⁴ Cfr. SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Alcuni spunti su pluralismo religioso, multiculturalismo, "cultural defense" e legge penale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2012, 3-4, p. 647 ss.

⁵ Sul punto, cfr. RITA BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Rivista telematica (www.statoe.chiese.it) Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2008, p. 3, la quale sottolinea, fra l'altro, sebbene da una prospettiva di studio più ampia, che «le culture, anche giuridiche, che l'immigrazione soprattutto araba ed asiatica portano oggi con sé, presentano innumerevoli e profondi punti di divergenza con gli ordinamenti occidentali. Basti pensare alla legge coranica che regola per molti aspetti la vita degli immigrati musulmani, applicando differenze di genere tra i membri della comunità, nonché rapporti gerarchici e patriarcali all'interno della famiglia con conseguenti limitazioni dei diritti personali degli individui. Senza parlare del reato di apostasia o del divieto di matrimoni misti che limitano gravemente la libertà religiosa. Terreni non meno 'sensibili' sono del resto gli atteggiamenti culturali e sociali quali il matrimonio delle bambine, ancora assai diffuso nei paesi orientali, o l'impiego usurante di minori nel lavoro, largamente praticato nella comunità cinese o infine, l'avvio alla pratica dell'elemosina e in alcuni casi a condotte microcriminali, nel caso dei rom. Emergono

sono state chiamate a pronunciarsi su casi di reati “culturalmente” ovvero “religiosamente” motivati, in quanto prodotti da comportamenti penalmente illegittimi, nella specie, dettati da particolari orientamenti culturali del soggetto o da suoi personali convincimenti di natura essenzialmente religiosa⁶.

Alla luce dell’esperienza giuridica intercorsa, sembrano esistere delle dissonanze fra determinate concezioni giuridiche islamiche e alcuni valori essenziali espressi dalla Costituzione italiana⁷.

Nel tentativo di superare tali possibili contrasti fra ordini assiologici diversi che entrano in relazione fra di loro, e al fine di consentire possibili forme di integrazione sociale, nel 2007, su iniziativa del Ministero degli interni, è stata emanata in Italia la “*Carta dei valori, della cittadinanza e dell’integrazione*”, la quale racchiude l’insieme dei *principi di civiltà giuridica* che permeano il modello di convivenza sociale di stampo c.d. “occidentale” emergente dalla Costituzione italiana del 1948 e dalle vigenti Convenzioni internazionali sui diritti fondamentali dell’uomo.

L’adozione in Italia della *Carta dei valori* rappresenta il risultato di un lungo percorso e di un delicato e articolato lavoro svolto a livello istituzionale⁸.

insomma fattori identitari che non si esauriscono in usanze e tradizioni di natura locale, annoverabili talora addirittura al folklore, le quali operano sullo sfondo di valori condivisi con la maggioranza». Inoltre, l’Autrice, segnala l’esistenza di «una crescente attività giurisdizionale che, chiamata a fare i conti con le interferenze dell’identità culturale nell’applicazione del diritto comune, mostra come le specificità culturali, non solo islamiche, possono acquisire rilevanza giuridica indiretta, fino a forzare i principi fondamentali degli ordinamenti occidentali, ciò soprattutto in materia di famiglia» (*ivi*, p. 4); nella specie, «l’approccio giurisprudenziale alle problematiche identitarie nelle relazioni di famiglia, coinvolge vari ambiti: dai diritti derivanti a un matrimonio poligamico, alla disciplina dei ricongiungimenti, fino alle relazioni di “forza” all’interno della famiglia che generano talora comportamenti criminosi» (*ivi*, p. 5).

⁶ Cfr., di recente, in argomento l’articolata analisi, anche giurisprudenziale, di GIOVANNI CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali ed interreligiose*, in *Diritto e religione*, 2015, 1, p. 108 ss., spec. 113 ss., e 121 ss. Sul tema dei «reati culturali», cfr., altresì, PIERLUIGI CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 195 ss.

⁷ Punti di distanza fra il sistema giuridico islamico e determinati valori fondanti alcuni ordinamenti statali “occidentali” risultano in parte esistere anche in diversi Paesi europei ospitanti consistenti comunità di musulmani: in particolare, all’interno di specifiche esperienze statuali straniere si registra, peraltro, la presenza «di un sistema di giustizia “parallelo”, discriminatorio e concorrente a quello statale, conforme ai dettami del diritto islamico e musulmano, operante nell’ombra del diritto» positivo dello Stato [FEDERICA SONA, *Giustizia religiosa e isl m. Il caso degli Shar ‘abCouncils nel Regno Unito*, in *Rivista telematica (www.statoechiese.it) Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n.34/2016, p. 1].

⁸ Cfr., particolarmente, CARLO CARDIA, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, in *Iustitia*, 2009, 2, p. 147 ss.; NICOLA COLAIANNI, *Una «carta» post-costituzionale?*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, aprile 2007, p. 1 ss.; *Id.*,

In un primo tempo, «con una decisione che assume carattere strategico è istituita presso il Ministero degli interni nel 2005 la Consulta per l'Islam italiano, alla quale non si riconoscono capacità decisionali o di governo per le comunità musulmane, né di rappresentatività complessiva dei musulmani che vivono in Italia. Essa costituisce la prima esperienza attraverso la quale alcuni esponenti islamici entrano in contatto tra loro, stabiliscono un rapporto con le istituzioni centrali per individuare e valutare le esigenze sociali e religiose dell'immigrazione di matrice islamica. Con la nascita della Consulta, l'Islam italiano si mette in movimento, comincia ad agire in vista di obiettivi da raggiungere, interloquisce con le istituzioni. Nello spazio di tre anni viene l'impulso alla elaborazione di una *Carta dei valori*, si fanno i primi passi per dar vita al progetto di una Federazione dell'Islam Italiano che aggrega i musulmani moderati, le comunità musulmane presenti in Italia si incontrano e progettano nuove forme di rappresentanza»⁹.

Per quanto riguarda i contenuti, «la Carta dei valori approvata nel 2007 muove dal rifiuto dell'ideologia multiculturalista che privilegia le identità religiose ed etniche a discapito dei diritti individuali, ed elabora una piattaforma ideale e normativa in sintonia con i principi costituzionali dei diritti umani. Su questa base il documento affronta i principali problemi discussi in Italia e in Europa con riferimento all'Islam, cioè la questione dell'egualianza tra uomo e donna, del velo, del burqa, della poligamia, del diritto di professare la propria religione, di cambiarla, di esercitarne il culto. Essa svolge così il ruolo di spartiacque tra un sostanziale agnosticismo (o vago multiculturalismo), per il quale ciascuno interpreta come vuole l'incontro tra culture e religioni, e l'enunciazione di principi che sono validi nei confronti di chiunque. Si rifiutano i diritti etnici e si ribadisce la dialettica positiva dei diritti individuali e collettivi. L'autonomia personale è alla base della affermazione dei diritti di libertà, a cominciare dalla libertà religiosa, del

Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazione di intenti), in Rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), gennaio 2009, p. 1 ss.; PIERLUIGI CONSORTI, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in Rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), ottobre 2009, p. 14 ss.; GIANFRANCO MACRÌ, *Immigrazione e presenze islamiche in Italia: la Consulta per l'Islam*, in VALERIO TOZZI, MARCO PARISI (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, Ed. Arti Grafiche la Regione, Ripalimosani, 2007, p. 213 ss.; SALVATORE PRISCO, *I modelli istituzionali di integrazione musulmana in Europa e il caso dell' "Islám italiano"*, in Rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), febbraio 2011, p. 1 ss.

⁹ CARLO CARDIA, *Le ragioni di una ricerca. Le originalità dell'Islam, le difficoltà dell'integrazione*, in AA. VV., *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, a cura di CARLO CARDIA e GIUSEPPE DALLA TORRE, Giappichelli, Torino, 2015, p. 21.

carattere monogamico del matrimonio, del rispetto delle prescrizioni religiose il cui adempimento è lasciato alla libera determinazione individuale»¹⁰.

Così, con la *Carta dei valori*, «promossa dal Ministero dell'interno e contenente i valori considerati irrinunciabili, desunti dalla nostra Costituzione, dai Trattati e dalle Convenzioni europee [...] si era correttamente impostata una prospettiva di sviluppo dei rapporti con gli immigrati islamici, basata su un patto grazie al quale si potevano mantenere vivi canali di incontro e di confronto. Alla *Carta dei valori* è seguita, nel 2008, la *Dichiarazione di intenti per la federazione dell'Islam italiano*, sottoscritta dagli esponenti delle organizzazioni e delle associazioni musulmane che si riconoscevano nei principi della *Carta*»¹¹.

Tuttavia, «la *Carta*, così come la *Dichiarazione di intenti*, non hanno avuto seguito e sostanzialmente il problema del confronto con l'Islam in Italia rimane aperto. Si tratta dal punto di vista sociale di una presenza diversificata, frammentaria, dispersa sul territorio nazionale; di una pluralità di comunità diverse per Stato di provenienza, per etnia, per afferenza alle diverse famiglie religiose islamiche, cui si aggiungono anche quelle composte prevalentemente da cittadini italiani convertiti»¹².

Sembra opportuno segnalare, però, l'esistenza di due significativi documenti giuridici che, non soltanto sul piano ideale, sembrano porsi in linea di

¹⁰ *Id.*, *Le ragioni di una ricerca. Le originalità dell'Islam, le difficoltà dell'integrazione*, in AA.VV., *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, cit., p. 21-22, il quale aggiunge che «la Carta dei valori ribadisce poi l'esigenza che vengano riconosciuti all'Islam gli stessi diritti e prerogative che spettano ad ogni altra confessione religiosa»: da questa premessa «matura la decisione di favorire concretamente il raggiungimento dell'obiettivo del riconoscimento legale dell'Islam, offrendo la possibilità agli esponenti musulmani che lo vogliono di lavorare insieme al Consiglio scientifico (istituito nell'aprile del 2007 con l'approvazione della Carta dei valori) per progettare la formazione e la nascita di un'organizzazione ampiamente rappresentativa, che si ponga l'obiettivo di chiedere la personalità giuridica e interloquire con lo Stato anche ai fini della stipulazione dell'Intesa. Si tratta di una prospettiva che ha una sua originalità rispetto al passato, e ad altre esperienze europee, ma che ha radice nello Stato laico sociale come si è sviluppato in Italia. Il quale garantisce i diritti individuali e collettivi di libertà religiosa e interviene, *ad adiuvandum*, perché le confessioni religiose fruiscono effettivamente di questi diritti anche con l'aiuto, diretto o indiretto, delle pubbliche istituzioni».

¹¹ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Considerazioni sulla condizione giuridica dell'Islam in Italia*, in AA. VV., *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, cit., p. 41-42, il quale sottolinea che «la *Dichiarazione* aveva, secondo le intenzioni degli aderenti, lo scopo di favorire la formazione di un'aggregazione islamica moderata e pluralista, che accettava la laicità dello Stato e che si faceva protagonista del dialogo interreligioso. La Federazione dell'Islam italiano, alla cui nascita il documento era propedeutico, avrebbe dovuto in sostanza costituire un interlocutore rappresentativo ed accettato per la soluzione giuridica dei problemi aperti, a cominciare da quelli della formazione degli imam e della gestione delle moschee. Si avviava così un processo che, in prospettiva, avrebbe potuto portare alla stipula di un'Intesa almeno con questa rappresentanza islamica».

¹² *Id.*, *Considerazioni sulla condizione giuridica dell'Islam in Italia*, in AA. VV., *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, cit., p. 42.

continuità con la “*Carta dei valori*” della Repubblica italiana.

In primo luogo, a breve distanza temporale dall’adozione della “*Carta*” italiana del 2007, oltre quattrocento Istituzioni e Organizzazioni islamiche presenti in Europa hanno firmato a Bruxelles, il 10 gennaio 2008, la “*Carta dei Musulmani d’Europa*”, la quale è tesa a promuovere l’integrazione delle comunità religiose islamiche all’interno degli Stati membri dell’Unione Europea. Tale “*Carta*” persegue sia l’obiettivo di definire alcuni percorsi mediante i quali favorire una corretta comprensione dell’Islam all’interno del quadro politico europeo, sia lo scopo di precostituire solide premesse per una pacifica inclusione sociale delle comunità musulmane presenti nei Paesi europei. Perseguendo queste specifiche finalità, il testo della “*Carta*” del 2008 focalizza in ventisei articoli alcuni principi fondamentali su cui poggia una effettiva conoscenza della realtà islamica nel contesto giuridico europeo, e su cui basare possibili interazioni positive fra le Comunità musulmane e le varie società civili d’Europa ove esse stesse sono stanziate¹³.

In secondo luogo, di recente, è stato firmato dal ministro dell’interno italiano e da nove Organizzazioni islamiche presenti in Italia un documento di particolare rilievo, dal titolo: “*Patto nazionale per un Islam italiano*”¹⁴.

Attraverso la sottoscrizione formale di tale “*Patto*”, le due Parti firmatarie hanno assunto espressamente alcuni reciproci impegni, tesi a migliorare il dialogo e la collaborazione fra lo Stato e le Comunità islamiche presenti in Italia, anche nella prospettiva di una positiva soluzione delle diverse problematiche giuridiche e sociali attualmente indotte dalla diffusa e consistente presenza di gruppi musulmani all’interno del territorio nazionale italiano. Nella specie, le Istituzioni musulmane italiane firmatarie del “*Patto*” assumono l’impegno di promuovere un esercizio delle libertà di religione, individuali e collettive, in armonia con i principi costituzionali e con

¹³ Per una lettura del testo della “*Carta dei Musulmani d’Europa*” del 2008, cfr. www.ucoii.org/1308/news-eventi/carta-dei-musulmani/.

¹⁴ Nella specie, secondo l’allora vice presidente del Parlamento Europeo, Mario Mauro, «questa Carta costituisce un codice islamico di buona condotta, impegna la comunità musulmana europea a partecipare alla costruzione di un’Europa comune e di una società unita, a partecipare altresì allo sviluppo dell’armonia e del benessere nelle nostre società e a svolgere pienamente il ruolo di cittadini nel rispetto della giustizia, dell’uguaglianza di diritti e della differenza. Per la prima volta una Carta da un codice di condotta ai musulmani d’Europa, che non deve essere in contraddizione con le legislazioni europee» (in www.ucoii.org/1308/news-eventi/carta-dei-musulmani/). Mario Mauro ha sottolineato, in conclusione, che si tratta di un’ottima spinta per rafforzare il dialogo interculturale ed interreligioso, anche alla luce dell’esistenza del dovere di ogni musulmano di rispettare il non musulmano (in www.ucoii.org/1308/news-eventi/carta-dei-musulmani/).

¹⁴ Cfr. il testo del “*Patto nazionale per un islam italiano, espressione di una comunità aperta, integrata e aderente ai valori e principi dell’ordinamento statale*”, sottoscritto a Roma il 1° febbraio 2017, in www.interno.gov.it/it/servizi-line/documenti.

le norme giuridiche vigenti in Italia.

Di tal fatta, detto “*Patto nazionale*”, nel porsi in linea di continuità con la “*Carta dei valori*” del 2007 – della quale, anzi, pare rappresentare particolare sviluppo – sembrerebbe costituire, nel contempo, un ulteriore e significativo passo in avanti verso l’eventuale stipulazione di una intesa fra lo Stato e le stesse Confessioni islamiche, ai sensi dell’art. 8 della Costituzione italiana¹⁵.

2. *Caratteristiche e struttura*

Nel tentativo di evidenziare le caratteristiche principali della *Carta dei valori* del 2007, va preliminarmente osservato che essa è stata redatta secondo i principi della Costituzione italiana e delle più importanti Convenzioni europee e internazionali sui diritti umani.

Dotata di questa articolata struttura valoriale, la *Carta* tocca in maniera specifica diversi aspetti problematici che il fenomeno della multiculturalità pone alle società occidentali contemporanee nella prospettiva dell’integrazione sociale. Essa, alla luce dei problemi maggiormente ricorrenti nel mondo contemporaneo legati al tema dell’integrazione sociale, è stata adottata con la finalità di focalizzare e di valorizzare i principi fondamentali dell’ordinamento statale regolanti la vita pubblica italiana, individuale e collettiva, sia dei cittadini che degli immigrati, evidenziando la piena applicabilità di tali valori di civiltà giuridica e sociale, di portata (tendenzialmente) universale, (anche) alla sfera religiosa e confessionale italiana.

Pertanto, la *Carta dei valori*, nell’ispirarsi ai principi della Costituzione italiana e delle principali Carte europee e internazionali dei diritti umani – che vengono delineati e rielaborati in sette Sezioni distinte del medesimo documento – è particolarmente dedicata alle problematiche che il fenomeno migratorio determina nell’ambito delle odierne società “occidentali”¹⁶. Essa non appare essere documento calato ovvero imposto dall’alto, in modo del tutto verticistico e “burocratico”; ma sembra porsi, piuttosto, quale “patto” accettato e condiviso dai rappresentanti delle varie comunità di stranieri e religiose presenti in Italia: le quali, nello stesso tempo, sono i diretti desti-

¹⁵ Cfr. SIMONA ATTOLLINO, *Il Patto nazionale per l’Islam italiano: verso un’intesa?*, in (www.olir.it) *Newsletter OLIR.it*, XIV, n. 3/2017.

¹⁶ Per delle annotazioni critiche al riguardo, cfr. NICOLA COLAIANNI, *Una «carta» post-costituzionale?*, cit., p. 1 ss.; PIERLUIGI CONSORTI, *Libertà religiosa e convivenza interculturale. Il ruolo degli ecclesiastici*, in ERMINIA CAMASSA (a cura di), *Democrazie e Religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell’Europa del XXI secolo*, Atti del Convegno Nazionale ADEC di Trento (22-23 ottobre 2015), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 432 (contributo presente nella versione del volume *online*).

natori degli effetti e dei messaggi valoriali veicolati ed espressi dalla *Carta medesima*.

Sulla base di questa impostazione, la *Carta dei valori* è protesa a configurare un concetto unitario di cittadinanza e di convivenza tra le diverse comunità nazionali, etniche, e religiose, che si sono radicate progressivamente nel territorio italiano, e si pone alla stregua di un “patto” tra cittadini e immigrati, finalizzato ad una inclusione sociale che intende conciliare il rispetto di alcune *differenze* di cultura e di comportamento con il rispetto dei *valori* comuni. Obiettivo ultimo del progetto di integrazione è l’acquisizione della cittadinanza – attraverso un percorso modulato e gestito dal Ministero dell’interno alla luce della normativa vigente – la cui realizzazione richiede, per altro, il rafforzamento delle attività di promozione della conoscenza della lingua italiana e degli elementi essenziali della storia e della cultura italiana¹⁷.

L’*iter* proposto allo straniero che intende acquistare la cittadinanza italiana è fondato sul principio per il quale vivere collettivamente all’interno del territorio nazionale italiano significa sentirsi parte integrante della società civile, condividendo, con spirito solidale e coerente, principi, benefici e responsabilità comuni. Di conseguenza, al fine di rendere concreta l’attuazione e la diffusione dei contenuti della *Carta*, ogni comunità di stranieri che abbia aderito alla *Carta medesima* è chiamata a darvi svolgimento effettivo nell’ambito di propria competenza.

Sotto questo specifico profilo, va rammentato che la *Carta dei valori* – la quale, per la sua strutturazione organica, può costituire un importante parametro sia per favorire il processo di integrazione degli immigrati sia per definire in maniera efficace il rapporto tra cittadini e stranieri – rappresenta documento formulato anche con il contributo delle principali comunità di

¹⁷ Il percorso di inclusione dello straniero in Italia (che lo potrà portare all’acquisizione della cittadinanza italiana) implica a carico del medesimo interessato, peraltro, la stipulazione di un «accordo di integrazione» (già previsto dall’articolo 4-*bis*, comma 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286). Infatti, lo straniero che presenta istanza di permesso di soggiorno al c.d. “sportello unico” per l’immigrazione (sito presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo, o presso la questura competente), contestualmente alla presentazione della medesima istanza, da un lato, riceve in consegna un *dossier* contenente, fra l’altro, copia della Guida “in Italia in regola” (cfr. circolare Min. interno - Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione, 8 novembre 2007, n. 23/07, in www.interno.gov.it); dall’altro lato, il medesimo interessato stipula con lo Stato un «accordo di integrazione», articolato per crediti. Sottoscrivendo tale «accordo», lo straniero, oltre a contrarre particolari obblighi e una serie di impegni formali (art. 2 del d.p.r. 14 settembre 2011, n. 179), «dichiara, altresì, di aderire alla Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione di cui al decreto del Ministro dell’interno in data 23 aprile 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 137 del 15 giugno 2007, e si impegna a rispettarne i principi» (art. 2, comma 5, del d.p.r. 14 settembre 2011, n. 179).

immigrati, delle comunità religiose maggiormente presenti nella realtà italiana, dei componenti della Consulta per l'Islam italiano operativa presso il Ministero dell'interno, delle Organizzazioni sociali che a diverso titolo sono impegnate nel mondo dell'immigrazione. Con le predette Organizzazioni, e con una varietà di soggetti rappresentanti ciascuno le principali comunità di stranieri presenti in Italia, in sede istituzionale (ministeriale) sono stati discussi i diversi contenuti della *Carta*, ottenendo convergenza su molteplici punti tematici e acquisendo un significativo e sostanziale consenso.

Così impostata, la *Carta dei valori* svolge la funzione di orientare e di indirizzare l'azione del Ministero dell'interno nell'ambito dell'immigrazione e del mondo delle comunità religiose (rappresentando, da questo punto di vista, una sorta di "direttiva generale" ispirativa dell'azione ministeriale)¹⁸, ma esercita altresì un ruolo (in un certo senso) "pedagogico".

Difatti, la *Carta*, nell'affrontare problematiche comuni agli Stati interessati dal fenomeno della multiculturalità (come, ad esempio, la questione della libertà di scelta nella sfera religiosa e confessionale, la questione dei simboli religiosi, del velo, e del *burqa*, il problema della separazione tra uomini e donne in determinati momenti della vita collettiva, la questione della poligamia, etc.), insiste molto nel sottolineare le motivazioni che sono alla base dei principi fondamentali di riferimento. In tal modo, almeno secondo il pensiero degli autori della *Carta*, immigrati e cittadini sono chiamati ad operare un'attenta e personale "riflessione" sui valori che vengono promossi dalla *Carta*: la quale assume, sotto questo specifico aspetto, anche una funzione "educativa" (oltre che informativa) dal punto di vista "civico", in quanto intesa a far crescere in ciascuno la consapevolezza dell'importanza della condivisione dei principi comuni al fine di garantire un ordinato vivere civile.

Per quanto concerne la struttura, il testo della *Carta* risulta articolato in sette Sezioni distinte, ma fra loro legate da un sottile filo logico e programmatico.

In particolare, la prima e la settima Sezione delineano i principali elementi traccianti l'identità storica, culturale, politica e giuridica dell'Italia. Accanto alla definizione del patrimonio identitario propriamente italiano, la prima e la settima Sezione evidenziano altresì il rilevante impegno dell'Italia nella sfera internazionale e in campo umanitario, a sostegno dell'affermazione – a livello mondiale come a livello regionale – della pace e della giustizia fra Popoli e Nazioni.

¹⁸ Cfr. VINCENZO TURCHI, *Educazione alla convivenza e pluralismo religioso. Modelli a confronto. Spunti metodologici*, in ERMINIA CAMASSA (a cura di), *Democrazie e Religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, cit., p. 362.

Nelle altre cinque Sezioni vengono affrontate le diverse problematiche indotte dal fenomeno della multiculturalità e della inclusione sociale all'interno dello Stato. In questa prospettiva, viene inquadrato il percorso amministrativo che ogni immigrato aspirante al riconoscimento della cittadinanza italiana dovrà seguire presso le Autorità competenti italiane.

Dette cinque Sezioni appaiono di particolare importanza, peraltro, perché in esse sono enunciati i valori fondamentali e i diritti di libertà previsti a garanzia dei cittadini, insieme ai doveri inderogabili che essi stessi sono tenuti ad osservare.

Seguendo questa impostazione, la *Carta* non persegue intenti (semplicemente) riepilogativi e informativi, ma – almeno nelle intenzioni dei suoi medesimi estensori – essa sembra protesa a rendere “consapevoli” gli immigrati dell'esistenza, della portata valoriale e della consistenza giuridica delle diverse forme di libertà giuridicamente riconosciute (es., libertà di opinione, libertà religiosa, diritto all'istruzione, etc.). Nella prospettiva di un effettivo esercizio di tali libertà fondamentali e a completamento del relativo quadro descrittivo, il documento rende conoscibili agli stranieri, in maniera chiara, gli strumenti di tutela (sostanziale e processuale) previsti dall'ordinamento giuridico italiano in materia.

3. *Natura giuridica*

La *Carta dei valori* è un documento di rilevante valenza sociale e politica esprime l'identità storica e di fondo del Popolo e dell'ordinamento sociale italiano. Con queste caratteristiche, essa rappresenta altresì documento di profondo respiro culturale: che esprime e veicola un fondamentale *messaggio di civiltà*, teso alla promozione (non soltanto a livello nazionale) di una convivenza pacifica fra le persone.

In particolare, la *Carta dei valori* «è fondata sulla fiducia nei valori enunciati dalla Costituzione, nei diritti della persona, sulla convinzione che valori e diritti costituzionali hanno valenza universale. Inoltre, presuppone che l'integrazione tra culture, tradizioni, religioni diverse sia possibile, e rifiuta la prospettiva di una società a velocità differenti, nella quale i diritti e i doveri valgono soltanto per la parte stanziale (più evoluta) della collettività, e non per coloro che vengono da culture differenti (si presume meno evolute)»¹⁹.

¹⁹ CARLO CARDIA, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, cit., p. 151.

Così configurata, la *Carta* rappresenta parimenti particolare documento di natura giuridica, che tocca diversi settori vitali del diritto dello Stato.

Fra tali settori giuridici caratterizzanti le dinamiche proprie dell'ordinamento generale dello Stato, la *Carta* tocca specialmente: il diritto pubblico e il diritto costituzionale (nella parte in cui si occupa dei principi fondamentali, dei diritti e doveri della persona, delle formazioni sociali); il diritto amministrativo (quando indica le tappe del percorso amministrativo diretto al conseguimento della cittadinanza italiana); il diritto civile (nei punti in cui fa riferimento alle tematiche del matrimonio e della famiglia); il diritto internazionale (nei passaggi in cui ricorda sia l'impegno dell'Italia nella Comunità internazionale, sia alcuni profili del c.d. "diritto umanitario internazionale"); e il diritto ecclesiastico italiano (nella parte in cui tratta i temi della laicità dello Stato, della libertà religiosa e delle confessioni religiose).

Presentando dette singolari specificità, la *Carta dei valori, della cittadinanza e dell'integrazione* non è un atto di significato meramente simbolico – in ragione del fondamentale *messaggio di civiltà* che veicola – ovvero soltanto di particolare valenza politica, sociale e – *lato sensu* – culturale, in quanto centrato sull'esigenza essenziale di armonizzare, nella reciproca e pacifica (necessaria) convivenza all'interno dello stesso territorio nazionale, istanze non del tutto omogenee e non sempre assimilabili o agevolmente coniugabili fra loro. La *Carta* è anche, e soprattutto, un atto avente specifica *rilevanza giuridica*, che «si fonda sull'equilibrio dei diritti e dei doveri e vede in questo equilibrio lo strumento essenziale per l'evoluzione delle comunità dell'immigrazione»²⁰.

Pertanto, appare possibile affermare che la *Carta dei valori* rappresenti un vero e proprio atto giuridico²¹. Nella specie, la *Carta* appare essere un

²⁰ *Ivi*, p. 155.

²¹ Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazione di intenti)*, cit., p. 5-6, secondo il quale «ciò che fa problema è il valore giuridico della Carta. Se si trattasse, invero, di un commento tra i tanti possibili, autorevole per la provenienza ma di valenza meramente informativa, si potrebbe mantenere invero la discussione sul piano della semplice opportunità. Che però presuppone una irrilevanza giuridica: conclusione alla quale arrivano in fondo, implicitamente e paradossalmente, i sostenitori della percorribilità, tutta politica, della via inaugurata dalla Carta. Se si vuol prenderla sul serio, invece, bisogna considerare che essa aspira ad avere una valenza giuridica, sia pure in senso lato, tanto per la pubblica amministrazione quanto per i cittadini (immigrati): quanto meno, s'è argomentato, dovrebbe avere il valore di una "carta dei servizi", sia pure di problematica azionabilità. Una volta riconosciuto però il carattere giuridico della Carta non si può trascurare il rischio insito nella sua ambigua collocazione tra le fonti del diritto, a fianco della Costituzione, di cui costituirebbe non semplicemente una traduzione in lingua corrente ma una esplicazione spesso integrativa. Non si tratta di sostenere un'improbabile esaustività della Costituzione ora che l'integrazione fra ordinamenti è ormai formalmente acquisita anche a livello europeo e la stessa Corte costituzionale più non ricusa di relazionarsi con la Corte di

atto che ha una sua specifica “forza giuridica” di natura normativa, ed appare dotata di singolari peculiarità, sia sotto il profilo formale sia sotto l’aspetto sostanziale.

Sotto il profilo formale, la *Carta* è contenuta in un decreto del ministro dell’interno, e precisamente nel decreto ministeriale 23 aprile 2007²².

Dotata di tale veste giuridica, in relazione alla sua collocazione sistematica all’interno della scala gerarchica delle fonti del diritto italiano, essa si configura formalmente come regolamento ministeriale, emanato ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (“*Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della presidenza del consiglio dei ministri*”). Di conseguenza, con questa specifica qualificazione formale, la *Carta* consiste in un atto normativo (un *atto-fonte*) di *secondo grado*. In quanto tale, essa appare subordinata, sul piano gerarchico, alla Costituzione italiana, alle leggi ordinarie e agli atti con forza di legge.

Peraltro, l’art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, nel prevedere che «con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del Ministro», dispone altresì che «i regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo». Ne segue una subordinazione gerarchica, nel sistema delle fonti del diritto, degli stessi regolamenti ministeriali (adottati con decreto ministeriale) rispetto ai regolamenti governativi, deliberati in sede collegiale dall’intero Esecutivo, e adottati formalmente mediante decreto presidenziale (d.P.R.)²³.

4. Dimensione costituzionale della “*Carta dei valori*”?

Nella sfera dell’ordinamento giuridico italiano, la *Carta dei valori* appare essere un atto normativo dotato di particolare rilevanza sul piano sistematico.

La sua singolare “forza giuridica” – che sembra proiettarla in una dimen-

giustizia europea. Ed è del tutto evidente l’importanza che anche ai fini interpretativi della nostra Costituzione assumono le carte e le convenzioni internazionali sui diritti umani, civili e sociali, di cui nessuno disconosce l’utilità e, prima ancora, la legittimità».

²² Per una lettura del testo, cfr. *Gazz. Uff.* n. 137 del 15 giugno 2007.

²³ Esiste, perciò, una sorta di “microgerarchia” interna fra le fonti normative *secondarie* di tipo regolamentare, da tempo evidenziata dalla dottrina: cfr. STEFANO MARIA CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 371; TANIA GROPPI, ANDREA SIMONICINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 106; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Eges, Utet, Torino, 1984, p. 206.

sione esistenziale di *interesse costituzionale* – non deriva (evidentemente) dalla sua veste formale (che è e rimane quella di un *atto-fonte* di natura regolamentare); ma discende, per contro, sia dalla specifica *funzione* cui la *Carta* stessa è deputata, sia dai singolari *contenuti sostanziali* che la caratterizzano.

Nello specifico, tanto dal punto di vista *funzionale* quanto dal punto di vista *sostanziale*, la *Carta* sembra porsi come atto normativo inquadrabile in un orizzonte sistematico di peculiare *interesse costituzionale* – sia pure indirettamente – per almeno due motivi.

In primo luogo, in quanto documento di direzione e di orientamento dell’esercizio delle attività governative relative all’ambito della “politica ecclesiastica” italiana (di cui, nella specie, all’art. 8 cost.). In secondo luogo, in quanto documento giuridico composto da disposizioni contenenti riferimenti e oggetti attinenti, in buona sostanza, alla “sfera costituzionale” dello Stato.

Volendo analizzare i due distinti aspetti separatamente, è possibile osservare, innanzitutto, che la *Carta* appare essere atto normativo che si muove in un orizzonte e in una prospettiva giuridica di *interesse costituzionale* in quanto incide a livello politico-amministrativo (ministeriale e governativo) sulla “metodologia politica” da seguire nella gestione delle *relazioni istituzionali* fra Stato e confessioni religiose previste dalla stessa Costituzione. Ciò nel senso che il *Documento* determina le *linee* e i *criteri* valoriali (le “direttive generali”) di “politica ecclesiastica” entro cui dovrà svolgersi (generalmente) l’azione del Governo, e, in specie, del Dicastero degli interni, nel suo rapportarsi con il mondo delle confessioni religiose (ancora) prive di «intesa» (compresa quella islamica).

Da questo punto di vista, difatti, si può osservare che la *Carta*, una volta resa efficace sul piano giuridico statale, appare costituire *presupposto implicito* condizionante l’applicazione, da parte del Ministero dell’interno, del dettato costituzionale previsto dall’art. 8, secondo e terzo comma della Costituzione italiana in materia ecclesiastica. In tale direzione, l’adesione di una confessione di minoranza (ancora priva di «intesa») al contenuto sostanziale della *Carta dei valori* sembra porsi quale *condizione procedurale* di carattere preliminare, vincolante e necessaria, osservando la quale la confessione religiosa di volta in volta interessata può aspirare ad ottenere dal Ministero dell’interno un “riconoscimento giuridico” che sia ‘propedeutico’ all’eventuale acquisto della sua personalità giuridica civile, ovvero che sia ‘propedeutico’ ad un suo pieno “riconoscimento giuridico”, pubblico e formale, sulla cui base poter esercitare in modo effettivo l’autonomia istituzionale, organizzativa e statutaria giuridicamente garantita entro i margini prefissati dalla stessa Costituzione italiana (arg. ex art. 8.2 cost.: imponente il rispetto

del parametro dell'«ordinamento giuridico italiano»). E può aspirare altresì – accettando i contenuti valoriali della *Carta* – alla possibilità di avviare negoziati per la stipulazione di una «intesa» con lo Stato italiano per la regolazione bilaterale e consensuale delle c.d. “materie miste” (art. 8.3 cost.).

Sembra possibile pervenire a questa conclusione ove si accolga la premessa, autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui la comunità religiosa aspirante ad essere considerata una vera e propria «istituzione religiosa» in grado di relazionarsi giuridicamente con lo Stato italiano ai sensi dell'art. 8 cost. deve necessariamente sottoporsi, preliminarmente, a un “controllo” positivo da parte del Ministero dell'interno²⁴: ottenendo, così, preventivamente, un “riconoscimento giuridico” formale, espresso a livello istituzionale, ministeriale e governativo italiano. Ove si aderisca a questa impostazione, ne segue che l'organo ministeriale di controllo (caso per caso, e in base alle norme vigenti in materia) dovrebbe subordinare il relativo “riconoscimento confessionale” (anche) all'espressa adesione della stessa comunità religiosa interessata ai contenuti valoriali della *Carta*.

Sul piano normativo interno, questa specifica funzione e tali particolari finalità della *Carta* appaiono desumibili in maniera chiara ed esplicita dallo stesso regolamento ministeriale, adottato con d.m. 23 aprile 2007, con cui è stato approvato il testo della *Carta* medesima.

Infatti, il predetto decreto ministeriale, da un lato, prevede che «il Ministero dell'interno, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, si ispira alla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*» (art. 1, primo comma); dall'altro lato, dispone che «il Ministero dell'interno orienta le relazioni con le comunità degli immigrati e religiose al comune rispetto dei principi della *Carta dei valori*, nella prospettiva dell'integrazione e della coesione sociale» (art. 1, secondo comma).

Da questo punto vista, quindi, la *Carta*, nella prospettiva di una feconda integrazione e coesione sociale, e nell'orientare i rapporti delle istituzioni pubbliche italiane con le comunità di immigrati e religiose al comune rispetto dei principi richiamati, rappresenta *strumento necessario* per l'attuazione del disposto costituzionale in materia. Il contenuto di tale disposto, insieme alle connesse garanzie costituzionali, divengono effettivamente operativi nei confronti della istituzione confessionale interessata (richiedente il “riconoscimento ministeriale”) a condizione che la medesima aderisca alla *Carta dei valori*.

Appare opportuno sottolineare, però, che ciascuna confessione religiosa

²⁴ Cfr. CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 191 ss.; *Id.*, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, p. 206 e 276.

di “nuova” presenza o di recente radicamento in Italia che abbia aderito ai contenuti della *Carta dei valori*, da un lato, può esercitare pienamente il diritto di chiedere la stipulazione di una eventuale «intesa» con lo Stato italiano per regolamentare bilateralmente determinate materie di comune interesse (civile e religioso). Ma, dall’altro lato, a tale diritto non corrisponde alcun obbligo da parte del Governo italiano (deputato alla negoziazione delle intese di cui all’art. 8 cost.) né di concludere effettivamente l’intesa richiesta; né, prima ancora, di avviare concretamente le trattative per la sua stipulazione formale²⁵.

Da questo assunto deriva, fra l’altro, che il Governo italiano, nell’esercizio della sua *discrezionalità politica*, può rifiutare di prendere in considerazione la domanda di «intesa» proveniente da una determinata comunità

²⁵ Cfr. in questo senso, di recente, Corte cost. sent. sentenza 10 marzo 2016, n. 52, in *www.giurcost.org/decisioni.it*.

^{1a} senso contrario a tale orientamento giurisprudenziale, cfr. Consiglio di Stato, sezione quarta, sent. 18 novembre 2011, n. 6083, in *www.gazzettaamministrativa.it*; e Corte di cassazione, sez. un., sent. 28 giugno 2013, n. 16305, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2013/3, p. 779 ss.

^{Pr} alcuni commenti dottrinali ai diversi indirizzi giurisprudenziali esistenti in argomento, cfr., fra gli altri, SALVATORE BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 4/2014, p. 1 ss.; FRANCESCO BERTOLINI, *Principio pattizio o obbligo del Governo di avviare le trattative per la stipula dell'intesa con la Confessione religiosa?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 12 aprile 2012; VINCENZO COCOZZA, *La garanzia dell'«intesa» nell'art. 8 Cost., terzo comma*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 11/2017, p. 1 ss.; MARCO CANONICO, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 15/2012, p. 1 ss.; *Id.*, *Libera scelta del Governo l'avvio di trattative finalizzate alla stipulazione di intesa con confessione religiosa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 30/2016, p. 1 ss.; GIOVANNI DI COSIMO, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 2/2017, p. 1 ss., spec. 4 ss.; SERGIO LARICCIA, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 20/2016, p. 1 ss.; ANGELO LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 26/2016, p. 1 ss.; MARCO PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del Tar Lazio*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 36/2014, p. 1 ss.; JLIA PASQUALI CERIOLI, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, 3° comma, Cost. (brevi note a Cons. Stato, sez. IV, sent. 18 novembre 2011, n. 6083)*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 12/2012, p. 1 ss.; *Id.*, *Accesso alle intese e pluralismo religioso; convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiede.it*), n. 26/2013, p. 1 ss.; *Id.*, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Rivista telematica* (*www.statoechiede.it*), n. 26/2016, p. 1 ss.; ANTONIO RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2016.

religiosa, nonostante la stessa abbia preliminarmente aderito, in ipotesi, alla *Carta dei valori*.

Oltre che per ragioni di carattere *funzionale*, inerenti alla sua particolare incidenza sui modi e sul metodo di conduzione delle “politiche ecclesastiche” del Governo italiano previste dalla Costituzione, la *Carta dei valori* sembra proiettata, sul piano oggettivo, verso una dimensione esistenziale di *interesse costituzionale* – sia pure indirettamente – anche per motivi di carattere strettamente *materiale*, in quanto si pone quale atto normativo connotato, in buona parte, da un *contenuto* sostanzialmente “costituzionale”²⁶.

La *Carta*, infatti, è espressiva di contenuti assiologici di particolare *interesse sistematico*, i quali non appaiono meramente ricognitivi o ripetitivi dei *valori* presenti nella Costituzione italiana e nelle Convenzioni sui diritti umani di livello internazionale ed europeo. I *valori* richiamati nella *Carta*, fra i quali la «dignità della persona» («diritti e doveri»), i «diritti sociali» («lavoro e salute», «scuola, istruzione informazione»), la «famiglia» («nuove generazioni»), «laicità e libertà religiosa», nonché «l’impegno internazionale dell’Italia», sono rielaborati, sviluppati e contestualizzati, in relazione alla specifica esperienza ordinamentale maturata nel corso del tempo in materia (caratterizzata da una comunità civile progressivamente “plurale”), con l’obbiettivo specifico di contribuire ad una loro stessa (possibile e) generale condivisione sul piano sociale e culturale.

Pertanto, almeno secondo le intenzioni originarie dei suoi stessi promotori, la *Carta dei valori* non risulta essere stata concepita quale atto giuridico puramente riepilogativo di contenuti normativi di altri testi giuridici preesistenti, tesi a tutelare la dignità della persona umana e dei suoi diritti fondamentali. In altri termini, essa non sembra essere stata emanata perseguendo semplicemente l’intento “pratico” di facilitare la conoscibilità dell’insieme dei *valori* che espressamente richiama; e, perciò, non sembra rappresentare

²⁶ In senso critico con tale scelta inerente all’oggetto del *Documento*, cfr. NICOLA COLAIANNI, *Una «carta» post-costituzionale?*, cit., p. 2-3, secondo cui «che i valori siano scritti nella Costituzione è affermazione che si ritrova sia nel decreto ministeriale istitutivo della Consulta sia nella Carta odierna. Ma mentre lì ci si limita ad un sobrio e saggio rinvio qui si riscrivono i valori, di guida che i principi costituzionali si riducono solo a base di numerose asserzioni ed esemplificazioni. Operazione quant’altra mai pericolosa quando si è alle prese con principi costituzionali. Innanzitutto perché nel traslocarli dalla carta costituzionale ad un’altra carta se ne può perdere qualche pezzo, impoverendoli se non proprio frantumandoli. In secondo luogo perché, accostandoli – essi che naturalmente non hanno fattispecie - in concreto ad una fattispecie determinata, li si circoscrive, li si definisce, li si rende esclusivi facendo perdere loro il carattere dell’inclusività delle tante nuove fattispecie emergenti nella realtà sociale: insomma, li si trasforma in regole, da principi che erano. Infine, e simmetricamente, perché, continuando nondimeno a presentarli come valori e mischiandoli tuttavia con precetti concreti, di portata limitata, si elevano queste regole a valori costituzionali: il che cospira verso l’annullamento della distinzione tra principi e regole, cioè tra Costituzione e legge».

una sorta di “testo unico”, di natura ricognitiva, compilativa, o meramente descrittiva, dei *valori* richiamati in materia.

Diversamente, la *Carta* appare essere stata elaborata quale documento avente una propria peculiare *consistenza giuridica*, una sua specifica autonomia, rispetto ai testi giuridici cui si è ispirata. In quanto tale, la *Carta* appare essere strumento diretto non solo ad informare e a divulgare (sul piano “pratico”) determinati contenuti assiologici, ma – nella prospettiva di favorire l’inclusione sociale – essa sembra essere diretta, soprattutto, a sensibilizzare, a coinvolgere e a stimolare i suoi “lettori” (i suoi “destinatari finali”) alla condivisione personale dei *valori* speciali che esprime.

In conclusione, la *Carta*, nel riaffermare la *centralità sistematica e sociale* di fondamentali *valori di civiltà giuridica* di rilevanza costituzionale – come l’eguaglianza, la libertà e la dignità della persona, la democrazia, la solidarietà, la laicità, il pluralismo culturale e religioso – non si limita ad una loro mera ricognizione o catalogazione diretta semplicemente a finalità conoscitive e informative. Viceversa, la *Carta* persegue l’intento di enucleare, di specificare, di declinare e di “svolgere” – essa stessa – i *valori* espressamente richiamati; soprattutto in alcuni casi, la *Carta* persegue lo scopo di rielaborare e di sviluppare i contenuti assiologici riportati, “contestualizzandoli” rispetto all’attuale realtà sociale e giuridica nazionale.

In questa prospettiva, la *Carta* sollecita i suoi destinatari a “rispecchiarsi” e a “fare propri” i *valori* richiamati: a condividerli in modo leale, coerente e responsabile, in quanto fondamentali *capisaldi* del particolare modello di convivenza caratterizzante la società civile italiana.

Religioni dietro le sbarre. Alcune questioni di diritto di libertà religiosa nel sistema carcerario italiano.

ROBERTO MAZZOLA

1. Religione, amministrazione penitenziaria e fattore umano. Lo sbilanciamento a favore della dimensione istituzionale

Nella «Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati»¹ del 2012 a cura del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, oltre al generale diritto della persona detenuta di condurre una vita sana e confortevole, viene riconosciuto, all'interno di un set di altri diritti individuali, quello di «praticare il proprio culto, di fruire dell'assistenza spirituale del cappellano cattolico e di partecipare ai riti religiosi nelle cappelle cattoliche o nei locali adibiti ai culti acattolici»². A parte l'eccessivo favore³ nei confronti del culto cattolico in una situazione carceraria che ha visto crescere incessantemente⁴ nel tempo il numero di detenuti che prati-

¹ Con D.M. 5 dicembre 2012 l'allora Ministro della giustizia Severino decretò ai sensi dell'art. 69 comma 2 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, come modificato dall'art. 1 del decreto del d.p.r. 5 giugno 2012, n. 136, la «Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati». Così come recita l'art. 3 del D.M. appena citato, copia: «della 'Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati' e dei suoi allegati sarà resa disponibile, presso ogni istituto penitenziario, nei locali destinati ai colloqui dei detenuti e degli internati con i loro familiari», inoltre il testo, in base a quanto disposto dall'art. 4, sarà soggetto a periodici aggiornamenti. Tale documento, si legge nella «Carta» è «consegnato a ciascun detenuto o internato durante il primo colloquio con il direttore o con un operatore penitenziario all'atto del suo ingresso in istituto - per consentire il migliore esercizio dei suoi diritti ed assicurare la maggiore consapevolezza delle regole che conformano la vita nel contesto carcerario. Al fine di consentire ai familiari di prenderne conoscenza, la Carta è pubblicata sul sito internet www.giustizia.it una copia è a disposizione per la consultazione nella sala colloqui di ogni singolo istituto».

² Cfr. ultimo capoverso del § 2 dal titolo: «Vita quotidiana». Si veda anche la Relazione «Detenuti presenti e capienza regolamentare degli istituti penitenziari per regione di detenzione», aggiornata al 30 aprile 2016 e reperibile sul sito del Ministero della Giustizia

³ Cfr. FRANCESCO VIOLA, *I diritti in carcere*, in *Riv. ass. it. cost. (A.I.C.)*, n. 2, 2014, p. 3. Il testo citato è stato presentato nell'ambito del Seminario A.I.C. dal titolo: «Il significato della pena», Roma, 28 maggio 2014.

⁴ «*Depuis une vingtaine d'années*» – osservano IRENE BECCI, MOHAMMED KHALID RHAZZALI, VALENTINA SCHIAVINATO, *Appréhension et expérience de la pluralité religieuse dans les prisons en Suisse et en Italie: une approche par l'ethnographie*, in *Critique internationale. Revue comparative de science*

cano culti diversi da quello di maggioranza⁵, ciò che più rileva dalla lettura del documento è l'interpretazione prevalentemente 'istituzionale' data al fenomeno religioso in carcere, a conferma del fatto che all'attuale sistema normativo sembra stare più a cuore il diritto di libertà religiosa collettivo delle confessioni religiose, che quello individuale dei singoli detenuti, cosa che, tra l'altro, alle prime, ho il sospetto non dispiaccia affatto⁶. Si tratta, ovviamente, di un approccio, quello istituzionale, che arriva da lontano, ispirato ad una logica giurisdizionalista che vedeva, soprattutto nella religione di maggioranza, un utile e indispensabile strumento di disciplinamento e sorveglianza sociale: la religione serviva, infatti, a imporre una disciplina a persone considerate presuntivamente devianti. Un nesso, quello fra sistema carcerario e religione, che andò rafforzandosi in Europa a partire dalla metà del XIX secolo, quando la presenza in carcere del fattore religioso cominciò ad essere 'istituzionalizzata'. Basti pensare al R.D. del 1862, n. 413 contenente il regolamento generale per le case di pena del Regno, in forza del quale venne introdotta la figura del cappellano di nomina ministeriale su delega del Re e senza necessità del previo consenso dell'autorità ecclesiastica. In quest'ottica la 'cappellania' venne posta a servizio del potere statale di controllo e di emenda dei detenuti. Il cappellano, infatti, non era chiamato soltanto ad assicurare l'adempimento delle pratiche religiose, così come prevedeva l'art. 96 del R.D. del 1891, n. 260, ma in qualità di personale aggregato alle dirette

sociales, juillet-septembre, n. 72, 2016, p. 73 - «*les aumôneries et les administrations pénitentiaires se trouvent confrontées a une situation inédite ou pour le moins inattendue. Loin d'être de plus en plus sécularisée, la population carcérale est en effet de plus en plus diversifiée du point de vue religieux, tant dans la forme que dans le contenu des croyances*». Si legga anche MATTEO CARNÌ, *Islam e ministri di culto*, in *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, a cura di CARLO CARDIA e GIUSEPPE DALLA TORRE, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 236-237.

⁵ Cfr. MOHAMMED KHALID RHAZZALI, *Religious Care in the Reivented European Imamate Muslim and Their Guides in Italian Prison*, in *Religious Diversity in European Prison. Challesges and Implication for Rehabilitation*, Springer, University of Lausanne, 2015, p. 117 ss. L'autore, in particolare, evidenzia come secondo le stime fornite dal Ministero della giustizia aggiornate al 2014, la popolazione carceraria letta sotto il profilo dell'appartenenza religiosa, i dati ovviamente non riproducono l'esatto panorama religioso carcerario non sussistendo più l'obbligo di dichiarare al momento dell'ingresso in carcere la propria fede o non credenza, evidenzia come su una popolazione carceraria di 59.683 detenuti, 9006 sono dichiaratamente musulmani, 8382 di altre religioni e 4507 di religioni non conosciute. Id, *L'Islam in carcere. L'esperienza religiosa dei giovani musulmani nelle prigioni italiane*, Franco Angeli, Milano, 2010. Ancora LUCIANO MUSSELLI-VALERIO TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 330. Si legga anche GIOVANNI CONSO, *Il carcere multietnico*, in <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/39538.pdf> (visitato il 13 aprile 2017)

⁶ Si veda ELISA OLIVITO, «*Se la montagna non viene a Maometto*». *La libertà religiosa in carcere alla prova del pluralismo e della laicità*, in <www.costituzionalismo.it> fasc. 2, 2015, p. 8. (visitato il 12 novembre 2016) Ed ancora SILVIA ZAMBELLI, *La religione nel sistema penale e tra le mura del carcere*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2001, p. 455 ss.

dipendenze del direttore della casa di pena gli erano riconosciuti numerosi altri incarichi ben lontani dalla cura spirituale degli internati: sovrintendere all'istruzione scolastica; annotare la condotta morale e religiosa dei detenuti controllandone la corrispondenza e comunicando le informazioni utili al direttore; prendere parte in qualità di membro del Consiglio di disciplina locale alla procedura d'irrogazione delle punizioni e consegna dei premi; organizzare e tenere conferenze morali ed educative specialmente sui doveri verso Dio, verso lo stato e la società⁷. Alla base di tutto ciò v'era l'idea, ben presente fin dal XVIII secolo in autori come Bentham, Howard o Mirabeau⁸, di una concezione 'penitenziale' ed emendativa di pena fondata sulla convinzione che non fosse sufficiente minacciare l'inflizione di una sanzione se ciò non fosse accompagnato dalla volontà di migliorare, attraverso la disciplina, anche religiosa, il reo⁹. Come fervente cristiano Howard non per niente partorì una riforma del sistema penitenziario ispirata ai precedenti monastici ipotizzando, tra l'altro: la separazione individuale dei detenuti, il lavoro obbligatorio e, ovviamente, l'educazione religiosa, ritenuta fondamentale nell'economia emendativa del percorso sanzionatorio¹⁰.

Si tratta dunque di una prospettiva, quella istituzionale, che lascia sullo sfondo il fattore umano, o quanto meno lo registra quale mero dato statistico e oggettivo. La dimensione religiosa in carcere è prima di tutto una questione di rapporti di forza fra confessioni religiose e istituzioni, di conteggio numerico di assistenti spirituali, di rivendicazione di spazi simbolici, di mense e di cibo religiosamente e culturalmente appropriato. Il credente, così come il non credente, rimangono relegati nel cono d'ombra del regolamento penitenziario, con tutte le loro fragilità, contraddizioni e sofferenze amplificate dal pianeta carcere¹¹. Si ha così, da un lato, una Repubblica spesso distratta, insensibile e, di fatto, indifferente al valore dei beni im-

⁷ Cfr. ELISA OLIVITO, «Se la montagna non viene a Maometto». *La libertà religiosa in carcere alla prova del pluralismo e della laicità*, cit., p. 4.

⁸ Cfr. ROBERTO MAZZOLA, *Influenze del pensiero giuridico cristiano negli ordinamenti penali moderni. La 'Gesinnung' e il principio di imputabilità*, in *Lo studio del diritto ecclesiastico: attualità e prospettive*, Napoli (27-29) ottobre 1995, Edisud, Napoli, 1996, pp. 325-336; Id., *Le radici laiche e cristiane del diritto penale statale*, in *Riv. it. dir. eproc. pen.*, 4 (1998), pp. 1-38.

⁹ Si veda ancora ROBERTO MAZZOLA, *La pena lataesententiae nel diritto canonico. Profili comparati di teoria generale*, Cedam, Padova, 2002.

¹⁰ Cfr. JEAN DELUMEAU, *Le péché et la peur. La culpabilisation en Occident (XIII^e – XVIII^e siècles)*, tr. it., a cura di NICODEMO GRÜBER, *Il peccato e la paura. L'idea di colpa in Occidente dal XIII al XVIII secolo*, il Mulino, Bologna, 2000², p. 839 ss. Ancora: ROGER MERLE, *La pénitence et la peine. Théologie, Droit canonique, Droit pénal*, Paris, 1985,p. 9 ss.

¹¹ Si veda sul punto FRANCESCO ALICINO, *Il diritto al cibo. Definizione normativa e giustiziabilità*, in *Riv. ass. it. cost. (A.I.C.)*, n. 3, 2016, pp. 1-21.

materiali all'interno dell'universo penitenziario, dai quali tuttavia discende, piaccia o non, lo *ius existentiae* di ogni detenuto/detenuta, ovvero il diritto a un'esistenza, innanzitutto, dignitosa¹². Basti pensare all'ordinanza del giudice di sorveglianza di Cuneo con la quale è stato respinto il reclamo di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale ex art. 41 bis della l. 354 del 1975, a proposito della richiesta d'incontrare, in via permanente, un ministro di culto della Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova per lo studio della Bibbia, o, ancora, la tendenza di far passare in secondo, se non in terzo piano, le istanze dei detenuti appartenenti a minoranze religiose in merito alla predisposizione di spazi destinati al culto, dal momento che la ricerca di un posto letto in più, per un direttore di carcere, è sicuramente più importante di quella funzionale alla predisposizione di un locale destinato al culto¹³. Tuttavia, dall'altra, le stesse confessioni religiose, per quanto attente e sensibili ai diritti dei detenuti, come testimonia il documento di pastorale carceraria approvato nel 2006 dalla Conferenza episcopale tedesca dal titolo: «Ricordatevi dei carcerati come se foste loro compagni di carcere (Eb 13,3). I compiti della chiesa nel carcere», nella maggior parte dei casi continuano a legittimare un approccio prevalentemente burocratico-amministrativo¹⁴. Si tratta di un approccio che ha contagiato la stessa dottrina, per lungo tempo attenta a studiare prevalentemente i profili amministrativistico-formali della libertà religiosa in carcere, e solo più recentemente, ovvero a partire dalla metà degli anni Duemila, a cominciare a dedicare più attenzione ai profili personalistici, cercando di comprendere il reale significato che per i detenuti e gli internati può assumere la dimensione religiosa, in sintonia, sotto questo profilo, con l'ormai consolidata giurisprudenza italiana tanto costituzionale, quanto di legittimità. La prima convinta che: «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare (...) il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale»¹⁵, la secon-

¹² *Ibidem*. Si veda inoltre STEFANO RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

¹³ Cfr. SARA I. CAPASSO, *La tutela della libertà religiosa nelle carceri*, in <*www. Riv. Telematica (www.statoe Chiesa.it)*, n. 19, 2016>, (visitato il 25 novembre 2016)

¹⁴ Sembra in parte discostarsi dal modello eminentemente istituzionale il Documento base in materia di pastorale carceraria elaborato dall'*Ispettorato generale dei cappellani delle carceri italiane*, il 17 giugno 2016. Il documento dal titolo: «La pastorale nell'ambito del penale», soprattutto nel par. 4, in materia di pastorale carceraria, dà rilevanza a una serie di strumenti: evangelizzazione, dialogo, volontariato, che rivalutano la centralità del detenuto rispetto alla dimensione istituzionale. Il Documento è consultabile in: *il Regno-att. e doc.*, 11, 2016, pp. 339-362.

¹⁵ Cort. Cost. sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in <*www.giurcost.org/decisioni/1999/0026s-99.htm*>; *si veda a commento di talesentenza*: ANNIBALE VALSECCHI, *L'assistenza spirituale nelle comunità separate*, in *Nozioni di Diritto ecclesiastico*, a cura di Giuseppe Casuscelli, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 209-223.

da¹⁶ consapevole nel ritenere che non sia possibile negare ad un detenuto una qualche pur minima possibilità di approccio con il ministro del proprio culto al fine di poter approfondire lo studio dei testi sacri, ferme restando le esigenze di sicurezza dell'istituto carcerario¹⁷. E si potrebbe proseguire su questo tenore, fino a giungere nel 2013 al caso *Torregiani c. Italia* della Corte EDU¹⁸, là dove il giudice di Strasburgo ha evidenziato come lo stato di detenzione debba essere sempre compatibile con il rispetto della dignità umana e che «le modalità di esecuzione della misura non devono sottoporre l'interessato ad uno stato di sconforto, né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente la detenzione (...)»¹⁹.

Che il paradigma istituzionale finora descritto abbia innegabili pregi sarebbe difficile negarlo: esso aiuta, infatti, ad affrontare i problemi pratici di libertà religiosa all'interno dell'universo carcerario e ad organizzarne l'esercizio secondo le dinamiche proprie degli artt. 7 e 8 Cost. Ciò che, al contrario, riesce a fare molto meno è di restituirci un'immagine pulsante e viva dell'esperienza religiosa dietro le sbarre, tanto di un carcere, quanto di un Centro d'identificazione e espulsione (CIE) o di un Centro di accoglienza straordinaria (CAS).

La libertà religiosa e di coscienza declinata in base al paradigma politico-istituzionale appare, ancora una volta, senza spessore e profondità, un'immagine piatta di cui s'ignora in gran parte la sostanza e il vissuto, in grave difficoltà nel descrivere il divario tra quanto recitato dal Regolamento esecutivo dell'ordinamento penitenziario o dall'art. 11 della l. 121 del 1985, e il reale vissuto spirituale dei detenuti nella quotidianità dei bracci e delle celle di un istituto di pena. La verità, insomma, è che oltre le sbarre e dentro le mura carcerarie i normali parametri con cui si è abituati a misurare, pesare e descrivere l'influenza del religioso nel sociale e nelle istituzioni si deformano. Questo, forse, è addebitabile al fatto che, spesso, non sempre ovviamente, la domanda di fede e d'assistenza spirituale da parte dei detenuti è molto più alta e partecipata che nel mondo esterno, frutto di una sorta di centrifugazione di dolore e di sofferenza che la cattività opera sui suoi utenti. E comunque anche là dove la testimonianza di fede è meno autentica in quan-

¹⁶ Cass. pen. Sez. Ipen., sent. 8 marzo-25 maggio 2011, n. 20979 in <www.olir.it> (visitato il 12 novembre 2016)

¹⁷ Cfr. MARCO RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective; sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Riv. ass. it. cost. (A.I.C.)*, n. 4, 2013, pp. 5-6.

¹⁸ Corte EDU, Sez. II, Sent. *Torregiani c. Italia*, 8 gennaio 2013, in <www.giustizia.it> (visitato il 13 novembre 2016)

¹⁹ FRANCESCO VIOLA, *I diritti in carcere*, cit., p. 4. Si legga anche EMILIO SANTORO, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004².

to strumentale all'ottenimento di qualche beneficio materiale, non si dimentichi che la frequentazione alle funzioni religiose incide sulla valutazione complessiva della buona condotta del recluso, tale opportunismo trova pur sempre un'attenuante nella sofferenza che accomuna tanto i creduli quanto i credenti²⁰, tanto chi l'esperienza di fede la vive con pienezza, quanto chi usa l'argomento religioso per un mero tornaconto personale.

Come sta cambiando, dunque, la dimensione della libertà religiosa dietro le sbarre? Il tema, alquanto articolato, si proverà ad affrontarlo soffermandosi su alcuni profili che ovviamente non pretendono di esaurire la complessità giuridico e sociale del fenomeno.

2. Mutamenti del religioso nell'universo penitenziario. Prima questione: i simboli religiosi e gli spazi carcerari.

Il crocifisso di stato di cui parla Luzzatto nel suo saggio del 2011²¹ è tale anche dentro il carcere? Il crocifisso affisso al muro di un aula scolastica ha lo stesso valore e significato di quello posseduto dal detenuto in una cella? Il crocifisso dei Regi Decreti del '24 e del '28, salvato in nome della laicità dalla giustizia amministrativa italiana nel 2006²² e dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel 2011²³, è ben diverso da quello previsto dall'art. 58 del Regolamento penitenziario. Il primo è l'emblema dell'ambiguità identitaria, del compromesso, un po' goffo e artificioso, contenuto nel concetto di simbolo passivo che camaleonticamente muta significato a seconda di chi l'osserva e a seconda di dove si posizioni, è il simbolo, così recitava nel 2006 il Consiglio di Stato «della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa»²⁴. Non è così il secondo. Esso non è muto e non è proteiforme, né

²⁰ Cfr. MARCO VENTURA, *Creduli e credenti. Il declino di stato e chiesa come questione di fede*, Einaudi, Torino, 2014.

²¹ SERGIO LUZZATTO, *Il crocifisso di Stato*, Einaudi, Torino, 2011.

²² Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 13 febbraio 2006, n. 556, in <http://www.altalex.com/documents/news/2006/02/17/il-crocifisso-deve-restare-nelle-aule-in-quanto-simbolo-di-valori-civili> (visitato il 12 giugno 2017)

²³ Corte EDU, Grande Camera, Lautsi c. Italia, 18 marzo 2011, in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=9F2B682A5492F06712C1D576AD336DE9.ajpAL02?previousPage=mg_1_20&contentId=SDU647659. La sentenza può leggersi anche in *Il Regno- Doc.*, 2011, p. 233 ss. A commento di questa sentenza si legga tra l'altro VINCENZO TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi C. Italia: post nubila Phoebus*, in *Rivista telematica* (www.statoecclesie.it), ottobre 2011, pp. 1-23.

²⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 13 febbraio 2006, n. 556

vuole ergersi come segno imperativo di una civiltà: esso è quello che è, senza alcuna sovrastruttura semantica o simbolica. Nella cella, sia quando isola e costringe a confrontarsi con un'interiorità altrimenti spesso trascurata, sia quando impone la vicinanza con altre persone non scelte che rendono ancora più esasperata la sofferenza per la libertà perduta, il detenuto viene portato con più forza a confrontarsi con il patrimonio che gli deriva dalla sua eventuale formazione religiosa. Il piccolo crocifisso appeso a fianco della branda o appoggiato sulla mensola della cella, così come il Corano in compagnia degli oggetti personali che accompagnano la monotonia della quotidianità carceraria, divengono i segni tangibili e preziosi di un effettivo sostegno mentale. Per alcuni detenuti, la deformata percezione e organizzazione dello spazio e del tempo porta alla scoperta o riscoperta del sacro come percorso di senso al quale fare ricorso quando si avverta la necessità di ricomporre il sentimento di una propria unità personale, quando questa appaia frammentata e disordinata. Se nel caso Lautsi il simbolo cristiano si era caricato di valore politico-ideologico, nel carcere il crocifisso torna ad essere monopolio più dei 'credenti' che dei 'creduli'. Non si pretende di renderlo il simbolo di tutti, il crocifisso è quel che è per il credente che in carcere, più che in altri luoghi, accetta la sfida di credere al di là di superstizioni e convenzioni. Dentro il carcere la religiosità si può anche correre il rischio di viverla in forma più autentica, senza orpelli e sostegni, e questo non solo da parte dei detenuti, ma dagli stessi religiosi/e. Solo così è spiegabile la reazione secca e netta di Suor Elisabetta, la quale a fronte delle continue richieste di santini e rosari da parte delle detenute rispose: «anche se me li chiedono io non glieli porto perché quella non è religiosità ma solo superstizione (...) e io a questo non ci sto»²⁵.

Se la riscoperta di un'autenticità religiosa attraverso i simboli sembra non trovare ostacoli quando in gioco v'è un segno espressione della religione di maggioranza, ben diverso può essere il destino di una simbologia religiosa di minoranza. Ne sa qualcosa Miloud che come multazim a fatica riesce a difendere la sua barba, quindi l'essenza stessa della sua religiosità, tra le sbarre del carcere circondariale. In prigione il suo rifiuto di tagliarsi la barba amplifica il significato del gesto, trasformandolo in una sorta di rito di conferma che segna la frattura, non solo con i compagni di cella non musulmani, ma ancor più con tutti i correligionari troppo transigenti e troppo facilmente disposti

²⁵ EDOARDO SEMMOLA, *Tonache nere dietro le sbarre. Il Cappellano carcerario*, in <https://www.uaar.it/laicita/invasenze-clericali/cappellano-carcerario.html> (visitato il 12 novembre 2016). Si veda anche DANIELA MILANI-SILVIO FERRARI, *Italia-Milano: religioni in carcere. Un progetto triennale su nove istituti lombardi*, in *il Regno-att.*, 8, 2017, p. 212 ss.

a barattare la fedeltà alle regole con una più facile accettazione da parte degli occidentali che arrivano a apprezzare i musulmani solo nella misura in cui si neghino per assomigliare a loro. Una scelta, quella di chi individua nella pratica rigorosa l'impegno essenziale della propria esistenza, che finisce per rendere ancora più profondo l'isolamento in carcere e conflittuale il rapporto con la restante popolazione carceraria.

3. Mutamenti del religioso nell'universo penitenziario. Seconda questione: assistenza spirituale o assistenza umana?

Su, all'incirca, 54.000 mila persone detenute nelle carceri italiane, quasi 20.000 si identificano per la loro appartenenza religiosa. Di questi 20.000 i musulmani superano la somma di coloro che si dichiarano aderenti ad altre religioni, così che in rapporto al totale dei detenuti, i primi si attestano oltre il 40%. Questi dati indicano come i rapporti di forza maggioranza/minoranza all'interno del sistema carcerario vadano completamente rilette, e questo per due ragioni: intanto perché non è detto che una comunità religiosa che sia maggioranza fuori dalle mura carcerarie continui ad essere tale dietro le sbarre, in secondo luogo in un contesto di privazione, com'è il carcere, può capitare che tanti credenti facciano molto meno di uno solo, se questi crede più di loro. Questo non significa negare l'influenza del sistema piramidale italiano relativo ai rapporti tra stato e confessioni religiose sul sistema concentrazionario, tuttavia è vero che spesso tali rapporti di forza mutano, vinti dal prevalere del fattore umano che in alcuni casi sparglia l'ordine e la forza degli steccati confessionali costruiti nella comunità politica e trasforma il ruolo di determinati servizi. Emblematico, in tal senso, il ripensamento e la rimessa in discussione della funzione d'assistenza spirituale ritenuta ancora per molti il fulcro dell'esperienza religiosa in carcere. In verità questa interpretazione non è più del tutto vera per una serie di motivi: innanzitutto perché questo poteva essere plausibile rispetto ad una popolazione carceraria religiosamente omogenea, non certo in una fortemente plurireligiosa. Ormai molti detenuti hanno maniere molteplici di vivere la dimensione religioso-spirituale in carcere: c'è chi preferisce sperimentarla singolarmente in solitudine sfruttando i momenti liberi concessi dal regolamento penitenziario e dalla direzione del carcere, v'è chi la vive contaminandola con elementi di tradizione culturale e etnica, v'è chi, ancora, l'interpreta nel chiuso della propria cella, oppure nel cortile del carcere o durante l'orario di lavoro o attraverso letture personali. La ricerca di un percorso spirituale autonomo spesso porta a forme di contaminazione spirituale che portano a ricostruire

una dimensione personale o comunitaria della religione che finisce per essere una sfida per il sistema carcerario²⁶. E all'interno di questo orizzonte di senso che va ricercata la ragione della messa in discussione della figura di assistente spirituale ritenuta da molti, soprattutto musulmani, non più necessaria in quanto il confronto con la dimensione del divino sembra sempre più implicare un confronto radicale con sé stessi.

La metamorfosi della popolazione religiosa in carcere e il diversificarsi dei modi di accesso al sollievo spirituale mette poi in evidenza un altro profilo, quello della centralità e rappresentatività del servizio di cappellania cattolica che non può più considerarsi rappresentativo della totalità degli abitanti del mondo di sbarre e cemento, ma una figura parziale, privata dal legislatore italiano in gran parte della funzione di giudice e di disciplinatore di una comunità che non si riconosce più in un solo pastore, anche se le c.d. tonache nere, a seconda dell'istituto di pena, continuano a svolgere un certo ruolo politico all'interno del sistema penitenziario, attraverso la partecipazione ai lavori della commissione che redige il regolamento interno e le modalità del trattamento penitenziario, o tramite il coinvolgimento nelle decisioni riguardanti il trattamento e la fruizione delle misure alternative di pena.

Il cappellano, inoltre, deve ormai far fronte alla concorrenza di altre figure professionali, come è dato constatare dall'art. 2²⁷ del recente Protocollo d'Intesa entrato in vigore il 27 ottobre 2015 tra il Ministero della giustizia-Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e l'Unione delle comunità e organizzazioni islamiche in Italia (UCOII)²⁸, dove viene introdotta la distinzione fra la figura di Imam e quella di Mediatore culturale. Si tratta di mutamenti strutturali vissuti diversamente dai singoli cappellani all'interno del variegato e disomogeneo mondo carcerario. Così, se per alcuni, tali trasformazioni si sono tradotte nella riscoperta di una vocazione più religiosa, per altri il profilo umanitario e materiale è prevalso su quello confessionale:

²⁶ Cfr. ANTONELLA BARONE, *Assistenza religiosa in carcere: un diritto in cerca di nuove tutele*, in *Coscienza e Libertà*, 2014, p. 56-61; MOHAMMED KHALID RHAZZALI, FRANCESCA VIANELLO, *Riconoscimento e pratiche del pluralismo religioso nelle carceri italiane*, in *Coscienza e Libertà*, 48, 2014, p. 62-76. Si legga anche MOHAMMED KHALID RHAZZALI, *I musulmani e i loro cappellani. Salat, assistenza religiosa e mediazione interculturale nei penitenziari d'Italia*, in *Islam e integrazione in Italia*, a cura di ANTONIO ANGELUCCI, MARIA BOMBARDIERI, DAVIDE TACCHINI, Marsilio, Venezia, 2014, pp. 111-135.

²⁷ Art. 2 «L'U.CO.I.I. fornirà una lista di persone che sarebbero interessate a prestare la propria opera di volontario nelle carceri, in qualità di Imam e Mediatori Culturali, ai sensi degli articoli 17 O.P. e 35 R.E. e su cui l'Amministrazione Penitenziaria effettuerà i dovuti controlli per le necessarie autorizzazioni all'ingresso».

²⁸ Si leggano sulla intesa le riflessioni di ALBERTO FABBRI, *L'assistenza spirituale ai detenuti musulmani negli istituti di prevenzione e di pena e il modello del protocollo d'intesa. Prime analisi*, in *Rassegna penitenziaria*, 3, 2015, p. 71 ss.

fornitura di beni materiali essenziali come il vestiario, il dentifricio, le sigarette, i francobolli, la ricerca di un lavoro per i detenuti al termine del periodo di detenzione, il disbrigo di pratiche riguardanti le famiglie dei carcerati. L'indebolirsi dietro le sbarre degli steccati confessionali sotto la spinta di più forti e primarie istanze umane, in alcuni casi trasforma il ruolo del cappellano che finisce per essere per gli uomini e le donne in prigione, un uomo, in primo luogo, di spiritualità in cui confidare e a cui legarsi sul piano dell'amicizia e dell'affetto, al di fuori di ogni logica e schieramento confessionale.

*4. Mutamenti del religioso nell'universo penitenziario. Terza questione: la popolazione carceraria come *complexio oppositorum**

Assistenza spirituale a chi? Quali sono le tessere che compongono la popolazione carceraria: solo i detenuti o anche i familiari e gli agenti di polizia penitenziaria? Solo i detenuti di sesso maschile o anche quelli di sesso femminile? Solo i maggiorenni o anche i minorenni? Ancora, tra i detenuti di una stessa comunità confessionale le differenziazioni interne richiedono strategie di politica penitenziaria differenti? Nel primo caso è ovvio che tutto dipende dal criterio utilizzato: se fosse solo quello della privazione di libertà di circolazione è ovvio che il servizio d'assistenza spirituale non potrebbe che essere limitato ai soli detenuti, se al contrario il parametro fosse quello della 'sofferenza' allora anche i familiari dei detenuti e i c.d. carcerieri dovrebbero vantare un diritto all'assistenza spirituale, in quanto portatori di un'enorme sofferenza: quella di chi quotidianamente vive il dramma di spezzati equilibri esistenziali, o più semplicemente quella di chi è costretto a vivere più dentro che fuori la prigione, in una condivisa esperienza di segregazione. Ecco allora che la formula dell'assistenza spirituale voluta dal legislatore si può tradurre in aiuti materiali tra chi scandisce le proprie giornate fra carcere e casa, o in piccoli segni di gratificazione e gentilezza, in qualche breve parola d'affetto.

Rispetto, invece, al pluralismo religioso interno alla comunità carceraria, è evidente che il non tener conto delle diversità non può che riflettersi negativamente sul percorso individuale di emendamento. Una verità che emerge in tutta la sua portata in relazione alla popolazione carceraria musulmana, quella, rispetto alla quale le istituzioni statali stanno più investendo in termini di formazione e di prevenzione ai fini di combattere tanto il fenomeno di radicalizzazione²⁹, quanto i meno conosciuti, ma per questo non meno gravi,

²⁹ Si veda: MATTEO DE FAZIO, *Il timore della radicalizzazione in carcere*, in *Riforma.it. Quotidiano on line delle Chiese evangeliche battiste, metodiste e valdese in Italia*, 12 febbraio 2016. Si legga anche

episodi di autolesionismo³⁰, come emerge dalle premesse della Convenzione precedentemente citata, o di violenza fra detenuti. Avere dunque contezza di tali diversità diventa, in quest'ottica, essenziale, anche solo a livello di decisione nella destinazione dei detenuti nelle celle o nei bracci del carcere. In tal senso, potrebbe essere alquanto utile per il direttore di un carcere conoscere la diversità fra un detenuto di fede musulmana riconducibile alla categoria dei c.d. sospesi, rispetto ad un *mutashaddid*. Se nel primo caso il rapporto con la dimensione religiosa è debole e saltuaria, per cui, pur mantenendo una generica credenza questa tipologia di detenuto non rispetta, se non molto saltuariamente i precetti religiosi, pur non escludendo di poter tornare a rispettarli, nel caso del *mutashaddid*, l'approccio al religioso cambia radicalmente. Costoro sono portatori di una intolleranza aggressiva, soprattutto nei confronti dei confratelli che non aderiscono al modello che gli analisti occidentali definirebbero 'fondamentalista'. Il problema è che a differenza dei *multazim*, con i quali condividono un'interpretazione rigorosa dell'Islam, il *mutashaddid* non si proclama apertamente, non solo perché questo potrebbe attirare un'attenzione non benevola delle autorità, ma perché la stessa teologia islamica interpreta ogni esasperazione come un rischio spirituale, raccomandando l'*al-i tidal* (moderazione). Penso che ciascuno di noi possa immaginare cosa potrebbe succedere nella malaugurata ipotesi che tali tipologie di detenuti dovessero convivere nella stessa cella o condividere lo stesso cortile durante l'ora d'aria³¹.

Conclusioni. In verità si tratta più semplicemente di qualche suggerimento, tanto di buona pratica quanto di buona ricerca: un'analisi non soltanto istituzionalistica del fenomeno obbliga a superare gli stereotipi e omologazioni. Un esercizio di metodo da sperimentare anche al di fuori del contesto carcerario. Come osserva Rhazzali:

«(...) un'analisi come quella (...) nel micromondo carcerario consente di mettere in luce un travaglio estremamente complesso, attraverso il quale è

FRANCESCO GRIGNATTI, *Più controlli in carcere e celle aperte agli imam contro la radicalizzazione. L'obiettivo è evitare l'arruolamento tra i detenuti*, in <http://www.lastampa.it/2015/11/17/italia/politica/pi-controlli-in-carcere-e-celle-aperte-agli-imam-contro-la-radicalizzazione-iRhx6DFLkA2Fn-cH2GhxFdO/pagina.html> (visitato il 23 ottobre 2016)

³⁰ «Il Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e l'Unione delle Comunità ed Organizzazioni Islamiche in Italia, (...) Osservato chesi è rilevato un forte tasso di autolesionismo da parte dei detenuti stranieri in particolare provenienti dall'area del Maghreb, dovuti principalmente ad una mancanza di riferimenti in carcere ed all'esterno (...)»

³¹ Cfr. MOHAMMED KHALID RHAZZALI, VALENTINA SCHIAVINATO, *Islam of the Cell. Sacralisation processes and everyday life in prison*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2, maggio-agosto 2016, p. 305 ss.

possibile cogliere grandi trasformazioni tra loro intimamente connesse. Ma questo scenario può essere visto soltanto se si è in grado di accettare l'effettiva varietà dei percorsi che lo compongono e conseguentemente di mettere al centro dell'attenzione la rilevanza, anche contraddittoria, delle forme del vissuto che, se stimolano e anzi impongono l'elaborazione di categorie in grado di orientarne le interpretazioni, d'altro lato scoraggiano gli stereotipi e pongono il problema di un effettivo ascolto»³².

La dimensione soggettivista e personalista di analisi del rapporto religione-carcere potrebbe aiutare gli operatori del settore a comprendere meglio la composizione della popolazione carceraria in previsione di misure più efficaci e mirate, sia sul piano preventivo sia su quello emendativo. Inoltre, consentirebbe di interpretare meglio le dinamiche sociali che animano le comunità immigrate: solo devianza, inadeguatezza e pericolo o anche soluzioni positive da esportare al di fuori del sistema carcerario? Se è vero che il carcere spoglia della dignità e delle illusioni di progetti malfondati, proietta verso un futuro che, se non si presenta solo come catastrofe, si propone come spazio aperto per una partecipazione né minoritaria, né settaria, alla realizzazione delle nuove forme destinate a ordinare il mondo prodotto dalla globalizzazione e dai suoi effetti culturali. In tal senso, nell'insieme di lingue, culture, religioni che si intrecciano in carcere si ritrova la metafora delle condizioni dalle quali traggono la loro legittimazione e la loro rilevanza le pratiche dell'intercultura. Come afferma ancora Rhazzali, «(...)l'esistenza, le lingue e i gerghi sembrano porre la questione di un'esperienza culturale capace di dar forma a un orizzonte metaidentitario, in cui la pluralità delle identificazioni possa non apparire solo come un caos da semplificare ma una pluralità da organizzare utilmente»³³.

³² MOHAMMED KHALID RHAZZALI, *L'Islam in carcere. L'esperienza religiosa dei giovani musulmani nelle prigioni italiane*, cit., p. 218.

³³ *Ibidem*, p. 230.

*Incidencia de los nuevos derechos en el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia*¹

MARÍA J. ROCA

1. Introducción

¿A qué nos referimos cuando hablamos de “nuevos derechos”? Con esta expresión se designa, por una parte, la “tercera generación” de derechos, surgida la década de los años 80, y vinculada a la solidaridad. Incluyen derechos heterogéneos como el derecho a la paz, y a la calidad de vida y aspectos relacionados con el medio ambiente o las garantías frente a la manipulación genética. Estos derechos se asocian con los derechos de futuras generaciones. Asimismo, hay que hacer referencia a los derechos relativos a las “nuevas tecnologías”, como son el derecho al olvido, el derecho a la protección de datos y a la autodeterminación informativa.

Por otra parte, cuando se habla de “nuevos derechos” se hace también referencia al ejercicio e interpretación de los derechos desde la “perspectiva de género”. En este sentido, es un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación sexual. Considerando, que no hay un dato biológico previo sino una elección libre que la sociedad debe respetar. Sería un nuevo derecho el cambio de sexo, y todo lo que ello lleva consigo. La expresión “nuevos derechos” designa asimismo a los “derechos emergentes”² que suponen una

¹ He tomado para la redacción de este trabajo, parte de un estudio anterior, publicado en MARÍA J. ROCA, *¿Hacia una Ética de mínimos?*, en JOSÉ FERNÁNDEZ LAGO ET ALT. (coord.), *Que resuene en el corazón de Europa: Prioridad de la pregunta por Dios*, en *Collectanea Scientifica Compostellana*, núm. 32, Santiago de Compostela, 2012, pp. 249-267.

² Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, se lee: “Nosotros, ciudadanas y ciudadanos del mundo, miembros de la sociedad civil comprometidos con los Derechos Humanos, formando parte de la comunidad política universal, reunidos en ocasión del Foro Universal de las Culturas en Barcelona 2004 y Monterrey 2007, e inspirados por los valores de respeto a la dignidad del ser humano, libertad, justicia, igualdad y solidaridad, y el derecho a una existencia que permita desarrollar estándares uniformes de bienestar y de calidad de vida para todos [...]”. El primer derecho que se proclama es la dignidad humana, y el segundo la vida. Dentro de la vida se incluye paradójicamente, “la reclamación del derecho a una muerte digna, el valor que damos a la ciudad, ponen de manifiesto que la vida que valoramos hoy es una vida de calidad”.

nueva concepción de la participación de la sociedad civil.

En suma, hablar de “nuevos derechos”, por la misma confusión del término, requiere concretar a qué se hace referencia. En el trasfondo de estas nuevas manifestaciones de derechos hay aspectos positivos como el deseo de paz y solidaridad. Pero también se aprecian aspectos negativos que tienen su base en una exaltación de la libertad y la autonomía individual, sin que ésta implique simultáneamente una exigencia ética. Así, los nuevos derechos no siempre son correspondidos con nuevos deberes o exigencias éticas para el titular de los derechos que se reivindican, sino que más bien hunden sus raíces en la ética de mínimos. Ciertos derechos derivados de esta ética de mínimos pueden plantear conflictos con el ejercicio de la libertad de conciencia y con el derecho de autonomía de las confesiones religiosas.

En este trabajo se expone una reflexión acerca de los nuevos derechos como expresión de la Ética de mínimos (apartado 2.), partiendo de la relación entre Ética de mínimos y Derecho (apartado 2.2.) y del reconocimiento de lo justo, que requiere la armonía entre razón objetiva y subjetiva (apartado 2.3.), señalando la falacia de la neutralidad de la Ética de mínimos (apartado 2.4.). En el apartado 3., se analiza cómo el ejercicio del derecho al cambio civil de sexo puede incidir en aspectos derivados de la libertad religiosa: la anotación del cambio de sexo en el libro de registro de Bautismo (apartado 3.1.) y la idoneidad para impartir clases de Religión de una persona que ha cambiado de sexo (apartados 3.2. y 3.3.). En la valoración de esta situación jurídica se tiene en cuenta tanto la vinculación de las Confesiones a los derechos fundamentales del Estado (apartado 3.4.) como la autonomía de las Iglesias y Confesiones religiosas (apartado 3.5.). Se añade una consideración final (apartado 6.).

2. Los nuevos derechos como expresión de la Ética de mínimos

¿Qué se entiende normalmente por Ética de mínimos? En el entorno filosófico-académico, podríamos resumir qué es esto de la Ética de mínimos del modo siguiente. En las sociedades que constitucionalmente tienen la estructura de democracias liberales, se da tanto el pluralismo político como el pluralismo moral. El pluralismo político consiste en la convivencia de distintas ideologías políticas que comparten las reglas del juego marcadas por la Constitución. El pluralismo moral vendría a ser la convivencia de muchas Éticas de máximos, lo que John Rawls llama “distintas doctrinas comprensivas del bien”. Las distintas éticas de máximos consisten en distintas propuestas de vida buena, que comparten unos valores y

orientaciones comunes a los “los mínimos éticos”, también designados como “Ética mínima”³ o “Ética cívica”.

La Ética de mínimos o cívica sería la de las personas en tanto que ciudadanas. En cuanto persona se puede aspirar a una vida feliz y plena, pero en cuanto que ciudadano, hay que conformarse con poder desarrollar una convivencia justa. “La Ética de los ciudadanos, la Ética cívica, contiene aquellos valores y principios de justicia que comparten las distintas Éticas de máximos de una sociedad pluralista, por debajo de esos mínimos se caería en la inhumanidad”⁴. Sin embargo, para aceptar la distinción entre persona y ciudadano es necesario matizar qué alcance se le atribuye. Aunque ciertamente se pueda distinguir entre la dimensión de ciudadano y la de creyente, estas dos dimensiones no pueden llegar a la ruptura de la unidad de la persona⁵, ni a la consecuencia de que las propias creencias religiosas no pueden manifestarse en la vida pública⁶.

Los defensores de la Ética de mínimos, proponen que “los contenidos de esa Ética cívica serían los valores de libertad, igualdad, solidaridad, respeto activo y recurso al diálogo como camino para resolver los conflictos frente a la violencia; se referirían al respeto a los derechos humanos, y a la idea de que los ciudadanos deben considerarse ciudadanos sociales”⁷. Para algunos

³ Esta idea se recoge en ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos*, en http://www.probumana.cl/minisitios/seminario/download/adela_cortina.pdf [6.VII.2017], p. 1. De la misma autora *in extenso*, pueden consultarse las obras: *Ética mínima*, Madrid, 1986, y *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid, 1983.

⁴ ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos...*, pp. 1-2.

⁵ Sobre la unidad de la persona en el Magisterio de la Iglesia, PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid, 2005, pp. 64 y ss.

⁶ Como ha puesto de manifiesto Benedicto XVI en su mensaje de a la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de abril 2008, “Obviamente, los derechos humanos deben incluir el derecho a la libertad religiosa, entendido como expresión de una dimensión que es, al mismo tiempo, individual y comunitaria, una visión que manifiesta la unidad de la persona, aun distinguiendo claramente entre la dimensión de ciudadano y la de creyente (...). Es inconcebible, por tanto, que los creyentes tengan que suprimir una parte de sí mismos –su fe– para ser ciudadanos activos. Nunca debería ser necesario renegar de Dios para poder gozar de los propios derechos. Los derechos asociados con la religión necesitan protección, sobre todo si se los considera en conflicto con la ideología secular predominante, o con posiciones de una mayoría religiosa de naturaleza exclusiva. No se puede limitar la plena garantía de la libertad religiosa al libre ejercicio del culto, sino que ha de tener en la debida consideración la dimensión pública de la religión y, por tanto, la posibilidad de que los creyentes contribuyan a la construcción del orden social. (...) El rechazo a reconocer la contribución a la sociedad que está enraizada en la dimensión religiosa y en la búsqueda del Absoluto –expresión por su propia naturaleza de la comunión entre personas– privilegiaría efectivamente un planteamiento individualista y fragmentaría la unidad de la persona”, puede verse en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/april/documents/hf_ben-xvi_spe_20080418_univisit_sp.html [6.VII.2017]

⁷ ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos...*, p. 2, siguiendo a Thomas Marshall.

autores, en un mundo globalizado el mínimo de justicia que exige una Ética cívica consiste en conseguir la “ciudadanía social cosmopolita”, es decir, que todos los seres humanos vean protegidos y respetados sus derechos⁸.

La Ética civil se compone sólo de normas morales, no jurídicas⁹; esta Ética sería previa a las normas jurídicas¹⁰ y supone un modo de entender la Ética como ajena a cualquier fundamentación teísta¹¹ o religiosa¹², e incluso a cualquier fundamentación que trascienda la propia sociedad (como sería la ley natural)¹³. Se busca la fundamentación Ética en el consenso¹⁴. Esta Ética

⁸ ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos...*, p. 2. Un tratamiento más desarrollado en ADELA CORTINA, *Ciudadanos del mundo*, Madrid, 1997.

⁹ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa*, en CÉSAR IZQUIERDO / CARLOS SOLER (eds.), *Cristianos y democracia*, Pamplona, 2005, p. 125, “En un sentido general, podría decirse que la Ética civil es el conjunto de principios y normas morales que regulan la vida de los ciudadanos en cuanto tales ciudadanos, es decir, en cuanto miembros de una comunidad política. Habría que subrayar que se trata de principios y normas morales, para distinguirlos de los principios y normas de otro tipo que imperen en la misma sociedad, ya sean las leyes positivas, los códigos de conducta o cualquier otra norma que no sea estrictamente moral, es decir relacionada con un deber imperado por la conciencia”.

¹⁰ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 129, ha puesto de manifiesto la dificultad que entraña distinguir entre Ética civil y Derecho positivo, “Si la Ética civil tiende a que los ciudadanos cumplan sus deberes de justicia, deberes que son exigibles, no es fácil ver la diferencia entre la Ética civil y los deberes que emanan de la pura regulación positiva con la que una sociedad ordena la convivencia de una manera justa. La única diferencia posible sería que la Ética civil representara una cierta instancia ideal de lo justo que las leyes no exigen de hecho, aunque podrían hacerlo sin sobrepasar sus funciones”.

¹¹ Crítica este planteamiento de la moral al margen de Dios: “La moral tiene que ser ciertamente universal, y si no, no es moral, sino simplemente estilo de vida. Debe valer para todos: inteligentes y torpes, oprimidos y libres, ricos y pobres... y ello exige considerar las vidas humanas en su plena totalidad (...) la retribución después de esta vida (...) resulta inevitable si se pretende hablar de una auténtica moral universal” (CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 142). La referencia a la retribución después de esta vida, hace relación necesariamente a Dios, y en ese aspecto se distancian todas las Éticas cívicas. Las diversas propuestas de Ética civil coinciden en no admitir referencia alguna que vaya más allá del consenso de los ciudadanos” (CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 143).

¹² CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 125, “En un sentido menos general, la Ética civil designa algo más preciso, concretamente una propuesta determinada de comprender la normatividad específicamente moral –aquella que es por tanto previa a las leyes- que debe regular a los miembros de una comunidad política concreta. Una característica que le es propia es la renuncia o el rechazo a la fundamentación teísta o religiosa de la Ética, vigente en otras épocas, para buscar una fundamentación que sea alcanzada mediante el consenso”. “La Ética civil no sólo no está obligada, sino que ni siquiera puede convertirse en la moral de una religión. La moral que regula una sociedad supone el acuerdo de sus miembros, aunque ese acuerdo debe estar abierto a contar con un fundamento” (p. 127).

¹³ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 126.

¹⁴ PEDRO JESÚS LASANTA, *Diccionario social y moral de Juan Pablo II*, Madrid, 1995, n. 342, “No olvidemos, sin embargo, que la verdad, la belleza y el bien, son valores absolutos y que, como tales, no dependen de la adhesión a ellos de un número más o menos grande de personas. No son el resultado de la decisión de una mayoría, sino que, por el contrario, las decisiones individuales y las

de mínimos sería compartida por todos, debido a que es racional, y está por encima de las opiniones subjetivas de cada uno.

Las opciones subjetivas de cada uno serían Éticas de lo bueno, que hacen a cada uno feliz, pero que no son universalizables. En cambio, la Ética de mínimos debe considerarse una Ética de lo justo, ya que puede exigirse a cualquier ser racional, y por ello es universalizable¹⁵. Como crítica a este punto de partida de la Ética de mínimos cabe señalar que el único modo de llegar a una Ética universal (o universalizable) no es la del consenso, ni la racionalidad debe interpretarse necesariamente como racionalismo¹⁶. La búsqueda de la esa universalidad puede hacerse a través de la naturaleza humana¹⁷.

que asume la colectividad deben estar inspiradas en estos valores supremos e inmutables, para que el compromiso cultural de las personas y de las sociedades responda a las exigencias de la dignidad humana” (Discurso al mundo de la cultura en Buenos Aires, 12-IV-1987).

¹⁵ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, pp. 128-129, “Algunos autores distinguen, dentro del conjunto del fenómeno moral, entre lo justo y lo bueno. La justicia se refiere a lo que es exigible moralmente a cualquier ser racional que se deje llevar por intereses universalizables. Lo bueno, en cambio, responde a una opción subjetiva, válida sin duda en la medida en que perfecciona al sujeto, pero que no se puede exigir universalmente, porque no se puede pretender que todo ser racional tenga las mismas cosas como buenas o felicitantes. Lo justo y lo bueno han dado lugar a lo que se ha llamado ‘Éticas de la justicia’ y ‘Éticas de la felicidad’ respectivamente”. ADELA CORTINA, *Ética civil y religión*, Madrid, 1995, p. 65, “Las Éticas de la justicia o Éticas de mínimos se ocupan únicamente de la versión universalizable del fenómeno moral, es decir de aquellos deberes de justicia que son exigibles a cualquier ser racional (...). Las Éticas de la felicidad, por el contrario, intentan ofrecer ideales de vida buena (...) son por tanto Éticas de máximos, que aconsejan seguir su modelo... pero que no pueden exigir que se siga, porque la felicidad es cosa de consejo o invitación, no de exigencia”.

¹⁶ JEAN MARIE LUSTIGER, *Nous avons rendez-vous avec l'Europe*, Paris, 1991, trad. esp. de M. Montes, *Europa sé tú misma*, Valencia, 1992, p. 138, recoge las siguientes palabras de Edmund Husserl, pronunciadas en Viena, el 7 de mayo de 1935, “nuestra humanidad europea oculta una entelequia -que le es innata-, que domina todos los cambios que afectan a la forma de Europa y les confiere un sentido: el de un desarrollo orientado hacia un polo eterno... El telos espiritual de la humanidad europea... se sitúa en el infinito; se trata de una idea infinita en cuya dirección pretende superarse el devenir espiritual en su conjunto”. Esa racionalidad europea se distingue de las ‘desviaciones del racionalismo’ de la *Aufklärung*, es fruto de la fe cristiana, y llega a ser incomprensible si se aísla de esta fe”.

¹⁷ “La universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. (...) Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos”. (Mensaje de Benedicto XVI a la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de abril 2008). Cfr. también: TARCISIO BERTONE, *Los derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI, LX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, 5-2-2009, pp. 23 y ss. Un profundo estudio sobre la ley natural y la Ética universal, puede verse en el Documento de la Comisión Teológica Internacional “En busca de una Ética universal”, de 2009, que concluye: “La

Como lógica consecuencia de esta concepción Ética, cualquier conducta o forma de actuar sería en sí misma tan válida como la contraria, todo dependerá de cuál sea la que haya alcanzado mayor consenso¹⁸. La necesidad de justificar un comportamiento moral que no cuenta con un fundamento incondicional, sino que sólo es válido por el consenso otorgado en un momento determinado, corre el peligro de convertirla Ética de mínimos en una Ética de minorías, “las formadas por individuos capaces de un cierto discurso racional y de participar activamente en el discurso moral constituyente”¹⁹. De manera que, de hecho, la fe en Dios, vendría a ser “sustituída por una especie de fe en la élite que discute y gobierna los valores”²⁰. Dicho con palabras de la Conferencia Episcopal Española, “la sociedad entera queda

Iglesia católica, consciente de la necesidad que tienen los hombres de buscar en común las reglas para vivir juntos en la justicia y en la paz, desea compartir con las religiones, las sabidurías y las filosofías de nuestro tiempo, los recursos del concepto de ley natural. Llamamos ley natural al fundamento de una Ética universal que tratamos de encontrar a partir de las observaciones y de la reflexión sobre nuestra común naturaleza humana. Es la ley moral inscrita en el corazón de los hombres, y de la cual la humanidad es cada más consciente a medida que avanza en la historia. Esta ley natural no tiene nada de estático en su expresión; no consiste en una lista de preceptos definitivos e inmutables. Es una fuente de inspiración que brota continuamente en la búsqueda de un fundamento objetivo para una Ética universal” (n. 113), en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_sp.html[6.VII.2017].

¹⁸ Instrucción Pastoral de 23 de noviembre de 2006 (LXXXVIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española), “Orientaciones morales ante la situación actual de España”, n. 52. “Hay quien piensa que la referencia a una moral objetiva, anterior y superior a las instituciones democráticas, es incompatible con una organización democrática de la sociedad y de la convivencia. Con frecuencia se habla de la democracia como si las instituciones y los procedimientos democráticos tuvieran que ser la última referencia moral de los ciudadanos, el principio rector de la conciencia personal, la fuente del bien y del mal. En esta manera de ver las cosas, fruto de la visión laicista y relativista de la vida, se esconde un peligroso germen de pragmatismo maquiavélico y de autoritarismo. Si las instituciones democráticas, formadas por hombres y mujeres que actúan según sus criterios personales pudieran a ser referente último de la conciencia de los ciudadanos, no cabría la crítica ni la resistencia moral a las decisiones de los parlamentos y de los gobiernos”. En el mismo sentido, CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 134, ha señalado que “El diálogo es sin duda alguna un valor y la sociedad democrática es y debe ser una sociedad dialógica en la que se confía no en la imposición sino en la convicción. Pero el diálogo implica una referencia a algo que está más allá del diálogo mismo, es decir a la verdad a la que el diálogo abre y a la que se ordena. Más aún, sin la referencia, al menos implícita, a lo que es y vale en sí, no sería posible un diálogo auténtico quedando entonces solamente campo para la negociación”. ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El ejercicio de las objeciones de conciencia en una sociedad postmoderna*, en “Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte de Chile” año 16, n. 2, 2009, pp. 21 y ss., aporta interesantes argumentos acerca de la preponderancia del elemento formal sobre el material en la labor legislativa. Por su parte, desde el punto de vista filosófico, ya afirmaba MANUEL GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de Filosofía*, 16ª ed., Buenos Aires, 1938, p. 373, “sobre los valores se puede discutir, y si se puede discutir de los valores es que a la base de la discusión está la convicción profunda de que son objetivos” (...) “podríamos decir que los valores se descubren”.

¹⁹ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 130.

²⁰ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 131.

a merced de las opiniones y deseos de una o de pocas personas que se arrogan unos poderes cuasi absolutos que van evidentemente más allá de su competencia”²¹.

Pero la consecuencia de esa privatización de la moral no parece que sea un mejor entendimiento entre todas las Éticas privadas, a través de una universalización del mínimo racional común a todas ellas²², sin dejar por ello de ser Ética y reducirse al Derecho. Por el contrario, “la época moderna se ve obligada a renunciar a una visión unívoca de la realidad y a la pretensión de poder describirla acabadamente en términos de verdad; es decir, obligada a renunciar al pensamiento metafísico. Como consecuencia, la Modernidad fracasaría también en el intento de continuar defendiendo la Ética y su jerarquía objetiva de valores y preceptos. La realización de esta dinámica concluye dando lugar a un paradigma cultural absolutamente inédito: el del *politeísmo ético*, según expresión del propio Weber”²³. Si la Ética no es universal, “los hombres se deben acostumbrar a considerarse de modo recíproco como *extranjeros morales*”²⁴. Como todas las relaciones sociales humanas necesitan del lenguaje, éste deberá ser un lenguaje jurídico, ya no un lenguaje ético²⁵.

En suma, como se ve, la subjetivización de la Ética, desligándola de una referencia objetiva a la verdad²⁶, tanto puede conducir a “la Ética de mínimos de la ciudadanía social cosmopolita” como al “politeísmo ético de los

²¹ Instrucción Pastoral de 23 de noviembre de 2006 (LXXXVIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española), “Orientaciones morales ante la situación actual de España”, n. 54. La cita comienza “Si los parlamentarios, y más en concreto, los dirigentes de un grupo político que está en el poder pueden legislar según su propio criterios, sin someterse a ningún criterio moral socialmente vigente y vinculante...” Entendemos que lo que se dice de los grupos políticos o mayorías parlamentarias, es plenamente aplicable a las élites intelectuales.

²² FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno*, en “Persona y Derecho”, 49, 2000, p. 19, “Sería vano el esfuerzo de intentar reconducir a la unidad, con la paciencia de la argumentación racional, todas las opciones” singulares”

²³ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 19.

²⁴ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 20, siguiendo a Hugo Tristram Engelhardt jr.

²⁵ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 20.

²⁶ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 30, “Si se piensa por el contrario, que el bien no encuentra su fundamento en lo verdadero, habría que admitir con Nietzsche- que sí es bueno no es común y si es común no es bueno (*Jenseits von Gut und Böse*, § 43). Siendo coherentes, habría que concluir también la imposibilidad de fundar una coexistencia pacífica y no violenta; faltos de una existencia común no habría razón para que el “bien” (subjetivo e incommunicable) del más fuerte no se impusiera, gracias a la fuerza, sobre el “bien” (no menos subjetivo e incommunicable) del débil”.

extranjeros morales”²⁷. En ambos casos la Ética parece reducirse a la legalidad²⁸, por las dificultades que presenta distinguir el Derecho positivo de la Ética de mínimos, y porque entre “extranjeros morales” sólo se podría hablar un lenguaje jurídico, no ético.

La reflexión sobre la Ética de mínimos está inseparablemente unida a la relación entre Moral y Derecho. Ya hemos anticipado que resulta difícil distinguir entre Ética de mínimos y Derecho positivo. Ahora conviene añadir que, ciertamente, no todo lo que resulta moralmente reproachable debe ser jurídicamente sancionado en el ámbito penal. Sin embargo, el Derecho no puede reducirse a las meras relaciones de poder²⁹. Como advertía Benedicto

²⁷ En opinión de Engelhardt, “ninguna concepción material del bien puede hacer posible en la época postmoderna un diálogo interpersonal entre quienes se reconocen recíprocamente como ‘extranjeros morales’. En el enrarecido contexto ético en el que vivimos, la única vía posible que queda a disposición de los hombres es la del acuerdo. No cabe, obviamente fundar ese acuerdo en buenas razones, dado que en el horizonte postmoderno no es posible individuar un contenido objetivo –y por lo tanto bueno- captable por la razón; sólo queda la mera buena voluntad de los individuos de ponerse de acuerdo. Sólo ‘la autoridad de un acuerdo común puede ofrecer apoyo general a una estructura moral que vincule a los extranjeros morales’. Lo que nos queda a los hombres postmodernos es, si acaso, una especie de derecho natural mínimo, que remite a la posibilidad de que, con gran paciencia, las personas inicien diálogo para encontrar convenientemente, una solución a sus conflictos y, más en general, posibles modalidades de coexistencia” FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 20.

²⁸ “La experiencia nos enseña que, a menudo, la legalidad prevalece sobre la justicia cuando la insistencia sobre los derechos humanos los hace aparecer como resultado exclusivo de medidas legislativas, o de decisiones normativas tomadas por las diversas agencias de los que están en el poder. Cuando se presentan simplemente en términos de legalidad, los derechos corren el riesgo de convertirse en proposiciones frágiles, separadas de la dimensión Ética y racional, que es su fundamento y su fin. Por el contrario, la Declaración Universal ha reforzado la convicción de que el respeto de los derechos humanos está enraizado principalmente en la justicia que no cambia. Esta intuición fue expresada, en el siglo V, por Agustín de Hipona, uno de los maestros de nuestra herencia intelectual. Decía que la máxima no hagas a otros lo que no quieras que te hagan a ti, en modo alguno puede variar, por mucha que sea la diversidad de las naciones” (Mensaje de Benedicto XVI a la Asamblea General de Naciones Unidas, abril 2008).

²⁹ ANDRÉS OLLERO, *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Cizur Menor, 2007, cita en el capítulo III, que “un conocido diputado en la discusión parlamentaria del art. 15 de la Constitución española, cuando se debatía si el derecho a la vida debería reconocerse a todos o únicamente a los considerados personas, señaló: Desengañese sus señorías. Todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirá una ley de aborto; y si hay un tribunal constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide la ley del aborto”. Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación. En el discurso del Santo Padre Benedicto XVI en el Reichstag de Berlín (22 de septiembre de 2011), señalaba, “para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría

XVI en El Escorial, “cuando la sola utilidad y el pragmatismo inmediato se erigen como criterio principal, las pérdidas pueden ser dramáticas desde los abusos de una ciencia sin límites, más allá de ella misma, hasta el totalitarismo político que se aviva fácilmente cuando se elimina toda referencia superior al mero cálculo de poder”³⁰.

Si el Derecho es algo puramente formal o procedimental, ajeno a la moral, entonces el Derecho no es algo justo sino sólo el “disfraz” (en palabras de Ollero) de la ideología de la mayoría. Resulta, pues, necesario justificar ¿por qué el Derecho debe prestar su *vis* coactiva a la mayoría dominante?

Determinadas exigencias morales de indiscutible relevancia pública -como lo son todas las cuestiones relativas al comienzo y al término de la vida, por ejemplo-, constituyen en verdad “el núcleo duro” de lo jurídico, no pueden ser consideradas como cuestiones privadas, propias de lo que en el apartado anterior hemos llamado Éticas “felicitanes”, o que conducen a la felicidad, pero que serían cuestiones en las que no se dilucida ninguna cuestión de justicia (esto es, jurídica).

Algunos autores anglosajones tienden a caracterizar como derechos morales a aquellas exigencias morales permanentemente ligadas a lo más básico del ser humano, no dependientes de meras consideraciones coyunturales de oportunidad o eficacia. Por ello se propone que queden fuera del juego democrático de la mayoría parlamentaria alcanzada en cada legislatura. “Así lo proclama Rawls: ‘Cuando determinados asuntos son eliminados de la agenda política dejan de ser considerados como objetos propiamente dichos de decisión política sujeta a la regla de la mayoría o a otra regla electoral pluralista. Por ejemplo, en lo que respecta a la igual libertad de conciencia y al rechazo de la esclavitud y la servidumbre, eso significa que las libertades básicas iguales que abarcan constitucionalmente esos asuntos se consideran razonablemente fijadas, correctamente sentadas de una vez por todas. Forman parte

no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación” (...). ¿Cómo se reconoce lo que es justo? En la historia, los ordenamientos jurídicos han estado casi siempre motivados de modo religioso: sobre la base de una referencia a la voluntad divina, se decide aquello que es justo entre los hombres. Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios”, el texto puede verse en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html [6.VII.2017]

³⁰ Estas palabras del Romano Pontífice están recogidas del encuentro con profesores universitarios en El Escorial (viernes, 19 de agosto, de 2011), refiriéndose a la Universidad, pero resultan perfectamente aplicables al Derecho, en nuestra opinión.

del carácter público de un régimen constitucional, y no son un lugar común del debate político en curso y de la actividad legislativa, como si pudieran ser modificadas, de una u otra manera, por las mayoría de turno”³¹.

Conviene reflexionar acerca de las consecuencias de este planteamiento. Al exponer qué se entiende por Ética de mínimos, hemos visto que “no puede apoyarse en nada”³², que se basa en el consenso. Ahora se da un paso más. Alcanzados unos determinados logros, éstos ya quedan fuera de la agenda política, de la posibilidad de ser discutidos y sometidos de nuevo al consenso; es decir, se sustraen a las reglas democráticas de la mayoría³³. Pero ¿quién determina cuáles son esos logros? Con los ejemplos citados u otros (eliminación de la esclavitud, de la xenofobia, etc.), estoy de acuerdo; pero si se consideran “logros” el aborto o la eutanasia, no. Se estaría sustrayendo al juego de la democracia unos contenidos que no tendrían –según los planteamientos de esta concepción ética- otra justificación que la de haber logrado en otra época el consenso social. De este modo, se estaría cercenando la posibilidad de que la alternancia política en una democracia pueda cambiar los contenidos de determinadas leyes, sin fundamentarlo en algo objetivo. Si no hay fundamento ético al margen del consenso, ¿cuál sería entonces la razón por la que el “logro” que debe quedar fuera del debate es uno (el pretendido derecho al aborto de la mujer) y no otro (la defensa de la vida del no nacido)?

La traducción en la práctica del Derecho de la concepción filosófica de la Ética de mínimos, ha llevado a la despenalización primero, a la legalización después y recientemente a la consideración del aborto como un derecho³⁴. Hemos pasado de considerar que no se puede exigir desde fuera (desde el Derecho) a toda mujer embarazada que lleve a término su embarazo a

³¹ ANDRÉS OLLERO, *El Derecho en Teoría...*, III, 1. B

³² VICTORIA CAMPS, *La imaginación ética*, Barcelona, 1991, p. 48 y p. 184.

³³ Una crítica a la Ética de mínimos argumentando cierta carencia democrática por la falta de consideración de las minorías “El contenido moral no puede ir más allá del núcleo mismo que la sociedad establece mediante el diálogo y el consenso de sus miembros. Toda referencia a principios morales históricamente relevantes, constituye una propuesta que debe ser convalidada por el común acuerdo de los ciudadanos. Pero el problema es aún mayor, porque el juego democrático cuenta con mayorías y minorías, y forma parte de la entraña de la democracia el gobierno de la mayoría junto al respeto de las minorías. En la Ética civil, sin embargo, no están previstas estrictamente las minorías, puesto que se trata de exigencias para todos, ya que todos teóricamente pueden acceder a la racionalidad de esos deberes” (CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 132).

³⁴ RAFAEL NAVARRO-VALLS, *Análisis jurídico del Proyecto de Ley del aborto*, en *www.iustel.com* “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 22, 2010. ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España*, en *www.iustel.com* “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 22, 2010.

considerar que tiene derecho a abortar libremente (con cargo a los servicios públicos de salud, como una prestación sanitaria más) en las primeras 14 semanas³⁵. Desde los planteamientos de esta concepción ética traducida en la correspondiente norma jurídica, quien quiera llevar a término su embarazo, tiene derecho a hacerlo. Y, de igual modo, puede abortar quien quiera hacerlo. Ése es el resultado al que ha llevado la Ética de mínimos en la regulación de la Ley de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo vigente en España. A este resultado se ha llegado “por consenso”, según la terminología de la Ética civil. Para la terminología jurídica sería “por mayoría parlamentaria”. En cualquier caso, lo que permite este resultado es que no hay un límite objetivo, indisponible para las mayorías.

Ciertamente, se contempla la posibilidad de interponer objeción de conciencia. Sin embargo, el recurso a la objeción de conciencia no deja de ser un mal menor que no cambia la argumentación. La objeción de conciencia vendría a ser una cierta tolerancia de la Ética privada en el ámbito público. En el trasfondo de este planteamiento late, en mi opinión, una concepción protestante de la relación entre conciencia y ley. Según la concepción protestante, la conciencia es fuente de legalidad. Con frecuencia, las libertades individuales son reconocidas en atención preferente (si no exclusiva) a la interpretación subjetiva del titular, más que a su dignidad objetiva³⁶. Dicho en términos tradicionales, en la concepción protestante el dictamen de la conciencia tiene valor normativo por sí mismo, sin referencia a la ley natural.

El recurso reiterado a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario³⁷ debe realizarse desde la perspectiva del máximo respeto a los dos polos del Derecho: el polo objetivo (que crea en torno a sí el campo de fuerza determinante del mayor número de garantías posibles para la seguridad en el tráfico de las relaciones jurídicas) y el polo subjetivo (cuyo ámbito de atracción se ejerce a favor del titular de cada derecho). Cuando no hay ninguna referencia objetiva en el ejercicio de la libertad subjetiva, se acaba en la justificación de la banalidad, y termina por rebajarse el valor del objeto que defiende

³⁵ Un desarrollo sobre la concepción como un derecho de la práctica del aborto, puede verse en IAN SHAPIRO, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Madrid, 2009.

³⁶ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, pp. 136-137, “La naturaleza humana (...) expresa el núcleo objetivo indispensable para que la evolución histórica no acabe relativizando toda propuesta ética. A partir de la naturaleza humana se puede hablar con sentido de la dignidad de la persona humana, principio clave de toda propuesta ética, de la libertad, de la solidaridad y en definitiva del conjunto de los valores que crean la sociedad y la hacen más justa”.

³⁷ Sobre este tema, consultar por todos: ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Madrid, 2009.

un bien objetivo. Si todo depende de la interpretación subjetiva del titular del derecho, es fácil caer en la justificación de cualquier conducta, sin que se pueda decir en rigor que una determinada conducta es contraria a la Ética³⁸. Esta “subjetivización” alcanza su exponente máximo con la eutanasia³⁹, cuando la vida deja de tener valor para su propio titular. En el plano jurídico, no se ha llegado a considerar amparada por el ordenamiento jurídico esa concepción ética a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos⁴⁰, pero ésa es la concepción ética subyacente en los Estados que permiten la eutanasia⁴¹.

Si del nivel individual del titular del derecho, se pasa a una visión del

³⁸ Desde otra perspectiva, RAFAEL NAVARRO VALLS – JAVIER MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, p. 159, citando la resolución adoptada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Washington, 6 de octubre de 2002), sostiene que “la eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la Ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad”.

³⁹ La declaración sobre la eutanasia de la Congregación para la doctrina de la fe, la define como una “acción o una omisión que por su naturaleza y por la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” Documento *Iura et bona*, Mayo 1980. En Léxico del Consejo Pontificio para la familia, 2ª. Ed., Madrid, 2006, p. 349, “acto de matar deliberadamente a un enfermo incurable para poner fin a su sufrimiento, es decir por razones de piedad”. Cfr.: Encíclica *Evangelium vitae*, nn. 65-67.

⁴⁰ RAFAEL NAVARRO VALLS – JAVIER MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, pp. 160-161, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Pretty, en 2002, al rechazar el recurso presentado por una mujer aquejada de una enfermedad neurodegenerativa, que pretendía que se permitiera a su esposo darle muerte, afirmó que del derecho a la vida reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se puede deducir de un ‘derecho a morir’, a sea por la mano de un tercero o por la asistencia de una autoridad pública, poniendo el acento en la primaria obligación de proteger la vida que recae sobre los Estados”.

⁴¹ Un buen resumen en ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, 2006, p. 188, expone “los argumentos más frecuentemente esgrimidos para apoyar la despenalización de la eutanasia: 1º. El Derecho, al regular el ámbito de lo público, no tiene por qué asumir exigencias morales, por legítimas que sean en el ámbito de la autodeterminación privada; 2º. Sobre todo si emanan de códigos confesionales dada la libertad de conciencia exigible en una sociedad plural y secularizada; 3º. No cabría, pues, recurrir al Derecho para imponer las propias convicciones a los demás, obligando –por ejemplo- a sufrir a quien no se considera en condiciones de soportarlo. Ello sería particularmente indiscutible si halláramos ante una eutanasia pasiva, que sólo pretendería aliviar el dolor del paciente, aunque indirectamente pueda acortar su vida; 4º. Más que reprimir –por vía jurídica- la libertad, sería preferible promover condiciones sociales distintas de las que puedan estar empujando a ejercerla en una dirección desaconsejable; 5º. Cada cual ha de gozar de libertad a la hora de orientar el desarrollo de su personalidad, de lo que cabría incluso derivar la existencia de un derecho a la muerte; 6º. Aunque, por el contrario, se considerara el derecho a la vida como irrenunciable, podría apuntarse que la protección que el art. 15 de la CE garantiza a la vida debería entenderse reservada a la que aún reúna unos niveles mínimos de calidad que vendrían exigidos por la misma dignidad humana; 7º. En todo caso, el Estado debe mantener una inhibición neutral ante esas cuestiones morales polémicas, en beneficio de una mayor libertad de los ciudadanos.

conjunto, a lo que se llega en último extremo es que al dar igual valor a “la multiplicidad de visiones éticas del mundo, se acaba privándolas de dignidad al hacerlas todas, en definitiva, irrelevantes”⁴².

A favor de la objeción de conciencia, se sostiene que en casos como éste no se está ante una objeción de conciencia, sino ante una objeción de legalidad⁴³. En todo caso, estaríamos entonces ante un ordenamiento jurídico contradictorio⁴⁴ en sí mismo, porque permite simultáneamente, y dentro del mismo ámbito de vigencia territorial de la ley, una conducta y su contraria, siendo ambas igualmente legales.

Benedicto XVI, en su discurso al Parlamento alemán, se preguntaba “¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho sólo aparente? (...) Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del Derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del Derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación”⁴⁵.

El Cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un ordenamiento jurídico derivado de una revelación, se ha referido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del Derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva; una armonía, que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la razón creadora de Dios⁴⁶. Ciertamen-

⁴² FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, pp. 24-25. Esto lleva al autor a decir que la Ética se encuentra en una situación de malestar, que se concreta en la “tentación de conferir a la constatación fáctica de la multiplicidad sociológica de las morales el rango de valor, que es como –a los ojos de muchos- debería entenderse el politeísmo ético”.

⁴³ RAFAEL NAVARRO VALLS – JAVIER MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley...*, p. 163, en los tres países europeos en los que la eutanasia está legalizada (Holanda, Bélgica y Luxemburgo), la posibilidad de colaborar en estas prácticas de eutanasia o asistencia al suicidio, más que de una objeción de conciencia, admiten la objeción de legalidad. Basta la negativa a practicarla, que está reconocida en la propia ley, sin que haya que alegar motivos de conciencia. Cfr. también JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia*, en “Humana Iura: suplemento de derechos humanos”, 10, 2000, pp. 111-141. IDEM, *Eutanasia y objeción de conciencia*, en “Anuario de Derechos Humanos”, 9, 2009, pp. 501-525.

⁴⁴ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 29, “Para que la misma palabra dignidad tenga sentido, es necesario postular la primacía de lo universal sobre lo particular, de la igualdad sobre la diferencia, de lo absoluto sobre la historia y –si queremos recurrir a expresiones filosóficamente más fuertes- del bien sobre el mal”.

⁴⁵ Discurso de Benedicto XVI en el Parlamento alemán, 22 de septiembre de 2011, en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/bf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html. [6.VII.2017]

⁴⁶ Discurso de Benedicto XVI en el Parlamento alemán, 22 de septiembre de 2011.

te, ninguna de las principales confesiones cristianas impone a la sociedad un orden jurídico, invocando el título de la Revelación. Sin embargo, dentro del Cristianismo hay diferencias de concepción entre el Magisterio de la Iglesia católica y la doctrina de Lutero en lo que se refiere a las relaciones entre el orden objetivo y el orden subjetivo del Derecho.

Resulta conocida la negación del *Iusdivinum* por parte de la Reforma⁴⁷. El Derecho divino suponía la base ontológica del Derecho en la escolástica clásica. Dicho de otro modo, el iusnaturalismo fundamenta el Derecho en una verdad ontológica permanente⁴⁸. Puesto que cualquier profundización en la aplicación del Derecho supone encontrarse de frente con la antinomia entre la justicia individual y la aspiración del Derecho objetivo a ser aplicado de modo general, necesariamente cualquier alteración en el modo de concebir la libertad humana y la fundamentación del Derecho objetivo trae consecuencias de hondo calado. Así ocurrió con el individualismo al que conduce la concepción luterana de la libertad y con la necesidad de buscar una nueva legitimación del Derecho que no fuera el Derecho divino.

Este apartamiento del *Iusdivinum* trajo consigo la necesidad de buscar la fundamentación del Derecho en otra instancia; surgió así el llamado Derecho racional, al atribuirse a la razón humana la categoría de fuente de legitimación del Derecho. Éste es construido exclusivamente a partir de la razón, “incluso si Dios no existiera”⁴⁹. Posteriormente, se irían abandonando las fórmulas abstractas del iusnaturalismo racionalista, para dar paso a la “positividad” (el Derecho positivo), llegándose a rechazar “toda instancia de legitimación que trascienda al ‘Derecho puesto’, afirmándose así la soberanía política en un ámbito secularizado”⁵⁰. Lutero reduce la *lex divina* a la vida espiritual, escondida e individual de un cristiano, y el *iusdivinum* a la vida espiritual en común de sus discípulos (el *iusdivinum* es el *ius* de la *Ecclesiaabscondita*)⁵¹. Ciertamente,

⁴⁷ La monografía más completa que conocemos sobre este tema, sigue siendo la de UVO ANDREAS WOLF, *IusDivinum. Erwägungen zur Rechtsgeschichte und Rechtsgestaltung*, München, 1970.

⁴⁸ ANDRÉS OLLERO, *Positividad jurídica e historicidad del derecho*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, II, 1985, pp. 285 y ss.

⁴⁹ ERNST TROELSTICH, *GesamtenleSchrifte, IV. Aufsätze zur Geistesgeschichte und Religionssoziologie*, HANS BARON (Hrsg.), Tübingen, 1925, reimpresión Darmstadt, 1966, p. 178.

⁵⁰ ANDRÉS OLLERO, *Positividad jurídica e historicidad del derecho...*, p. 288, siguiendo a Luhmann.

⁵¹ JOHANNES HECKEL, *Recht und Gesetz, Kirche und Obrigkeit in LuthersLebrevordemThemenanschlagvom 1517. EinejuristischeUntersuchung*, en “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Kanonistische Abteilung”, 57, 1937, pp. 285 y ss. UVO ANDREAS WOLF, *Jus Divinum...*, p. 88. ADOLFO GONZÁLEZ MONTES, *Coordenadas histórico-dogmáticas de la Ecclesiología de Martín Lutero y las líneas estructurales de la Ecclesiología católica*, en “Diálogo Ecuménico”, v. 18, n. 61-62, 1983, pp. 243-260.

Melanchton (1497-1565)⁵² y su escuela intentaron volver a acercarse a la doctrina del Derecho natural católico, pero no consiguieron un resultado duradero.

La Reforma, al situar a la conciencia como fuente autónoma de moralidad, desplaza la centralidad de la persona en el Derecho, poniendo en su lugar a la subjetividad, desequilibrando así el polo objetivo y el polo subjetivo del Derecho. La negación del Derecho divino abocó al Derecho a la necesidad de buscar nuevas instancias de legitimación, y, con frecuencia, esas nuevas fuentes han supuesto un fortalecimiento del Estado o de las distintas instituciones de poder público (absolutismo e idealismo).

El iusnaturalismo racionalista de los juristas de la Reforma, concibió dos órdenes o sistemas distintos y separados: uno natural y otro positivo. Esta distinción condujo posteriormente a la negación del Derecho natural como Derecho vigente. El Derecho positivo es un sistema jurídico que se caracteriza por disponer de garantías judiciales y de ejecución coactiva, el Derecho natural carece de ambas. La consecuencia es que el Derecho natural no sería propiamente Derecho (Hobbes, Thomasio). El Derecho natural entendido no como verdadero Derecho sino como moral o ética sociales es una derivación directa de la Escuela racionalista del Derecho Natural⁵³ e indirecta del pensamiento de Lutero sobre el Derecho natural.

En opinión del reformador, la palabra *liberumarbitrium* debería desaparecer del lenguaje de los hombres. Esto sería lo más seguro y lo más religioso⁵⁴. Al describir la naturaleza de la libertad, Lutero la reduce al libre arbitrio: “*iusutendi, faciendi, omittendi pro libero arbitrio*”; es decir, derecho a usar, obrar u omitir conforme al libre capricho. La libertad queda en cierto modo confundida con el dominio sobre las cosas materiales; ya no es concebida como una cualidad del ser dotado de inteligencia y voluntad – cuya finalidad es la perfección de ese mismo ser-, sino como algo cerrado en sí mismo, anárquico y ateleológico: mero derecho de usar y abusar sin referencia al orden del ser⁵⁵.

A ello debe añadirse que en la concepción luterana es la propia subjeti-

⁵² Afirmó que la ley natural ha sido conocida por todos los pueblos y en todos los tiempos, está expresada en el Decálogo, y no fue derogada por el Evangelio. Una exposición detallada de su doctrina, puede verse en CLEMENS BAUER, *Die Naturrechtsvorstellungen des jüngeren Melanchthon*, en VV. AA., *Festschrift für Gerhard Ritter zuseinem 60. Geburtstag*, Tübingen, 1950, pp. 244-255. Un breve resumen se encuentra en ALFRED VERDROSS, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas...*, p. 143.

⁵³ JAVIER HERVADA XIBERTA, *Vetera et Nova...*, p. 613.

⁵⁴ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero. (Análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento teológico)*, en “Persona y Derecho”, n. 7, 1980, p. 162.

⁵⁵ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero...*, p. 163.

vidad la que fundamenta la salvación⁵⁶. El hombre se salva sin necesidad de cumplir ninguna ley. La subjetividad se convierte así en el lugar hermenéutico de toda Revelación cristiana⁵⁷ y de la intelección del mundo, el punto de partida para interpretar el ser. De hecho, se ha afirmado que “la modernidad es la historia de la radicalización de la subjetividad”⁵⁸. Pero si es la subjetividad humana la que crea la verdad, se sigue inevitablemente que también es la que crea el bien. Si la subjetividad crea la moralidad, el hecho de que moralidad y legalidad se confundan (e incluso de que la legalidad cree la moralidad) no tiene en la concepción protestante los tintes dramáticos que tiene en la concepción católica⁵⁹.

Desde una concepción escolástica de la ley, ésta encuentra su fundamento en el orden natural (la ley natural). A su vez, la ley natural encuentra su fundamento en Dios. La ley humana, para ser justa, debe respetar –o al menos no contradecir– la ley natural. La ley no puede tener otra finalidad que la del bien común; esto es, el de toda la sociedad. Por su parte, la conciencia individual no es creadora de la ley sino sólo encargada de aplicarla a la conducta concreta que debe adoptar el sujeto en cada momento. Una ley humana que vaya en contra de la ley natural no se considera ley, y por tanto, no cabe propiamente una objeción de conciencia a la ley. Cuando una autoridad dicta una norma contraria a la ley natural, ese precepto humano no obliga, sino que más bien surge el deber de resistirlo. Mientras este planteamiento fue aceptado por los legisladores bastaba invocar la ley natural – sin necesidad de acudir a la fuerza normativa de la propia conciencia – no ya para quedar eximido del cumplimiento del tal norma, sino para convertirse en obligado a combatirla.

⁵⁶ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero...*, p. 161.

⁵⁷ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero...*, p. 162.

⁵⁸ DANIEL INNERARITY GRAU, *Modernidad y postmodernidad*, en “Anuario filosófico”, v. 20, 1987, p. 110, La evolución del principio moderno de la subjetividad encuentra su punto de apogeo en el idealismo (p. 112). Cuando Hegel establece la identidad de lo real y lo racional, de la ontología y la lógica, está formulando la solución más congruente con el espíritu de la modernidad para resolver el problema de la escisión entre mundo y subjetividad. «El pensamiento es actividad subjetiva. Así se inicia la edad de la reflexión subjetiva y se pone al absoluto como sujeto. Con este principio comienza la época moderna» (p. 113). Pero ha sido Nietzsche quien, a mi modo de ver, ha puesto un mayor énfasis en este rasgo de la filosofía moderna, al sostener que el hombre debe vivir oponiéndose al mundo. La voluntad de poder es una tenaz afirmación de sí mismo frente a la naturaleza. Nietzsche agota la posibilidad que había abierto el idealismo al desarrollar el planteamiento crítico: la configuración subjetiva de la objetividad, el poner (*setzen*) del sujeto, hace patente la función normativa de la conciencia sobre la realidad (p. 114). Sobre el pensamiento de Hegel respecto al Derecho natural, cfr.: DALMACIO NEGRO PAVÓN, *El Derecho natural y la política*, en “Revista de estudios políticos”, n. 194, 1974, pp. 57 y ss., especialmente pp. 101-104 y ss.

⁵⁹ ROBERT P. GEORGE McCORMICK, *Natural Law, God and Human Rights*, en JUAN IGNACIO ARRIETA (a cura di), *IllusDivinummella Vita della Chiesa*, Venezia, 2008, pp. 1269 y ss., hace una propuesta de solución a este problema desde la perspectiva de la moderna Filosofía del Derecho.

Desde esta perspectiva, había también supuestos en los que se atendía a situaciones individuales del sujeto y éste quedaba exceptuado de la aplicación de la ley, bien para evitar males mayores (éstos eran propiamente los supuestos de tolerancia), bien porque sin estar contemplados en la letra de la ley, atendidas las circunstancias del caso, se consideraba que la solución más justa era esa, según el propio espíritu de la ley. Se hablaba pues, de tolerancia, de equidad, de epiqueya⁶⁰, y no de objeción de conciencia. En estos casos, la razón para adoptar una medida individual, al margen o contraria al tenor literal de la ley era la propia ley: bien considerando el fundamento de su obligatoriedad, bien atendiendo a los valores de los que la propia ley era portadora. En la tradición escolástica mantenida durante siglos en el Derecho europeo, el fundamento de las excepciones a la ley no es la propia conciencia, y menos aún puede pensarse que el fundamento de la ley sea la conciencia⁶¹.

¿Cabe decidir sobre lo que debe dejarse a la moral privada de cada uno, y lo que debe regular el Derecho (una vez alcanzado ese consenso ético mínimo), sin contar previamente con una decisión ética? ¿Por qué es una cuestión privada disponer sobre el término de la propia vida (y por tanto un Derecho “neutral” debería dejarlo a la libre decisión de cada uno), y no es una cuestión privada que los propietarios establezcan los límites y la extensión del derecho de propiedad, sino que corresponde al Derecho objetivo establecerlos? Sólo partiendo de una determinada concepción del hombre, y de su relación con la sociedad podemos intentar la delimitación entre aquello que es sólo moral (una cuestión privada) y aquello que es una exigencia jurídica, que debe regular el Derecho⁶². Más aún, como ha sido señalado con acierto, “el Derecho penal impone siempre convicciones. Cabría incluso afirmar que resultaría inconcebible si renunciara a ello; tan absurdo sería desde el punto de vista de su objeto, dar paso a la sanción penal sin estar convencido de que el bien protegido lo merezca, como dejar el cumplimiento de sus normas al libre arbitrio de cada sujeto”⁶³.

La Ética cívica no es neutral. Esta Ética de mínimos, que nos obligaría a dejar en el ámbito privado nuestra Ética de máximos, supone, en realidad, que otros han impuesto su Ética. La permisión del aborto, del vandalismo o

⁶⁰ MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, pp. 39 y ss.

⁶¹ JOSÉ MORALES, *Una visión cristiana de la conciencia*, en “Persona y Derecho”, 5, 1978, pp. 539 y ss. GAETANO LO CASTRO, *Legge e coscienza*, en “Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica”, n. 2, 1989, pp. 17 y ss., también recogido en IDEM, *Il mistero del Diritto*, Torino, 1997. ARTHUR KAUFMANN, *Recht und Gewissen: Bemerkungen zum Problem der Rechtsgeltung*, en “Persona y Derecho”, 24, 1991, pp. 131 y ss.

⁶² ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, 2006, p. 190.

⁶³ ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte...*, p. 191.

de la eutanasia no es una decisión neutral; por el contrario, supone una determinada concepción ética. La pretendida Ética de mínimos no es la “Ética justa en la vida pública”, es una concepción ética concreta, que quizá sea la expresión de un decaimiento ético, que trae su causa en una devaluación de la fe personal y comunitaria⁶⁴.

La distinción entre persona y ciudadano, que constituye uno de los presupuestos de la Ética de mínimos, supone una ruptura de la unidad de la persona. Difícilmente puede sostenerse con argumentos racionales esta ruptura y, a la vez, afirmar que se garantizan como derechos inalienables de la persona las libertades de expresión y manifestación en el ámbito público, conforme a la propia ideología, religión o creencias. De acuerdo con esta visión de la Ética de mínimos que se acaba de exponer, un católico en una sociedad occidental podría pensar en cuanto que persona lo que quisiera (defender la vida y no el aborto o la eutanasia) pero en cuanto ciudadano, tendría que reducir sus exigencias morales.

El reconocimiento de los derechos de la persona que dimanan de su dignidad es una aportación del cristianismo lograda en un largo recorrido histórico⁶⁵. La Teología católica ha reiterado la necesaria libertad personal para abrazar la fe, la ilicitud de la violencia y la coacción para transmitirla. Estos principios, son recogidos por los grandes teólogos y por los documentos del Magisterio. Desde la Edad Media hasta el Concilio Vaticano II, pueden encontrarse fundamentos de la moderna libertad religiosa. Aunque haya también algunos documentos del Magisterio⁶⁶ que se apartan de esa concepción personal de la libertad religiosa que hoy conocemos desde la *Dignitatis Humanae*.

Los principales textos internacionales reconocen la libertad religiosa, ideológica y de conciencia. Sin embargo, no hay una distinción clara en el

⁶⁴ BENEDICTO XVI – JOSEPH RATZINGER, *Los caminos de la vida interior. El itinerario espiritual del hombre*, Barcelona, 2011, p. 109, “cualquier decaimiento ético no se limita a la esfera individual, sino que al mismo tiempo es una devaluación de la fe personal y comunitaria: de ella deriva y sobre ella influye de forma determinante”.

⁶⁵ ALFRED DUFOUR, *Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale*, en “Persona y Derecho”, 22, 1990, pp. 145 y ss.

⁶⁶ Cfr. el texto del *Syllabus* (de Pío IX), las Encíclicas *Mirari vos* (de Gregorio XVI), *Libertas praestantissimum* (de León XIII) y *Quod aliquantum* (de Pío VI). Para su estudio nos remitimos a JOSEF ISENSEE, *Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechtsstaatsphilosophischen Paradigma*, en “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung”, 72, 1987, pp. 321 y ss. Para el Magisterio posterior, vid. JÉRÔME HAMER / YVES CONGAR (dirs.), *La libertad religiosa*, Madrid, 1969. CARLOS SOLER, *La libertad religiosa en la declaración conciliar “Dignitatis Humanae”*, en “Ius Canonicum”, 65, 1993, p. 15. FERNANDO OCÁRIZ, *Delimitación del concepto de tolerancia y su relación con el principio de libertad*, en “Scripta Theologica”, 27, 1995/3, pp. 865 y ss.

ámbito jurídico de los objetos protegidos por cada una de estas libertades⁶⁷. De ahí se deduce, en mi opinión, que hay una mayor influencia de la concepción protestante de la libertad de conciencia⁶⁸, que de la concepción católica por lo que se refiere a la relación entre conciencia y ley. En efecto, la Reforma proclamó la libertad de conciencia en la Iglesia y frente a la Iglesia; ese subjetivismo, constituye la base de la que se deriva la identificación entre religión y creencia⁶⁹, y entre convicciones teístas y no teístas⁷⁰, que hacen algunos Documentos de Naciones Unidas.

⁶⁷ Ello no obsta para que esta diferenciación pueda darse en el plano conceptual, como ha expuesto PEDRO JUAN VILADRICH, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en Vv. AA., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980, pp. 267-269. Hay ediciones posteriores, y a este autor han seguido otros muchos, citamos aquí, de intento, la primera exposición que hizo este autor.

⁶⁸ La influencia protestante en los textos internacionales ha sido reiteradamente afirmada, cfr., por ejemplo: JORGEN NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Western Europe*, en Pontificia Commissione per la PastoraledelleMigrazioni e del Turismo, n. 41. Menschen Unterwegs. Islam e mobilitàumana, XIV, Mai 1984, p. 140.

⁶⁹ En numerosos documentos de Naciones Unidas, “religión” y “creencia” son empleados como sinónimos. Cfr., p. ej.: E/CN.4/1996/95/Add.1, 2 de enero de 1996. Informe presentado por Abdelfattah Amor, representante especial de conformidad con la Resolución 1995/23 de la Comisión de Derechos humanos, después de la visita del Relator especial a Pakistán, en la parte relativa a las Conclusiones y recomendaciones: “En lo tocante a la legislación, el Relator Especial subraya que la religión del Estado o de Estado no se contradice por sí misma con los derechos humanos. Sin embargo, el Estado no debe constituirse en defensor de la religión para definir su contenido, sus conceptos, sus límites, salvo los que son estrictamente necesarios y que se indican en el párrafo 3 del art. 1 de la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, así como en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El 20 de julio de 1993 el Comité de Derechos Humanos aprobó el Comentario General n. 22 relativo al artículo 18 del Pacto, en que se considera que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es de largo alcance. El Comité subraya asimismo que las restricciones a la libertad de profesar una religión o creencia sólo se autorizan en caso de que las prescriba la ley, de ser necesarias para garantizar la seguridad, el orden y la salud públicos, así como para proteger la moral o las libertades o derechos fundamentales de los demás, y se aplican de manera que se vicie el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (n. 81 del Informe). Sobre el tema, MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, p. 125.

⁷⁰ “A los efectos de la presente convención:

a) la expresión ‘religión o creencia’ comprende las convicciones teístas, no teístas y ateas; (...)

c) por ‘intolerancia religiosa’ se entenderá la intolerancia en materia de religión o creencia;

d) no se considerará por sí misma como intolerancia religiosa, ni discriminación por motivos de religión o creencia, la adopción de una religión ni el reconocimiento de una religión o creencia por un Estado ni la separación entre la Iglesia y el Estado, siempre y cuando este apartado no se interprete en el sentido de que permite la violación de disposiciones concretas de la presente convención”. Tomado del Proyecto de Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. Documentos oficiales del Consejo Económico y Social 41 periodo de sesiones, suplemento n. 8, E / 4.184. En el mismo sentido, el Informe de la Relatora especial sobre libertad de religión o creencias E/ CN.4 / 2005/61, de 20 de diciembre de 2004, n. 8, afirma que los términos creencia y religión deben entenderse igualmente en sentido amplio. Cfr. al respecto, MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho...*, p. 127.

3. *Ejercicio de los nuevos derechos y libertad religiosa: cambio civil de sexo e idoneidad para impartir clases de Religión católica en el Derecho español*

Un ejemplo de cómo la función normativa que se atribuye a la propia conciencia incide en el ejercicio de los nuevos derechos, es el conflicto que puede plantearse entre el derecho al cambio de sexo y la libertad religiosa. Si una persona que imparte clases de religión en un colegio procediera al cambio civil de sexo, en el Registro civil constaría el cambio de nombre por cambio de sexo⁷¹. ¿De qué modo afecta este cambio de sexo en la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA) y en su idoneidad para recibir la *missiocanonica*?

La anotación del cambio de sexo civil en el libro de registro de Bautismo es una nota marginal, no supone la cancelación del dato del asiento del Bautismo tal como fue inscrito, ni que la Iglesia reconozca el cambio de sexo, tenga éste su origen en un informe psicológico o en una operación quirúrgica⁷². Es decir, la notación en el libro de bautismo no supone una corrección, que sólo podría hacerse en el caso de un eventual error de transcripción⁷³, como ha indicado la Congregación para la Doctrina de la Fe y la Conferencia Episcopal Española, siguiendo sus orientaciones⁷⁴. Por tanto,

⁷¹ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2007, pp. 11251-11253. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, puede verse YOLANDA B. BUSTOS MORENO, *Sentencia de 28 de Febrero de 2008: Transsexualidad: viabilidad del cambio de la mención de sexo y nombre en el Registro Civil formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas sin necesidad de cirugía de reasignación de sexo: requisitos. Aplicación al caso de la nueva legislación por analogía de la regla contenida en la Disposición Transitoria 4.ª, inciso 3.º CC*, en “Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil”, núm. 80, 2009, pp. 481 ss.

⁷² Desde una perspectiva moral, ELIO SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, Milano 1988, pp. 373-398, expone la moralidad de la cirugía sobre el sexo: En el caso de los sujetos que presentan alguna de las formas de anomalías en el plano físico, por la copresencia de elementos anatómicos de ambos sexos (hermafroditismo, pseudohermafroditismo), la intervención quirúrgica no ha suscitado nunca dudas morales. El problema, en este orden de cosas, se plantea sobre qué dirección debe tomar la cirugía (es decir: qué sexo hay que hacer prevalecer y cuál hay que hacer desaparecer). Acerca de la adecuación del sexo genital con la tendencia sexual psíquica (transsexualismo propiamente dicho) aclara que no es lícito nunca, pues no se trata de ningún tipo de “rectificación” del sexo sino simplemente de una castración, esterilización, mutilación o privación de una verdadera función sexual que, de suyo, es sana; el problema es de orden psicológico. Esta intervención no sería un acto terapéutico, pues se interviene sobre una parte físicamente no enferma. Cfr., desde una perspectiva jurídica: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, *La transsexualidad: Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, 1999 y MARINA CAMPS MERLO, *Identidad sexual y Derecho: Estudio interdisciplinario del transsexualismo*, Pamplona, 2007.

⁷³ “No deben hacerse correcciones en los libros parroquiales con excepción de las que se refieran a eventuales errores de transcripción”, cfr. *infra*, notas 4 y 5.

⁷⁴ Orientaciones acerca del modo de proceder ante algunas implicaciones en el ordenamiento

hay que tener presente que la anotación en el libro de Bautismo sólo supone que la Iglesia toma conocimiento de un hecho civil, sin modificar por ello la condición canónica del sujeto. “El cambio de identidad anográfica del fiel en el ámbito civil no modifica su condición canónica masculina o femenina, definida al momento de su nacimiento, en el Registro de Bautismos no es posible aportar modificación alguna acerca de la identidad sexual del sujeto tras la intervención médica de cambio de sexo”⁷⁵.

El cambio de sexo puede considerarse una conducta mediante la que se da un testimonio no conforme a la doctrina cristiana. La Sagrada Escritura revela la concepción del hombre como criatura⁷⁶. El Catecismo de la Iglesia Católica reitera en diversos puntos que la concepción cristiana de la persona humana conlleva la aceptación del propio cuerpo⁷⁷, el Pontificio Consejo

canónico de la ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Aprobadas por la XCI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española (3 al 7 de marzo de 2008).

⁷⁵ Tenemos noticia de estas orientaciones, a través de los Boletines de algunas Diócesis alemanas, como por ejemplo el de Rottenburg-Stuttgart, donde consta: Eintragungen in den Kirchenbüchern nach durchgeführter Geschlechtsumwandlung: Die Kongregation für die Glaubenslehre hat im Zusammenhang mit Problemen des Transsexualismus zur Frage Stellung bezogen, ob in den Kirchenbüchern Änderungen vorzunehmen sind, wenn Gläubige seiner operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen haben und diese Umwandlung im staatlichen Rechtsbereich anerkannt wurde. Die Kongregation für die Glaubenslehre ordnet im Einvernehmen mit der Kleruskongregation an, dass der im Taufbuch ursprünglich eingetragene geschlechtsspezifische Name in Folge einer solchen operativen Eingriffs nicht verändert werden darf. Wohl aber muss am Rand der Taufeintragung eine Notiz über die erfolgte Operation angebracht werden, sofern die Geschlechtsumwandlung im staatlichen Rechtsbereich anerkannt worden ist. Genaue Angaben über die entsprechende zivilrechtliche Entscheidung (Name der entsprechenden Behörde, Datum und Aktenzeichen) sind dabei anzuführen; die vorgelegten Dokumente sind in Kopie zu den Taufakten zu nehmen. Amtsblatt der Diözese Rottenburg-Stuttgart – [KABl. 2003], 426. Accesible en http://recht.drs.de/fileadmin/Rechtsdoku/4/2/1/03_09_01.pdf

⁷⁶ “Dios creó el hombre a imagen suya; [...] hombre y mujer los creó” (Gn 1, 27). “Creced y multiplicaos” (Gn 1, 28); “el día en que Dios creó al hombre, le hizo a imagen de Dios. Los creó varón y hembra, los bendijo, y los llamó “Hombre” en el día de su creación” (Gn 5, 1-2). Sobre la posición de las Confesiones religiosas acerca de la necesaria complementariedad entre sexos, vid. MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ, *Principios de los Derechos confesionales sobre tecnología reproductiva e incidencia de la reproducción artificial en el régimen del matrimonio y la familia de estos ordenamientos*, en “Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, vol. 17, 2014, pp. 269 y 270.

⁷⁷ Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2332: “La sexualidad abraza todos los aspectos de la persona humana, en la unidad de su cuerpo y de su alma. Conciérne particularmente a la afectividad, a la capacidad de amar y de procrear y, de manera más general, a la aptitud para establecer vínculos de comunión con otro”. Por su parte, el n. 2333 añade: “Corresponde a cada uno, hombre y mujer, reconocer y aceptar su identidad sexual. La diferencia y la complementariedad físicas, morales y espirituales, están orientadas a los bienes del matrimonio y al desarrollo de la vida familiar. La armonía de la pareja humana y de la sociedad depende en parte de la manera en que son vividas entre los sexos la complementariedad, la necesidad y el apoyo mutuos” (el subrayado no consta en el original).

para los Agentes sanitarios, recuerda que “no se puede violar la integridad física de una persona para el tratamiento de un mal de origen psíquico o espiritual”⁷⁸, y el Magisterio reciente de los Romanos Pontífices reitera el deber de todo cristiano de respetar la naturaleza del Creador, también en lo que se refiere al propio cuerpo. Así, el Papa Francisco en la Encíclica *Laudato si*, de 24 de mayo de 2015, recuerda la necesidad de la aceptación del propio cuerpo como don de Dios, frente a la lógica del dominio sobre el cuerpo⁷⁹.

¿Una persona que ha cambiado de sexo es idónea para impartir clases de Religión católica? Esta persona no vive conforme al modo en que la Tradición y el Magisterio de la Iglesia entienden la sexualidad humana. “La castidad significa la integración lograda de la sexualidad en la persona, y por ello en la unidad interior del hombre en su ser corporal y espiritual” (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2337). Por tanto, se puede decir que no es idónea para impartir la Religión católica, ya que no se ajusta a lo previsto en el c. 804, 2: “Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida

⁷⁸ “No se puede violar la integridad física de una persona para el tratamiento de un mal de origen psíquico o espiritual. En estas circunstancias no se presentan órganos enfermos o funcionando mal; así que su manipulación medicoquirúrgica es una alteración arbitraria de la integridad física de la persona. No es lícito sacrificar al todo, mutilándolo, modificándolo o extirpándole una parte que no se relaciona patológicamente con el todo. Es por esto que no se puede correctamente asumir el principio de totalidad como criterio de legitimación de la esterilización antiprocreativa, del aborto terapéutico y la medicina y cirugía transexual”. PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, *Carta de los Agentes Sanitarios*, 1995.

⁷⁹ “La ecología humana implica también algo muy hondo: la necesaria relación de la vida del ser humano con la ley moral escrita en su propia naturaleza, necesaria para poder crear un ambiente más digno. Decía Benedicto XVI que existe una ‘ecología del hombre’ porque ‘también el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo’. En esta línea, cabe reconocer que nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. La aceptación del propio cuerpo como don de Dios es necesaria para acoger y aceptar el mundo entero como regalo del Padre y casa común, mientras una lógica de dominio sobre el propio cuerpo se transforma en una lógica a veces sutil de dominio sobre la creación. Aprender a recibir el propio cuerpo, a cuidarlo y a respetar sus significados, es esencial para una verdadera ecología humana. También la valoración del propio cuerpo en su femineidad o masculinidad es necesaria para reconocerse a sí mismo en el encuentro con el diferente. De este modo es posible aceptar gozosamente el don específico del otro o de la otra, obra del Dios creador, y enriquecerse recíprocamente. Por lo tanto, no es sana una actitud que pretenda ‘cancelar la diferencia sexual porque ya no sabe confrontarse con la misma’” (*Laudato Si*, n. 155). “Si el ser humano no redescubre su verdadero lugar, se entiende mal a sí mismo y termina contradiciendo su propia realidad: No sólo la tierra ha sido dada por Dios al hombre, el cual debe usarla respetando la intención originaria de que es un bien, según la cual le ha sido dada; incluso el hombre es para sí mismo un don de Dios y, por tanto, debe respetar la estructura natural y moral de la que ha sido dotado” (*Laudato Si*, n. 115).

cristiana y por su aptitud pedagógica”. Es decir, no da testimonio de vida cristiana. La Congregación para la Doctrina de la Fe en respuesta al Obispo de Cádiz y Ceuta dijo expresamente: “El mismo comportamiento transexual revela de manera pública una actitud opuesta a la exigencia moral de resolver el propio problema de identidad sexual según la verdad del propio sexo” (citada en el Comunicado de fecha 1 de septiembre de 2015).

Sin entrar a valorar la conducta moral de una persona transexual, para cuya conducta puede haber circunstancias atenuantes de responsabilidad⁸⁰, lo que no parece que pueda alegar un profesor de Religión, es ignorancia al respecto. Además de las fuentes citadas, la Conferencia Episcopal Española, ha aprobado recientemente un documento que trata, entre otras cuestiones, de este tema y que se supone que un profesor de Religión debería conocer: “La verdad del amor humano. Orientaciones sobre el amor conyugal, la ideología de género y la legislación familiar” (25 de abril de 2015).

La solicitud de la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA), tal como consta en la página web de la Conferencia Episcopal Española, requiere por parte del solicitante una “Declaración responsable”, en cuyo formulario⁸¹ consta que la DECA “implica impartir recta doctrina y dar testimonio de vida cristiana, según los cánones 804 y 805 del Código de Derecho Canónico”.

Como se ha dicho, la anotación en el libro de Bautismo sólo supone que la Iglesia toma conocimiento de un hecho civil, pero no exime del cumpli-

⁸⁰ “La imputabilidad y la responsabilidad de una acción pueden quedar disminuidas e incluso suprimidas a causa de la ignorancia, la inadvertencia, la violencia, el temor, los hábitos, los afectos desordenados y otros factores psíquicos o sociales.” (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1735).

“La ignorancia involuntaria puede disminuir, y aún excusar, la imputabilidad de una falta grave, pero se supone que nadie ignora los principios de la ley moral que están inscritos en la conciencia de todo hombre. Los impulsos de la sensibilidad, las pasiones pueden igualmente reducir el carácter voluntario y libre de la falta, lo mismo que las presiones exteriores o los trastornos patológicos. El pecado más grave es el que se comete por malicia, por elección deliberada del mal”. (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1860)

⁸¹ DECLARACIÓN RESPONSABLE

Yo, D./Dña. _____, con D.N.I. n.º _____, declaro bajo mi responsabilidad que conozco y asumo libremente los requisitos necesarios para poder ser contratado para impartir clase de Religión y Moral Católica en centros docentes, que son los siguientes:

¹ Estar en posesión de la titulación civil correspondiente al nivel educativo en el que pretendo impartir docencia, según la normativa en vigor (legislación estatal y autonómica correspondientes).

² Estar en posesión de la titulación eclesiástica correspondiente al nivel educativo en el que pretendo impartir docencia (D.E.C.A., Declaración Eclesiástica de Competencia Académica).

³ Haber sido propuesto por el Ordinario Diocesano (*missiocanonica*), lo que supone estar en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (D.E.I.), otorgada por el Ordinario Diocesano correspondiente, que implica impartir recta doctrina y dar testimonio de vida cristiana, según los cánones 804 y 805 del Código de Derecho Canónico.

miento de todos los requisitos necesarios para la obtención de la DECA, entre los que se encuentra la declaración responsable de dar testimonio de vida cristiana. ¿Cuál sería el modo de proceder más correcto si una persona que imparte clases de Religión procediera al cambio de sexo y solicitara que se cambie su nombre en la DECA? Se presentan las siguientes posibilidades:

a) Denegarle lo que solicita.

b) Pedirle que vuelva a firmar la declaración responsable. Y como no podrá firmarla, porque no da testimonio de vida cristiana, entonces denegarle la DECA por no cumplir, en general, con uno de los requisitos (la declaración responsable), no específicamente por el cambio de sexo.

c) Proceder a la indicación en la DECA de su cambio de nombre, por cambio de sexo, y luego no renovar la propuesta a la Administración Educativa competente, por falta de testimonio de vida cristiana. Esta opción no parece aconsejable, pues sería contradictorio aceptar una “declaración responsable” de quien se sabe que no da testimonio de vida cristiana.

En mi opinión, la opción más ajustada al Derecho canónico y al del Estado⁸² es la 2ª, puesto que permite dar audiencia a la persona interesada⁸³. La denegación debe ser motivada. Desde la STC 38/2007, el TS (cf., por ej., la STS de 28 de enero de 2009) ha seguido el criterio de que ni la naturaleza especial, ni el carácter temporal del profesorado de Religión eximen a la decisión de no renovación del necesario respeto a los derechos fundamentales⁸⁴. Deberá constar en la motivación que el cambio de sexo de un cristiano, ciertamente no le priva de su condición de cristiano, pero es una conducta que se opone a las normas esenciales de la moral católica. Resulta importante que la denegación de la DECA con el nuevo nombre esté motivada, porque la persona interesada, puede invocar que ha sufrido una discriminación por razón de sexo (art. 14 de la CE) o que se ha lesionado su derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸⁵ (art. 10,1 de la CE). Si no se motivara, se iría

⁸² Conviene tener presente que esta relación jurídica tiene la “doble vertiente” estatal y canónica, cfr.: JORGE OTADUY GUERÍN, *Profesores de Religión [régimen jurídico de los]*, en JAVIER OTADUY / ANTONIO VIANA / JOAQUÍN SEDANO, (dirs.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Cizur Menor, 2012, p. 548.

⁸³ MARÍA DEL CARMEN CAPARRÓS SOLER, *La falta de motivación de las decisiones episcopales de revocación de la idoneidad de los profesores de religión y su control jurisdiccional*, en “IusCanonicum”, vol. 56, 2016, p. 726.

⁸⁴ MARÍA DEL CARMEN CAPARRÓS SOLER, *La falta de motivación de las decisiones episcopales de revocación de la idoneidad...*, p. 700. Para un estudio de la jurisprudencia anterior a esta sentencia, cfr.: RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN, *Los profesores de religión católica en la jurisprudencia*, en “Anuario de Derecho eclesiástico del Estado”, vol. 21, 2005, pp. 243 y ss.

⁸⁵ Cfr.: MERCEDES VIDAL GALLARDO, *El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal*, en “Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos”, n. 3, 2003, pp. 385-399.

en contra de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que exige la motivación de las decisiones en todas las relaciones laborales en las que está en juego un derecho fundamental⁸⁶. La relación laboral de un profesor de religión es muy peculiar⁸⁷, pero la audiencia previa al interesado, y la motivación podrían evitar eventuales problemas posteriores si hay controversias ante los tribunales en los que la Diócesis o la CEE tengan que invocar su derecho a la autonomía.

Ciertamente, todas las confesiones están sujetas al deber de respetar los principios del sistema educativo español⁸⁸. Ello no obsta para que sea una facultad reconocida como parte integrante de la libertad religiosa, garantizada a toda persona por el art. 2, c) de la LOLR, el “recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento”. Asimismo, el art. 27,3 de la CE, establece que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

El derecho de toda persona a recibir enseñanza e información religiosa lleva al Estado a respetar la autonomía de las confesiones en la determinación de los contenidos propios de la enseñanza⁸⁹ y los requisitos de idoneidad del profesorado que la imparte⁹⁰.

JAIME VIDAL MARTÍNEZ, *¿Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad) en el “libre desarrollo de la personalidad” al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española?*, en “Revista General de Derecho”, n. 534, 1989, pp. 987-1029.

⁸⁶ STC 29/2002, de 29 de 11 de febrero, FJ 15.

⁸⁷ JORGE OTADUY GUERÍN, *La jurisprudencia española sobre profesores de religión*, en ISABEL CANO RUIZ (ed.), *La enseñanza de la religión en la escuela pública: Actas del VI Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Alcalá de Henares, 16-18 de octubre de 2013*, Granada, 2013, pp. 165 y ss. Cfr.: ZOILA COMBALÍA, *La contratación del profesorado de religión en la escuela pública*, Valencia, 2013.

⁸⁸ El art. 2, 3 de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema educativo, prevé que “La actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios”: (...) c) “La efectiva igualdad entre los sexos, y el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a las culturas”. Y el art. 1, b) de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación establece que “son principios del sistema educativo”: (...) b) “La capacidad de transmitir valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades, y la igualdad de derechos entre los sexos que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad, mediante el impulso a la participación cívica de los alumnos en actividades de voluntariado”. Sobre la vinculación de las Confesiones a los derechos fundamentales, cfr.: MARÍA J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid, 2005.

⁸⁹ SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia católica en la designación de los profesores de religión, en “Revista española de derecho canónico”, vol. 66, 2009, pp. 275 y ss.

⁹⁰ JORGE OTADUY GUERÍN, *Idoneidad de los profesores de Religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero del Tribunal Constitucional*, en www.iustel.com

A la Iglesia católica, en el Acuerdo Internacional con el Estado Español sobre Enseñanza y Asuntos Sociales, firmado el 3 de enero de 1979, se le otorga la competencia para elaborar el currículo de la asignatura de Religión y Moral Católica a la jerarquía eclesiástica (art. 6). La normativa educativa posterior garantiza este derecho. Así por ejemplo, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, en el artículo 6.1, define el currículum como la regulación de los elementos que determinan los procesos de enseñanza y aprendizaje para cada una de las enseñanzas, y en el Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, Disposición adicional tercera⁹¹, se concreta lo que atañe a las Enseñanzas de Religión.

Puesto que en los contenidos morales y dogmáticos propios de algunas confesiones religiosas (no solo de la Iglesia católica), con reconocimiento jurídico en el Estado Español y con Acuerdos firmados con el mismo Estado, aparecen aspectos, en los que eventualmente pueden entrar en conflicto la igualdad de sexos, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en concreto, por lo que se refiere a la conducta sexual y reproductiva⁹²) tal como es interpretado en el ordenamiento español⁹³, o con la concepción según la cual la interpretación correcta de los derechos humanos está ligada a la ideología de género⁹⁴, resulta oportuno estudiar las soluciones que en el

“Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado”, n. 14, 2007.

⁹¹ 1. “Las enseñanzas de religión se incluirán en la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato de acuerdo con lo establecido en los artículos 13, 14, 27 y 28 de este real decreto.

² Las Administraciones educativas garantizarán que, al inicio del curso, los padres, madres o tutores legales y en su caso el alumnado puedan manifestar su voluntad de que éstos reciban o no reciban enseñanzas de religión.

³ La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado español ha suscrito Acuerdos de Cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas”.

⁹² Sobre este aspecto, cfr.: MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ, *Principios de los derechos profesionales sobre tecnología reproductiva e incidencia de la reproducción artificial en el régimen jurídico del matrimonio y la familia...*, pp. 217 y ss.

⁹³ JOSÉ MARÍA MARTÍ, *La enseñanza de la religión islámica en los centros públicos docentes*, en “Il Diritto ecclesiastico”, 2000, p. 814. Sobre la enseñanza de la religión islámica, puede verse también, AGUSTÍN MOTILLA, *L'accordo di cooperazione tra la Spagna e la Commissione islamica. Bilancio e prospettive*, en SILVIO FERRARI (ed.), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, 1999, pp. 257-259.

⁹⁴ Sobre la afirmación de que la interpretación correcta de los derechos humanos está ligada a la ideología de género, vid. la argumentación de MARÍA DEL MAR MARTÍN GARCÍA, *Derecho y mujer. Anotaciones sobre la ideología de género*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, vol.32, 2016, p. 614.

ámbito de la enseñanza de la Religión en la escuela puedan darse⁹⁵.

Por lo que se refiere al derecho de las confesiones a fijar el contenido de la enseñanza de la religión, el TC se ha pronunciado reforzando la autonomía de las confesiones⁹⁶. Dicho de otro modo, ha de entenderse que las confesiones están amparadas por su derecho de autonomía, en la transmisión de los valores y contenidos dogmáticos de la clase de religión, que puedan no coincidir con la concepción estatal de los mismos.

Del mismo modo, un profesor que cambia de sexo puede ser idóneo para impartir otras disciplinas, pero no Religión católica. La valoración de la idoneidad de los profesores de religión entra dentro del derecho de autonomía de las iglesias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de la Gran Sala, Fernández Martínez c. España, de 15 de mayo de 2012⁹⁷, y más recientemente en el caso Travaš c. Croacia, de 4 de octubre de 2016⁹⁸, ha declarado que no existe violación del Convenio por el hecho de que se retire la *missiocanonica* a quienes han dejado de ser idóneos, a juicio de la Iglesia cuya Religión o Teología imparten.

Cabe la eventualidad de que la persona que cambia de sexo no comparta que la aceptación del propio cuerpo es una norma moral esencial dentro de la doctrina católica. Tal vez incluso pueda considerar que si no se le otorga la DECA con el nuevo nombre, se le está discriminando por el ejercicio de un derecho reconocido en el ámbito civil. Por todo ello, es importante que en la fundamentación quede claro el carácter esencial, dentro de la doctrina católica, de la aceptación del propio cuerpo como manifestación de reconocerse criaturas, y a Dios como Creador.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala el derecho de autonomía de las Confesiones a sostener su propio credo y a que su doctrina tenga consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales que las personas (sean miembros o no de la Confesión) establecen con

⁹⁵ Para un riguroso análisis de los problemas jurídicos que plantea la presencia de valores en las aulas de un Estado neutral vid.: ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y proyección jurídica de los valores en las aulas*, Valencia, 2015.

⁹⁶ STC de 1 de abril de 1988, FJ 3: “si la enseñanza de la religión no forma parte de la programación general de la enseñanza al haber pasado a ser una asignatura voluntariamente optada por el alumno, es evidente que el claustro de profesores y las asociaciones de padres de alumnos carecen de capacidad para desarrollar el currículo de los diferentes niveles educativos, de las diferentes confesiones religiosas que al amparo del art. 3. 3 pueden establecer enseñanzas alternativas y complementarias, competencias que escapan del control del consejo escolar que tiene carácter laico, o no confesional, y no debe intervenir...”.

⁹⁷ Un comentario a esta sentencia puede verse en JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR Y VALVERDE, *Insegnamentodellareligione e coerenza di vita*, en *Iusecclisiae*, vol. 25, 2013, pp. 153 y ss.

⁹⁸ Demanda n° 75581/13.

ella⁹⁹. En primer término, el Estado no puede examinar la legitimidad del contenido de las creencias de una confesión. El derecho de libertad religiosa está garantizado, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, excluyendo cualquier discrecionalidad del Estado para determinar qué creencias u opiniones religiosas son legítimas (Hasan y Chaush v. Bulgaria [GC], n.º. 30985/96, §§ 62 y 78, 2000-XI). Por ello, el Estado no puede examinar si la concepción que la Iglesia católica tiene de la aceptación del propio cuerpo es legítima o no, ello iría en contra de la neutralidad del Estado, y del derecho de autonomía, reconocido a todas las confesiones religiosas.

A ello hay que añadir que la libertad religiosa individual no incluye la facultad de disentir de la doctrina de la propia confesión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce, que el art. 9 no garantiza el derecho a disentir dentro de una confesión religiosa; en caso de eventual desacuerdo en materia de doctrina o de organización de la propia confesión, la libertad religiosa individual queda garantizada mediante la libertad para abandonar la propia religión (HolySynod of theBulgarianOrthodoxChurch -MetropolitanInokentiy- et alt., de 22 de enero de 2009 § 137¹⁰⁰; Karlsson v. Suecia, n.º. 12356/86, decisión de la Comisión de 8 de Septiembre de 1988, DR 57, p. 172; Spetz et alt. v. Suecia, n.º. 20402/92, decisión de la Comisión de 12 de Octubre de 1994; y Williamson v. Reino Unido, n.º 27008/95, decisión de la Comisión 17 Mayo de 1995).

En cambio, sí forma parte de la libertad religiosa individual incluye el derecho a participar de la vida de la propia comunidad religiosa. El eventual solicitante del cambio de nombre en la DECA, podría argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el derecho a participar en la vida de la propia comunidad religiosa es una de las manifestaciones de la religión, cuya protección está incluida en el art. 9 (Hasan y Chaush v. Bulgaria, 26 de Octubre de 2000, y Perry v. Letonia, n.º. 30273/03, § 55, 8 de

⁹⁹ Cfr.: MARÍA J. ROCA, *El derecho de libertad religiosa*, en JAVIER GARCÍA ROCA / ENCARNA CARMONA CUENCA, (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur, 2017, pp. 451 y ss. AGUSTÍN MOTILLA, (ed.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Granada, 2016.

¹⁰⁰ Sobre esta sentencia, puede verse: IGOR PONKIN / MICKAIL KOUZNETSOV, *Los cismas religiosos y la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “El Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (metropolitana Innokenty) y otros contra Bulgaria*, en www.iustel.com “Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado”, n. 21, 2009. Sobre la autonomía de las Confesiones en los países del Este, vid.: ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Reconocimiento y autonomía de las confesiones religiosas en los países del Este*, en “Anuario de derecho eclesiástico del Estado”, vol. 31, 2015, pp. 479 y ss. ISIDORO MARTÍN SÁNCHEZ, *Las confesiones religiosas y su autonomía según el Tribunal Europeo de Derechos humanos*, en “Encuentros multidisciplinares”, vol. 16, 2014, pp. 64 y ss.

Noviembre de 2007). Por ello, convendría redactar la denegación haciendo constar que la falta de idoneidad para ser profesor de Religión, no priva al interesado de participar en otras manifestaciones del culto o de caridad que se lleven a cabo en la vida de la Iglesia. Siempre y cuando no suponga ocupar un oficio eclesiástico¹⁰¹ o una relación laboral para la que sea necesario el testimonio de vida cristiana.

Por último, la autonomía de las confesiones religiosas se manifiesta en el ámbito de las relaciones laborales. La libertad de elegir empleados conforme a criterios específicos de la propia confesión está reconocida por la jurisprudencia del TEDH (Obst v. Alemania n.º. 425/03, de 23 de Septiembre de 2010¹⁰²), pero esta libertad no es absoluta; se requiere el cumplimiento de las cláusulas contractuales por ambas partes: la confesión y el empleado. En el caso de solicitante del cambio de nombre en la DECA, habría que decir que esta persona ha modificado su conducta desde que se le concedió hasta el momento en que solicita el cambio de nombre. Por parte de la Iglesia, en cambio, no ha habido una modificación de su doctrina en este aspecto esencial.

4. Consideración final

La configuración subjetiva del contenido del Derecho se manifiesta en la pretensión de que la conciencia ejerza una función normativa sobre la realidad. Esta pretensión, aunque se haga con el propósito de garantizar el mayor ámbito posible de libertad a cada persona, y evitar así que la limitación de los derechos individuales genere conflictos, necesariamente es generadora de otro tipo de conflictos. La armonización de los intereses subjetivos termina resolviéndose por la “ley del más fuerte”, si no hay una referencia objetiva común. El Derecho es un mero instrumento de represión y de poder, si se queda reducido sólo a la concepción subjetiva de los titulares del Derecho, y sin referencia a una realidad objetiva indisponible en sus bases fundamentales para los sujetos destinatarios del Derecho.

¹⁰¹ Se pueden aplicar aquí las consideraciones de ANTONIO VIANA, *¿Son idóneos para el oficio eclesiástico los divorciados que contraen nuevo matrimonio civil?*, en “IusCanonicum”, vol. 56, 2016, pp. 515 y ss.

¹⁰² CHRISTIAN WALTER, *Religions- und Gewissensfreiheit*, en OLIVER DÖRR / RAINER GROTE / THILO MARAUHN, (Hrsg.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*. Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen, 2013, pp. 957 y ss.

Religione e Sanità. Per una realizzazione laica del diritto alla salute

BEATRICE SERRA

1. *Considerazioni introduttive: laicità dello Stato e interazioni fra libertà religiosa e diritto alla salute*

Il tema del rapporto fra religione e sanità è un tema classico della letteratura giuridica e non giuridica. Perché? Perché questo tema pone in relazione due dimensioni essenziali della vita della persona, alle quali, non a caso, corrispondono due diritti fondamentali: il diritto di libertà religiosa e il diritto alla salute (cfr. artt. 19 e 32 Cost.).

Ma non solo. La definizione e i modi di realizzazione del diritto di libertà religiosa e del diritto alla salute, e le interazioni fra tali diritti sono, storicamente, due indicatori diretti ed immediati del livello di laicità dello Stato.

Da una parte, la libertà religiosa è il frutto della modernità, della separazione moderna tra religione e legittimazione politica. È, infatti, con l'affermarsi della libertà religiosa – prima in ordine di tempo tra le libertà civili rivendicate nei confronti del potere politico –, che lo Stato diviene laico (nel senso di non confessionale, di Stato che salvaguardia la libertà di religione) e l'obbedienza all'istituzione politica non è più un dovere di coscienza¹.

Dall'altra parte, e conseguentemente, con l'affrancarsi dei poteri pubblici dall'autorità religiosa, con l'affermarsi di una nuova concezione della sovranità e delle competenze dello Stato, la sanità, il tema del corpo, del suo controllo e della sua tutela, si palesa come oggetto di competizione tra potere temporale e potere spirituale, rivendicando lo Stato moderno una propria concezione del corpo e della salute – in principio distinta dalla concezione religiosa –, sulla base della quale costruire un sistema sanitario pubblico

¹ Per questa chiave di lettura delle origini della libertà religiosa cfr. per tutti MARIO RICCA, *art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, Utet, Torino, 2006, p. 420 e bibliografia ivi citata.

rispondente alla natura laica dello Stato².

Ora, dato il rilievo dei beni della vita in gioco e dei principi giuridici coinvolti, i concreti profili d'intersezione fra diritto di libertà religiosa e diritto alla salute e le conseguenti prospettive di analisi sono molteplici.

Si pensi al tema dell'assistenza religiosa o spirituale nelle strutture sanitarie di ricovero, oggi garantita in Italia da normativa unilaterale e di derivazione pattizia³.

Si pensi al diritto del degente di osservare prescrizioni religiose in materia alimentare, riconosciuto esplicitamente da norme di derivazione pattizia⁴ e incluso nel diritto del malato – enucleato nel d.P.C.M. del 19 maggio 1995 –, di essere assistito e curato nel rispetto delle proprie convinzioni filosofiche e religiose⁵.

Si pensi, ancora, al tema degli enti ecclesiastici ospedalieri e della loro qualificazione nella evoluzione giuridica del sistema italiano; al tema della obiezione di coscienza del personale sanitario all'interno degli ospedali, anche religiosi; o al macro-tema del rapporto tra bioetica e fattore religioso, tra religione e biodiritto, che in Italia si declina, soprattutto, come tema dello spazio di partecipazione da riconoscere alle confessioni religiose nella defi-

² Per lucide riflessioni sul nesso tra laicità e corporeità si veda MARCO VENTURA, *Laicità e fattore religioso*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di LORENZO CHIEFFI, Paravia Scriptorium, Torino, 2000, pp. 37-49.

³ Cfr. art. 5, R.D. 28 febbraio 1930, n. 289; art. 35, D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128; art. 38, l. 23 dicembre 1978 n. 833; allegato 8, punto 44, D.P.C.M. 19 maggio 1999; art. 11, l. 25 marzo 1985, n.121; art. 6, l. 11 agosto 1984, n.449; art. 8, l. 22 novembre 1988, n. 516; art. 4, l. 22 novembre 1988, n.517; art. 9, l. 8 marzo 1989, n.101; art. 6, l. 12 aprile 1995, n.116; art. 6, l. 29 novembre 1995, n.520; art. 5, l. 30 luglio 2012, n.126; art. 9, l. 30 luglio 2012, n.127; art. 6, l. 30 luglio 2012, n.128; art. 5, l. 31 dicembre 2012, n. 245; art. 5, l. 31 dicembre 2012, n. 246.

^{1a} distinzione, cui ci si riferisce in questa sede, fra assistenza religiosa e assistenza spirituale, è data dal fatto che l'assistenza spirituale non si risolve nelle pratiche di culto e nelle altre manifestazioni della libertà religiosa, includendo forme più ampie di supporto psicologico e spirituale. Esemplicativi in questo senso l'art. 5, l. 31 dicembre 2012, n. 245 e l'art. 5 l. 31 dicembre 2012, n. 246, che sanciscono il diritto dei pazienti all'*assistenza spirituale* da parte di ministri di culto o da parte di assistenti spirituali.

⁴ Cfr. art. 7, l. 8 marzo 1989, n.101. Tale diritto è anche oggetto dell'Accordo dell'11 novembre 2009 tra la Regione Lombardia e la Comunità Ebraica di Milano per il servizio di assistenza religiosa nelle strutture sanitarie di ricovero e cura lombarde sul quale si veda ISABELLA BOLGIANI, *Assistenza spirituale nelle strutture sanitarie lombarde: l'Accordo tra Regione e Comunità Ebraica di Milano*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, n. 2, 2009, pp. 457-478.

¹ⁿ analogo diritto è riconosciuto per detenuti dall'art. 3, comma 4 dell'Intesa, firmata nel 2007, tra la Repubblica Italiana e la Congregazione dei testimoni di Geova (cfr. in www.governo.it).

⁵ Cfr. d.P.C.M. 19 maggio 1995, Schema Generale di riferimento della «Carta dei servizi pubblici sanitari», allegato 7- *Regolamento dei diritti e dei doveri dell'utente malato*, art. 1; allegato 8- *Elenco dei diritti contenuti nelle carte proclamate a livello locale*, artt. 43 e 44.

nizione delle politiche bioetiche pubbliche⁶.

Ebbene, questi ed altri profili del rapporto fra sanità e fattore religioso sono oggi più complessi e problematici in ragione di un altro elemento: la presenza, nel nostro sistema sanitario, di un'utenza multi-etnica, multiculturale e multi-religiosa, che è conseguenza diretta e immediata del fenomeno migratorio.

Questa utenza ridefinisce, inevitabilmente, le intersezioni fra diritto alla salute e diritto di libertà religiosa, ponendo nuove questioni o riformulando vecchie questioni in una diversa prospettiva.

Questioni che in Italia sono divenute oggetto consapevole di studio a partire dalla fine degli anni 80, ma che noi troviamo compiutamente affrontate con almeno vent'anni d'anticipo negli Stati Uniti e in Canada⁷, ove l'immigrazione di massa è avvenuta prima che in Europa, determinando un forte pluralismo culturale e una più consolidata e feconda tradizione di studi sul tema. Esemplificativo di tale tradizione di studi un recentissimo volume, *Diversity and Inclusion in Quality Patient Care*, nel quale sono appunto analizzati, in prospettiva interdisciplinare, i riflessi della diversità religiosa e culturale nella cura della salute⁸.

⁶ Su questi aspetti del rapporto fra fattore religioso e diritto alla salute, eterogenei ma profondamente connessi, si veda per un primo orientamento sugli enti ecclesiastici ospedalieri, CARMELA ELEFANTE, *Enti ecclesiastici ospedalieri, sanità pubblica e spending review*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁵La obiezione di coscienza del personale sanitario, qualificabile anche come libertà di prestazione della cura si veda CINZIA PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2006, pp. 165-200.

⁶Per una ricostruzione delle intersezioni tra bioetica e fattore religioso FORTUNATO FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incidere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano, 2012; SALVATORE BERLINGÒ, *È l'ecclesiasticista scientificamente legittimato ad occuparsi di bioetica?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n.1, 2005, pp. 11-24.

⁷ Sulla multiculturalità quale situazione di fatto che ha caratterizzato il Canada e gli Stati Uniti prima che l'Europa cfr. MARIALUISA ZUPPETTA, *Società multi-etnica e multiculturalismo. Il caso del Canada*, in *www.amministrazioneincamminoluis.it*, 23 novembre 2009, pp. 1-10; CLAUDIA SANTORO, *La tutela penale dei soggetti vulnerabili nell'Italia multiculturale tra simbolicità ed ineffettività*, in *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, a cura di FULVIA ABBONDANTE, SALVATORE PRISCO, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 123-126.

⁸Per costatazioni sulla natura relativamente recente e del fenomeno migratorio e delle sue implicazioni anche sanitarie in Italia cfr. ALDO MORRONE, *Aspetti sanitari del fenomeno migratorio*, in *Immigrazione e salute. Questioni di biogiuridica*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE, Edizioni Studium, Roma, 1999, pp. 35-40.

⁸ Cfr. *Diversity and Inclusion in Quality Patient Care*, MARCUS L. MARTIN, SHERYL L. HERON, LISA MORENO-WALTON, ANNA WALKER JONES, (edited by), Springer, New York, 2016.

2. *Il sistema sanitario italiano fra pluralità dei modelli corporei e terapeutici e approccio bio-tecnologico*

Guardando alla realtà italiana, tra i diversi profili del rapporto fra sistema sanitario e specificità religiosa e culturale degli utenti ve ne è uno che emerge con particolare evidenza e frequenza nella relazione terapeutica.

È il tema delle barriere comunicative tra personale sanitario e pazienti non autoctoni.

Queste barriere trovano la loro origine nell'appartenenza religiosa e culturale dei pazienti.

Perché? Perché l'identità religiosa e culturale del paziente investe le diverse forme di realizzazione del diritto alla salute, determinando il modo di concepire il corpo e la malattia, l'esperienza del dolore, i sistemi di cura⁹.

Se ciò è vero per tutti e in ogni relazione terapeutica, quando però chi si avvale dei servizi sanitari ha un'appartenenza culturale e religiosa diversa dagli erogatori di questi servizi o, comunque, "altra" rispetto agli autoctoni, tale appartenenza si traduce, sovente, in un *deficit* comunicativo tra pazienti e operatori sanitari che genera conflitti e fraintendimenti, vanificando l'efficacia dei percorsi di cura consueti.

Approcciandosi ai servizi sanitari del Paese di approdo con il proprio, specifico, sistema di valori e credenze il paziente straniero non si riconosce negli abiti culturali occidentali sottesi a tali servizi e alle modalità della loro erogazione e, pertanto, non riesce a instaurare un rapporto di reale collaborazione con il personale sanitario.

Le difficoltà non scaturiscono, semplicemente, dalla non conoscenza della lingua italiana, ma dal fatto che le categorie culturali e religiose dei pazienti non autoctoni implicano peculiari modelli corporei, cui corrispondono specifici modelli terapeutici.

Essendo questi modelli terapeutici diversi da quelli del personale medico – o, comunque, diversi da quelli previsti dai protocolli sanitari –, ne consegue un vuoto comunicativo che priva il medico d'informazioni indispensabili per capire il significato del disagio e le sue radici e, dunque, per elaborare

⁹ Per il riconoscimento dell'incidenza della identità religiosa nei percorsi di cura si veda nella vasta letteratura ISABELLE LÉVY, *La religion à l'hôpital*, Presses de la Renaissance, Paris, 2004, spec. pp. 185-224; NEVILLE A. KIRKWOOD, *The hospital handbook on multiculturalism and religion*, Morehouse publishing, Harrisburg, 1993, spec. pp. 5-97; JOSEFIN ALUJAN, HOWARD B. CAMPBELL, *The Role of Religion on the Health Practices of Mexican Americans*, in *Journal of Religion and Health*, n. 45, 2006, 2, pp. 183-195; RÔMULO ROMEU DA NÓBREGA ALVES, HUMBERTO DA NÓBREGA ALVES, RAYNNER RIKE DUARTE BARBOZA, WEDSON DE MEDEIROS SILVA SOUTO, *The influence of religiosity on health*, in *Ciência&SaúdeColetiva* 15, 2010, pp. 2105-2111.

una corretta diagnosi.

Segnatamente, mentre il paziente si ancora alle proprie tradizioni sanitarie, l'operatore sanitario, abituato a un approccio bio-tecnologico, non comprende la posizione del paziente e non coglie messaggi e informazioni, espressi non solo a livello verbale, che invece emergerebbero spontaneamente nella relazione con malati isoculturali e isoterritoriali¹⁰.

Due casi concreti nei quali s'imbattono frequentemente gli operatori sanitari, possono esemplificare la distanza che si viene a creare tra personale sanitario e utenza multireligiosa.

Primo caso: una donna musulmana si presenta al pronto soccorso accompagnata dal marito denunciando forti dolori addominali. Alle domande del personale ospedaliero il marito risponde al posto della moglie e si oppone a che la stessa sia visitata dall'unico medico disponibile di sesso maschile¹¹.

Secondo caso: un malato terminale di religione *hindu* rifiuta le cure antidolorifiche proposte dai sanitari. Per un induista la dignitosa sopportazione della sofferenza fa parte del proprio *dharmā*. Rifiutarla o tentare di eluderla significherebbe sottrarsi al processo di espiazione della propria colpa, del proprio *karma* negativo. Quindi l'offerta della terapia contro il dolore da parte del medico innesca nel paziente *hindu* un conflitto interiore che si risolve con la prevalenza dell'imperativo religioso¹².

¹⁰ Sul deficit comunicativo tra pazienti non autoctoni e personale sanitario si veda tra i contributi recenti H. EDWARD RANSFORD, FRANK R. CARRILLO, YSSENIA RIVERA, *Healthcare-seeking among Latino immigrants: blocked access, use of traditional medicine and the role of religion*, in *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, n. 21, 2010, pp. 862-878; ALESSANDRO BAZZONI, ANGELO TANESE, *Laboratorio per l'accoglienza delle differenze e specificità culturali e religiose nella ASL Roma E*, in *Coscienza e Libertà*, n. 48, 2014, pp. 42-50; FRANCA ORLETTI, *L'emergere e la costruzione delle identità nell'interazione medico-paziente in contesti multiculturali*, in *Rivista Salute e Società. La sfida della multiculturalità nella interazione medico-paziente*, n.1, 2013, pp. 61-76; SERGIO PASQUANDREA, *Uso del linguaggio tecnico e rapporto medico-paziente: un'analisi in contesti interculturali*, in *Rivista Salute e Società. La sfida della multiculturalità nella interazione medico-paziente*, n.1, 2013, pp. 76-93; MAURIZIO MARCECA, FABRIZIA PETREI, MARIA LAURA RUSSO, "Cosa ha detto il dottore?". *Idee e riflessioni per una comunicazione efficace tra medico e paziente migrante*, in *Rivista Salute e Società. La sfida della multiculturalità nella interazione medico-paziente*, n.1, 2013, pp. 141-163.

¹¹ Questo caso pratico è narrato in PAOLA BORSSELLINO, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Punto Omega. Dialoghi di bioetica e di Biodiritto*, n.18, 2006, pp. 50-51.

¹² Questo caso pratico è narrato in IVO QUARANTA, MARIO RICCA, *Malati fuori luogo. Medicina interculturale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2012, pp. 63-64.

3. *L'irrilevanza delle radici religiose della scelta terapeutica nei protocolli sanitari esistenti e negli schemi giuridici ad essi sottesi*

Ora queste ed altre situazioni come possono definirsi, situarsi, all'interno del sistema sanitario di uno Stato laico?

Le prospettive sono essenzialmente due.

La prima è quella di convogliare *tout-court* le domande di salute dell'utenza multiculturale e multireligiosa nei protocolli sanitari esistenti e consolidati e negli schemi giuridici ad essi sottesi.

Tornando ai due casi citati, sia il silenzio della donna musulmana, sia il rifiuto degli antidolorifici da parte del paziente *hindu* possono essere letti come manifestazioni del diritto all'autodeterminazione terapeutica sul quale poggia il nostro sistema di tutela della salute *ex artt.* 2, 13 e 32 Cost.

Specificatamente, nel nostro ordinamento vige il principio, fondamentale e generale, del consenso informato; principio per il quale ogni trattamento sanitario (ad esclusione di quelli obbligatori per legge), è legittimo solo se il paziente, dopo essere stato informato dal medico sul trattamento, ha acconsentito allo stesso liberamente e consapevolmente¹³.

Il diritto alla libera autodeterminazione in ambito sanitario, peraltro, è considerato (anche) come il risultato dell'affrancamento dell'uomo dalla concezione religiosa del corpo e della vita quale dono divino che non è nella disponibilità dell'uomo e, dunque, come un indicatore del livello di laicità del sistema sanitario¹⁴.

L'applicazione del principio del consenso informato ha, poi, due corollari.

Il primo è quello di esonerare il personale medico da ogni responsabilità rispetto alle conseguenze che derivano dalla scelta del paziente.

Il secondo corollario è quello di non dare autonomo rilievo alle radici religiose di tale scelta, secondo una tendenza interpretativa che trova, ad esempio, riscontro in un recente provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali. Con tale provvedimento infatti si è vietato alle strutture sanitarie la raccolta, sistematica e preventiva, di informazioni sulla religione dei pazienti, sostenendo, tra l'altro, che la struttura sanitaria deve

¹³ Sull'istituto del consenso informato si veda la recentissima opera monografica di SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Giappichelli, Torino, 2017; nonché per un efficace quadro di sintesi EMANUELE ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni e casi*, a cura di ANTONIO D'ALOIA, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2012, pp. 77-97.

¹⁴ Cfr. sul punto MARCO VENTURA, *Laicità e fattore religioso*, cit., pp. 30-41.

apprendere ed accogliere le scelte terapeutiche del paziente senza dover conoscere le motivazioni religiose ad esse sottese¹⁵.

4. *La necessità di dare rilievo al fattore religioso nella relazione terapeutica*

La seconda prospettiva è, invece, quella di ipotizzare che, a fronte delle peculiari domande di salute-che emergono da una società caratterizzata da una pluralità di culture, tradizioni e religioni-, il sistema sanitario statale si faccia carico di queste domande attraverso l'elaborazione di nuove strategie e modelli organizzativi- istituzionali.

Ma perché il sistema sanitario dovrebbe farsi carico della gestione degli immaginari culturali e religiosi degli utenti?

Per almeno due ragioni.

La prima: come inequivocabilmente chiarito dalla Corte costituzionale, il diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost., è un patrimonio innato della persona¹⁶.

Tale diritto, pertanto, nel suo nucleo irriducibile, è proprio anche degli stranieri, regolari ed irregolari, ai quali lo Stato deve assicurare gli interventi necessari alla sua attuazione. Interventi che vanno concepiti ricordando che il bene salute non coincide solo con l'assenza di malattia ma, come sancito nel preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, con uno stato di *completo benessere*, fisico, mentale e sociale.

La seconda ragione: disinteressarsi della diversità dei bisogni sanitari legati all'appartenenza religiosa significa non solo negare il diritto alla salute dei portatori di tali bisogni ma, anche, dell'intera collettività, giacché malati non assistiti o mal assistiti determinano un sovraffollamento delle strutture di cura e aumentano il rischio della reviviscenza di patologie ritenute scomparse. Non a caso, recentissimi dati statistici-mentre rilevano e quantificano le crescenti disuguaglianze di salute e le difficoltà di accesso ai servizi sanitari sperimentate dagli stranieri in Italia-, mostrano che i migranti accedono a tali servizi nella fase acuta della malattia, cosicché l'assistenza effettuata

¹⁵ Per una analisi di questo provvedimento del Garante mi permetto di rinviare a BEATRICE SERRA, *Convinzioni religiose, riservatezza e prestazioni sanitarie*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 34, 2015, pp. 1-27.

¹⁶ La definizione del diritto alla salute quale diritto fondamentale della persona è orientamento costante della Corte costituzionale. Fra le diverse pronunce si veda: Corte. cost., 18 febbraio 1975, n. 27; Corte cost., 12 luglio 1979, n. 88; Corte cost., 12 ottobre 1988, n. 992; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 356; Corte cost., 16 aprile 2012, n. 107; Corte cost., 23 maggio 2017, n. 190, in www.cortecostuzionale.it.

nei loro confronti è, prevalentemente, emergenziale e, dunque, complessivamente più costosa¹⁷.

Detto altrimenti, l'utenza multiculturale e multireligiosa se mal gestita o non compresa, accresce il divario fra le richieste di salute e di cura e una offerta sanitaria già fortemente limitata dai vincoli di spesa.

Ma la necessità di dare rilievo al fattore religioso nella relazione terapeutica emerge anche se inquadrriamo questa relazione all'interno degli schemi giuridici consolidati i quali, applicati alla utenza non autoctona, pongono a ben guardare più problemi che soluzioni.

Torniamo ai due esempi fatti.

Abbiamo detto che sia il silenzio della donna musulmana, sia il rifiuto degli antidolorifici da parte del paziente *hindu* possono essere letti come manifestazioni del diritto all'autodeterminazione terapeutica, come atti di rifiuto del trattamento sanitario.

Ma l'atto di rifiuto del trattamento sanitario o di accettazione di tale trattamento è valido solo se preceduto da una adeguata informazione.

Se è vero che il paziente ha il diritto di accettare o rifiutare il trattamento, è anche vero che in funzione dell'esercizio di tale diritto il personale sanitario è obbligato a dare una adeguata e corretta informazione sulla natura della terapia proposta, sui rischi e i vantaggi della stessa e sulle possibili alternative, all'interno di un rapporto diretto ed effettivo con il paziente. Solo tale informazione pone il malato nella condizione di conoscere e comprendere, integralmente, le conseguenze dell'esercizio del suo diritto di scelta; diritto che è la sintesi del diritto all'autodeterminazione e del diritto alla salute¹⁸.

A conferma di ciò la giurisprudenza ha sancito che, in assenza di un valido consenso, il medico risponde della violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente anche se l'intervento terapeutico ha avuto esito favorevole¹⁹.

Ma se così è, come e quando può dirsi assolto, sotto un profilo giuridico

¹⁷ Cfr. LUCA FACCHINELLI, NATALE LOSI, *L'accesso dei migranti ai servizi psicologici*, in *Dossier Statistico Immigrazione 2015*, a cura di IDOS, Roma, pp. 238-239.

¹⁸ Per questa definizione del diritto al consenso informato cfr. Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438 (in *www.cortecostituzionale.it*). Per riflessioni su tale pronuncia: RENATO BALDUZZI, DAVIDE PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 53, 2008, fasc. VI, pp. 4953-4970; DONATELLA MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 53, 2008, fasc. VI, pp. 4970-4981.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572, in *Cassazione penale*, n.6, 2002, pp. 2041-2051, con nota di GIANFRANCO IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*.

ed etico, l'obbligo d'informativa del medico nei confronti del malato di altra religione e cultura?

Posto, infatti, che le informazioni valide per il consenso sono solo quelle comprensibili ed effettivamente comprese, se medico e paziente sono "estranei morali", con coordinate, valori e credenze profondamente difformi – se, cioè, manca un orizzonte valutativo comune-, le informazioni *standard*, date nel modo usuale, possono non essere sufficienti per spiegare diagnosi e terapia, per porre il malato straniero in condizione di capire e di scegliere.

Il non soddisfacimento dei peculiari bisogni comunicativi del paziente consente invero di qualificare l'azione del medico come *non appropriata*. Uno dei profili del complesso e multidimensionale concetto di appropriatezza della prestazione medica è, infatti l'*appropriatezza etica*, data dalla capacità della prestazione di rispondere alle aspirazioni del paziente e dei suoi familiari, intrecciandosi con il principio di autodeterminazione in campo sanitario²⁰.

Ma non solo. La prestazione medica eticamente inappropriata, nel senso appena chiarito, conduce a due esiti apparentemente diversi ma di uguale matrice.

Il malato o subisce il trattamento che non comprende e, dunque, non condivide – con il rischio che l'invalidità del consenso e la conseguente responsabilità contrattuale del medico siano fatti valere in giudizio –; o rifiuta il trattamento che mette in discussione la sua identità progettuale.

Un rifiuto cui segue, sovente, la decisione di non avvalersi più dei servizi sanitari, vanificando, così, la finalità di prevenzione primaria e secondaria di tali servizi.

Per il vero, il dissenso ideologicamente o religiosamente motivato ai trattamenti sanitari volontari non nasce con il fenomeno migratorio, com'evvidenzia il caso, paradigmatico, del rifiuto della terapia trasfusionale da parte dei Testimoni di Geova²¹.

Tuttavia, la distanza culturale tra migranti e personale sanitario e, ancor oltre, tra migranti e società occidentale, per un verso ostacola quel reciproco riconoscimento valoriale che, proprio nel caso dei Testimoni di Geova, ha

²⁰ Sul punto si veda MARCO ADVERSI, RITA MARIA MELOTTI, *Il principio di appropriatezza clinica quale criterio di erogazione della prestazione medica*, in *L'erogazione delle prestazioni sanitarie tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di MICHELE SESTA, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 357-390.

²¹ Sul rifiuto dei trattamenti sanitari da parte dei Testimoni di Geova all'interno di riflessioni sui limiti costituzionali ai trattamenti sanitari si veda VEZIO CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, III, pp. 557-568; FRANCO MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, III, pp. 315-325.

agevolato la messa a punto di pratiche alternative alle trasfusioni²²; per l'altro verso rende difficile riconoscere, inequivocabilmente, l'atto di dissenso.

Pensiamo alla donna musulmana che si reca al pronto soccorso ma non interagisce direttamente con il personale medico.

In questa situazione il silenzio della donna può essere interpretato, pacificamente, come un atto espresso, libero e personale di rifiuto della prestazione sanitaria, che esonera il medico e la struttura ospedaliera da ogni responsabilità per la mancata visita?

In tale ipotesi, cioè, è la donna musulmana che non esercita il suo diritto all'autodeterminazione sanitaria – a causa dei condizionamenti religiosi e culturali –, o è il nostro concetto giuridico di autodeterminazione che è *culturalmente condizionato* e, dunque, non applicabile universalmente?

La questione ripropone, sotto un profilo specifico, le alternative che caratterizzano l'ampio dibattito internazionale sulla possibilità di individuare indiscutibili *standard* etici cui ancorare i protocolli sanitari. Dibattito oscillante fra la posizione di chi crede in un'etica universale, in principi morali non negoziabili e applicabili senza distinzioni, e la posizione di chi crede in un'etica comunitaria, e ritiene i diritti individuali una categoria aperta e culturalmente determinata, con la relativa messa in discussione dei protocolli che, difatti, impongono schemi di una data cultura a tradizioni diverse²³.

5. Religione, consenso informato, responsabilità medica

Ora, ferme queste prospettive teoriche se, più concretamente, si guarda alle linee guida predisposte dalle Aziende sanitarie italiane in tema d'informazione e consenso e ai relativi moduli tipo- la firma dei quali da parte del paziente prova l'avvenuta informazione e la conseguente scelta-, i riferimenti

²² Cfr. al riguardo ROSANNA FATTIBENE, *Gli interventi sul corpo umano a fini non terapeutici nella società multietnica e multiculturale*, in *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 101, la quale sottolinea che, in Italia, l'individuazione di pratiche alternative alla trasfusione è stata agevolata, anche, dal radicamento dei Testimoni di Geova nel Paese e, dunque, dalla reciproca riconoscibilità dei valori in gioco tra paziente (o i suoi congiunti) e medico.

²³ Per una visione complessiva del dibattito fra fattore etico e protocolli sanitari si veda RUTH MAC-KLIN, *Ethics in global health. Research, Policy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Riflessioni specifiche a sostegno della possibilità di giudizi morali transculturali in ambito sanitario si rinvencono in ROBERT BAKER, *A theory of international bioethics: the negotiable and the non-negotiable*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, n. 8, 1998, pp. 233-273.

Per considerazioni contrarie alla esistenza di un'etica universale sulla quale costruire i protocolli sanitari si veda, invece, anche con specifico riferimento al consenso informato LISA H. NEWTON, *Ethical Imperialism and Informed Consent*, in *IRB: a review of human subjects research*, 1990, n. 12, pp. 10-11.

alla ricomposizione delle differenze religiose e culturali appaiono indiretti e insufficienti.

Si guardi, a titolo esemplificativo, al *vademecum* predisposto dall'Azienda regionale socio-sanitaria del Veneto²⁴.

In tale *vademecum*, il consenso è definito informato quando l'informazione del medico è – fra l'altro –, *esauriente, comprensibile e personalizzata*. Tuttavia, per informazione *personalizzata* si intende una informazione adeguata alla cultura del paziente intesa come grado di scolarità più che come identità culturale e religiosa.

Ancora rispetto al paziente straniero l'informazione è ritenuta *comprensibile* se il medico si è avvalso (solo) di un traduttore, mentre nella definizione *del concetto d'informazione esauriente* non sono presi esplicitamente in considerazione i diversi schemi psicologici del malato straniero.

Infine si specifica che l'informazione deve essere data *solo* al paziente, e che il *consenso espresso dai familiari* – coinvolti solo se il malato acconsente esplicitamente –, è *giuridicamente irrilevante*²⁵.

Ora, rapportando queste linee guida al caso della donna musulmana è evidente lo scarto tra moduli giuridici consolidati e la specifica identità dell'utente.

Nella concezione islamica la volontà della famiglia è considerata una naturale estensione della volontà del malato, cosicché non solo il medico deve informare i congiunti del paziente, ma la scelta di quest'ultimo è una scelta di tutta la comunità familiare, che condivide il consenso o il dissenso al trattamento. In adempimento dei precetti islamici, inoltre, è possibile che il paziente si rifiuti di essere visitato non solo da un medico di sesso diverso ma, anche, di religione diversa²⁶.

Ebbene, in questa e altre ipotesi cosa garantisce meglio il diritto all'autodeterminazione terapeutica e il diritto alla salute?

L'applicazione *indifferenziata* delle procedure previste o un ripensamento delle stesse rispetto, anzitutto, al concetto di autonomia individuale?

²⁴ Cfr. AZIENDA REGIONALE SOCIO-SANITARIA DEL VENETO, *Linee di indirizzo per l'informazione del paziente ed il consenso dell'atto sanitario*, Quaderno n. 13, 2009, in www.arsveneto.it.

²⁵ Cfr. AZIENDA REGIONALE SOCIO-SANITARIA DEL VENETO, *Linee di indirizzo per l'informazione del paziente ed il consenso dell'atto sanitario*, cit., pp. 10-13.

²⁶ Su questi profili della cultura islamica, che attribuisce alla famiglia il compito di proteggere il malato, soprattutto se malato grave o terminale, si veda DARIUSCH ATIGHETCHI, *Il paziente musulmano*, in *Bioetica, Metodo ed elementi di base per affrontare i problemi clinici*, a cura di PAOLO M. CATTORINI, Elsevier, Milano, 2011, 4^a ed., pp. 228-254; MASSIMILIANA EQUIZI, *La medicina transculturale e il multiculturalismo in ambito sanitario: l'esperienza islamica*, in *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, a cura di CARLO BOTTARI, LUCIA S. ROSSI, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 222.

A favore della seconda ipotesi possono essere considerati tre dati.

Il primo: nell'esperienza anglosassone, dalla quale trae origine la figura del consenso informato, tende oggi ad affermarsi l'idea che la formazione di un vero consenso debba avvenire attraverso un processo di *shared decision making*.

Ebbene, tale processo, finalizzato ad accrescere l'autonomia del paziente e una reale alleanza terapeutica fra questi e il medico, prevede tra i suoi punti chiave la conoscenza e il rispetto della cultura del malato e delle prospettive che ne derivano e il coinvolgimento della famiglia e degli amici²⁷.

Il secondo dato: in sede di raccolta del consenso informato alla sperimentazione clinica di malati appartenenti a Paesi in via di sviluppo, il coinvolgimento della comunità locale nella formazione del consenso si è dimostrato più adeguato del divieto, per via giuridica, di tale coinvolgimento, comunque radicato nella cultura dei malati²⁸.

Il terzo dato: nelle Linee Guida predisposte dal Ministero della salute per la tutela di persone straniere che hanno subito violenze o tortura, si enuncia il concetto di "mediazione di sistema" quale «processo di trasformazione organizzativa, dove la relazione e la corretta comunicazione con l'utente siano sempre garantite»²⁹.

Ebbene, ai fini della configurazione di tale processo di trasformazione è espressamente previsto che la comunità di appartenenza del migrante, identificata con i familiari, gli amici e, ancor oltre, con il *gruppo di riferimento fiduciario*, partecipi alla definizione e attuazione di adeguati interventi di promozione della salute³⁰.

²⁷ Cfr. al riguardo SUSI PELOTTI, *Per un nuovo consenso informato*, in *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, cit., pp. 147-156.

²⁸ Per riflessioni a favore del riconoscimento della comunità affettiva del paziente quale interlocutore al quale il paziente, soprattutto se terminale, deve poter fare riferimento si veda SALVATORE PRISCO, *La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica dello Stato*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni e casi*, a cura di ANTONIO D'ALOIA, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, pp. 71-76.

²⁸ Per questo dato cfr. FEDERICO FORNI, *Il consenso informato quale presupposto per l'immissione in commercio del medicinale nell'Unione europea*, in *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, cit., pp. 101-112.

²⁹ MINISTERO DELLA SALUTE, *Linee Guida per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale*, predisposte in attuazione dell'articolo 1, comma 1, lettera s) del D. Lgs. 18/2014 che modifica l'articolo 27 comma 1-bis D. Lgs. 251/2007, Roma, 30 marzo 2017, in www.statoregioni.it, p. 56.

³⁰ Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Linee Guida per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di*

In ogni caso, anche in assenza di una esplicita e specifica previsione normativa dell'obbligo del personale sanitario di gestire e superare le barriere religiose, non può escludersi che il paziente straniero riesca a dimostrare la violazione del dovere di corretta ed esaustiva informazione, con conseguente lesione del suo diritto all'autodeterminazione e, eventualmente, del diritto alla salute e richiesta di risarcimento danni.

Di questo possibile esito appare consapevole la classe medica che, a fronte dei rischi connessi alla interazione con il paziente non autoctono, chiede il supporto della struttura di appartenenza, chiamata a predisporre strumenti che permettano di farsi comprendere, agendo con diligenza³¹.

Resta il problema dell'esigibilità giuridica di tale richiesta.

Rispetto a questo specifico aspetto, e spostando l'attenzione dal medico al paziente, una prima soluzione potrebbe scaturire dall'attuale modo di intendere sia il rapporto tra utente e struttura sanitaria, sia la responsabilità di quest'ultima.

È ormai consolidata l'idea che l'assistenza sanitaria è oggetto di un rapporto contrattuale tra struttura e paziente che si conclude quando il malato è accettato nell'azienda per un ricovero o una prestazione ambulatoriale.

Tale contratto, definito di assistenza sanitaria o di spedalità, è un contratto atipico a prestazioni corrispettive, che implica una serie di obbligazioni funzionali alla attività diagnostica e terapeutica quali, ad esempio, le prestazioni di carattere alberghiero o la predisposizione di personale ed attrezzature qualitativamente e quantitativamente adeguate³².

In quest'ottica, pertanto, l'adempimento del contratto di spedalità comporta che l'azienda garantisca al paziente una adeguata ed efficiente organizzazione delle proprie risorse, sia umane che strumentali; organizzazione adeguata ed efficiente che diviene oggetto del contratto. Al contempo, pur essendo il servizio sanitario una prestazione complessa – all'interno della quale è difficile separare l'attività del medico dall'apparato organizzativo nel quale opera –, si è definita in giurisprudenza una responsabilità autonoma della struttura sanitaria per fatto proprio, distinta dalla responsabilità del

violenza psicologica, fisica o sessuale, cit., p. 56.

³¹ Questa consapevolezza emerge ad esempio dal rapporto redatto dall'Azienda ospedaliera di Modena nel V Convegno Nazionale *Star bene in Ospedale. "Accoglienza Qualcosa è cambiato ..."*, Bologna, 26-27 maggio 2006 in <http://www.policlinico.mo.it/>.

³² Per questa definizione giurisprudenziale del contratto di spedalità si veda Cass. civ., sez. III, 4 giugno 1979, n. 3158, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, c. 953; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e Responsabilità*, 8-9, 2008, pp. 871-879, con nota di ANDREA NICOLUSI; Cass. civ. sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro Italiano*, 2002, I, c. 3060.

personale sanitario³³.

Una distinzione di poi avallata dalla l. 8 marzo 2017, n. 24, che distingue chiaramente la responsabilità della struttura sanitaria dalla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria³⁴.

Ebbene, alla luce di questi presupposti, i supporti per gestire ed accogliere la differenza culturale e religiosa potrebbero essere inclusi tra le obbligazioni accessorie del contratto di ospedalità che l'azienda è tenuta a garantire al paziente.

L'assenza di strumenti per consentire ai medici di relazionarsi con utenti non autoctoni potrebbe essere letta cioè, come un *deficit* organizzativo non imputabile al singolo sanitario, ma ad una carenza strutturale, cosicché sarebbe l'azienda a rispondere di una eventuale lesione della integrità e della libera determinazione del paziente conseguenti a tale *deficit*³⁵.

Detto altrimenti, il danno subito dal paziente non autoctono in termini di mancata possibilità di esercizio del diritto all'autodeterminazione, con conseguente lesione del diritto alla salute, si configurerebbe non come il risultato della condotta del singolo operatore sanitario, ma come il risultato di una debolezza dell'organizzazione complessiva. Col che l'azienda sanitaria, condannata a risarcire il danno subito dal paziente, avrebbe di poi titolo per agire in rivalsa nei confronti dei responsabili di tale debolezza e cioè dei dirigenti aziendali.

³³ Per un'ampia ricostruzione di questo orientamento giurisprudenziale, che definisce la dimensione oggettiva della responsabilità della struttura sanitaria per disfunzione organizzativa, si veda ROSALIA CUCCIA, *La responsabilità dell'azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di SALVATORE ALEO, RAFFAELLA DE MATTEIS, GIUSEPPE VECCHIO, Tomo II, Cedam, Padova, 2014, pp. 1121-1150.

³⁴ Cfr. Legge 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni legali*, art. 7, in *Gazzetta Ufficiale* del 17 marzo 2017, n. 64.

⁵⁰La distinzione tra la responsabilità della struttura sanitaria, che risponde degli obblighi *ex contractu* e dell'operato doloso o colposo dei suoi ausiliari ex art. 1228 c.c. e la responsabilità aquilana del personale sanitario quale risultato rilevante della l. 2017/n. 24 si veda fra i primi commenti, PATRIZIO GATTARI, *Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria (Legge 8 marzo 2017 n. 24)*, in *www.questionigustizia.it*, pp. 1-8; ANTONINO ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2017, pp. 1115-1126.

³⁵ Sulla possibilità di configurare l'assenza di specifici strumenti per relazionarsi ai pazienti non autoctoni quale deficit organizzativo dell'azienda sanitaria si veda anche IVO QUARANTA, MARIO RICCA, *Malati fuori luogo*, cit., pp. 105-107.

6. Strumenti e strategie per una realizzazione effettiva e laica del diritto alla salute

Un dato è, in ogni caso, certo: anche applicando il principio del consenso informato quale espressione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, l'utenza multiculturale e multireligiosa evidenzia l'inadeguatezza dell'approccio impersonale e universale del sistema sanitario tradizionale.

Tale approccio, costruito sulla erogazione di prestazioni *standard* rispondenti alla uguaglianza dei cittadini, per un verso impedisce, di fatto, ai migranti di accedere alle cure al pari degli autoctoni e con lo stesso grado di soddisfazione delle proprie esigenze di salute; per l'altro verso accresce – immediatamente o potenzialmente –, i costi complessivi del sistema sanitario.

Detto altrimenti, la coesistenza di modelli corporei e terapeutici *diversi* pone in crisi il sistema e il diritto sanitario dello Stato laico e sociale.

Ciò posto, se lo Stato laico è uno Stato che ha una propria concezione del corpo e della salute distinta da quella religiosa, a fronte della pressione esercitata sul sistema sanitario da una molteplicità di modelli corporei e terapeutici di matrice religiosa, che generano una eterogeneità di domande di salute e di cura, quale soluzione è preferibile?

Lo Stato deve continuare a imporre il proprio modello sanitario – che si presume equidistante dalle diverse anime etico-religiose e culturali della società –, o è possibile rispondere all'eterogeneità dei bisogni sanitari, posti dalla eterogeneità delle identità individuali e collettive, con strumenti e strategie che, da una parte, consentano una effettiva realizzazione del diritto alla salute e dall'altra siano laiche, nel senso di aperte alla pluralità e inclusive delle diversità? Nel senso cioè della laicità positiva, che implica l'intervento a sostegno del fattore religioso in funzione della realizzazione del diritto alla salute?

Ritorniamo alla relazione terapeutica.

Guardando al rapporto medico-paziente, per assicurare modalità di assistenza efficaci è necessario che gli operatori sanitari siano posti nella condizione di conoscere le categorie culturali e religiose del malato.

Al riguardo, una soluzione emerge all'esito di molte delle numerosissime ricerche sull'impatto dei migranti nel sistema sanità.

Tali ricerche propongono raccomandazioni e linee guida che esplicitano e spiegano i diversi possibili approcci di matrice religiosa in ambito sanitario. L'obiettivo sembra quello di offrire agli operatori sanitari schemi – costruiti per aree geografiche o appartenenze religiose –, che illustrano le diverse culture sanitarie dei migranti, evidenziando le differenze tra queste culture e il modo di descrivere i sintomi e di vivere la malattia degli autoc-

toni. Schemi ai quali ricondurre, in modo univoco e astratto, ogni caso individuale, nell'ottica di un riconoscimento della identità culturale e religiosa come identità collettiva³⁶.

Eppure, anche ipotizzando di fornire ogni struttura sanitaria di siffatti *vademecum* o linee guida, la loro utilità appare residuale allorché si consideri che tra appartenenza culturale e/o religiosa e schema dei comportamenti e delle scelte determinati da tale appartenenza c'è un divario, dato dalla unicità e dinamicità della persona.

L'identità culturale e religiosa, infatti, non è statica e unitaria, totalmente coincidente con quella del gruppo originario di appartenenza. Piuttosto, tale identità si definisce e trasforma attraverso le relazioni, in modo aperto e dinamico.

Le categorie religiose e culturali dei pazienti stranieri, pertanto, non sono schematizzabili in modo assoluto, giacché suscettibili di un processo di ridefinizione, in relazione alla cultura del paese di accoglienza³⁷.

Ciò posto, il secondo strumento più frequentemente invocato e (relativamente) utilizzato al fine di rendere il personale sanitario consapevole del sapere culturale degli utenti è la mediazione culturale.

Il mediatore culturale è un operatore sociale, solitamente straniero e/o con conoscenza di lingue straniere, il cui compito è facilitare la relazione tra migranti e Paese di accoglienza, favorendo la rimozione delle barriere linguistiche e culturali e assistendo le strutture di servizio nel processo di adeguamento delle prestazioni offerte alla utenza immigrata.

Si tratta di una figura richiamata in numerosi testi legislativi nazionali e regionali, mentre, con specifico riferimento al campo sanitario, la necessità d'istituzionalizzare tale figura, precisandone il percorso formativo e le carat-

³⁶ Segnatamente, tali linee guida per ogni fase essenziale dell'assistenza sanitaria forniscono informazioni di natura religiosa e culturale al fine di anticipare i bisogni dei pazienti stranieri o, comunque, di religione diversa da quella cattolica e pianificare le attività a loro favore in base alla confessione di appartenenza. Si veda, ad esempio, il Report *Modelli e prospettive future per un servizio socio-sanitario interculturale*, a cura di ELENA MESSINA, GIULIA NARDINI, VALENTINA SAVELLI, in www.eurel.info/IMG/pdf/Label_report.Roma-Torino_2014 o il Report *L'accoglienza delle differenze e specificità culturali e religiose nelle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali della Regione Lazio- Raccomandazioni per gli operatori sanitari da parte delle comunità religiose*, a cura della ASL Roma E in: www.asl-rme.it.

³⁷ Per riflessioni sulla natura dinamica e aperta dell'identità culturale e, in modo specifico, sul fatto che il modo di intendere la propria fede religiosa sia influenzato dal contesto nel quale tale fede è vissuta si veda, seppur con diversità di sfumature, MARCO BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Questione Giustizia*, n.3, 2001, pp. 469-486; ELISA OLIVITO, *Immigrazioni e identità culturali*, in *Le nuove frontiere del diritto all'immigrazione. Integrazione, Diritti, Sicurezza*. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011, a cura di FRANCESCA ANGELINI, MARCO BENVENUTI, ANGELO SCHILLACI, Jovene, Napoli, 2011, pp. 27-28; CESARE PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in *il Multiculturalismo*, a cura di VINCENZO BALDINI, Cedam, Padova, 2012, pp. 91-112.

teristiche, è stata riconosciuta dalla Commissione “Salute e immigrazione” istituita presso il Ministero della salute³⁸.

Pur tuttavia, la possibilità di configurare la mediazione culturale quale servizio essenziale di assistenza, da garantire in tutto il territorio nazionale, è ostacolata sia dal fatto che i mediatori non sono riconosciuti come categoria professionale, sia dalle incertezze sulla esatta natura dell’attività di mediazione e sugli indicatori che fanno di tale attività una buona pratica³⁹.

Difatti se è vero che, a fronte dei casi più complessi, gli operatori sanitari possono chiedere l’ausilio dei mediatori culturali- al punto che alcune strutture ospedaliere stipulano contratti con agenzie di mediazione, è anche vero che, sovente, l’attività di mediazione si risolve in un supporto linguistico-culturale vicino all’interpretariato, al (solo) fine di garantire che i migranti abbiano compreso le indicazioni dei medici o l’iter burocratico di accesso ai servizi.

Parimenti, inserendosi nella complessa ed esclusiva relazione medico-paziente, l’azione di mediazione può non essere realmente accettata né dal medico-che potrebbe vedere il mediatore come una figura che gli si sovrappone-, né dal malato.

L’appartenenza del mediatore allo stesso gruppo religioso e culturale del paziente, infatti, può non essere sufficiente per indurre quest’ultimo a fidarsi del mediatore, mentre sovente studi condotti sul campo evidenziano che gli operatori sanitari o valutano negativamente l’azione dei mediatori, o affermano di non averne bisogno, chiedendo, piuttosto, interventi che consentano di operare con tempi e spazi che favoriscono l’instaurarsi di una relazione interculturale con il paziente⁴⁰.

Al contempo, la crescente varietà dei contesti di origine dei migranti, che caratterizza l’esperienza italiana, trova spesso impreparate le stesse agen-

³⁸ Cfr. COMMISSIONE “Salute e immigrazione”. *Programma della Commissione e proposte dei gruppi di lavoro-Relazione di sintesi* (luglio 2007), pp. 1-10, in www.ministerosalute.it.

Per esempi di rinvii normativi alla figura del mediatore culturale si veda l’art. 42 del dlgs. n. 286 del 1998 o la legge reg. Lazio n. 7 del 2007. Una ricostruzione dettagliata della normativa sul punto di rinviene in CHIARA BERGONZINI, *La mediazione culturale: uno strumento (sottovalutato?) per l’integrazione degli immigrati*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.1, 2009, pp. 68-74.

³⁹ Su questi profili cfr. GIACINTA GIORGI, *Il mediatore culturale*, in *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, cit., pp. 139-158; TIZIANA CAPONIO, *Cultural competences in improving migrant’s access to health services*, in *Achieving social cohesion in a multicultural Europe. Concepts, situation and developments*, Council of Europe Publishing, Belgium, 2006, pp. 113-130.

⁴⁰ Per questi dati cfr. ELISA ISEPPI, LAURA PRESSI, *Competenze interculturali in ambito sanitario*, in *Competenze interculturali. Teoria e pratica nei settori scolastico-educativo, giuridico, aziendale, sanitario e della mediazione culturale*, a cura di AGOSTINO PORTERA, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 99-100; BIANCA MASIANO, *Esperienze di mediazione culturale in sanità*, in *L’arco di Giano. Rivista dei medical humanities*, n. 22, 1999, pp. 102- 113.

zie di mediazione, che faticano a garantire operatori al passo con l'estrema frammentazione e diversificazione del fenomeno migratorio.

Infine, il ricorso alla mediazione quale unico strumento di risoluzione delle difficoltà poste dal paziente eteroculturale rischia di risolversi in una prassi contingente ed emergenziale, che non modifica l'assetto strutturale e sistemico dei servizi.

Per il vero, nella ricerca di strumenti che incidono sulla relazione di cura, ponendo il personale sanitario in grado di comprendere e interpretare il paziente straniero, particolare attenzione merita il metodo narrativo.

Tale metodo, elaborato dalla antropologia medica, consiste nel mettere il paziente in condizione di potersi raccontare, di esplorare le proprie concezioni e far emergere il significato della esperienza di malattia nel dialogo con un medico attento e aperto all'ascolto. Si tratta di una pratica che, rifiutando la concezione della malattia come mero dato biologico, ridà spazio alla medicina come sapere storico, come ricostruzione narrativa più che come misurazione quantitativa, riconducendo i parametri quantitativi e clinici alla storia individuale⁴¹.

Questa pratica consente al personale sanitario di comprendere le aspettative del paziente e di conciliare tale aspettative con le esigenze di cura, consente, cioè, di elaborare soluzioni transattive interculturali.

Torniamo all'esempio del paziente *indbu*: attraverso l'approccio narrativo e interculturale si è riusciti a rappresentare la terapia del dolore come un dono caritatevole del medico, e poiché nella religione *indbu* rifiutare un dono caritatevole è una colpa, il paziente ha acconsentito alla terapia del dolore senza entrare in conflitto con il proprio credo⁴².

Questo approccio evita, pertanto, che la differenza religiosa sia oscurata dal modello bio-medico e, nello stesso tempo, evita che il fattore religioso sia inteso come uno schema rigido, che annulla la specificità della persona, cosicché è più probabile che tale specificità sia armonizzabile con quanto previsto dai protocolli sanitari.

Il metodo narrativo, cioè, non si sostituisce al metodo bio-medico, ma lo integra e ne rafforza l'efficacia.

Consentendo di cogliere sia il retroterra culturale del paziente, sia la sua individualità, l'approccio narrativo permette di cogliere, altresì, il processo di trasformazione del malato immigrato, sospeso tra cultura sanitaria ori-

⁴¹ Sul metodo narrativo si veda per tutti BYRON J. GOOD, *Narrare la malattia. Lo sguardo antropologico sul rapporto medico-paziente*, Einaudi, Torino, 2006, spec. pp. 207-253.

⁴² Sulla applicazione di questa soluzione interculturale cfr. IVO QUARANTA, MARIO RICCA, *Malati fuori luogo*, cit., pp. 60-67.

ginaria e processo d'integrazione e di agevolare tale processo nei luoghi di cura.

Ancor oltre, tale approccio, facendo affiorare le varianti religiose della relazione sanitaria, è funzionale a un reale esercizio del diritto al consenso informato, poichè pone il paziente in condizione di comprendere gli elementi in relazione ai quali compiere la propria scelta terapeutica e il medico in condizione di capire ciò che è bene per il paziente.

Infine, il metodo narrativo, configurando la relazione terapeutica in modo dialogante e propositiva, e permettendo diagnosi e terapie adeguate a una differenza religiosa e culturale letta all'interno di una visione integrata della persona, fa emergere il fattore religioso per quello che è: una risorsa per la società civile e non una minaccia per la laicità dello Stato.

Resta, però, da stabilire quali scelte di politica sanitaria sono necessarie per far sì che l'approccio narrativo concorra alla definizione del rapporto fra salute, religione ed immigrazione.

Al riguardo emergono due aree immediate di intervento.

In primo luogo, il percorso formativo dei medici, che dovrebbe preparare a gestire anche la diversità culturale e religiosa, quanto meno in termini di consapevolezza e d'informazioni generali di natura antropologica e religiosa. Il che trova esplicito sostegno nel recente parere sul rapporto tra immigrazione e salute del Comitato Nazionale di Bioetica che include, tra le sue raccomandazioni, un progressivo aumento delle competenze interculturali degli operatori del SSN⁴³.

In secondo luogo, una revisione dei protocolli sanitari o, almeno, delle linee guida⁴⁴, che andrebbero modulate in modo da consentire al medico di porre al centro la relazione terapeutica, di utilizzare l'approccio narrativo in tale relazione e di optare per soluzioni di cura che siano il risultato della integrazione tra modelli della medicina occidentale e credenze e codici di altre culture.

Una soluzione, questa, la cui potenziale efficacia trova conferma nella l. 8 marzo 2017, n. 24 che, ai fini della valutazione della determinazione del

⁴³ Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Comitato Nazionale per la Bioetica, Parere del 23 giugno 2017 sul rapporto tra immigrazione e salute, in *www.bioetica.governo.it*.

⁴⁴ Secondo quanto stabilito dall'*Institute of Medicine*, i protocolli sanitari indicano uno schema di comportamento diagnostico-terapeutico predefinito, quali strumenti rigidi che formalizzano la successione di azioni. Le linee guida, invece, sono raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni di esperti, con lo scopo di aiutare i medici e i pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche: cfr. INSTITUTE OF MEDICINE, *Guidelines for clinical practice*, Washington, National Academics Press, 1992.

danno risarcibile, attribuisce alle linee guida il ruolo di parametro valutativo della condotta del professionista sanitario⁴⁵.

⁴⁵ Cfr. Legge 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni legali*, cit., artt. 5, 7.

Tra spirituale e temporale: la laicità nel diritto canonico e nei diritti secolari

ILARIA ZUANAZZI

1. *Laicità: un paradigma comune*

La laicità costituisce ormai un paradigma, inteso come insieme di principi, norme e azioni, divenuto comune per impostare e regolare le relazioni tra organizzazioni politiche e organizzazioni religiose nella civiltà dei Paesi occidentali. Peraltro, com'è noto, la laicità configura pure una nozione polisemica, dato che l'esperienza concreta mostra diverse declinazioni dell'assioma generale di alterità e di equidistanza delle istituzioni pubbliche rispetto al fenomeno religioso, per le interpretazioni diverse che si sono consolidate negli ordinamenti giuridici dei vari Stati, in base alle peculiari tradizioni socio-culturali, e che hanno condotto a configurare sistemi differenziati di applicazione del principio, collocandosi con sfumatura graduata tra le due forme estreme definite in dottrina della "laicità forte o chiusa", ispirata a un modello più assimilazionista, e una "laicità debole o aperta", ispirata a un modello più multireligioso¹.

Alla base del paradigma comune, tuttavia, quale che sia la declinazione, si trova un postulato fondamentale di distinzione tra due ordini o ambiti di competenza: quello proprio dello Stato e quello proprio della religione. Questo principio si trova affermato in termini analoghi tanto nelle costituzioni degli Stati, quanto nel magistero della Chiesa cattolica². In effetti, nella

¹ Per una panoramica dei modelli di laicità che ispirano i rapporti con le religioni nei Paesi europei, si vedano ROBERTO MAZZOLA, *Modelli di diritto e politica ecclesiastica nella Unione europea*, relazione tenuta il 19 aprile 2005, in www.diocesi.torino.it; ANGELO LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2012, 19-70. Sulla concezione della laicità nell'ordinamento della Chiesa, si veda: GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica*, AVE, Roma, 1996; ID., *Laicità e diritto canonico*, in *Lessico della laicità*, Edizioni Studium, Roma, 2007, pp. 125-142;

² Si può ritenere significativa la convergenza sostanziale tra l'enunciazione del principio nell'art. 7, 1 della Costituzione italiana («Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani») e la dottrina esposta dal Concilio ecumenico Vaticano II nella costituzione

interrelazione tra ordinamenti secolari e ordinamenti religiosi che si è sviluppata nel corso dei secoli si ritrova la comune radice del dualismo tra spirituale e temporale, un principio che è stato coniato a partire dalla dottrina cristiana e poi si è affermato nella storia della civiltà dell'Europa occidentale a seguito dell'evoluzione dei rapporti tra la Chiesa e le comunità politiche. Un principio, dunque, che ha segnato il progresso culturale e giuridico delle istituzioni civili e di quelle religiose, sia nelle relazioni reciproche, sia nella loro organizzazione interna³.

Ma, paradossalmente, nelle proclamazioni giuridiche di questo principio basilare delle relazioni tra organizzazioni politiche e organizzazioni religiose il suo significato viene presupposto e quasi dato per scontato. In realtà, non vi è un modello univoco di attuazione del principio dualistico. La stessa analisi storica mette in evidenza come ci sia stata una evoluzione culturale e giuridica nel modo di interpretare e di realizzare questo principio, sulla base dei condizionamenti prodotti da molteplici fattori, ideologici e pratici.

Occorre pertanto chiedersi, alla luce degli assetti giuridici attuali, come si debba interpretare oggi il principio dualistico sia nell'ordinamento degli Stati, sia nell'ordinamento della Chiesa. Dalla risposta a questa prima domanda consegue poi l'ulteriore interrogativo se il principio dualistico possa configurare ancora il principio-base nei rapporti degli Stati con le organizzazioni religiose e nei rapporti della Chiesa con le comunità politiche.

2. *L'evoluzione storica del dualismo tra ordine spirituale e ordine temporale: la reductio ad unitatem*

Nell'evoluzione storica del principio del dualismo tra ordine spirituale e ordine temporale si possono individuare, procedendo per necessaria sche-

pastorale *Gaudium et spes* al n. 76 («La comunità politica e la Chiesa sono indipendenti e autonome l'una dall'altra nel proprio campo»). La formula viene poi ripresa nell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984 (reso esecutivo con l. n. 121 del 1985) e si può considerare la pietra basilare delle relazioni tra Stato e Chiesa in Italia.

³ Dato il carattere sintetico della presente disamina, si rinvia per un'esposizione più analitica dell'evoluzione storica delle relazioni tra organizzazioni politiche e organizzazioni religiose a PIER GIOVANNI CARON, *Corso di storia dei rapporti tra Stato e Chiesa*. I. *Chiesa e Stato dall'avvento del Cristianesimo agli inizi della monarchia assoluta*. II. *Dal Concilio di Trento ai nostri giorni*, Giuffrè, Milano, 1981-1985; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio*. *Laicità dello Stato e libertà della Chiesa*, Vita e Pensiero, Milano, 2006; MARCO CANONICO, *I sistemi di relazione tra Stato e Chiesa*, Giappichelli, Torino, 2012; CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2015⁴, 1-115.

matizzazione, tre modelli successivi⁴.

Il primo modello è quello che si afferma all'origine della storia europea nel disegno unitario della *Respublica gentium christianarum* e che rispecchia l'ideale medioevale della *ordinatio ad unum*. In tale sistema si cerca di realizzare l'unità dell'organizzazione civile e di quella ecclesiastica su di una base comune data dalla fede religiosa, secondo la cultura omogenea di ispirazione cristiana che informa il pensiero medioevale. Si tratta di un disegno organico che coinvolge il popolo cristiano nella sua interezza, come una comunità unitariamente considerata, di cui *ecclesia* e *civitas* sono due dimensioni reciprocamente correlate. Questa aspirazione all'unità si estende anche all'ambito giuridico, con il sistema dell'*utrumque ius*, per il quale i due diritti universali dello *ius romanum* e dello *ius canonicum* formano il quadro giuridico comune entro cui si coordinano gli ordinamenti giuridici particolari.

I principi fondamentali di questo sistema sono tratti direttamente dalle fonti della Sacra Scrittura. Anzitutto, secondo la pericope paolina "*omnis potestas a Deo*"⁵, si afferma una concezione teocratica e teleologica del potere di governo, per la quale ogni potere deriva da Dio ed è ordinato a realizzare il disegno di salvezza divino. In quest'ottica, anche il potere regale è un *ministerium*, ossia un servizio reso a Dio e alla Sua Chiesa.

A questa dottrina ierocratica si aggiunge il riconoscimento della posizione di superiorità del romano pontefice quale successore di Pietro ("*Tu es Petrus*"), al quale viene trasmessa la *potestas clavium*, ossia il potere di sciogliere e di legare in terra con efficacia nei cieli⁶. Il papa si erge quindi a mediatore tra Dio e l'intera umanità, il giudice supremo del bene e del male, responsabile di fronte a Dio nel giudizio finale sull'attuazione della missione di salvezza.

Il principio dualistico insito nel passo evangelico del "*reddite Caesari*"⁷ viene così interpretato come un principio di distinzione tra due ordini, l'uno temporale e l'altro spirituale, affidati a due poteri universali: nell'ordi-

⁴ Per una trattazione più ampia si vedano: PIERO BELLINI, *Respublica sub Deo. Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanista*, Le Monnier, Firenze, 1981; ID., *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, I-II, Giappichelli, Torino, 2000; FRANCESCO CALASSO, *Medioevo del diritto*. I. *Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1954, 139-179; 391-407; 469-501; ADRIANO CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982, 21-94; ORAZIO CONDORELLI, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi*, in *Diritto e Religioni*, n. 6, 2011, pp. 450-469; PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 1997⁴; WALTER ULLMANN, *Principi di governo e politica nel Medioevo*, il Mulino, Bologna, 1982².

⁵ *Rm* 13, 1.

⁶ *Mt* 16, 17-19; *Gv* 21, 15-17.

⁷ *Mt* 22, 15-22; *Mc* 12, 13-17; *Lc* 20, 20-26.

ne temporale il potere imperiale (*Regnum*), nell'ordine spirituale il potere sacerdotale (*Sacerdotium*). Ma non sussiste parità né autonomia tra i due poteri, perché in forza della *potestas clavium* il pontefice romano afferma la preminenza dell'*auctoritas sacrata pontificum* sulla *regalis potestas*, in quanto comprende un potere di direzione, quindi di controllo, sul modo in cui il potere imperiale viene esercitato per corrispondere alla volontà divina⁸.

Questo regime teocratico riesce ad affermarsi più pienamente nella misura in cui il romano pontefice sia in grado di far valere il primato di giurisdizione e l'insindacabilità del proprio giudizio rispetto a qualsiasi autorità terrena. Tali condizioni si realizzano, com'è noto, con il pontificato di Gregorio VII⁹ e ricevono poi ulteriore espansione con il rafforzamento della tesi della *plenitudo potestatis* del successore di Pietro, che viene a riservare a se stesso il titolo di *Vicarius Christi*, ossia di rappresentante di Cristo in terra, titolare della Sua stessa potestà di giurisdizione, una potestà quindi di origine divina, superiore a ogni altra potestà umana¹⁰. Il progressivo potenziamento del potere pontificio conduce a trasformare il sistema dualistico in un sistema sostanzialmente monistico, in quanto si giunge a sostenere che il papa riceva da Dio entrambe le spade simbolo del potere, il *gladius temporalis* e il *gladius spiritualis*, ma mentre tiene per sé l'esercizio del potere spirituale, può deferire l'esercizio di quello temporale ai sovrani terreni, quantunque continui a conservare l'*auctoritas summa* che lo rende *iudex ordinarius omnium*¹¹.

L'ultima e più estrema interpretazione dei rapporti tra potere spirituale e potere temporale rende in definitiva esplicita una conseguenza che era implicita negli stessi presupposti ideologici di una *Respublica sub Deo*, di un sistema cioè ispirato a una concezione teocratica e teleologica del potere di governo secondo la visione unitaria della dottrina cristiana. Nonostante l'affermazione teorica di un equilibrio diarchico, la posizione di preminenza rivendicata dall'autorità del papa, quale mediatore tra il cielo e la terra, con-

⁸ La tesi della *iurisdictio divisa* e del *gravius pondus* dell'autorità spirituale di guidare i sovrani temporali nell'adempimento della volontà divina si trova affermata dal pontefice Gelasio I nell'*Epistula VIII ad Anastasium imperatorem* (in *PL*, 59, 41-47), inserita nel *Decretum Gratiani*, in *D. XCVI*, c. 10.

⁹ Sull'evoluzione dei poteri ricondotti al primato di giurisdizione del romano pontefice, si vedano JEAN GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 1998, pp. 348-401; ILARIA ZUANAZZI, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonía della Chiesa*, Jovene, Napoli, pp. 79-128.

¹⁰ La superiorità dell'autorità del papa, più divina che umana, in quanto il successore di Pietro è "vicario di Cristo" viene affermata ripetutamente da Innocenzo III (si veda l'*epistola 23*, in *Epistolae*, I, 335, in *PL*, 214, 306-308).

¹¹ La formulazione più ampia del primato pontificio «*super reges et regna*» si trova proclamata nella bolla *Unam sanctam* di Bonifacio VIII (in *Extravagantes Communes*, 1, 8, c.1), nella quale si sostiene la subordinazione gerarchica dei principi secolari all'autorità del papa.

duce ad alterare la ripartizione di competenze tra l'ordine spirituale e l'ordine temporale, per attribuire al potere spirituale una capacità espansiva *quodammodo in temporalibus*, ogniqualevolta si ritenesse necessario intervenire per salvaguardare la vera dottrina e la retta morale, così da evitare situazioni di peccato. Molteplici sono le forme in cui l'autorità ecclesiastica esercita la *iurisdictio in temporalibus ratione spiritualium*: dal potere di dichiarare invalide le norme civili contrarie al diritto divino, di cui il papa è l'interprete autentico; al potere di intervenire in caso di *defectus aut neglegentia iustitiae* da parte delle autorità temporali per supplire o correggere la *iurisdictio saecularis*, tanto nello *ius dicere* quanto nella *potestas statuendi*; al potere, ancora, di deporre o di scomunicare i principi indegni e di trasferire il regno o l'impero a detentori più meritevoli.

Come si vede, il modo in cui viene applicata la tesi dell'*ordinatio ad Deum* dei due poteri conduce nei fatti ad una dilatazione illimitata della competenza della Chiesa. Invero, benché l'intervento del pontefice *in temporalibus* avvenga *casualiter*, vale a dire se ricorre nel caso concreto la *ratio peccati vitandi*, nel mondo medioevale così impregnato di religiosità non vi è azione umana che non si esponga al peccato, così da poter riscontrare un *periculum animae* pressoché in ogni materia temporale. Una simile conclusione risulta evidente nella stessa decretale *Novit ille* in cui il pontefice Innocenzo III giustifica il potere di ergersi a giudice di una controversia in materia feudale tra il re d'Inghilterra e il re di Francia, per il fatto che le parti abbiano confermato l'accordo transattivo con un giuramento nel nome di Dio¹². Nonostante la natura chiaramente temporale dell'oggetto del conflitto, il papa si ritiene competente a giudicare della violazione del giuramento fatto a Dio che è conseguita all'inadempimento dell'accordo. Come annota la *glossa*: «*indirecte, ratione peccati, omnes causae pertinent ad Ecclesiam*»¹³.

Secondo questa impostazione risulta difficile poter asserire una distinzione tra due ambiti affidati a due diverse potestà, dato che per gli intrecci inestricabili tra la dimensione spirituale e la dimensione temporale, il pontefice si può intromettere potenzialmente in tutte le materie. Si rileva quindi una divergenza tra l'affermazione di un ideale principio dualistico e l'applicazione effettiva che ne viene fatta dall'autorità ecclesiastica. Invero, la dottrina civilistica resta ferma nel sostenere la massima delle *iurisdictiones distinctae* compendiata nella glossa di Accursio: «*nec papa in temporalibus, nec impe-*

¹² Decretale *Novit ille* del 1204, in X, 2, 1, c. 13.

¹³ BERNARDO DA PARMA, *Apparatus* in X, 2, 2, c. 11, v. *in iustitia*.

rator in spiritualibus se debeant immiscere”¹⁴. Ma nella pratica, tuttavia, la ripartizione risulta spesso superata dalla tendenza della Chiesa, sostenuta dalla dottrina canonistica, a valersi della *ratio peccati* per intromettersi in omnibus¹⁵.

3. Lo sviluppo della dualitas

Il secondo modello di attuazione del principio di distinzione degli ordini si sviluppa a seguito dell’influenza delle tesi politiche di Aristotele, riscoperse e recepite soprattutto dalla seconda decade del XIII secolo. Il cambio di prospettiva è dato dalla nuova dottrina che riconosce l’autonomia dell’ordine della natura, retta da leggi proprie di cui sono espressione sia la natura razionale della persona umana, capace di discernere tra il bene e il male, sia la tendenza ad associarsi in collettività. La comunità politica rappresenta appunto il massimo compimento della capacità degli uomini di organizzarsi e di darsi apposite norme per raggiungere il bene comune¹⁶.

Dopo le iniziali ostilità a una visione che pareva contraddire l’impostazione cristocentrica, il pensiero del filosofo di Stagira viene rielaborato e tradotto dalla dottrina in coerenza con i presupposti teologici del Cristianesimo, così da configurare un sistema giusnaturalistico conforme alla fede cattolica¹⁷. Secondo questa impostazione rinnovata, all’interno dell’unitario disegno divino di salvezza per l’umanità si vengono a distinguere due ordini: l’uno naturale, l’altro sovranaturale¹⁸. In quello di natura opera la legge naturale che l’uomo è capace di conoscere in forza delle proprie facoltà ra-

¹⁴ ACCURSIO, *gl. Conferens generi*, Auth., Coll. I, tit. VI (= *Nov. Iust.* 6), *quomodo oportet episcopos*. I confini teorici delle due competenze sono poi precisati dal pensiero giuridico successivo: «*aut loquimur in spiritualibus et pertinentibus ad fidem et stamus canonibus [...]; aut loquimur in temporalibus, et tunc in terris subiectis Ecclesiae, et sine dubio stamus decretalibus; aut in terris subiectis Imperio, et tunc, aut servare legem est inducere peccatum [...] et tunc stamus canonibus [...]; aut non inducit peccatum, et tunc stamus legi*» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Codicem*, I, 2 (= C 1.2.12), *de sacris Ecclesiis, l. privilegia*).

¹⁵ Come viene stigmatizzato da Cino da Pistoia: «*Ecclesia sibi usurpavit ratione peccati totam iurisdictionem*» (*Lectura super Codicem*, I, 3, auth «*Clericus*», citato da FRANCESCO CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 486).

¹⁶ ARISTOTELE, *Politica*, I, 1; III, 4.

¹⁷ L’esponente più autorevole di questo insegnamento è Tommaso d’Aquino. Per un’analisi ampia della sua dottrina, si rinvia a REGINALDO PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d’Aquino*, Città nuova editrice, Roma, 1985, 368-451; ID., *Il fondamento etico-religioso del diritto secondo San Tommaso d’Aquino*, Massimo, Milano, 1989.

¹⁸ TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, I, qu. 21, a. 1, ad 3.

zionali; in quello sovranaturale, invece, è preminente l'efficacia della grazia e la ragione deve essere integrata dalla fede. I due ordini risultano retti da principi propri, ma non sono tra loro contrapposti, «*Cum enim gratia non tollat naturam, sed perficiat*»¹⁹. Il rapporto tra naturale e sovranaturale, pertanto, non è di reciproca esclusione, né di indifferenza, bensì di coordinazione e di complementarità.

Come si nota, viene recuperata una impostazione dualistica, ma l'originaria distinzione tra temporale e spirituale viene ricondotta alla distinzione tra naturale e soprannaturale, acquisendo di conseguenza un significato nuovo e non pienamente coincidente con il binomio precedente.

L'articolazione tra i due ordini, naturale e sovranaturale, conduce a impostare diversamente anche la relazione tra organizzazione politica e organizzazione religiosa. L'organizzazione politica, pur derivando da Dio in quanto corrisponde alla natura da Lui creata, tuttavia si costituisce sul piano dell'ordine naturale, come manifestazione diretta dell'opera divina nella natura della comunità umana, senza l'intermediazione di alcuna altra autorità²⁰. Come organizzazione naturale, quindi, non dipende dall'istituzione religiosa, e risulta autosufficiente nel perseguire i propri scopi, che guardano al *bene vivere* delle persone, quali vengono individuati dalle facoltà della ragione umana²¹. Alla stessa *naturalis ratio* è da ricondurre l'elaborazione di una scienza apposita, la *politica*, una *scientia practica* che studia la formazione e l'azione dei corpi politici come un fenomeno umano conoscibile sulla base dell'esperienza e retto da principi e norme intrinseche²².

L'autonomia dell'organizzazione politica sul piano del diritto naturale comporta altresì la coesistenza di una pluralità di formazioni, le *nationes hominum*, divise per territorio e fondate ciascuna su proprie leggi²³. La molteplicità di Regni nazionali risulta nondimeno compatibile con l'unità di fede, proprio perché organizzazione religiosa e organizzazione politica fanno riferimento a ordini distinti.

Questo secondo modello di interpretazione del principio di distinzione degli ordini ispirato al sistema giusnaturalistico della Scolastica, come si vede, porta a delineare una effettiva *dualitas* tra due ordini distinti, il temporale e lo spirituale, che operano su due piani diversi, il naturale e il sovranaturale, e che danno vita a due organizzazioni differenti: quella politica

¹⁹ *Ivi*, I, qu.1, a. 8, ad 2.

²⁰ TOMMASO D'AQUINO, *Sententia libri Politicorum*, I, *lectio* 1.

²¹ *Id.*, *Summa Theologiae*, I-II, qu. 90, art. 1; *Sententia libri Politicorum*, III, *lectio* 6.

²² *Id.*, *Sententia libri Ethicorum*, VI, *lectio* 7.

²³ *Id.*, *Sententia libri Politicorum*, III, *lectio* 1.

costituita dalle molteplici comunità governate dai propri reggitori, e quella ecclesiale che è unica e fondata da Cristo.

Il rapporto tra ordine temporale e ordine spirituale non risulta peraltro pienamente paritario, dato che viene affermata la superiorità assiologica del piano sovranaturale su quello naturale, nella misura in cui il primo costituisce il perfezionamento e la redenzione del secondo. Ma, diversamente dal sistema teocratico precedente, la prevalenza dello spirituale sul temporale non determina un vincolo di subordinazione diretta dell'uno all'altro, quanto piuttosto di ordinazione indiretta. Ciascun ordine, infatti, è competente nel perseguire i fini propri, né l'ordine temporale potrebbe conseguire direttamente i bene spirituali, ma si richiede che le attività dirette a trattare i beni terreni sul piano naturale non pregiudichino né impediscano il raggiungimento dei superiori fini soprannaturali.

Allo stesso modo viene impostata una relazione di dipendenza indiretta tra le due potestà che reggono l'organizzazione politica sul piano naturale e l'organizzazione ecclesiale sul piano sovranaturale. Il sovrano secolare non è subordinato gerarchicamente al romano pontefice nel governo delle realtà temporali, ma, al pari di tutti i fedeli, è soggetto *in spiritualibus* all'autorità della Chiesa per quanto attiene al perseguimento della salvezza eterna in tutti gli atti della vita terrena, tra i quali si ricomprendono anche gli atti di governo²⁴. Al papa, pertanto, non si riconoscono più poteri di ingerenza diretta *in temporalibus*, quanto piuttosto poteri di direzione *in spiritualibus* al fine di prevenire o di rimediare ad eventuali abusi nell'esercizio del potere di governo che siano contrari al *bonum animarum*²⁵.

4. *Il prevalere della separazione*

Il terzo modello di attuazione del principio dualistico si afferma progressivamente a seguito dell'operare di due fattori.

Da un lato, si viene gradualmente a rafforzare il potere sovrano *in tem-*

²⁴ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 6, ad 3. La tesi viene sviluppata da FRANCISCO SUÁREZ, *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus Anglicanae sectae errores*, III, capp. 21 e 22.

²⁵ «*Quamvis temporalis princeps, eiusque potestas, in suis actibus directe non pendeat ab alia potestate eiusdem ordinis, et quae eundem finem tantum respiciat, nihilominus fieri potest ut necesse sit ipsum dirigi, adiuvari, corrigi in sua materia a superiori potestate gubernante homines ad excellentiorem finem et aeternum. Et tunc illa dependentia vocatur indirecta, quia illa superior potestas circa temporalia non per se aut propter se, sed quasi indirecta et propter aliud interdum versatur*» (FRANCISCO SUÁREZ, *Defensio fidei*, cit., III, cap. 5, n. 2). Una dottrina sostanzialmente conforme viene esposta da ROBERTO BELLARMINO, *De Romano Pontifice*, V, c. 6.

poralibus delle organizzazioni politiche territoriali, ossia i Regni nazionali, che sono la forma politica dello Stato moderno. In base alla massima “*Rex in regno suo est imperator*” il sovrano nazionale afferma il proprio potere esclusivo sul territorio, *superiorem non recognoscens*, quale unico potere riconosciuto, indipendente da qualsiasi altro potere, secolare o spirituale²⁶.

Dall’altro, il potere di governo temporale viene a perdere il riferimento all’autorità trascendente. In epoca moderna, infatti, si giunge a superare la concezione teocratica del potere politico del sovrano, come potere discendente da Dio, e si afferma piuttosto una concezione ascendente, come potere che deriva dal popolo, nelle diverse forme di costituzione del patto sociale²⁷. L’organizzazione politica risulta pertanto fondata sull’esistenza naturale della società umana e sulla volontà dei consociati di darsi un’organizzazione e di designare i detentori del potere.

Si arriva così a teorizzare la separazione tra Dio e natura, con l’elaborazione di un giusnaturalismo di matrice razionalista che asserisce l’autonomia della ragione umana come principio supremo di conoscenza²⁸. Di conseguenza, si sostiene anche la separazione della politica e del diritto dalla teologia e dalla morale cristiana, dato che fanno riferimento a fini e a valori autonomi. Prevale progressivamente anche una concezione positivista del diritto, come comando coattivo dell’autorità sovrana che possiede una legittimazione intrinseca all’ordinamento giuridico di appartenenza, e non una legittimazione estrinseca in base a un sistema di valori trascendente.

Questa evoluzione conduce, come si vede, alla fine della *reductio ad unitatem* e alla separazione tra temporale e spirituale. Si tratta non solo di una separazione tra due ambiti di competenza ripartiti tra due poteri distinti, ma anche della separazione tra due comunità e due organizzazioni, quella politica e quella religiosa, che sono rette da poteri, fini e principi diversi, dando origine a due ordinamenti giuridici separati.

Di questo sistema, peraltro, vengono date due letture diverse.

La prospettiva secolare conduce ad affermare un sostanziale monismo, in quanto nell’ordine temporale lo Stato è l’unico detentore di potere sovrano, un potere esteso a tutti gli ambiti di interesse per i fini dell’ordinamento statale. La dimensione spirituale risulta così subordinata al potere dello Stato,

²⁶ Sull’origine della formula «*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*» e lo sviluppo della dottrina sulla sovranità monarchica nel XIII-XIV secolo, si vedano FRANCESCO CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medioevale*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 236-258; MARIO CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell’Europa medioevale*, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 518-547.

²⁷ JOHN M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 216-221; 263-276.

²⁸ JOHN M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, cit., pp. 280-285.

sia quando, secondo i principi di un rigido separatismo, la sfera religiosa rimane relegata alla sfera privata e l'ordinamento giuridico della Chiesa diviene irrilevante per lo Stato; sia quando, nei sistemi più ispirati al giurisdizionalismo, viene riconosciuta la vigenza dell'ordinamento ecclesiale, ma risulta subordinata al potere dello Stato, per cui le disposizioni ecclesiali acquistano efficacia solo a condizione dell'approvazione dell'autorità secolare²⁹.

Per contro, la lettura della Chiesa si ispira ancora a un'impostazione dualistica. Proprio in merito ai rapporti con gli ordinamenti secolari è stato elaborato il sistema dello *ius publicum ecclesiasticum*, nato dalla dottrina tedesca del XVIII secolo per contrastare i principi della Riforma protestante e del Giusnaturalismo razionalistico³⁰. La disciplina sorge con una matrice apologetica, in quanto intende utilizzare i concetti e la terminologia della cultura giuridica statale allo scopo di dimostrare la parità giuridica tra Chiesa e Stato quali *societates iuridice perfectae*, vale a dire istituzioni sovrane tra loro indipendenti³¹. La teorica si richiama ancora a una visione unitaria del disegno di Dio, il quale ha voluto stabilire due *societates iuridice perfectae* a guida dell'umanità, la Chiesa e lo Stato, distinte per origine, oggetto e fine. Sotto il profilo dell'origine, lo Stato si fonda sul diritto divino naturale, mentre la Chiesa è costituita dal diritto divino positivo. Quanto all'oggetto, lo Stato si occupa delle materie temporali, invece la Chiesa è competente nelle *res spirituales vel spiritualibus adnexae*. Riguardo al fine, lo Stato ha cura del benessere terreno della popolazione, la Chiesa invece tende alla beatitudine eterna. Dalla prevalenza riconosciuta al fine spirituale su quello materiale, tuttavia, deriva ancora la concezione della superiorità assiologica dell'ordine sovranaturale, cui presiede la Chiesa, sull'ordine naturale, in cui opera lo Stato³².

L'applicazione all'istituzione ecclesiale dei medesimi caratteri dello Stato serve alla teorica dello *ius publicum ecclesiasticum* per affermare l'indipen-

²⁹ ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 352-355.

³⁰ Sulla dottrina dello *ius publicum ecclesiasticum*, si rinvia per approfondimenti a JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *Rapporti giuridici tra Chiesa e comunità politiche. Profili epistemologici e metodologici di una rinnovata disciplina*, in *Ius Ecclesiae*, n. 20, 2008, pp. 65-86; MATTEO NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio. Un profilo storico-giuridico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2015, pp. 25-102.

³¹ La sistematica dello *ius publicum ecclesiasticum* distingue tra uno *ius publicum internum*, che riguarda i diritti della Chiesa verso gli aderenti, e uno *ius publicum externum*, che concerne i diritti della Chiesa verso gli Stati.

³² Si veda, per un'esposizione delle tesi dello *ius publicum ecclesiasticum* nei rapporti tra Chiesa e Stato, ALFREDO OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici, II, Ius publicum externum (Ecclesia et Status)*, *Typis Polyglottis Vaticanis, Civitatis Vaticanae*, 1948³.

denza della Chiesa dallo Stato (*libertas Ecclesiae*), in quanto dotata di una competenza propria ed esclusiva nelle materie spirituali, nella quale lo Stato non può ingerirsi. D'altro canto, la Chiesa non ha potere *in temporalibus* se non quella *potestas indirecta* che deriva dalla sua funzione spirituale di dirigere e di aiutare l'autorità secolare a perseguire più perfettamente i fini terreni che siano in sintonia con il fine supremo della salvezza delle anime. Tale subordinazione indiretta tra i due ordini produce nondimeno effetti giuridici tra i due ordinamenti, dal momento che si continua ad asserire come la legge civile non possa contraddire al diritto divino e come, nel caso di conflitto tra la norma secolare e la norma canonica, quest'ultima debba essere considerata prevalente. Anche nelle materie miste, quantunque il principio di distinzione delle competenze e il divieto di ingerenze reciproche richieda di ricorrere allo strumento del mutuo accordo, si afferma che, qualora ciò non sia possibile e vi sia un contrasto tra la giurisdizione della Chiesa e quella dello Stato, si debba riconoscere la preminenza alla potestà ecclesiastica, per la superiorità dell'ordine sovrannaturale sull'ordine naturale.

5. Le traduzioni giuridiche attuali del dualismo

Nei tre modelli che si sono succeduti storicamente si possono riscontrare alcuni presupposti comuni, che sono più evidenti nei primi due, ma che sottostanno anche al terzo, nella misura in cui deriva dai precedenti. Si nota infatti come il rapporto tra la sfera spirituale e la sfera temporale sia imposta secondo un rapporto di distinzione, che ha riguardo a tre aspetti. Si sostiene, anzitutto, la distinzione tra due ambiti di competenze per materia, che corrispondono alle due dimensioni della realtà umana: le questioni temporali, che sono proprie dell'ordine naturale e guardano al fine della felicità o bene terreno; le questioni spirituali, invece, che appartengono all'ordine soprannaturale e tendono al fine della salvezza delle anime. A questa distinzione risulta correlata quella tra i due poteri che presiedono ai due piani di articolazione della vita individuale e sociale, vale a dire il potere secolare e quello spirituale. A tali poteri, infine, viene ricondotta l'organizzazione della comunità umana in due distinte istituzioni socio-giuridiche: gli Stati, da un lato, e le confessioni religiose, dall'altro.

Al fondo del rapporto di distinzione, peraltro, si trova la consapevolezza che i due ordini non siano entità separate o tra loro opponentisi, bensì due dimensioni coesenziali della persona umana, che opera e si perfeziona in entrambe. Per questo, la dialettica tra spirituale e temporale si può concepire solo in termini di reciproca presupposizione e di coordinazione vicendevole,

nel senso che ciascun ordine riconosce la propria competenza circoscritta, ma rinvia all'altro per le materie complementari alle proprie³³. Una simile distinzione si può pertanto realizzare all'interno di un sistema giuridico unitario, o quanto meno comune a entrambi gli ordini, che garantisca l'effettiva attuazione del rapporto di mutua complementarità tra le due sfere.

L'evoluzione successiva, che porta all'estremizzazione del dualismo sino a configurare la separazione tra le due organizzazioni dello Stato e della Chiesa con i loro ordinamenti, costituisce in definitiva uno stravolgimento della *ratio* originaria della distinzione tra ordine spirituale e ordine temporale. Con la separazione, infatti, ciascun ordinamento si riconosce competente esclusivamente nel proprio ambito e sancisce l'irrelevanza dell'altro ambito all'interno del proprio sistema. Una simile delimitazione *ad excludendum* implica una visione riduttiva della realtà umana di cui ogni ordinamento deve prendersi cura, in quanto si considera direttamente e principalmente solo un aspetto, mentre l'altro viene ritenuto meramente secondario. Risulta pertanto ristretta anche la capacità di ciascuna istituzione di promuovere il benessere integrale della persona, sia come individuo, sia come collettività, in tutte le sue complesse esigenze, tanto temporali quanto spirituali.

L'interpretazione della distinzione tra i due ordini nel senso di una separazione comporta, come si evince, una contrazione della sfera di competenza materiale, in rapporto ai propri interessi e alle funzioni esercitate, sia dell'organizzazione politica sia dell'organizzazione religiosa, con rilevanti conseguenze in merito alla loro struttura giuridica interna.

Per quanto concerne lo Stato, si consolida la tendenza, in nome del principio di laicità, ad autolimitare la sovranità alla dimensione temporale e ad affermare l'estraneità della dimensione spirituale dai fini e dalla cerchia di azione del proprio ordinamento³⁴. Tale definizione delle competenze, se anche non significa una "indifferenza" verso l'altro ordine, nondimeno implica la presa d'atto di una sua "alterità", da cui viene fatta discendere la man-

³³ GAETANO LO CASTRO (*La promozione dell'uomo nei rapporti fra ordine temporale e ordine spirituale, in Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 202) evidenzia come la vera novità del dualismo cristiano consista nell'aver pensato i due termini in un rapporto di reciproca coordinazione, sul fondamento comune di una realtà che li trascende entrambi.

³⁴ Sull'attuazione del principio con un'attenzione specifica per l'Italia, si veda: JLIA PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006. Si vedano anche i contributi raccolti nel volume *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2008, in particolare: GIUSEPPE DALLA TORRE, *Introduzione*, pp. 1-17; PAOLO GROSSI, *Brevi riflessioni sull'art. 7 della Costituzione*, pp. 19-39; ENRICO GIARNIERI, *L' "ordine" della Chiesa cattolica nella giurisprudenza di legittimità*, pp. 361-379; PASQUALE LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, pp. 479-502.

canza di interesse dello Stato a occuparsi direttamente dei beni spirituali. Il fenomeno religioso in quanto tale, quindi, risulta privo di rilevanza giuridica pubblica e viene relegato alla sfera della coscienza privata, ovvero lasciato alla competenza delle organizzazioni confessionali. L'ordinamento giuridico dello Stato si può eventualmente occupare di determinate manifestazioni esterne dell'appartenenza religiosa, o di comportamenti religiosamente orientati, nella misura in cui producano effetti diretti o indiretti che siano rilevanti ai fini degli interessi e delle funzioni del sistema giuridico secolare, acquisendo di conseguenza una diversa e autonoma qualificazione, coerente all'ordine proprio di competenza dello Stato.

Per quanto concerne la Chiesa, invece, i principi per una evoluzione nel modo di impostare i rapporti con lo Stato sono dettati dall'insegnamento del Concilio ecumenico Vaticano II, in particolare nella costituzione pastorale *Gaudium et spes*, nella quale si riconosce la legittima autonomia della comunità politica e si conferma la rinuncia da parte dell'istituzione ecclesiale a esercitare qualsiasi *potestas in temporalibus*, né diretta né indiretta³⁵. Pur non legandosi ad alcun regime politico terreno, la Chiesa riconosce il vantaggio di una "sana collaborazione" in forza del servizio comune che la comunità politica e quella religiosa svolgono, sebbene a titolo diverso, per promuovere la vocazione personale e sociale delle stesse persone umane. Si ribadisce pertanto come la missione della Chiesa nel mondo sia un'azione di evangelizzazione, un impegno animato dalla fede e dalla carità, avulso dall'uso di qualsiasi dominio esteriore.

Questa dottrina, tuttavia, non trova sempre una piena e coerente attuazione, per le persistenti resistenze legate al precedente sistema di distinzione degli ordini, sorto storicamente dal conflitto tra l'autorità politica e l'autorità religiosa. Invero, la necessità di rivendicare l'indipendenza e la sovranità nel proprio ordine ha condotto la Chiesa a strutturarsi giuridicamente come un ordinamento originario e primario al pari di quello dello Stato, rivendicando nell'ambito spirituale una potestà esclusiva analoga a quella secolare nell'ambito temporale. Questa assimilazione dell'ordinamento confessionale a quello secolare, con l'uso di concetti, categorie e istituti giuridici elaborati

³⁵ *Gaudium et spes*, n. 76. Sulla dottrina in merito ai rapporti con la comunità politica, anche nel magistero successivo al Vaticano II, si vedano: PÉTER ERDÖ, *Le rapport entre l'Église et l'Etat dans la théologie de l'Église catholique*, nel vol. *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 175-184; GIORGIO FELICIANI, *La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI*, nel vol. *Aequitas sive Deus*, cit., pp. 239-247; FABIO FRANCESCHI, *Libertà della Chiesa e laicità dello Stato nell'insegnamento di Benedetto XVI*, in *Diritto e Religioni*, n. 6, 2011, pp. 136-167; MAURO RIVELLA, *Chiesa e comunità politica nel rapporto giuridico*, in *Corso istituzionale di diritto canonico*, Glossa, Milano, 2005, pp. 523-557;

dalle dottrine costituzionalistiche dello Stato, può indurre a sollevare interrogativi e critiche circa la compatibilità del ricorso a strumenti giuridici imperativi e afflittivi con l'afflato spirituale che ispira la natura e la missione della comunità ecclesiale³⁶.

Inoltre, anche sotto il profilo della strutturazione sociale del popolo di Dio continuano a riscontrarsi ripercussioni dell'antica divisione tra *regnum* e *sacerdotium*. Com'è noto, infatti, per contrastare le ingerenze dei sovrani secolari negli *interna corporis* dell'organizzazione ecclesiale e difendere la *libertas Ecclesiae*, i romani pontefici emanarono una serie di disposizioni dirette a vietare o quanto meno a ridurre le loro intromissioni, richiamandosi alla distinzione di competenze tra la *potestas in spiritualibus* e la *potestas in temporalibus*. Dal piano politico, la divisione degli ambiti viene trasfusa nel piano interno della comunità ecclesiale, conducendo a rafforzare la separazione tra i chierici, che sono investiti della *potestas ordinis* e risultano privilegiati anche nel ricevere la *potestas iurisdictionis*, e i laici, tra i quali sono annoverati i sovrani temporali, che non devono immischiarsi nelle questioni riservate alla gerarchia ecclesiastica.

Nonostante la revisione di questa bipartizione di *status* avviata dalla riflessione del concilio ecumenico Vaticano II, che ha sottolineato la condizione di eguaglianza radicale di tutti i fedeli, la distinzione tra le diverse sfere di azione nel mondo e nella Chiesa continua a persistere nell'indicazione di una differenza funzionale tra chierici e laici, dal momento che l'interpretazione prevalente individua come tratto caratterizzante la figura del laico la sua "indole secolare" e delinea come sua funzione tipica "l'animazione cristiana delle realtà temporali"³⁷. In questo modo non solo permane la divisione tra i due ambiti, *ad extra* e *ad intra*, in cui si svolge la missione ecclesiale, ma si viene anche a marginalizzare l'attività di apostolato dei laici, in quanto viene indicato come loro campo primario l'impegno all'esterno della comunità, mentre la partecipazione alle funzioni all'interno dell'istituzione viene considerata un campo solo accessorio ed eventuale, subordinato alla concessione della gerarchia³⁸.

³⁶ Per una esposizione più ampia delle diverse posizioni si rinvia a CARLO FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica*, Marcianum Press, Venezia, 2015, pp. 11-357.

³⁷ Una indicazione precisa della vasta dottrina sui laici si trova raccolta in COSTANTINO-M. FABRIS, *Il popolo di Dio. I. I diritti dei fedeli. I diritti dei fedeli laici*, in *Ephemerides iuris canonici*, n. 53, 2013, pp. 205-239.

³⁸ Per riflessioni più approfondite sulla corresponsabilità dei laici, sia consentito il rinvio a ILARIA ZUANAZZI, *La corresponsabilità dei fedeli laici nel governo ecclesiale*, in *Il governo nel servizio della comunione ecclesiale*, Glossa, Milano, 2017, pp. 101-148.

6. *Per una nuova interpretazione del dualismo*

Dopo aver esaminato in sintesi l'evoluzione dei sistemi di interpretazione del principio dualistico si può ritornare alla domanda iniziale e chiedersi se l'attuale tendenza separatista sia il modello più confacente alle esigenze socio-culturali attuali per interpretare il rapporto tra spirituale e temporale, o se, al contrario, la sensibilità culturale odierna e le dinamiche sociali non ne richiedano una interpretazione diversa.

Alcuni spunti di riflessione si possono trarre da un'analisi più approfondita dei noti passi della Sacra Scrittura che sono considerati la fonte ispiratrice del principio del dualismo cristiano³⁹. In particolare, occorre considerare non solo le affermazioni di Gesù di Nazareth, ma anche il contesto specifico in cui sono rese. I brani evangelici narrano, infatti, che il Cristo risponde a una domanda precisa che gli viene rivolta dai suoi interlocutori a doppi fini, per farlo cioè cadere in una contraddizione così da sminuire la sua autorevolezza. L'impostazione del ragionamento di chi solleva l'interrogativo corrisponde alla logica del potere: è giusto o no obbedire a Cesare nel pagare il tributo? È legittimo o no il potere di Cesare di imporre i tributi agli Ebrei? Gesù tuttavia si sottrae a questa logica e non risponde direttamente alla domanda, ma afferma un principio secondo un diverso modo di argomentare: riconoscete ciò che è di Dio e comportatevi di conseguenza. La sua risposta, come si vede, non segue la logica del potere, ma quella del riconoscimento di un ordine di valori: ciò che è di Cesare va trattato secondo Cesare, ciò che è di Dio, secondo Dio.

Per capire meglio lo stile di questo nuovo atteggiamento si può richiamare la concezione della regalità di Cristo, quale emerge dalle affermazioni fatte dallo stesso Gesù secondo il racconto della passione nel vangelo di Giovanni⁴⁰. Nel giudizio di fronte a Pilato, gli viene mossa l'accusa di essersi proclamato re e di porsi in contrasto con l'imperatore. Per ribattere, Gesù precisa che il regno di Dio non è di questo mondo, quindi non implica il possesso di potere temporale, e che la sua funzione regale consiste nel rendere testimonianza alla verità, ossia nell'affermare un ordine di valori, per ricondurre tutte le realtà create al disegno di salvezza di Dio.

In questo piano di redenzione per l'umanità portato innanzi da Cristo secondo il principio dell'Incarnazione, non sussiste distinzione tra spirituale

³⁹ *Mt* 22, 15-22; *Mc* 12, 13-17; *Lc* 20, 20-26. Su questi passi si veda il commento di CARLO GHIDELLI, *Laicità e Sacra Scrittura*, in *Lessico della laicità*, cit., pp. 23-36.

⁴⁰ *Gv* 18, 33-38. Per un commento a questi passi, si veda JOSEPH RATZINGER, *Gesù di Nazareth. II, Dall'ingresso in Gerusalemme fino alla risurrezione*, Rizzoli, Milano, 2012, pp. 206-225.

e temporale, perché l'evento di salvezza si è incarnato nel mondo per perfezionarlo dall'interno e nella sua interezza. Come il lievito e il sale sono impastati con la farina e nel pane sfornato non è più possibile distinguere i diversi ingredienti, così spirituale e temporale sono inscindibilmente composti nella natura umana e i singoli individui sono chiamati a redimersi nella integralità del loro essere creature formate costitutivamente da corpo e anima.

Dalla rilettura dell'enunciato evangelico sul dualismo cristiano, pertanto, si deve concludere come nell'insegnamento del Fondatore della Chiesa non si riscontri alcuna contrapposizione o separazione tra spirituale e temporale. Del resto, essendo dimensioni essenziali della persona, si trovano entrambe coinvolte tanto nel piano escatologico di salvezza della comunità ecclesiale, quanto nel piano terreno di pacifica convivenza sociale della comunità politica. Anche l'esperienza concreta, a far tempo dai precedenti storici, mostra come sia praticamente impossibile separare in competenze distinte questi due aspetti della vita umana, tra loro strettamente correlati. Invero, quelle che sono chiamate le c. d. *res mixtae*, di competenza comune tra lo Stato e la Chiesa, non risultano essere circoscritte a ipotesi eccezionali, ma si estendono potenzialmente alla generalità delle fattispecie, dal momento che le vicende umane sono inevitabilmente complesse e possono essere considerate sempre dall'uno o dall'altro punto di vista. In una determinata materia, quindi, si può rilevare una prevalenza dell'una o dell'altra dimensione, ma non mai una pertinenza esclusiva o una totale estraneità.

La dialettica tra spirituale e temporale, quindi, non è da impostare nella prospettiva di una divisione tra due ambiti materiali riservati e ripartiti tra due ordinamenti separati, bensì nel senso di una articolazione di esigenze molteplici della realtà umana che devono essere prese in considerazione all'interno di ciascun ordinamento, quello dello Stato e quello della Chiesa. Peraltro, ognuno di essi tratta le questioni connesse alle due dimensioni nell'ottica che gli appartiene: lo Stato secondo i fini, i principi e gli strumenti propri della comunità politica; la Chiesa secondo i fini, i principi e gli strumenti propri della comunità religiosa.

La distinzione degli ordini tra Stato e Chiesa, in ultima analisi, non corrisponde alla distinzione tra temporale e spirituale, bensì alla differenza epistemologica tra politica e religione, vale a dire al diverso modo con cui si occupano delle dinamiche della vita umana, sia nella forma individuale che in quella associata. Può pertanto accadere che tra l'organizzazione politica e l'organizzazione religiosa vi sia una parziale coincidenza delle materie oggetto di trattazione dei rispettivi ordinamenti giuridici, dal momento che entrambe si prendono cura della realtà sociale nel suo complesso e possono insistere sul medesimo territorio e sulla medesima popolazione. Nondimeno,

la delimitazione della sfera di pertinenza tra i due ordinamenti è data dalla diversità degli interessi perseguiti e delle funzioni esercitate che connotano l'ordine proprio di ciascuno.

A seguito di tali premesse si può quindi giungere ad affermare che i rapporti tra Stato e Chiesa non dovrebbero essere impostati sulla base di un confine, qual è la distinzione tra spirituale e temporale, che risulta evanescente nell'essenza e controverso nella pratica. Piuttosto, bisogna ritenere che l'ambito spirituale e quello temporale siano necessariamente compenetrati nella competenza di ciascuna delle due organizzazioni socio-giuridiche, quella politica e quella religiosa, che se ne occupano dal punto di vista dei rispettivi fini e con l'uso degli strumenti che spettano al proprio ordine.

Le relazioni tra Stato e Chiesa richiedono pertanto di essere fondate su due principi complementari. Per il primo, occorre riconoscere la coesistenza di più ordinamenti giuridici primari che sono reciprocamente indipendenti e quindi sovrani nell'assetto istituzionale e nella disciplina degli *interna corporis*, ma che vengono inevitabilmente a intersecarsi nell'esercizio delle attività connesse alle rispettive sfere di attribuzioni. Da qui emerge l'importanza del secondo principio, che richiede alla comunità politica e alla comunità religiosa una mutua coordinazione e collaborazione, in quanto svolgono funzioni complementari a servizio del benessere integrale delle persone: l'una sul piano dello sviluppo di una pacifica convivenza civile, l'altra sul piano della promozione della salvezza escatologica.

7. Spunti sulle possibili conseguenze giuridiche della nuova lettura

Facendo riferimento a questa nuova interpretazione del principio di distinzione degli ordini, si possono tratteggiare alcune conseguenze significative sul modo di impostare il rapporto tra spirituale e temporale sia per l'ordinamento giuridico degli Stati, sia per l'ordinamento giuridico della Chiesa, rinviando a ulteriori e specifici studi l'approfondimento delle questioni.

Per quanto riguarda gli Stati, si sottolinea la necessità di rivalutare la dimensione spirituale quale oggetto di interesse dell'organizzazione politica e del suo ordinamento giuridico. Come si è evidenziato, la spiritualità costituisce un aspetto essenziale nella formazione e nella vita delle persone, venendo di conseguenza a configurare un fattore rilevante non solo nelle espressioni dell'identità individuale, ma nelle dinamiche dell'intera società. Le esigenze spirituali risultano così da annoverare tra quelle istanze fondamentali che sono tutelate dagli ordinamenti giuridici quale oggetto di diritti inviolabili, al fine di promuovere sia la realizzazione integrale della personalità, sia

il progresso della convivenza civile⁴¹. Ovviamente, il principio supremo di laicità, inteso nel senso di garanzia dell'imparzialità e dell'equidistanza dello Stato verso le religioni, richiede di intendere la spiritualità non in senso confessionale, come adesione a una determinata visione religiosa, bensì in una prospettiva interculturale e multireligiosa, nel rispetto di tutte le possibili credenze, religiose e non religiose.

La valorizzazione della spiritualità come fenomeno esistenziale, etico e culturale dovrebbe condurre a modificare l'atteggiamento degli Stati nei suoi confronti, superando irragionevoli pregiudizi e resistenze. Vari potrebbero essere gli ambiti interessati da questo cambio di orientamento.

Anzitutto, si verrebbe a incidere sul modo di intendere il rapporto con le confessioni e associazioni religiose. Queste, com'è noto, sono formazioni sociali qualificate che per la loro peculiare natura e gli speciali interessi di cui sono portatrici, sono oggetto di una disciplina specifica in tutti i Paesi europei⁴². Peraltro, si registra anche un incremento della tendenza a guardare con sospetto al fenomeno religioso, perché considerato pericoloso per lo sviluppo pacifico dei rapporti sociali, tanto da indurre alcuni ordinamenti giuridici a introdurre criteri molto selettivi nel riconoscimento delle organizzazioni religiose⁴³, ovvero a dettare, da parte della giurisprudenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, una interpretazione restrittiva della loro legittima autonomia e dell'esercizio della libertà religiosa⁴⁴. Per contrastare simili atteggiamenti, occorre ribadire la funzione positiva che le organizzazioni religiose assolvono nei riguardi delle persone e dell'intera società. Verso gli individui, rispondono con la propria dottrina teologica ed etica alle domande fondamentali sul senso e il destino dell'esistenza richiamando una superiore giustificazione soprannaturale, mentre con le proprie pratiche di culto e i precetti morali consentono di soddisfare le istanze spirituali a intrattenere rapporti significativi con la sfera più profonda del proprio essere e a perseguire una condotta che conduce al perfe-

⁴¹ Sotto questo profilo, risulta significativo quanto enunciato dall'art. 4 della Costituzione italiana, che sancisce il dovere di ogni cittadino di svolgere «un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

⁴² Si può vedere un quadro ampio in ANGELO LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea*, cit., pp. 83-89.

⁴³ SILVIO FERRARI, *Registration of Religious Organizations in the European Union Member States*, in *StatoeChiese. Rivista telematica* (www.statoeChiese.it), febbraio 2007; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Stati e religioni in Europa: problemi e prospettive*, *ivi*, giugno 2009.

⁴⁴ JAVIER MARTINEZ-TORRÓN, *La convivencia entre religiones en la jurisprudencia de Estrasburgo*, in *Da Costantino a oggi. La libera convivenza delle religioni*, a cura di Ilaria Zuanazzi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 165-192.

zionamento personale. Verso la società, le confessioni sono portatrici di una peculiare e originale visione dei rapporti umani, ispirata ai valori assiologici del proprio credo, e per questo contribuiscono, nella interazione con altre realtà sociali, a promuovere forme più comprensive e umanamente più ricche di convivenza.

Un altro ambito in cui appare importante la rivalutazione della dimensione spirituale è certamente quello dell'educazione. L'attenzione alla dimensione spirituale e l'esigenza di promuovere l'acquisizione di competenze interculturali nell'ambito delle relazioni tra diverse credenze, religiose e non religiose, sono sottolineate da numerosi documenti delle istituzioni europee come un obiettivo fondamentale per gli istituti di istruzione a tutti i livelli⁴⁵. I documenti partono dalla constatazione che, pur nel quadro della laicità dello Stato e del carattere eminentemente privato delle convinzioni religiose, una buona conoscenza generale delle religioni e un consequenziale senso della tolleranza siano indispensabili all'esercizio di una cittadinanza democratica, che presuppone il riconoscimento e l'accettazione delle differenze relative alle concezioni religiose, filosofiche, culturali e sociopolitiche. Si evidenzia, inoltre, la rilevanza del fattore religioso nella vita individuale e sociale, in quanto le credenze religiose, al pari delle convinzioni non religiose, sono fatti culturali che concorrono alla formazione della personalità del singolo e contribuiscono, con le proprie potenzialità di orientamento etico e civico, alla definizione della vita individuale e della convivenza collettiva. Si evidenzia pertanto come la conoscenza delle religioni, quale parte integrante della conoscenza della storia e delle civiltà umane, distinta quindi dalla credenza in una determinata religione, costituisca una dimensione imprescindibile dell'educazione, così come viene concepita in funzione propedeutica al "vivere insieme". Tale conoscenza passa non soltanto attraverso la trasmissione di nozioni e saperi teorici, ma anche attraverso la predisposizione, all'interno dei luoghi deputati all'istruzione e all'educazione, di spazi di incontro e di dialogo costruttivo fra individui di differenti convinzioni, religiose o non religiose, per l'importanza formativa che viene riconosciuta al dialogo interculturale nella dimensione spirituale, come elemento fondamentale per favorire la diffusione dei valori di mutua comprensione e solidarietà reciproca che stanno alla base della coesistenza pacifica di una società plurale.

⁴⁵ ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE (APCE), Rec. 1720 (2005), *Education et religion*; Id., Ris. 2076 (2015), *Liberté de religion et vivre ensemble dans une société démocratique*; COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE (MCE), Rec 12(2002), *Education à la citoyenneté démocratique*; Id., Rec. 12 (2008), *La dimension des religions et de convictions non religieuses dans l'éducation interculturelle*; *Livre blanc du Conseil de l'Europe sur le dialogue interculturel, Vivre ensemble dans l'égalité*, 2008.

Per quanto concerne la Chiesa cattolica, all'inverso, la nuova lettura del principio di distinzione degli ordini deve condurre a rivalutare l'ambito temporale come un campo proprio e specifico del suo compito di evangelizzazione⁴⁶. Occorre sottolineare come la dimensione secolare non sia la sfera di azione dei soli laici, ma appartenga a tutta la Chiesa, che vive nel mondo e che è chiamata a completare la missione di Cristo nelle realtà temporali⁴⁷. Di contro quindi alla tendenza a suddividere le due sfere *ad intra* e *ad extra*, bisogna evidenziare l'unitarietà dell'impegno di apostolato, in quanto sussiste una reciproca interiorità tra la comunità ecclesiale e la comunità umana: l'una vive nell'altra come l'anima vive nel corpo. Chiesa e mondo non sono due ambiti separati, ma due realtà intrinsecamente connesse, secondo il principio dell'Incarnazione che informa l'unitario disegno divino di salvezza.

Questa apertura al mondo viene affermata ripetutamente dall'attuale pontefice Francesco nel sollecitare i fedeli a muoversi come una "Chiesa in uscita"⁴⁸, proiettata a svolgere il ministero spirituale nella varietà dei luoghi e degli ambienti in cui si trovano le persone, e, come un "ospedale da campo", ad offrire a chi ne ha bisogno, soprattutto ai poveri e ai sofferenti, aiuti diretti a sostenere non solo lo spirito ma anche il corpo. Le opere di misericordia corporale risultano infatti necessarie quanto quelle spirituali per completare la sequela di Cristo; anzi, nel contesto sociale attuale, in cui emergono di continuo nuove forme di povertà, spirituale e materiale, alla Chiesa si chiede di rinnovarsi e di proporre adeguate iniziative pastorali per prendersi cura del benessere integrale delle persone⁴⁹.

L'animazione cristiana della realtà temporale risulta pertanto un aspetto essenziale della missione di evangelizzazione della Chiesa, che coinvolge non solo i fedeli laici, ma l'intera comunità ecclesiale. Una missione, peraltro, da svolgere secondo il modello della funzione regale di Cristo, vale a dire non ricorrendo all'uso dei poteri coercitivi terreni, ma affidandosi alla testimonianza autorevole della verità, mediante una pratica coerente dei valori cristiani nei vari ambiti della convivenza sociale.

⁴⁶ Per una riflessione più approfondita sul rapporto tra la Chiesa e la società, si veda SEVERINO DIANICH, *La Chiesa fra la libertà della fede e il sistema sociale della Christianitas*, in *Diritto e teologia. Ecclesiologia e canonistica per una riforma della Chiesa*, Edizioni Dehoniane Bologna, Bologna, 2015, pp. 291-308; ID., *Sulle condizioni di dicibilità del Vangelo in una società democratica*, *ivi*, pp. 309-324; ID., *La Chiesa di fronte alla laicità dello Stato*, *ivi*, pp. 325-345.

⁴⁷ GIOVANNI PAOLO II, esortazione apostolica postsinodale *Christifideles laici*, 30 dicembre 1988, n. 15.

⁴⁸ FRANCESCO, esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, n. 73.

⁴⁹ FRANCESCO, lettera apostolica *Misericordia et misera*, 20 novembre 2016, nn. 18-20.

*L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati**

MARIA D'ARIENZO

1. L'economia dell'immigrazione fra sviluppo economico e attività finanziare

Negli ultimi decenni si sono sviluppati diversi filoni di ricerca relativi al rapporto tra religioni ed economie¹, favoriti indubbiamente dalla globalizzazione dei mercati e dal rinnovato interesse che in campo sociologico e politico ha assunto la prospettiva di analisi sul fenomeno migratorio quale fattore di sviluppo². La trasformazione sociale derivante dal confronto con culture

* Il presente contributo rielabora, con l'aggiunta dei riferimenti bibliografici, la relazione tenuta il 19 maggio 2016 al *Campus di Studio* dal titolo: *L'Islam dal pregiudizio ai diritti*, organizzato a Stilo dall'Università "Magna Graecia" di Catanzaro ed è destinato al volume che raccoglie gli Atti, in corso di pubblicazione per la Pellegrini Editore, a cura di ANTONINO MANTINEO e STEFANO MONTESANO che ringrazio per la disponibilità alla pubblicazione anticipato del testo.

¹ Gli studi relativi all'"economia islamica" si inseriscono in quel filone di ricerca teso ad evidenziare il diretto influsso della religione sul carattere economico dei diversi sistemi sociali, sviluppatosi a partire dal classico volume di MAX WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, (trad. it. ANNA MARIA MARIETTI), Bur, Rizzoli, 1991. L'analisi dei precetti religiosi che condizionano lo sviluppo dei mercati e l'esigenza di tutela delle istanze religiose dei singoli e dei gruppi in una dimensione sociale pluralista e interculturale caratterizza l'approccio metodologico rinvenibile nei diversi contributi della letteratura ecclesiasticista, comparativista e civilistica italiana che negli ultimi anni hanno approfondito i rapporti tra religione islamica e scelte economiche. Cfr. ANTONIO FUCILLO, (a cura di), *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religioni*, Giappichelli, Torino, 2011; MARIA D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in *ivi*, pp. 21-40; EAD., *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Diritto e Religioni*, n. 13, 1-2012, pp. 191-198; TOMMASO VITO RUSSO, *Finanza islamica*, in *Digesto Disc. Priv., sez. comm., Agg.*, 6, Utet, Torino, 2012; ID., *I contratti Shari'a Compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014; ERSILIA FRANCESCA, *Economia, religione e morale nell'islam*, Carocci, Roma, 2013; MARIA CHIARA GIORDA, STEFANIA PALMISANO, MARIA GRAZIA TURRI (a cura di), *Religioni & Economie. Idee ed esperienze*, Mimesis, Milano, 2014; GIANCARLO ANELLO, *Deontologie religiose, cultura economica e rapporti contrattuali. Riflessioni a proposito dei processi di negoziazione*, in *Calumet - intercultural law and humanities review*, 16 novembre 2016; FRANCESCO SORVILLO, *Lo spazio religioso dell'azione economica. L'offerta bancaria e il metaprofit incontrano la confessionalità*, in *Calumet - intercultural law and humanities review*, 12 dicembre 2016; ID. *Economie e religioni. L'agire per fede alla prova dei mercati*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017.

² La periodizzazione delle diverse concezioni relative al rapporto tra migrazione e sviluppo a partire dal secondo dopoguerra è stata analizzata da HEIN DE HAAS, *Migration and Development: a Theoretical Perspective*, Working Paper n. 9, International Migration Institute, Oxford, 2008. A partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, le migrazioni non sono più considerate come una

e tradizioni giuridiche diverse ha consentito una più attenta analisi non soltanto dell'apporto significativo che gli immigrati forniscono alle economie domestiche in termini sia di incremento del prodotto interno lordo nei Paesi di accoglienza, sia di potenziamento degli scambi transnazionali con i Paesi di origine, ma anche dell'impatto che il fattore religioso assume nel processo di inclusione sociale ed economico-finanziaria dei nuovi residenti³.

Il binomio integrazione-sviluppo costituisce, in ultima analisi, l'angolazione prospettica che connota i recenti studi sull'influenza delle prescrizioni religiose nelle dinamiche microeconomiche⁴.

L'iniziativa economica dei migranti in numerosi casi nasce dalla necessità di offrire ai membri della propria comunità la possibilità di vivere nel territorio di accoglienza nel rispetto dei precetti religiosi che condizionano numerosi ambiti della vita del singolo credente, quali, ad esempio, soprattutto per gli immigrati di religione islamica, l'alimentazione, l'abbigliamento, la cura del corpo, l'uso dei risparmi⁵. Tali attività, seppur inizialmente destinate a soddisfare i bisogni degli stessi immigrati, in breve tempo hanno dimostrato di esercitare una *vis expansiva* nell'ambito dell'economia nazionale favorendo lo sviluppo di un mercato aperto alle istanze della globalizzazione e della multiculturalità. L'integrazione delle diversità quale presupposto per il raggiungimento di un più diffuso benessere sociale costituisce l'obiettivo principale delle politiche sia internazionali sia nazionali, come appare evidente dall'«*Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile*»⁶, sia dai *reports* della World Bank degli ultimi anni⁷.

A livello nazionale, le opportunità di crescita economica connesse alla stretta correlazione tra processo di integrazione e inclusione finanziaria è testimoniata dall'attività di analisi e monitoraggio svolta dall'*Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti*, istituito con Protocollo

conseguenza negativa dello squilibrio tra Paesi sviluppati e sottosviluppati, ma al contrario quali strumenti attraverso cui conseguire un maggiore sviluppo sia nei contesti sociali d'origine che in quelli di destinazione. Sull'ambivalenza del nesso migrazioni-sviluppo, cfr. SELENIA MARABELLO, BRUNO RICCIO, *Migration and Development: Reflections on an Ambivalent Relationship*, in MARA BENADUSI, CHIARA BRAMBILLA, BRUNO RICCIO (eds.) *Disasters, Development and Humanitarian Aid: New Challenges for Anthropology*, Guaraldi, Rimini, 2011, p. 183 ss.

³ Sul punto, sia consentito il rinvio a MARIA D'ARIENZO, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *Diritto e Religioni*, n. 22, 2-2016, pp. 270-289.

⁴ ANTONIO FUCCILLO, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni e mercati*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁵ Sulle reti religiose e l'integrazione economica dei migranti, sia concesso rinviare a MARIA D'ARIENZO, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, cit., p. 286 ss.

⁶ Adottata il 25 settembre 2015 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, l'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile* prevede 17 obiettivi e 169 traguardi da raggiungere entro il 2030. Il testo è consultabile all'indirizzo: <http://www.unric.org/it/agenda-2030>.

⁷ Consultabili al sito: www.worldbank.org.

d'intesa tra Ministero dell'Interno e Associazione Bancaria Italiana (ABI) e finanziato dal *Fondo Europeo per l'integrazione dei migranti* al fine di fornire ad operatori e istituzioni «strumenti di conoscenza e di interazione che consentano di individuare e definire strategie integrate» atte a favorire l'accesso a servizi e prodotti finanziari del sistema bancario ufficiale calibrati sulle specifiche esigenze degli immigrati⁸.

L'attenzione sui migranti quali attori economici e fattori di promozione dell'economia locale e transazionale ha evidenziato l'esigenza di una maggiore interazione tra i diversi modelli giuridici e culturali che strutturano i rapporti intersoggettivi nello spazio economico. Una più incisiva politica di inclusione delle diversità sul piano anche economico e finanziario e una partecipazione attiva dei migranti alla economia del Paese di residenza costituiscono l'obiettivo dei numerosi studi di settore tesi all'individuazione di strategie di ibridazione tra gli strumenti contrattuali che connotano i diversi sistemi economici e alla implementazione di prassi bancarie rispondenti alle specifiche esigenze dei migranti.

La riflessione sulle cause di esclusione finanziaria degli immigrati induce ad una considerazione più attenta dell'incidenza del fattore religioso nella tendenziale preferenza per i canali di accesso al credito e allocazione dei risparmi non formali e istituzionalizzati, ma che si strutturano sulla base della condivisione di principi di economia solidale e di appartenenza comunitaria. In tale prospettiva particolare rilevanza ha assunto l'approfondimento del sistema economico e finanziario islamico in quanto sistema direttamente influenzato dalla conformità alle prescrizioni religiose. La finanza islamica consente di approfondire efficacemente la riflessione sull'influsso delle religioni nello sviluppo economico e sociale. Trattare di finanza islamica significa, difatti, essenzialmente riferirsi a quell'insieme di transazioni, contratti, istituzioni bancarie che si strutturano in base al principio di conformità ai dettami sciaraitici. Un sistema fondato su regole religiose che in quanto tale appare distante dalla concezione economica in base alla quale si struttura la finanza cosiddetta convenzionale la quale si sviluppa in base al principio di indipendenza dall'influenza di valori e regole esterne ad esso, almeno a partire dal XVIII secolo con la teorizzazione e l'elaborazione di una scienza economica non influenzata da dottrine di natura etica, politica o religiosa⁹.

⁸ Cfr. il sito: <http://migrantiefinanza.it>

⁹ Sul processo di "laicizzazione" dell'economia, sia permesso il rinvio a MARIA D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, cit., pp. 191-192 e alla bibliografia *ivi* citata.

2. Regole religiose e regole economiche islamiche

L'analisi degli strumenti di finanza islamica non può prescindere dalla dimensione spirituale che connota l'agire umano nei diversi ambiti della realtà sociale e temporale e dunque dallo stretto legame esistente tra fede e azione¹⁰. La visione antropologico-religiosa islamica permea l'intera architettura finanziaria basata sul principio della funzione sociale dei beni e delle ricchezze, finalizzati allo sviluppo del benessere inteso in senso non esclusivamente materiale, ma essenzialmente spirituale. Un concetto di benessere, pertanto, non individualistico, ma sociale in quanto ispirato a criteri di giustizia distributiva. Nella prospettiva islamica, l'attività economica rappresenta la modalità per realizzare la "missione" dell'uomo sulla terra, in quanto *amīn*, amministratore fiduciario delle risorse del creato¹¹. I principi religiosi che regolano i rapporti economici, pur influenzando direttamente le scelte di consumo, di investimento e di produzione, di fatto non sono enunciati nel Corano in riferimento esclusivamente al campo economico, ma indicano in modo generale i comportamenti da tenere (*ḥalāl*) e quelli da evitare (*ḥarām*). Le prescrizioni e i divieti coranici rappresentano, in tal senso, l'insieme di regole che segnano la «retta via», e dunque il «metodo» per preservare l'uomo dal proprio individualismo e nel contempo per realizzare quello spirito comunitario che è il fine essenziale della religione¹².

In tale prospettiva l'*iqṭiṣād*, la medietà tra l'avarizia e la prodigalità, che è il termine arabo che traduciamo come economia¹³, acquista un significato più ampio di quello comunemente ascritto esclusivamente all'amministrazione materiale dei beni, rinviando alla capacità di governo delle passioni dell'animo che in quanto espressioni di individualismo, allontanano dal fine

¹⁰ Lo stretto legame tra la vita spirituale, *ibādāt*, e la vita materiale, *mu'amalāt*, è indicato espressamente nel Corano, VII, 7. Sul punto cfr. LOUIS MILLIOT, FRANÇOIS-PAUL BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, p. 23; GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002, p. 10 ss.; FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 24. Più in generale sul rapporto tra diritto e religione in Islam, cfr. MARIO TEDESCHI, *Confessioni religiose/ VIII) Islam*, in *Enciclopedia giuridica*, Aggiornamento XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2003, p. 6.

¹¹ Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, pp. 156 e 198.

¹² CORANO XVI, 9. Sul concetto di comunità religiosa come comunità sociale sia consentito il rinvio a M. D'ARIENZO, *Confessioni religiose e comunità*, nel vol. M. TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2006, p. 288 ss.

¹³ L'accezione di moderazione è rinvenibile in CORANO XXXV, 32. Pur non utilizzando il termine *Iqtisād*, altri versetti coranici ne esplicitano il significato di medietà tra la prodigalità e l'avarizia: CORANO XVII, 29; XXV, 67; II, 143. In merito si rinvia a ABDELLAH REDOUANE, *L'etica economica dell'Islam*, in *www.arabismo.it*; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia islamica*, cit., pp. 22 ss.

religioso del riconoscimento del *tawhīd*, l'unicità di Dio, a cui tende l'*homo islamicus*¹⁴. Sotto questo aspetto la concezione islamica evoca il concetto di economia espresso nella *Politica* di Aristotele che in quanto governo e amministrazione della casa¹⁵, e in senso lato della comunità di appartenenza, si distingue dalla crematistica, intesa come l'arte di accumulare ricchezze¹⁶. Come nelle altre religioni, il fine solidaristico e il principio di equità nella distribuzione delle ricchezze caratterizzano anche la visione islamica dell'agire economico fondato sulla responsabilità dell'uomo nell'uso delle risorse materiali¹⁷, di cui il divieto di *ribā* – ossia del prestito ad interesse –, così come il divieto di *ḡarar* -ovvero di incertezza, indeterminatezza e aleatorietà nei rapporti negoziali – e il divieto di *maysīr* – che letteralmente indica l'azzardo e di conseguenza di ogni forma di speculazione – ne rappresentano l'espressione normativa.

La proibizione dell'ingiusto arricchimento ai danni della controparte e della comunità sociale costituisce il comune denominatore delle modalità di acquisto dei beni e ricchezze condannate con chiarezza come illecite dalla *ṣarī'a*. Esse possono essere raggruppate in tre categorie: il furto e la rapina; la frode e la spoliazione; il monopolio e l'interesse o l'usura.

Nella prospettiva religiosa islamica, ogni uomo verrà giudicato in base alla liceità delle attività relative all'utilizzo dei beni e all'acquisto delle ricchezze. L'ingiustizia nei rapporti intersoggettivi determina pertanto la distinzione giuridica tra liceità e illiceità delle fonti di arricchimento patrimoniale. Nella concezione islamica non vi è disapprovazione per la ricchezza in quanto tale e neanche per il desiderio di ricchezza, ma è condannato

¹⁴ Sul principio del *tawhīd*, cfr. MASSIMO CAMPANINI, *Introduzione alla filosofia islamica*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 73-89; ID., *Dizionario dell'Islam*, Milano, Rizzoli, 2005, p. 320. Sull'importanza del concetto di *tawhīd* nello sviluppo di un sistema islamico dell'economia, cfr. GIAN MARIA PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico. Materiali e strumenti giuridici*, Istituto per l'Oriente "Carlo Alfonso Nallino", Roma, 1996, p. 64; HASSAN HANAFI, *Islam in the Modern World*, vol. I, *Religion, Ideology and Development*, Heliopolis, Dar Kebaa, 2000, pp. 275-276; DANIELE ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 18 ss.

¹⁵ ARISTOTELE, *Politica*, I, II, 1253b, 3 (1). L'edizione da me consultata è pubblicata da Laterza, Bari, 1948, con traduzione note e proemio di VINCENZO COSTANZI, p. 6 ss.

¹⁶ *Ivi*, I, III, 1256, 8 (1), p. 15 ss.

¹⁷ Sul concetto di responsabilità del musulmano rispetto all'uso dei beni e delle ricchezze, cfr. TARIK BENGARAI, *Comprendre la Finance islamique. Principes, Pratiques et Ethique*, Les 4 Sources, Paris, 2010, p. 53 ss.; MUHAMMAD UMAR CHAPRA, *Islam and the Economic Challenge*, The International Institute of Islamic Thought, Ryadh, 1992, pp. 206-208; ABDUL HĀDI GAFOURI, *Islam et économie. Réflexion sur les principes fondamentaux de l'économie islamiques*, Edition al Bouraq, Beirut, 2000, pp. 158 ss. Sul concetto di responsabilità nei diritti religiosi, in particolare nel diritto canonico, sia permesso il rinvio a MARIA D'ARIENZO, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, Pellegrini editore, Cosenza, 2012.

l'arricchimento materiale disgiunto dalla crescita spirituale, ovvero che non coincida con l'arricchimento interiore e con il contributo alla crescita del benessere della comunità nella quale si agisce. In altri termini, l'arricchimento che non sia frutto del lavoro dell'uomo, che non sia finalizzato alla crescita di una economia reale e che non sia conseguito nel rispetto dei principi di giusta distribuzione delle ricchezze e di equità nei confronti degli altri soggetti costituisce un accrescimento illecito in quanto «eccedente ciò che è giusto» e di conseguenza *ingiustificato* rispetto alla medietà e moderazione che contraddistingue la dimensione religiosa dell'economia islamica¹⁸.

3. Il divieto di *ribā*

L'accezione di eccedenza intesa come *accrescimento ingiustificato* secondo i principi di giustizia ed equità insiti nell'osservanza delle prescrizioni normative sciaraitiche è difatti espresso nel termine arabo *ribā*, di cui il Corano non dà una precisa definizione. Il termine *ribā* deriva dalla radice *r-b-w*, che significa aumentare, ed è utilizzato nel Corano non esclusivamente in riferimento al concetto di interesse¹⁹.

Complessivamente sono otto i versetti coranici che trattano del *ribā*. In base al grado di esplicita condanna della pratica, gli studiosi musulmani hanno distinto quattro fasi progressive²⁰: nei versetti considerati i primi ad essere stati rivelati, è evidenziata la contrapposizione tra il *ribā*, che non accresce alcun merito dell'uomo al cospetto di Dio, e l'elemosina che al contrario li raddoppia in quanto espressione di generosità²¹; nel versetto 161 della *sūra* "Le Donne", invece, il *ribā* non è ancora interdetto formalmente, ma solo implicitamente attraverso l'indicazione delle sanzioni inflitte alle generazioni precedenti la Rivelazione coranica per l'inosservanza del divieto della

¹⁸ «*Abbiam fatto di voi una nazione che segue il medio cammino acciocché siate testimoni di fronte a tutti gli uomini e il Messaggero di Dio sia testimone di fronte a voi*», CORANO II, 143. I passi del Corano sono citati nella traduzione di ALESSANDRO BAUSANI, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2001 (I ed. 1988).

¹⁹ MAXIME RODINSON, *Islam e capitalismo. Saggio sui rapporti tra economia e religione*, Einaudi, Torino, 1968, p. 34 ss.: «Non sappiamo con certezza cosa fosse esattamente il *ribā*. La parola significa in senso proprio "accrescimento". Sembra comunque che non dovesse trattarsi di un semplice interesse nell'accezione comune del termine: ma piuttosto del raddoppio della somma dovuta – capitale e interessi, in danaro o in natura –, nel caso che il debitore non fosse in grado di pagarla alla scadenza».

²⁰ MALIKA KETTANI, *Une banque originale. La banque islamique*, Imprimerie Najah el-Jadida, Casa-blanca, pp. 68-72.

²¹ «*Quel che voi prestate ad usura perché aumenti sui beni degli altri, non aumenterà, presso Dio. Ma quello che date in elemosina, bramosi del Volto di Dio, quello vi sarà raddoppiato*», CORANO XXX, 39

pratica, previsto infatti anche per gli ebrei e cristiani, le quali costituiscono pertanto un severo ammonimento ai musulmani al rispetto della proibizione²². Nella terza fase, vi è l'interdizione espressa relativa al raddoppio del capitale attraverso gli interessi, che in termini giuridici moderni si potrebbe definire anatocismo²³; infine, nei versetti 275-280 della *sūra* "La Vacca" è condannato espressamente e severamente il profitto sul capitale prestato²⁴.

L'esortazione alla rimessa degli interessi previsti, alla dilazione nella restituzione per i debitori in difficoltà e finanche al condono del debito quali espressioni di carità, contenuta negli stessi versetti nei quali si interdice la pratica dell'usura indica, al contrario, i comportamenti meritevoli da seguire in quanto produttivi della moltiplicazione della ricompensa divina. Quelle che possono essere definite come quattro tappe progressive nella espressa condanna del *ribā* trovano la loro unitarietà nell'esplicitazione del valore spirituale della produttività dei comportamenti in termini di incremento e detrimento dei meriti cui è collegata la retribuzione o il castigo divino. Alla severa condanna del *ribā* è contrapposto l'atto di carità e di generosa solidarietà con chi si trova in situazioni svantaggiate quale azione altamente raccomandata, in quanto vero arricchimento in termini di ricompense divine.

Il rispetto dei divieti e delle prescrizioni normative presenti nel Corano e negli *hadīṭ* costituiscono i limiti che strutturano la libertà dell'agire economico nell'ambito di ciò che è lecito.

Nella concezione islamica, come detto precedentemente, non è condannato il profitto in quanto tale, ma è illecito e proibito solo il "profitto ingiusto" in quanto non derivante dall'attività dell'uomo. Tale distinzione tra liceità e illiceità dell'azione economica emerge dalla distinzione coranica tra

²² «E perché han praticato l'usura che pur era stata loro proibita, per aver consumato i beni altrui falsamente; e abbiam preparato per i Negatori fra loro castigo cocente», CORANO IV, 161

²³ «O voi che credete! Non praticate l'usura doppiando e raddoppiando e temete Dio sì che possiate esser felici», CORANO III, 130.

²⁴ «Coloro che praticano l'usura, il dì della Resurrezione sorgeran dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto: "la compravendita è come l'usura". Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura. E colui cui arrivi questo avvertimento divino e desista da questo peccato, gli sarà donato quel ch'è passato, e la sua causa sarà giudicata da Dio; coloro però che tornassero a praticar l'usura, saran dannati al fuoco, nel quale rimarranno in eterno. Ma Dio distruggerà l'usura e moltiplicherà il frutto delle elemosine; ché Dio non ama nessun negatore perverso. In verità coloro che credono ed operano il bene, e compiono la Pregoiera, e pagano la Decima, avranno la loro ricompensa presso il Signore, non ci sarà timore per loro né li coglierà la tristezza. O voi che credete! Temete Dio e lasciate ogni resto d'usura, se siete credenti! E se non lo fate, ascoltate la dichiarazione di guerra da parte di Dio e del Suo Messaggero; se vi pentite, i vostri capitali resteranno a voi, non froderete né sarete frodati. Se il vostro debitore si trova in difficoltà, gli sia accordata una dilazione fino a che una facilità gli si presenti; ma se rimetterete il debito, sarà meglio per voi, se sapete», CORANO II, 275-280.

il guadagno frutto dell'attività commerciale e imprenditoriale e il guadagno derivante dal semplice decorso del tempo, come nel caso di percezione di interessi o di usura, oppure derivante dallo sfruttamento della posizione di svantaggio altrui, come nei casi di dolo, raggiri, o anche di transazioni praticate in regime di monopolio o caratterizzate da indeterminatezza, alea o ambiguità, nelle quali il beneficio economico è ottenuto in danno della controparte.

Il divieto di *ribā*, che nel Corano è riferito esclusivamente al danaro, è completato da numerosi *ḥadīṭ* nella *Sunna* nei quali è espressamente proibita la speculazione anche sui generi alimentari e metalli preziosi. Alcuni giuristi musulmani hanno distinto due forme di *ribā*: *ribā al-buyū'*, riferito alle transazioni commerciali aventi ad oggetto lo scambio di beni e prestazioni di servizi, considerato lecito purché non sia stabilito un differimento in una delle prestazioni (*nasī'a*) o differenza di quantità tra di esse (*tafāḍul*); *ribā al-qurūḍ*, relativo ai rapporti debitori pecuniari, ritenuti illeciti e proibiti sia nel caso in cui l'incremento della somma dovuta sia considerato quale corrispettivo del ritardo nell'adempimento (interessi moratori), sia nel caso in cui sia previsto anteriormente nel contratto di prestito²⁵.

La classificazione tradizionale distingue invece tra *ribā al-nasī'a* e *ribā al-faḍl*. Il *ribā al-nasī'a* si riferisce al tempo che si accorda al debitore per restituire un credito dietro pagamento di una somma maggiorata; il *ribā al-faḍl* consiste nell'incremento economico di una delle parti dovuto alla non equivalenza tra le quantità di beni e servizi scambiati²⁶. Entrambe le tipologie sono vietate in quanto espressione di ingiusto arricchimento e fondate sull'iniquo sfruttamento di una posizione di debolezza della controparte necessitata dal bisogno. Il fattore tempo, così come il denaro, non sono valori finanziari in sé: la remunerazione della semplice attesa senza un'assunzione di responsabilità e di rischio da parte del creditore, così come il rendimento prefissato sulla somma trasferita in prestito – ossia il pagamento di una eccedenza al creditore rispetto a quanto ricevuto da parte del debitore – generano un accumulo improduttivo delle ricchezze in contrasto con il prin-

²⁵ Cfr., sul punto, EMILIO BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Ispi, Milano, 1943, p. 135; GIAN MARIA PICCINELLI, *La dimensione etica del diritto musulmano dei contratti classico e contemporaneo*, in MASSIMO PAPA (a cura di), *Questioni attuali del diritto musulmano*, Università degli Studi di Bologna, Bologna, 2001, p. 187 ss.

²⁶ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni del diritto musulmano malichita con riferimento anche al sistema sciafiṭa*, II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1925, p. 60; GIAN MARIA PICCINELLI, s.v. *Ribā*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile XVII, Resp-Rin*, 1998, p. 495 ss.; L. NONNE, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in MASSIMO PAPA, GIAN MARIA PICCINELLI, DEBORAH SCOLART (a cura di), *Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, II, ESI, Napoli, 2011, pp. 831-871.

cipio islamico del lecito guadagno legato all'impegno fisico e intellettuale dell'uomo.

Le diverse tipologie di divieto di arricchimento ingiustificato fondato sulla speculazione relativa al decorso del tempo o sulla differenza quantitativa e qualitativa dei beni scambiati evidenziano come il *ribā* sia un concetto più ampio di quello che nella concezione occidentale è definito usura, come spesso viene tradotto il sostantivo arabo. Il divieto di *ribā* indica non soltanto un tasso di interesse superiore a quanto ritenuto ragionevole o stabilito dalla legge - condannato anche nelle altre tradizioni religiose, ebraica, cristiana, induista e buddista, in quanto misura di protezione di chi è costretto da situazione di bisogno e necessità a ricorrere al credito²⁷-, ma qualsiasi vantaggio patrimoniale senza un corrispettivo giustificato dall'operosità e dell'impegno produttivo dell'uomo, e pertanto qualsiasi pattuizione di interessi predeterminata a prescindere dai risultati economici del finanziamento.

In altri termini è vietato l'interesse fissato anticipatamente nel contratto di prestito, mentre sono considerati leciti dai giuristi musulmani sia la volontaria restituzione in eccedenza da parte del debitore del finanziamento ricevuto²⁸, sia il profitto derivante dalla crescita effettiva del capitale investito.

4. Nascita e sviluppo del sistema bancario islamico

Le prime esperienze di istituti bancari islamici considerati alternativi al sistema finanziario occidentale si sono sviluppate proprio a partire dalle forme solidaristiche di prestito senza interesse nei contesti rurali dell'India britannica e dell'Egitto nasseriano, come affermazione di principi di giustizia sociale ispirata a valori religiosi e rivendicazione, anche politica, di un'identità specificamente islamica.

Anche se nel mondo musulmano, si registrano tracce storiche di credito ispirato ai principi religiosi, tradizionalmente si fa risalire al 1963 la nascita del sistema finanziario strutturato sui principi sciaraitici, con la fondazione della *Mit Ghamr Saving Bank* in un piccolo villaggio nel delta del Nilo. Sul modello delle esperienze di credito cooperativo occidentali, l'economista

²⁷ Cfr. EMILIO BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., p. 135: «Il divieto di *riba* [...] rappresenta la protezione di chi è costretto da impellente necessità a chiedere denaro in prestito, ovvero alimenti indispensabili alla vita».

²⁸ SAMI AWAD ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires Bordeaux, Bordeaux, 2009, p. 486; Id., *Interessi e sistema bancario dagli ebrei, cristiani e musulmani*, consultabile all'indirizzo: <http://sami.aldeeb.com/medias/2015/11/italian-interessi-e-sistema-bancario-dagli-ebrei-cristiani-e-musulmani.pdf>, p. 19.

Ahmed Al Najjar crea con la *Cassa Rurale di Risparmio di Mit Ghamr* un sistema di intermediazione bancaria basato sul principio di *partnership* tra banca e cliente, finalizzato alla realizzazione dei principi di equità e di solidarietà sociale e di sviluppo economico sostenibile della comunità islamica. I clienti partecipano alla gestione delle scelte dell'istituto bancario e ai rischi finanziari conseguenti, secondo uno schema societario funzionale non alla massimizzazione del profitto derivante dalla remunerazione del capitale, ma alla effettiva redditività delle attività produttive finanziate: i depositi dei piccoli risparmiatori costituiscono un fondo che viene investito nel finanziamento dei progetti ritenuti meritevoli, realizzati da imprenditori la cui attività viene pertanto selezionata a prescindere da valutazioni relative al merito creditizio o alle garanzie offerte, ma sulla base della valutazione di redditività della stessa. Costituisce in altri termini un sostegno a sviluppare le capacità d'impresa per chi non ha capitale sufficiente. Ogni operazione ha un finalità individuata legata ad un'attività tangibile a beneficio della crescita economica della comunità. Gli utili derivanti dall'impiego del danaro nelle attività finanziate sono equamente distribuite tra le parti, secondo il principio della partecipazione al rischio imprenditoriale e di condivisione dei profitti e delle perdite. Si realizzano in tal modo esperienze di microfinanza che anticipano le esperienze di microcredito della *Grameen Bank* avviata in Bangladesh dal premio Nobel per la Pace 2006 Muhammad Yunus²⁹.

Successivamente, il modello bancario creato da Al Najjari conoscerà un notevole sviluppo con l'istituzione, nel 1975, dell'*Islamic Development Bank*, organismo bancario costituito dai Paesi islamici appartenenti all'OCI, finalizzato allo sviluppo economico e sociale in conformità alle prescrizioni sciaraitiche della comunità musulmana. Dalla fondazione della prima banca islamica privata a Dubai nel 1975, *l'Islamic Banking* ha conosciuto una notevole espansione specialmente nell'area dei Paesi del Golfo, fino ad islamizzare le strutture bancarie di Stati come l'Iran, il Pakistan e il Sudan tra il 1979 e il 1992³⁰. Di gran lunga minore è stata invece la proliferazione di istituti di finanza islamica nei Paesi del Nord Africa, dove vi è la presenza competitiva della finanza "convenzionale" di banche europee, soprattutto francesi. In questi Paesi non si è assistito ad un'incentivazione da parte delle politiche economiche statali dei prodotti *šarī'a compliant* come invece nei Paesi del Golfo. Recentemente, tuttavia, il Marocco ha autorizzato operazioni di *partnership* tra banche convenzionali marocchine e banche islamiche dei Paesi

²⁹ MUHAMMAD YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2004.

³⁰ INSTITUTE OF SOUTHEAST ASIAN STUDIES (a cura di), *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud-Est asiatico*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1991.

del Golfo sotto il controllo di conformità alla šarī'a della Banca centrale e del *Consiglio degli 'Ulamā'*³¹.

5. *Il ruolo degli studiosi della legge religiosa nella struttura di intermediazione finanziaria islamica*

Uno degli aspetti strutturali del sistema bancario islamico è costituito dallo Šarī'a *Supervisory Board*, ovvero da un Consiglio di studiosi della legge religiosa islamica in ambito commerciale e finanziario che ha il compito di certificare la conformità alle prescrizioni sciaraitiche dei prodotti finanziari. Il *Consiglio* svolge un ruolo di vigilanza, controllando che i fondi islamici, gli investimenti azionari e ogni operazione finanziaria siano non *harām*, ovvero che non abbiano ad oggetto attività economiche che si sviluppino in settori proibiti dal Corano, come il gioco d'azzardo, le scommesse, la pornografia, la produzione e vendita di alcolici, di tabacco, di prodotti alimentari a base di carne suina, di armi. Oltre al compito di certificazione *halāl* sulle scelte di investimento, gli Šarī'a *Boards* – la cui composizione può variare dal punto di vista numerico, ma che deve essere previsto obbligatoriamente come organo specifico oltre all'assemblea dei soci e al Consiglio di amministrazione, anche se rappresentato da un solo componente – svolge un'attività di consulenza per la strutturazione delle transazioni bancarie e finanziarie in conformità ai dettami religiosi³². Al fine di evitare incertezza sulla compatibilità dei prodotti finanziari alle prescrizioni coraniche, dovute alla appartenenza degli Šarī'a *Scholars* a diverse scuole giuridiche islamiche, sono stati creati organismi internazionali con lo scopo di fornire indirizzi interpretativi comuni come *l'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI), *l'Islamic Financial Services Boards* (IFSB); *l'International Islamic Financial Market* (IIFM); *l'International Islamic Rating Agency* (IIRA). Tali *standards* interpretativi internazionali costituiscono criteri di riferimento per gli Šarī'a *Scholars* degli istituti finanziari islamici atti a realizzare una tendenziale uniformità tra la pluralità di interpretazioni relative alla šarī'a *compliance* dei prodotti e servizi. La divergenza di interpretazioni sulla compatibilità degli strumenti finanziari ai precetti sciaraitici potrebbe difatti

³¹ Cfr. RABII EL GAMRANI, *Finanza halal, un nuovo traguardo per il Marocco*, in *Marocco oggi. Un'informazione italiana su un paese in movimento*. La notizia è reperibile all'indirizzo: www.marocoggi.it/2017/03/15/finanza-halal-un-traguardo-marocco.

³² Cfr. SIMONE ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici*, 4-2014, p. 15 ss.

costituire un ostacolo concreto alla diffusione della finanza islamica.

Il ruolo operativo di consulenza nel rendere compatibili con i dettami religiosi i prodotti finanziari utilizzati degli *Šarī'a Scholars* pone in evidenza l'esigenza di sviluppare competenze specifiche in materia commerciale e finanziaria. In questa prospettiva può essere interessante segnalare l'iniziativa sostenuta dalla Co.Re.Is. (Comunità Religiosa Islamica) in Italia di implementare specifici corsi di formazione finalizzati all'attività di consulenza e certificazioni *ḥalāl*³³.

6. Schemi contrattuali degli strumenti finanziari islamici

La Banca islamica raccoglie depositi attraverso due tipi di contratto di conto corrente: *il conto corrente per i depositi a vista*, basato su uno schema *Non Profit Loss Sharing*, con il quale le somme di modesta entità versate dal cliente sono custodite dalla banca a titolo gratuito e possono essere prelevate anche senza preavviso; *il conto d'investimento*, con il quale il cliente partecipa agli utili e alle perdite degli investimenti concordati con la banca³⁴. Ogni operazione bancaria, sia di raccolta del risparmio che di impiego, è effettuata attraverso le tipologie contrattuali conformi al rispetto delle prescrizioni religiose elaborate dalla giurisprudenza islamica.

Il principio della compartecipazione nei profitti e nelle perdite tra finanziatori e finanziati (*Profit and Loss Sharing*) regola le strutture contrattuali³⁵ che nel sistema islamico assicurano un efficiente rapporto rischio-ren-

³³ Cfr. il sito: <http://www.balalitalia.org/index.php?p=coreis>.

³⁴ Nei conti correnti d'investimento il cliente può prelevare periodicamente delle somme prima della scadenza, ma solo previo congruo preavviso. Sul punto cfr. ELISABETTA MONTANARO, *La banca islamica: una sfida per le regole di Basilea*, in *Studi e note di economia*, 3, 2004, p. 11 ss. La posizione dei depositanti nei conti correnti d'investimento per l'A. è assimilabile a quella degli azionisti. Contra SIMONE ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 12 che invece lo assimila all'associato in partecipazione di cui agli artt. 2549 e ss. c.c. italiano, nonostante non abbia poteri di gestione, a differenza da quanto previsto dall'art. 2552, comma 2, c.c. Sulla gestione finanziaria islamica del risparmio, cfr. GIANFRANCO FORTE, MARCO MAURI, FEDERICA MIGLIETTA, *La gestione del risparmio nella finanza islamica*, in *Banca Impresa Società*, 2-2011, pp. 263-297

³⁵ Sul contratto in diritto islamico, cfr. CHAFIK CHEHATA, s.v. 'akḍ, in *Encyclopédie de l'Islam*, vol. I, A-B, 1975, p. 328: «le 'akḍ, en droit musulman, c'est proprement l'acte juridique, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une simple déclaration unilatérale, telle que le testament». Sull'utilizzo da parte della dottrina modernista del termine 'akḍ per indicare i contratti bilaterali e dei termini *tašarruf* (disposizione) o *iltizām* (obbligazione) per gli atti unilaterali, cfr. M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della šarī'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, 7, 1999, p. 285. Cfr. inoltre VALENTINA MARIA DONINI, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI, 2010, pp. 260-282. Sulla classificazione dei contratti bancari islamici, cfr. FEDERICA MIGLIETTA, MARIA GRAZIA STARITA, *Una tassonomia dei contratti*, in

dimento in conformità con la šarī'a. La condivisione del rischio contrattuale impone una cooperazione e solidarietà tra le parti nella divisione degli utili e delle eventuali perdite evitando che gli effetti svantaggiosi gravino esclusivamente su una di esse³⁶.

I principali contratti cosiddetti partecipativi sono il *mudğāba* e il *mušāraka*, che si differenziano per le diverse condizioni stabilite nella sopportazione dei rischi.

Nel contratto di *mudāraba*, che è stato comparato alla commenda medievale³⁷, le parti si accordano per la condivisione dei profitti, mentre le perdite gravano solo sul socio che ha investito il proprio capitale (*rabb al-māl*) nell'attività di impresa interamente gestita dall'altro socio (*mudārib*), in qualità di agente. Quest'ultimo, in caso di esito negativo dell'investimento sopporterà soltanto le perdite relative al tempo impiegato e allo sforzo lavorativo, mentre gli eventuali profitti saranno equamente ripartiti. Il capitale è interamente conferito dal finanziatore *rabb al-māl* che non ha poteri di gestione, ma solo di controllo. Il *mudārib*, invece, conferisce le proprie competenze professionali e la remunerazione del lavoro svolto deriverà dalla redditività dell'investimento effettuato. Il contratto di *mudāraba* può essere vincolato o meno: nel primo caso, il finanziamento potrà essere destinato unicamente ad uno specifico investimento, mentre se il finanziatore (*rabb al-māl*) non ha posto vincoli di destinazione, il *mudārib* potrà scegliere liberamente gli investimenti più efficaci da effettuare. Alla richiesta di una delle parti il capitale viene restituito con la ripartizione pattuita degli eventuali utili. Il contratto associativo di *mudāraba* assolve alla funzione di finanziare l'attività imprenditoriale, ma anche a quella di far fruttare il capitale attraverso operazioni commerciali: di recente si sono infatti sviluppate forme di investimento nelle quali l'intermediario bancario assume il ruolo di *mudārib*, investendo nel mercato finanziario il capitale conferito dal cliente (*rabb al-māl*)³⁸.

Nel contratto di *mušāraka*, assimilato alle *joint-venture*³⁹, entrambe le parti conferiscono il capitale sotto forma di danaro, beni immobili, reputazione,

C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza Islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Edibank-Bancaria Editrice, Milano, 2009, pp. 13-76.

³⁶ AHMAD 'ABD AL -WALIJJ VINCENZO, *Islam. L'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2001, p. 129.

³⁷ GIAN MARIA PICCINELLI, s.v. *Mudāraba*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile XI, LI-M*, 1994, pp. 485- 488; AHMAD 'ABD AL-WALIJJ VINCENZO, *Islam. L'altra civiltà*, cit., p.128. Sulla derivazione della commenda medievale dal *qirād* islamico, cfr. LYDA FAVALI, *Qirād Islamico, commenda medievale e strategie culturali dell'Occidente*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 309 ss.

³⁸ TOMMASO VITO RUSSO, *I contratti Šarī'a Compliant*, cit., p. 68 ss.

³⁹ *Ivi*, p. 63.

marchi, lavoro⁴⁰ e partecipano sia ai profitti in base alle percentuali pattuite nell'accordo, che alle perdite in proporzione alla percentuale del conferimento.

I principali contratti *non partecipativi* (*Non Profit Loss Sharing*) sono quelli di scambio con i quali si trasferisce la proprietà di un bene da un soggetto ad un altro (*murābaḥa*, *salam* e *istiṣnā'*), e i contratti di trasferimento di usufrutto o di *leasing*.

La *murābaḥa* è una doppia vendita con pagamento differito⁴¹. Lo schema contrattuale prevede l'acquisto di un bene da parte di un intermediario per conto di un acquirente che non dispone del capitale necessario, secondo un prezzo concordato. L'acquirente diverrà effettivamente proprietario del bene solo alla restituzione dell'ammontare finanziato maggiorato di un margine di profitto per l'attività di intermediazione stabilito nell'accordo iniziale. In tal modo l'intermediario non viola il divieto di *ribā*, in quanto non concede un prestito ad interesse, ma acquista il bene rivendendolo successivamente all'acquirente⁴².

Una tipologia di contratto *murābaḥa* è il *muzāra'a*, utilizzato per il settore agricolo, nel quale i capitali o il terreno sono conferiti da un intermediario e il lavoro dall'agricoltore, mentre il raccolto sarà equamente diviso tra le parti.

Il contratto *iḡāra* prevede il trasferimento dell'usufrutto di un bene per un determinato periodo di tempo in cambio del pagamento di un corrispettivo in canoni periodici. Come nei contratti di *leasing*, cui può essere assimilato, è prevista anche la possibilità di acquistare alla scadenza la proprietà del bene ad un prezzo pattuito. Al fine di evitare di incorrere nell'ipotesi di trasferimento di un bene futuro, proibito dal principio di *ḡarar*, è prevista la possibilità di ricorrere ad una promessa di acquisto contestuale al contratto principale di *iḡāra* (*iḡāra wa iqtinā'*)⁴³.

Nel contratto *salam* è prevista invece una compravendita nella quale il corrispettivo è pagato dall'acquirente alla conclusione del contratto mentre il bene, che dovrà essere sempre fungibile, sarà consegnato successivamente, perché non ancora esistente, come nel caso di merci stagionali a carattere

⁴⁰ Sulla diversità di interpretazioni delle scuole giuridiche rispetto alla legittimità dei conferimenti in natura dei beni, cfr. *op. ult. cit.*, p. 65.

⁴¹ GIAN MARIA PICCINELLI, s.v. *Murābaḥa*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile XI, LI-M*, 1994, pp. 525-528.

⁴² TOMMASO VITO RUSSO, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.

⁴³ GIAN MARIA PICCINELLI, s.v. *Iḡāra wa iqtinā'*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile IX, GI-interessi*, 1998, pp. 303-305.

agricolo⁴⁴. L'acquirente pertanto assume il rischio della variabilità del prezzo di mercato della merce acquistata nella eventuale rivendita del bene che non può avvenire comunque prima della consegna.

Anche nel contratto *istiṣnā'*, come nel *salam*, le parti si accordano per la compravendita di un bene futuro che dovrà essere prodotto o un'opera da costruire. L'acquirente che commissiona il prodotto si impegna a corrispondere somme periodiche al costruttore o produttore in base all'avanzamento dei lavori sino alla sua consegna per un prezzo che deve essere esattamente indicato al momento della stipula. Eventuali aumenti del costo delle materie prime o del lavoro non modificano, salvo accordo tra le parti, le condizioni stabilite. È prevista la possibilità di recesso in caso di difformità dell'opera costruita o prodotta rispetto a quanto stabilito nel progetto⁴⁵. L'*istiṣnā'* è utilizzato dagli intermediari bancari come contratto per finanziare beni in corso d'opera. I pagamenti sono effettuati dalla banca al costruttore per conto del cliente che acquisterà la proprietà del bene dalla banca alla restituzione dell'intera somma più un margine predefinito.

Tra i contratti di garanzia i principali sono la *kafāla* e la *ḥawāla*.

La *kafāla* è un contratto di fideiussione a garanzia di un debito. In epoca contemporanea, la giurisprudenza islamica ha elaborato l'applicazione della *kafāla*, quale negozio tipico del diritto commerciale, al diritto di famiglia nel quale l'istituto della *kafāla* costituisce il contratto con il quale il *kāfil* si impegna a garantire la protezione e il sostegno del minore orfano o abbandonato⁴⁶. Anche in rapporto ai *migrant workers* si è sviluppato soprattutto in alcuni Paesi del Golfo il sistema *kafāla* con il quale il *kāfil* garantisce al lavoratore straniero il visto di ingresso o il permesso di soggiorno nel Paese con un contratto di lavoro che riserva al datore di lavoro-*sponsor* alcuni diritti relativi al consenso per il visto di uscita e al cambiamento di impiego, in mancanza del quale il lavoratore straniero è considerato clandestino⁴⁷. Tale sistema definito di sponsorizzazione è stato abolito nel 2012 in Bahrein e recentemente anche in Qatar e Kuwait.

La *ḥawāla* è uno strumento di garanzia dei pagamenti, basato su rapporti fiduciari, con cui si effettua una transazione finanziaria rapidamente anche

⁴⁴ Il contratto di *salam*, nel quale il bene non è ancora esistente al momento della compravendita è ammesso dal Corano come "eccezione".

⁴⁵ Il contratto di *istiṣnā'* è stato elaborato dalla dottrina islamica medievale.

⁴⁶ AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafāla*, in ID. (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 219-263.

⁴⁷ Sul punto, cfr. ABDULHADI KHALAF, OMAR AL SHEHABI, ADAM HANIEH, *Transit States: Labour, Migration and Citizenship in the Gulf*, Pluto Press, London, 2015.

a lunga distanza senza una diretta trasmissione dei mezzi di pagamento⁴⁸. Il trasferimento del danaro ad un beneficiario avviene attraverso la consegna di una somma ad un operatore (*hawāladar*) il quale trasmette l'ordine di pagamento ad un socio che provvederà ad anticipare il pagamento al beneficiario. La somma anticipata sarà rimborsata attraverso il versamento o l'importazione di beni per l'ammontare dovuto in base all'accordo intervenuto tra i due intermediari, compensando in tal modo debiti e crediti inversi. Per ogni operazione è prevista una provvigione.

Tale contratto è largamente utilizzato per il trasferimento di valuta e per il finanziamento di attività commerciali nel Paese di origine dagli immigrati di religione islamica nei Paesi ospitanti⁴⁹.

La natura fiduciaria sottesa alla relazione contrattuale tra le parti evidenzia la preferenza degli immigrati musulmani in contesti non islamici per i canali informali di intermediazione finanziaria⁵⁰ non solo per il trasferimento di fondi, ma anche per l'accesso al credito e l'allocazione delle risorse. Basti pensare alle *Associazioni Rotative di credito e risparmio* (RoSCA)⁵¹ o

⁴⁸ Sulla differenza tra il contratto *hawāla* e il contratto *suftaja*, quale forme originarie della moderna cambiale, cfr. AHMAD 'ABD AL-WALIJJ VINCENZO, *Islam. L'altra civiltà*, cit., pp. 129-130; ABRAHAM LABE UDOVITCH, *Banchieri senza banche: commercio, attività bancarie e società nel mondo islamico del Medioevo*, in GABRIELLA AIRALDI (a cura di), *Gli orizzonti aperti. Profili del mercante medievale*, Scriptorium, Torino, 1997, p. 105: «Il diritto commerciale islamico, oltre a delineare i metodi di concessione del credito, si occupava anche delle operazioni *sul* credito. Strumenti del tipo del *hawāla* e del *suftaja* erano gli esempi più rilevanti di questa categoria di credito. Lo *hawāla* era il pagamento di un debito attraverso il trasferimento del diritto ad una prestazione, e il *suftaja* una lettera di credito o cambiale. A partire almeno dall'VIII secolo, queste due tecniche finanziarie resero possibile il trasferimento di grandi somme di denaro a considerevoli distanze senza l'impiego di alcuna quantità di moneta. Il *suftaja* sempre, e lo *hawāla* spesso, si presentavano come obbligazioni scritte, costituendo così le prime e più importanti forme di titoli di credito commerciale del Vicino Oriente medievale».

⁴⁹ «L'*hawala* e le banche islamiche sono governate, del resto, dalla stessa legge, la *shari'a*: ma, mentre l'*hawala* è controllata e garantita dalle autorità religiose locali, le banche sono sottoposte alla supervisione di un ente, il Comitato della *shari'a* [...]. Il sistema dell'*hawala* rappresenta [...] l'altra faccia della (mezza) luna. Le movimentazioni di denaro legate al flusso *hawala* raggiungono direttamente la comunità di appartenenza dei migranti, finanziando individui, famiglie, piccole imprese o intere comunità e tutto nel pieno rispetto del divieto di *ribā*, attraverso l'artificio dello sconto dell'interesse maturato nel periodo occorrente ai trasferimenti di denaro, o, eventualmente, attraverso la sua capitalizzazione sul prezzo in modo tale che, almeno formalmente, l'interesse, pur essendo stato conteggiato, non appaia», GIOVAMBATTISTA PALUMBO, *La finanza islamica*, in <https://www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2014/08/La-finanza-islamica-Palumbo.pdf>, pp. 4-5.

⁵⁰ Sulla finanza informale nel bacino del Mediterraneo, cfr. GIAN MARIA PICCINELLI, *Servizi finanziari innovativi per i migranti nel contesto euro-mediterraneo. Un confronto tra modelli*, in ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Identità religiosa e integrazione dei musulmani in Italia e in Europa. Omaggio alla memoria di Francesco Castro*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 119-135, specificamente p. 128 ss.

⁵¹ La *Rotating Savings and Credit Association* (*Rosca*) è un'associazione di persone che mette in

alle *Associazioni cumulative di credito e risparmio* (Ascra)⁵², come anche alla struttura negoziale a carattere mutualistico delle *takāful* – che costituiscono l'alternativa islamica alle assicurazioni che nel sistema convenzionale sono invece basate sull'alea, vietato dalle norme sciaraitiche – per evidenziare come il fattore antropologico sociale e religioso⁵³ possa svolgere una funzione di *deterrente culturale* alla fruizione dei servizi offerti dai sistemi di credito ufficiali per i quali le istanze e le finalità etico-religiose appaiono del tutto irrilevanti⁵⁴.

Oltre alle attività bancarie e commerciali, la finanza islamica si è dotata di strumenti alternativi ai prodotti finanziari islamici. La giurisprudenza islamica, il *fiqh*, ha elaborato, difatti, obbligazioni, fondi di investimento⁵⁵, azioni e prodotti nel settore assicurativo *ṣarī'a compliant*.

I *ṣukūk*, spesso assimilati impropriamente ai *bond* convenzionali⁵⁶, sono dei certificati rappresentativi di quote di partecipazione alla proprietà indivisa di beni materiali, usufrutto e servizi emessi sulla base di contratti islamici⁵⁷. I fondi raccolti con l'emissione di *ṣukūk* verranno investiti nel finanzia-

comune i propri risparmi, con versamenti periodici di quote, finalizzate sia al credito senza interessi in vista di obiettivi specifici e ricorrenti, sia al risparmio. Il fondo comune costituito dal versamento periodico di una somma di danaro fissa da parte dei partecipanti è distribuito a turno a ciascuno dei componenti. Il primo designato riceve un credito senza interessi. Mentre l'ultimo riscuote alla fine la somma risparmiata. La partecipazione consente di beneficiare della somma totale anticipatamente rispetto ad un risparmio individuale. In merito, cfr. FRITZ J.A. BOUMAN, *Rotating and Accumulating Savings and Credit Associations: A Development Perspective*, in *World Development*, 3, 23, pp. 371-384.

⁵² L'*Accumulating Savings Credit Association* (Ascra) è un'associazione nella quale i partecipanti versano quote che costituiscono un fondo comune utilizzabile per le esigenze specifiche o impreviste degli associati o dei loro familiari. Sull'acronimo ASCRA cfr. FRITZ J.A. BOUMAN, *ROSCA and ASCRA: Beyond the Financial Landscape*, in FRITZ J.A. BOUMAN, OTTO HOSPES (eds.), *Financial Landscapes Reconstructed*, Westview Press, Boulder (Colorado), 1994, pp. 375-394.

⁵³ Sul punto, cfr. GIANCARLO ANELLO, *op. cit.*, p. 6 ss.

⁵⁴ Cfr. RENÉ SMITS (ed.), *Islamic finance and the influence of religion on the law*, Eleven International Publishing, The Hague, 2012; ANDREA NUOLI, *Negozi onerosi in ambito religioso come contributo per la moderna economia etica. Profili sistematici e proposte dottrinali*, Edizioni Nuova cultura, Roma, 2012; MARIA D'ARIENZO, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *cit.*, pp. 288-289.

⁵⁵ Cfr. i contributi raccolti nel vol. ANTONIO DELL'ATTI, FEDERICA MIGLIETTA (a cura di), *Fondi sovrani arabi e finanza islamica*, Egea, Milano, 2009.

⁵⁶ Mentre i *bond* convenzionali sono titoli obbligazionari che vengono rimborsati alla scadenza prefissata con il pagamento di interessi, i *ṣukūk* sono certificati di investimento in progetti specifici, il cui rendimento è legato al valore delle attività sottostanti e alla redditività del progetto finanziato. Sul punto cfr. FEDERICA MIGLIETTA, *Bond islamici alla conquista dei mercati. Opportunità, rischi e sfide dei sukuk*, Egea, Milano, 2012. Sulla differenza tra *bond* convenzionali e *ṣukūk*, cfr. SIMONE ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, *cit.*, p. 23 ss.; TOMMASO VITO RUSSO, *I contratti Ṣarī'a compliant*, *cit.*, pp. 96 ss. e 143 ss.; PAOLO PIETRO BIANCONI, MOHAMMAD ZIAD SHAKHATREH, *Asset Life Sukuk to Fund Utility Companies*, in *EJFI-European Journal of Islamic finance*, n. 6, 2017, consultabile al sito: <http://www.ojs.unito.it/index.php/EJIF>.

⁵⁷ L'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) ha individuato

mento di progetti šarī'a compliant, ai quali i possessori di *šukūk* partecipano con assunzione di rischio imprenditoriale e partecipazione ai profitti e alle eventuali perdite⁵⁸.

I *fondi comuni islamici di investimento* si caratterizzano per l'investimento del capitale raccolto con le sottoscrizioni in attività imprenditoriali o nel mercato azionario compatibili con il rispetto dei precetti religiosi secondo il principi di partecipazione ai profitti e perdite delle società finanziate⁵⁹. Il controllo sulle attività *halāl* svolte dalle società finanziate è effettuato dallo Šarī'a Supervisory Board, composto almeno di tre membri. Negli ultimi decenni sono stati creati degli indici islamici come il *Dow Jones Islamic Market Index* (DJIMI), il *FTSE Global Islamic Index Series* (FTSE-GII), lo *Standard & Poor's Shariah Indices*, comprendenti titoli di società rispettose delle prescrizioni islamiche. I fondi comuni che investono in titoli azionari di società quotate negli indici islamici non sono obbligati a prevedere uno šarī'a board interno, anche se la sua costituzione, anche rappresentato da un solo consulente è considerata auspicabile per garantire il non coinvolgimento degli investitori in attività *harām*, dovuti a possibili mutamenti societari.

Forme peculiari di fondo comune di garanzia sono i *takāful*, il cui patrimonio è costituito da contributi finanziari versati dai contraenti a titolo di donazione – definiti *tabarru'*, ovvero quote associative di natura liberale, pertanto non pagamenti rateali obbligatori come nelle assicurazioni convenzionali – che viene utilizzato, seguendo i principi di mutua assistenza e cooperazione, in caso di necessità dai contraenti o beneficiari indicati nel contratto. Il termine *takāful* difatti in arabo significa “garanzia congiunta”⁶⁰. Il fondo *takāful* è gestito attraverso la condivisione del rischio nelle attività finanziate sotto la supervisione di uno šarī'a board. I prodotti *takāful* sono utilizzati per la copertura assicurativa alla proprietà e alla responsabilità civile, ma anche agli infortuni e al ramo vita, secondo l'applicazione dei modelli

quattordici schemi standards di *šukūk* in base al contratto islamico sottostante di riferimento. I più utilizzati e diffusi sono tuttavia lo *iğāra šukūk*, il *muđāraba šukūk*, il *mušāraka šukūk*, il *salam šukūk*. Cfr. AAOIFI, *Šarī'a Standard*, n. 17, 2003.

⁵⁸ RONY HAMAUI, MARCO MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 111 ss.

⁵⁹ Sui rapporti tra finanza islamica ed altri strumenti di economia sociale, cfr. MARIA D'ARIENZO, *I principi religiosi della finanza islamica*, cit., pp. 196-198; FEDERICA MIGLIETTA, GIANFRANCO FORTE, *A Comparison of Socially Responsible and Islamic Equity Investments*, in *Journal of Money, Investment and Banking*, 21, 2011, pp. 116-132; FRANCESCO SORVILLO, *Lo spazio religioso dell'azione economica. L'offerta bancaria e il metaprofit incontrano la confessionalità*, cit., p. 13 ss.

⁶⁰ FEDERICA MIGLIETTA, *L'assicurazione in contesto islamico: l'istituto del takāful*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2, 2007, pp. 473-491; SORAYA FARHI, *La Banca Islamica e i suoi fondamenti teorici*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2010, p. 41 ss.

contrattuali *wakāla*, *murābaha* o misto. Nel primo caso, le compagnie di *takāful* gestiscono il fondo dietro pagamento di un corrispettivo prefissato, mentre i profitti sono ripartiti tra i sottoscrittori. Le eventuali perdite possono essere coperte con un prestito senza interessi versato come contributo dalla compagnia stessa. Nel secondo, invece, sia la compagnia assicurativa che gli assicurati partecipano, secondo le percentuali stabilite contrattualmente sia agli utili sia alle perdite. Un altro modello contrattuale che può essere definito intermedio tra il *wakāla* e *murābaha* prevede a favore della compagnia assicuratrice sia una percentuale fissa sui premi versati da investire, sia una partecipazione ai profitti.

8. Prospettive di sviluppo della finanza islamica in Italia

Soprattutto in seguito alle crisi che hanno colpito la finanza “convenzionale”, si registra negli ultimi anni una sostenuta diffusione del sistema finanziario islamico anche nel mondo occidentale, in ragione della maggiore stabilità mostrata dai mercati etico-religiosi che vietano gli strumenti di finanza derivata e dalla esigenza di diversificazione degli investimenti. La presenza di una numerosa e crescente componente musulmana e l’opportunità di attrarre investimenti da parte di Fondi Sovrani dei Paesi del Golfo per lo sviluppo dell’economia ha sollecitato una nuova attenzione per l’introduzione in Europa di istituzioni e strumenti finanziari strutturati conformemente ai precetti religiosi sciaraitici⁶¹.

Nel 2004 è stata autorizzata la prima banca islamica in Gran Bretagna, mentre molte banche d’investimento internazionali come la *Citibank*, la *Société Generale*, la *BNP Paribas* ed altre hanno aperto sportelli islamici o succursali per offrire ai clienti musulmani servizi e prodotti *šarī‘a compliant*. E sempre nel 2004 il *Land* della Sassonia-Anhalt ha effettuato la prima emissione governativa di *šukūk*. Dal 2006 i *šukūk* sono quotati nella borsa di Londra (*London Stock Exchange*).

In Italia si registrano soltanto nell’ultimo decennio timide aperture all’ingresso degli strumenti finanziari islamici. Le ragioni sono sia di carattere politico-culturale sia normativo-fiscale. La ortoprassi religiosa islamica sottesa alla scelta di prodotti finanziari conformi ai precetti sciaraitici è stata spesso pregiudizialmente percepita come vettore nel campo economico di ideologie fondamentaliste tese all’affermazione di un’identità musulmana

⁶¹ GABRIELLA GIMIGLIANO, GENNARO ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006.

specifica e talvolta antagonista rispetto al mondo occidentale⁶², se non addirittura come canale di raccolta per il finanziamento del terrorismo islamico internazionale. Non tutti i Paesi islamici, del resto, hanno sostenuto la diffusione dell'*Islamic Banking*, considerandolo espressione del *wahabismo* saudita⁶³. L'atteggiamento prudentiale nella piena integrazione della finanza islamica nei sistemi giuridico-economici ha costituito un deterrente inizialmente non secondario all'implementazione di strumenti di intermediazione finanziaria islamica in Italia, spesso percepita, tra l'altro, come destinata ai soli musulmani.

Il rinnovato interesse per i valori di solidarietà e responsabilità sociale nell'agire economico quale concreta alternativa all'economia neoliberista finalizzata alla massimizzazione dei profitti e la maggiore stabilità sul mercato dimostrata rispetto al sistema convenzionale ha consentito un diverso approccio anche a livello istituzionale nei confronti del sistema finanziario islamico.

Le opportunità di crescita offerte da una maggiore integrazione finanziaria degli immigrati islamici hanno indubbiamente favorito l'avvio di prassi bancarie calibrate sulle loro specifiche esigenze⁶⁴. Una delle prime iniziative di *Migrant Banking* in Italia è stata avviata dalla Cassa di Risparmio di Fabriano e Cupramontana con l'offerta di prodotti compatibili con il rispetto delle prescrizioni religiose. Nel 2004 è stato creato un primo deposito, remunerato non con interessi pecuniari, ma con premi in natura rivolto alla clientela islamica. Successivamente è stata promossa l'offerta del *Mutuo extragentile* strutturato sulla forma contrattuale del *leasing* immobiliare, corrispondente alla transazione *iğāra wa iqtinā'*⁶⁵, dalla durata venticinquennale al termine del quale il cliente decide se riscattare o meno il bene. Iniziative simili sono state avviate anche da altri istituti di credito come la Banca Popo-

⁶² GIAN MARIA PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 64; RONY HAMAUI, MARCO MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del profeta*, cit., p. 56; DANIELE ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, cit., p. 41 ss.; MARIA D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, cit., p. 198.

⁶³ «La maggior parte di questi istituti ha peraltro origine saudita, in linea con il ruolo guida dell'Arabia Saudita nel panislamismo sunnita, laddove non c'è dubbio che una rete finanziaria internazionale islamica costituisce un ulteriore ed efficace strumento per estendere l'influenza saudita e wahabita nel mondo musulmano. La rete delle banche islamiche si presenta, del resto, come una ragnatela intricata, le cui ramificazioni sono, a volte, poco trasparenti, sia nelle operazioni compiute che nella partecipazione al capitale di controllo», GIOVAMBATTISTA PALUMBO, *La finanza islamica*, cit., p. 2-3.

⁶⁴ FEDERICA MIGLIETTA, *L'importanza dell'etnia e della religione nel rapporto banca-cliente: l'Islamic finance*, in ANNA OMARINI (a cura di), *Il migrant banking. Esigenze della clientela immigrata e modelli di servizio per l'offerta*, Bancaria Editrice, Roma, 2006

⁶⁵ Cfr. *supra*, nota 43.

lare di Milano, l'Unicredit s.p.a., il gruppo Monte Paschi di Siena ed altre⁶⁶.

Particolarmente attiva nella promozione della conoscenza e strutturazione di prodotti finanziari rispettosi delle istanze valoriali della economia islamica in contesto non islamico è l'associazione ASSAIF (*Associazione per lo sviluppo di strumenti alternativi e di innovazione finanziaria*) che dal 2006 offre attività di consulenza per la elaborazione di nuovi strumenti di intermediazione finanziaria rispetto a quelli tradizionali⁶⁷. Tipico è l'esempio del mutuo senza interessi per l'acquisto di beni immobili, elaborato per consentire ai fedeli musulmani residenti in Italia l'accesso al credito per l'acquisto di beni sul mercato immobiliare senza violare il divieto di *ribā*⁶⁸ o del *murābaha* applicato ad una operazione immobiliare per conto di clienti musulmani a Pavia, come anche il *project financing* per il finanziamento di attività imprenditoriali, con il quale si realizza la condivisione del rischio e la partecipazione agli utili di entrambe le parti⁶⁹. Anche la *Deloitte Consulting s.p.a* nel 2009 ha creato un ramo dedicato alla consulenza in materia di prodotti e istituzioni finanziarie islamiche in collaborazione con lo Šarī'a Board di *Co.Re. Is* (Comunità religiosa islamica) Italiana⁷⁰.

I maggiori ostacoli ad uno sviluppo del processo di integrazione tra le strutture contrattuali islamiche e civilistiche italiane derivano tuttavia dalla mancanza di una normativa *ad hoc* in materia fiscale e di regolamentazione bancaria⁷¹. Tale limite è stato sottolineato anche dall'ABI che già nel 2010

⁶⁶ MARIASSUNTA COZZOLINO, *Profili d'inclusione e integrazione finanziaria dei migranti musulmani tra migrant banking e finanza islamica. Iniziative governative e prassi bancarie in Italia e in Europa*, nel vol. CARLO CARDIA, GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 269-298.

⁶⁷ Cfr. il sito: www.assaif.org.

⁶⁸ In concreto nel mutuo islamico la proprietà è acquistata dall'intermediario finanziario per il cliente che mediante il versamento di un acconto iniziale diviene comproprietario. Soltanto con l'ultimo versamento rateale stabilito contrattualmente il cliente acquista la piena proprietà sull'immobile.

⁶⁹ TOMMASO VITO RUSSO, *I contratti Šarī'a Compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, cit., p. 129 ss. Sulla compatibilità della finanza islamica con il sistema economico italiano, cfr. MARIA GRAZIA STARITA, *Le prospettive della banca e della finanza islamica in Italia*, in CLAUDIO PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Bancaria editrice, Roma, 2009; S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit.; PAOLO PIETRO BIANCONE, MAHA RADWAN, *Sharia Compliant "Possibility for Italian SMEs"*, in *EJIF – European Journal of Islamic Finance*, n. 1, 2014; PAOLO PIETRO BIANCONE E MOHAMMAD ZIAD SHAKHATREH, *Using Islamic Finance for Infrastructure Projects in Non-Muslim Countries*, in *EJIF – European Journal of Islamic Finance*, n. 2, 2015 consultabili al sito: <http://www.ojs.unito.it/index.php/EJIF>.

⁷⁰ Sull'offerta di servizi *Deloitte* in tema di finanza islamica, cfr. siti: www.deloitte.it; www.islamicfinance.deloitte.com; www.halalitalia.org/index.php?p=deloitte.

⁷¹ Per quanto concerne la costituzione di banche islamiche in Italia, il fondo di garanzia previsto dalla regolamentazione bancaria italiana per i depositi inferiori a centomila euro non è compatibile con

nel *Forum economico del Mediterraneo* tenutosi a Roma⁷² ha sensibilizzato il governo e le istituzioni sulla necessità di una modifica legislativa che superando la rigidità della regolamentazione bancaria e fiscale attualmente esistente favorisse lo sviluppo di nuovi strumenti di intermediazione finanziaria per aumentare la capacità di intercettazione di capitali stranieri dai Paesi del Golfo⁷³. In Italia esiste una sola filiale di banca islamica privata, la iraniana *Bank Sepah*, con sede a Roma.

Attualmente è allo studio di un gruppo di consulenti istituito presso la *VI Commissione finanze della Camera* una bozza di disegno di legge per l'armonizzazione del sistema fiscale e tributario italiano agli strumenti della finanza islamica, con l'obiettivo di lanciare sul mercato anche titoli di Stato conformi alla *šarī'a (ṣukūk sovranī)* al fine di attrarre i grandi capitali dei Paesi islamici⁷⁴ e garantire una maggiore e più efficace integrazione sociale ed economica dei migranti di religione islamica attraverso la tutela della loro libertà religiosa in campo economico e finanziario.

la disciplina islamica dei depositi bancari. Tale incompatibilità potrebbe essere superata attraverso la creazione di una tutela assicurativa per i conti di investimento. Relativamente alla compatibilità degli strumenti di finanza islamica con la disciplina europea e italiana, cfr. SIMONE ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., pp. 55-60. Altre problematiche possono derivare dall'aggravio fiscale derivante dalla maggiore complessità delle strutture contrattuali islamiche rispetto a quelle aventi medesimo scopo economico offerti dall'ordinamento italiano. Per raggiungere una parità di trattamento fiscale occorrerebbe applicare l'imposizione indiretta solo alla prima transazione, qualificando la struttura contrattuale islamica, sebbene costituita da più atti, come un'unica operazione.

⁷² ABI, *Il forum economico del Mediterraneo*, Roma, 25-26 febbraio 2010 consultabile al sito: <http://www.abi.it/Doc>

⁷³ Nel 2007 l'Associazione bancaria italiana e l'Union of Arab Banks hanno firmato un *Memorandum of Understanding*, in base al quale è stata programmata un'attiva collaborazione fra le due associazioni bancarie. Cfr. l'indirizzo: www.abi.it.

⁷⁴ RAFFAELLA MALITO, *Una legge porterà la finanza islamica a Roma*, consultabile all'indirizzo: www.ilGiornale.it, 19 luglio 2016; STEFANIA PEVERARO, *In Italia in arrivo una legge sulla finanza islamica*, rinvenibile all'indirizzo: <https://www.assinews.it/03/2017/italia-arrivo-legge-sulla-finanza-islamica/660037616>.

Il bitcoin è halal?

Una visione islamicamente orientata sulle valute virtuali

VASCO FRONZONI

1. Shari'a e tratti distintivi della finanza islamica

La grande diffusione che le monete virtuali¹ hanno avuto da una decina di anni a questa parte nelle transazioni finanziarie e la loro cospicua influenza sui mercati ha fatto sì che anche la finanza islamica si sia interessata al fenomeno, tanto da generare un dibattito sull'utilizzo delle cd. cryptomonete e sulla loro compatibilità con le regole islamiche.

Come è noto, l'islam attribuisce importanza fondamentale ad una divisione quasi manichea tra ciò che è *halal* (lecito) rispetto a ciò che viceversa risulta *haram* (illecito)², che pervade ogni aspetto della vita del credente. Egli, sottoposto per nascita o per conversione alla volontà divina, deve conformare ogni passo della sua vita, ogni azione del suo quotidiano ad un quadro normativo essenziale ma, al tempo stesso complesso, rappresentato dalla *shari'a*. Le regole sharaitiche, così, investono ogni aspetto della vita dei musulmani, tanto nella dimensione privata quanto in quella comunitaria e, conseguentemente, investono anche gli aspetti economici e finanziari della vita sociale e pubblica.

Questa dicotomia tra permesso e proibito è tuttavia temperata sia da una sottodivisione delle azioni umane in altre tre categorie oltre alle due menzionate³, sia dall'inscindibile nesso che esiste tra predestinazione e libe-

¹ Per una disamina storica delle monete virtuali, si veda DAVIDE CAPOTI- EMANUELE COLACCHI-MATTEO MAGGIONI, *Bitcoin revolution. La moneta digitale alla conquista del mondo*, Hoepli, Milano, 2015; MASSIMO AMATO, LUCA FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle monete virtuali*, Università Bocconi Editore, Milano, 2016. Sulle implicazioni giuridiche dell'utilizzo delle cd. cryptomonete, si rimanda a GIAN LUCA GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, in MARIA TERESA PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 197 e ss.

² Per tali basilari nozioni, AL-GHAZALI, *Al-Kitab al halal wa-l haram*, Al-Bouraq, Beyrouth, 1420 H.

³ Gli atti dei credenti vengono classificati in cinque categorie di regole o norme direttive (*al-abkam*

ro arbitrio per la legge religiosa dell'islam.

Tra gli articoli della fede islamica⁴, infatti, ed è importante rimarcarlo, vi è la credenza nella predestinazione⁵, la cui teorizzazione fa ritenere che né il caso, né la fatalità, né la fortuna e né la disgrazia sono causa degli avvenimenti nella vita dell'universo e nella vita dell'uomo e ciò significa riconoscere, conseguentemente, che tanto il bene quanto il male hanno come causa il decreto divino. Gli uomini, dunque, confidano nell'eternità della scienza di Allah che abbraccia e coinvolge ogni cosa, essendo stata ogni cosa da lui creata. Tutto è conosciuto, ma è concessa la libertà di orientamento, poiché l'uomo non è una creatura indifesa sospinta dal destino. Allah, così, ha dotato l'uomo della capacità di compiere il bene ed il male in base ad una scelta volontaria. La predestinazione divina non esime da responsabilità. Gli esseri dotati di libero arbitrio, infatti, vengono elogiati per le azioni lodevoli e rimproverati per le azioni biasimevoli. Tuttavia Allah punisce solo le azioni nelle quali c'è stata libertà di scelta. Secondo la dottrina islamica ogni atto umano è predestinato, ma è errato credere nell'azione del destino, poiché pur senza negare le interferenze divine negli affari umani, la libertà d'arbitrio è mantenuta intatta. Gli uomini pii esercitano il loro libero arbitrio agendo in maniera conforme agli insegnamenti divini e scegliendo di credere in Allah e seguire i suoi insegnamenti, poiché non credere, o credere in maniera condizionata o incompleta, significherebbe tradire e mettere in pericolo il progetto che Allah ha voluto per le sue creature.

La finanza islamica costituisce un settore dell'economia mondiale in grande espansione, destinatario di un interesse crescente nel panorama finanziario internazionale, tanto da costituire un segmento considerevole di tutti i mercati finanziari, ed è un sistema dotato di specifiche regole distinte e, per certi aspetti, anche lontane dalle regole e dalle prassi finanziari e del cd. mondo occidentale.

L'islam è portatore di una politica economica che incoraggia il profitto e la competizione negli affari, incitando i credenti a lavorare con impegno

al-kbamsa) nelle quali si riassume la materia del diritto positivo: 1) obbligatori, 2) consigliabili o raccomandabili, 3) leciti, 4) riprovevoli o biasimevoli, 5) vietati. DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, I.P.O., Roma, 1925, I, p. 8-9.

⁴ Sugli articoli di fede, 'ABUL RAHMAN PASQUINI, *Islam: credo, pilastri, perfezione e vertice*, Quaderni islamici, Edizioni del Calamo, Milano, 2002, pp. 11 e ss.

⁵ Sulla teoria della predestinazione si veda ANTONIO CAMPISI, *sub voce "gbr"*, in *Lessico della teologia islamica*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 25; TITUS BURCKHARDT, *Introduzione alle dottrine esoteriche dell'islam*, Edizioni Mediterranee, Roma, 1987, pp. 40 e ss.; GIUSEPPE RIZZARDI, *L'islam: il linguaggio della morale e della spiritualità*, Glossa, Milano, 2007, p. 73; DARIO TOMASELLO, *Lessico della tradizione islamica. Dialogo ragionato in 33 voci*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, p. 135.

per conseguire utilità di natura economica, a detenere proprietà privata e a intraprendere rischi d'investimento.

Contrariamente ad altre religioni, nell'islam la povertà non è considerata una virtù, ma un disvalore sociale, di natura temporanea, che deve essere prontamente superato, in modo da reinserire quanto prima l'individuo che versa in ristrettezze nel circuito produttivo. Specularmene, esiste una accezione positiva del concetto di ricchezza e di proprietà privata. Difatti, i beni e la disponibilità economica rappresentano i doni che Allah ha destinato ai fedeli: *“O voi che credete! Mangiate delle cose buone che la provvidenza nostra v'ha dato, e ringraziate Iddio, se lui solo adorato”* (Cor II, 172) ed il musulmano è esortato da Allah a godere dei suoi doni ed a mostrare gratitudine. La *shari'a* interviene a protezione di questi regali divini ed i credenti sono incoraggiati nella ricerca e nella raccolta di averi⁶.

Il diritto di proprietà è uno dei diritti fondamentali che l'islam garantisce ad ogni credente *“O voi che credete! non entrate in case altrui senza aver prima chiesto il permesso e aver salutato le persone della casa”* (Cor XXIV, 27), proteggendo la proprietà privata contro le intrusioni, il furto, i danneggiamenti e le frodi: *“O popolo mio! date giusto peso e giusta misura e non defraudate gli uomini delle loro cose, non portate scelleratezza sulla terra”* (Cor XI, 85)⁷. Tuttavia, non va dimenticato che tutti i beni sono donati agli uomini da Allah, il solo che può rivendicarne la proprietà assoluta, e va tenuto anche presente che ogni membro della comunità deve essere assistito nei momenti di difficoltà e non deve mai essere privato dei beni necessari per poter vivere dignitosamente. Infatti, la ricerca del benessere deve essere subordinata al rispetto di alcune condizioni, poiché essa può costituire, ad un tempo, uno strumento che può essere utilizzato per ottenere la benevolenza di Allah, ma anche un mezzo per portare il singolo e la comunità alla distruzione: *“Le ricchezze ed i figli sono gli ornamenti effimeri della vita terrena, ma le cose eterne, le opere buone, meritano compenso migliore agli occhi del Signore, e migliore speranza”* (Cor XVIII, 46); *“Poiché le vostre ricchezze e i vostri figli non sono che una tentazione, mentre verso Dio v'ha mercede immensa”* (Cor LXIV, 15). Seguendo questo concetto, la ricchezza va perseguita, ma va anche distribuita poiché il danaro non va accumulato ma deve servire a far circolare l'economia: *“O voi che credete! certo molti dei dottori e dei monaci*

⁶ Sui concetti di ricchezza e povertà nell'islam, si rinvia a VALENTINA DONINI, *Regola morale e pragmatismo economico nel diritto islamico dei contratti*, Istituto per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2012, pp. 11 e ss.

⁷ Vedasi a tal proposito PAOLO FORTUNATO CUZZOLA, *Il Diritto islamico*, Primiceri editore, Pavia, 2013, p. 107.

consumano i beni altrui in cose vane e allontanano gli uomini dalla via di Dio. Orbene, a coloro che ammucciano oro e argento e non lo spendono sulla via di Dio annuncio castigo cocente” (Cor IX, 34), e il pagamento della *zakat*⁸, quale elemosina legale e tassazione religiosa, costituisce un obbligo per tutti i fedeli: *“Preleva sulle loro ricchezze una decima per purificarli e mondarli, e prega per loro...”* (Cor IX, 103); *“Credete in Dio e nel suo Messaggero, e largite parte di quei beni di cui vi ha costituito eredi, chè quei che fra voi credono e elargiscono delle loro sostanze avranno mercede grande*” (Cor LVII, 7). Inoltre, per l’etica islamica, beni e denari devono essere acquisiti con mezzi leciti e vanno spesi in maniera corretta. I valori morali dell’islam, generali e condivisi, vanno rispettati anche in questo campo, permettendo così che la ricchezza sia benedetta da Allah, consentendo che il fedele possa goderne tanto nella vita presente quanto nell’al di là. Difatti, il credente non potrà usare denaro per corrompere altri o per far loro del male, perché ciò significherebbe andare contro la volontà di Allah: *“Non consumate fra voi le vostre ricchezze invano, e non fatevene un mezzo per corrompere i giudici perché defraudino peccaminosamente parte della gente dei loro beni, sapendo il male che fate”* (Cor II, 188).

Dai loro investimenti gli individui possono ottenere un ricavo, e vengono stimolati a lavorare in modo produttivo per il proprio interesse personale. Tuttavia l’Islam riconosce che le tensioni economiche ed emotive dovute alla povertà possono indurre un individuo a ricorrere a sistemi malsani o amorali di guadagnare un reddito. Pertanto, le componenti essenziali del sistema economico islamico sono state formulate al fine di garantire a tutti gli individui istruzione e occupazione, contenimento e prevenzione della povertà, e un continuo sviluppo sociale e intellettuale⁹. Inoltre, alla base della finanza islamica vi sono spinte caritatevoli e solidaristiche di giustizia sociale che impongono al credente che produce profitto di versare la *zakat*¹⁰, la tassazione religiosa in favore di otto specifiche categorie di destinatari, il cui pagamento

⁸ La *zakat*, si ricorda, corrisponde ad una sorta di decima, che il musulmano deve calcolare su determinate proprietà ed elargire in beneficenza ad otto categorie di beneficiari: *“Perché il frutto delle decime e delle elemosine appartiene ai poveri e ai bisognosi e agli incaricati di raccoglierle, e a quelli di cui ci siam conciliati il cuore, e così anche per riscattar gli schiavi e i debitori, e per la lotta sulla via di Dio e pel viandante*” (Cor IX, 60). L’importanza della *zakat*, come obbligo religioso, è resa evidente dal fatto che essa costituisce uno dei cinque obblighi fondamentali cui il musulmano deve adempiere, i cosiddetti pilastri dell’islam. Per approfondimenti, si rinvia a AA.Vv., *Tasse religiose e filantropia nell’islam del Sud-Est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997.

⁹ In tal senso HOSSEIN ASCARI- ROSHANAK TAGHAVI, “I fondamenti di principio di un’economia islamica”, in *Moneta e Credito*, vol. LVIII, n. 232, dicembre 2005, pp. 175-94.

¹⁰ Per approfondimenti si rinvia a ARON ZYSOV, *sub voce Zakat*, in *E. I.*, Brill, Leiden, 2002, XI, pp. 406 e ss..

purifica e rende moralmente fruibile il reddito prodotto.

Queste finalità sono in linea con quelle proprie degli altri modelli di finanza di tipo occidentale, tuttavia la finanza islamica avversa alcune attività tipiche delle operazioni finanziarie di tali sistemi, quali l'applicazione di tassi di interesse, l'azzardo, l'ingiusto arricchimento e lo sfruttamento indebito, l'alea e gli interventi speculatori ritenuti immorali e questa differenziazione in senso etico-religioso assume un tratto distintivo, di fatto unico, del sistema economico-finanziario islamico¹¹.

Per il divieto di tassi di interesse va rimarcato come, nell'economia del mondo musulmano, tradizionalmente la moneta non ha un valore intrinseco poiché, originariamente, gli scambi commerciali avvenivano con il baratto ovvero attraverso lo scambio di dromedari, di genere e età diversi e prefissati a seconda delle singole transazioni¹². Anche il valore della vita umana in applicazione della vendetta privata attraverso la valutazione del prezzo del sangue (*diya*) era parametrato in origine sull'equivalente in dromedari, e soltanto successivamente l'ammontare poteva essere pagato con monete d'oro o di argento¹³. Nell'islam, viene poi esplicitamente vietato il *riba*, vale a dire il prestito di denaro dietro qualsivoglia interesse, equiparato all'usura. “*Coloro che praticano l'usura, il dì della resurrezione sorgerai dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto: la compravendita è come l'usura. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura (...) coloro però che tornano a praticare l'usura saran dannati al fuoco, nel quale rimarranno in eterno. Ma Dio distruggerà l'usura e moltiplicherà il frutto delle elemosine*” (Cor II, 275-276). Per l'islam dunque, non vi è differenza tra usura e applicazione di un tasso di interesse ancorché modico, e non si distingue tra soglie di interesse consentite e soglie proibite, in quanto ogni sia pur minimo tasso eccedente il valore nominale del bene configura *riba*, ovvero sia un lucro usurario¹⁴. La conseguenza di questa visione d'insieme è che non sono leciti i contratti di finanziamento con tasso di interesse, che assegnino quindi al creditore un guadagno in ragione del tempo durante il quale la moneta è stata resa disponibile al debitore. L'unico modo lecito per far fruttare la moneta è quello di impiegarla in operazioni

¹¹ Sui valori religiosi della finanza islamica, MARIA D'ARIENZO, “I fondamenti religiosi della finanza islamica” in *Rivista telematica Stato, chiese pluralismo confessionale*, (2012), n. 25.

¹² Per approfondimenti, ELIYAHU ASHTOR, *Storia economica e sociale del Vicino Oriente nel Medioevo*, Einaudi, Torino, 1982.

¹³ JAQUES EL-HAKIM, *Le dommage de source délictuelle en droit musulman*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1971, p. 40.

¹⁴ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, I.P.O., Roma, 1938, II, pp. 60 e ss..

commerciali o produttive. La principale caratterizzazione della finanza islamica è dunque il divieto di applicazione di tassi di interesse, che si riverbera nel peculiare tipo di banca islamica, una banca partecipativa nella quale le operazioni finanziarie sono strutturate come transazioni commerciali o come forme di partecipazione a un tipico rischio d'impresa, nelle quali il creditore guadagna un profitto da transazione o da condivisione del rischio e non un interesse. La banca islamica opera essenzialmente condividendo il rischio imprenditoriale nel finanziamento delle operazioni commerciali e proprio per tale caratteristica viene detta banca partecipativa¹⁵. Il finanziamento viene operato attraverso una forma tipica di contratto estremamente diffusa di doppia vendita, *murabaha*, attraverso la quale l'istituto di credito acquista il bene richiesto dal proprio cliente e in seguito lo rivende allo stesso ad un prezzo maggiore concordato sin dalla stipula del contratto e pagabile a termine. Con il contratto *murabaha* la banca ha un guadagno fisso simile nella sostanza a un tasso di interesse ma equivalente, nella forma, a un sovrapprezzo sul valore del bene¹⁶.

Al pari del gioco dei dadi (*maysir*) “*O voi che credete! in verità il vino, il maysir, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono sozzure, opere di Satana*” (Cor V, 90), l'islam non tollera ogni genere di azzardo e, conseguentemente, ogni operazione commerciale o finanziaria che integri un'attività meramente speculative, il cui esito può dipendere dal caso e che si avvicinano al gioco e alle scommesse. Sono viceversa consentite le normali attività che racchiudono in se il rischio imprenditoriale ordinario, ma soltanto quello.

La *shari'a* considera illecite le clausole contrattuali che producono un indebito arricchimento da parte di un contraente in danno di terzi. Così, nei contratti di finanziamento, è clausola illecita quella che prevede a carico del debitore inadempiente penali o interessi di mora. La giurisprudenza islamica, conscia della funzione di simili previsioni, volte ad ottenere l'adempimento, ha concesso efficacia alle clausole che da un lato onerino il debitore non adempiente di qualche sorta di penale e dall'altro obblighino il creditore a destinare la stessa a istituzioni caritatevoli islamiche¹⁷.

I principi etici della finanza islamica impongono divieti di raggiri e di

¹⁵ GIAN MARIA PICCINELLI, “Economie e banche tra Islam e Occidente”, in *Jura Orientalia*, II (2006), p. 131-132.

¹⁶ AA. VV., *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, Banca d'Italia Occasional Papers, 73, 10 (2010), p. 10.

¹⁷ RONY HAMAUI- MARCO MAURI, *Economia e finanza islamica*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 121; FEDERICO DI CESARE, “La possibile fiscalità delle operazioni di finanza islamica”, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2 (2016), p. 127..

accaparramenti, come riportato da alcuni *ahadith*. Vi è il divieto per agli abitanti delle città di vendere per conto dei contadini i prodotti da questi coltivati. Ciò sia per evitare il possibile, facile inganno dei campagnoli da parte dei cittadini mediatori ma soprattutto, secondo la maggioranza degli esegeti, il divieto è stabilito nell'interesse degli abitanti della città e tende ad impedire il rincaro del costo dei prodotti, poichè l'intermediario cittadino acquista sempre i prodotti del contadino ad un prezzo basso e li rivende con una maggiorazione. Così facendo, vi sarebbe un indebito arricchimento sia a spese del produttore che del consumatore poichè in caso di vendita diretta il contadino venderebbe certamente la sua merce ad un prezzo più ragionevole. Per lo stesso motivo vi è il divieto di andare incontro alle carovane, allo scopo di acquistarne i prodotti prima che giungano in città. Si intende con ciò impedire gli accaparramenti ed i monopoli a danno delle agglomerazioni urbane, ed anche si vuole prevenire la speculazione del cittadino che compra dai contadini che ignorano i prezzi di mercato¹⁸.

L'islam avversa inoltre ogni forma di incertezza o aleatorietà (*gharar*), ovvero sia qualunque transazione di beni la cui esistenza o descrizione non sia certa, a causa della mancanza di informazioni e di conoscenza circa gli esiti del contratto o la natura stessa della prestazione¹⁹. Viene di conseguenza vietata ogni forma contrattuale connotata da elementi incerti o aleatori, in relazione all'oggetto, vale a dire prestazione e prezzo, ovvero o al momento dell'esecuzione. Da questa visione generale deriva il divieto dei contratti assicurativi, essendo la prestazione dell'assicuratore per definizione legata all'evento incerto del sinistro.

Poichè nella dimensione islamica, come si è visto, l'economia non può prescindere dalla religione e dalla morale, i contratti che abbiano ad oggetto o favoriscano attività considerate immorali dal Corano e dalla giurisprudenza islamica sono da considerare nulli²⁰. Ne consegue che la finanza islamica non può essere impiegata per finanziare attività illecite (quali la vendita di alcolici, il gioco d'azzardo, la produzione di tabacco, o la pornografia) ovvero che siano giudicate non etiche (quali la vendita del pesce prima che sia pescato, la vendita del grano prima della sua raccolta, la vendita del seme

¹⁸ Su questi specifici divieti, si veda ABDUL HAI MADNI, "The Hoarding in Islamic Marketing" in *IOSR Journal of Humanities and Social Science*, 17 (2013), pp. 31 e ss.

¹⁹ MD AKTHER UDDIN, "Principles of Islamic Finance: Prohibition of Riba, Gharar and Maysir", in *M.P.R.A. Papers*, 67711 (2015), p. 5.

²⁰ Sulla tipologia di queste attività si veda LUIGI NONNE, *Il prestito ad interesse nel Diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in MASSIMO PAPA- GIAN MARIA PICCINELLI- DEBORAH SCOLART (a cura di), *Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, E.S.I., Napoli, 2011, II, p. 840.

dello stallone, una qualche forma di assicurazione)²¹.

Infine, per completare la breve disamina dei tratti distintivi e delle particolarità della finanza islamica, va indubbiamente accennato a quelli che sono gli strumenti di *élite* del modello finanziario islamico, i *sukuk*. Essi costituiscono delle obbligazioni rispettose della *shari'a*. L'investitore concede alla banca un capitale, e la banca provvede a investirlo in un'attività reale, riscuotendo i profitti generati dall'investimento effettuato. Non vi è per l'investitore la sola restituzione del capitale investito accompagnata da una remunerazione a titolo di interesse, come si è visto proibita, ma la piena condivisione dei rischi e dei profitti tra creditore e debitore, in modo che siano presi in considerazione solo investimenti potenzialmente validi²².

Negli ultimi tempi, questi prodotti hanno riscosso un grande consenso nel mondo finanziario occidentale²³ ed il crescente interesse per la finanza islamica in generale e per i *sukuk* in particolare si è manifestato anche in Italia, dove è stata presentata una proposta di legge²⁴. La finalità della iniziativa è indirizzata tanto a creare una cornice normativa definita per incentivare l'ingresso di investimenti esteri di natura islamica, soprattutto dai Paesi del Golfo, quanto ad applicare l'imposizione fiscale degli strumenti finanziari tradizionali (mutuo, obbligazione) a quelli *shari'a compliant*, rendendo così possibile anche in Italia l'emissione di prodotti di finanza islamica, senza perdere un bacino di utenza ingente, rappresentato dai quasi tre milioni di musulmani residenti in Italia e che generano un giro di affari tra i 6 e i 7 miliardi di euro l'anno.

2. *Il dibattito intraislamico sulle valute virtuali*

Nel mondo islamico ci si è da qualche tempo interrogati sulla compatibilità delle valute virtuali rispetto all'inquadramento sharaitico, e le opinioni che si sono accreditate, soprattutto tra gli esperti di economia e finanza islamica, sono state diverse e varie.

²¹ ANDRÉ MARTENS, "La finance islamique: fondements, théorie et réalité" in *L'Actualité économique*, 77, IV (2011), p. 483.

²² Per le diverse tipologie di *sukuk*, si veda TOMAMSO VITO RUSSO, *I contratti Shari'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, E.S.I., Napoli, 2014, pp. 96 e ss.

²³ MORVA LONGO, "I bond islamici battono gli occidentali" in *Il sole 24Ore*, 27 marzo 2011; Carlo Marroni, "Finanza islamica, interesse in crescita" in *Il sole 24Ore*, 3 febbraio 2017; SIMONE FILIPPETTI, "Il tesoro da 3,5 trilioni della Finanza islamica" in *Il sole 24Ore*, 6 dicembre 2017.

²⁴ XVII Legislatura, Proposta di legge Bernardo ed altri: "Disposizioni concernenti il trattamento fiscale delle operazioni di finanza islamica" (n. 4453).

Per qualche giurista, il fatto che non vi sia un controllo da parte di una autorità (o banca) centrale costituisce un punto di forza, in quanto istituti quali il consenso (*igma'*), la consultazione (*shura*) e la pluralità di opinioni (*ikhtilaf*) costituiscono una garanzia di pace e stabilità e permeano il confronto sociale e il vivere comunitario di tutti i musulmani. Una libertà nel settore bancario, dunque, in cui nessuna autorità centrale può imporre un valore *a priori*, è certamente da considerare più *halal* rispetto ad un sistema controllato centralmente²⁵.

Alcuni studiosi intravedono la conciliabilità tra monete virtuali e principi della finanza islamica, nella compatibilità tra il sistema di controllo e sicurezza delle transazioni in cryptomoneta denominato *blockchain management system* (B.M.S.) ed il divieto di *riba* (interessi usurari) già illustrato *supra*, cui si accompagnano esigenze di *maslaha* (di interesse generale)²⁶.

Altri studiosi ritengono non incompatibile il mondo della moneta virtuale con quello della finanza islamica, ma ritengono necessaria una maggiore partecipazione degli esperti musulmani al dibattito, così come auspicano la produzione di pronunce pertinenti da parte di autorità istituzionali islamiche, che potrebbero fornire fiducia e confidenza in strumenti finanziari giudicati interessanti e pratici, quali i bitcoin²⁷.

Altri giuristi ancora ritengono che le valute virtuali ed in particolare i bitcoin possano risultare *shari'a compliant*, puntando sul loro aspetto di “non moneta”, ma con qualche riserva. Infatti, per essi acquistare in bitcoin un bene invece che in moneta corrente è una operazione equivalente ad un baratto e, dunque, risulterà l'accordo convenzionale tra le parti e l'accettazione dello scambio a renderli compatibili con le regole islamiche, al pari di quanto si faceva a Medina in occasione degli scambi commerciali tra i mercanti prima della diffusione di *dinar* o *dibram*. Tuttavia, le condizioni che i bitcoin devono rispettare per essere compatibili con le regole sharaitiche è la contestualità dello scambio senza vantaggi e senza che si rientri in un contratto tipo “*futures*”, non compatibili con la *shari'a*²⁸, e che non vi deve essere nessun intento speculativo sulle valute, nel senso che le parti devono avere un motivo reale di scambio, che non sia quello di tesoreggiare moneta

²⁵ Sulla opportunità di un controllo centrale delle valute nell'islam, FARAZ ADAM, *Bitcoin: Shariah Compliant?*, Amanah Consulting Group, Manama, 2015, p. 46.

²⁶ L'analisi, oltremodo tecnica nell'ottica economico-finanziaria ma non altrettanto specialistica dal punto di vista della finanza islamica, è compiuta da CHARLES W. EVANS, “Bitcoin in Islamic Banking and Finance”, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, 1 (2015), p. 8.

²⁷ JAN A. BERGRSTRA, “Bitcoin and Islamic Finance” in *TCS electronic Report Series*, 6 (2014).

²⁸ EHAB INJADAT, “Futures and Forwards Contracts from Perspective of Islamic Law”, in *Journal of Economics and Political Economy*, 2 (2014), I, pp. 241 e ss..

per ottenere un vantaggio economico²⁹.

Un esempio di applicazione pratica delle monete virtuali ai principi della finanza islamica si ha con imprese che operano con servizi erogati nel settore del microcredito e del *crowdfunding*, quali per citarne alcune Shekra, Blossom, LaunchGood, Mystartr e Aoon³⁰, che essenzialmente si rivolgono ad una clientela musulmana. Per tali operatori finanziari, la compatibilità sharaitica degli strumenti utilizzati è assoluta³¹.

Per concludere l'esame delle posizioni positive e possibilistiche, rimanendo in tema di applicazione pratico-finanziaria, vale la pena citare uno studio alquanto tecnico e condotto con il ricorso ad algoritmi, sulla correlazione tra criptovaluta e andamento dei mercati azionari islamici che, senza entrare pienamente nel merito della compatibilità sharaitica delle monete virtuali, enfatizza in termini di benefici il potenziale utilizzo dei bitcoin da parte di investitori islamici o di gestori di fondi comuni di investimento come valore aggiunto di diversificazione del portafoglio³².

Alcuni giuristi, viceversa, assumono una posizione neutrale, sottolineando che per la *shari'a*, non è importante la forma di pagamento degli scambi commerciali, bensì la sostanza, che richiede una particolare moralità per le transazioni finanziarie. Qualunque bene, valuta o danaro non è in sé né *halal* né *haram*, ma lo diventa in base al suo utilizzo, lecito o illecito. Per questa dottrina, conseguentemente, che richiama anche la storia del denaro dall'epoca pre-islamica a quella del I secolo dopo la Hìgra, non può essere manifestata una aprioristica avversità verso le valute virtuali, che astrattamente potrebbero essere compatibili con il modello islamico, e bisogna valutare caso per caso il metodo di impiego³³.

Passando alle opinioni di *no shari'a compliant*, alcuni aspetti che non convincono i giuristi musulmani sono rappresentati dalla forte volatilità dei prezzi e dall'inquadramento giuridico mutevole di queste valute che non danno affidamento. Alcuni sistemi legislativi occidentali, infatti, ritengono il

²⁹ MONZER KAHF, *Fatwa on Bitcoin*, Qatar Faculty of Islamic Studies, Doha, 2014.

³⁰ Una analisi approfondita viene fatta da PAOLO FIORE, "Crowdfunding, bitcoin e finanza secondo la Svaria, spiegati", in *smartmoney.startupitalia.eu*, 2 dicembre 2015.

³¹ JAMIE REDMAN, "Bitcoin brings 100% Mathematical Certainty to Comply with Islamic Law", in *cointelegraph.com*, 25 giugno 2015.

³² SIOK JIN LIM- MANSUR MASIH, "Exploring portfolio diversification opportunities in Islamic capital markets through bitcoin: evidence from MGARCH-DCC and Wavelet approaches", in *M.P.R.A. Papers*, 79752 (2017).

³³ Si veda in particolare ABDUL KADIR BARKATULLAH, "How does svaria view Cripto-Currencies?", in *ebrahimcollege.org.uk*, 14 ottobre 2016, saggio al quale si rimanda anche per una interessante analisi delle varie posizioni dottrinarie.

bitcoin una valuta, altri un bene materiale; altri ancora un bene immateriale suscettibile di proprietà intellettuale³⁴.

Nello stesso solco di questa posizione dottrinale si assesta una decisione del consiglio nazionale per le *fatawa* malesiano, un organo federale di produzione del diritto positivo sharaiticamente orientato, dunque un ente istituzionale, che nel 2014 si è pronunciato negativamente sulle monete virtuali³⁵, asserendo che il loro utilizzo non è lecito in quanto risultano elementi altamente speculativi e la mancanza di un organo unitario di controllo amplifica questi effetti, orientando sulle stesse posizioni la banca centrale della Malesia³⁶, Paese trainante della finanza islamica mondiale.

Anche alcuni noti esperti di *shari'a* sunniti si sono espressi in senso contrario alle valute digitali, fornendo sostanzialmente le stesse motivazioni viste *supra*, ed è il caso del giureconsulto pakistano Javed Ahmad Ghamidi³⁷, nonché del saudita Assim Al-Hakeem³⁸, che censurano il carattere ambiguo e non trasparente delle cryptovalute, atte a finanziare le attività illecite ed ogni tipo di *trafficking*.

Infine, è interessante notare come il fronte shi'ita sia molto più aperto e possibilista verso le monete virtuali. In una intervista resa ad un giornale economico, il segretario dell'Iranian High Council of Cyberspace (H.C.C.) ha riconosciuto i Bitcoin come parte integrante dell'economia, affermando che molti investitori in Iran utilizzano le monete virtuali e sono anche nate specifiche aziende *start up* specializzate nel settore. La Banca centrale iraniana non ha ancora raggiunto una posizione stabile e definita sul tema, conscia dei rischi dovuti alle elevate fluttuazioni dei prezzi e del rischio di investimento. Anche per tale motivo, viene manifestata l'esigenza di approntare degli studi specifici per poter regolamentare tutte le valute digitali, in sinergia con la Banca centrale³⁹.

³⁴ In tal senso MOHAMMAD MAHMOUD IBRAHIM TAYEL, *Can Bitcoin be self-regulatory legal tender? A Comparative Analysis of United States, European Union and Islamic Legal System*, Central European University, Budapest, 2015, pp. 44 e ss.

³⁵ AA. VV., *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, Global Research Center, Washington, 2014.

³⁶ NIKILESH DE, "Malaysia's Central Bank Releases Draft Rules for Cryptocurrency Exchanges", in *finance.yahoo.com*, 14 dicembre 2017.

³⁷ Può essere consultato il forum tematico sul portale *javedahmadghamidi.com*.

³⁸ Può essere consultato il forum tematico sul portale *assimalhakeem.net*.

³⁹ ABOLHASSAN FIROUZABADI, "Iran Cyberspace Authority welcomes Bitcoin and other Cryptocurrencies", in *Financial Tribune*, 25 novembre 2017.

3. La fatwa del Gran Mufti di Egitto

Le *fatawa* (sing. *fatwa*) nel diritto islamico⁴⁰, sono produzioni legali provenienti da un'autorità giudiziario-religiosa islamica (*mufti*), perita nella legge islamica, emesse su richiesta dei singoli ovvero di iniziativa, per fornire la chiave di lettura islamicamente corretta ad una specifica questione giuridico-pratica. Nel mondo islamico, quali fonti di produzione del diritto, accanto alla figura dell'erudito ('*alim*, plur. '*ulama*') la cui ermeneutica attrae consenso nella scuola giuridica (*madhab*) cui appartiene, l'ermeneuta (*muqtabid*) ovvero un '*alim* particolarmente qualificato e capace di compiere uno sforzo interpretativo (*igtihad*), il giudice chiamato ad applicare il diritto (*qadi*), il giurisperito consultato su aspetti teorici (*faqih*) ed il giureconsulto autorizzato a pronunciarsi su casi concreti (*mufti*)⁴¹. Le *fatawa* non hanno forza vincolante, al punto che molti studiosi le accomunano ai *responsa* del diritto romano, e hanno valenza soprattutto in ragione del peso, del prestigio e del seguito di cui gode nella comunità di appartenenza l'esperto di diritto chiamato ad emanarle. Tutti possono sottoporre a questi eruditi i quesiti più diversi cosa che, in epoca contemporanea, avviene anche attraverso giornali, televisioni, blog, mail) ma sono effettivamente poche le persone qualificate a fornire le risposte. Presso gli shi'iti sono abilitati soltanto gli *ayatollah*.

Nel vasto panorama di figure istituzionali, va sottolineato il fondamentale ruolo che l'Egitto riveste per i sunniti in epoca contemporanea, tanto da un punto di vista dell'orientamento religioso quanto da quello dell'indirizzo politico-giuridico. Difatti, nel mondo sunnita esistono tre poli principali unanimemente riconosciuti, che rappresentano ad un tempo centri giuridico-culturali e istituzioni religiose, ove coesistono nella stessa sede una moschea ed una Università: in ordine di importanza sono Al-Azhar in Egitto, Al-Qarawiyin in Marocco e Al-Zaytuna in Tunisia.

L'Egitto, dunque, attraverso le due alte cariche istituzionali rappresentate appunto dal Gran Mufti (*Mufti al-Diyar al-Misriyya*)⁴² e dal Rettore dell'Università di Al-Azhar (*Shaikh al-Azhar as-Sharif*), di nomina statale, esercita attraverso le attività poste in essere da questi due organi un'influenza determinante sull'intera comunità sunnita, che li considera difensori dell'ortodos-

⁴⁰ Per un approfondimento, si rinvia a WERNER ENDE-UDO STEINBACH (a cura di), *L'islam oggi*, Edizioni Devoniene, Bologna, 1993, pp. 331 e ss.

⁴¹ ORSETTA GIOLO, *Giudici, giustizia, e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 95.

⁴² Per una visione storica dell'istituzione, si rinvia a JACOB SKOVGAARD-PETERSEN, *Defining Islam for the Egyptian State: Mufti and Fatwas of Dar al-Ifta*, Brill, Leiden, 1997.

sia anche nella dimensione della vita pubblica, custodi del patrimonio culturale musulmano, protettori dell'ordine pubblico e della pubblica morale islamica, in senso transnazionale⁴³.

Il 1 gennaio 2018 lo *Shaiikh* Shawki Ibrahim Abdel-Karim Allam, XIX Gran Mufti di Egitto, la più alta carica giuridico-religiosa dello Stato, si è pronunciato sulla conformità delle cryptomonete all'islam.

Passando ad analizzare il testo della pronuncia, va rimarcato che prima delle autorità egiziane, già organi istituzionali della Repubblica Turca si erano pronunciati sulla conformità islamica delle monete virtuali. Difatti, la Direzione degli Affari religiosi della Turchia (anche nota come Diyanet⁴⁴) ha emesso una *fatwa* riguardante le cryptovalute. In questa decisione emanata a fine novembre 2017⁴⁵, si stabilisce che l'acquisto e la vendita di monete virtuali risulta in contraddizione con le regole islamiche, poiché sono passibili di speculazioni rispetto al loro valore, data anche la mancanza di ogni sorta di regolamentazione e di controllo, sia statale che di autorità finanziarie, oltre al fatto che molto spesso queste valute, date le loro caratteristiche, possono facilmente essere impiegate in attività illegali come il riciclaggio di denaro o addirittura il finanziamento del terrorismo⁴⁶. La singolarità del caso Turchia, quasi a voler immaginare bracci di ferro istituzionali, sta nel fatto che pochi giorni prima della decisione presa dalla Diyanet, il Presidente della Banca centrale turca aveva dichiarato che le monete virtuali possono contribuire alla stabilità economica della Nazione⁴⁷.

Tuttavia, va opportunamente rimarcato che una *fatwa* emanata dal Gran Mufti di Egitto non si posiziona sullo stesso livello di una analoga pronuncia emessa da un qualsivoglia erudito del mondo musulmano o da un qualunque organo istituzionale di uno Stato islamico (si pensi alla decisione emessa dalla Diyanet in Turchia), ma assume per l'intero panorama dell'ortodossia sunnita una valenza universale, che spesso fa "rumore" e passa anche alla storia, proprio in ragione della sua forza impattiva, capace di penetrare le coscienze dei fedeli in maniera trasversale ed extraterritoriale. Anche per tali

⁴³ SAMI ZUBAIDA, *Law and Power in the Islamic World*, I.B. Tauris, London-New York, 2005, pp. 163 e ss.

⁴⁴ Sulle evoluzioni storiche dell'istituzione, si rinvia a WERNER ENDE-UDO STEINBACH (a cura di), *L'islam oggi*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1993, pp. 331 e ss.

⁴⁵ Notizia apparsa sul sito istituzionale della Diyanet *diyanet.gov.tr*, e commentata da GUNDEM HABERLERI, "Bitcoin Almak Caiz Midir?" in *ensonhaber.com*, 28 novembre 2017.

⁴⁶ Sul possibile legame tra valute digitali, terrorismo e riciclaggio, si veda NINA PASSATELLI, "Bitcoin e antiriciclaggio", in *Il mondo dell'intelligence - sicurezzanazionale.gov.it*, 15 novembre 2016, p. 10.

⁴⁷ JAMIE REDMAN, "Turkish Central Bank President: Cryptocurrencies may contribute to Financial Stability" in *coinspector.com*.

motivi, le *fatawa* emesse dal Gran Mufti d'Egitto vengono sistematicamente repertorate, classificate e pubblicate.

Nel provvedimento emanato in tema di cryptomonete, si legge che il Gran Mufti, prima di emettere questa decisione, ha consultato l'opinione e sentito il parere di diversi specialisti di finanza islamica e di esperti economisti, al fine di essere pienamente informato sulla materia e su ogni possibile conseguenza e ricaduta sull'economia.

La *fatwa* si articola in sei punti principali ed esordisce affermando che è stato esaminato in maniera approfondita ogni aspetto che riguarda le valute elettroniche.

Il Mufti, attraverso una analisi storico-economico-religiosa, valuta quelli che sono i dettami socio-economici da rispettare per poter ritenere valide le operazioni finanziarie, concordando e stabilendo delle regole che valgano per tutti e che possano altresì aspirare a diventare una risorsa utile e sicura per gli operatori, per le istituzioni economiche e per gli Stati, sotto ogni profilo sociale, economico e politico.

Egli osserva come le monete virtuali hanno delle caratteristiche specifiche, che le distinguono da altri prodotti dei mercati finanziari, tra le quali spiccano la grande volatilità, i rischi nelle transazioni e l'assenza di previsioni e parametri stabiliti in ordine prezzi e valori di riferimento che possono determinare grandi fluttuazioni. Queste caratteristiche possono far conseguire alti profitti ma, inevitabilmente, prestano il fianco ad attrarre gli speculatori dei mercati finanziari e possono portare alla instabilità degli Stati e di vasti settori di mercato locali.

Emerge inoltre l'ambiguità e la pericolosità di tali valute e la necessità tutelare ogni possibile transazione operata mediante monete virtuali da connessioni prive di affidabilità e difficilmente rintracciabili, tramite crittografia. La criticità viene dalla possibile non tracciabilità degli operatori dovuta alle oggettive difficoltà di risalire alla identità effettiva degli stessi. In mancanza di un ID di identificazione, le speculazioni ed i pericoli connessi all'anonimato risultano notevoli. L'esigenza è quella di garantire una adeguata protezione dei dati sensibili da furti e appropriazioni indebite ed una concreta difesa da qualsiasi eventuale attacco informatico o di pirateria elettronica portato per devastare sistemi informatici attraverso la propagazione di virus, compromettere i mercati e le operazioni finanziarie. Gli investimenti operati con le cryptomonete, così, non si mostrano sicuri ed anzi si appalesano ad elevato rischio, poiché queste attività si basano sulla speculazione, che mira a realizzare profitti straordinari attraverso le vendite o gli acquisti, espressione di una alta ed ingiustificabile fluttuazione, con transazioni su portafogli digitali che non risultano al sicuro dalle attività illecite degli *hackers*.

Inoltre, non vi è garanzia né difesa da eventuali errori che possono portare alla perdita di ogni capitale investito, cosa che non succede nei circuiti ordinari del settore bancario, in cui la solidità e la affidabilità degli istituti di credito e, non ultima, la riserva monetaria garantiscono il cliente nelle operazioni, e dove in ogni caso l'eventuale contenzioso può essere composto secondo le regole note nelle opportune sedi. Questa valuta differisce inoltre da altre monete virtuali o elettroniche ormai consolidate, come le carte di credito, per mancanza di connessione con conti correnti bancari e quindi anche in questo risulta sprovvista di coperture.

Si evidenzia poi un altro rischio, rappresentato dalla possibilità che qualcuno potrebbe bypassare i mediatori finanziari autorizzati, a scapito della trasparenza delle operazioni e delle relative pratiche facilitando, in questo modo, vendite proibite di contrabbando e le attività di riciclaggio di danaro attraverso questi intermediari. Difatti, la maggior parte delle aziende che esercitano attività di interscambio mediante valute elettroniche operano sotto la copertura di attività di *trading* senza tuttavia trasparenza e garanzie.

Ancora, la *fatwa* si sofferma sul fatto che le valute come i bitcoin sono esenti da controlli finanziari e quindi non assoggettati a requisiti, standards, informazioni e cautele proprie di ogni altra valuta materiale. La assenza di tali controlli, inevitabilmente, potrebbe arrecare una generale anarchia e danni economici-finanziari dettati dal fatto che nessun organo di competenza e di controllo è deputato a delimitare, verificare, appurare e legalizzare transazioni, operazioni e movimenti finanziari fatti con valute virtuali. Queste monete si uniformano e si sottopongono a ciò che virtualmente accade nell'universo della rete, basando il concetto di valuta e la sua crescita su algoritmi di dubbia affidabilità e trasparenza. La moneta virtuale è dotata di una autoreferenzialità che si basa su notizie ed informazioni non collocabili e destinabili verso una corretta, sana ed appropriata linea di valutazione economico-finanziaria, poiché ogni informazione a sostegno e a implemento della cryptomoneta si erge su coordinate appunto virtuali che si desumono da canoni e modalità suggestionati da comportamenti, scelte, bisogni, gusti e desideri dei consumatori, che rendono ovviamente incontrollabili e non stabili i valori e ambigui i risultati; investendo in maniera imponente il circuito informativo di internet, ove, in merito ad una serie di dati trasversali, mediante calcoli, documentazioni, sondaggi ed altre fonti utili alla estrapolazione di notizie, si desume in maniera instabile il valore e la intensità di scambio e di guadagno in forza alla valuta virtuale. Il tutto, senza operare controlli di sicurezza, di attendibilità e di veridicità. Pertanto, prosegue il Gran Mufti, in assenza di organi di controllo e di chiare regole strutturali atte a garantire la liceità degli scambi, tale moneta è ed appare come una entità "nebulosa ed

evanescente”, suscettibile di frodi ed inganni. Inoltre, nella diffusione delle monete virtuali non si appalesa soltanto il rischio di disturbare il mercato finanziario in genere, ma si sedimenta un altro specifico pericolo dovuto alla reale possibilità di speculazioni per l’opera di mediatori che potrebbero investire su tale prodotti a tal punto da condizionare, rallentare ed indebolire il mercato finanziario tramite un processo di attrazione rivolto a commercianti ed investitori a loro volta tentati e spronati dalla effimera opportunità finanziaria, con il forte pericolo di inficiare e disturbare il normale circolo e flusso economico-finanziario gestito da banche, istituti di credito ed autorità varie, con la conseguente reale possibilità di indebolimento delle politiche fiscali degli Stati e di tutto ciò ad esso collegato.

Questo sistema di valuta, si legge poi nella *fatwa*, favorisce inevitabilmente, oltre all’evasione fiscale, anche le attività dei gruppi terroristici e criminali tese a procacciare risorse e finanziamenti per l’esecuzione delle loro attività illecite quali, a mero titolo di esempio, la compravendita di sostanze illegali, quali stupefacenti, armi ed esplosivi.

In conclusione, il Gran Mufti cita l’Imam Muslim, che nel suo *Sahib* afferma “*chi truffa non è uno di noi*” ed afferma che questa valuta aumenta la capacità di frode e di raggio in danno delle valute e delle monete e dei contratti finanziari ordinari. Spiega che tali operazioni somigliano al gioco d’azzardo e al *gharar*, con inevitabili risvolti tendenti alla rovina economico-finanziaria degli individui e della società, che può determinare il crollo dei prezzi nel mercato locale ed internazionale, l’indebolimento del valore di acquisto delle valute, l’influenza negativa della produzione e dell’import-export.

Dunque, il bitcoin e le altre monete virtuali non sono *halal*.

Mario Falco e il diritto vaticano. Un contributo dimenticato

MATTEO CARNÌ

1. Mario Falco ecclesiasticista e canonista

Nel ripercorrere la vita e le opere di Mario Falco¹ la storiografia ha messo in rilievo molteplici aspetti del poliedrico allievo di Francesco Ruffini². Sono stati evidenziati non solo i profili accademici (come il contributo offerto dal docente torinese allo studio del diritto ecclesiastico e del *Codex Iuris Canonici* del 1917, ed alla redazione della legislazione sulle comunità israelitiche), ma anche le vicende esistenziali.

L'avventura terrena di Mario Falco è stata segnata da diversi eventi – come la perdita della cattedra universitaria a causa delle leggi razziali³, il sodalizio in-

¹ Mario Falco nacque a Torino l'11 marzo 1884 e morì il 4 ottobre 1943 in Alberone di Ro (Ferrara). Si era laureato a Torino il 7 luglio 1906 con una tesi di diritto ecclesiastico, relatore Francesco Ruffini. ⁰tre ai necrologi di LUIGI SCAVO LOMBARDO, *Mario Falco*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1943, p. 331 (alle pp. 332-333 una bibliografia incompleta del Falco); ARTURO CARLO JEMOLO, *Mario Falco*, *Necrologio*, in *Rivista di diritto privato*, 1943, 6, pp. 3-6; IDEM, *Mario Falco nel XXV anniversario della scomparsa*, in *La rassegna mensile di Israel*, 1968, 12, pp. 663-667, si vedano gli ampi profili biografici tracciati da FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Falco, Mario*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 44, Treccani, Roma, 1994, pp. 311-316; ID., *Falco, Mario*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattoni, Marco Nicola Miletti, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 816-818.

^{si} veda anche l'adespota voce *Falco, Mario*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, II Appendice (1938-1948), A-H, Treccani, Roma, 1948 p. 899.

² Sulla vita e le opere di Francesco Ruffini si vedano FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Ruffini, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, pp. 1753-1755; MARIO TEDESCHI, *Il contributo di Francesco Ruffini alla nuova scienza del diritto ecclesiastico*, in ID. (a cura di), *La tradizione dottrinale nel diritto ecclesiastico*, (Quaderni della scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico, 3), Jovene, Napoli, 1994, pp. 89-106; FABIO VECCHI, *Ruffini, Francesco*, in *Dizionario general de derecho canónico*, vol. VII, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 73-77, e la recente monografia di A. FRANGIONI, *Francesco Ruffini. Una biografia intellettuale*, Il Mulino, Bologna, 2017.

³ Fu dispensato dal servizio con decreto del Ministro dell'Educazione Nazionale del 30 novembre 1938 in virtù dei regi decreti legge 17 novembre 1938, n. 1728 e 15 novembre 1938, n. 1779. Il citato provvedimento ministeriale rientra tra le misure amministrative (dirette a rendere possibile la concreta realizzazione dei fini cui tendeva la legislazione razziale) definite «punture di spillo sul corpo del perseguitato» da ARTURO CARLO JEMOLO, *Anni di prova*, Neri Pozza, Vicenza, 1969, p. 141.

tellettuale con Benedetto Croce⁴ e l'amicizia fraterna con Arturo Carlo Jemolo⁵ – ciascuno dei quali permette di cogliere la cifra esistenziale del giurista ebreo.

Del tutto trascurata risulta tuttavia l'analisi del contributo dato dal Falco allo studio del diritto dello Stato della Città del Vaticano⁶, contributo tutt'altro che marginale anche se offerto in opere minori⁷, cui va aggiunta la trattazione delle problematiche giusvaticane nelle varie edizioni del celebre *Corso di diritto ecclesiastico*⁸.

Professore di diritto ecclesiastico nelle Università di Macerata, Parma⁹ e Milano¹⁰, Mario Falco ha lasciato un segno indelebile nella cultura ecclesiasticista e canonistica italiana, spendendo tutte le sue energie in un fecondo magistero accademico (stroncato nel 1938 dalle leggi razziali), comprendente anche l'insegnamento per incarico di numerose discipline: storia del diritto italiano, istituzioni di diritto romano, diritto coloniale, diritto canonico e storia del diritto romano¹¹.

⁴ Si vedano le lettere di Benedetto Croce a Mario Falco pubblicate a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, *Cultura giuridica e vita civile nelle voci di un'altra Italia*, in *Nuova Antologia*, 2000, pp. 5-24.

⁵ La genesi dell'amicizia può essere ricostruita grazie a ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), t. II (1928-1943), entrambi a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2005-2009.

⁶ Lo stesso ARTURO CARLO JEMOLO, *Anni di prova*, cit., pp. 69-70, rievocando gli anni della Grande Guerra affermerà: «fu attraverso il tu dei sottotenenti che il mentore che Ruffini mi aveva dato, l'assistente Mario Falco, severo ed acuto revisore della mia dissertazione di laurea e dei miei primi scritti, correttissimo ed elegantissimo giovane signore che m'incuteva una certa soggezione, si mutò nel carissimo, fraterno amico, più che amico fratello maggiore, creandosi un legame di affetto che si è continuato nei nostri figli e forse proseguirà nella terza generazione».

⁷ Un riferimento si rinviene in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Mario Falco tra esperienza giuridica e impegno religioso*, [apparso in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993, 1, pp. 295-303, ora] in ID., *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, a cura di ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI e GIANCARLO MORI, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 142-143.

⁸ Indicate nel prosieguo del presente lavoro.

⁹ Il Corso fu pubblicato dalla Cedam di Padova tra il 1930 ed il 1938.

¹⁰ Nella lettera di Francesco Ruffini a Mario Falco del 6 settembre 1930, il *Corso di diritto ecclesiastico* viene definito dal maestro «il primo trattato scientifico del nuovo diritto ecclesiastico italiano». Cfr. MARIA VISMARA MISSIROLI (a cura di), *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993, 1, p. 282:

⁹ Sull'insegnamento parmense del Falco cfr. FRANCO EDOARDO ADAMI, *Cattedre e docenti di diritto ecclesiastico nelle Università emiliane*, in MANLIO MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 78-79; GIANCARLO ANELLO, *L'insegnamento del diritto ecclesiastico e canonico nell'Università di Parma*, *ivi*, pp. 239-240.

¹⁰ Sul periodo milanese di Mario Falco si veda LUCIANO MUSSELLI, *L'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico dall'Unità d'Italia nelle università delle metropoli del nord (Genova, Torino, Pavia, Milano, Padova, Trieste)*, *ivi*, pp. 42-43; ENRICO VITALI, *Mario Falco, Cesare Magni e Luigi De Luca maestri nell'Università di Milano*, in ID., *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 197-201.

¹¹ Cfr. GIORGIO FELICIANI, *Il contributo di Mario Falco alla scienza del diritto ecclesiastico e canonico*,

Un magistero accademico e di ideali il cui influsso – dopo la prematura morte – non è rimasto circoscritto agli ambienti universitari ma è andato ben oltre, divenendo quello di Mario Falco uno dei nomi più citati in seno all'Assemblea costituente¹².

L'apporto del Falco «alle direttive della disciplina» ecclesiasticistica e le «note dominanti del suo indirizzo» - come emerge dalla vastità delle tematiche affrontate – sono state magistralmente riassunte da Jemolo: «separazione della storia dalla costruzione giuridica, separata esposizione del diritto della Chiesa e di quello dello Stato, per entrambi costruzione sistematica non mescolata di elementi politici. Si avverte in lui la formazione crociana; quelli giuridici sono pseudo-concetti [...]. Conoscitore profondo del diritto della Chiesa. Come esegeta ed interprete del diritto italiano, sostenitore della sovranità dello Stato; si rifà spesso alla formazione delle leggi anteriori al Concordato, a ciò che nella mente degli autori volevano significare. Dove tratta il diritto matrimoniale concordatario, sostiene la tesi che lo Stato non abbia rinunciato a far valere, anche per i matrimoni canonici con effetti civili, i capisaldi del proprio ordine pubblico»¹³.

Falco visse la stagione del nuovo diritto ecclesiastico italiano, che va dalla prolusione palermitana di Francesco Scaduto del 1884 agli albori del 1929. Iniziò a vivere anche la seconda stagione, inaugurata dai Patti Lateranensi¹⁴. Siamo pur sempre in «anni in cui aleggia ancora il ricordo del Risorgimento e, se con il 1929 cambia il disegno, la lacerazione di fondo resta come una costante della politica e della legislazione italiana, anzi si recupera la frattura iniziale del processo risorgimentale italiano e, attraverso il riconoscimento dell'ordinamento della Chiesa da parte dello Stato, il diritto ecclesiastico, per il tramite del diritto concordatario, si ricollega con la Conciliazione alla secolare quercia del

in MARIO TEDESCHI (a cura di), *La tradizione dottrinale nel diritto ecclesiastico*, cit., 1994, pp. 137-152.

¹² Si vedano in particolare gli interventi di Giuseppe Dossetti e di Piero Calamandrei nel dibattito alla Costituente riportati in ALDO CAPITINI - PIERO LACAITA (a cura di), *Stato sovrano e ipoteca clericale. Gli atti dell'Assemblea costituente sull'art. 7*, Lacaita, Manduria-Perugia, 1959, *passim*, ed in ROBERTO PERTICI, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla Grande Guerra al nuovo Concordato (1914-1984). Dibattiti storici in Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2009, *passim*.

¹³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Falco Mario*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, Utet, Torino, 1960, p. 1123. Cfr. altresì ID., *Premesse ai rapporti tra Chiesa e Stato*, II ed., Giuffrè, Milano, 1969, p. 161.

¹⁴ Sulle predette stagioni si veda CESARE MAGNI, *Diritto canonico ed ecclesiastico*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano 1839-1939*, vol. VI, Società italiana per il progresso delle scienze, Roma, 1939, pp. 357-385, e le recenti ricostruzioni di MARCO VENTURA, *Diritto ecclesiastico*, in ALBERTO MELLONI (a cura di), *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 721-728, e di CARLO FANTAPPIÈ, *Diritto canonico e diritto ecclesiastico*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, App. VIII *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Treccani, Roma, 2012, pp. 717-724.

diritto canonico, mentre il matrimonio entra nel diritto ecclesiastico, ampliandone la portata e colmando quell'iniziale esiguità dei cultori di tale disciplina, che costrinse le Facoltà a coprire l'insegnamento per incarico»¹⁵.

Un nuovo corso era segnato nella storia d'Italia, una nuova generazione di canonisti ed ecclesiasticisti si affacciava nell'accademia¹⁶, nuove materie giungevano alla cognizione dei giudici. Sarà in questo clima fortemente rinnovato che nascerà l'esigenza di aggiornare il vecchio e monumentale «*Digesto Italiano*»¹⁷, conclusosi nel 1921, con una nuova e più armoniosa enciclopedia giuridica che assumerà il nome di «*Nuovo Digesto Italiano*»¹⁸ ed alla quale parteciperà Mario Falco¹⁹.

Significativa la testimonianza offerta dall'epistolario di Jemolo²⁰ sulla genesi delle voci redatte dal Falco per il *Nuovo Digesto italiano*. In una lettera del 9 marzo 1935 si fa riferimento alla voce *Mario Falco*²¹ redatta, naturalmente, dall'amico Jemolo:

«Il P.[rimo] Pres.[idente] D'Amelio, che con altra lettera ha preso atto della tua rinuncia ad affrancazione dei censi ed a prestazioni fondiari, con questa mi scrive nei termini che vedi della voce Ruffini. Una colonna mi pare troppo: io ho Mario Falco (tua data di nascita: ricordo primavera '84, ma non so di più) e mi atterrò alla misura in cui tu ti atterrai per quella di R.[uffini]. Ma nell'economia generale del lavoro penserei che i dati biogra-

¹⁵ GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Orientamenti culturali e politici della scienza ecclesiasticistica nei secoli XIX e XX*, in ID. (a cura di), *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, Eum, Macerata, 2011, p. 11.

¹⁶ Sul punto si rinvia a SILVIO FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano. Manuali e riviste (1929-1979)*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*.

¹⁷ MATTEO CARNÌ, *Diritto ecclesiastico e ius canonicum nel «Digesto italiano» Utet (1884-1921)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ed in *Studi in onore di Mario Tedeschi*, [in corso di pubblicazione].

¹⁸ Cfr. MARIANO D'AMELIO, *Presentazione*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. I, U.T.E.T., Torino, 1937, pp. IX-XIV.

¹⁹ MARIO FALCO, *Accordi lateranensi*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1937, pp. 86-91. Questa voce sarà aggiornata da ARNALDO BERTOLA, *Accordi lateranensi*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, t. 1, Utet, Torino, 1957, pp. 149-156. Le altre voci scritte dal Falco per il *Nuovo digesto italiano* sono: *Anima (Disposizioni a favore dell')*, *ivi*, vol. I, cit., pp. 448-453; *Codex Iuris Canonici*, *ivi*, vol. III, Torino, 1938, pp. 224-225; *Comunità israelitiche*, *ivi*, pp. 568-574; *Concordato ecclesiastico*, *ivi*, pp. 650-660; *Corpus Iuris Canonici*, *ivi*, vol. IV, Torino, 1938, pp. 280-281.

²⁰ La partecipazione di Falco all'*Enciclopedia italiana* fondata da Giovanni Treccani si veda FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Mario Falco e la cultura italiana del suo tempo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1995, 1, pp. 226-229.

²¹ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., pp. 393; 327-328; 345.

²² ARTURO CARLO JEMOLO, *Falco Mario*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. V, Utet, Torino, 1938, p. 779. La voce sarà ripubblicata, con integrazioni, nel *Novissimo digesto italiano*.

fici andrebbero ristretti»²².

2. *Giuristi ebrei tra diritto canonico e diritto vaticano: Mario Falco e Federico Cammeo*

L'importanza del contributo di Mario Falco al diritto canonico ed ecclesiastico può essere compresa solo se si prende atto delle stagioni del diritto ecclesiastico vissute dal giurista ebreo.

Paolo Grossi ha giustamente evidenziato come nel periodo anteriore alla fioritura canonistica italiana degli anni 30 si stagliassero solamente «la personalità di Francesco Ruffini, il cui testo splendido sui diritti di libertà offusca ingiustamente una sua riflessione canonistica di fine secolo [...] e il volume tutto nuovo di un suo discepolo, Mario Falco, in cui si opera il tentativo di una lettura critica del *Codex* e anche una sua originale lettura con occhiali squisitamente pandettistici»²³.

Ruffini stesso, scrivendo nel 1924 all'allievo, afferma che Falco «è, dopo il Gasparri, colui che conosce più a fondo il nuovissimo *Codex iuris canonici*»²⁴.

Non si tratta di un giudizio privo di obiettività, poiché compromesso dal rapporto maestro-allievo. È un giudizio pregnante, oggettivamente ineccepibile poiché – rispetto a tutti i coevi commentari – l'*Introduzione allo studio del Codex Iuris Canonici*²⁵ del Falco è un'opera che «risulta di notevole attualità soprattutto a causa della singolare attenzione riservata al processo di formazione della prima codificazione in forma moderna del diritto della Chiesa»²⁶.

Se i canonisti esteri hanno apprezzato l'opera del Falco (come il gesuita belga Joseph Creusen), in Italia essa è stata duramente criticata mettendo

²² ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., pp. 296-297.

²³ PAOLO GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 266-267.

²⁴ La lettera è edita in MARIA VISMARA MISSIROLI (a cura di), *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, cit., p. 265.

²⁵ MARIO FALCO, *Introduzione allo studio del «Codex Iuris Canonici»*, Bocca, Torino, 1925.

²⁶ GIORGIO FELICIANI, *Mario Falco e lo studio del «nuovo» diritto canonico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1995, 1, p. 236.

⁵⁰La formazione del Codice pio-benedettino si veda la completa ricostruzione offerta, anche sulla base di un notevole scavo archivistico, da CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Giuffrè, Milano, 2008.

in risalto la notevole dipendenza di Falco da Ulrich Stutz²⁷ e dal maestro Francesco Ruffini²⁸.

Desto stupore che l'unico lavoro sistematico sul *Codex Iuris Canonici* del 1917, scritto dall'ebreo Mario Falco, non sia menzionato all'interno della monografia di Federico Cammeo – anch'egli ebreo – dedicata all'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano.

Non si tratta di un aspetto marginale e poco significativo. Le lettere di Arturo Carlo Jemolo a Mario Falco sono una miniera di notizie dettagliate che testimoniano la gestazione della legislazione vaticana, ma non offrono indicazioni precise sui reali rapporti (accademici e professionali) o sull'amicizia tra Falco e Cammeo.

Ritengo che il silenzio di Cammeo sull'opera del Falco possa essere dovuto alle direttive della Santa Sede impartite a Cammeo dall'amico Francesco Pacelli²⁹, Consigliere generale dello Stato Città del Vaticano e fratello del cardinale Eugenio, futuro Papa Pio XII.

Non si dimentichi che nella recensione della *Civiltà Cattolica* all'opera del Falco era stata evidenziata la dipendenza dell'allievo Falco dal maestro Francesco Ruffini, noto per le sue posizioni nei confronti della Santa Sede³⁰.

Uno scavo documentario negli archivi della Santa Sede potrebbe forse gettar luce in merito al silenzio del giurista Federico Cammeo - che peraltro aveva insegnato per incarico diritto canonico nell'Università di Cagliari dal 1901 al 1906³¹ – sul capolavoro di Mario Falco.

Il riferimento a Federico Cammeo «legislatore vaticano» è frequente nel carteggio tra i due allievi di Ruffini. Il 3 luglio 1929, all'indomani dello scambio delle ratifiche, Jemolo scriveva a Falco:

«Hai avuto il supplemento degli Acta (non è stato distribuito agli abbonati o almeno io non l'ho ricevuto) con le leggi dello S.[tato] della C.[ittà] del Vaticano? ci si sente la mano maestra di Cammeo: ma in qualche punto per forze di cose si ha una vaga impressione di comicità. Perché mai hanno

²⁷ ULRICH STUTZ, *Der Geist des Codex juris canonici*, Verlag, Stuttgart, 1918.

²⁸ Si veda la ricostruzione offerta da ROMEO ASTORRI, *L'«Introduzione» del Falco nel dibattito sulla codificazione*, in MARIO FALCO, *Introduzione allo studio del «Codex Iuris Canonici»*, a cura di GIORGIO FELICIANI, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 67-72.

²⁹ Cfr. la voce curata da MICHELE MACCARRONE, *Pacelli, Francesco*, in *Enciclopedia cattolica*, vol. IX, Ente per l'enciclopedia cattolica e per il libro cattolico, Città del Vaticano, 1952, coll. 502-503. Nella stessa opera compare la voce *Cammeo, Federico*, redatta da ALBERTO SCOLA (VOL. III, 1949, col. 441). Non si rinviene invece una voce dedicata a Mario Falco.

³⁰ Cfr. *La civiltà cattolica*, 1925, II, p. 446.

³¹ GIUSEPPE MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22 (1993), [Per Federico Cammeo], p. 36.

scelto il 9 come numero tipo (molte sino a 9 o 18 mila lire, ecc.)?»³².

Come confermato dal *Diario della Conciliazione*, il 23 febbraio 1929 papa Pio XI conferiva l'incarico al marchese Francesco Pacelli «di approntare il progetto di sistemazione dello Stato Vaticano, della legislazione ecc.» autorizzandolo ad avvalersi «della collaborazione del Prof. Cammeo»³³. Il marchese Pacelli rimarrà a Firenze dal 3 al 5 marzo «con tre lunghe sedute col Prof. Cammeo, durante le quali [compilano] le quattro leggi per la Città del Vaticano [...]»³⁴. Ulteriori incontri tra i due illustri artefici della legislazione vaticana si terranno il 16 marzo «per discutere su vari punti dei progetti di legge»³⁵ e «per la revisione dei testi dei progetti di legge per la città del Vaticano»³⁶.

La vita del Cammeo viene dunque investita della «grossa fatica dell'ordinamento positivo del nuovo Stato della Città del Vaticano» che – come puntualmente evidenziato da Paolo Grossi – «resta però nella linea dell'opera sua una parentesi felice ma pur sempre una parentesi»³⁷, che si chiuderà con la pubblicazione del celebre volume dedicato all'*Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*³⁸.

Come giustificare l'interesse di Cammeo per il diritto del nuovo Stato enclave³⁹? Oltre che nell'amicizia con Francesco⁴⁰ ed Eugenio Pacelli, e

³² ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., p. 115.

³³ FRANCESCO PACELLI, *Diario della Conciliazione*, con verbali e appendice di documenti, a cura di MICHELE MACCARRONE, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1959, p. 129.

³⁴ *Ivi*, p. 131.

³⁵ *Ivi*, p. 132.

³⁶ *Ivi*, p. 140.

³⁷ PAOLO GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 141.

³⁸ FEDERICO CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Bemporad, Firenze, 1932.

³⁹ recente è apparsa la Ristampa anastatica con presentazione del card. ANGELO SODANO, e con Appendici di GIUSEPPE DALLA TORRE, PIERO ANTONIO BONNET, GIANLUIGI MARRONE, NICOLA PICARDI, GERALDINA BONI, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005.

³⁹ FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Mario Falco e la cultura italiana del suo tempo*, cit., p. 220, evidenzia giustamente che la collaborazione di Cammeo all'opera di costruzione dell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano non fu dovuta a deleghe del regime fascista.

⁴⁰ Nella dedica del volume a Francesco Pacelli, datata significativamente l'11 febbraio 1932, Cammeo scriveva: «Caro Pacelli, consenti che io ti dedichi questo libro. Avresti dovuto scriverlo te, che, preparato con ottimi studi di diritto pubblico, hai, sotto le Sovrane Direttive, tanto saggiamente operato per la legislazione dello Stato della Città del Vaticano. Saresti riuscito a sistemare il contenuto assai meglio di me e ne avresti sempre interpretato rettamente lo spirito che io, per mia manchevolezza e per difetto di dati esplicativi, dubito di non avere spesso inteso bene e posso temere, qualche volta, di avere addirittura tradito. Ma è accaduto che, distratto da molte e delicate occupazioni, tu non abbia pensato a questa impresa, e che essa mi abbia sedotto per le sue difficol-

nelle consulenze prestate per la Santa Sede dovute alla sua grande fama di giurista, le ragioni di una dedizione totale alla creazione dell'ordinamento giuridico vaticano devono essere ravvisate anche nel metodo comparatistico che Cammeo – pur non potendo essere considerato un comparatista – ha costantemente utilizzato nell'intero corso della sua attività scientifica, contrassegnata da una continua curiosità intellettuale⁴¹.

Valga quanto affermato dallo stesso Cammeo in un articolo apparso nel 1931 sulla *Rivista di diritto pubblico*:

«agli effetti dello studio del diritto comparato è da rilevare che non solo nelle materie laiche si è in larga misura mantenuta in vita la legislazione italiana, ma anche quando sono state emanate norme speciali, essa è stata tenuta presente, per correggerla, o completarla, o, in via di necessaria antitesi, modificarla. L'esame del diritto vaticano offre quindi materia di continuo raffronto con quello del Regno, e dal paragone possono trarsi conclusioni istruttive per la interpretazione di entrambi. Poiché, d'altronde, il diritto italiano si riannoda, specie in questi istituti essenziali che trovasi riprodotti nello S.C.V., agli ordinamenti giuridici degli altri Stati civili, la comparazione, non di rado, può estendersi a sfera più ampia»⁴².

Lo scambio epistolare tra gli allievi di Ruffini offre anche uno spaccato di vita accademica. Scrivendo a Falco da Bologna il 10 giugno 1932 Jemolo chiedeva:

«Hai avuto l'Ordinamento dello S.[tato] C.[ittà del] V.[aticano] del Cammeo? a me non lo ha mandato, e non l'ho visto per la verità arrivare ad altri. Vuol dire che lo leggerò in biblioteca!»⁴³.

L'accettazione, da parte del Cammeo, del gravoso incarico di redigere la legislazione vaticana sicuramente rispondeva, oltre che a interessi legati alla professione e all'accademia, anche alla coscienziosa convinzione che l'opera fosse veramente utile alla missione della Santa Sede ed al fine dello Stato Città del Vaticano⁴⁴.

tà. Perché, ormai, il libro l'ho fatto io, come meglio ho potuto, lascia almeno che, in questo fausto giorno, lo ponga sotto l'auspicio del tuo nome e ti dia così un segno, quantunque imperfetto, della mia amicizia. Credimi affettuosamente tuo: F. Cammeo / Firenze, 11 febbraio 1932 -X / Al Signor Marchese Prof. Avv. Francesco Pacelli».

⁴¹ Sul punto si rinvia a MARIO P. CHITI, *Federico Cammeo comparatista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22 (1993), [Per Federico Cammeo], pp. 531-546.

⁴² FEDERICO CAMMEO, *Per la sistemazione e l'interpretazione dell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, 1, p. 114.

⁴³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., p. 223.

⁴⁴ Sulla strumentalità e funzione di servizio dello Stato Città del Vaticano nei confronti della Santa Sede cfr. CARLO CARDIA, *Vaticano e Santa Sede dal Trattato del Laterano a Giovanni Paolo II*, in

In sostanza può valere anche per Federico Cammeo quanto ebbe a dire Ruffini il 24 luglio 1932 scrivendo a Falco:

«Nelle condizioni presenti dell'animo mio ho bisogno di trovarmi di fronte a uomini concreti, oppure a questioni spirituali di un ordine superiore a semplicemente giuridico. Lei lo può capire meglio di chiunque, che ha trovato nella elaborazione e sistematizzazione del nuovo Diritto circa il Culto Israelitico, qualcosa che risponde, certamente, non soltanto al suo sapere giuridico, ma anche ad alcune delle nobili voci tra le più profonde dell'anima sua»⁴⁵.

Nella vita vissuta dai due giuristi ebrei le *nobili voci dell'anima* saranno soffocate dall'iniquità delle leggi razziali.

Cammeo è stato definito «uomo d'ordine e rispettoso della legalità», un uomo che «in realtà non avversò il fascismo, e anzi giunse, nel periodo del consenso, a donare alla Patria la medaglia commemorativa della sua collaborazione alla formazione dell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano, cui pur tanto teneva», una medaglia di cui si scoprì in seguito che l'oro era solo nella patina⁴⁶!

Cammeo e Falco si configurano dunque come «non avversari del fascismo, anche se certamente non “uomini di regime”»⁴⁷.

La parabola esistenziale di Federico Cammeo è stata ben delineata da Giuseppe Morbidelli in un ritratto di cui giova riportare integralmente il testo affinché non si perda la memoria dei giuristi vittime del fascismo:

«Consulente della Santa Sede, principe del Foro, maestro indiscusso e venerato, Accademico d'Italia, Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, tutto ad un tratto si trovò senza professione, senza cattedra, espulso dalle Accademie; non poteva frequentare neppure le biblioteche, non poteva più pubblicare. E tutti coloro che il giorno prima lo ossequiavano ora gli si allontanavano o incontrandolo facevano finta di non conoscerlo come

PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede*, a cura di CARLO CARDIA, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 22-29.

⁴⁵ MARIA VISMARA MISSIROLI (a cura di), *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, cit., p. 289.

⁴⁶ «molo si era congratolato con l'amico Falco «per essere diventato l'avv. Pacelli n. 2, incaricato di curare il secondo concordato, quello con la confessione israelitica». Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., p. 103. La lettera è datata 10 aprile 1929.

⁴⁶ GIUSEPPE MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, cit., pp. 47-48; 102.

⁴⁷ Così FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Mario Falco e la cultura italiana del suo tempo*, cit., p. 220.

⁵⁰ «L'atteggiamento di Federico Cammeo e Mario Falco nei confronti del fascismo manca ad oggi un'indagine completa. Per quanto riguarda Jemolo si veda CARLO FANTAPPIÈ, *Il conflitto della fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in ITALO BIROCCHI - LUCA LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma TrE-Press, Roma, 2015, pp. 159-190.

fosse un appestato: è proprio il caso di dire, dal servo encomio al codardo oltraggio. Un destino crudele: la legge che Cammeo aveva sempre studiato e venerato, che stava a fondamento di ogni suo ragionamento, scientifico o forense, di punto in bianco lo toglieva dal mondo o peggio, lo privava di tutto ciò per cui aveva speso una vita»⁴⁸.

Si rinviene altresì una non casuale *damnatio memoriae* nella voce di Orio Giacchi sulla Città del Vaticano apparsa nel *Dizionario di politica* edito da Giovanni Treccani a cura del Partito Nazionale Fascista. L'allievo di Vincenzo Del Giudiceneon citerà le opere di Cammeo dedicate alla Città del Vaticano, così come quella di Donato Donati altro giurista ebreo⁴⁹, nella nutrita bibliografia in calce alla lemma *Vaticano*⁵⁰.

Sorte analoga a quella di Cammeo ebbe Mario Falco che sarà escluso da ogni collaborazione editoriale. Si pensi alla mancata partecipazione – a seguito dei divieti derivanti dalle leggi razziali – alla raccolta di scritti pubblicati dall'università Cattolica del Sacro Cuore per il decennale della Conciliazione tra Italia e Santa Sede⁵¹, al pari di Arturo Carlo Jemolo e di Vincenzo Del Giudice⁵², quest'ultimi a causa degli attriti avuti con padre Agostino Gemelli.

Nel rievocare la figura di Falco nel venticinquesimo della scomparsa, Arturo Carlo Jemolo ha fatto esplicito riferimento ai «voltagabbana, ai professori ed avvocati che, amici od allievi devoti fino al giorno prima, fingevano di non vederlo incontrandolo per la via, agli ebrei che cercavano ascendenti ariani», ricordando altresì di avergli bloccato una lettera «bellissima letterariamente e sdegnatissima, scritta ad un alto magistrato che dirigeva un'enciclopedia giuridica, la quale aveva sì stampato una sua voce preparata da gran tempo, ma omettendone la firma»⁵³.

⁴⁸ GIUSEPPE MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, cit., p. 101, che riprende in parte il ricordo tracciato da Piero Calamandrei.

⁴⁹ DONATO DONATI, *La Città del Vaticano nella teoria generale dello Stato*, Cedam, Padova, 1930.

⁵⁰ ORIO GIACCHI, *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Dizionario di politica*, a cura del Partito Nazionale Fascista, vol. IV, Treccani, Roma, 1940, pp. 590-596.

⁵¹ *Chiesa e Stato. Studi storico e giuridici per il decennale della Conciliazione tra la Santa Sede e l'Italia*, vol. I *Studi storici*; vol. II *Studi giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 1939.

⁵² Cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Jemolo e Del Giudice all'Università Cattolica del Sacro Cuore*, in *Id.*, *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 113.

⁵³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Mario Falco nel XXV anniversario della scomparsa*, cit., p. 667.

¹¹ riferimento potrebbe essere a Mariano D'Amelio direttore del *Nuovo digesto italiano*. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., pp. 414-415.

3. Mario Falco e lo studio del diritto vaticano

L'interesse di Falco per lo studio dello Stato della Città del Vaticano e del suo diritto derivò sicuramente dalle sollecitazioni del maestro Francesco Ruffini, oltre che da personali interessi culturali dovuti ad una vivace curiosità intellettuale. Nel luglio del 1929 il senatore Ruffini scriveva a Falco avanzando una peculiare richiesta:

«attendo da Lei e dall'ottimo Jemolo (che scrive a mio Figlio di voler mettersi attorno al nuovo diritto), lumi e dati. Io provo una tale avversione a tutto questo, che non me la sento di cimentarmi. Sono troppo vecchio; ed è bene che loro guidino ora ed aiutino me»⁵⁴.

L'invio al Ruffini di materiale dottrinale relativo allo Stato Città del Vaticano ad opera di Jemolo e Falco spinse l'illustre senatore a cimentarsi in un denso scritto di considerazioni critiche sullo Stato enclave⁵⁵.

Il maestro scriveva ancora all'allievo l'8 ottobre 1931, inviando l'estratto appena pubblicato:

«Unisco una breve *Nota*. Ho rotto il mio voto di non scrivere nulla sulla nuova materia, rimettendomi (se ne ricorda?) a Lei ed al nostro buon Jemolo. Ma ora che l'idillio è rotto, e che se le stanno picchiando di santa ragione, comincio a prenderci anch'io un po' di gusto»⁵⁶.

Se si eccettuano alcuni scritti minori dedicati, in tutto o in parte, a tematiche giusvaticane⁵⁷, un significativo e sistematico approccio di Mario Falco al diritto vaticano si ha nel *Corso di diritto ecclesiastico*, fortunato manuale che conobbe ben quattro edizioni.

Come evidenziato da Silvio Ferrari, si tratta di un corso di diritto ecclesiastico «quasi esclusivamente dedicato all'esposizione della normativa», dunque un' «impostazione coerente con le convinzioni scientifiche dello

⁵⁴ MARIA VISMARA MISSIROLI (a cura di), *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, cit., p. 280.

⁵⁵ FRANCESCO RUFFINI, *Lo Stato della Città del Vaticano. Considerazioni critiche*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 66 (1931), ripubblicato in ID., *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da MARIO FALCO, ARTURO CARLO JEMOLO, EDOARDO RUFFINI, vol. I, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 295-326.

⁵⁶ MARIA VISMARA MISSIROLI (a cura di), *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, cit., p. 285.

⁵⁷ MARIO FALCO, *La natura giuridica degli accordi lateranensi e le loro relazioni*, in *Temi emiliana*, 1929, pp. 118-125; ID., *Le fonti del diritto commerciale della Città del Vaticano*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Società editrice del «Foro Italiano», Roma, 1931, pp. 405-415; ID., *The legal position of the Holy See before and after the Lateran Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 1935; ID., *Accordi lateranensi*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1937, pp. 86-91.

studioso piemontese e, in particolare, con la sua più volte ribadita volontà di “tener separata la storia dalla dogmatica”». Tale coerenza si traduce in un tecnicismo giuridico che «si prestava ugualmente bene ad occultare il proprio assenso alle premesse ideologiche del dato normativo che ad organizzare una linea difensiva contro interpretazioni imperniate su uno “spirito della legge” che non si condivideva»⁵⁸.

Pur non potendo essere ufficialmente utilizzato come testo nelle Università italiane a seguito delle leggi razziali, il *Corso di diritto ecclesiastico* di Falco rimaneva un’opera fondamentale nelle biblioteche giuridiche «per la preparazione dei candidati di quei concorsi pubblici in cui è richiesta la conoscenza del diritto ecclesiastico. I giovani che, tra il 1938 e il 1942, si sono preparati ai concorsi per uditore giudiziario trovavano utile per la loro preparazione il testo del Falco, piuttosto che altri sussidi didattici»⁵⁹.

Il corso di Mario Falco – specialmente l’edizione del 1930-1932 – rappresenta «l’ultimo grande manuale, che racchiude insieme l’esposizione del diritto canonico e del diritto ecclesiastico [...]. Da allora in poi le due discipline vanno ciascuna per la propria strada, anche se le intersezioni e sovrapposizioni – tanto a livello dei docenti che della loro produzione scientifica – restano frequenti»⁶⁰.

A porre le basi per la separazione delle due materie nell’insegnamento fu dunque Mario Falco il quale, pur considerando nella trattazione il diritto canonico separatamente dal diritto ecclesiastico, aveva esposto per ambedue le materie il diritto vigente, dedicandosi «alla elaborazione dei concetti giuridici positivi e alla costruzione di ambedue i sistemi»⁶¹.

Nella prima edizione del *Corso di diritto ecclesiastico*, in un unico volume, la trattazione del diritto canonico e del diritto ecclesiastico sono contenute rispettivamente nella prima e nella seconda parte del volume⁶².

La tematiche di diritto vaticano vengono affrontate sia nella parte canonistica che in quella ecclesiasticistica.

Giova evidenziare come la preoccupazione maggiore di Mario Falco, nella trattazione delle materie *de quibus*, sia stata quella di fugare ogni equi-

⁵⁸ SILVIO FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano. Manuali e riviste (1929-1979)*, cit., pp. 147-148.

⁵⁹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Mario Falco e Cesare Magni: ecclesiasticisti a Milano*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1995, 1, pp. 207-208.

⁶⁰ SILVIO FERRARI, *Quale futuro per il diritto ecclesiastico?*, in MANLIO MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l’Unità d’Italia*, cit., pp. 274-275.

⁶¹ MARIA VISMARA MISSIROLI, *Diritto canonico e scienze giuridiche. L’insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall’unità al Vaticano II*, Cedam, Padova, 1998, p. 84.

⁶² A partire dalla II edizione l’Autore dedicherà a ciascuna disciplina un apposito volume.

voco. L'armonica sistematica della trattazione spinge l'illustre giurista ad evidenziare che:

«in séguito alla stipulazione degli accordi del Laterano, occorre innanzi tutto, al solo scopo di escludere un possibile errore, distinguere il diritto della Città del Vaticano dal diritto della Chiesa. Il primo rimane affatto fuori della nostra indagine; esso è il diritto di uno Stato estero, rilevante o irrilevante per l'ordinamento giuridico italiano, così come è rilevante o irrilevante il diritto di qualunque Stato estero. Quanto al diritto della Chiesa, il concordato non contiene una disposizione testuale, ma il valore ad esso attribuito emerge dal complesso delle sue pattuizioni, e in particolare da quelle contenute negli articoli 1, 2, 5 e 34 [...]»⁶³.

La precisazione è puntuale e dimostra la chiarezza espositiva del Falco. Una lettura del periodo testé riportato che prescindesse tuttavia dalla conoscenza dell'intero manuale del Falco potrebbe indurre a considerare non trattate nel *Corso* le tematiche di diritto vaticano.

In realtà una disamina completa del *Corso* rivela invece come Mario Falco – al di là della esposizione della natura e delle prerogative del Romano Pontefice come sovrano temporale – abbia trattato alcune specifiche tematiche di diritto vaticano. Si pensi alla legge fondamentale della Città del Vaticano, alle fonti del diritto vaticano, alla cittadinanza vaticana e al soggiorno nello Stato, alla bandiera, agli organi principali del governo, alla patrimonialità dello Stato vaticano, e via dicendo. Siffatte tematiche sono affrontate però nella parte dedicata al diritto canonico⁶⁴ e, a partire dalla seconda edizione, nel primo volume solitamente destinato allo *ius canonicum*⁶⁵.

Nella parte ecclesiasticistica del *Corso*, Mario Falco affronta l'analisi del Trattato lateranense in relazione al Concordato⁶⁶, precisando più avanti che: «in una esposizione di diritto ecclesiastico italiano la costituzione della Città del Vaticano deve essere studiata solo in quanto lo Stato italiano, allo scopo di eliminare il dissidio con la S. Sede e di assicurarle la condizione da essa ritenuta indispensabile per l'adempimento della sua funzione spirituale, ha

⁶³ MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, [I ed.], Cedam, Padova, 1930, pp. 313-314; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed. accresciuta e aggiornata, vol. II *Diritto ecclesiastico italiano*, Cedam, Padova, 1933, p.23; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. II *Diritto ecclesiastico italiano*, IV ed. accresciuta e ampliata, Cedam, Padova, 1938, p. 31.

⁶⁴ MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, [I ed.], cit., pp. 98-100.

⁶⁵ ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed. accresciuta e aggiornata, vol. I *Introduzione diritto canonico*, Cedam, Padova, 1933, pp. 113-118; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed., vol. I *Introduzione diritto canonico*, ristampa aggiornata, Cedam, Padova, 1935, pp. 113-118.

⁶⁶ MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, [I ed.], cit., pp. 304-312; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed., vol. II, cit., pp. 11-20; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. II, IV ed., cit., pp. 15-27.

posto gli elementi necessari al sorgere del nuovo Stato e lo ha riconosciuto»⁶⁷.

Nella disamina delle prerogative del pontefice e della Santa Sede, Falco fornisce dunque una esaustiva trattazione delle problematiche vaticane – molte delle quali sempre attuali ed alla base di un fiorente e recente filone dottrinale⁶⁸ – tra le quali si annoverano il regime di piazza di San Pietro, le dotazioni fornite dall'Italia, l'esercizio della giurisdizione, gli immobili extraterritoriali e – sul terreno patrimoniale – le concessioni mobiliari e immobiliari⁶⁹.

4. Mario Falco e il diritto commerciale vaticano

In occasione della *festschrift* per Cesare Vivante, maestro del diritto commerciale, Mario Falco volle onorare l'illustre cattedratico con un contributo di stretto diritto vaticano relativo alla branca giuridica prediletta dall'onorato.

Falco concepì un denso saggio dedicato a *Le fonti del diritto commerciale della Città del Vaticano*⁷⁰, di cui è fatta menzione nella lettera scritta da Jemolo il 16 luglio 1930:

«Grazie della nota sul dir.[itto] comm.[erciale] dello S.[tato] C.[ittà del] V.[aticano]: non vi ho poi letto quella noticina semipolemica che mi avevi preannunciata»⁷¹.

Si tratta di un contributo specifico, rimasto pressoché sconosciuto⁷², ma in cui si percepisce l'acume giuridico di Mario Falco. Significativa l'apertura – quasi profetica – del saggio:

⁶⁷ *Ivi*, p. 357. Cfr. MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed., vol. II, cit., p. 84; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. II, IV ed., cit., p. 84.

⁶⁸ Si vedano ad esempio CARLO CARDIA, *L'articolo 6 del trattato del Laterano. Un caso di amnesia giuridica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1997, 1, pp. 25-88; GIUSEPPE DALLA TORRE, *L'extraterritorialità nel Trattato del Laterano*, Giappichelli, Torino, 2016; CARLO CARDIA, *La condizione giuridica ex art. 16 Trattato del Laterano del Pontificio Seminario Lombardo*, in GIUSEPPE DALLA TORRE - PIERO ANTONIO BONNET (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2017*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, pp. 7-42.

⁶⁹ MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, [I ed.], cit., pp. 357-363. Cfr. ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed., vol. II, cit., pp. 84-92; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. II, IV ed., cit., pp. 84-92.

⁷⁰ ID., *Le fonti del diritto commerciale della Città del Vaticano*, cit., [vedi *supra* nota n. 57]

⁷¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., p. 153.

⁷² Il saggio è citato in PIO CIPROTTI, *Appunti di diritto privato vaticano*, Studium, Roma, 1938, p. 52. Nessun riferimento è contenuto in SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1972*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 100-101, che comunque passa in rassegna altri contributi del Falco di interesse giuridico vaticano.

«è poco probabile che il diritto commerciale della Città del Vaticano sia destinato ad avere largo sviluppo e possa quindi dar luogo a frequenti questioni; tuttavia presenta anch'esso, come tutte le altre branche del diritto della Città del Vaticano, un notevole interesse sotto l'aspetto formale, essendo fin qui prevalentemente regolato con norme di rinvio e risultando così dalla interferenza di vari ordinamenti giuridici»⁷³.

Siamo negli anni in cui vige il Codice di commercio del Regno d'Italia, richiamato in via suppletiva dall'art. 12 della Legge n. II del 7 giugno 1929 sulle fonti del diritto vaticano⁷⁴, «mediante quel rinvio che suole qualificarsi *ricettizio o materiale*, ancorché pietrificato, per espressa volontà sovrana chiaramente manifestata dal legislatore, in un preciso momento storico»⁷⁵.

Mario Falco, nell'analizzare il richiamo operato dal citato art. 12, si sofferma sulle riserve fatte salve nell'art. 3 della medesima legge vale a dire la non contrarietà «*ai precetti di diritto divino né ai principi generali del diritto canonico [...]*».

Per quanto riguarda le norme del diritto commerciale italiano, alle quali si debba negare osservanza perché contrarie a «precetti di diritto divino», Falco sostiene che «tutto si riduce a vedere quali di codeste norme la suprema autorità ecclesiastica in questo momento consideri contrarie o alle leggi poste da Dio nella natura, conoscibili con il lume della ragione, o alle leggi che l'autorità stessa afferma essere state rivelate da Dio a Cristo e agli apostoli oppure costituite da Cristo medesimo. Ora non soltanto non c'è nessuna norma del diritto commerciale oggi vigente in Italia che sia contraria alle poche norme di diritto naturale, che sono richiamate o dichiarate tali dal Codice; ma non sembra neppure che ve ne sia alcuna che possa dirsi in tal senso irrazionale o contraria al diritto naturale. E parimente si deve ritenere che il diritto commerciale italiano non sia considerato oggidì dalla Chiesa come contrario al diritto divino rivelato, non solo perché nemmeno qui si trova nessun conflitto con le norme dichiarate di diritto divino, contenute nel Codice, ma perché la Chiesa ha ormai abbandonato completamente nella materia cambiaria come in quella dell'assicurazione l'applicazione conseguente dei principi di diritto divino relativi alla proibizione degli interessi, e gli stessi scrittori di teologia morale non pongono, riguardo a tali materie,

⁷³ MARIO FALCO, *Le fonti del diritto commerciale della Città del Vaticano*, cit., p. 407.

⁷⁴ L'art. 12, § 2, contiene un riferimento alla Legge vaticana n. V (risalente sempre al 7 giugno 1929) sull'ordinamento economico, commerciale e professionale.

⁷⁵ PIERO ANTONIO BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, 2009, 4, pp. 533-534.

precetti, ai quali contraddicano le norme del diritto commerciale italiano»⁷⁶.

Dall'analisi delle riserve fatte salve nell'art. 3 con riferimento alla legislazione commerciale italiana e dalla disamina di quanto previsto dall'art. 22 (secondo cui in caso di *lacuna legis* in una controversia civile «il giudice, tenuti presenti i precetti del diritto di divino e del diritto naturale, nonché i principi generali del diritto canonico, decide applicando quel criterio che seguirebbe se fosse legislatore»), emergono interessanti considerazioni che rivelano la perizia canonistica del Falco così come la sua conoscenza del diritto comparato.

Con riferimento alla terminologia usata negli art. 3 (precetti di diritto divino) e 22 (precetti di diritto divino e del diritto naturale), per Mario Falco «reca poi meraviglia che in una legge elaborata con tanta cura dottrinale si sieno adoprati termini diversi per indicare, a quanto sembra, la stessa cosa»⁷⁷. Oltre alla predetta puntualizzazione sul diritto divino, risulta interessante quanto argomentato dal Falco sul potere del giudice di colmare le lacune delle leggi ex art. 22 della legge sulle fonti del diritto, disposizione che per Falco rievoca la formula dell'art. 1 del Codice civile elvetico ma «sembra anche migliore di quella del Codice svizzero, in quanto, invece della incerta e difettosa direttiva che il giudice debba attenersi “alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevole”, contiene la norma che il giudice debba tener presenti principi giuridici obiettivi»⁷⁸.

5. Mario Falco e il diritto amministrativo vaticano

Desta stupore la nota a piè di pagina in cui Cammeo compie – all'intero della monografia – l'unica citazione di Mario Falco, peraltro in maniera errata. Nella trattazione del diritto commerciale dello Stato vaticano, Cammeo affronta il problema di un'eventuale esistenza di norme italiane in materia commerciale che siano contrarie ai principi di diritto divino o a quelli generali di diritto canonico optando per la soluzione negativa ed affermando

⁷⁶ MARIO FALCO, *Le fonti del diritto commerciale della Città del Vaticano*, cit., p. 411.

⁷⁷ *Ivi*, p. 409. Come puntualmente evidenziato da PIERO ANTONIO BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano*, cit., p. 547, nota n. 289, la diversità della dizione (vale a dire “diritto divino” e “precetti del diritto divino e del diritto naturale”) negli art. 3 e 22 della (abrogata) Legge 7 giugno 1929 n. II, così come quella presente nella nuova vigente legge sulle fonti (art. 3, § 2, e art. 6 della Legge n. LXXI del 1° ottobre 2008), è una diversità «solo formale e non sostanziale, essendo la seconda formulazione un'endiadi tradizionalmente utilizzata per esprimere lo stesso diritto divino».

⁷⁸ MARIO FALCO, *Le fonti del diritto commerciale della Città del Vaticano*, cit., p. 413.

che «in materia commerciale, poi, si ritiene anche dai teologi morali, che gli interessi sono, in generale, percepibili per il solo fatto di essere autorizzati dalla legge statale»⁷⁹.

A chiusura del periodo appena riportato Cammeo inserisce una nota a piè di pagina in cui cita «Falco, *Le fonti del dir. amm. della Città del Vaticano*, Estr. dagli *Studi in onore del prof. Ranalletti*, Padova, 1930 [...]»⁸⁰. Ritengo che si tratti di un errore nella citazione e ciò per un duplice ordine di motivi. In primis il riferimento dovrebbe essere al contributo di Falco negli studi in onore di Cesare Vivante giacché – *ratione materiae* – è pertinente alla trattazione della materia commerciale. In secondo luogo perché negli studi in onore di Oreste Ranalletti non fu pubblicato alcun contributo di Mario Falco.

È sempre l'epistolario tra gli allievi di Ruffini a gettar lume sulla vicenda, a cominciare della lettera a Falco del 2 aprile 1929 in cui Jemolo comunica: «Ho avuto l'invito per le onoranze a Ranalletti [...]»⁸¹. Sempre da Bologna, il 12 giugno 1929 Jemolo scriveva:

«circa quanto mi scrivesti in ordine alle onoranze Ra.[nalletti]: non fare caso al non essere stato invitato: come in tutte le onoranze di questo periodo, non si sono rivolti che ai titolari di materie affini: ed io debbo aver ricevuto l'invito non come Jemolo ma come incaricato di dir.[itto] costit.[uzionale]. Al tuo posto io collaborerei. Però ricorda che questi volumi per onoranze escono quando escono e che ciò che si pubblica ivi rimane sepolto: quindi non darei cose che rischino d'invecchiare rapidamente né cose cui tenessi molto. Io darò una mezza dozzina di paginette sul concetto di legge costituzionale dopo la legge sul G.[ran] C.[onsiglio] del F[ascismo]»⁸².

Scrivendo il 29 agosto 1929 Jemolo è ancora fiducioso in una partecipazione di Mario Falco:

«De Francesco mi ha lasciato capire che il mio contributo alle onoranze del Ranalletti è il primo giunto, e che gl'invitati si erano riserbati di scrivere durante l'estate: sei dunque sicuramente in tempo»⁸³.

Allo stato attuale della ricerca non è dato sapere se Mario Falco abbia mai mandato a Cammeo un ipotetico saggio (rimasto inedito) sul diritto amministrativo vaticano per la *festgabe* Ranalletti. È più verisimile (e comprensibile) pertanto una svista del Cammeo nel citare il contributo scritto da Falco per

⁷⁹ FEDERICO CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, cit., p. 242.

⁸⁰ *Ibidem*, nota n. 1.

⁸¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), cit., p. 101.

⁸² *Ivi*, pp. 111-112.

⁸³ *Ivi*, p. 126.

gli studi in onore di Cesare Vivante⁸⁴.

6. Osservazioni conclusive

La disamina delle opere di Mario Falco, unitamente alle testimonianze dirette offerte dal ricco epistolario, ha permesso di individuare – tra gli ordinamenti giuridici studiati dall'allievo di Ruffini – anche quello vaticano, sorto quasi *ex nihilo* per sovrana volontà pontificia a seguito della Conciliazione tra Italia e Santa Sede⁸⁵.

Dall'analisi effettuata non emerge con certezza se Mario Falco abbia mai considerato il diritto vaticano una disciplina autonoma, dotata di un proprio statuto epistemologico, di «principii proprii [...] che individuino la disciplina»⁸⁶, come ebbe modo di esprimersi a proposito del diritto ecclesiastico⁸⁷.

Al di là della legittimità teoretica del problema, la trattazione delle tematiche vaticane frammentata tra le sezioni o i volumi del *Corso* dedicate al diritto canonico ed al diritto ecclesiastico evidenzia la consapevolezza di Mario Falco dell'importanza dell'ordinamento canonico quale prima fonte normativa e primo criterio ermeneutico dell'ordinamento giuridico della *Civitas vaticana*⁸⁸.

Mario Falco – allievo prediletto di Francesco Ruffini⁸⁹ – fu un «giurista completo», pur non esercitando la professione con la dedizione e l'intensità

⁸⁴ Non è sta rinvenuta alcuna errata-corrige nel volume del Cammeo consultato.

⁸⁵ Sullo Stato della Città del Vaticano in generale si vedano MARIO TEDESCHI, *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 284-296; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Treccani, Roma, 1994; PIERO ANTONIO BONNET, *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, pp. 465-480.

⁸⁶ MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. II, IV ed., cit., p. 4.

⁸⁷ Sui problemi teoretici sollevati dalla disciplina del diritto ecclesiastico si rinvia a MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007, *passim*.

⁸⁸ Sul principio, espresso nella Legge n. LXXI del 1° ottobre 2008, cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, 2009, 4, pp. 465-488.

⁸⁹ Cfr. quanto scritto da Ruffini al Falco il 10 aprile 1923, pubblicato da MARIA VISMARA MISSIROLI (a cura di), *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, cit., p. 264: «Sensibilissimo al gentile ed affettuoso ricordo dell'Allievo prediletto, invia i suoi più cordiali saluti l'ora (60 anni!) vecchio Maestro». Si veda altresì la lettera di Jemolo a Galante Garrone del 19 novembre 1939: «Francesco Ruffini ha seminato e non tutta la sua semenza è andata dispersa [...]. Con Mario Falco si è ritirato dalla cattedra il miglior discepolo [...]», edita in ALESSANDRO GALANTE GARRONE - MARIA CLARA AVALLE, *Arturo Carlo Jemolo da lettere inedite 1913-81*, La Stampa, Torino, 1994, p. 13.

proprie di Federico Cammeo ma redigendo – secondo la più nobile tradizione universitaria – numerosi pareri *pro veritate*, che costituiscono altrettanti saggi giuridici⁹⁰.

L'originale produzione giuridica e la dimestichezza con qualsivoglia branca del diritto sia di derivazione statutale⁹¹ sia di ordine confessionale permettono pienamente di iscrivere il nome di Mario Falco tra i grandi giuristi di origine ebraica che tanto hanno contribuito alla fondazione della scienza giuridica italiana post-unitaria⁹².

La forte presenza del Falco nella cultura del suo tempo – testimoniata dal suo ricchissimo epistolario – dimostra la vicinanza dell'illustre giurista ai più noti esponenti dell'intelligenza e del pensiero italiano del Novecento⁹³.

L'aver ricordato – nel presente breve saggio – il contributo offerto dall'ebreo Mario Falco allo studio del diritto vaticano rappresenta un piccolo gesto per rinsaldare la memoria del «fulgido esempio di quei pochi che nel nome dei loro ideali di libertà, dignità e coerenza interiore, da un lato erano stati costretti a scendere dalle cattedre, dall'altro, però, si erano elevati moralmente molto più in alto»⁹⁴.

⁹⁰ In siffatti termini FRANCESCO FINOCCHIARO, *Mario Falco e Cesare Magni: ecclesiasticisti a Milano*, cit., p. 205.

⁹¹ Falco collaborò anche alla redazione della *Rivista di diritto commerciale* diretta da Cesare Vivante e Angelo Sraffa.

⁹² La partecipazione di Mario Falco alla *Rivista del diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia*, si veda MARIA D'ARIENZO, *Le riviste di diritto matrimoniale in Italia (1934-1968). Il contributo degli ecclesiasticisti e canonisti*, in *Diritto e religioni*, 1/2011, p. 126, nota n. 14.

⁹³ Sul tema si rinvia a SALVATORE MAZZAMUTO, *Ebraismo e scienza giuridica nell'Italia moderna*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1997, 2, I, pp. 355-362. Cfr. anche FABIO FRANCESCHI, *Le leggi antiebraiche del 1938 e la loro applicazione nella Facoltà giuridica della R. Università degli studi di Roma*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 9 dicembre 2014, e, più in generale, GIUSEPPE ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁹⁴ In tal senso FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Mario Falco e la cultura italiana del suo tempo*, cit., pp. 232-233.

⁹⁵ MASSIMO STIPO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Studi per il centenario della Giustizia amministrativa (1903) di Cino Vitta*, Tiellemedia, Roma, 2006, p. 21.

*I Borbone di Napoli e la disciplina dell'immunità locale: una riforma incompiuta**

PIETRO LO IACONO

1. Inopportunità di un'analisi unitaria della politica ecclesiastica dei Borbone di Napoli e di Sicilia

Allorquando, nella prima metà del Settecento (tra il 1734 ed il 1735), il Meridione d'Italia riacquistò, ad opera di Carlo III (utilizziamo questa denominazione, pur essendo consapevoli della sua non piena correttezza, poiché è la più adottata¹) l'indipendenza politica², il tentativo della dinastia borbonica di modernizzare l'apparato pubblico, rendendolo più efficiente e maggiormente conforme alle indicazioni provenienti dalle più avanzate concezioni dottrinali inerenti alla struttura ed ai compiti dello Stato, dovette confrontarsi immediatamente con difficoltà assai impegnative³. L'Italia meridionale appariva assai lontana dal modello di Stato assoluto che gli scrittori politici del XVII e dei primi decenni del XVIII secolo propugnavano, modello incentrato sul predominio dell'autorità del monarca, *a legibus solutus*, e sulla conseguente eliminazione del particolarismo giuridico e politico sorto durante il Medio Evo, in conseguenza della parcellizzazione della sovranità, e protrattosi, sia pur con attenuazioni e temperamenti, per larga parte

* Contributo destinato agli Studi in memoria della Prof.ssa Maria Cristina Folliero.

¹ Carlo Sebastiano di Borbone assunse il nome di Carlo III soltanto nel 1759, allorquando divenne re di Spagna.

² Sulla conquista dell'Italia meridionale e della Sicilia ad opera di Carlo Sebastiano di Borbone, primogenito del secondo matrimonio del re di Spagna Filippo V con Elisabetta Farnese, cfr., per tutti, HAROLD ACTON, *I Borboni di Napoli (1734-1825)*, Giunti Editore, Milano, 1960, pp. 1-29; ANDREA MELPIGNANO, *L'anticurialismo napoletano sotto Carlo III*, Herder, Roma, 1965, pp. 15-23; GIUSEPPE CARIDI, *Essere re e non essere re. Carlo di Borbone a Napoli e le attese deluse (1734-1738)*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2006, pp. 3-44. Cfr. anche IMMA ASCIONE, *Al servizio dell'Infante Duca. Bernardo Tanucci alla corte di Carlo di Borbone nell'estate del 1733*, in *Frontiera d'Europa*, 1/2000, pp. 37 ss.

³ Sull'impegno riformatore dei Borbone di Napoli, cfr. RAFFAELE AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Jovene, Napoli, 1968, pp. 33-40 e 175 ss., il quale mette in evidenza, soprattutto, i limiti di siffatto impegno e l'esiguità dei risultati dallo stesso prodotti.

dell'Età moderna⁴: non a caso, è stato sottolineato come nel Regno di Napoli l'idea della preminenza della potestà regia rispetto ad ogni altra autorità fosse sovente più una nozione teorica, che un principio dotato di effettività⁵.

Le istanze – presenti da lungo tempo nella parte più sensibile del ceto intellettuale, nonché della classe forense – volte ad un superamento delle condizioni di arretratezza del Sud dell'Italia erano rimaste mere aspirazioni prive di un effettivo riscontro nella realtà del Paese. Siffatto iato tra le aspirazioni teoriche e la realtà fattuale permase anche nella seconda metà del Settecento⁶, pur se deve riconoscersi a Carlo III ed al figlio Ferdinando IV (Ferdinando III di Sicilia) di aver svolto, anche se sovente in modo ondivago e senza la necessaria fermezza, un'azione volta a «svecchiare» le strutture pubbliche⁷ ed a riorganizzare la convivenza dei consociati su basi più mo-

⁴ Cfr. CARLO GHISALBERTI, *Dall'antico regime al 1848. Le origini costituzionali dell'Italia moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 3-11, il quale rileva come le monarchie assolute dell'Europa continentale si fossero sviluppate, ad imitazione del modello francese, attorno ai due principi «della illimitatezza dei poteri e della loro confusione nelle mani di uno solo, il sovrano». Cfr. anche GIANCARLO VALLONE, *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Pellegrino* (a cura di MARIA LUISA TACELLI e VINCENZO TURCHI), vol. III, *Miscellanea*, ESI, Napoli, 2009, pp. 303 ss.

⁵ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *op. cit.*, p. 179. Cfr. anche CARLO GHISALBERTI, *op. cit.*, pp. 12 s., il quale evidenzia, però, come nel corso del Settecento in tutto il continente europeo i monarchi abbiano incontrato forti difficoltà a far valere nella pratica i principi di unità ed illimitatezza del potere: ciò a causa del persistere all'interno della società di strutture particolaristiche suscettibili di costituire una sorta di «schermo» tra il sovrano ed i sudditi; l'Autore osserva, comunque, che all'interno degli Stati italiani preunitari le difficoltà in parola furono particolarmente incisive.

⁶ Sul punto, cfr. le considerazioni svolte da PIA ONNIS, *Bernardo Tanucci nel moto anticurialista del Settecento*, in *Nuova rivista storica*, 1926, pp. 364 s.; RAFFAELE AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 26 ss., pp. 7-11; ROSA MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone. 1759-1776*, Dedalo, Bari, 1967, pp. 117 ss. Cfr. anche ANTONIO MARONGIU, *Storia del diritto pubblico*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano-Varese, 1956, pp. 428-430; ILEANA DEL BAGNO, *L'antico regime nella critica di un giurista del '700. Il «Testamento forense» di Giuseppe Maria Galanti*, in *Frontiera d'Europa*, 2/2002, pp. 220-224.

⁷ Non va dimenticato che uno dei primi provvedimenti adottati da Carlo III fu quello di costituire quattro Segretari, ognuno competente in ordine a determinate materie, che lo coadiuvassero nel governo del Regno ed ai quali avrebbero dovuto fare riferimento tutti gli altri organi dello Stato. Si trattava: del Montealegre, al quale furono affidati i ministeri della guerra e della marina, nonché la conduzione della politica estera; del Tanucci, al quale fu affidato il ministero della giustizia; del Brancacho, titolare del ministero del commercio; del Brancone (sul Brancone, cfr. GASPARE DE CARO, *Gaetano Maria Brancone*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XIV, Treccani, Roma, 1972, pp. 5-7), competente in ordine alla politica ecclesiastica – a lui spettava, tra l'altro, l'esercizio delle prerogative connesse alla qualifica di Legato Apostolico, qualifica propria del re di Sicilia –. Antecedentemente il sovrano aveva istituito la Camera di S. Chiara, titolare di funzioni consultivo-giurisdizionali, che avrebbe dovuto dirimere, tra l'altro, eventuali conflitti di competenza intercorrenti o tra i vari organi giudiziari dello Stato, o tra la giurisdizione secolare e quella canonica. Sul punto, cfr. Prammatica, 8 giugno 1735, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, t. XI, Titolo CCIV, n. I, Napoli, 1805, pp. 17 ss., ove si istituisce la Camera di S. Chiara, se ne stabilisce la composizione (cinque membri) e se ne individuano le funzioni; Pram-

derne e maggiormente rispondenti ai principii di libertà ed uguaglianza.

Relativamente a quest'ultimo profilo, va sottolineato che la dinastia borbonica nel suo sforzo di trasformare il Mezzogiorno in una entità statale di tipo moderno dovette affrontare senz'altro alcune questioni comuni alla maggior parte delle monarchie europee (quantomeno di quelle cattoliche), questioni tra cui rivestiva rilevanza centrale l'eliminazione di alcuni *status* giuridici privilegiati, quali quello dell'aristocrazia e del ceto degli ecclesiastici, che si traducevano in una lesione della sovranità statale e, di fatto, sottraevano alla potestà regia consistenti fasce della popolazione.

Non è quindi irrilevante cercare di individuare quale fisionomia abbiano assunto, in concreto, il rapporto con la Chiesa cattolica (l'inclusione – ovvia, dato il contesto politico-culturale dell'epoca – nel sistema giurisdizionalista non è di per sé pienamente illuminante, poiché all'interno di siffatto fenotipo è possibile operare numerose sottodistinzioni), nonché la regolamentazione in genere del fenomeno religioso. In particolare, potrebbe risultare significativo analizzare la legislazione ecclesiastica vigente nel Mezzogiorno d'Italia durante il periodo compreso tra il 1734 ed il 1789.

L'individuazione dello scoppio della Rivoluzione francese quale termine

matica, 30 luglio 1737, *ibidem*, t. IX, Titolo CXCVII, n. I, Napoli, 1804, pp. 322 ss., relativa alle competenze dei quattro Segretari.

¹ⁿ dottrina, cfr. LUIGI FERRARA MIRENZI, *Bernardo Tanucci nei primi mesi del regno di Carlo di Borbone*, in AA.VV., *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 205-209; CATELLO SALVATI, *L'Azienda e le altre Segreterie di Stato durante il primo periodo borbonico (1734-1806)*, Roma, 1962, pp. 7-11; CARLO GHISALBERTI, *op. cit.*, pp. 19 s., il quale esprime un giudizio positivo sulla riforma delle strutture centrali di governo operata dai Borbone; IMMA ASCIONE, *L'alba di un Regno (1735-1739)*, in CARLO DI BORBONE, *Lettere ai sovrani di Spagna*, vol. II, 1735-1739 (a cura di IMMA ASCIONE), Poligrafico dello Stato, Roma, 2002, pp. 19-22, che attribuisce la creazione delle Segreterie al tentativo di ridurre ulteriormente l'autorità del marchese di Monteleone, il quale al momento della conquista del Meridione da parte di Carlo era Segretario unico e successivamente era stato affiancato dal Tanucci; GIUSEPPE CARIDI, *op. cit.*, pp. 45-86. Sulla struttura della Camera di S. Chiara e sulle funzioni ad essa assegnate, cfr. MARIA GRAZIA MAIORINI, *Bernardo Tanucci e il «Catechismo del Mesenguy»*, in *Storia e politica*, 1977, pp. 621-632; DOMENICO COPPOLA, *Un dispaccio del ministro Tanucci alla Real Camera di Santa Chiara del Regno di Napoli (1759) frena le «discettazioni» degli avvocati del tempo*, in *Historica*, 2001, p. 202; GIUSEPPE CARIDI, *op. cit.*, pp. 118-121. Per una disamina analitica delle competenze spettanti alla Segreteria dell'Ecclesiastico, cfr. LUIGI PESCATORE, *L'archivio della Segreteria e del Ministero dell'Ecclesiastico conservato presso l'Archivio di Stato di Napoli (1737-1866)*, in *Arch. storico per le province napoletane*, 1970, pp. 329 ss. Sul ruolo centrale ricoperto dalla Camera di S. Chiara e dalla Segreteria dell'Ecclesiastico, cfr. ROMEO DE MAIO, *Società e vita religiosa a Napoli nell'età moderna (1656-1799)*, ESI, Napoli, 1971, pp. 230 s., il quale li definisce «veri organi di legislazione ecclesiastica».

²ⁿle modifiche apportate nel corso del tempo alla struttura degli organi in parola ed alle rispettive competenze, cfr. ENRICA VIVIANI DELLA ROBBIA, *Bernardo Tanucci ed il suo più importante carteggio*, vol. I, *Biografia*, Sansoni, Firenze, 1942, *passim*; HAROLD ACTON, *op. cit.*, *passim*; CATELLO SALVATI, *op. cit.*, *passim*.

¹ⁿ merito agli organi di governo istituiti per la Sicilia, cfr. GIOVANNI EVANGELISTA DI BLASI, *Storia cronologica de' Viceré Luogotenenti e Presidenti del Regno di Sicilia*, t. III, p. I, Palermo, 1791, pp. 352 s.

finale del periodo analizzato è dovuta alle conseguenze che gli eventi del 1789 ebbero sulla politica ecclesiastica dei Principi europei: il convincimento che la Rivoluzione fosse stata determinata, tra l'altro, dalla lotta anticuriale, che, sminuendo l'autorità ed il prestigio delle istituzioni ecclesiastiche, aveva posto in crisi, di fatto, la sinergia tra trono e altare su cui si fondava l'*ancien régime*, indusse, in linea di principio, i sovrani a mutare profondamente i criteri ispiratori della disciplina del fenomeno religioso, restituendo alla Chiesa gran parte delle prerogative che il giurisdizionalismo del Sei-Settecento le aveva sottratto⁸; non a caso, il Concordato del 1818, stipulato tra Ferdinando I e Pio VII, appare molto più favorevole alla Chiesa di quello del 1741.

Il verificarsi della Rivoluzione francese determinò, pertanto, una cesura all'interno della politica ecclesiastica dei Borbone di Napoli e ciò richiede che la presente indagine si arresti al 1789. Altrimenti, si esaminerebbero congiuntamente due periodi – il primo compreso tra la riacquisizione dell'indipendenza politica e la Rivoluzione, il secondo compreso tra il 1789 e la Restaurazione – fra loro non assimilabili, giacché in ciascuno di essi l'atteggiamento della dinastia borbonica nei confronti delle istituzioni ecclesiastiche fu volto al raggiungimento di un obiettivo antinomico a quello perseguito nell'altro: difendere la sovranità statale ed i diritti di regalia anche qualora ciò comportasse ledere l'indipendenza dell'ordinamento canonico; rafforzare l'autorità della Chiesa, riconoscendo alla stessa la legittimazione a regolamentare materie ritenute in precedenza di esclusiva competenza della potestà secolare.

2. Rivendicazione di una sovranità una ed esclusiva: necessità di eliminare le immunità

La storiografia dominante ha sottolineato come al momento della conquista borbonica il Meridione d'Italia fosse contraddistinto: dalla presenza di un'aristocrazia che continuava ad essere titolare di un ruolo pubblicistico cui in altre parti del continente europeo aveva dovuto rinunciare a beneficio dell'assolutismo regio; dall'esistenza di un clero sottratto, sotto molti aspetti,

⁸ Cfr., per tutti, LORENZO SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, UTET, Torino, 1976, p. 61, secondo cui con lo scoppio della Rivoluzione francese «vennero a cadere gli stessi presupposti ideologici del giurisdizionalismo»; PASQUALE PALMIERI, *Il lento tramonto del Sant'Uffizio. La giustizia ecclesiastica nel Regno di Napoli durante il secolo XVIII*, in *Riv. storica italiana*, 2011, p. 58, ove si osserva che la dinastia borbonica «di fronte alla minaccia rivoluzionaria cominciò a prendere le distanze dai più radicali sostenitori dell'anticurialismo».

alla potestà di governo statale, tanto da considerarsi, in una certa misura, un corpo sociale autonomo, avulso dalla collettività nazionale. Preliminare a qualunque opera di rinnovamento dell'apparato pubblico appariva, perciò, la piena affermazione della sovranità regia e la conseguente sottoposizione ad essa sia della giurisdizione feudale, sia – ed è l'aspetto che qui interessa – della giurisdizione ecclesiastica: la cancellazione delle immunità diveniva così irrinunciabile.

In siffatto contesto grande rilevanza assumeva la lotta contro il diritto di asilo (immunità locale), giacché il confugio arrecava alla potestà di governo statale un *vulnus* almeno pari, se non maggiore, come evidenziato da un autorevole indirizzo dottrinale⁹, a quello determinato dal privilegio del foro (immunità personale) e dall'esenzione dai gravami fiscali (immunità reale).

Una esposizione analitica delle ragioni che nel corso del tempo determinarono il sorgere del diritto di asilo travalicherebbe i confini del presente lavoro; né può ritenersi apoditticamente che siffatte ragioni fossero tutte destituite di fondamento e tutte censurabili¹⁰. Al tempo stesso, non può negarsi, tuttavia, che l'immunità locale si traducesse in un limite all'esercizio della potestà punitiva dello Stato, limite che, oltre a compromettere la tutela della sicurezza dei consociati, configurava la Chiesa quale una sorta di Stato nello Stato capace di prevalere sull'autorità regia anche in un ambito, quello della repressione del crimine, ricompreso tradizionalmente tra le competenze della comunità politica. Cercheremo di soffermarci, perciò, sulle misure poste in essere dai Borbone per riaffermare l'unicità ed esclusività della sovranità, sovranità della quale il monarca era (o avrebbe dovuto essere) il solo titolare.

3. *L'immunità locale ed il Concordato del 1741: la ridefinizione dell'ambito di operatività del confugio*

Il diritto di asilo consisteva, è risaputo, nell'impossibilità che la forza pubblica accedesse agli edifici di culto, ai monasteri e ad altri immobili connessi, direttamente od indirettamente, con lo svolgimento di attività religiose e culturali, onde arrestare coloro che si fossero resi responsabili della

⁹ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰ Sulla nascita del diritto di asilo, cfr. PIO CIPROTTI, *Asilo (diritto di)*, b) *Diritto canonico ed ecclesiastico*, in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 203 s.; PIER GIOVANNI CARON, *Asilo (diritto di)*, III, *Diritto canonico*, in *Enc. giur.*, vol. III, Treccani, Roma, 1988, pp. 1 ss.; FRANCESCO RICCIARDI CELSI, *Asilo (diritto di)*, III, *Diritto canonico, ibidem*, Aggiornamento XVII, Treccani, Roma, 2009, pp. 1 ss.

commissione di delitti¹¹: da ciò derivavano, ovviamente, conseguenze assai pregiudizievoli per la sicurezza della generalità dei consociati e per il mantenimento dell'ordine pubblico. La regolamentazione dell'immunità locale appariva così come una delle problematiche più rilevanti che la dinastia borbonica doveva affrontare al fine di procedere alla modernizzazione del Regno, modernizzazione che richiedeva preliminarmente la ridefinizione degli ambiti di esplicazione della sovranità statale e, più precisamente, la loro espansione attraverso la riconduzione nel novero delle *res temporales* di materie che in precedenza erano state rimesse ad autorità estranee alla potestà pubblica¹².

La dottrina ha sottolineato come il diritto di asilo fosse suscettibile di impedire la realizzazione di una delle esigenze basilari di ogni comunità politicamente organizzata e cioè la repressione dei reati ed il conseguente ristabilimento dell'ordine giuridico violato¹³. Ciò in particolare nel Mezzogiorno dove, prosegue l'orientamento *de quo*, fino all'Accordo del 1741 i rei poterono godere del diritto di asilo in misura estremamente ampia: nei primi anni successivi alla conquista del Regno da parte di Carlo III lo Stato non ebbe la forza e la capacità di imporre il rispetto della propria legislazione ed in molti casi riconobbe, o formalmente, attraverso le pronunce dei propri giudici, o in via di fatto, la vigenza della normativa canonica sulla legittimità del confugio.

La situazione era resa ancora più grave dall'esistenza di una molteplicità di prassi e di consuetudini locali dirette ad estendere il già ampio disposto delle prescrizioni canoniche, in modo da ampliare ulteriormente le categorie di reati per i quali fosse possibile usufruire del diritto di asilo, nonché la tipologia dei luoghi immuni: ad es., era consuetudine che anche le abitazioni private dei chierici godessero del confugio; parimenti, si era affermata l'idea che anche gli edifici di culto parzialmente costruiti dovessero essere

¹¹ Circa la rilevanza dell'immunità locale e le sue conseguenze (pregiudizievoli) sull'ordinato svolgimento della convivenza civile, cfr. RAFFAELE AJELLO, *Il problema...*, cit., pp. 25-81; ID., *Preilluminismo...*, cit., pp. 7-11; MARIO ROSA, *Politica concordataria, giurisdizionalismo e organizzazione ecclesiastica nel Regno di Napoli sotto Carlo di Borbone*, in *Riformatori e ribelli nel '700 religioso italiano*, Dedalo, Bari, 1969, p. 122, secondo cui la regolamentazione del diritto di asilo «era allora il *punctum dolens* di tutto il contesto immunitario». Cfr. anche DARIO LUONGO, *Vis Jurisprudentiae*, Jovene, Napoli, 2001, *passim*.

¹² Cfr. FRANCESCO SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, vol. I, Edizioni della Regione Siciliana, Palermo, 1969 (ristampa), pp. 273-278; ARTURO CARLO JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del '600 e del '700*, Morano, Pompei (Napoli), 1972 (2° edizione), pp. 221-223.

¹³ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *Il problema...*, cit., p. 26; ID., *Diritto e giustizia dall'esperienza del passato verso il futuro. Con Adriano Cavanna: contributo alla prosecuzione di un dialogo*, in *Frontiera d'Europa*, 1/2004, pp. 196-203.

considerati immuni (era sufficiente la posa della cd. prima pietra)¹⁴. Vi era, inoltre, un principio generale sancito dai magistrati partenopei e cioè quello secondo cui anche luoghi giuridicamente non immuni, ma erroneamente ritenuti tali dalla opinione popolare, dovevano considerarsi tutelati dal diritto di asilo¹⁵.

Non deve considerarsi quindi un caso che nel Meridione il numero dei confugiati fosse alquanto elevato e che nel dicembre del 1740, cioè circa sei mesi prima della stipula del Concordato, ammontasse ad oltre ventimila unità concentrate principalmente nella città di Napoli. Da qui la necessità, lo ribadiamo, di una nuova disciplina della materia che non solo eliminasse prassi *contra legem* ed abusi, ma anche (e soprattutto) stabilisse esplicitamente che la legislazione canonica avrebbe avuto efficacia solo parzialmente e nella misura in cui l'autorità regia lo avesse consentito: una siffatta disciplina avrebbe consentito allo Stato di esercitare, sia pure non in misura integrale, la potestà punitiva e, conseguentemente, di realizzare in pratica il principio della certezza della pena.

In effetti, il Concordato del 1741 (denominato anche Accordo di accomodamento)¹⁶, pur non eliminando il diritto di asilo, lo regolamentò su basi nuove¹⁷, elaborando una serie di regole dirette chiaramente a restringerne l'ambito di operatività: ciò sia escludendo che gli autori di alcuni reati, ritenuti particolarmente gravi e, pertanto, sottoposti ad una disciplina assai rigorosa, potessero usufruire dell'immunità; sia limitando le tipologie di immobili precluse alle forze di pubblica sicurezza.

Relativamente al primo profilo, va sottolineato che furono esclusi dal godimento dell'immunità locale: coloro che avessero commesso un crimi-

¹⁴ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *Il problema...*, cit., pp. 28-32, il quale osserva che in tema di immunità locale le consuetudini e le prassi erano estremamente ampie e ramificate, sicché «non v'erano più regole precise» (pp. 31 s.).

¹⁵ Cfr. *ivi*, p. 32.

¹⁶ Il testo integrale del Concordato concluso il 2 giugno del 1741 tra Carlo di Borbone e Benedetto XIV può leggersi in ANGELO MERCATI, *Raccolta di Concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le autorità civili*, vol. I, 1098-1914, Tipografia Poliglotta Vaticana, Città del Vaticano, 1954, pp. 338 ss.

¹⁷ Cfr. il Capo II del Concordato. Sottolinea come nell'Accordo la S. Sede abbia acconsentito ad una sostanziale diminuzione delle fattispecie in cui poteva essere invocata l'immunità locale MARIO ROSA, *Tra Muratori, il giansenismo e i «lumi»: profilo di Benedetto XIV*, in *Riformatori e ribelli...*, cit., p. 57, il quale attribuisce ciò alla lungimiranza del Pontefice. Cfr. anche ANTON MARIA BETTANINI, *I Concordati dell'età dell'assolutismo*, in AA.VV., *Chiesa e Stato. Studi storici e giuridici per il decennale della Conciliazione tra la Santa Sede e l'Italia*, vol. I, *Studi storici*, Vita e Pensiero, Milano, 1939, p. 220, il quale sottolinea come la generalità degli accordi conclusi nel XVIII secolo tra la S. Sede e gli Stati abbia disciplinato in senso restrittivo la materia delle immunità, soprattutto in ordine al diritto di asilo.

ne qualificato «di lesa maestà», cioè un delitto particolarmente riprovevole perpetrato nei confronti del sovrano o dei funzionari regi – si specificava che nella nozione di «lesa maestà» non rientravano i reati compiuti ai danni di quanti esercitassero un'autorità derivante non direttamente dal re, bensì dalla nobiltà feudale –; i funzionari pubblici che si fossero appropriati di denaro appartenente all'erario; gli esecutori materiali ed i mandanti degli omicidi, anche nel caso in cui non si fosse verificata la morte della vittima (occorreva, però, che l'azione criminosa fosse stata iniziata e che in conseguenza di ciò il soggetto leso avesse comunque subito un *vulnus* della propria integrità fisica); quanti avessero preparato o venduto sostanze venefiche; coloro che in vario modo e con vari artifici si fossero resi responsabili, sia in luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia in luoghi privati, di furto o rapina; quanti con dolo o violenza avessero estorto del denaro ed in particolare si fossero macchiati a tale scopo del reato di sequestro di persona; quegli individui che volutamente avessero appiccato il fuoco ad edifici destinati al culto, oppure adibiti a civile abitazione (in quest'ultima categoria erano ricompresi anche i cd. tuguri, cioè i casolari, ubicati nelle campagne, dove i contadini ed i pastori solevano pernottare); i rei del reato di falsificazione di titoli di credito; i commercianti colpevoli di avere simulato il proprio fallimento, occultando le attività, onde frodare i creditori; quanti avessero proceduto illegittimamente all'arresto di coloro che si fossero rifugiati in edifici «protetti» dall'immunità locale; coloro che, rifugiatisi in luoghi immuni, avessero lì commesso delitti puniti dalla legislazione statuale, per la loro gravità, con la pena capitale o con i lavori forzati in qualità di rematore (la norma menziona, a mero titolo esemplificativo, l'omicidio e la mutilazione), oppure, dopo essere usciti dagli edifici tutelati dal diritto di asilo, si fossero resi rei dei medesimi delitti¹⁸.

La disciplina concordataria restrinse, inoltre, le categorie di immobili caratterizzate dalla immunità locale.

Si stabilì che nel futuro non avrebbero goduto del diritto di asilo: gli edifici di culto ubicati nelle campagne ed al cui interno non fosse custodita l'Eucaristia (l'unica eccezione era prevista per le chiese parrocchiali, che avrebbero continuato in ogni caso ad usufruire dell'immunità); le chiese, site sia nei centri urbani, sia nelle campagne, che fossero in stato di abbandono

¹⁸ Sulle fattispecie criminose escluse dal diritto di asilo, cfr. gli artt. 9-22 del Capo II del Concordato; cfr. anche Diploma, 12 novembre 1761, in ANDREA GALLO, *Codice ecclesiastico sicolo*, I, III, n. CIV, Palermo, 1851, p. 192, che riproduce sostanzialmente il disposto concordatario (di per sé non applicabile al *Regnum Siciliae*). Va rilevato che di regola ai crimini esclusi dal diritto di asilo non si applicavano, in quanto considerati particolarmente riprovevoli, nemmeno gli indulti che periodicamente la monarchia concedeva in occasione di accadimenti lieti verificatisi all'interno della famiglia reale (solitamente nascite o matrimoni).

(si subordinava, comunque, la perdita dell'immunità all'emanazione da parte dell'*Ordinari* loci del provvedimento di destinazione dell'edificio ad uso profano); gli edifici di culto esistenti all'interno delle case private, nonché delle fortificazioni¹⁹ (è evidente che la *ratio* dell'esclusione dall'immunità locale va ravvisata nella mancata destinazione al culto pubblico, come dimostra la circostanza che la norma utilizzi le locuzioni «cappelle» e «oratorii», locuzioni con le quali, è noto, si individuano gli immobili adibiti al culto, ma ai quali, in linea di principio, possono accedere solo determinate persone fisiche o determinati gruppi di individui); le torri campanarie, qualora non avessero formato un'unica unità immobiliare con la chiesa; gli immobili destinati ad abitazione privata dei chierici (era prevista un'eccezione per il caso in cui la casa fosse stata abitata da un parroco, a condizione che lo stesso vi dimorasse effettivamente e non la cedesse in uso ad altri); gli immobili destinati ad uso profano (la norma fa menzione dell'utilizzo abitativo – ovviamente non a beneficio di un *clericus*, dato che, come abbiamo appena evidenziato, siffatto utilizzo era oggetto di apposita previsione – e dello svolgimento di attività commerciali) che confinassero con i muri perimetrali delle chiese e dei conventi, purché, però, non rientrassero nell'area destinata alla clausura e quindi ordinariamente sottratta al libero accesso da parte di individui estranei alla comunità religiosa; gli orti ed i giardini annessi agli edifici di culto ed ai monasteri, salvo che fossero circondati da mura o fossero ricompresi nell'area dove vigeva la clausura²⁰.

Il Concordato specificava, altresì, che anche quando l'edificio avesse goduto dell'immunità locale, siffatto privilegio si sarebbe esplicitato soltanto all'interno degli spazi circondati dai muri perimetrali: le uniche aree esterne caratterizzate dal diritto di asilo sarebbero state la facciata anteriore, le porte e l'eventuale atrio o portico²¹.

¹⁹ Si conforma alla norma patrizia Diploma, 3 aprile 1753, in ANDREA GALLO, *Codice...*, I, III, cit., n. CII, p. 191, ove si stabilisce che non godono del confugio «le Cappelle de' castelli e fortezze serrate di questo Regno di Sicilia».

²⁰ Sulle tipologie di immobili non caratterizzate dall'immunità locale, cfr. gli artt. 26-33 del Capo II.

²¹ Cfr. l'art. 27 del Capo II.

4. (Segue) L'«estrazione» del rifugiato

Una procedura alquanto articolata²² era prevista per l'ipotesi (che doveva verificarsi assai spesso) in cui l'autorità statale avesse ritenuto che il soggetto rifugiatosi in un luogo immune non avesse diritto al confugio, poiché reo di un delitto per il quale era esclusa l'applicabilità del privilegio. In tal caso la magistratura secolare avrebbe dovuto domandare al vescovo l'autorizzazione ad accedere all'edificio e ad arrestare l'accusato (la cd. estrazione dell'imputato), autorizzazione che, stando al tenore delle norme pattizie, di regola avrebbe dovuto essere concessa²³; a garanzia delle prerogative curiali era previsto che all'arresto dovesse essere presente un chierico e che il giudice statale dovesse impegnarsi per iscritto, asseverando siffatto impegno con la prestazione del giuramento, a riconsegnare l'accusato all'autorità ecclesiastica qualora nel prosieguo fosse emerso che il crimine commesso non rientrava tra quelli sottratti all'operatività dell'immunità locale.

L'attenzione dedicata dall'Accordo alla regolamentazione dell'estrazione non deve ritenersi casuale. L'esperienza dei decenni precedenti, compresi i primi anni di regno di Carlo III, aveva dimostrato, invero, che anche quando i giudici regi rivendicavano l'inapplicabilità del confugio ed il loro conseguente diritto di prelevare coattivamente l'imputato, sovente l'autorità ecclesiastica frapponeva forti ostacoli all'esercizio della giurisdizione secolare²⁴.

²² In Sicilia vigeva una regolamentazione peculiare, che teneva conto del singolarissimo ruolo svolto dal monarca – «Legato nato» del Pontefice –: le norme procedurali coincidevano parzialmente, comunque, con quelle vigenti nel Regno di Napoli (per una esaustiva sintesi di siffatte regole, cfr. *Prammatica*, 8 marzo 1741, in *Siculae Sanctiones*, t. III, Titolo X, n. LXIII, Palermo, 1752, pp. 408 s.; *Prammatica*, 4 luglio 1747, *ibidem*, t. IV, Titolo VI, n. XXVII, Palermo, 1753, pp. 271 ss.; *Prammatica*, 10 aprile 1753, *ibidem*, t. VI, Supplemento al Titolo VII del t. I, n. X, Palermo, 1755, p. 209; *Diploma*, 1 febbraio 1781, in ANDREA GALLO, *Codice...*, l. II, n. CCLXVIII, Palermo, 1847, p. 223).

²³ L'art. 1 del Capo II affermava che di fronte all'istanza del giudice laico «concedasi da' Vescovi... la licenza di trarlo dal sacro asilo».

²⁴ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *La nuova scienza contro la 'Scienza Nuova'. La critica del sapere nella Napoli preilluministica*, in *Frontiera d'Europa*, 2/1998, pp. 68 s.; Id., *Diritto e giustizia...*, cit., pp. 197-200; Id., *Verso una giustizia non soltanto formale. La critica di Rousseau, Beccaria, Dragonetti all'idealismo giuridico formalistico*, in *Frontiera d'Europa*, 1-2/2009, pp. 290 s., nonché 403-407. L'Autore rileva come nei primi decenni del Settecento l'autorità giudiziaria statale, per poter punire quei criminali che, in virtù del diritto di asilo e della conseguente protezione accordata loro dalle autorità ecclesiastiche, si erano sottratti alla potestà repressiva secolare, ricorresse a procedure *extra ordinem*, quali: le esecuzioni sommarie – sovente commissionate alla malavita–; l'incendio dell'edificio titolare del confugio, incendio che, obbligando i rifugiati ad abbandonare il luogo immune, consentiva alle forze di polizia di procedere all'arresto. In tal modo, sottolinea l'Ajello, le autorità meridionali si conformavano ad una prassi diffusa da secoli in tutta l'Europa. Considerazioni analoghe sono svolte da: IMMA ASCIONE, I «Notamenti» del *Collaterale redatti da Niccolò Fraggianni (Napoli, 1725-1733)*, in *Frontiera d'Europa*, 1-2/2008, pp. 276-279; RAFFAELE IOVINE, *Il collasso funzionale della giustizia*.

Varie erano le modalità di questa azione ostruzionistica: l'opporvi, anche con la forza, a che l'accusato venisse estratto dal luogo ove si era rifugiato (a tal fine l'Ordinario ricorreva, di regola, ai cursori – con questa locuzione si indicavano, è noto, quei laici incaricati di notificare e mandare ad esecuzione le sentenze e gli altri provvedimenti adottati dall'autorità ecclesiastica nell'esercizio della *potestas regiminis* – e non era perciò raro il caso di veri e propri scontri fisici tra questi ed i cd. birri, inviati dal magistrato civile per arrestare il confugiato); il consentirne od addirittura l'agevolarne la fuga prima che le guardie regie accedessero al luogo immune (o presunto tale) per effettuare l'arresto; il trasportare l'imputato nelle carceri vescovili, ove lo stesso sarebbe stato giudicato secondo equità canonica e, pertanto, assoggettato frequentemente a sanzioni assai meno gravi di quelle previste dalla legislazione statale²⁵. Ad aggravare la situazione si aggiungeva poi un dato pressoché costante e cioè che anche quando l'autorità ecclesiastica non ricorreva a nessuno degli espedienti testé menzionati, in ogni caso la contrapposizione Stato/Chiesa in merito alla legittimità, o meno, della fruizione del confugio dava origine a complicate ed accese controversie giudiziarie che si prolungavano per lungo tempo e che garantivano al reo un ampio periodo di immunità²⁶.

Quanto sin qui esposto rendeva cogente l'emanazione di una nuova regolamentazione, quale, appunto, quella contenuta nell'Accordo di accomodamento, che disciplinasse in modo analitico, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto il profilo procedurale, l'estrazione dei confugiati e che, conseguentemente, eliminasse *in radice*, od almeno diminuisse notevolmente, le occasioni di conflitto tra potestà regia ed autorità spirituale. Il Concordato prendeva in considerazione, tra l'altro, anche l'eventualità che l'Ordinario rifiutasse di accordare il permesso di arrestare l'imputato, stabilendo che l'autorità giudiziaria statale avrebbe potuto ugualmente procedere all'«estrazione»²⁷: anche in questo caso il magistrato avrebbe dovuto impegnarsi a riportare l'accusato nel luogo immune qualora fosse emerso che lo stesso aveva diritto al confugio; venne precisato, inoltre, che nessun ruolo attivo poteva essere riconosciuto all'autorità ecclesiastica.²⁸

Niccolò Fraggianni *dalla difesa della tradizione al libero pensiero*, *ibidem*, pp. 334 s.

²⁵ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *Il problema...*, cit., pp. 38-44.

²⁶ Cfr. *ivi*, p. 39, secondo cui «Gli strascichi giurisdizionali che seguivano [all'insorgere di controversie concernenti la titolarità, o meno, in capo al reo del diritto di asilo: *n.d.a.*]...davano quasi sempre la garanzia di farla franca».

²⁷ Cfr. l'art. 2 del Capo II.

²⁸ Cfr. Dispaccio, 15 agosto 1767, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, Titolo II, n. III, Napoli,

Si trattava, quindi, di un impegno che gravava sui giudici secolari qualunque fossero le modalità con cui si era giunti alla cattura del reo (in particolare, a prescindere dall'assenso, o meno, dell'Ordinario). Non era previsto, però, un adeguato sistema sanzionatorio cui ricorrere nell'ipotesi di sua inosservanza, dato che la disciplina pattizia si limitava a sancire il diritto del vescovo di irrogare nei confronti del giudice statale le sanzioni canoniche, non contemplando minimamente l'inflizione di pene rilevanti anche nell'ordinamento statale²⁹.

Una volta che si fosse «estratto» l'accusato dal luogo immune e si fosse proceduto ad imprigionarlo nelle carceri statali, sia con il consenso dell'autorità episcopale, sia senza l'avallo di questa, la magistratura secolare avrebbe dovuto acquisire, entro il termine perentorio di quattro mesi, tutti gli elementi necessari per valutare se, in base alla natura del crimine di cui era accusato, l'imputato avesse, o meno, diritto ad avvalersi dell'immunità locale (cd. processo informativo): in caso di inosservanza del termine di quattro mesi il vescovo avrebbe avuto facoltà di chiedere l'immediata «restituzione» dell'accusato³⁰.

Compiuto il processo informativo, tutti i dati raccolti sarebbero stati trasmessi all'*Ordinarius loci*, il quale nell'arco di un mese si sarebbe pronunciato circa la legittimità, o meno, della fruizione del diritto di asilo: qualora nessuna decisione fosse stata presa entro trenta giorni, la questione sarebbe stata automaticamente devoluta al Tribunale Misto³¹.

1775, pp. 31 s.

²⁹ Cfr. l'art. 1 del Capo II del Concordato, secondo cui in caso di mancata riconsegna dell'imputato l'Ordinario avrebbe potuto «procedere contro del Magistrato secolare colle pene canoniche di violata immunità».

³⁰ Particolare attenzione era dedicata all'ipotesi in cui il soggetto rifugiatosi in un luogo immune fosse accusato di omicidio. Il Concordato, dopo aver rilevato che l'elevato numero di omicidi commessi annualmente nel Regno rendeva necessaria l'adozione di misure particolarmente rigide, ribadiva che i rei del delitto di assassinio non avrebbero potuto avvalersi del confugio e sarebbero stati imprigionati, nelle more del processo informativo, nelle carceri laicali; al tempo stesso stabiliva che qualora le risultanze istruttorie avessero dimostrato che l'omicidio era stato casuale, o era stato commesso per legittima difesa, l'imputato avrebbe dovuto essere rilasciato immediatamente (art. 34 del Capo II).

³¹ Cfr. gli artt. 3 e 4 del Capo II. Sulla natura e sulla composizione del Tribunale Misto, cfr. gli artt. 1-15 del Capo IX del Concordato del 1741. Il Tribunale Misto, istituito dall'Accordo concordatario quale organo competente a dirimere alcune categorie di controversie, tassativamente individuate, afferenti alle *res mixtae*, era composto da cinque membri, due ecclesiastici, nominati dal Pontefice, e due, chierici o laici, designati dal sovrano: il quinto componente, che avrebbe svolto le funzioni di Presidente, sarebbe stato scelto dal Papa nell'ambito di una terna di chierici individuata dal monarca; tutti e cinque i membri sarebbero dovuti essere cittadini del Regno (siffatte regole sulla composizione del Tribunale Misto furono ribadite unilateralmente dallo Stato negli anni successivi alla stipula dell'Accordo: cfr. Dispaccio, 15 aprile 1766, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. II, Titolo XXXVIII, n. I, Napoli, 1773 – le pagine del t. II non sono numerate). Il Concordato stabiliva poi che la designazione a membro del Tribunale aveva durata triennale ed era suscettibile di rinnovo; si precisava, però, che

Il Tribunale Misto svolgeva altresì le funzioni di organo di appello avverso la decisione vescovile: il Concordato prevedeva, infatti, che il provvedimento dell'Ordinario potesse essere impugnato o dal Fisco laico, o dal Fisco ecclesiastico (non era invece titolare del diritto di appello l'accusato)³².

Le norme pattizie stabilivano poi la procedura da adottare nel caso in cui il soggetto rifugiatosi in un luogo immune «abusasse» dell'asilo e cioè se ne avvalsesse per commettere altri reati³³ (diversi da quelli puniti con la pena capitale o con la condanna ai lavori forzati, dato che in queste ipotesi il reo avrebbe perso il diritto all'immunità – cfr. *supra* –). Il vescovo avrebbe dovuto disporre l'«estrazione» del rifugiato ed il suo trasporto in un altro luogo immune, trasporto nel corso del quale all'autorità secolare era vietato procedere all'arresto: qualora il soggetto, nonostante fosse stato ammonito circa le conseguenze di una reiterata violazione delle regole sul diritto di asilo, avesse nuovamente abusato del confugio, l'Ordinario lo avrebbe dichiarato decaduto dall'immunità, consentendo allo Stato di perseguirlo³⁴.

5. Sostanziale inadeguatezza dell'azione riformatrice

L'elaborazione di una regolamentazione così analitica non eliminò comunque le controversie inerenti all'effettiva titolarità, o meno, del diritto al confugio:

sia la S. Sede, sia il sovrano avevano facoltà di sostituire *ad libitum* nel corso del triennio i membri di propria nomina (era quindi escluso che siffatta facoltà potesse essere esercitata nei confronti del Presidente). Ulteriori statuizioni concernevano poi l'individuazione delle materie su cui il Tribunale avrebbe avuto giurisdizione ed il rapporto con le altre magistrature. Va sottolineato, infine, che il Tribunale Misto era dotato di potestà coercitiva, sicché le sue pronunce erano indubbiamente cogenti: poteva irrogare, fra l'altro, anche sanzioni penali (avvalendosi delle carceri statali relativamente ai laici e di quelle ecclesiastiche relativamente ai chierici – cfr. l'art. 5 del Capo IX del Concordato –). In dottrina, cfr. MARIO ROSA, *Politica concordataria...*, cit., pp. 142 s., secondo cui il Tribunale Misto esercitò soltanto una piccola parte delle facoltà attribuitegli dalla legislazione concordataria, essendo stato esautorato a beneficio di altri organi afferenti esclusivamente all'organizzazione statale e sui quali l'autorità ecclesiastica non poteva esercitare alcuna influenza: ciò fu dovuto ad una precisa scelta attuata dal Governo borbonico negli anni successivi alla stipula del Concordato.

³² Cfr. l'art. 7 del Capo II.

³³ Riteniamo che proprio al fine di evitare che ciò accadesse l'art. 24 del Capo II facesse obbligo all'*Ordinarius loci* di provvedere a che i rifugiati nei luoghi immuni venissero privati delle armi che eventualmente avessero portato con sé.

³⁴ Cfr. l'art. 23 del Capo II. Relativamente alla Sicilia, cfr. Prammatica, 11 febbraio 1737, in *Siculae Sanctiones*, t. V, *De Rebus Criminalibus*, n. XLVI, Palermo, 1754, pp. 94 ss.; Prammatica, 4 luglio 1747, cit., p. 273. In dottrina, cfr. RAFFAELE AJELLO, *op. ult. cit.*, pp. 50 s., ove si sottolinea come l'elaborazione della normativa concordataria sia stata alquanto travagliata a causa dell'atteggiamento assunto dai delegati pontifici, secondo i quali solo in ipotesi eccezionali avrebbe potuto configurarsi «l'esercizio abusivo del diritto di asilo».

autorità secolare ed autorità ecclesiastica non furono concordi nell'interpretare la disciplina pattizia, soprattutto in ordine all'individuazione delle categorie di immobili connotate dall'immunità locale. Più volte il sovrano, dopo aver dato il proprio assenso a che venisse costruito un nuovo edificio di culto – assenso assolutamente necessario –, revocò la predetta autorizzazione, avendo constatato che l'Ordinario nel cui territorio sarebbe sorto l'immobile riteneva che lo stesso avrebbe goduto del confugio³⁵; oppure, la concessione dell'autorizzazione regia venne subordinata all'esplicita accettazione da parte della Gerarchia dell'esclusione del nuovo edificio dal novero degli immobili immuni³⁶.

Indipendentemente poi dall'esistenza di controversie con la Gerarchia, la dinastia borbonica attribuì costantemente rilevanza centrale all'osservanza della disciplina relativa al confugio. Non a caso, i provvedimenti di clemenza (i cd. indulti) emanati dalla dinastia borbonica in concomitanza con il verificarsi di eventi lieti (ad es., la nascita di un erede) escludevano frequentemente dal proprio ambito di operatività le violazioni più gravi del disposto concordatario inerente al diritto di asilo, quali: l'estrazione coatta dai luoghi immuni di soggetti che, invece, avevano diritto di fruire del *confugium*³⁷; l'aver commesso all'interno degli edifici tutelati dall'asilo crimini puniti dalla legislazione statale con la pena di morte o con la condanna ai lavori forzati; l'essersi rifugiato in un luogo immune, dopo aver perpetrato un crimine, al fine di uscirne successivamente e di commettere un ulteriore delitto sanzionato con la morte o con il lavoro coatto³⁸.

La circostanza in parola appare ancora più significativa se si considera che

³⁵ Cfr. Dispaccio, 18 agosto 1764, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo III, n. XXIII, p. 67.

³⁶ Cfr. Dispaccio, 14 gennaio 1769, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo III, n. XXVIII, p. 68, ove si individua quale *condicio sine qua non* della legittima costruzione di una cappella l'apposizione di «una lapide dinotante che la detta Cappella non debba godere immunità locale»; contenuto sostanzialmente analogo presenta il Dispaccio, 19 agosto 1769, *ibidem*, n. XXVI, pp. 69 s. L'obiettivo di circoscrivere l'operatività del diritto di asilo venne altresì perseguito restringendo l'ambito dei soggetti che potevano beneficiarne: fu stabilito, ad es., che relativamente ai membri delle forze armate il confugio avrebbe avuto l'unico effetto di sottrarli alla pena di morte, alla mutilazione ed alla pena della cd. infamia – consistente, è noto, nell'esposizione del reo al pubblico ludibrio –, rimanendo invece legittima l'irrogazione di sanzioni meno gravi – quali la reclusione e le punizioni corporali –; cfr. Dispaccio, 25 luglio 1783, in ALESSIO DE SARIIS, *Codice delle leggi del Regno di Napoli*, I, Napoli, 1792, p. 239.

³⁷ Cfr. Prammatica, 5 luglio 1747, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. I, Titolo I, n. LXXXVI, Napoli, 1803, p. 147; Prammatica, 10 luglio 1747, *ibidem*, n. LVI, p. 88.

³⁸ Sull'esclusione dall'indulto di quanti avessero abusato del confugio per commettere ulteriori crimini, cfr. Prammatica, 5 luglio 1747, cit., *loc. cit.*; Prammatica, 10 luglio 1747, cit., *loc. cit.*; Prammatica, 10 febbraio 1775, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. I, cit., Titolo I, n. LXVI, p. 108; Prammatica, 10 novembre 1777, *ibidem*, n. LXVIII, p. 113; Prammatica, 18 maggio 1780, *ibidem*, n. LXX, p. 118; Prammatica, 20 marzo 1783, *ibidem*, n. LXXII, p. 125; Prammatica, 12 settembre 1788, *ibidem*, n. LXXIV, p. 130; Prammatica, 10 agosto 1790, *ibidem*, n. LXXXVI, p. 135.

ad essere esclusi dall'indulto erano, ovviamente, i crimini considerati di peculiare gravità (quali, ad es., l'omicidio volontario o il ricatto): evidentemente, il mancato rispetto delle disposizioni sul diritto di asilo rientrava tra gli illeciti particolarmente nocivi alla sicurezza dei consociati ed alla solidità dello Stato³⁹.

Non può dubitarsi, quindi, della rilevanza che i Borbone attribuivano alla regolamentazione dell'immunità locale ed in modo particolare all'esigenza di circoscriverne la sfera di efficacia sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo. La disciplina relativa al confugio va inserita, pertanto, nell'ambito del più generale tentativo di modernizzare, ovviamente secondo le categorie concettuali dell'epoca, l'apparato pubblico, rendendolo più solido, più coeso e, soprattutto, più idoneo ad esercitare la propria autorità nei confronti di qualunque suddito. Non a caso, la dottrina ha evidenziato che i principali esponenti della politica giurisdizionalista, primi fra tutti il Tanucci ed il Caracciolo, condussero, parallelamente, un'analogo lotta contro il potere della nobiltà dagli stessi ritenuto altrettanto nocivo, se non maggiormente pernicioso, delle rivendicazioni formulate dall'autorità ecclesiastica: la trasformazione del Meridione d'Italia in una compagine statale più moderna ed efficiente richiedeva inevitabilmente la realizzazione pratica del principio, teorizzato dagli scrittori politici fin dall'inizio del XVII secolo, secondo cui il monarca era l'unico detentore della sovranità e tutti i sudditi, laici, chierici e religiosi, erano a lui sottoposti.

In quest'ottica la politica anticlericale di Carlo III e di Ferdinando IV può essere accostata a coeve esperienze giurisdizionaliste realizzatesi sia nella penisola italiana, sia nel resto d'Europa. A connotare il regalismo partenopeo, secondo questo parametro ermeneutico, sarebbe però la dimensione «quantitativa» rappresentata dalle condizioni di particolare arretratezza in cui versava il Meridione al momento della conquista borbonica. La dottrina ha sottolineato che nel Sud dell'Italia la fisionomia della comunità politica era contraddistinta da mende particolarmente gravi non riscontrabili, quantomeno con la stessa incidenza, nella generalità degli Stati europei.

Il tentativo della dinastia borbonica di riorganizzare radicalmente l'apparato pubblico, affermando contestualmente l'unicità ed esclusività della sovranità statale, appare, perciò, pienamente giustificato: la necessità di colmare il *gap* esistente tra il Mezzogiorno d'Italia ed il resto dell'Europa richiedeva indubbiamente una radicale opera di riforma che i Borbone avrebbero dovuto perseguire però con ben maggiore energia e coerenza.

³⁹ Cfr., per tutte, *Prammatica*, 18 maggio 1780, cit., p. 115, ove si sottolinea come l'indulto non si applichi a quei reati la cui repressione è necessaria «per la perenne conservazione della salute de' Popoli, e della tranquillità dello Stato».

*La formazione storica dei profili di *ius canonicum speciale della Cappella del Tesoro di San Gennaro***

MANLIO MIELE

1. Il rilievo del diritto canonico nazionale nella ricostruzione degli enti precodicali.

In questo scritto non mi occuperò specificamente dei profili storici della Cappella del tesoro di san Gennaro, e tanto meno tenterò di operare una organica ricostruzione storica della sua nascita e della sua evoluzione. Mi limiterò piuttosto a riprendere alcune notizie, date comunemente per certe, cercando di trarne spunti e di evidenziare quegli aspetti che più siano utili per la sua odierna qualificazione giuridica¹.

Brevi precisazioni preliminari di natura metodologica, tuttavia, si impongono; esse tendono a definire l'oggetto formale dell'indagine. Dunque, in primo luogo, non mi occuperò direttamente del culto al Santo Patrono, se non per quanto ciò sia necessario a ricostruire la trasformazione delle sue modalità, attuata proprio con la nascita della Cappella. In secondo luogo, dovrò effettuare alcune precisazioni circa il termine di "cappella", visto che tale denominazione, a mio avviso, ha contribuito a fuorviare l'interpretazione di taluno; onde, in questo scritto, si cercherà di distinguere tra cappella (oggetto di diritti) e Cappella (soggetto di diritti). Ancora, difficilmente riuscirò a mantenermi nel recinto del "mero" diritto canonico. Ciò, del resto, è semplicemente inevitabile, tenuto conto che noi dobbiamo parlare di un ente nato sotto il vigore del diritto canonico precodiale; un sistema giuridico, questo, a proposito del quale si sviluppa il concetto di "diritto canonico nazionale".

* Articolo pubblicato anche in *La Cappella del Tesoro di San Gennaro. Identità civile e dimensione religiosa*, a cura di ANTONIO GUARINO, Napoli, 2017.

¹ La voce su san Gennaro di GIOVANNI STILTING, *De sanctis Januario episcopo, Sosio, Festo et Proculo diaconis, Desiderio lectore, Eutyche vel Eutichete et Acutio martyribus* (in *Acta Sanctorum Septembris*, t. VI, Antverpiae 1757, p. 761 ss.) rimane ancora utilissima; le vicende relative alla costruzione della cappella nuova del Tesoro si trovano illustrate a partire da p. 835.

Una raffigurazione chiara di che cosa sia il diritto canonico nazionale ce la offre il trattatista francese ottocentesco Bouix². Essa è la testimonianza di quel particolare meccanismo di concorso degli Stati confessionalmente cattolici nella determinazione del diritto canonico vigente in una determinata nazione. Come ci ricorda Jemolo, proprio in tale concorso sta uno degli aspetti fondamentali del giurisdizionalismo, per il quale da un lato si dava «molta importanza allo *ius commune* o *ius receptum* (molte decretali pontificie avrebbero vigore non per virtù propria ma come diritto ricevuto, onde non sarebbero invece cogenti quelle in contrasto con il diritto praticato)»; dall'altro, si consideravano come importanti «fonti del diritto canonico i sinodi particolari, le consuetudini, gli editti dei principi»³. Il classico manuale di diritto canonico-ecclesiastico di Paulus Joseph von Riegger, dedicato a Maria Teresa d'Austria, vero manifesto del giurisdizionalismo⁴, nell'enumerazione delle fonti della materia, non manca di indicare le costituzioni dei principi, dicendo chiaramente che «*mirum videri non debet, Principum constitutiones partem Juris ecclesiastici non minimam exhibere*»⁵.

Il diritto canonico nazionale, poi, avrebbe manifestato una sua valenza anche scientifica e didattica nella progressiva determinazione del nuovo concetto di diritto ecclesiastico⁶.

Queste precisazioni vanno fatte poiché è impensabile che la grande omologazione attuata (o almeno tentata) con il *Codex iuris canonici* del 1917, e poi con gli strumenti concordatari del 1929, valga ad appianare tutte quelle peculiarità che a singoli enti antichi derivano dal concorso – nella disciplina

² DOMINIQUE BOUIX, *Tractatus de principiis juris canonici*, II ed., Parisii-Lugduni 1862 (?), p. 74 e ss.

³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, n. 3. Si cfr. anche GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il Codice di diritto canonico*, in *Pio X e il suo tempo*, a cura di GIANNI LA BELLA, Bologna 2003, p. 311 e seg., per il quale «nei moderni stati assolutistici aventi un dichiarato carattere confessionale-cattolico, il diritto canonico si era venuto sviluppando – sia come normazione, sia come giurisprudenza, sia come prassi amministrativa – in una sorta di simbiosi con il diritto statale» (*ibid.*, p. 330). Cfr. anche CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica* (coll. Per la storia del pensiero giuridico moderno, 76), Milano 2008, I, p. 52-57.

⁴ VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano 1955⁸, p. 22. Su questo Autore cfr. HERBERT KALB, *ad vocem*, in *Neue Deutsche Biographie*, XXI, Berlin 2003, p. 581-582. Usa l'espressione «diritto canonico nazionale», riferita all'opera del Riegger, anche GIOVANNI ANDRÈS, *Dell'origine, progressi e stato attuale di ogni letteratura*, Napoli 1838, VIII, p. 238.

⁵ PAULI IOSEPHI A RIEGER, *Institutionum jurisprudentiae ecclesiasticae*, p. I, *Principia juris ecclesiastici*, ed. prima, Venetiis 1777, p. 256; cfr. anche p. 403 ss.

⁶ La circostanza è stata ben notata da Francesco Scaduto, il quale segnalava che, nella proposta di un nuovo manuale di diritto canonico, effettuata nella seconda metà del Settecento, per lo Studio di Padova, si auspicava che esso fosse «fondato sul Vangelo, sui Santi Padri, sulle Costituzioni regie e le Leggi venete...»: FRANCESCO SCADUTO, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico* (prolusione letta il 21 novembre 1884), in *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, a cura di MANLIO MIELE, Bologna 2015, p. 471-472.

della loro struttura e delle loro funzioni – del diritto canonico “romano”, di quello nazionale e del diritto dello Stato. Sul punto torneremo tra breve.

2. *Il voto cittadino del 1527. La costruzione della cappella, l'organizzazione del culto e la strutturazione degli uffici. Il riconoscimento ai Deputati della potestà autonoma.*

La storia del culto al Santo Patrono, della sua nascita anzitutto, ma anche delle sue modalità e delle sue implicazioni sociali, può giovare di una bibliografia sterminata e su di essa non posso neppure iniziare ad addentrarmi; il volume del 2016 di Francesco Paolo de Ceglia ce ne offre un saggio di per sé cospicuo⁷. Di esso mi avvalgo per un passaggio che mi sembra qui pertinente. L'Autore, infatti, contrassegna un paragrafo del capitolo II con il titolo «dalla chiesa al seggio»⁸. Qui de Ceglia ricostruisce il grande evento cittadino di maggio, la «processione degli inghirlandati», durante la quale, nella vigilia della prima domenica di maggio, il capo del Santo veniva portato a turno in una delle principali chiese della Città⁹. Tralascio i particolari, se non quello per cui nel 1525 (si badi la data) un eletto del popolo chiedeva all'arcivescovo Vincenzo Carafa di celebrare l'appuntamento annuale in piazza della Selleria; lì si desiderava andasse la processione, «in luogo delle solite chiese»¹⁰. Concesso al seggio del popolo quanto richiesto, la stessa istanza venne naturalmente formulata dai seggi nobili; si arrivò, così, a che «l'incontro tra le reliquie avvenisse in uno dei sei seggi cittadini a rotazione»¹¹. Nota de Ceglia:

fino ad allora agli Eletti dei seggi era stato concesso soltanto di sostenere le aste del pallio durante la processione di ritorno dalla chiesa prescelta alla cattedrale. E già quello era stato motivo di scontro. Adesso però, facendosi carico delle spese organizzative della “solennità”, quelle ambiziose istituzioni si guadagnavano nella gestione dell'evento annuo una centralità tale da alimentare col tempo l'idea che le reliquie appartenessero alla città, piuttosto

⁷ FRANCESCO PAOLO DE CEGLIA, *Il segreto di san Gennaro*, Torino 2016. Meno recente, cfr. anche DOMENICO AMBRASI, s.v. *Gennaro*, in *Bibliotheca Sanctorum*, VI, rist. Roma 1996, col. 135 e seg.

⁸ FRANCESCO PAOLO DE CEGLIA, *Il segreto di san Gennaro*, cit., p. 56 e seg.

⁹ *Ibid.*, p. 58.

¹⁰ *Ibid.*, p. 59.

¹¹ *Ibid.*, p. 60.

che alla curia¹².

Il richiamo alla data del 1525 mi è sembrato significativo, giacché l'origine della Cappella del tesoro di san Gennaro viene comunemente collocata due anni dopo, nel 1527, durante una pestilenza che, come dice il bollandista Stilting¹³, imperversò dal 1526 al 1529. Lo strumento notarile che certifica, sotto data 13 gennaio 1527¹⁴, il voto per la costruzione del nuovo edificio, strumento spesse volte citato nella sua denominazione e poche nel contenuto, presenta le caratteristiche fondamentali della nuova realtà che si andava a costituire; da esso è necessario pur partire, per comprendere la natura giuridica dell'ente ancor oggi esistente.

La promessa comprende anzitutto una somma pubblica («*de pecuniis publicis huius civitatis Neapolis*») di mille ducati d'oro nel corso del primo anno, per la costruzione di un tabernacolo eucaristico. Comprende, inoltre, la corresponsione di diecimila ducati in carlini, in ragione di dieci carlini per ogni ducato, dopo il primo anno e nello svolgersi di un ulteriore decennio, con la cadenza di mille ducati di carlini all'anno, per la nuova cappella posta sotto il titolo del Santo Protettore, «*aedificando et construendo, seu construi faciendo, et dotando de ipsius pecuniis per ipsos dominos electos, et alios, qui pro tempore fuerint in hac civitate*»¹⁵. Se complessivamente venivano impegnati undicimila ducati pubblici, non mancava, annessa alla promessa, l'espressa dichiarazione di riserva di prerogative dall'ampio contenuto, a favore degli eletti *pro tempore* della Città o meglio, in fin dei conti, a favore della Città stessa. Rimanevano dunque nella perpetua disponibilità della Città: proprietà, amministrazione, governo, potestà organizzativa («*totum regimen*»), sia nello spirituale che nel temporale; libertà nella costruzione e nella ripartizione delle spese; il diritto di presentazione e di conferma dei cappellani, oltre che della loro rimozione. La Cappella doveva addirittura essere esente da ogni superiore giurisdizione, anche ordinaria, e nessuno,

¹² *Ibid.*

¹³ GIOVANNI STILTING, *De sanctis Januario episcopo, Sosio, Festo et Proculo diaconis, Desiderio lectore, Eutyche vel Eutichete et Acutio martyribus*, cit., p. 835.

¹⁴ Oltre che in GIOVANNI STILTING, *op. ult. cit.*, p. 835 e seg., il documento notarile può vedersi riprodotto anche in GIROLAMO MARIA DI SANT'ANNA, *Istoria della vita, virtù e miracoli di san Gennaro vescovo e martire*, Napoli 1733, p. 262 e seg.

¹⁵ GIOVANNI STILTING, *op. ult. cit.*, p. 836, n. 330. Il voto, quindi, durava per undici anni. Quelli promessi per il tabernacolo erano ducati d'oro (chiamati in Italia anche «zecchini», GIOVANNI STILTING, *op. ult. cit.*, p. 836, n. 332); gli altri erano *de Carolenis*, in ragione di dieci carlini per ogni ducato. Annota Stilting come i Napoletani non conoscessero il valore esatto dei carlini, onde da ciò si intuirebbe la consistenza del voto (*ibid.*).

al di fuori degli eletti *pro tempore*, doveva ingerirsi sulla dote, sui beni e sui frutti annessi alla Cappella¹⁶. Questa si iniziò a costruire molto tempo dopo, nel 1608¹⁷, e venne completata nel 1647¹⁸. La somma complessiva, offerta dalla Città, dovette essere notevolissima. Negli accordi stipulati il 2 maggio 1647 tra la Città ed il card. Filomarino, accordi sui quali tra poco torneremo, si parla di una spesa, sostenuta dalla Città, di trecentomila zecchini, ossia ducati d'oro; ma altri autori forniscono cifre diverse e ben più ampie¹⁹.

Terminata la costruzione della cappella, fin da principio si posero alcuni problemi nella definizione delle competenze circa l'organizzazione del culto verso il Santo Patrono, problemi determinati dall'operatività del nuovo ente. Anzitutto, si dovette chiarire come organizzare la traslazione delle reliquie per le quali l'edificio era stato creato. Dissensi sul punto s'erano verificati tra la Cappella e il Capitolo cattedrale, e di essi ci dà testimonianza anche il card. De Luca, attraverso un suo *discursus* relativo ad un'arecentissima controversia dinnanzi alla Sacra Romana Rota; un po' significativamente, anzi, nell'epigrafe della causa, il De Luca indica come contendenti il Capitolo metropolitano e la Città²⁰. Innocenzo X, probabilmente superando provvedimenti cautelari provenienti dalla Rota, intervenne direttamente, anzitutto dando al nunzio Altieri ordini inequivocabili su tale trasferimento e poi facendo scrivere una lettera, il 13 aprile 1647, dal segretario di Stato card. Panciroli all'arcivescovo Filomarino; in essa, si accenna ad impegni già presi dal Nunzio Altieri con il Vicerè²¹. Il successivo 2 maggio veniva stipulata la

¹⁶ Limiti, peraltro, erano anche fissati circa la disponibilità del tabernacolo: GIOVANNI STILTING, *op. ult. cit.*, p. 836, n. 331.

¹⁷ Cfr. GIROLAMO MARIA DI SANT'ANNA, *Istoria*, cit., p. 264: «Non poté la pietosa Città per le continue guerre, che travagliarono il Regno, dar principio alla fabbrica di questa Cappella fino all'anno 1608 nel quale alli 7 del mese di Giugno con molta solennità vi fu buttata la prima pietra ne' fondamenti da monsignor Fabio Maranta vescovo di Calvi, ed in essa da una parte vi era incisa questa iscrizione... D. Januario, D. Aspreno, D. Agnello, D. Thomae, caeterisque tutelariibus, Neapolitana Civitas saeviente vi pestis anno MDXXVII, sacellum vovit, MDCVIII fecit».

¹⁸ GIOVANNI STILTING, *op. ult. cit.*, p. 837, n. 336.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Neapolitanae Capellae inter Civitatem et Capitulum Metropolitanae*: JOANNES BAPTISTA DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, l. III, pars II, disc. XII (Venetiis 1698, pag. 32-33). Dal *discursus* emergono sia i motivi del contendere (natura del rapporto tra la Città e la cappella; natura del rapporto tra la Città e le reliquie ivi trasferite; natura del rapporto tra i cappellani e i canonici sull'uso delle reliquie) che alcuni dati ritenuti scontati, ed in particolare come i deputati fossero semplicemente *longa manus* della Città.

²¹ Cfr. GIROLAMO MARIA DI SANT'ANNA, *Istoria*, cit., p. 273: «... esser mente della Santità Sua, che in esecuzione dello stabilimento già presosi col mezzo di cotesto Monsignor Nunzio, e della sicurezza da lui datane con un suo viglietto al Signor Vicerè, segua costì la Processione sudetta nella maniera medesima, che si è celebrata per l'addietro, e che l'Eminenza Vostra si compiaccia di ciò intieramente adempire, non ostante qualsivoglia inhibitione rotale, o qualunque istanza e opposizione, che per

c.d. Capitolazione, il cui art. 1, a proposito delle reliquie da trasferirsi nella nuova cappella, parla testualmente di «divisione»²².

Dalla Capitolazione emergono alcune linee tendenziali nella gestione della Cappella, di interessante rilievo giuridico e canonistico in particolare. Anzitutto, fin da principio si afferma l'idea secondo cui l'amministrazione della Cappella spetta a soggetti laici, i Deputati del tesoro (componenti, collegialmente, la Deputazione). Traspare chiaro anche, però, che i deputati amministrano non *nomine proprio*, ma nell'interesse e per conto della Città: sia pure mediatamente, ad amministrare la Cappella è la Città di Napoli²³.

Un secondo punto appare chiaro. Fin dall'inizio, lo statuto giuridico dell'ente è attratto dall'interesse della Sede apostolica romana. Notizie, in tal senso, noi abbiamo di diversi documenti pontifici, a cominciare dal breve di Paolo V (1605) sul patronato *ex fundatione* riconosciuto alla Città, sul fatto che esso comprendesse sia il diritto di eleggere sei cappellani sia quello di piena amministrazione dell'ente. Urbano VIII, trent'anni dopo (27 febbraio 1635), elevava a dodici le cappellanie e, in fondo, sanzionava la natura schiettamente laicale della Cappella, con quegli stessi estesi termini già oggetto della riserva enunciata in occasione dell'atto di fondazione²⁴. Ai

parte del Capitolo, o di chissia potesse a lei farsi in contrario...».

²² «Che degl'argenti si faccia la divisione nella forma concertata co'l Signor Viceré» (*ibid.*, p. 274).

²³ Si vedano in particolare i punti VII, VIII, XIV ed il finale XVI: *ivi*, p. 276-278. La Capitolazione è illustrata anche in GIOVANNI STILTING, *De sanctis Januario episcopo, Sosio, Festo et Proculo diaconis, Desiderio lectore, Eutyche vel Eutichete et Acutio martyribus* cit., p. 837-838.

²⁴ I documenti sono citati anzitutto dalla bolla, di ALESSANDRO VII, *Militantis Ecclesiae Regimini*, 23 febbraio 1661, in *Bullarum, privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio*, t. VI, p. V, Romae 1761, pag. 133 e seg.; li ricorda pure GIROLAMO MARIA DI SANT'ANNA, *Istoria*, cit., pag. 271. Cfr. anche il censimento fatto nell'archivio della Cappella riportato in GIUSEPPE DEL GIUDICE, *Del Codice diplomatico angioino e delle altre mie opere. Apologia*, Napoli 1872, pag. XII-XIII: «1° La promessa fatta in occasione della peste nel 1527 in presenza dell'Arcivescovo dagli Eletti della Città di Napoli, per la costruzione di una Cappella in onore di S. Gennaro colla condizione espressa, che il *Dominio, l'Amministrazione e Governo tanto nello spirituale, che nel temporale di detta Cappella edificanda, e dotata ec. dovessero essere in perpetuo nelle mani e potere degli Eccellentissimi Signori Eletti tanto Nobili, quanto del Fedelissimo Popolo*, promessa confermata con pubblico istrumento stipulato a' 13 gennaio 1527 pel Notar Vincenzo Bossis di Napoli – 2° Bolla del Pontefice Paolo V di marzo (se non vado errato) 1605, che oltre la istituzione di sei Canonici per le funzioni sacre in detta Cappella, la loro elezione ed i loro privilegi, contiene la concessione alla Città di Napoli del diritto di *patronato* per l'amministrazione intera di tutto quello poteva riguardare la detta Chiesa, che andava a fondarsi co' suoi danari – 3° La Bolla di Urbano VIII del 27 febbraio 1635, colla quale approvandosi le dodici Cappellanie, che volevansi fondare in quella Chiesa dalla Città di Napoli, si dà la norma della elezione de' Cappellani e de' loro obblighi; dicesi pure, che la detta Cappella dovesse essere sempre di diritto *patronato laicale* della Città di Napoli, né soggetta pel conto della spesa della fabbrica o per altro, all'Ordinario del luogo, né ad altri, ma doversi sempre *in spiritualibus et temporalibus governare pacificamente* da' suoi Deputati – 4° Altra bolla d'Innocenzo X quasi conforme a quella di Urbano VIII – 5° Statuti formati nel 13 novembre 1659 da' deputati secondo i privilegi ottenuti colle Bolle de' Pontefici, ed approvazione de' medesimi fatta

Deputati, cioè alla Città, spettava il pacifico governo *in spiritualibus* e *in temporalibus* della Cappella, né essa doveva reputarsi soggetta, per tutti i rendiconti (della fabbrica e no) all'ordinario locale.

I pontefici esplicitavano le prerogative della Città sul luogo sacro, esercitate attraverso i Deputati espressi da essa (e non da altri), anche attraverso il riconoscimento di una potestà statutaria, ossia delle facoltà

«di far Statuti, Capitoli, e Decreti per il stato felice, governo, e amministrazione di quello» (luogo sacro), nonché (di) «in ogni tempo mutarli, aggiungervi, e mancarne, o farne altri, come la varietà dell'avvenire, e bisogni dimostrasse, con l'approvazione però della Sede Apostolica, o dell'Ordinario, o pure d'una della Sagre Congregazioni nell'istesse Bolle assegnate»²⁵.

Di queste facoltà i Deputati non mancarono di servirsi, come dimostra l'ampio regolamento approvato, proprio da loro, il 13 novembre 1659 e confermato da Alessandro VII il 23 febbraio 1661 con la bolla *Militantis Ecclesiae Regimini* già cit. Nella premessa i Deputati, sul fondamento della bolla di Urbano VIII, dichiarano di considerare come loro principali prerogative non solo quella statutaria, appena accennata, ma anche quella relativa alla piena disponibilità di una delle due chiavi delle reliquie trasferite nonché all'«assoluta, e omnimoda amministrazione di detta Cappella, suo Erario, beni, entrate, limosine, oblazioni, legati, e altre pie disposizioni fossero in potere d'essa Città, e suoi deputati». Il contenuto dei singoli capitoli, che qui non è possibile considerare partitamente, configura una Cappella composta di alcuni chierici denominati cappellani (e non canonici), talvolta investiti di mansioni diverse (come quella di tesoriere o di sacrista), totalmente dipendenti dai Deputati della Città sia per l'organizzazione amministrativa che per quella del culto. Le disposizioni sono poi rinforzate da sanzioni, come la rimozione dall'ufficio, la cui applicazione spetta ai Deputati della Città. Il Pontefice infine conferma le statuizioni, «*non obstantibus Constitutionibus, et Ordinationibus Apostolicis etc.*».

3. Il diritto di patronato sulla Cappella: nascita per fondazione e dotazione; sua laicalità; suo carattere di giustizia. Le cappellanie. Natura civica della Cappella.

La configurazione complessiva desumibile dalla ricostruzione, sia pure sommaria, appena tentata, è interamente contrassegnata dagli elementi es-

dalla *Congregazione de' Sacri Riti* di Roma nel 20 novembre 1660 – Altra Bolla di Papa Alessandro VII del 23 febbraio 1661, che conferma gli statuti» (corsivi nel testo).

²⁵ ALESSANDRO VII, bolla *Militantis Ecclesiae Regimini*, cit., p. 133.

senziali propri di un giuspatronato *ex fundatione*, anzi, più esattamente, di un giuspatronato laicale per fondazione²⁶; qualificazione questa, sarà bene ricordarlo subito, piuttosto rilevante in ordine alle conseguenze giuridiche che da essa deriveranno – per giungere più vicini a noi – sia dall'applicazione delle leggi statuali eversive²⁷ che dall'entrata in vigore del *Codex* del 1917²⁸. Si tratta, poi, di un giuspatronato munito di tutte le caratteristiche proprie del *patronatus iustitiae*.

Un patronato è laicale, come nel nostro caso, non tanto perché appartiene a soggetti laici, quanto perché esso è venuto a sussistere in ragione di un patrimonio profano (non di natura ecclesiastica), per causa o di fondazione (come nel nostro caso) o di successione etc.²⁹. Ciò si riflette sulla natura della sua titolarità, giacché il diritto di patronato ecclesiastico spetterà ad una persona in forza della sua posizione gerarchica (ecclesiastica) mentre quello laicale sarà indipendente da tale qualificazione canonica pubblicistica (e titolare potrà esserne sia un laico che un ecclesiastico)³⁰.

Un patronato è di giustizia e non di grazia (ossia oggetto di una concessione graziosa di natura privilegiativa) dal momento che, a suo fondamento, stanno gli «onerosi iustitiae tituli» della fondazione e della dotazione³¹; in base ad esso, sorgono vere obbligazioni reciproche tra giuspatrono e autorità ecclesiastica. Di questa autorità pertanto – in limine alla promessa di dotazione ed edificazione –, è necessario il consenso preliminare, che dovrebbe essere espresso e non tacito, salvo la possibilità di farne oggetto di una presunzione³². In forza dello stesso vincolo reciproco, pertanto, poiché il diritto

²⁶ Sul giuspatronato prima della codificazione si veda, in particolare, GIULIANO VIVIANO, *Praxis Iurispatronatus*, Romae 1620; più recenti: CARLO GAGLIARDI, *Commentarium de iurepatronatus*, con aggiunte di GIUSEPPE ROMANI, Neapoli 1850²; FRANCESCO SAVERIO ECCEHLI, *Il patronato*, Innsbruck 1871; BENEDETTO OJETTI, s.v. *Ius patronatus*, in *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii*, Romae 1912³, col. 2439 e seg., con bibliografia; ANDREA GALANTE, *Giuspatronato*, Milano 1913; ID., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano 1914, p. 291 e seg.; ID., s.v. *Giuspatronato (Dir. ecl.)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VII, p. I, Milano 1914, p. 1011 e seg., con bibliografia; FRANZ XAVER WERNZ, *Ius decretalium*, t. II, p. II, Prati 1915³, p. 162 e seg.

²⁷ Le leggi eversive concedevano il diritto di rivendicazione e svincolo solo ai patroni laicali, non a quelli ecclesiastici: FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, II, Torino 1894, p. 437.

²⁸ Per la disciplina del diritto di patronato dopo l'entrata in vigore della prima codificazione v. PIO FEDELE, s.v. *Patronato*, in *Nuovo digesto italiano*, IX, Torino 1939, p. 588 e seg., con bibliografia; AURELIA SINI, s.v. *Giuspatronato*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, p. 524-537, con bibliografia.

²⁹ Cfr. CARLO GAGLIARDI, *Commentarium de iurepatronatus*, cit., p. 35.

³⁰ Cfr. BENEDETTO OJETTI, s.v. *Ius patronatus*, cit., col. 2439 e ANDREA GALANTE, s.v. *Giuspatronato (Dir. ecl.)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, cit., p. 1023.

³¹ Cfr. CARLO GAGLIARDI, *Commentarium de iurepatronatus*, cit., p. 42.

³² GIULIANO VIVIANO, *Praxis Iurispatronatus*, cit. p. 23.

di patronato non si acquista «*nisi res sit perfecta*», l'obbligato alla fondazione e alla dotazione potrebbe anche essere costretto a perfezionarla³³.

Nel nostro caso, se sulla costruzione e sulla dotazione non vi possono essere dubbi, neppure essi possono sorgere in ordine alla *fundatio*, ossia alla dazione definitiva del fondo, su cui venne costruita la cappella, da parte della Città. Gli storici ci ricordano, infatti, che questo fondo era precedentemente occupato da una cappella dei Filomarino i quali, devotissimi del Santo Patrono, non esitarono a cederla alla Città proprio per la costruzione del Tesoro nuovo³⁴. D'altro canto, la riserva del diritto di patronato da parte dei Deputati, con l'ampio contenuto già sopra riferito, quel 13 gennaio 1527, venne formalizzata pubblicamente, all'interno della cattedrale di Napoli e in presenza dell'autorità ecclesiastica³⁵.

Ancora nel documento attestante il voto, l'assunzione dell'impegno finanziario (volto alla costruzione) da parte della Città, assume tutti i caratteri delle obbligazioni; nel testo, cioè, è estranea un'attitudine che consenta di qualificare le somme promesse, e versate, alla stregua di oblazioni o elemosine³⁶.

Sembrano dunque del tutto realizzati, nel caso della Cappella, i requisiti classici posti a fondamento del diritto di patronato e espressi dalla Glossa su c. 26, C. XVI, q. 7: *Patronum faciunt dos, aedificatio, fundus*³⁷.

La natura delle cappellanie – prima sei, poi dodici –, e in particolare il dubbio circa la loro erezione in titolo ecclesiastico, sono questioni abbastanza secondarie, visto che il diritto di patronato poteva sussistere sia su quelle erette che su quelle laicali; la distinzione rilevava (ma dal punto di vista dei canonici romani) solo per ciò che riguarda la competenza giurisdizionale sulle relative controversie³⁸. Ma la stessa distinzione, poi, sarà menzionata dal decreto luogotenenziale per le province napoletane 17 febbraio 1861, n. 251, i

³³ *Ibid.*, p. 29 e seg.

³⁴ GIROLAMO MARIA DI SANT'ANNA, *Istoria*, cit., p. 270-271, che rinvia a CARLO DE LELLIS, *Supplemento a Napoli sacra di don Cesare d'Engenio Caracciolo*, II, Napoli 1654, p. 4; 43-44.

³⁵ GIOVANNI STILTING, *op. ult. cit.*, p. 836, n. 330: i deputati «*sponte venerunt, et obtulerunt eidem metropolitanae ecclesiae, praesente ibidem reverendo domino Donato, episcopo Isclano, vicario reverendissimi domini archiepiscopi Neapolitani*».

³⁶ CARLO GAGLIARDI, *op. ult. cit.*, . 63: l'elargizione di elemosine e offerte, da parte di una comunità indistinta di fedeli, per la costruzione di edifici ecclesiastici, non comporta di per sé la presunzione di riservarsi il patronato; ove si pensasse il contrario «*nulla foret libera Ecclesia*».

³⁷ ANDREA GALANTE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 292; ID., s.v. *Giuspatronato (Dir. eccl.)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, cit., p. 1024. Sull'inadeguata distinzione tra fondazione ed edificazione, a proposito di questo detto, cfr. CARLO GAGLIARDI, *Commentarium de iurepatronatus*, cit., p. 49.

³⁸ CARLO GAGLIARDI, *op. ult. cit.*, p. 25-27.

cui artt. 3 (sulle categorie di enti soppressi) e 23 (sulla devoluzione ai patroni dei beni degli enti soppressi) si riferivano sia alle cappellanie ecclesiastiche che a quelle laicali; ciò che veniva confermato dagli artt. 4 e 5 della l. 15 agosto 1867, n. 3848. L'art. 5 di questa legge, in particolare, disponeva che i patroni laicali potessero esercitare il diritto di rivendicazione nei confronti dei beni dei benefici indicati dall'ampia elencazione di cui all'art. 1 della stessa legge³⁹. In proposito Scaduto ci ricorda che i patroni laicali esercitano i loro diritti tanto sui benefici propri che su quelli impropri⁴⁰.

Sempre per rimanere nell'ambito più propriamente civile, il dato consolidato della natura civica della Cappella, della sua pertinenza alla Città, traspare chiaro anche nei momenti difficili dei rivolgimenti rivoluzionari. Infatti:

- nel 1799, con l'abolizione dell'elemento nobiliare, i Deputati vennero comunque ridotti a sei, tutti popolari (almeno teoricamente), forse in corrispondenza dei sei *Cantoni* nei quali era stata suddivisa la Città⁴¹;

- sempre a livello cittadino, dal 13 luglio 1799, la Regia Deputazione provvisoria, spartendosi le diverse funzioni municipali, attribuì al proprio presidente le competenze relative alla Deputazione del tesoro⁴².

Seguirono le competenze del Supremo Tribunale Conservatore della Nobiltà⁴³, del Consiglio dei Maggioraschi⁴⁴, susseguitesì nel tempo, fino al 1811, quando venne deciso che il presidente della Deputazione fosse, come oggi è, *ratione officii*, il sindaco *pro tempore* di Napoli⁴⁵.

Della Cappella comincerà ad interessarsi direttamente anche lo Stato,

³⁹ Art. 5, co. I: «I patroni laicali dei benefici di cui all'articolo 1° potranno rivendicare i beni costituenti la dotazione, con che nel termine di un anno dalla promulgazione della presente Legge, con atto regolare, esente da tassa di registro, ne facciano dichiarazione, paghino contemporaneamente un quarto del 30 per cento del valore dei beni medesimi calcolato senza detrazione dei pesi, salvo l'adempimento dei medesimi, sì e come di diritto, e si obblighino di pagare in tre rate eguali annue gli altri tre quarti cogli interessi, salvo, nei rapporti cogli investiti, e durante l'usufrutto, l'effetto dell'articolo 507 del Codice civile». Così l'art. 1: «Non sono più riconosciuti come enti morali: 1° I capitoli delle chiese collegiate, le chiese ricettizie, le comunie e le cappellanie corali, salvo, per quelle tra esse che abbiano cura d'anime, un solo beneficio curato od una quota curata di massa per congrua parrocchiale; 2° I canonicati, i benefici e le cappellanie di patronato regio e laicale de' capitoli delle chiese cattedrali; 3° Le abbazie ed i priorati di natura abbaziale; 4° I benefici ai quali, per la loro fondazione, non sia annessa cura d'anime attuale, o l'obbligazione principale permanente di coadiuvare al parroco nell'esercizio della cura; 5° Le prelature e cappellanie ecclesiastiche, o laicali...».

⁴⁰ FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, II, cit., p. 437.

⁴¹ ROBERTO GUISCARDI, *Saggio di storia civile del Municipio napoletano*, Napoli 1862, p. 183-184.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, pag. 185: Editto 30 dicembre 1800.

⁴⁴ *Ibid.*: anno 1809.

⁴⁵ *Ibid.*: Decreto 23 gennaio 1811.

tanto che essa verrà posta sotto la sorveglianza prima del Ministero degli esteri poi del Ministero della Presidenza⁴⁶. Nel 1862 il Guiscardi scriverà che «preseduta dal Sindaco, e con nove Deputati del Libro d'oro, si è retta la Deputazione fino ai nostri giorni; allorché il Luogotenente di Re Vittorio Emanuele, con decreto del 5 gennaio 1861, credette poter riportare le cose alla loro primitiva istituzione»⁴⁷.

Varrà la pena di notare poi – per chiarezza di ricostruzione – come non risulti che la natura “reale” della Deputazione si sia mai tradotta in una natura “regia” della Cappella e che questa, a sua volta, si sia mai configurata secondo il paradigma della cappelle palatine: né in epoca preunitaria né in quella postunitaria⁴⁸. Il titolo regio, del resto, veniva talvolta attribuito ad alcune cappelle con intento ed effetti puramente onorifici⁴⁹.

4. *Il passaggio della legislazione eversiva ottocentesca. Il diritto di rivendicazione e svincolo dei patroni e la dichiarazione di monumentalità di una chiesa.*

La legislazione eversiva del secondo Ottocento, e soprattutto la disciplina relativa all'esercizio dei diritti di rivendicazione e di svincolo da parte dei patroni – sui quali non è mia intenzione qui soffermarmi –⁵⁰, forse potevano porre problemi all'esistenza ulteriore degli uffici costituiti presso la Cappella nonché circa il mantenimento dell'apertura al culto della stessa, laddove, per ipotesi, il Comune, indubbiamente titolare del patronato per il tramite

⁴⁶ *Ibid.*: 15 ottobre 1822. L'*Almanacco reale del Regno delle Due Sicilie per l'anno 1855*, Napoli s.d., menzionerà la “Real Cappella” annotando come essa «è amministrata da una Deputazione dipendente, come si è detto al Cap. IV, Sez. I, dal Ministero e real Segreteria di Stato della Presidenza del Consiglio de' Ministri» (p. 166); per l'inquadramento organico della Cappella: *ibidem*, p. 91.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Sotto il Regno delle Due Sicilie, l'estraneità della Cappella del Tesoro alla giurisdizione palatina risulta dall'*Almanacco reale del Regno delle Due Sicilie per l'anno 1855*, cit., che enumera i luoghi dipendenti dal Cappellano maggiore (p. 83 e seg.), nonché dal volume: NICOLA CAPECE GALEOTA, *Cenni storici sul clero della Real Cappella palatina di Napoli*, Napoli 1854. Notizie sulle cappelle palatine nel Regno di Napoli anche in TITO LUCREZIO RIZZI, *Il clero palatino tra Dio e Cesare. Profili storico-giuridici*, in *Rivista militare* (1995), p. 7 e seg. (http://www.quirinale.it/qrmw/biblioteca/documenti/Clero_palatino.pdf: accesso al 30 settembre 2017).

⁴⁹ Ce lo ricorda PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Le chiese palatine* (estr. dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n.s., IV [1929], fasc. III-IV), Roma 1929, p. 45 e seg., dove si sviluppa il concetto di «palatine improprie o “ad honorem”».

⁵⁰ Su rivendicazione e svincolo si veda la trattazione di VINCENZO DEL GIUDICE, *Rivendicazione e svincolo, riversione e devoluzione dei beni ecclesiastici*, I, *Storia e dottrina degli istituti*, Roma 1912, p. 246 e seg.

della Deputazione, avesse preteso di esercitare il diritto di rivendicazione. L'ipotesi è, però, puramente surreale, non solo per il dato politico relativo alle reazioni che una simile rivendicazione avrebbe provocato, ma anche, o soprattutto, per un ulteriore motivo giuridico. Le norme regolatrici del diritto di rivendicazione a favore dei patroni, infatti, trovavano un limite invalicabile nel potere discrezionale del Governo di mantenere aperte al culto le chiese. Si parla qui di «conservazione discrezionale», di fronte alla quale il diritto del patrono doveva considerarsi affievolito rispetto a quello del governo; Scaduto, e altri, ce lo ricordano in modo chiaro⁵¹.

«... se canonisticamente il patronato si acquista non solo sul beneficio, ma altresì sulla chiesa è evidente che il fondatore di quest'ultima – il quale approntò il suolo (*fundus*), edificando e dotando la chiesa mediante l'istituzione di un beneficio – può rivendicare fra i beni dotativi del beneficio anche l'edificio della chiesa. Tale facoltà trovava, però un limite nella conservazione assoluta della chiesa al culto ed anche nell'ipotesi della conservazione discrezionale, giacché il diritto del patrono non avrebbe potuto che affievolire di fronte al potere del Governo»⁵².

Un articolato studio di stampo archivistico ci conferma, ampiamente e globalmente, i meccanismi che presiedettero alla complicata applicazione della legislazione eversiva proprio in tema di conservazione o dismissione di edifici di culto; applicazione che sortiva inevitabili conseguenze sulla tutela del patrimonio d'arte di stampo religioso⁵³.

I lavori parlamentari sulla legge eversiva 15 agosto 1867, n. 3848, (come noto, relativa alla soppressione degli enti secolari, successiva a quella analoga del 7 luglio 1866 sugli enti regolari), poi, ci fanno risentire l'eco delle discussioni circa il meccanismo della conservazione al culto di quelle chiese che non stavano nel patrimonio degli enti conservati (tra le quali invece, numericamente importanti, le chiese parrocchiali). Su quello che sarebbe poi stato l'art. 1, n. 6, della legge⁵⁴, la proposta di Urbano Rattazzi, di attribuire

⁵¹ FRANCESCO BONANNI DI OCRE, *Le chiese degli enti soppressi*, Napoli 1977, p. 61-63. FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, II, cit., p. 492. Cfr. anche CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico* (Manuali Barbèra 20), Firenze 1893: la rivendicazione non è possibile verso i beni che abbiano pubblica utilità e, come tali, equiparati ai beni demaniali, come le chiese, gli altari e quanto necessario al culto; tuttavia «è... necessario che tali beni conservino, per disposizione di legge, questa loro destinazione» (*ibid.*, p. 289-290).

⁵² FRANCESCO BONANNI DI OCRE, *Le chiese degli enti soppressi*, cit., pag. 62-63.

⁵³ ANTONELLA GIOLI, *Monumenti e oggetti d'arte nel Regno d'Italia. Il patrimonio artistico degli enti religiosi soppressi tra riuso, tutela e dispersione. Inventario dei «Beni delle corporazioni religiose» 1860-1890* (Quaderni della rassegna degli archivi di Stato, 80), Roma 1998.

⁵⁴ «6. Le istituzioni con carattere di perpetuità, che sotto qualsivoglia denominazione o titolo sono generalmente qualificate come fondazioni o legati pii per oggetto di culto, quand'anche non erette in

ad un successivo decreto reale l'identificazione delle chiese che venivano conservate e delle opere per il loro mantenimento, prevalse su quella per la quale tale identificazione doveva essere fatta contestualmente all'emanazione della legge⁵⁵.

Proprio a tale conservazione, nella qualificazione tecnica di «chiesa monumentale»⁵⁶, fa riferimento il preambolo dello statuto della Cappella del tesoro del 1894, per il quale «la Cappella in fine fu riconosciuta per monumentale, come parte integrale del Duomo di Napoli, giusta una nota della Procura Generale del Re del 25 febbraio 1891»⁵⁷. La monumentalità non è aggettivazione di senso comune o di natura ornamentale. Nell'applicazione della legislazione eversiva dell'asse ecclesiastico, essa divenne motivo di ampie discussioni, assunse progressivamente un significato tecnico e determinò la conservazione al culto di importanti chiese, svolgendo un ruolo di non poco conto in una forma di tutela del patrimonio artistico di carattere religioso, considerato come patrimonio nazionale, tutela che avrebbe poi trovato piena ed organica applicazione nella legge Bottai del 1939. E si noti che quello della monumentalità fungeva da limite non solo per la devoluzione dei beni al patrimonio pubblico-demaniale, in base alla legge del 1866 sulle corporazioni religiose, ma anche in relazione al ritorno degli stessi nella disponibilità dei privati⁵⁸.

Nel gran moto di liquidazione del patrimonio ecclesiastico postunitario, realizzatosi non solo attraverso la soppressione degli enti ma anche per mezzo dell'obbligo di conversione del patrimonio di quelli conservati, si manife-

titolo ecclesiastico, ad eccezione delle fabbricerie, od opere destinate alla conservazione dei monumenti ed edifici sacri che si conserveranno pel culto. Gli istituti di natura mista saranno conservati per quella parte dei redditi e del patrimonio che, giusta l'articolo 2 della legge 3 agosto 1862, n. 153, doveva essere distintamente amministrata, salvo quanto alle confraternite quello che sarà con altra legge apposta ordinato, non differito intanto il richiamo delle medesime alla sorveglianza dell'autorità civile. La designazione tassativa delle opere che si vogliono mantenere perché destinate alla conservazione di monumenti, e la designazione degli edifici sacri da conservarsi al culto, saranno fatte con decreto reale da pubblicarsi entro un anno dalla promulgazione della presente legge».

⁵⁵ Cfr. la seduta del 22 luglio 1867, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussione del progetto di legge per la liquidazione dell'asse ecclesiastico*, Tornate dal 5 al 28 luglio 1867, pag. 2561 e seg.

⁵⁶ ANTONELLA GIOLI, *Monumenti e oggetti d'arte nel Regno d'Italia. Il patrimonio artistico degli enti religiosi soppressi tra riuo, tutela e dispersione. Inventario dei «Beni delle corporazioni religiose» 1860-1890*, cit., pag. 69 e seg.

⁵⁷ *Statuto e regolamento interno della Cappella del tesoro di san Gennaro in Napoli*, Napoli 1926, pag. 7.

⁵⁸ «Un'analogha operazione venne attuata a seguito della legge n. 3848/1867 sulla liquidazione dell'asse ecclesiastico e del suo regolamento, nei quali erano contenute norme a favore di edifici di culto e monumentali da designarsi con decreto reale da pubblicare entro un anno, termine poi prorogato al 15 agosto 1869»: ANTONELLA GIOLI, *Monumenti e oggetti d'arte nel Regno d'Italia. Il patrimonio artistico degli enti religiosi soppressi tra riuo, tutela e dispersione. Inventario dei «Beni delle corporazioni religiose» 1860-1890*, cit., pag. 82.

stò una particolare sensibilità per le chiese che dovevano considerarsi «monumenti patrii», qualificazione da attribuirsi con regio decreto il cui effetto poteva estendersi anche alle cave dei marmi serventi la manutenzione degli stessi edifici. Una disposizione del 1870 diceva esattamente che rimanevano «escluse dalla conversione dei beni appartenenti alle Fabbricerie le cave di marmi addette a quelle chiese che con Decreto Reale verranno dichiarate monumenti patrii, che sono destinate esclusivamente alla manutenzione, riparazione e completamento delle suddette chiese»⁵⁹.

Vero è, poi, che costituivano limite all'obbligo della conversione degli edifici non solo la conservazione al culto (determinata dalla legge dello Stato), ma – intesa come ragione autonoma, distinta e sufficiente⁶⁰ – la (loro) stessa «qualità che abbiano di monumenti o storici od artistici». La legge 3848/1867, e il successivo R.D. 5 luglio 1882, n. 917, furono determinanti nel creare la stessa categoria dei “monumenti nazionali”, come ricorda il Ministero per i beni e le attività culturali in una recente circolare, tesa specificamente a chiarificare il significato odierno dell'espressione⁶¹.

Le fonti archivistiche, proprio a proposito della Cappella del tesoro, ci aiutano ulteriormente. Infatti, in sede inventariale, risulta come la Cappella fosse esentata dalla tassa del 30% appunto sulla base della sua inserzione tra gli «Edifici religiosi dichiarati monumenti nazionali»⁶². L'espressione «tassa del trenta per cento» designava l'imposta straordinaria prevista dall'art. 18 della più volte cit. legge 3848/1867; essa toccava il «patrimonio ecclesiastico, escluse le parrocchie». Ne erano esentati gli edifici mantenuti al culto e, per l'appunto, quelli dichiarati monumenti nazionali (art. 6 della legge 5784/1870); ciò perché, si spiegava, tali edifici dovevano considerarsi muniti del carattere della demanialità, con la conseguenza che non potevano essere sottoposti ad «ulteriore indemaniazione»⁶³.

Molto significativamente per il nostro argomento, invece, non ne furono esentate le fabbricerie, salvo quelle parrocchiali e, a tale effetto, fu necessaria

⁵⁹ Art. 3 della legge 11 agosto 1870, n. 5784, allegato P, sulla conversione dei beni delle fabbricerie. Cfr. EMIL FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico*, ed. it. riv. da FRANCESCO RUFFINI, Torino 1893, pag. 712-713.

⁶⁰ CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico*, cit., pag. 198.

⁶¹ Circ. n. 13 del 5 giugno 2012, in http://www.monumentinazionali.it/la_normativa/Circolare_13.pdf (accesso: 1 settembre 2017). Sull'argomento cfr. anche ROMEO ASTORRI, *Il problema dei monumenti nazionali e dei loro archivi*, in *Aedon-Rivista di arti e diritto on line*, 1 (1999).

⁶² ANTONELLA GIOLI, *Monumenti e oggetti d'arte nel Regno d'Italia. Il patrimonio artistico degli enti religiosi soppressi tra riuso, tutela e dispersione. Inventario dei «Beni delle corporazioni religiose» 1860-1890*, cit., pag. 199-200.

⁶³ CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico*, cit., pag. 320-321.

una disposizione normativa esplicita⁶⁴. La Cappella del tesoro, che figura esentata dalla tassa del trenta per cento nei termini appena visti, se ritenuta fabbriceria, avrebbe dovuto dunque sostenerla.

5. *Le fabbricerie nel Meridione: atipicità e ruolo dei (singoli) statuti. I provvedimenti citati dallo Statuto del 1894. Netta distinzione concettuale tra Cappella e Deputazione. La Cappella come «istituzione sui generis».*

Non posso dilungarmi qui sulle molteplici questioni che l'evocazione del nome di "fabbriceria" fa sorgere nel meridione d'Italia. Un trattato di diritto ecclesiastico pubblicato a Napoli nel 1869, da un professore pareggiato della sua Università, esordisce trattandone, in modo piuttosto disarmante, visto che per esso «le fabbricerie sono destinate alla conservazione dei monumenti ed edifici sacri: di esse non si ha idea in queste nostre provincie»⁶⁵. Ciò conferma la ricostruzione, che sembrerebbe tuttora fondamentale in tema di fabbricerie, fatta da Francesco Ruffini alla fine dell'800⁶⁶. In essa è ben ricostruita la centralità di tali enti nell'Italia settentrionale, in particolare nel Lombardo-Veneto e nelle Province liguri-parmensi, e la tensione derivante, in periodo postunitario, dalla necessità di formulare una normativa valevole a livello nazionale⁶⁷, visto che, anche secondo Ruffini, «per il mezzodì d'Italia... le fabbricerie rimasero un fenomeno tutto affatto isolato e tutto di eccezione nelle amministrazioni parrocchiali»⁶⁸. Francesco Scaduto, da parte sua, aveva ricordato come, al di fuori dei luoghi appena indicati (dove era entrato in vigore il decreto imperiale del 30 dicembre 1809), i singoli istituti fossero regolati da statuti particolari, con la conseguenza che «talvolta riesce difficile determinare se si tratti davvero di una fabbriceria o di ente di altra natura, il che specialmente è accaduto per le così dette cappelle delle

⁶⁴ CARLO CALISSE, *op. ult. cit.*, pag. 321-322.

⁶⁵ GIUSEPPE MADIA, *Della polizia ecclesiastica del Regno d'Italia*, Napoli 1869, pag. 215, che così prosegue: «Le fabbricerie delle parrocchie formano la massima parte degli enti morali di codesta specie, e la preservazione delle stesse scritta nel n. 6 della legge 15 agosto 1867 è assoluta, né dipende dal futuro decreto reale di designazione dei monumenti da conservarsi e degli edifici sacri da mantenersi ad uso di culto; avvegnachè le chiese parrocchiali essendo state da tutte le leggi eversive rispettate nella loro integrità, non possono aversi per soppressi i patrimoni o beni delle fabbricerie che ne formano parte».

⁶⁶ FRANCESCO RUFFINI, *La rappresentanza giuridica delle parrocchie*, Torino 1896, sopr. pag. 100 e seg.

⁶⁷ *Ibid.*, pag. 136 e seg.

⁶⁸ *Ibid.*, pag. 104.

province napoletane»⁶⁹.

Le fabbricerie comunque, anche nel Meridione, in quanto regolate da normative di carattere generale postunitarie, erano collegate soprattutto alle chiese parrocchiali, o meglio, alla parrocchialità delle chiese⁷⁰. E così, quei Comuni, ai quali dovevano assegnarsi le rendite delle chiese ricettizie – fenomeno tipicamente proprio delle province napoletane⁷¹, avevano anche, per disposizione generale di legge, l'obbligo di fornire la dote alle fabbricerie parrocchiali (art. 2, ult. cpv., legge 3848/1867). Il Consiglio di Stato, nel 1880, aveva interpretato la disposizione ricordando che per "fabbricerie" si dovevano intendere non solo quegli istituti che avevano pari nome, ma anche tutti quelli che, certo anche con denominazione diversa, si occupassero comunque dell'amministrazione dei beni di una chiesa parrocchiale⁷².

Neppure posso soffermarmi sulla natura di chiesa collegiata della Cappella, nel cui collegio di chierici si sarebbe potuto ravvisare un vero capitolo (non cattedrale). L'art. 24 del decreto luogotenenziale per le province napoletane 17 febbraio 1861, n. 251, cit., contemplava espressamente la possibilità di una conservazione al culto delle collegiate soppresse, benché non parrocchiali e senza cura d'anime, e il Tribunale di Napoli prima, e la Corte d'Appello di Napoli poi, ebbero ad occuparsi di una simile fattispecie⁷³, nella quale peraltro la controversia riguardava gli obblighi del Fondo per il culto nei riguardi degli oneri religiosi degli enti soppressi.

Vero è che, del periodo ormai italiano compreso tra il dicembre 1860 e il 1929, la pubblicazione stampata nel 1926, in occasione della emanazione del nuovo regolamento interno della Cappella, ci menziona il regio decreto del 7 giugno 1894 (di approvazione dello statuto)⁷⁴; il decreto ministeriale dell'8

⁶⁹ FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, I, Torino 1892², pag. 532.

⁷⁰ Più articolata la condizione giuridica delle fabbricerie delle chiese cattedrali. Su questo punto si v. ARTURO CARLO JEMOLO, *L'amministrazione ecclesiastica* (Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano, a cura di VITTORIO EMANUELE ORLANDO, vol. X, parte II), Milano 1916, pag. 155.

⁷¹ Bibliografia sulle chiese ricettizie in VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., pag. 257, nt. 119. Cfr. anche RENATO BACCARI, sotto voce *Ricettizie (chiese)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano 1989, pag. 478 e seg.

⁷² Cons. St., par. 9 luglio 1880, in GIUSEPPE SAREDO, *Codice del diritto pubblico ecclesiastico*, I, Torino 1887, p. 265 e seg.: «... che la parola *fabbriceria*, usata nell'ultimo capoverso dell'art. 2 della Legge 15 agosto 1867, indica qualsivoglia altro Istituto od Ente, al quale sia regolarmente affidata l'amministrazione dei beni di una chiesa parrocchiale» (*ibid.*, pag. 267). Cfr. anche CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico*, cit., 1893, p. 152.

⁷³ GUGLIELMO CASELLI, *Le chiese delle soppresse collegiate conservate all'esercizio del culto*, in *Rivista di diritto ecclesiastico*, XVI (1906), pag. 1 e seg. L'indicazione della legislazione attinente alle collegiate nelle Province napoletane si trova indicata *ibid.*, pag. 10-13.

⁷⁴ *Statuto e regolamento interno della Cappella del tesoro di san Gennaro in Napoli*, cit., all'inizio della pubblicazione.

giugno 1894 (di approvazione del regolamento interno con annessa tabella organica)⁷⁵; il decreto ministeriale 5 marzo 1909 (di modificazioni alla tabella organica)⁷⁶; il decreto ministeriale 23 gennaio 1926 (di approvazione del nuovo regolamento)⁷⁷. Il preambolo storico dello statuto – per alcuni versi dettagliato –, del periodo postunitario e preconcordatario, si limita invece a ricordare il già citato provvedimento del 25 febbraio 1891 sulla monumentalità della Cappella⁷⁸. Inesistenti invece sono i riferimenti alla copiosa legislazione che, in tema di patrimonio ecclesiastico, s'era dipanata dopo il 1861, anche sulle fabbricerie.

Questo silenzio, però, è potentemente rotto dalla disposizione di cui all'art. 7 dello statuto, quella disposizione che definisce (si badi bene: la Cappella, non la Deputazione) come «istituzione *sui generis*». Di questo ente *sui generis* la Deputazione «amministra i beni e nomina il personale» (art. 12 dello statuto), al pari di qualunque altro consiglio di amministrazione. L'analogia con le funzioni di una fabbriceria è solo apparente e comunque secondaria se non inutile, giacché il dato fondamentale è costituito invece dalla natura della Cappella. La natura della personalità di questa – *sui generis* appunto, e quindi non ecclesiastica – rende qui addirittura fuorvianti le considerazioni sulle diverse tipologie di fabbricerie, sul loro essere o no dotate di personalità giuridica, sulla loro diversa denominazione, sulla possibilità di una loro atipicità rispetto alla vigente normativa generale ecc.⁷⁹; il fulcro della ricostruzione giuridica, infatti, è precisamente la Cappella come ente e non la Deputazione, che se di quella costituisce organo da essa appare anche concettualmente distinta. Come vedremo appena sotto, ciò fu ben chiaro all'autorità ministeriale che dovette procedere all'applicazione della normativa lateranense in materia di fabbricerie; in nessun modo e in nessun momento essa mostrò di ritenere che il complesso napoletano Cappella-Deputazione ne fosse toccato. Ciò, del resto, sembra una conseguenza diretta delle precise circostanze storiche sottostanti alla sua nascita e al suo sviluppo, nei quali appare centrale il rapporto speciale con la Città di Napoli; questo rapporto dovrebbe essere meglio investigato, anche per capire se dietro quella natura *sui generis* dell'ente Cappella non si nasconda un fenomeno di personalità giuridica puramente strumentale rispetto all'ente

⁷⁵ *Ibid.*, pag. 13.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, pag. 14.

⁷⁸ *Ibid.*, pag. 7.

⁷⁹ Si cfr. RAFFAELE JACUZIO, *Commento alla nuova legislazione in materia ecclesiastica*, Torino 1932, ad *indicem*, sotto voce *fabbricerie*.

pubblico comunale. In ciò non può non riscontrarsi l'osservazione fatta da Jacuzio a proposito delle fabbricerie; come, cioè, la loro storia si confonda (talvolta) «con quella dei Comuni»⁸⁰. Ciò vale anche per altri enti, modellati dalla storia in modo del tutto particolare, e proprio per ciò estranei alla disciplina generale sulle fabbricerie. Realtà particolari si son dovute valorizzare in modo speciale anche dopo la stessa normativa lateranense, nonostante le sue tendenze uniformatrici⁸¹.

6. *Il diritto di patronato dopo la codificazione del 1917. La bolla di Pio XI del 1927. Polisemia del termine "cappella". Storica non-applicazione alla Cappella, in quanto «istituzione sui generis», della normativa lateranense sulle fabbricerie. La normativa postconciliare sul patronato.*

Appurato che la Cappella passò indenne la legislazione eversiva, e che il patronato su di essa della Città di Napoli non ebbe alcun effetto in relazione ai diritti di rivendicazione e svincolo attribuiti ai patroni laicali da quella legislazione, giova ora tornare più propriamente all'ordinamento canonico; un breve cenno merita, soprattutto, l'entrata in vigore, il 19 maggio 1918, del *Codex* piano-benedettino⁸². Questo codice manifestava una forma di sfavore verso i diritti sussumibili sotto la denominazione di "giuspatronato"⁸³,

⁸⁰ RAFFAELE JACUZIO, *op. ult. cit.*, pag. 152.

⁸¹ Un semplice accenno, almeno in questa sede, merita il caso della Veneranda Arca di sant'Antonio di Padova, connotato da alcuni aspetti di analogia con la vicenda napoletana della Cappella del tesoro. Questo ente è tuttora retto da uno specifico Statuto, approvato con regio decreto 11 marzo 1935 (lo si veda, ad es., in PRESIDENZA DELLA VENERANDA ARCA DI S. ANTONIO, *Statuto della Veneranda Arca di S. Antonio di Padova*, Padova 1937). Il suo consiglio di amministrazione – denominato Presidenza – è formato da sette membri, dei quali cinque nominati direttamente dal Comune di Padova (art. 7, *ibid.*, pag. 5). La disciplina affatto speciale della Veneranda Arca (tuttora in vigore) presuppone l'antichissima diretta pertinenza del Complesso antoniano al Comune di Padova e il fatto, storicamente recente, della cessione di esso in proprietà alla Santa Sede, prevista dall'art. 27 del Concordato lateranense (richiamato dall'art. 73 della legge 222 del 1985). Questa cessione, propriamente, concretizzò una vera e propria espropriazione (senza indennità), possibile in una situazione politico-legislativa ben diversa da quella attuale. L'odierna operatività dell'art. 27 appena cit., in forza del richiamo di cui all'art. 73 della legge 222 del 1985, incontra comunque oggi il limite di cui all'art. 42, co. III, Cost. Anche in questo caso specifico, comunque, è ben chiara la distinzione concettuale tra Veneranda Arca (ente) e Collegio di Presidenza (consiglio di amministrazione). Sul punto conto di tornare.

⁸² Sul *Codex* del 1917 in relazione al diritto di patronato, oltre a quanto sopra indicato nt. 28, cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, s.v. *Patronato*, in *Enciclopedia italiana*, XXVI, Roma 1935, p. 524 e seg.; GIUSEPPE FERROGLIO, *Note sul concetto di patronato*, Torino 1948; PIER GIOVANNI CARON, *Patronato ecclesiastico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino 1965, p. 698 e seg.

⁸³ Il Concilio di Trento si era mosso sulla stessa linea riguardo ai giuspatronati derivanti da privilegio. Tutti questi – come abbiamo visto sopra, distinti da quelli di giustizia e anche da quelli maturati

visto che ne impediva nuove costituzioni o concessioni per il futuro, e ciò a pena di invalidità; conservava però quelli sorti nel passato. Inoltre, con una disposizione inserita tra le norme generali al can. 4, faceva salvi i diritti quesiti, i privilegi e gli indulti fino ad allora concessi dalla Sede apostolica a persone fisiche e giuridiche, ancora in uso e non abrogati, a condizione che non fossero espressamente revocati dai canoni (non solo “contrari” ai) del nuovo Codice. A ciò si aggiunga che, in Italia, la piena giurisdizione sulle controversie relative al diritto di patronato doveva riconoscersi ai giudici dello Stato⁸⁴.

Della realtà, in fondo, prese dunque semplicemente atto la bolla di Pio XI *Neapolitanae civitatis gloria* (15-19 agosto 1927), indirizzata alla Cappella, il cui nucleo esplicitamente parlava del «diritto (di) patronato della città di Napoli sulla Cappella, da esercitarsi dalla medesima pel tramite della Real Deputazione», ma non trascurando anche di precisare: «Epperò riconosciamo che tale diritto di patronato non proviene alla Città di Napoli da un privilegio apostolico, ma da una fondazione e dotazione laicale sorta con i beni patrimoniali e di esclusiva provenienza laicale»⁸⁵. Qui il Pontefice ha cura di usare con somma acribia i termini e di non lasciarsi fuorviare dalla famosa affermazione tralatizia – prima in dottrina, poi nella legislazione – secondo la quale «sotto il nome di fabbriceria si comprendono tutte le amministrazioni le quali, con varie denominazioni, di fabbriche, opere, maramme, cappelle, ecc., provvedono, in forza delle disposizioni vigenti, all'amministrazione dei beni delle chiese ed alla manutenzione dei rispettivi edifici»⁸⁶. In fondo,

per prescrizione acquisitiva –, dovevano ritenersi abrogati, salvo quelli operativi su tutti i benefici (anche in chiese cattedrali) ma concessi a sovrani o a *Studia generalia*. Naturalmente sarebbe oggetto di investigazione ulteriore appurare la recezione coerente di questa disposizione, anche tenuto conto che i pontefici romani, pur dopo Trento, continuarono nelle concessioni graziose a fronte di atti di benemeranza verso la Chiesa (cfr. ANDREA GALANTE, sotto voce *Giuspatronato* [*Dir. eccl.*], in *Enciclopedia giuridica italiana*, cit., p. 1026).

⁸⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *Competenza dei giudici statali nelle controversie in materia di patronato*, in *Rivista di diritto privato*, 2 (1932) II, p. 257 e seg., di commento alla massima: «anche dopo gli accordi lateranensi è rimasto in pieno vigore l'art. 2 della legge 9 aprile 1850, e pertanto la competenza dei tribunali civili a decidere le questioni in materia di patronato» (*ibid.*, p. 257). Cfr. anche AURELIA SINI, s.v. *Giuspatronato*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, p. 533-535.

⁸⁵ V. in *La Cappella...*, cit., p. 107.

⁸⁶ Art. 15, co. II, della l. 27 maggio 1929, n. 848, richiamato dall'art. 72, co. I, della l. 20 maggio 1985, n. 222: «Le fabbricerie esistenti continuano ad essere disciplinate dagli articoli 15 e 16 della legge 27 maggio 1929, n. 848, e dalle altre disposizioni che le riguardano. Gli articoli da 33 a 51 e l'articolo 55 del regolamento approvato con regio decreto 2 dicembre 1929, n. 2262, nonché il regio decreto 26 settembre 1935, n. 2032, e successive modificazioni, restano applicabili fino all'entrata in vigore delle disposizioni per l'attuazione delle presenti norme». In dottrina si veda ad esempio EMIL FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico*, ed. it. riv. da FRANCESCO RUFFINI, cit., pag. 788: «... enti speciali, variamente denominati: fabbricerie, opere, chiese, sacrestie, monti, cappelle, maramme

anche le fabbricerie potevano essere titolari del diritto di patronato, tanto che la giurisprudenza maggioritaria le aveva ammesse anche ad esercitare il diritto di rivendicazione e di svincolo⁸⁷.

Nella concreta realtà, però, la giurisprudenza si era già occupata di casi analoghi nei quali si pretendeva di trarre automatismi dal semplice nome di «cappella» (in specie, laicale). Questo nome poteva essere utilizzato per indicare istituzioni diverse e, in particolare «nel Diritto Napoletano»⁸⁸, esso era utilizzato promiscuamente con quello di confraternita. Infatti, proprio nel contesto dell'attività del legislatore napoletano:

a) Il R. dispaccio 21 luglio 1753 ad alcuni enti di Martignano dà una volta il nome di *Confraternita*, altra volta quello di *Cappella*, altra volta quello di *Cappelle* e *Confraternite*;

b) nel R. dispaccio 9 luglio 1746 alcuni enti vengono chiamati *Cappelle*; ma soggiungendosi poi a parlare dei *Confratelli delle medesime Cappelle*, si lascia vedere che il termine di *Cappella* era usato nel senso di *Confraternita*;

c) una Nota 30 ottobre 1745 del Tribunale Misto usa promiscuamente le parole *Confraternite* e *Cappelle* per dinotare i medesimi enti;

d) il R. dispaccio 8 luglio 1752 usa la parola *Cappella* per dinotare una Confraternita;

e) il R. dispaccio 25 maggio 1759 usa promiscuamente le espressioni *Cap-pella*, *Confraternita*, e *Cappella* e *Confraternita* per dinotare uno stesso ente;

f) altri esempi se ne hanno nei RR. dispacci 12 giugno 1740, 23 luglio 1746, 6 aprile 1748, 26 luglio 1759 e 15 maggio 1762; nello Statuto 20 febbraio 1764; e nel R. decreto 24 marzo 1829⁸⁹.

Nessun dubbio, peraltro, che col nome di cappella si potesse intendere anche una fabbriceria, benché sia evidente come la corrispondenza tra i due termini non sia affatto univoca⁹⁰. È chiaro però che nella concreta realtà napoletana della Cappella del tesoro – in questa concreta realtà – il Pontefice

ecc.», ma anche FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, I, cit., p. 531-532, nonché ANDREA GALANTE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., pag. 451; RAFFAELE JACUZIO, *Commento alla nuova legislazione in materia ecclesiastica*, Torino 1932, p. 152; VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 234 ecc.

⁸⁷ EMIL FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico*, ed. it. riv. da FRANCESCO RUFFINI, p. 788. V. anche CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 290, che ricorda il dibattito in merito.

⁸⁸ Espressione usata da EMILIO PITTARELLI, *Sulla condizione giuridica delle Confraternite «disciolte od estinte» nel Diritto Napoletano, sui rapporti delle Confraternite con gli oratori rispettivi, e sulla origine e natura delle cappelle laicali (con 5 documenti inediti, del governo napoletano)*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, VI (1914) II, p. 158 e seg.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 159.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 160-161.

designava la “Cappella” come la persona morale, non ecclesiastica, costituita presso la chiesa eretta dalla Città e la “Deputazione” come il consiglio di amministrazione che, a nome e per conto della Città stessa, la amministrava e la amministra.

L'entrata in vigore dei Patti lateranensi e quella della relativa normativa di esecuzione – come del resto avvenuto col Codex del 1917 –, sostanzialmente lasciavano indenne sia la Cappella che la Deputazione. È rilevabile infatti come il regolamento per l'esecuzione della l. 27 maggio 1929, n. 848 (approvato con r.d. 2 dicembre 1929, n. 2262, e successive modifiche), manifestasse intenti di uniformazione in relazione alle fabbricerie, tanto che esso, all'art. 34, nella sua prima stesura, disponeva:

Le fabbricerie sono rette da propri regolamenti approvati con decreti reali, intesa l'autorità ecclesiastica. In mancanza di regolamenti propri le fabbricerie sono rette dalle norme contenute negli articoli seguenti. I regolamenti o statuti ora vigenti per le singole fabbricerie devono, ove occorra, essere riveduti affinché siano messi in armonia con le direttive concordatarie e il medesimo articolo, dopo la modifica ex r.d. 26 settembre 1935, n. 2032, statuiva:

Per altro, salvo il disposto del quinto comma del presente articolo, tutte le fabbricerie, dovunque costituite, comprese quelle già disciplinate da disposizioni in vigore negli Stati preesistenti all'unificazione del Regno e quelle posteriori al Concordato, sono sottoposte alle norme della legge 27 maggio 1929, n. 848, e del presente regolamento. Le singole fabbricerie possono essere rette da particolari regolamenti redatti in conformità delle norme indicate nel precedente comma ed approvati con decreto reale, su proposta del ministro per l'Interno, sentito l'ordinario diocesano. Alle predette norme devono essere, ove occorra, coordinati, mediante opportuna revisione, gli speciali regolamenti ora in vigore.

Non ostanti tali disposizioni, lo statuto datato 1894, e il regolamento del 1926, rimanevano immoti. In nessun modo dunque, dopo l'entrata in vigore del regime concordatario del 1929 e delle disposizioni appena citate, si sentì l'esigenza di chiedere, o imporre, una revisione di statuto e regolamento a fini di adeguamento uniformante alla nuova legislazione sulle fabbricerie, con ciò confermandosi la convinzione che il complesso giuridico Cappella-Deputazione, anzi “Città-Cappella-Deputazione”, costituisca un unico⁹¹.

⁹¹ Salvo migliore conoscenza, non diversamente agì la Prefettura napoletana, dopo l'entrata in vigore del d.P.R. 13 febbraio 1987, n. 33, e in particolare del suo art. 45, per il quale «1. Le fabbricerie trasmettono al Ministro dell'Interno, per il tramite della prefettura, uno statuto redatto in conformità alle norme del presente regolamento, entro un anno dalla sua entrata in vigore. 2. In caso di ina-

Vedo però che mi sto addentrando nel presente e in un campo a me non affidato, benché a mia giustificazione possa rammemorare come sia l'Accordo di modificazioni al Concordato lateranense del 18 febbraio 1984, che la legge 222 del 1985, costituiscono non solo disposizioni normative dello Stato, ma anche diritto canonico particolare per l'Italia⁹², al pari dell'*Istruzione in materia amministrativa* della Cei⁹³. Nessuna di queste fonti particolari di diritto canonico (italiano) accenna al patronato, e neppure al diritto di elezione dei parroci, pur presente e praticato ancora in qualche sporadico caso⁹⁴. Dopo il Vaticano II, il motuproprio di Paolo VI *Ecclesiae Sanctae*⁹⁵, al num. 18, ribadiva l'ostilità generale dell'ordinamento per i vincoli posti al vescovo nelle nomine, anche agli uffici privi di cura d'anime, purché però si trattasse di «privilegia non onerosa»⁹⁶. I diritti di natura onerosa, invece, rimanevano intatti, salvo il consenso alla rinuncia da parte dei titolari⁹⁷.

Il *Codex* del 1983 neppure nomina il diritto di patronato o il termine di giuspatronato⁹⁸ e una norma generale statuisce che la competenza a provvedere agli uffici sia propria dell'autorità cui spetta erigerli, innovarli o sop-

dempimento il prefetto nomina un commissario straordinario con il compito di redigere lo statuto».

⁹² Cfr. i provvedimenti di pubblicazione e promulgazione di queste fonti nell'ordinamento canonico in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXVII (1985), p. 521 e seg.

⁹³ Pubblicata per la prima volta nel 1992 e poi riveduta nel 2005: CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa* (2005), Bologna 2006.

⁹⁴ V. ad es. il provvedimento di convocazione dei capifamiglia, per l'elezione del parroco, del Prefetto di Pordenone (3 agosto 1990), in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1990/2, p. 513 e seg.

⁹⁵ PAOLO VI, motuproprio *Ecclesiae sanctae*, 6 agosto 1966, in *Enchiridion vaticanum*, 2, pag. 696 e seg.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 720. Num. 18: «§ 1. Il bene delle anime esige che il Vescovo goda della libertà richiesta per conferire con giustizia ed equità ai sacerdoti più idonei gli uffici e benefici, anche non curati. La Sede Apostolica stessa non si riserva più il conferimento di uffici o di benefici, siano essi curati o non curati, salvo i benefici concistoriali. Nel testo di fondazione di qualsiasi beneficio sono proibite per sempre le clausole che limitassero la libertà del Vescovo quanto al loro conferimento; sono abrogati i privilegi non onerosi, eventualmente concessi fino ad oggi a persone fisiche o morali, che comportano un diritto di elezione, di nomina, o di presentazione per qualsiasi ufficio o beneficio non concistoriale vacante; sono abrogate le consuetudini e ritirati i diritti quanto alla nomina, all'elezione, alla presentazione di sacerdoti ad un ufficio o beneficio parrocchiale; la legge del concorso, anche per gli uffici o benefici non curati, è soppressa. Per ciò che concerne le cosiddette elezioni popolari, dove sono in vigore, è compito della Conferenza Episcopale proporre alla Sede Apostolica le misure ritenute più adatte perché, nella misura del possibile, vengano abrogate»: *ibid.*, pag. 719-720.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 720-721. Num. 18: «§ 2. Se però, in questa materia, diritti e privilegi sono stati stabiliti attraverso una convenzione tra la Sede Apostolica e una Nazione, oppure attraverso un contratto intervenuto con persone fisiche o morali, sarà necessario trattare della loro cessazione con gli interessati»: *ibid.*

⁹⁸ Cfr. PÉTER ERDŐ, sotto voce *Patronato (derecho de)*, in *Diccionario general de derecho canónico*, V, Pamplona 2012, p. 986. Si v. anche PASQUALE COLELLA, sotto voce *Patronato (diritti di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma 1991, p. 1 (aggiornamento 2005).

primerli, epperò «*nisi aliud iure statuatur*» (can. 148)⁹⁹. Inoltre, il can. 157 formula il principio per cui il vescovo diocesano è dotato di una competenza generale alla provvista degli uffici nella propria chiesa particolare, ma sempre «*nisi aliud explicate iure statuatur*».

Il *Codex* attuale, peraltro, nel canone omonimo a quello contenuto nel *Codex* del 1917 (can. 4), ribadisce il principio di continuità nella titolarità dei diritti quesiti e dei privilegi (evidentemente riferiti alle persone fisiche o giuridiche esistenti al momento della sua entrata in vigore). E poiché nessuna disposizione codiciale revoca espressamente i diritti quesiti esistenti, correlati ai patronati in essere, ma anzi impone, nelle nomine, l'osservanza di eventuali diverse disposizioni di legge, nei singoli casi sembrerebbe porsi non tanto un problema di dubbio – in presenza del quale forse bisognerebbe fornire un'interpretazione conservativa della legge preesistente¹⁰⁰ –, quanto piuttosto quello di accertare, volta per volta, se l'asserito diritto di patronato sia tuttora esistente oppure no, sul fondamento della disciplina organica prevista dal *Codex* del 1917, in quanto successivamente non abrogata.

Il Supremo Tribunale della Segnatura apostolica, in una sentenza del 1990 con la quale veniva annullata una decisione della Congregazione per il clero in tema di giuspatronato oneroso, aveva modo di evidenziare il rilievo del canone anche in termini di rispetto di un criterio di giustizia¹⁰¹. Così:

... continuano ad essere previsti dal Codice e rimangono integri questi privilegi che, annessi ad un patronato oneroso, costituiscono diritti quesiti nonché i privilegi concessi – a persone fisiche o giuridiche – dalla Sede apostolica sino al presente ed ancora in uso né revocati. Non è nemmeno possibile rinunciare ad essi, se detta rinuncia non è accettata dalla santa Sede (can. 80 § 1). Se, tuttavia, con il passare del tempo, le circostanze, a giudizio della santa Sede, mutassero a tal punto da risultare perniciose od il loro uso divenisse illecito, la s. Sede dovrebbe giudicare della cessazione dei privilegi in questione (can. 83, § 2).

Naturalmente, dati (pure, ma non solo) i riflessi patrimoniali promananti dal diritto di patronato, in Italia rimane ferma (anche) la competenza giurisdizionale del giudice dello Stato sulle controversie ad esso relative; secondo quanto s'era già osservato in rapporto ai Patti del 1929, nessuna disposizio-

⁹⁹ Analogamente stabilisce il can. 523 per la nomina dei parroci. Cfr. anche il can. 158, per il diritto di presentazione.

¹⁰⁰ Cfr. can. 21, diversamente da PÉTER ERDŐ, sotto voce *Patronato (derecho de)*, cit., *ibid*.

¹⁰¹ Per questa sentenza della Segnatura (2 giugno-23 ottobre 1990, su cui si consulti <http://www.monsmontini.it/bibliografia.html>: accesso al 30 settembre 2017) cfr.: MATTHIAS AMBROS, *Verwaltungsbeschwerde una Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Effizienz des kirchlichen Rechtsschutzes gemessen an einem Passauer Patronatsstreit*, Paderborn, Schöningh, 2016, p. 465-479.

Manlio Miele

ne dell'Accordo di modificazioni al Concordato lateranense del 18 febbraio 1984, e del relativo Protocollo addizionale, sembra escludere siffatta competenza¹⁰².

¹⁰² Cfr. sopra, nt. 84.

APPENDICE
Statuto della Cappella del Tesoro di San Gennaro

D.C.A.C. 120
FASCICOLO N. 1265 – D

Il Ministro dell'Interno

VISTO l'Atto Ricognitivo sottoscritto dalla Curia di Napoli e dalla Deputazione della Cappella del Tesoro di San Gennaro in data 23 aprile 2016;

VISTA la nota in data 14 settembre 2016 con cui il Prefetto di Napoli ha trasmesso la dichiarazione a firma congiunta, da un lato, del Vice Presidente e del responsabile per gli affari legali della Deputazione della Cappella del Tesoro di San Gennaro, e, dall'altro lato, del Cardinale di Napoli, dichiarazione con la quale è stato reso noto che, a seguito di incontri intercorsi tra le parti, è stata elaborata una bozza di Statuto condivisa con l'Arcivescovo di Napoli, quale legale rappresentante dell'Arcidiocesi;

VISTA la nota in data 12 ottobre 2016 con cui il Prefetto di Napoli ha trasmesso il verbale della riunione in data 23 settembre 2016, nel corso della quale la Deputazione della Cappella del Tesoro di San Gennaro ha deliberato all'unanimità dei presenti il nuovo Statuto dell'Ente, nel testo concordato con l'Arcivescovo di Napoli;

decreta

È approvato lo statuto dell'Ente Cappella del Tesoro di San Gennaro in Napoli, composto di 25 articoli, deliberato in data 23 settembre 2016.

Il presente decreto sarà trasmesso al Prefetto di Napoli perché ne disponga l'annotazione nel registro delle persone giuridiche.

Roma, 20 novembre 2016

Angelino Alfano

Statuto della Cappella del Tesoro di San Gennaro

La cappella civica di San Gennaro venne edificata a seguito del voto cittadino espresso dall'intero popolo di Napoli il 13 gennaio 1527. Presso di essa venne costituendosi un ente con propria personalità giuridica, ancorché mai eretto in titolo ecclesiastico, ora denominato “Cappella del Tesoro di San Gennaro”. Esso è proprietario dell'omonimo edificio di culto, annesso al Duomo di Napoli, dei beni immobili e mobili pertinentziali, di altri beni immobili e mobili fruttiferi. L'ente Cappella è sempre stato amministrato da un organo rappresentativo degli interessi della Cittadinanza relativi al culto e alla devozione verso il Santo Patrono.

Attualmente l'ente Cappella, regolato dallo Statuto approvato con r.d. del 7 giugno 1894 e dal Regolamento interno approvato con d.m. 23 gennaio 1926, è amministrato dall'organo collegiale denominato “Deputazione”, che ne costituisce consiglio di amministrazione.

L'ente Cappella è testimonianza viva della tradizione religiosa del popolo napoletano che, intorno alle insigni reliquie del Santo, attraverso l'opera e l'impegno della Deputazione, ha governato nei secoli la Cappella del Tesoro di San Gennaro, creando uno straordinario patrimonio di arte al servizio della fede.

Capo I Norme generali

Art. 1 Finalità

L'ente “Cappella del Tesoro di San Gennaro” ha per proprie finalità:

- a)** di custodire le insigni reliquie del patrono cittadino san Gennaro;
- b)** di favorirne la venerazione e promuovere la devozione, nel rispetto del vincolo di cui all'art. 3 del presente Statuto;
- c)** di provvedere alla gestione, alla conservazione ed al miglioramento dei beni immobili e mobili di cui è proprietaria, sostenendo con particolare cura la valorizzazione di quelli di interesse artistico e culturale, anche mediante un'attività di promozione a livello locale, nazionale o internazionale.

Art. 2 Natura generale dell'ente Cappella

L'ente Cappella, conservando la sua attuale natura di «istituzione *sui generis*», ha personalità e capacità giuridica, non ha scopo di lucro ed è perpetuo.

Art. 3 Vincolo di destinazione

- 1.** L'edificio della cappella di san Gennaro deve considerarsi edificio de-

stinato all'esercizio pubblico del culto cattolico e come tale vincolato ai sensi dell'art. 831, co. II, del codice civile.

2. L'esercizio del culto pubblico vi viene quindi regolato ai sensi della normativa canonica, fatto salvo quanto stabilito dal presente Statuto e dal Regolamento interno, comunque osservati, in conformità alla stessa normativa, diritti quesiti, privilegi e legittime consuetudini.

3. Nell'osservanza del vincolo di destinazione, l'ente Cappella opererà in spirito di collaborazione con l'Arcivescovo di Napoli, nominato Delegato apostolico dalla Bolla di Pio IX del 15 agosto 1927, così che siano favorite la cura e la promozione del culto in onore del Santo Patrono.

4. I beni mobili destinati direttamente all'esercizio della liturgia, di proprietà dell'ente Cappella, sono inalienabili ed inamovibili dalla sede propria. Se ne potrà concedere temporaneamente la disponibilità a terzi, in occasione di esposizioni, mostre o altri eventi particolari, previa deliberazione della Deputazione, consultando l'Arcivescovo e osservate le norme poste a tutela dei beni di interesse storico, artistico e culturale.

5. La disponibilità cultuale del Busto di San Gennaro, con le reliquie in esso contenute, e delle ampolle contenenti il sangue del Santo Patrono – consegnati dall'Arcivescovo alla Deputazione in data 4 maggio 1647 perché fossero custodite nella nuova Cappella del Tesoro – sarà regolata e mantenuta secondo le consuetudini fino ad oggi osservate.

Art. 4 Sede

L'ente Cappella, avente la denominazione di “Cappella del tesoro di san Gennaro”, ha sede in Napoli, via Duomo 149.

Capo II Organi ed Uffici

Art. 5 Organi ed Uffici dell'ente Cappella

1. Costituiscono organi dell'ente Cappella la Deputazione, il Presidente, il Vicepresidente e i Revisori dei conti.

2. Costituiscono uffici dell'ente Cappella il Sovrintendente, l'Abate ed i Prelati.

Art. 6 La Deputazione

La Deputazione è organo collegiale cui spetta l'amministrazione dell'ente Cappella.

Art. 7 Composizione e durata della Deputazione

1. La Deputazione è composta da 12 membri, detti Deputati, oltre che

dal Sindaco pro tempore della Città di Napoli.

2. Eccezione fatta per il Presidente, i singoli Deputati rimangono in carica per 3 anni e comunque fino alla nomina del successore; essi possono essere rinnovati.

3. La carica del Deputato è onoraria.

Art. 8 Designazione dei deputati

1. La Deputazione designa i 12 Deputati, tra persone cattoliche e udito l'Arcivescovo:

a) in numero di 10, tra i discendenti delle famiglie ascritte agli antichi Sedili della Città di Napoli o tra i discendenti di antiche famiglie napoletane;

b) in numero di 2, tra personalità della società civile partenopea, che si siano distinti per particolari meriti sociali, umanitari o professionali.

2. Non possono far parte della stessa Deputazione coniugi o parenti o affini entro il terzo grado.

3. Non può essere designato Deputato chi ha rapporti d'interesse proprio o del coniuge o dei parenti o affini sino al quarto grado con la Deputazione.

Art. 9 Nomina dei Deputati

Eccezion fatta per il Presidente, che assume la carica in ragione del proprio ufficio, i Deputati, una volta legittimamente designati, vengono nominati dal Ministro dell'Interno.

Art. 10 Funzioni della Deputazione

1. La Deputazione:

a) esercita l'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'ente Cappella;

b) esercita ogni potere di nomina-revoqa, di presentazione o di designazione di propria competenza;

c) delibera eventuali modifiche statutarie, consultando l'Arcivescovo e portandole all'approvazione dell'Autorità civile competente;

d) esercita la potestà regolamentare interna;

e) approva il bilancio preventivo e consuntivo.

2. La Deputazione può delegare a uno o a più dei suoi componenti, nonché al Sovrintendente, determinati incarichi, fissandone modi, tempi e limiti d'esercizio.

Art. 11 Adunanze della Deputazione

1. La Deputazione si riunisce una volta al mese in seduta ordinaria e quando occorra, su decisione del Presidente o del Vicepresidente o per richiesta di almeno 7 membri, in seduta straordinaria.

2. Le riunioni sono valide con l'intervento di almeno 7 membri.

3. Ma quando si tratti di esercitare le funzioni di cui al precedente art. 10 lett. b), c), d) e e), le riunioni sono valide con l'intervento di almeno 9 membri.

4. L'Abate può essere invitato a partecipare, senza diritto di voto, alle adunanze nelle quali si discutano questioni direttamente connesse alla sua competenza *in spiritualibus*.

Art. 12 Deliberazioni della Deputazione

1. Le deliberazioni sono validamente adottate a maggioranza dei presenti con votazione palese.

2. Colui che presiede può disporre la votazione segreta.

3. Le deliberazioni relative alle funzioni di cui al precedente art. 10 lett. b), c) e d), sono validamente adottate col voto favorevole di almeno 7 membri.

4. In ogni caso di parità, prevale il voto di colui che presiede.

5. Su semplice richiesta di qualunque membro presente, e purché la decisione riguardi persone, si procede a votazione segreta.

Art. 13 Convocazioni della Deputazione

1. La Deputazione è convocata dal Presidente o dal Vicepresidente con preavviso di almeno cinque giorni liberi, o, in casi d'urgenza, con preavviso di almeno due giorni liberi.

2. La convocazione - contenente l'indicazione di luogo, giorno, ora e ordine del giorno -, viene inviata ai recapiti dichiarati presso l'ente Cappella all'inizio del mandato, con raccomandata a.r., telegramma, telefax o posta elettronica.

3. Le adunanze della Deputazione possono tenersi anche per teleconferenza o videoconferenza, purché tutti i partecipanti siano identificati e sia loro consentito di seguire la discussione e di intervenire in tempo reale nella trattazione degli argomenti. In questo caso la riunione della Deputazione si intende avvenuta nel luogo dove si trova colui che presiede.

4. I verbali vengono inviati d'ufficio al Comune.

Art. 14 Presidente

1. Presidente della Deputazione è il Sindaco pro tempore della Città di Napoli.

2. Ne convoca e presiede le riunioni, curando l'esecuzione degli atti.

3. Egli è a tutti gli effetti il legale rappresentante dell'ente Cappella.

Art. 15 Vicepresidente

1. Il Vicepresidente è nominato dalla Deputazione nel proprio seno.
2. Ne convoca e presiede le riunioni, curando l'esecuzione degli atti in concorso col Presidente.
3. In caso di assenza o impedimento del Presidente, ne esercita anche le altre sue funzioni.
4. L'apposizione della sua firma vale a far presumere l'assenza o l'impedimento del Presidente di fronte a terzi e a rendere efficaci gli atti ascrivibili alla legale rappresentanza dell'ente Cappella, senza alcun limite.

Art. 16 Sovrintendente e sue funzioni.

Il Sovrintendente:

- a) dirige e coordina in autonomia organizzativa le attività dell'ente Cappella, nel quadro dei programmi approvati della Deputazione e con il vincolo di bilancio;
- b) assume a tutti gli effetti di legge il ruolo di datore di lavoro dei dipendenti, che seleziona tra persone di fiducia e di sicura moralità ed esperienza, sentita la Deputazione;
- c) se non è Deputato, partecipa alle riunioni della Deputazione, su invito della medesima e senza diritto di voto;
- d) predispose il bilancio di esercizio, nonché i programmi da sottoporre alla deliberazione della Deputazione;
- e) tiene i libri e le scritture contabili dell'ente Cappella;
- f) esercita ogni altro potere eventualmente conferitogli dalla Deputazione.

Art. 17 Nomina e qualifica del Sovrintendente

1. Il Sovrintendente viene eletto dalla Deputazione, tra i suoi membri o fuori da essi.
2. Se non è Deputato, viene scelto tra i professionisti di religione cattolica e di elevate qualità morali e professionali, sulla base di un accertato rapporto di fiducia con la Deputazione.
3. Preferibilmente sia iscritto all'Albo degli avvocati o dei commercialisti.
4. Il suo trattamento economico è stabilito dalle apposite disposizioni regolamentari.
5. Dura in carica 4 anni ed è sempre rieleggibile.
6. Può essere revocato per motivi tali da far venir meno il rapporto di fiducia con la Deputazione.

Art. 18 Abate Prelato e Cappellani Prelati

1. L'Abate Prelato, che deve considerarsi rettore *in spiritualibus* della

cappella, e i Cappellani Prelati, che in numero di 12 lo coadiuvano, sono nominati dall'Arcivescovo su presentazione canonica della Deputazione.

2. Essi esercitano le loro funzioni *in spiritualibus* osservata la normativa canonica, fatto salvo quanto stabilito dal presente Statuto e dal Regolamento interno, comunque osservati, in conformità alla stessa normativa, diritti quesiti, privilegi e legittime consuetudini.

3. L'Abate Prelato in particolare, sotto l'autorità dell'Arcivescovo e osservando i legittimi statuti e i diritti acquisiti, è tenuto all'obbligo di vigilare che i sacri riti vengano celebrati nella Cappella con decoro, secondo le norme liturgiche e le disposizioni dei canoni, che gli oneri di culto siano fedelmente adempiuti e che non vi avvenga nulla che sia in qualunque modo sconveniente alla santità del luogo e al rispetto dovuto alla casa di Dio.

4. Il relativo emolumento sarà disposto o dal Regolamento interno o da apposita delibera della Deputazione.

Capo III Patrimonio, redditi, bilanci

Art. 19 Patrimonio

1. L'ente Cappella possiede un patrimonio proprio.

2. Esso può essere incrementato:

a) dai beni mobili e immobili che pervengono o perverranno a qualsiasi titolo all'ente Cappella, compresi quelli dalla stessa acquistati secondo le norme del presente Statuto e che verranno destinati a patrimonio con delibera della Deputazione;

b) dalle elargizioni fatte da enti o da privati con espressa destinazione ad incremento del patrimonio;

c) dalla parte di rendite non utilizzata che, con delibera della Deputazione, può essere destinata ad incremento del patrimonio,

d) da contributi attribuiti alla dotazione dallo Stato, da enti territoriali o da altri enti pubblici.

Art. 20 Fondo di gestione

1. Il fondo di gestione dell'ente Cappella è costituito:

a) dalle rendite e dai proventi derivati dal patrimonio e dalle attività dell'Ente medesimo;

b) da eventuali donazioni, comprese quelle manuali, o disposizioni testamentarie, che non siano espressamente destinate al fondo di dotazione e da chiunque provenienti;

c) dagli altri contributi attribuiti dallo Stato, da enti territoriali o da altri enti pubblici;

d) dai ricavati delle attività istituzionali, accessorie, strumentali e connesse.

2. Le rendite e le risorse dell'ente Cappella saranno impegnate per il finanziamento dell'Ente stesso e per la realizzazione dei suoi scopi.

Art. 21 Bilancio preventivo

Il Sovrintendente predisponde, entro il 30 ottobre di ogni anno, il bilancio preventivo dell'esercizio successivo. Il bilancio è sottoposto ad approvazione entro il 31 dicembre dello stesso anno.

Art. 22 Bilancio consuntivo

1. L'esercizio finanziario inizia l'1 gennaio e si conclude il 31 dicembre di ogni anno. Il bilancio deve essere approvato dalla Deputazione entro 180 giorni dalla chiusura d'esercizio.

2. Il bilancio di esercizio viene predisposto dal Sovrintendente ed è composto dallo stato patrimoniale, dal conto economico e da una nota integrativa. Esso deve essere redatto con chiarezza e rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente Cappella e l'avanzo di gestione d'esercizio. In quanto compatibili con le peculiarità dell'ente Cappella, si applicano le disposizioni degli art. 2423 ss. del codice civile, ferma restando l'espressa motivazione di eventuali deroghe alle disposizioni medesime.

3. L'eventuale avanzo di gestione è destinato al fondo di gestione.

4. Una volta approvato, il bilancio consuntivo sarà inviato all'Arcivescovo delegato, al Comune e alla Prefettura di Napoli.

Art. 23 Revisori dei conti

1. I revisori dei conti, in numero di tre più uno supplente, sono nominati dalla Deputazione tra persone dotate di specifica preparazione.

2. Essi svolgono le funzioni loro attribuite dalla legge, dandone notizia alla Deputazione con relazione annuale.

Art. 24 Devoluzione del patrimonio in caso di estinzione

Qualora per qualsiasi ragione l'ente Cappella dovesse cessare di esistere, i beni residui, detratte le passività, in costanza dell'attuale vincolo di destinazione, saranno devoluti al Comune di Napoli, eccezion fatta per le cose mobili direttamente serventi all'esercizio del culto, che in costanza dell'attuale vincolo di destinazione verranno devolute ad ente ecclesiastico avente sede presso la Cattedrale di Napoli, su indicazione dell'Arcivescovo.

Art. 25 Regolamento interno

Entro 24 mesi dall'entrata in vigore del presente Statuto, la Deputazione, nell'osservanza di esso e delle legittime consuetudini, emanerà il Regolamento interno. Le parti del regolamento, che possano avere attinenza diretta con l'esercizio del culto, saranno redatte consultato l'Arcivescovo.

Nel frattempo continuerà ad applicarsi il Regolamento interno approvato con d.m. 23 gennaio 1926, in quanto compatibile col nuovo Statuto.

Napoli, 23 settembre 2016

L'Arcivescovo di Napoli
Delegato Apostolico
Crescenzo Card. Sepe

Riccardo Carafa d'Andria
(Vice Presidente)

Riccardo Imperiali di Francavilla
(Deputato agli affari legali)

La «refonte» del diritto canonico negli autori francesi alla vigilia della codificazione piobenedettina

CHIARA MINELLI

L'anno centenario della codificazione piobenedettina ha visto fiorire tante iniziative dedicate a quel tornante decisivo per il diritto canonico che fu la scelta per il Codice. Le risonanze molteplici e tutte meritevoli di ascolto, in particolare quelle più solidamente ancorate ai risultati raggiunti negli studi settoriali dei lavori preparatori della codificazione piobenedettina¹, hanno aperto scenari inediti e talvolta sorprendenti, sia sotto il profilo metodologico sia sotto il profilo sostanziale, sulla gestazione di intere sezioni normative.

¹ Vale la pena richiamare ancora una volta l'intuizione di Giorgio Feliciani circa «la centralità del problema che il processo di codificazione coinvolgeva» a livello della cultura canonistica nella sua imprescindibile relazione con il più ampio dibattito giuridico (così PAOLO GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ora pubblicato in ID., *Scritti canonistici*, a cura di CARLO FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 167-181) e l'idea conseguente di gettare «le basi» di nuovi «possibili itinerari» di ricerca in tema avvalendosi dell'«opera dei vari gruppi di studio», via via implicati (*ibidem*, p. 178). Sulle linee essenziali di questo progetto tuttora attuale si veda almeno il saggio di GIORGIO FELICIANI, *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali dell'Università di Macerata, Studi in onore di Attilio Moroni*, Macerata, 1982, pp. 205-225, poi riprodotto come «presentazione» del volume MARIA VISMARA MISSIROLI-LUCIANO MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Cedam, Padova, 1983, pp. 2-23. Sulle speranze che questa ricerca aveva allora suscitato nella storiografia giuridica più avveduta si rinvia ancora una volta a PAOLO GROSSI, *Storia della canonistica moderna*, cit., pp. 179-181. Quanto ai risultati, per limitarsi ai soli lavori monografici, vanno ricordati, oltre al volume di Maria Vismara e Luciano Musselli, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, già citato, quelli di FRANCESCO FALCHI, *I chierici nel processo di formazione del codice pio-benedettino*, Cedam, Padova, 1987; ROMEO ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Cedam, Padova, 1992; EDOARDO DIENI, *Tradizione juscorporalista e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1999; JOAQUÍN LLOBELL-ENRIQUE DE LEON-JESÚS NAVARRETE, *Il libro "De processibus" nella codificazione del 1917*, Giuffrè, Milano, 1999; VINCENZO TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino*, Jovene, Napoli, 2001; GIANCARLO MORI, *I religiosi nella codificazione canonica pio-benedettina. Sedimentazioni e nuovi assetti*, Reprint Series, Università degli studi di Firenze, Firenze, 2004. Attraversano l'intero itinerario codificatorio del novecento, dal *Codex Iuris Canonici* del 1917 al *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990, evidenziandone le implicazioni ideali e culturali nel più vasto ambito della cultura giuridica contemporanea, le due monografie di CHIARA MINELLI, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Cedam, Padova, 2000 e ID., *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015.

Non vi è dubbio che chi si accinga oggi a riprendere da vicino, anche solo in forma di sintesi e di bilancio, le ragioni di fondo di quell'opzione decisiva per il diritto canonico, con tutte le implicazioni a livello epistemologico, metodologico, ecclesiologico, e più ampiamente culturale, via via messe a fuoco nell'itinerario scientifico di questi ultimi decenni², possa disporre di un «quadro straordinariamente ricco ed estremamente più complesso della (...) vicenda genetica e di senso» del *Codex*³.

In questo panorama che segnala quanto meno una ripresa di vigore nella canonistica contemporanea, spicca senz'altro il XVI Congresso della *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo* – «Diritto canonico e culture giuridiche. Nel centenario del *Codex Iuris Canonici* 1917 (4-7 ottobre 2017)»⁴ - nel quale è emersa con evidenza solare un'intenzione non appena celebrativa ma totalmente protesa a raccogliere dal tesoro del passato spunti ed energie per le sfide cui il diritto canonico è chiamato nel presente della cultura giuridica mondiale.

In tale ultima prospettiva, quali suggestioni emergono nella canonistica francese nella stagione ricca e stimolante che precede la decisione di «codificare il diritto canonico, e di codificarlo tutto intero»⁵?

1. L'urgenza della «refonte»

Per poter meglio contestualizzare il contributo degli autori francesi evidenziando quegli spunti carichi di suggerimento anche per il presente della scienza canonistica, occorre richiamare brevemente gli snodi fondamentali dell'itinerario che si è compiuto appunto cento anni fa, con la codificazione piobenedettina.

² Punto di riferimento imprescindibile per abordare l'esperienza della codificazione canonica, nella sua complessità ed interezza, è l'opera di Carlo Fantappiè *Chiesa romana e modernità giuridica*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1282, che, perseguendo, nei suoi due tomi *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)* e *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, l'obiettivo ambizioso di «conquistare il codice canonico al dominio della storia» (*ivi*, t. I, XXVI) offre finalmente quella «riappropriazione storiografica del processo di codificazione del diritto canonico fra Ottocento e Novecento» che ci si attendeva all'indomani della revisione postconciliare (cfr. PAOLO GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, cit., pp. 173 ss.).

³ PAOLO CAPPELLINI, *Forma-Codice e diritto canonico. Appunti per una riflessione*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1/(2017), p. 9.

⁴ In attesa del volume che ne raccoglierà degli atti, è possibile consultare i testi provvisori delle relazioni, protetti dal copyright degli autori, all'indirizzo www.consociatio.org/congresso2017/doc/.

⁵ AUGUSTE BOUDHINON, *La codification et la réforme du droit canonique*, in *Revue du clergé français*, XXXVIII (1905), p. 18.

L'abbrivio della riforma, durante il Concilio Vaticano I, viene plasticamente consegnato alla storia nell'immagine pittoresca inventata dall'episcopato partenopeo per descrivere la sorte che toccava alle fonti canoniche postridentine: nemmeno un imponente stuolo di cammelli avrebbe potuto caricarle su di sé⁶. Come noto, al disagio diffuso dell'episcopato mondiale circa gli esiti nefasti di un tale stato di fatto non corrisponde «una mentalità collettiva omogenea» intorno ad un progetto di soluzione condiviso ma solo un «sentimento» che si fa vieppiù «intenso»: «tout le monde espérait et croyait qu'une réforme de la discipline de l'Église serait l'un des résultats pratiques de l'illustre assemblée»⁸. Peraltro non è difficile individuare, nei numerosi voti individuali o associati proposti nelle fasi preparatorie e durante l'assise ecumenica dai fautori di una organica *reformatio iuris*⁹, quegli orientamenti che godono di maggior seguito e soprattutto i loro esponenti più significativi. In particolare spicca la figura del vescovo di Orléans, Félix Dupanloup¹⁰, il quale, pur esprimendo con franchezza la sua perplessità sull'imminente convocazione di un Concilio ecumenico, nel suo *responsum* del 15 giugno 1865 indica, tra «les motifs très graves de recourir a ce grand moyen»¹¹, la «nécessité capitale» di una «refonte du droit canonique, lequel n'est plus en rapport avec l'état nouveau, religieux et politique, de l'Europe et du monde catholique»¹². Peraltro all'idea forte implicata nell'uso della parola «refonte», di cui s'intende sin d'ora rimarcare la pregnanza, non si associa l'opzione per un modello formale specifico, nemmeno in quel postulato sottoscritto da undici vescovi francesi che affronta organicamente il problema e che per loro stessa ammissione gode di una ben più vasta base di consenso¹³: vi si auspica l'istituzione di una speciale «congregatio» di teolo-

⁶ V. *Series propositionum a XXXVII Neapolitanae antistitum exhibita*, in JOHANNES DOMINICUS MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosanti Oecumenici Concilii Vaticani*, Graz 1961, vol. 53, c. 341.

⁷ Così si esprime JEAN HOGAN, *Études cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, in *Le canoniste contemporain*, 1899, p. 9.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. GIORGIO FELICIANI, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di U. Gualazzini*, Giuffrè, Milano, 1982, in particolare ci si riferisce qui alle pp. 44-50 e p. 65.

¹⁰ Per un profilo documentato di questo esponente di spicco del cattolicesimo francese ottocentesco, si rinvia senz'altro alla ricostruzione di CHRISTIANNE MARCILHACY, *Le diocèse d'Orléans sous l'épiscopat de Mgr. Dupanloup*, Paris, Pion, 1962.

¹¹ *Responsum Felicis Dupanloup Episcopi Aurelianensis*, in JOHANNES DOMINICI MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosanti Oecumenici Concilii Vaticani*, cit., vol. 49, col. 118.

¹² *Ivi*, col. 119.

¹³ Infatti i firmatari - oltre a Dupanloup, Lyonnet (Albi), Bernadou (Sens), Darboy (Parigi), Dupont des Loges (Metz), Foulon (Nancy e Toul), Rivet (Dijon), Colet (Luçon), Grimardias (Cahors), Ra-

gi, canonisti, operatori del diritto, provenienti da tutto il mondo, «qui universum ius canonicum attentissima revisione introspecerent et, reiectis quae reicienda, modificatis quae modificanda, additis quae addenda viderentur, novum Corpus iuris conficerent»¹⁴.

In ogni caso, da questo momento l'esigenza di procedere sulla via della razionalizzazione e modernizzazione del diritto canonico, verso un ragionevole risanamento dell'assetto normativo ed una opportuna riformulazione del linguaggio tecnico¹⁵, sollecitato con particolare cognizione di causa proprio dai vescovi francesi, penetra tutta la trama che lega le forze vive dell'ordinamento canonico e prelude significativamente alla grande iniziativa legislativa di Pio X¹⁶. Dalla consolidazione delle fonti di diritto pontificio all'adattamento tecnico-legislativo della curia romana¹⁷, dagli esiti dell'atti-

madié (Perpignan), Devoucroux (Evreux) - si preoccupano di precisare: «licet ea (postulata) multis certe episcopis placere noverimus, a paucis tantum, nihilominus, duximus subscribenda; tum ne importunius agere videremur, tum ut liberius examinari possent, quae non petentium multitudine urgerentur, sed sola rerum petitarum gravitate, aequitate et utilitate commendarentur», JOHANNES DOMINICI MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosanti Oecumenici Concilii Vaticani*, cit., vol. 53, coll. 332-333.

¹⁴ *Ivi*, col. 342.

¹⁵ A tale proposito, occorre tenere in grande considerazione «il lento ma graduale mutamento che si profila nella tecnica giuridica impiegata dalla curia romana di fine Ottocento». La formulazione del dispositivo giuridico, grazie alla «differenziazione delle attività potestative del romano pontefice» ed alla conseguente «creazione di specifiche tipologie documentali» con la relativa «diversificazione dei generi letterari», viene progressivamente depurata degli elementi extragiuridici legati «agli scopi parentetici e pastorali attribuiti al provvedimento legislativo». Dopo il Vaticano I si assiste dunque «ad un graduale cambiamento tendente a semplificare il linguaggio e il formulario». Illuminanti in proposito le pagine di CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, cit., segnatamente pp. 556-563; pp. 591-599. Così, all'indomani dell'*Arduum sane munus*, si avverte chiaramente la necessità di un perfezionamento della tecnica giuridica tale da riformulare le norme con un linguaggio rigoroso, «più elaborato, uniforme e costante»; un linguaggio cioè che «non aveva quasi più nulla a che vedere con l'enunciazione del testo contenuto nel *Corpus Iuris Canonici*». Cfr. FRANZ XAVIER WERNZ, *Animadversiones in Const. Rom. Pontifices de Sede Apost. Vacante*, in *Archivio storico del Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa*, Città del Vaticano, anno 1904-1905, pos. 1276 fasc. 433, cc. 18-23; CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, cit., pp. 598-599.

¹⁶ Come si è osservato, «la nozione di codificazione evoca l'idea di unificazione del diritto attorno a un corpo omogeneo di leggi, per opposizione alla diversità delle fonti preesistenti e corrisponde al riordinamento del diritto, perché suppone sia una volontà di organizzazione coerente delle regole giuridiche, sia un'espressione del loro contenuto» e cioè «a differenza delle semplici compilazioni, la codificazione non può essere separata da una riforma del diritto e da una ridefinizione della sua stessa natura», *Ibid.*, p. 1086.

¹⁷ Non vi è dubbio che il compito dei canonisti si presentasse «di gran lunga più arduo rispetto a quello dei civilisti che si erano apprestati all'opera di codificazione del diritto statale», i quali avevano potuto trarre vantaggio «sul piano scientifico, dalla redazione di alcune compilazioni ufficiali e dal consolidamento delle raccolte nei secoli XVII-XVIII e, sul piano politico, dalla enorme semplificazione del panorama sociale e normativo imposta dalla rivoluzione francese e dalla dominazione napoleonica». Non si deve tuttavia trascurare «l'opera dei raccoglitori della giurisprudenza curiale» che segna «una tappa indispensabile per porre ordine a tre secoli e mezzo di attività amministrativa

vità sinodale¹⁸ all'incremento degli studi canonistici fino ai tentativi privati di codificazione¹⁹, tutte le dimensioni dell'esperienza giuridica negli anni a cavallo tra la brusca interruzione del Concilio Vaticano I e l'inizio del processo di codificazione vero e proprio, sono percorse da un'istanza, perseguita talora in maniera «rapsodica, lacunosa e poco sistematica»²⁰, ma mai abbandonata, di semplificazione e di adattamento del diritto vigente secondo una forma ordinata e razionale.

E, nella medesima direzione, all'indomani dell'*Arduum sane munus*, si volgono gli esiti della consultazione dell'episcopato mondiale dinanzi alla prospettiva di una riforma del diritto canonico che non aveva precedenti. L'invito a ridurre il corpo normativo alle disposizioni che «ubique necessariae sunt ad procurandam observantiam praeceptorum Evangelii»²¹, diffidando dal recepire nel nuovo Codice qualsiasi legge «quin clarum et

e giudiziaria della Chiesa, e per preparare l'unificazione normativa che sfocerà nel Codice». Particolarmente significativo in tal senso «il ruolo della Congregazione del Concilio, non solamente sul piano della fissazione dello *stylus Curiae* ma anche su quello della giurisprudenza creativa». Grazie ad «una concezione ancora elastica del rapporto tra la norma canonica e la sua applicazione» si alimenta uno «scambio vitale» tra prassi locale, decisioni amministrative o giudicati della Congregazione e legislazione generale, che divenendo un vero e proprio «processo circolare» rispecchia appieno la creatività della giurisprudenza dei dicasteri. Viene in tal modo offerto al legislatore «uno dei principali strumenti (...) per l'adeguamento della normativa nel processo di codificazione», *Ibid.*, pp. 556-563; pp. 591-599.

¹⁸ Preme qui sottolineare l'importanza dei rilievi sulla prassi sinodale d'Oltremare: in particolare l'alta probabilità che «l'evoluzione normativa della chiesa statunitense nel secondo Ottocento abbia avuto un'importanza paradigmatica per la Santa Sede e abbia contribuito a spianare la strada verso il codice canonico del 1917». Infatti proprio tale esperienza doveva aver mostrato «la possibilità di raggiungere una soglia normativa abbastanza vicina alla codificazione, in un continente dove peraltro non esisteva un sostrato giuridico comune a quello dell'Europa, mediante il progressivo reinserimento del diritto particolare nell'alveo del *ius commune* e l'assunzione di alcuni elementi tipici della chiesa statunitense», v. *Ibid.*, pp. 576-590, in particolare p. 579. Cfr. EUGENIO CORECCO, *La formazione della Chiesa Cattolica negli Stati Uniti d'America attraverso la prassi sinodale*, Il Mulino, Bologna, 1991 e, specificamente sul nesso tra Concili di Baltimora e Codice piobenedettino, J.D.M. BARRETT, *A comparative Study of the Councils of Baltimore and the Code of canon Law*, The Catholic University of America, Washington, 1932.

¹⁹ Per una visione complessiva dell'attività dottrinale, sia con riferimento agli sviluppi della manualistica ed all'evoluzione della trattatistica sia con riguardo al vero e proprio movimento codificatorio ed ai suoi frutti più cospicui, v. CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo I, cit., pp. 263-331 e Tomo II, cit., pp. 563-576 e pp. 599-634.

²⁰ Così riguardo all'opera di «repertoriazione e consolidamento» della giurisprudenza curiale, effettuato sul materiale della Congregazione del Concilio, CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, cit., p. 562.

²¹ In tale ottica, per i vescovi della provincia di Dubuque, «ceterae abrogentur, aut dumtaxat tolerantur tamquam leges locales, ubi circumstantiae postulent», v. *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, Typis Vaticanis, Romae, 1905, p. 1, in Archivio Segreto Vaticano (=ASV), *Fondo Codex Iuris Canonici*, scatola 4.

definitum sensum prae se ferat»²²; la netta preferenza per un impianto della materia logico e sistematico²³, secondo la tripartizione delle Istituzioni²⁴, la scelta di distribuire la disciplina in libri, titoli e capitoli, redigendole sotto forma di articoli brevi, chiari ed esatti²⁵, costituiscono tutti indici rivelatori inequivocabili di quanto i pastori si attendessero come primo obiettivo dalla riforma. Lo snellimento, la chiarezza e la disposizione razionale delle nuove norme avrebbero dovuto finalmente riguadagnare quella certezza giuridica di cui ci si augurava la benefica ricaduta soprattutto a livello pastorale.

Anche i pareri che, sulla base delle risultanze documentali ora accessibili, dominano le discussioni tra i consultori e determinano gli snodi cruciali del progetto normativo affidato alla regia di Gasparri, soprattutto nelle sezioni più direttamente dedicate ai fondamenti della disciplina, riflettono quella preoccupazione di fondo; si pensi soltanto all'impostazione pragmatica che domina la stesura delle *Normae Generales*, quale emerge nei saggi più recenti ad esse dedicati²⁶.

Colpisce infine l'ulteriore torsione, determinata dal prevalere delle direttive "gasparriane" nell'indirizzo del legislatore circa il metodo di studio e l'attività interpretativa del diritto codificato, verso una visione positivista del sistema delle fonti tesa a «garantire certezza, oggettività e universalità della legge», che condiziona a lungo la scienza canonistica *post codicem*²⁷.

²² Concordano al riguardo i padri olandesi ed il vescovo del Patrimonio di San Pietro, v. *Ibidem*.

²³ Tale richiesta dei vescovi di Monaco viene ulteriormente esplicitata nell'altra riguardante l'impostazione metodologica della riforma: «leges exponantur, methodo codicum iuris civilis hodierni», *ivi*, p. 12.

²⁴ Convengono con i vescovi di Leopoli i padri della provincia di Sens i quali suggeriscono: «in Codice retineatur hic ordo, ut agatur 1° de Prolegomenis, 2° de personis, 3° de rebus, 4° de iudiciis, 5° de poenis; redigatur in articulos, qui clara et praecisa forma legem continent», *ivi*, p. 6.

²⁵ Questa la richiesta dei padri delle province di Lione e di Tours, *ivi*, p. 8.

²⁶ Cfr. CHIARA MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 63 ss.; ID., *Le fonti dello ius singulare nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Cedam, Padova 2000, pp. 99 ss. e 147.

²⁷ Ci si riferisce segnatamente ai contenuti del decreto *Cum novum iuris canonici* del 7 agosto 1917, con cui la Congregazione dei seminari e delle Università stabiliva il metodo nell'insegnamento e nell'interpretazione del Codice e del m.p. *Cum iuris canonici Codicem* del 15 settembre successivo. E' bene tener presente, riguardo al primo documento, che «mentre nella bozza (...) il gesuita Ojetti – uno dei principali artefici e revisori del Codice – aveva lungamente sottolineato l'importanza dell'indirizzo di tipo storico-giuridico nell'esegesi delle norme codicistiche, Gasparri altererà il significato complessivo del documento imponendo, non solo (...) la riduzione progressiva del diritto canonico al Codice, ma anche l'applicazione ad esso dello stesso metodo adottato dal diritto civile». Secondo Fantappiè, «è fuor di dubbio che tale indicazione abbia favorito nelle scuole dei seminari e della facoltà ecclesiastiche l'assimilazione del metodo canonico al metodo dell'*Ecole de l'exégèse* e accentuato l'omologazione del diritto della Chiesa ai diritti codificati degli Stati». Un tale indirizzo non poteva che condurre a «trascurare la dimensione storica dell'interpretazione della

Tuttavia, gli studi condotti alla luce della carte inedite del processo codificatorio, insieme alle ricerche più ad ampio raggio sulle fasi prodromiche di esso, nelle quali ci si addenterà secondo l'angolo di visuale specifico qui privilegiato, avvalorano l'ipotesi che nel contesto normativo ed ermeneutico del diritto codificato, orientato a trarre il maggior vantaggio possibile dalla moderna tecnica della codificazione di matrice napoleonica, in qualche misura, rimangano tracciabili le peculiarità e le prerogative specifiche del diritto canonico. Al punto che non sarebbe fuori luogo porsi un duplice cruciale interrogativo: è il Codice che ha cambiato il diritto canonico o il diritto canonico che ha cambiato il Codice?

Certo, se si vuole accostare adeguatamente anche uno solo dei segmenti della traiettoria storica che conduce al Codice, nel caso l'apporto degli autori francesi, non si deve perdere la consapevolezza che l'esito raggiunto nel 1917 «non era una conseguenza né necessaria né automatica»²⁸ degli orientamenti precedenti: si è trattato piuttosto del «frutto di una decisione complessa, in cui accanto a motivi giuridici hanno pesato, al pari di quanto è avvenuto nelle altre codificazioni, anche ragioni di carattere ideologico-politico in senso largo»²⁹. E dunque occorre tener presente, nell'approccio ad ogni singolo contributo, che il nesso di causalità «tra la decisione a favore del Codice e il compito precedentemente svolto dall'autorità ecclesiastica, dai canonisti, dai legislatori e dagli interpreti emerge pienamente solo a posteriori»³⁰, anche perché «gli atti posti in essere, di volta in volta, da questi soggetti (...) sono andati a costituire, nella mente degli studiosi, una serie più o meno connessa di relazioni causali»³¹, anche oltre «le intenzioni e gli scopi originalmente da loro perseguiti»³².

Nel panorama assai frastagliato di questi apporti orientati ad una razio-

norma a favore della sua dimensione razionale e atemporale», CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, Tomo II, cit., pp. 1152-1153. In ogni caso, le Congregazioni romane si sarebbero dovute astenere dall'emanare decreti generali, limitandosi ad emettere istruzioni esplicative della normativa del Codice. Riguardo poi alla direttiva secondo la quale dinanzi ad una grave necessità della Chiesa relativa all'introduzione di nuove norme, queste ultime avrebbero dovuto redigersi in canoni da sostituire o aggiungere a quelli presenti nel Codice medesimo, va tenuto presente che «nonostante i numerosi provvedimenti che nei decenni successivi hanno modificato o integrato la disciplina sancita nel 1917» essa non abbia «mai trovato pratica attuazione», GIORGIO FELICIANI, *Il Cardinal Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, II, Rubettino, Soveria Mannelli, 1998, pp. 575-576.

²⁸ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, Tomo II, cit., p. 525.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ivi*, p. 526.

³² *Ibidem.*

nalizzazione dell'esperienza giuridica ed in larga misura «pregiudiziali» ad una organica iniziativa del legislatore in tal senso³³, pare opportuno dedicare maggior attenzione, nella prospettiva che qui interessa, al versante in cui emerge più acuta la consapevolezza della sproporzione dello *ius vigens* e più profonda l'interrogazione circa i sistemi adeguati per porvi rimedio.

Il contributo dei dottori alla preparazione del Codice, come ha osservato Fantappiè, si muove di fatto in una triplice direzione³⁴. Innanzitutto bisognava «raccolgere il diritto vigente, ormai disperso in una sorta di *mare magnum*»³⁵; in secondo luogo occorre risolvere adeguatamente «le controversie create dalla molteplicità delle fonti, scaturite dalle opinioni dottrinali o lasciate aperte dagli interventi dell'autorità ecclesiastica»³⁶; ed infine urgeva «operare una sistematizzazione delle materie in modo da fissare la disciplina ecclesiastica e ordinarla secondo uno schema logico-razionale»³⁷.

Non solo è del tutto evidente che «tutte queste operazioni intellettuali non possono essere, per la loro natura, facilmente separabili, né possono sempre estrinsecarsi in generi letterari specifici»³⁸, ma si deve prendere atto che «i canonisti lavorarono contemporaneamente»³⁹, a seconda della sensibilità culturale e della conseguente impostazione metodologica, «in misura

³³ Per riprendere sinteticamente quanto era chiaramente emerso nelle fasi preparatorie del Vaticano I, nel corso del dibattito conciliare e nelle riflessioni degli osservatori più attenti, non si deve mai dimenticare che «a differenza del diritto statuale, per lo più ormai codificato in Europa e in America Latina, il diritto canonico presentava, attorno al 1870, una gamma di fonti orali e scritte, di diritto comune e particolare, una notevole varietà di organi produttivi centrali e locali e, per giunta, una differente loro gerarchia e articolazione interna». Tale intrinseca complessità della produzione del diritto, che colpiva uno dei gangli vitali dell'ordinamento medesimo, implicava gravi «difficoltà di cognizione» ed una evidente disarmonia delle fonti: «un immenso coacervo di norme, di vario grado e ambito, che si era sedimentato da circa sei secoli al di fuori del *corpus iuris*, esso stesso un insieme di collezioni poco maneggevole e non bene ordinate». Cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 556-557.

³⁴ Pertanto si seguiranno alcune linee del pensiero giuridico nel dibattito dottrinale di fine ottocento non senza aver avvertito che verranno dati per acquisiti, e non potrebbe essere altrimenti, i risultati raggiunti sul punto da Carlo Fantappiè negli studi dedicati alla genesi prossima del *Codex Iuris Canonici*. Ad essi si rinvia senz'altro per una compiuta ricostruzione dello scenario culturale nel quale si svolge il confronto della canonistica dell'epoca con la complessità dei problemi metodologici e sistematici, implicati in un riassetto delle fonti di tale portata ed anche, nel dettaglio, per un opportuno inquadramento critico delle opere più significative – siano esse manuali, trattati, monografie, saggi su riviste di settore, o veri e propri progetti di codificazione di una parte o dell'intero diritto canonico – oltreché della statura scientifica dei loro autori, ai quali si farà riferimento nel prosieguo del discorso.

³⁵ *Ivi*, p. 563.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, pp. 563-564.

³⁸ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 564.

³⁹ *Ibidem*.

più o meno estesa»⁴⁰, nelle tre direzioni considerate sia per se stesse sia nella loro interazione.

Inoltre va tenuto presente il denominatore comune dei motivi che valsero a determinare la convergenza dei canonisti sul modello di codice moderno, «formalmente nuovo nel metodo, nel sistema e nel contenuto»⁴¹. Vale a dire il progressivo configurarsi di esso agli occhi della canonistica «quale strumento tecnico»⁴², anche grazie a quel processo di «neutralizzazione ideologica»⁴³, che si realizza a livello europeo a partire dal Codice austriaco del 1811, in virtù del quale «la codificación tiende a dejar de ser un problema de ideología para transformarse en solución técnica, definitivamente recibida y adquirida, independiente de los supuestos espirituales que la habían originado»⁴⁴.

Tale processo, che trova senz'altro piena corrispondenza nell'*humus* straordinariamente fertile di un diritto strumentale per vocazione quale è il canonico⁴⁵, ne recepisce le istanze profonde tanto da raggiungere proprio sul

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ivi*, p. 629.

⁴² *Ivi*, p. 539.

⁴³ *Ivi*, p. 527.

⁴⁴ ALEJANDRO GUZMAN BRITO, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1977, p. 54.

⁴⁵ Come notava uno dei protagonisti del dibattito canonistico francese in un saggio pubblicato alla vigilia della codificazione sul quale ci si soffermerà ampiamente più oltre «le droit canon, considéré dans son ensemble et surtout dans ces statuts les plus originaux, les plus spécifiquement ecclésiastiques, représente un immense effort pour promouvoir la (...) sainteté (...) Ce n'est en définitive qu'un des instruments dont se sert l'Eglise pour faire son oeuvre au milieu du monde, c'est-à-dire pour le sanctifier et le sauver». Si spiega così che tale disciplina «se soit heurtée à des résistances plus ou moins passives» e sorprendentemente «elle ait pu néanmoins s'établir et se maintenir pendant des siècles». In realtà, «l'Eglise seconde la grâce; elle prête à ses opérations invisibles le secours d'une action visible, et le droit canon est précisément l'arsenal des armes qu'elle a forgées pour cette guerre»: «or qu'elle que soient les péripéties de la lutte, elle ne capitule jamais, et c'est cette fermeté qui est admirable. (...) l'histoire de l'Eglise est celle d'une réforme perpétuelle. (...) en général, les sociétés qui ont commencé à déchoir ne se relèvent plus, l'Eglise au contraire sort toujours à son honneur des crises qui l'éprouvent» HENRI AUFFROY, *Le droit canon. Son évolution, sa transcendance*, in *Etudes*, 1914, pp. 164-165. Vale la pena affiancare a queste considerazioni di tenore forse più apologetico che giuridico, le penetranti osservazioni di Carlo Calisse, all'indomani della promulgazione dell'*Arduum sane munus*. Dinanzi alle perplessità circa la possibilità e l'opportunità stessa della codificazione canonica, egli riteneva piuttosto che «la Chiesa, per così fare si trova in condizioni anche più vantaggiose che gli Stati». Infatti, «il diritto canonico ha minore mobilità che le legislazioni civili»; «la sua base è ferma e non muta, perché è legge divina»; «l'autorità che lo guida non teme oscillazioni né pentimenti, poiché nessun'altra autorità le fa concorrenza, e la fede la circonda dell'assistenza soprannaturale». Ma soprattutto, «lo scopo ne è costante, essendo quello di fornire alla Chiesa stessa un mezzo necessario per l'adempimento della sua missione», CARLO CALISSE, *La codificazione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1904, p. 350. Rimangono insuperati, a tale proposito, i rilievi di Paolo Grossi, che, nell'intento di proporre «un riscatto culturale» del diritto canonico, «offrendone una visione rinnovata,

versante canonistico, come si è in altra occasione rilevato, una maturazione del tutto originale.

In tale contesto nient' affatto uniforme, la ricerca di un ordine razionale costituisce indubbiamente uno dei motivi trasversali alla pluralità disomogenea degli indirizzi e forse resta quello davvero dominante.

2. Gli autori francesi alla ricerca di un "ordine razionale"

E' interessante notare come il fascino dei modelli offerti dalla cultura giuridica laica del tempo e di quelli elaborati nel confronto tra i *systemata iuris canonici*, non impedisca al pensiero canonistico più genuino di attingere alle risorse vitali dell'ordinamento ecclesiale là dove si delinea la proporzione dei mezzi, contingenti e sempre perfettibili, al fine essenzialmente immutabile dell'ordinamento medesimo.

Insomma la ricerca di un ordine razionale implica nel diritto canonico, più o meno consapevolmente, il ricorso alla categoria della *rationabilitas*⁴⁶, che si può percepire ad un duplice livello: il primo, più generale, in cui essa incide come criterio funzionale alla riformulazione dell'assetto normativo secondo modelli formali convincenti soprattutto per la loro coerenza sistematica; il secondo, più specifico, in cui si distingue la sua portata nella descrizione delle fonti e del loro dinamismo.

Il contributo dei pensatori francesi rileva innanzitutto sotto il primo e più generale profilo, riguardante appunto il ruolo della *rationabilitas* nel delinearsi di un assetto normativo coerente ed adeguato alle necessità dell'ordinamento canonico.

un modo alternativo di considerarlo e di valutarlo dall'ottica dello storico del diritto» (CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione*, in PAOLO GROSSI, *Scritti canonistici*, Giuffrè, Milano, 2013, XL), addita la «strumentalità a uno scopo essenziale, uno scopo trascendente» quale «fulcro centrale» da cui «scaturisce una mentalità tipica del diritto canonico». La nota della strumentalità è infatti tutt'altro che «innocua»; «è da essa e per essa che il diritto, nella Chiesa, si inaugura all'insegna di due diffidenze: la diffidenza verso la dimensione giuridica come pura orditura logica; la diffidenza verso il gusto delle costruzioni sistematiche, verso le edificazioni giuridiche che si cristallizzano in sistema». La Chiesa, dunque «edificando il diritto canonico, non lo considera affatto il fine della comunità sacra, alla stessa stregua dello Stato che può annoverare tranquillamente tra i suoi fini il mantenimento della civile convivenza per il tramite del diritto». Essa «è una ben strana società, che ha per suo confine il cielo»: ed «è per la conquista di questo cielo che il diritto, se vuole dimostrarsi efficace, deve essere fino in fondo strumento e mai assurgere al rango di fine». PAOLO GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *ivi*, pp. 234-235.

⁴⁶ Sulla centralità di questa categoria per una adeguata comprensione anche a livello didattico del diritto canonico vigente, con particolare riferimento alle dinamiche potestative, si rinvia al recentissimo volume di PATRICK VALDRINI avec ÉMILE KOUVEGLO, *Leçons de droit canonique. Communautés, personnes, gouvernement*, Paris, Éditions Salvator, 2017, soprattutto pp. 23-24, 98, 440-444, 496-497.

Il che rende ancor più interessanti alcuni accenti delle argomentazioni pro o contro la codificazione moderna che consentono di contestualizzare ulteriormente le tesi dei canonisti francesi⁴⁷.

E' bene ricordare che la Francia «presenta, sotto il profilo del dibattito sistematico, un quadro per molti aspetti vicino a quello dell'Italia»⁴⁸, pur caratterizzandosi per la tendenza antigallicana di molti suoi canonisti.

Risale al 1894 l'annuncio del canonista Georges Périès che in Francia e in Italia «un mouvement assez sensible s'est dessiné depuis quelque temps dans le sens de la codification des lois ecclésiastiques»⁴⁹ cui fa seguito, appena tre anni dopo, nel 1897, la dichiarazione del suo collega Albert Pillet: «l'heure est venue de mettre la main à ce travail»⁵⁰. Si tratta dei due principali sostenitori del movimento per la codificazione canonica, il primo allievo dell'*Institut catholique* e poi professore dell'Università cattolica di Washington ed il secondo docente dell'Università cattolica di Lille, i quali guarda caso si incontrarono a Parigi con Pietro Gasparri durante le riunioni de l'*Académie de Saint-Raimond de Pennafort*. Quest'ultima, quasi una «sorta di palestra canonistica del clero di Francia», venne costituita all'inizio del 1889 «sotto l'egida dell'arcivescovo di Parigi»⁵¹, guadagnando come bollettino ufficiale una delle riviste di punta della canonistica europea, *Le canoniste contemporain*, intorno alla quale oltre allo stesso Gasparri, ruotarono diversi studiosi interessati a richiamare l'attenzione sul problema della codificazione canonica, tra cui Boudhinon e Villien.

Ora, por mano a quel lavoro implicava una realistica presa d'atto della crescente divaricazione tra le sistemazioni della disciplina ancora in voga e la realtà viva del diritto canonico, tanto grave da condizionarne lo statuto epistemologico – «le droit canonique n'est plus cette science claire et précise que nous représentent les manuels»⁵² – e dovervi far fronte. Vale a dire la

⁴⁷ È bene tenere presente che «mentre tra il 1870 e il 1889 si sviluppa una varietà di vedute sulle modalità concrete con cui addivenire alla riforma del diritto canonico latino, tra il 1890 e il 1904 si registra una decisa tendenza a risolvere queste incertezze a favore del metodo codificatorio, pur sempre all'interno di una pluralità di opzioni», CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 600.

⁴⁸ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, vol. I, cit., p. 282.

⁴⁹ GEORGES PÉRIES, *Code de procédure canonique*, pp. V-VI.

⁵⁰ ALBERT PILLET, *De la codification du droit canonique*, Lille, 1897.

⁵¹ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, vol. I, cit., pp. 509-510. Sullo Statuto dell'Accademia, sul suo profilo scientifico e sull'impeto ideale che muove «cet enfant...venu au monde» nel centenario della Rivoluzione ottantanovarda, v. *Académie de Saint Raymond de Pennafort*, in *Le canoniste Contemporain*, XIII, 1890, pp. 97-111.

⁵² Non ci si poteva nascondere infatti il numero incalcolabile «de lois, constitutions, décisions, réponses, émanées des Papes, des conciles et des tribunaux suprêmes, et qui s'accroissent, année

canonistica tardo ottocentesca, in primis questa vivace corrente francese, si vedeva costretta a guardare criticamente a quella «pluralità di modelli imperfetti»⁵³, che tre secoli di ricerca «d'un impianto razionale da attribuire alla materia canonica»⁵⁴ le avevano lasciato in eredità.

Quale di essi avrebbe potuto rispondere adeguatamente ai bisogni del presente?

Se, come è stato osservato, «le concezioni organiche elaborate dai canonisti tedeschi o furono avvertite come pericolose in quanto minate dall'influenza teologica del protestantesimo o – come nel caso della scuola storica cattolica che va da Walter a Vering – non penetrarono e non attecchirono fuori dell'area culturale tedesca per il loro carattere innovativo rispetto agli schemi tradizionali»⁵⁵, non rimanevano in campo che i modelli riconducibili all'*ordo Decretalium* ed al *systema Institutionum*⁵⁶.

par année, depuis des siècles», JEAN HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 13.

⁵³ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 568.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 327-328. Come noto, tra i canonisti tedeschi, le «premesse e istanze metodologiche della Scuola storica si fusero insieme con gli influssi della filosofia e della teologia romantica, sensibile ad una interpretazione “organica” della presenza della Chiesa, col risultato di muovere una critica serrata tanto al tradizionale ordine decretalistico quanto allo schema istituzionalistico». Cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 265-266; il vol. *Teologia e Restaurazione*, a cura di GIACOMO RUGGERI, numero monografico della rivista «Cristianesimo nella storia», XII/3, Il Mulino, Bologna, 1991. Sinteticamente le criticità denunciate si concentravano ad un triplice livello: «l'assenza di una coerenza interna alla disposizione degli argomenti, la mancanza di un'indagine autenticamente storica delle fonti del diritto canonico, il carattere teologicamente estrinseco del diritto romano rispetto a quello canonico». Pertanto, da un lato, «la divisione legale tratta dalle Decretali, venne considerata arbitraria e disorganica in quanto conduceva ad una frammentazione e ad un isolamento degli oggetti strettamente legati tra loro da una connessione naturale»; dall'altro «l'intelaiatura logica delle *Institutiones* del Lancellotti, essendo ricalcata direttamente sul diritto romano, era giudicata non solo inadatta al diritto della Chiesa, in quanto concentrata principalmente sul diritto privato, ma anche inadeguata, perché assimilava i sacramenti e il culto divino alle cose». CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 265-266. Tale ultimo rilievo che si deve in particolare a Georg Phillips (si veda per maggiore comodità, la trad. francese della prima parte del suo *Kirchenrecht, Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, Hachette bnf, Paris, 1855², p. 39), oltre a toccare uno dei problemi più importanti che la Commissione codificatrice dovette affrontare sin dalle prime battute dei lavori e che non lasciava tranquillo nemmeno il legislatore supremo (v. sul punto CHIARA MINELLI, *Pio X e l'avvio della stagione dei Codici*, cit., pp. 58-64) si rivelerà decisivo nella revisione del Codice piobenedettino.

⁵⁶ Accanto al metodo del Testo, «fondato sull'ordine classico delle Decretali, parzialmente corretto da Phiring nel Seicento e riproposto nell'Ottocento da Grandclaude» e a quello delle Istituzioni, «d'origine romana, trasposto nel diritto canonico dal Lancellotti nel 1563 e continuamente adattato alla divisione bipartita in *ius publicum* e *ius privatum*», oltre al «metodo storico-sistematico» di matrice tedesca cui già si è accennato nel corpo di testo, per completezza va menzionato anche «il metodo logico-scolastico che aveva dato origine a vari “tractatus” divisi per materia (tipici quelli di Bouix e di Gasparri)». Cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 568.

Peraltro, le diverse varianti prospettate sia nella corrente fedele al metodo del Testo sia in quella orientata verso la sistematica del Lancelotti, documentano, nell'ultimo scorcio del secolo XIX, una maggiore sensibilità ai problemi metodologici, tutta percorsa dalla tensione ad impostare la materia in modo più coerente proprio dal punto di vista logico e razionale⁵⁷. Fino alla mirabile sintesi offerta dal Wernz sulla base di una concezione sistematica che trae la sua fisionomia originale proprio dalla «correlazione tra i due impianti dell'*ordo decretalium* e del *systema iuris*»⁵⁸.

Come noto, il risultato ottenuto con il suo *Ius Decretalium*, nel «più superbo tentativo di armonizzare la tradizione giuridica della Chiesa con le istanze della modernità giuridica secolare»⁵⁹, non vale ad arginare la netta preferenza per il sistema delle Istituzioni, anch'esso antico e consolidato, e che «a fronte della chiusura verso i nuovi sistemi di diritto canonico»⁶⁰, dei disagi e delle criticità cui dava adito ormai da secoli l'ordine delle Decretali, finì per prevalere del tutto.

Se è fuor di dubbio che per tale via s'intendesse favorire con maggior decisione l'edificazione di un sistema razionale di tipo moderno, è altrettanto innegabile che il lento ed irreversibile tramonto dell'*ordo Decretalium* non si consuma senza lasciare una traccia indelebile nel pensiero giuridico, proprio a livello della percezione e dell'apprendimento di cosa si intenda per «ordine razionale» alla luce di un'esperienza giuridica fortemente connotata come quella canonica. Una traccia che si vorrebbe qui ripercorrere nei suoi passaggi essenziali e che emerge con singolare lucidità nel dibattito innescato dalle riviste di settore francesi le quali, a loro volta, fanno da cassa di risonanza alla diffusa consapevolezza della sproporzione ormai cronica dell'ordinamento canonico, di cui si è evidenziata la rilevanza centrale nell'economia del presente discorso, ed alla conseguente interrogazione profonda

⁵⁷ È soprattutto «nell'ultimo ventennio del secolo XIX, in concomitanza con il consolidamento degli studi nelle facoltà pontificie e con l'affermarsi delle riviste di settore in Europa», che la canonistica, confrontandosi «con i problemi metodologici e sistematici» ereditati a partire dal Concilio di Trento, registra, all'interno dei vecchi e nuovi generi letterari, un vero e proprio «progresso scientifico» caratterizzato dalla tendenza verso una «maggiore uniformità di metodo» sotto il segno di una decisa semplificazione dell'apparato normativo e di un adattamento sostanziale delle disposizioni ancora vigenti. cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., pp. 263-264. Per un opportuno inquadramento ed apprezzamento dei frutti di tale progresso, dai manuali ai trattati, dalle monografie ai codici privati, si rinvia alle pagine di CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 599-633.

⁵⁸ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, cit., p. 316.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, p. 328.

sulla natura e la portata storica della dimensione giuridica nella Chiesa⁶¹.

In tale contesto culturale, risultava a tutti chiaro che l'apparato legislativo destinato a regolare la vita pubblica della società ecclesiale impegnata nella conquista della salvezza eterna non poteva sfuggire alla natura contingente e mutevole «de tout ce qui est humain»⁶². Particolarmente lucidi in tal senso sono i giudizi, sulle colonne de *Le canoniste contemporain*, di padre Hogan, un sacerdote sulpiziano, emigrato negli Stati Uniti⁶³, e le note di Georges Péries questa volta dal *Journal de droit canon et de Jurisprudence canonique*.

Per Hogan, nella Chiesa, non diversamente che nelle altre società, le leggi si configurano come «le résultat combiné de la pratique antérieure et des conditions présentes»⁶⁴. Se dunque i principi permangono immutabili ed i dogmi sui quali poggiano le norme restano sempre gli stessi, non è possibile frenare quella miriade di cambiamenti, anche solo di dettaglio, dovuti al grado di civiltà, ed alla diversità delle epoche e delle situazioni storiche⁶⁵. Di qui il continuo mutamento non del principio di giustizia, di per sé intangibile, ma «della misura» della sua traduzione a livello normativo⁶⁶. Sotto questo profilo, il diritto canonico si dimostra, nella felice immagine di Hogan, «une grande école de patience, de modération, de prudence, de mesure»⁶⁷. Vi si apprende cioè l'arte di conciliare «une fermeté inébranlable sur les points essentiels avec une admirable condescendance sur tout le reste»⁶⁸: «autant l'Eglise est inflexible quand il s'agit de maintenir la loi divine, autant elle se montre pleine d'attention et de compassion pour la faiblesse humaine quand il est question de ses propres prescriptions»⁶⁹.

⁶¹ Per un inquadramento generale sul movimento culturale che si sviluppa in Francia alla vigilia della codificazione canonica si veda il saggio di SILVIA RAPONI, *Il movimento per la codificazione canonica: il dibattito nelle riviste e le compilazioni private in Francia alla fine del XIX secolo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002/1, pp. 311-334.

⁶² *Ivi*, pp. 206-207.

⁶³ Egli vi aveva fondato il seminario di Boston e quello universitario a Washington, maturando una viva sensibilità all'evoluzione delle relazioni tra Roma ed il resto della Chiesa Cattolica, favorita dalla maggior tempestività ed intensità della comunicazioni tra centro e periferia, e viceversa. Cfr. JEAN HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 17.

⁶⁴ *Ivi*, p. 6.

⁶⁵ V. GEORGES PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., pp. 206-207.

⁶⁶ *Ivi*, p. 207.

⁶⁷ JEAN HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 8.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 8-9.

⁶⁹ In effetti, «partout où elle s'établit, nous la voyons tendrement préoccupée d'accomoder sa discipline au degré de civilisation qu'elle rencontre, commandant, défendant ou tolérant, suivant ce que semblent exiger les circonstances et un juste souci de l'avenir. Sous ce rapport, les ordonnances de

Così il diritto canonico, costretto sin dall'antichità, a fronteggiare «assalti di ogni tipo», secondo Péries non ha perduto il suo carattere essenziale, ma spesso si è visto costretto a cambiare il passo⁷⁰. Del resto, nuovi bisogni non esigono forse nuovi rimedi?⁷¹ E dunque, perché non disporre «rationnellement et succinctement» l'intera materia del diritto canonico?⁷²

Una simile opera di razionalizzazione e di sintesi peraltro, non intendeva affatto, nella mente dei suoi promotori, né rivoluzionare la legislazione vigente «sous prétexte de la reconstituer sur des bases prétendues rationnelles et en réalité en dehors de l'action du pouvoir souverain»⁷³, né, come si vedrà con specifico riferimento alle codificazioni private, immobilizzarla «dans les entraves d'une forme surannée», quanto piuttosto restituirle quella libertà di progredire «parallèlement aux institutions et aux besoins du peuple chrétien qu'elle doit prévoir et auxquels elle doit répondre»⁷⁴. Nessuno di questi autori avrebbe coscientemente rinunciato a quello spirito che animava la legislazione medievale: «esprit de douceur, de raison, de modération, également éloigné d'une indulgente faiblesse et d'un rigueur hors de propos»⁷⁵. Anzi, a quest'ultimo riguardo, si prendevano decisamente le distanze da quei canonisti «plus érudits que judicieux»⁷⁶, i quali «semblent mettre la législation disciplinaire de l'Église au-dessus de la loi naturelle et divine»⁷⁷, facendone un «quoi de rigide et d'inflexible, qui ne ressemble en rien à cette règle douce, souple et, dans le meilleur sens du mot, humaine, qu'elle a toujours été aux mains de l'Église»⁷⁸.

In tale ottica, l'unico vero cambiamento sembrava consistere «en l'introduction d'un appareil plus scientifique et plus simple à la fois»⁷⁹ e l'operazione tecnica conseguente, che doveva sfociare in un testo chiaro e netto,

papes comme Saint Grégoire le Grand ou saint Nicolas sont admirables», *ivi*, p. 9.

⁷⁰ GEORGES PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Église. (Codification et rénovation)*, cit., p. 209.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Fatta salva ovviamente la possibilità d'«ajouter à l'occasion et sous forme d'appendices les dérogations variées que chaque église peut avoir obtenues du Saint-Siège», *ivi*, p. 218.

⁷³ *Ivi*, p. 212.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ JEAN HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 9.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ GEORGES PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Église. (Codification et rénovation)*, cit., p. 218.

disposto e suddiviso in modo scientifico, basato su principi inattaccabili⁸⁰, appariva tutto sommato culturalmente neutra. Il che certamente si spiega se si considera che in questa fase non solo non era affatto chiusa la questione del modello da adottare – l’alternativa tra *ordo decretalium* e *systema institutionum* era ancora di grande attualità – ma nemmeno si poteva far conto su una scelta di campo del legislatore che potesse preludere ad una vera e propria codificazione moderna. Tuttavia, si ritiene ancor più decisiva in tal senso la persistenza, comune ai diversi orientamenti metodologici, di una mentalità tendenzialmente estranea all’astrazione nel concepire la razionalità dell’ordine giuridico e che di fatto respinge la tentazione di creare sistemi a priori, avulsi dalla storia e dalle dinamiche potestative che necessariamente l’attraversano⁸¹.

Emblematica in proposito la riflessione di Eugène Grandclaude che, nel difendere la bontà dell’*ordo Decretalium*, a partire da una impostazione culturale «filoromana e neotomista, in polemica con le deviazioni del pensiero moderno»⁸², sviluppa una trama argomentativa più ampia, evidentemente orientata a preservare nella sua integrità la fisionomia propria ed esclusiva del diritto canonico.

In tale prospettiva egli si propone di rispondere alla domanda circa «la véritable méthode canonique»⁸³, vale a dire quella più adatta al progresso

⁸⁰ *Ivi*, p. 211.

⁸¹ In ogni caso, come osserva Grandclaude, «une science, dont l’objet est si vaste et si nécessaire, ne saurait être négligée sans qu’une perturbation profonde se produise dans l’ordre pratique». E, comunque, «méconnaître cette importance, c’est montrer une ignorance incroyable ou une étrange perversité; et vouloir écarter ou amoindrir les études canoniques, c’est tendre finalement à fouler aux pieds les lois et l’autorité de l’Eglise», v. EUGÈNE GRANDCLAUDE, *Des études canoniques et de leur influence sociale*, in *Le canoniste contemporain*, XIV, 1891, p. 10.

⁸² CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, cit., p. 291. L’importanza di questa figura di teologo canonista è legata alla consistenza sotto il profilo metodologico del suo richiamo alla tradizione, come emerge soprattutto nei suoi articoli apparsi su *Le canoniste contemporain* dal 1885 al 1891. Non va dimenticato che il suo *Jus canonicum juxta ordinem Decretalium, recentioribus Sedis Apostolicae et rectae rationi in omnibus consonum*, 2 voll., V. Lecoffre, Paris, 1882, trae ispirazione ideale dallo *Jus universum* di Schmalzgrueber, che egli paragona sul terreno canonistico alla *Summae Theologiae* di Tommaso d’Aquino in campo teologico (Id., *Des principaux canonistes du XVIII^e siècle*, in *Le canoniste contemporain*, 1885, pp. 282-287). In ogni caso la sua adesione di principio all’ordine classico lo conduce dapprima a respingere le proposte di codificazione del diritto canonico che, presentandola come un modello sedicente più perfetto delle stesse leggi canoniche, non sono nemmeno in grado di reggere il confronto «avec les savants écrits des anciens canonistes», (v. Id., *Du droit canonique au XIX^e siècle*, in *Le canoniste contemporain*, 1889, p. 476); ed infine, come si vedrà più oltre, «ad ammetterne la possibilità ma alla condizione che essa seguisse l’ordine delle Decretali», cfr. EUGÈNE GRANDCLAUDE, *Des études canoniques et de leur influence sociale*, cit., 16-17.

⁸³ *Ivi*, p. 11.

della scienza canonistica⁸⁴; e lo fa da un duplice punto di vista, negativo e positivo, segnalando cioè sia i metodi falsi che hanno ostacolato lo sviluppo degli studi giuridici, sia quello vero che potrebbe concorrere realmente al loro avanzamento⁸⁵.

Dal punto di vista negativo, la falsità del metodo dell'erudizione si rivela «non proprement par ce qu'elle embrasse, mais par ce qu'elle néglige ou exclut»⁸⁶. Infatti, tanto è utile il suo lavoro di analisi e discernimento delle fonti finalizzato ad una congrua valutazione della loro autenticità ed autorevolezza; altrettanto vistoso è il suo limite in quanto «en se bornant à cela, elle tend à supprimer le droit lui-même»⁸⁷.

Al medesimo effetto, e cioè alla censura del diritto vivo, conduce l'altra metodologia in voga, che consiste nel ricondurre tutta la scienza canonica a delle «théories a priori»⁸⁸ nei diversi ambiti disciplinari, dalla costituzione gerarchica alla competenza amministrativa e giudiziaria, dai poteri pubblici della società cristiana alle cose o ai mezzi di cui essa si serve nel perseguimento dei suoi fini, mediante una vera e propria trasposizione nel campo della giurisprudenza ecclesiastica dei postulati della scuola razionalista, finalizzata alla ricostruzione del diritto canonico appunto «sur des bases purement rationnelles»⁸⁹: una simile impostazione finisce per fare «de chaque canoniste un vrai législateur, de chaque interprète un réformateur des lois, de chaque professeur un nouveau Raymond de Pennafort»⁹⁰. Insomma una «*jurisperitia* fantaisiste»⁹¹, che svuotando di fatto la legislazione sacra di ogni effettiva autorità⁹², può produrre al massimo «una pura teoria» o un trattato di sociologia cristiana astratto, del tutto al di fuori «de l'ordre réel et des lois positives de l'Église»⁹³. L'esito di tale operazione è palese: «ce droit abstrait ou soi-disant rationnel (...) vient exclure le droit réel»⁹⁴. Mentre, secondo

⁸⁴ V. *Ibidem.*

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ *ivi*, p. 12.

⁹⁰ In tal modo «*finale*ment la législation sacrée ne conserve plus aucune autorité par elle-même», *ibidem.*

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ Naturalmente una simile impostazione «ne saurait certe faire grand cas du «Corpus Juris Canonici»: in essa «le droit ecclésiastique n'est plus autre chose qu'un système philosophique, une sociologie religieuse, sans règle objective et en dehors de toute autorité juridictionnelle», *ibidem.*

Grandclaude, non si dà uso legittimo e utile della ragione naturale in ambito giuridico se non quando «les spéculations rationnelles seront subordonnées aux prescriptions positives, et consisterons uniquement à chercher les rapport harmoniques des lois entre elles et avec les principes de la foi»⁹⁵.

Dunque il vero ostacolo, in entrambi i modelli negativi, resta la pretesa «à faire du droit en dehors du droit...»⁹⁶. Nulla a che vedere con uno studio davvero rispettoso «dal punto di vista razionale»⁹⁷ delle dinamiche intrinseche all'esercizio normale del potere ecclesiastico né tantomeno con le ragioni che valgono a chiarire «la rectitude intrinsèque des lois positives»⁹⁸, o che ne riflettono l'attitudine a perseguire il loro fine specifico insieme a quello generale della Chiesa⁹⁹. Infatti, nelle teorie sopradescritte, si tratta in definitiva di un sistema a priori «créé d'un seul jet, et abstraction faite de lois qui constituent la discipline réelle»¹⁰⁰; mentre uno studio corretto anche sotto il profilo razionale si prefigge di dimostrare come le leggi siano «*ordinationes rationis ad bonum commune*»¹⁰¹. Il che peraltro non è privo di rilievo culturale nelle moderne società di diritto costrette a fare i conti con la totale disaffezione da parte dei destinatari di qualsiasi norma che, a dispetto del suo titolo ufficiale di legge o decreto, sia dettata dal capriccio o dalla passione del momento, «en dehors de toutes les lois de la justice (...) sans équité»¹⁰²: infatti, sempre «le sentiment public repousse ce qui n'est point équitable et inspiré par l'amour du bien commun, quelles que soient les épithètes dont on le décore et l'autorité dont on essaie de le couvrir»¹⁰³.

In ultima analisi, se dietro le metodologie criticate si maschera «purement et simplement le rationalisme appliqué à la discipline sacrée»¹⁰⁴, potrà risultare davvero convincente solo un sistema concepito in funzione della fisionomia essenziale del comando legislativo, del suo essere *ordinatio rationis ad bonum commune*, ovvero della sua *rationabilitas*. Vale a dire, in tale ottica, l'ordine è “razionale” se ed in quanto favorisce, o per lo meno, non ostacola il carattere “ragionevole” di ciascuna disposizione, garantendone l'efficacia

⁹⁵ *Ivi*, p. 13.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *V. Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 12.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ivi*, p. 20.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 12.

in vista del bene comune.

A tale riguardo, è interessante notare come nella riflessione di Grandclaude circa i modelli tradizionali di sistemazione della materia canonica, “positivamente” praticabili, le critiche più penetranti al *systema institutionum* siano della stessa natura dei pochi rilievi che, sotto quei profili, non vengono risparmiati nemmeno all’*ordo decretalium*.

Da un lato, nei saggi impostati sulla falsariga delle Istituzioni, il fatto di ripudiare senza motivi sufficienti la divisione «très logique et mieux proportionnée du *Corpus Juris*»¹⁰⁵ ha come conseguenza inevitabile che «les divisions primordiales sont disproportionnées, et les subdivisions secondaires deviennent souvent arbitraires, verbales, indistinctes, sans parallélisme réel, et par conséquent illogiques»¹⁰⁶. Dall’altro, anche il *Corpus* così come si presenta, ormai del tutto incompleto¹⁰⁷, non pare in grado di offrire una sistemazione della materia davvero proporzionata: «les divisions secondaires sont actuellement très disproportionnées entre elles»¹⁰⁸, e quanto meno converrebbe ridurne il numero¹⁰⁹.

Ancora una volta la nota della proporzione si rivela decisiva nelle varie prospettive di riforma che andavano profilandosi nella mente dei canonisti. Quale che fosse l’immagine di essa e quindi la portata semantica e culturale nel loro pensiero di espressioni del tipo «nouvelle codification»¹¹⁰, apparentemente allusive alla codificazione moderna ma talvolta, come in Grandclaude, sostanzialmente impiegate per indicare una opportuna riedizione del metodo compilatorio, il nuovo assetto normativo doveva ispirarsi ad un criterio di proporzionalità, per rispondere adeguatamente alle mutate esigenze dei tempi e dei luoghi. Doveva cioè ricondurre il diritto vivo alle dimensioni adeguate al perseguimento del bene comune cui ciascun comando legislativo è essenzialmente diretto. In questo senso si può dire che nelle pieghe della riflessione canonistica emerge un nesso inequivocabile tra la proporzione dell’impianto ordinamentale e l’effettiva ragionevolezza delle singole norme giuridiche. Dunque la razionalizzazione del sistema non si riduce ad una pura astrazione, solo se viene concepita in funzione del pieno estrinsecarsi della natura propria della legge canonica, cioè del suo essere *ordinatio rationis ad bonum commune*.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 15.

¹⁰⁶ *Ivi*, pp. 15-16.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 16.

Questi rilievi, familiari a coloro che si occupano più da vicino di diritto canonico ed anche a «tous ceux aussi, qui se plaisent à admirer la maternelle législation de l'Eglise, si sage dans sa formation expérimentale, si douce dans ces commandements»¹¹¹, sfidano il pregiudizio abituale «de ne rien voir en dehors et au-dessus de (...) lois nationales»¹¹² che, secondo gli studiosi più attenti conduce a distruggere «la véritable notion du droit»¹¹³. La ricerca di un nuovo ordine razionale della materia non poteva dunque venir condotta imitando lo spirito della «legalità secolare», pena la perdita di «ce tact exquis du juste qui doit caractériser le légiste chrétien»¹¹⁴.

Il secondo profilo, più specifico, quello cioè che coglie la portata della *rationabilitas* nella descrizione delle fonti e del loro dinamismo, rileva maggiormente, come è di intuitiva evidenza, sul versante dei progetti privati di codificazione, ovvero di quei tentativi di entrare nel concreto della disciplina da riordinare, ai quali va senz'altro riconosciuta «una funzione prodromica e propedeutica rispetto al lavoro dei redattori ufficiali»¹¹⁵. Come noto, essi si caratterizzano per la varietà delle impostazioni metodologiche, delle proposte sostanziali e della stessa loro estensione, proponendosi precipuamente di rappresentare in una forma più ordinata e razionale lo stato presente della disciplina della Chiesa¹¹⁶: in alcuni casi con finalità

¹¹¹ GEORGES PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., p. 209.

¹¹² EUGÈNE GRANDCLAUDE, *De l'enseignement du droit canonique en France*, in *Le canoniste contemporain*, 1878, p. 34.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*. D'altro canto non si può fare a meno di constatare come «tous les ouvrages dits classiques qui ont été publiés, ne sauraient initier sérieusement à la science du droit: ils n'élèvent pas l'intelligence des vrais principes, et n'initient nullement à la terminologie de la jurisprudence; ils se bornent à donner quelques notions vagues et générales sur les personnes, les choses, et les jugements, sans pouvoir aller au fond des questions juridiques qui précisent les principes et conduisent à la vraie "science" du droit sacré. (...) Mais les travaux, d'ailleurs plus ou moins superficiels, sur les méthodes nouvelles d'enseignement de la jurisprudence sacrée, sur une codification soi-disant plus parfaite des lois canoniques, etc., ne supportent guère la comparaison avec les savants écrits des anciens canonistes», EUGÈNE GRANDCLAUDE, *Des études canoniques et leur influence sociale*, cit., p. 476.

¹¹⁵ CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 613.

¹¹⁶ Tra i vari studi che hanno affrontato i tentativi privati di codificazione, nell'ambito di ricerche settoriali sulle disposizioni piobenedettine, si ricordano FRANCESCO FALCHI, *I chierici nel processo di formazione del Codice pio-benedettino*, Cedam, Padova, 1987, pp. 4-12; CHIARA MINELLI, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 51-61. Per uno studio organico dei codici privati francesi, si rinvia al saggio già citato di SILVIA RAPONI, *Il movimento per la codificazione canonica: il dibattito nelle riviste e le compilazioni private in Francia alla fine del XIX secolo*. Per un inquadramento tecnico delle diverse opere ed una valutazione complessiva di quell'esperienza nei paesi europei che l'hanno conosciuta, si veda CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 599-615.

ricognitiva¹¹⁷, in altri didattica¹¹⁸ o didattico-pratico-forense¹¹⁹, o in due sole ipotesi con l'intenzione precisa di contribuire al progetto di una parte del più vasto lavoro di codificazione del diritto canonico¹²⁰. Del resto, come osserva Péries, tali proposte nella loro concretezza si collocano in ideale continuità con le dinamiche evolutive che urgono lo sviluppo del diritto canonico sin dalle prime collezioni: «c'est presque toujours d'abord per les courageuses tentatives de l'initiative privée» che «la science canonique est... parvenue à condenser les matériaux de ses décrétales et de ses canons, de ses sommes et de ses traités»¹²¹.

Il quadro non potrebbe essere più variegato anche perché tra gli ideatori più lucidi si fa strada, insieme alla ripulsa verso modelli nei quali «immobiliser obstinément la législation canonique dans les entraves d'une forme surannée», una prospettiva ben diversa, che dischiuda alla legge «la liberté de progresser parallèlement aux institutions et aux besoins du peuple chrétien, qu'elle doit prévoir et auxquels elle doit répondre»¹²². In quest'ottica paiono collocarsi i contributi francesi.

Tra di essi, merita specifica attenzione un breve segmento del *Memento Juris Ecclesiastici* di Florent Deshayes, professore nel Seminario di Le Mans, con il quale Gasparri era entrato in contatto durante il suo soggiorno francese. Egli, richiamando negli articoli del suo *Tractatus proemialis* la disciplina tradizionale delle fonti a partire dalla definizione tomista di *lex*, offre uno spunto a proposito della *rationabilitas*, apparentemente marginale ma molto interessante, collocato in relazione al soggetto passivo della legge. Tra i requisiti necessari perché una norma legislativa possa davvero obbligare il soggetto passivo occorre «cuius conditioni rationabiliter sit proportionata»¹²³. Il linguaggio scelto da Deshayes, associando l'avverbio *rationabiliter* all'aggettivo *proportionata*, marca efficacemente il rafforzamento dell'esigenza di

¹¹⁷ V. EMANUELE COLOMIATTI, *Codex iuris pontificii seu canonici*, I, Taurini, 1888.

¹¹⁸ V. GASPARE DE LUISE, *Codex canonum Ecclesiae*, cit. e FLORENT DESHAYES, *Memento iuris ecclesiastici*, cit.

¹¹⁹ V. ALBERT PILLET, *Jus canonicum generale*, cit.; ENRICO MARIA PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae*, cit.; JOSEPH HOLLWECK, *Die kirchlichen Strafgesetze. Zusammengestellt und Commentirt*, Franz Kirchheim, Mainz, 1899.

¹²⁰ V. GEORGES PÉRIES, *Code de procédure canonique dsans les causes matrimoniales*, Paris, 1894, estratto da *Le canoniste contemporain* e JOSÉ CADENA Y ELETA, *Proyecto de código procesal canónico*, Imprenta de L. Aguado, Madrid, 1895.

¹²¹ GEORGES PÉRIES, *Le droit canonique et les besoins actuels de l'Eglise. (Codification et rénovation)*, cit., p. 211.

¹²² *Ivi*, p. 212.

¹²³ FLORENT DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici*, cit., p. 99.

ragionevolezza sia a livello disciplinare, e cioè della proporzione della norma alla condizione soggettiva del destinatario, sia a livello applicativo, e cioè della proporzione dell'azione stessa finalizzata ad esigerne l'osservanza.

Un interesse a tutto tondo verso la categoria della *rationabilitas* emerge significativamente nell'opera di Albert Pillet il quale, nel suo scritto programmatico *De la codification du droit canonique*, il più organico tra quelli coevi, pur imboccando decisamente la via del modello napoleonico, si sofferma sull'importanza della consuetudine quale fonte interpretativa e suppletiva della legge, anche in considerazione della necessità di un'applicazione duttile delle norme stesse.

Egli non solo avverte che non è possibile trasporre nel diritto ecclesiale quanto si è cercato di fare, senza peraltro riuscirvi completamente, nel diritto civile francese e cioè sopprimere del tutto «le droit coutumier»¹²⁴, ma sottolinea con forza l'influsso dei costumi sulle leggi scritte, sulla loro applicazione ed interpretazione¹²⁵.

In tale ottica, egli giudica insufficiente l'approccio al tema della *rationabilitas* offerto dalle Decretali: è vero che vi si trovano enunciate «les conditions requises pour que la coutume soit raisonnable, ou plutôt quels sont les cas dans lesquels elle doit être jugée déraisonnable»¹²⁶; tuttavia, per averne una «vera cognizione», non si può che ricorrere ai commentatori e ai canonisti, rassegnandosi a «parcourir et étudier de gros et poudreux volumes»¹²⁷. Mentre l'«essenziale» da sapere al riguardo potrebbe utilmente venir condensato «en deux ou trois pages de petit format, en quinze ou vingt articles, qui énonceraient la doctrine et formuleraient les principes»¹²⁸, lasciando ai giuristi il compito, se lo ritengano opportuno, di redigere eventuali ulteriori commentari. In realtà, il suo *Jus canonicum generale distributum in articulos* si limita a proporre, accanto ad una definizione della «lex ecclesiastica», che tende ad una sintesi tra la visione tomista e quella suareziana¹²⁹, la formula

¹²⁴ ALBERT PILLET, *De la codification du droit canonique*, H. Morel et C. imprimeurs –éditeurs, Lille, 1897, p. 78.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Nel paragrafo dedicato alla nozione della legge ecclesiastica, l'art. 26 prevede: «Cum lex sit «Ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata» cum voluntate perpetuo obligandi, lex ecclesiastica definienda est: ordinatio rationis promulgata ab illis qui principes sunt in Ecclesia ad bonum spirituale christianorum, cum voluntate illos perpetuo obligandi», ALBERT PILLET, *Jus canonicum generale distributum in articulos*, Sumptibus P. Lethielleux editoris, Parisiis, 1900, p. 7.

tradizionale di derivazione isidoriana circa i caratteri della legge implicitamente riconducibili alla sua essenziale *rationabilitas*¹³⁰. Quanto al tema della consuetudine, coerentemente con il suo programma, Pillet pone senz'altro in primo piano il requisito della ragionevolezza: «ut consuetudo vim legis habeat, requiritur ut sit rationabilis, constans, ad normam legis inducta, communis et confirmata consensu legislatoris»¹³¹. Tuttavia, nella disciplina cruciale della *consuetudo irrationabilis*, egli non va oltre la casistica tradizionale, sintetizzata in un unico articolo, cui peraltro si riduce la trattazione dell'intera problematica¹³².

Nonostante la debolezza della sua proposta concreta in rapporto alle linee programmatiche prospettate nel saggio coevo, di cui si è riferito, pare comunque assai significativo che l'autore, forse più sbilanciato a favore di una codificazione moderna, sul modello di quella napoleonica, non solo accusi l'insufficiente elaborazione da parte della riflessione canonistica della categoria della *rationabilitas* ma lo faccia in rapporto alla consuetudine. Un atteggiamento che riflette insieme ad un'ultima, sana criticità verso i caratteri tipici del sistema codificatorio, la stima indiscussa, anche in vista dell'inserzione in un contesto formale, irrimediabilmente astratto e generalizzante, del diritto consuetudinario con i suoi connotati essenziali.

Dunque proprio nel passaggio più delicato di questo tornante culturale, quello cioè che vedeva nel cambio da una concezione casistica a una concezione generale della legge una tappa obbligata nel processo di modernizzazione del diritto ecclesiale, riemerge l'urgenza di una comprensione ben fondata della *rationabilitas* canonica e del suo timbro inconfondibile nel delinearsi stesso della fisionomia tipica dei fattori propulsivi dell'ordinamento ecclesiale .

¹³⁰ Nella formulazione dell'art. 27 «debet esse lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporeque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta», *ibidem*.

¹³¹ *Ivi*, art. 106, p. 22.

¹³² Per l'art. 107 «consuetudo dicitur irrationabilis quando est contra leges naturales aut divinas; quando dirumpit nervum disciplinae ecclesiasticae; quando dat ansam et occasionem peccati; quando agitur de potestate ordinis; quando juridice vocatur corruptela; quando inducit gravamen ecclesiis», *ivi*, pp. 22-23.

3. La “linfa” del diritto codificato

Non resta dunque che da verificare se ed in quale misura questi argomenti penetrarono la trama del progetto codificatorio cui Deshayes e Pillet, insieme ad altri colleghi francesi presero parte attiva.

Un primo riscontro significativo emerge nella documentazione relativa alla elaborazione della disciplina della consuetudine antinomica. Più specificamente nell’adunanza plenaria del 2 aprile 1905 si respira una maggiore apertura rispetto alla precedenti fasi dei lavori ed un conseguente maggior investimento ideale sulla consuetudine *contra legem* e su quella *praeter legem* che senza dubbio esigono d’esser contenute «entro i più stretti limiti»¹³³ ma cui non sembra «possibile, giusto e di buona politica» rinunciare¹³⁴.

In tale ottica, il Pillet vorrebbe meglio spiegata la parola «rationabilis»¹³⁵. Coerentemente con il suo scritto programmatico¹³⁶, egli ritiene la questione di capitale importanza e, in un parere «ex adunatione diei 2 aprilis 1905»¹³⁷, non esita ad impegnarsi personalmente nel prospettare qualche ipotesi di soluzione: «consuetudo iuxta legem et praeter legem est rationabilis quando explicat ius divinum, naturale vel ecclesiasticum, et quando, consentientibus omnibus vergit in bonum Ecclesiae et in utilitatem fidelium»¹³⁸; «consuetudo contra legem est rationabilis quando versatur circa praecepta quae forte sunt inutilia vel nociva populum fidelium, ex mutatione circumstantiis»¹³⁹.

Analoghe considerazioni si rinvencono in un manoscritto anonimo, collocato nella medesima sezione documentale e decisamente favorevole alla promozione della consuetudine nel Codice che, secondo l’autore, potrebbe giocare un ruolo decisivo sia nella soppressione delle «corruptelae» sia nel mantenimento di quelle «rationabiles»¹⁴⁰. In tale ottica, si ritiene che le consuetudini *contra legem* svolgano una funzione irrinunciabile, quella cioè di dimostrare nel vivo dell’esperienza giuridica l’inapplicabilità di certe leggi alla concretezza di una data situazione o di un dato luogo, ovvero la loro contra-

¹³³ *Adunanza plenaria del 2 aprile 1905, Mons. Gasparri Presidente*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

¹³⁴ V. *ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ V. *supra*, § 2.2.

¹³⁷ *A. can. Pillet, Titulus II De Consuetudine, Ex adunatione diei 2 aprilis 1905*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Animadversioni al titolo De consuetudine e alle note che lo accompagnano*, in ASV, Fondo CIC, scatola 13.

rietà al bene comune di una determinata comunità¹⁴¹.

Una analoga sensibilità al tema della *rationabilitas* emerge nello sviluppo tardivo della disciplina della dispensa, e segnatamente nel voto redatto da Auguste Boudhinon¹⁴² del quale va focalizzata la scelta terminologica descrittiva della *causa dispensandi*.

Nel testo di Boudhinon, «dispensatio quaecumque dari nequit nisi (...) ex iusta, rationabili et proportionata causa, attenta gravitate legis»¹⁴³. La scelta del legislatore cadrà sulla formulazione proposta nell'altro voto acquisito dalla Commissione e redatto da Giacomo Sole, in cui si omette il riferimento esplicito alla proporzione della *causa dispensandi*. Merita tuttavia una sottolineatura la scelta del consultore francese di esplicitare il criterio di proporzionalità che dovrà dunque ritenersi in qualche misura implicato nell'endiadi «iusta et rationabilis» adottata nel Codice.

Peraltro le ricerche più recenti, che toccano un altro dei nervi scoperti della cultura canonistica, quello dell'*aequitas canonica*, avvalorano l'ipotesi che l'eredità della tradizione sia rimasta in larga misura nella dimensione implicita di uno sforzo costruttivo del codificatore, determinato più a risolvere in modo pragmatico le questioni controverse, che a custodire un patrimonio concettuale cui pure attingeva costantemente¹⁴⁴. Gli accenni al carattere *rationabilis* della consuetudine antinomica o della causa della dispensa, nella loro assoluta sobrietà ed esiguità, evocano l'immagine della punta dell'iceberg: non si dà soluzione di continuità tra la base ed il vertice che ne è sorretto e che, a sua volta, ne segnala la presenza profonda.

Assai sintomatico, sotto questo profilo, è parso il contributo della dottrina *post codicem*.

In linea generale è innegabile che i criteri ermeneutici imposti da Benedetto XV nel *motu proprio Cum iuris canonici*¹⁴⁵ e le direttive metodologiche

¹⁴¹ V. *ibidem*. Cfr. in proposito MARIAN SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC del 1917*, cit., 776.

¹⁴² V. *De indultis. Voto del prof. Boudhinon*, (d'ora innanzi *Voto Boudhinon*), in ASV, *Fondo CIC*, scatola 13.

¹⁴³ *Votum Boudhinon*, p. 6.

¹⁴⁴ Cfr. CHIARA MINELLI, *Il Codex Iuris Canonici e le risorse del sistema: il richiamo dell'«aequitas canonica»*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 57 (2017)/2, pp. 435-472.

¹⁴⁵ Con tale provvedimento, il 15 settembre 1917, già richiamato, Benedetto XV, intendendo evitare il riprodursi della situazione di confusione cui il Codice aveva posto fine, stabiliva «l'obbligatorietà dell'inserimento nel Codice di eventuali aggiunte future, ma sempre mantenendo immutata la successione numerica», CARLO REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica*, 86 (1997), p. 63. Veniva inoltre istituita la Commissione per l'interpretazione autentica del Codice: «questa ha svolto un'attività molto intensa ed è riuscita ad imporsi alla dottrina (nella maggior parte dei casi poco incisiva fin oltre gli anni '60) e a sostituire

fissate dalla Congregazione *de Seminariis et de Studiorum Universitatibus* all'indomani della promulgazione del *Codex*¹⁴⁶, abbiano avuto la conseguenza di restringerne l'interpretazione «alla mera esegesi del testo, impedendo alla scienza canonistica di impiegare altri metodi, come quello storico o quello logico sistematico o la loro articolata combinazione»¹⁴⁷.

Tuttavia è proprio ad alcune opere, concepite sotto l'«impero del Codice» e nel «regno dell'esegesi»¹⁴⁸, che si deve la trasmissione, oltre la lettera del *Codex*, di quell'eredità ricchissima sulla *rationabilitas*, sottaciuta, eppure mai rinnegata, dal legislatore piobenedettino¹⁴⁹. In questo filone dottrinale gli spunti

nella funzione d'interpretazione la giurisprudenza, la quale, vigendo il Codice del 1917, si è occupata quasi esclusivamente della materia matrimoniale», PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 35.

¹⁴⁶ Ci si riferisce alle due già citate istruzioni della *S. Congregatio de Seminariis et de Studiorum Universitatibus* pubblicate nei mesi successivi alla promulgazione del Codice. La prima, «emanata il 7 agosto 1917, come chiaramente affermato dal titolo: *De novo Iuris Canonici Codice in scholis proponendo*, aveva lo scopo di dare indicazioni per l'utilizzo del nuovo Codice nelle Università degli studi e in quelli che venivano chiamati *licei* di diritto canonico». La seconda, «emanata poco più di un anno dopo, il 31 ottobre 1918, completava le disposizioni della prima con riferimento agli esami e ai gradi accademici: il titolo infatti è: *De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos*». Nella prima istruzione si stabiliva che dal momento dell'entrata in vigore del Codice «eo uno utendum esse (...) in disciplina Ecclesiae moderanda», nell'attività giudiziaria e nelle scuole. A tale fine si disponeva che negli istituti dipendenti dalla S. Congregazione nella cosiddetta *schola textus* – la denominazione viene ritenuta adattissima (“aptissime nuncupata”) – il Codice venisse spiegato non sinteticamente, ma analiticamente e canone per canone, conservando “religiosissime” la successione numerica». In ogni caso, «agli alunni non era necessario altro libro se non il Codice: il docente che ritenesse di dover utilizzare anche un altro testo, avrebbe dovuto adattare il suo ordine sistematico a quello del Codice e non viceversa». Coerentemente, la seconda istruzione fissava una triplice direttiva: «gli esami devono avere per oggetto i canoni del Codice e non testi o elencazioni della dottrina; anche per il conseguimento dei gradi accademici. I candidati devono esporre l'“exegesis” o l'“interpretationem” dei canoni del Codice, presi singolarmente o collegati fra di loro; infine i candidati devono essere in grado di dare un saggio (“specimen”) per ciascun istituto circa la sua origine, il suo divenire e la sua storia», CARLO REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, cit., pp. 58-59. Quanto all'effetto che queste disposizioni hanno causato per molti decenni, e cioè quell'«isolamento del diritto canonico dalle premesse teologiche e dal contesto storico-culturale da cui promana e da cui riceve sempre nuovi impulsi innovativi» (così, CARLO FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, in *L'insegnamento del diritto canonico, Atti del XL Incontro di Studio Centro turistico Pio X, Borca di Cadore (BL), 1-5 luglio 2013*, a cura del gruppo Italiano Docenti di diritto canonico, Associazione canonistica italiana, ed. Glossa, p. 41), v., più ampiamente, CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 1063-1160.

¹⁴⁷ CARLO FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, cit., pp. 40-41.

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 42. Cfr. in proposito CARLO REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, cit., pp. 57-100.

¹⁴⁹ Ci si riferisce qui a quel filone che si sviluppa nell'alveo della *schola Institutionum ad normam codicis*, che «produce un numero e una qualità maggiore di pubblicazioni» rispetto al parallelo indirizzo della *scola Textus*. Tuttavia, il genere letterario delle Istituzioni «non corrisponde più a quello tradizionale»: esso ora «sta ad indicare un'opera sintetica di introduzione generale, un corso

offerta dal Pillet dopo la plenaria del 1905 acquistano lo spessore che con tutta probabilità egli avrebbe voluto caratterizzassero la disciplina codificata¹⁵⁰.

Può risultare sorprendente che si debba al richiamo di uno dei principali sostenitori del movimento per la codificazione canonica in Francia la persistenza del riferimento alla *rationabilitas* nelle maglie del processo codificatorio e che in ultima analisi la ricerca di un ordine razionale negli autori francesi non fosse concepita in un'ottica puramente razionalistica.

Questo dato induce, una volta di più, ad affinare lo sguardo sulla vera natura del processo che si è compiuto nel 1917.

Particolarmente utile in tale prospettiva si ritiene il contributo del gesuita Henri Auffroy, che il 20 aprile 1914, pochi mesi prima della sua fucilazione per mano delle truppe tedesche¹⁵¹, pubblica per la rivista parigina *Études* un saggio meritevole di attenta considerazione. Fin dalla formulazione del suo titolo che si segnala per una curiosa, invero assai suggestiva, difformità: *Droit canon, son évolution et sa refonte actuelle* nell'indice generale del volume e *Droit canon son évolution, sa transcendence* in calce allo scritto.

Il legislatore aveva ormai fatto la sua scelta e le dispute metodologiche, che avevano animato il vivace dibattito precodificatorio, dovevano cedere il passo ad una valutazione del nuovo corso impresso al diritto canonico, che fosse il più ponderata possibile, pena la frustrazione delle aspettative che avevano motivato l'opzione per il Codice e la vanificazione delle potenzialità

completo di diritto canonico oppure le singole partizioni di esso» che, a loro volta, «assumono denominazioni falsamente classiche come *Epitome, Summa, Compendium e Institutiones*». Tra queste vanno senz'altro annoverate le opere di FELIPE MAROTO, *Institutiones ad normam novi Codicis*, t. I, Apud Commentarium pro Religiosis, Roma, 1921, pp. 166-200, pp. 263-271, pp. 360-368; FELICE MARIA CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, Apud Aedes Universitatis Gregoriana, Roma, 1928-1936, pp. 55-65, pp. 93-98; IOHANNES CHELODI, *Ius canonicum de personis*, Libreria Moderna Editrice, Vicenza-Trento, 1942, pp. 98-149; MATTHEUS CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, Marietti, Taurini, 1950, pp. 1-9, pp. 42-44, pp. 112-113; A. VERMEERCH - I. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, t. I, H. Dessain, Mechliniae-Romae, 1963, pp. 94-97, pp. 161-162, pp. 200-201. Secondo la dottrina più autorevole, rientra nel medesimo contesto «l'adattamento al Codice del *Ius decretalium* di Wernz da parte dei confratelli Pedro Vidal, Felipe Aguirre e Felice Cappello»: si tratta dello *Ius canonicum ad Codicem normarum exactum*, Romae, 1923-1952. Cfr. CARLO FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici vigenti*, cit., p. 42. Si avverte che le pagine via via indicate per ciascuna opera si riferiscono ai luoghi, ove talora sono presenti alcuni brevi richiami alla *rationabilitas*.

¹⁵⁰ V. *supra*.

¹⁵¹ LÉONCE DE GRANDMAISON, rec. a LUCIEN BOUCHON, *Le Père Henri Auffroy*, Lettre-Préface de S. É. Le cardinal Luçon, Paris, Action Populaire et J. De Gigord, 1922, in *Études*, 174 (1923), p. 118. Catturato come ostaggio il 31 agosto 1914 nel villaggio di Saint lès Rethel, nel dipartimento delle Ardenne, dove sostituiva i preti evacuati con la maggior parte dei loro parrocchiani, fu fucilato dai Tedeschi il giorno stesso. Non vi è dubbio che la sua perdita «doit être mise au premier rang de celles que la guerre a infligées à l'Eglise de France». Per un profilo spirituale di questo religioso «d'une vertu hors ligne» si rinvia senz'altro al volume di Lucien Bouchon, appena citato.

offerte dal nuovo strumento legislativo.

Non vi era dubbio che, nella cultura giuridica generata dalla rivoluzione francese, il codice costituisse «un fatto di razionalità scientifica ed al tempo stesso di volontà politica»¹⁵², sostanzialmente finalizzato ad «una profonda riprogrammazione e livellamento della società compiuta dall'alto»¹⁵³. Ed era del pari innegabile la forza attrattiva che questo modello, con le dovute distinzioni e le indispensabili graduazioni, aveva esercitato anche sul versante canonistico¹⁵⁴.

In questo senso non sorprende il riconoscimento del tutto pacifico in Auffroy dell'«immense progrès» realizzato dal *Code civil*: «réserve faite de quelques dispositions qu'une conscience droite ne peut pas approuver, il faut convenir que c'est un chef d'oeuvre, admirable de clarté, logique et de sens pratique»¹⁵⁵.

Sorprende piuttosto l'originalità del suo afflato in cui fedeltà alle risorse primigenie del diritto canonico ed apertura positiva ai vantaggi del sistema codificato si coniugano in perfetto equilibrio.

Egli vede nell'opera ormai giunta alle battute finali «l'effort législatif le plus gigantesque qui a été tenté depuis Justinien»: la Chiesa cattolica, vale a

¹⁵² STEFANO SOLIMANO, «La codification est plus qu'un multiple de la loi». Spigolature sulla 'forma codice', in CHIARA MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino in memoria di Maria Vismara Missiroli*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 65. La «valenza strategica del codice civile all'interno del processo di *State building*» (così STEFANO SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Giappichelli, Torino, 2017) resta scolpita nella celebre e citatissima frase di Napoleone I, tratta da una missiva al fratello Giuseppe: «établissez le code civil: tout ce qui vous est favorable vivra; tout ce qui vous est contraire mourra», *Correspondence de Napoléon I, publiée par ordre de l'Empereur Napoléon III*, vol. XII, Dumaine, Paris, 1863, pp. 432-433.

¹⁵³ *Ivi*, p. 66. Circa l'asservimento del diritto privato al diritto pubblico, vale la pena richiamare il giudizio di Paolo Cappellini che, riprendendo Jean Gaudemet, chiarisce: «Il Code Napoléon è una Costituzione civile (borghese) perché esso non è - non soltanto e non esclusivamente - un codice (con la lettera minuscola) del diritto civile (cioè privato), ma altresì e fondamentalmente un Codice (con la maiuscola) della società civile, con lo scopo appunto di strutturare questa società, di rivelarla a se stessa, di organizzarla e di consolidarla definitivamente», PAOLO CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 120. Cfr. ID., *Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35 e ss.; PAOLO GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Bardi, Roma, 2006, pp. 19-42; Id., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 140145; RICCARDO FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello ottocentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁵⁴ Sul mito del Codice cfr. almeno XAVIER MARTIN, *Mitologia del Codice Napoleone*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, VIII (1995), pp. 606-615; PAOLO GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁵⁵ HENRI AUFFROY, *Le droit canon. Son évolution, sa transcendance*, in *Études*, 139 (1914), p. 149.

dire «une société vaste comme l'univers, dont l'action disciplinaire s'étend aux objets les plus disparates et prend les formes les plus variées», si è fatta carico «de remanier et de fondre en un corps unique» l'intero complesso delle sue leggi, non appena quelle riconducibili a materie fra loro omogenee, sulla falsariga dei modelli statuali, ma proprio «tout l'ensemble si bigarré de ses statuts»¹⁵⁶.

L'impresa dunque consiste in un *remaniement* o, come avevano chiesto i padri conciliari, in una vera e propria *refonte*.

E' interessante penetrare la portata semantica di questa parola che tanto nelle sue corrispondenze – fondre/fonte¹⁵⁷ – quanto nell'uso, anche metaforico¹⁵⁸, evoca l'esperienza basilare della fusione. Essa descrive primariamente il passaggio dallo stato solido allo stato liquido di sostanze e di metalli perché ottengano nuova forma: per esempio l'«action de remettre à la fonte» allude specificamente alle monete «dont on fait de nouvelles espèces»¹⁵⁹. Lo spettro semantico di *refonte* si gioca entro lo spazio ideale tracciato da un fenomeno fisico nel quale una sostanza cambia forma. E la metafora che segna il “trasferimento” dall'ambito concreto della fusione materiale a quello astratto della fusione teorica nel contesto, quanto mai vario, della comunicazione umana, si rivela particolarmente feconda nell'esperienza giuridica¹⁶⁰, indicando un'operazione concettuale ben più intensa di quella, pur parallela e frequentissima, evocata dalla parola *réforme*¹⁶¹. Infatti la *refonte* non può

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 150.

¹⁵⁷ Cfr. *Trésor de la Langue Française infirmatisé*, v. *Refonte, Fonte*, in <http://atilf.atilf.fr/>; *Französisches Etymologisches Wörterbuch*, p. 864; Larousse in <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/refonte/67493>; *Dictionnaire de l'Académie française, huitième édition. Version informatisée*,

¹⁵⁸ V., in particolare, *Dictionnaire Mediativo Notre Famille*, in <https://www.notrefamille.com/dictionnaire/definition/refonte/#s3PJWvj58fMRcPjK.99>;

¹⁵⁹ *Dictionnaire de l'Académie française, huitième édition. Version informatisée*, in <http://atilf.atilf.fr/>.

¹⁶⁰ Guarda caso, secondo il *Trésor de la Langue Française*, l'uso metaforico di *refonte* ha la sua prima attestazione in Rousseau: «Le tableau du gouvernement de Pologne fait par M. le comte Wielhorski, et les réflexions qu'il y a jointes, sont des pièces instructives pour quiconque voudra former un plan régulier pour la refonte de ce gouvernement», JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de la Pologne et sa réformation projetée*, in *Collection complète des oeuvres*, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4, édition en ligne www.rousseauonline.ch, version du 7 octobre 2012.

¹⁶¹ Merita un cenno il fatto che, alla vigilia della revisione del Codice piobenedettino, la dottrina si interrogasse sulla natura dell'operazione che il legislatore aveva intrapreso, se si trattasse cioè di una «réforme» o di una «réfonte». E propendeva senz'altro per quest'ultima, nella persuasione che «l'oeuvre entreprise ne peut se borner à “corriger” un certain nombre de canons du Code actuel; elle doit être beaucoup plus profonde; c'est toute la contecture, l'esprit même qui a inspiré cette législation, qui doivent être remis en question». Se infatti non vi è dubbio che «tout système canonique reflète l'ecclésiologie qui était en faveur au moment au il été établi», è altrettanto fuori discussione che l'urgenza della revisione scaturisse dalla necessità di tradurre in linguaggio giuridico le direttive conciliari, «dans le souci de favoriser une pastorale qui réponde aux besoins nouveau

prescindere da una sostanza, la cui attitudine al mutamento di stadio è *conditio sine qua non* dell'operazione materiale o concettuale in essa implicata - emblematico il proverbio «fondre la cloche» (fondere la campana) che significa «en venir à l'essentiel d'une affaire, à ce qu'elle a de difficile»¹⁶², e cioè venire al dunque di una questione. Mentre la *réforme* si attesta sulla forma che deve essere restaurata o migliorata, quale che sia lo stadio della sostanza¹⁶³. Per tornare all'immagine esemplare delle monete, la «réforme de la/des monnaie(s)» riguarda soltanto l'«action de rétablir les valeurs réelles des monnaies dont on avait surhaussé le prix»¹⁶⁴.

Qual è allora per Auffroy la sostanza della *refonte* che la commissione codificatrice andava elaborando?

Una prima valutazione dei segmenti della nuova normativa già resi noti rivelava la tendenza dei redattori a non disdegnare, nel perfezionamento del diritto canonico «par ses méthodes propres»¹⁶⁵, il paragone con le istituzioni civili in ciò che esse potessero suggerire «en fait de progrès de bon aloi»¹⁶⁶. Se dunque molte disposizioni della disciplina da codificare riflettevano la loro provenienza strettamente ecclesiastica come frutti maturi «du vieil arbre canonique»¹⁶⁷, era fuor di dubbio che «sur ce tronc vénérable furent greffés des rameaux plus jeunes et moins sacrés»: erano i nuovi componenti «dont sa sève s'est enrichie»¹⁶⁸ e che a loro volta si trasfiguravano. Si poteva cioè sorprendere in atto quella dinamica che, attraverso i secoli, nella varietà dei sistemi giuridici del passato o di quelli vigenti, aveva impresso al diritto canonico «une physionomie originale qui n'appartient qu'à lui»¹⁶⁹: «L'Église, en construisant son droit, emploie pour partie les éléments que lui fournit le milieu où elle évolue, mais en même temps elle leur communique quelque chose de sa transcendance»¹⁷⁰.

L'anima della *refonte* del diritto canonico non è altro che «sa transcendance».

du peuple de Dieu». E dunque «le droit actuel a besoin d'une refonte complète, *ex integro*», così HENRI WAGNON, *Le droit canonique dans l'Eglise d'aujourd'hui*, in *Revue théologique de Louvain*, 1 (1970)/2, pp. 137-138.

¹⁶² *Französisches Etymologisches Wörterbuch*, p. 864.

¹⁶³ *Trésor de la Langue Française infirmatisé*, v. Réforme, in <http://atilf.atilf.fr/>.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ HENRI AUFFROY, *Le droit canon. Son évolution, sa transcendance*, cit., p. 150.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 151.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 169.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 115.

In questo senso, proprio in quanto richiama il nesso profondo delle due parole – *refonte /transcendence* –, si rivela curiosamente suggestiva, quale che ne sia l'origine, la difformità nella redazione del titolo di Auffroy, più sopra segnalata: sarebbe inconcepibile una *refonte* del diritto canonico a prescindere da quella capacità della Chiesa cattolica, ben descritta durante il Vaticano I, di trarre incessantemente «dal fondo immutabile dei vitali suoi principii nuove maniere di operare secondo che lo esiggon la condizione dei tempi e i rispettivi bisogni dei popoli»¹⁷¹, e di rinvigorire «nel libero e multiforme sviluppo delle proprie sue forze la sua divina e immutabile essenza e vita»¹⁷².

Non per caso ritorna l'immagine della fusione di metalli preziosi nella descrizione del lavoro dei canonisti che Hauffroy paragona a quei cercatori d'oro in Alaska i quali «ne découvrent souvent que des pépites petites, presque microscopiques»¹⁷³. Essi però non sono soli e lavorano intensamente per mesi ed anni. Finché, «à force de patience», riescono a raccogliere «une moisson suffisante de ces précieuses parcelles», da portare «à un orfèvre, plus habile et plus heureux, qui réunit tous ces fragments, les fond, et en fait un ostensor splendide»¹⁷⁴.

In questo senso la divaricazione con il vocabolario, anche giuridico, postrivoluzionario non potrebbe essere più marcato: qui la parola chiave è «régénération»¹⁷⁵, riferita a quel «rinnovamento palinogenetico della collettività»¹⁷⁶, attraverso la legge, generale e astratta, che segna una frattura profonda nella cultura giuridica europea. Sul versante canonistico, invece, la parola che, a partire dal Vaticano I, meglio descrive l'anima riformatrice della canonistica francese, evoca sì la necessità di un rinnovamento profondo: ma non è mai azzeramento, è piuttosto ri-fusione. Il paradigma ermeneuti-

¹⁷¹ *Sententia Cardinalis De Reisach*, in JOHANNES DOMINICUS MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosanti Oecumenici Concilii Vaticani*, Graz 1961, vol. 49, col. 42.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ HENRI AUFFROY, *Le droit canon. Son évolution, sa transcendance*, cit., p. 170.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ V. MONA OZOUF, *Rigenerazione*, in FRANÇOIS FURET- MONA OZOUF, *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Bompiani, Milano, 1989, pp. 748-757; ADRIANO CAVANNA, *Mito e destini, del Code Napoléon in Italia (riflessioni in margine al Panegirico a Napoleone Legislatore di Pietro Giordani)* [2000], in ADRIANO CAVANNA, *Scritti (1968-2002)*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 1117-1118.

¹⁷⁶ STEFANO SOLIMANO, «La codification est plus qu'un multiple de la loi», cit., p. 66. A tale riguardo si è rilevato che «Ozouf spinge lo sguardo ben oltre le tappe iniziali del decennio rivoluzionario e coglie le oscillazioni permanenti tra rigenerazione fulminea e rigenerazione lenta, tra fede nel miracolo palinogenetico e sforzo di neutralizzazione di ogni possibile resistenza da parte del tempo e dell'azione umana agli effetti di una rigenerazione laboriosamente imposta», P. ersano, *Tempo, rivoluzione, costituzione. Un bilancio storiografico*, in p. 48.

co degli autori qui rivisitati, ben più che lambiti dall'onda lunga di quella temperie culturale dominata dal mito della codificazione e destinata ad una pervasività decisamente debordante l'area civilistica¹⁷⁷, non rinuncia ai tratti inconfondibili del diritto canonico rivendicandone piuttosto la fedeltà alla sostanza originaria, nella sua essenziale plasticità. Insomma, nella loro traiettoria ideale la «refonte du droit canonique» prendeva vita e coraggio, proprio in quella « grande école de patience, de modération, de prudence, de mesure» che, per riprendere l'immagine vibrante di Hogan, è il diritto canonico stesso¹⁷⁸ con la sua arte inconfondibile di conciliare «une fermeté inébranlable sur les points essentiels avec une admirable condescendance sur tout le reste»¹⁷⁹. Un'arte della quale l'intera cultura giuridica non può fare a meno, nemmeno oggi.

¹⁷⁷ Della sterminata letteratura in tema si rinvia almeno a PAOLO UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, pp. 207-227; NATALINO IRTI, *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1979; PAOLO GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005; PAOLO GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2006, pp. 83-116; ADRIANO CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, cit., pp. 1079-1129; ID., *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁷⁸ JEAN HOGAN, *Etudes cléricales. Droit canonique. Son passé et son avenir*, cit., p. 8.

¹⁷⁹ *Ivi*, pp. 8-9.

Dalla “guerra giusta” all’ecologia umana della pace: la giustificazione della guerra nel magistero pontificio degli ultimi decenni

CRISTIANA MARIA PETTINATO

“nel deserto prenderà dimora il diritto e la giustizia regnerà nel giardino,
effetto della giustizia sarà la pace, frutto del diritto una perenne sicurezza”
(Isaia, 32, 16-17)

1. I concetti di guerra e pace, tra storia e speculazione filosofica e teologica

È problematico, se non addirittura impossibile, giungere ad una definizione di guerra¹ che si fondi su una verità assoluta, essendo questo concetto il frutto della mutevole pensabilità e variabilità delle vicende umane. La guerra, come inevitabile esperienza umana², perché è esercizio della volontà di supremazia che ciclicamente si rinnova e si esprime nelle dinamiche tra i popoli³, rappresenta un archetipo culturale delle relazioni tra gli uomini⁴ intrise di quel *pólemos*, che ne definisce gli assetti⁵, e al quale Eraclito attri-

¹ Vedi THÉOPHILE ORTOLAN, voce *Guerre*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, t. VI, Flacius Hylliricus-Hizler, Paris, 1920, col. 1899 e ANTONIO MESSINEO, voce *Guerra*, in *Enciclopedia Cattolica*, Casa Editrice Sansoni, vol. VI, Firenze, 1951, p. 1230

² Si ripropongono, ciclicamente e senza risposta, i drammatici interrogativi sulla naturalità, e quindi sulla inevitabilità della guerra per l’essere umano di PIERRE JOSEPH PROUDHON, *La guerra e la pace*, trad. di PIERO JAHIER, Carabba, Lanciano, 2010, cap. V, pp. 421-433. Sulla naturalità della guerra si veda LUIGI BONANATE, *Guerra e pace: due secoli di storia del pensiero politico*, Franco Angeli, Milano, 1998, p. 28-58.

³ Ricca di spunti la ricostruzione storico semantica di guerra di ANTONINO PAGLIARO, *Insegne e miti: teoria dei valori politici*, Palermo, Ciuni, 1940, pp. 277-291, in particolare sulle origini romano-cristiane della teoria della guerra giusta pp. 285-287. Si veda anche MARIO FIORILLO, *Guerra e diritto*, Laterza, Roma- Bari, 2009, in particolare nel capitolo primo, pp. 11-18 in cui si indaga la dialettica relazione tra guerra e diritto anche attraverso una ricostruzione storico-mitologica.

⁴ FEDERICO MONTANARI, *Linguaggi della guerra*, Meltemi, Roma, 2004, pp. 7-9.

⁵ UMBERTO CURI, *Pólemos*, Bollati Bolingheri, Torino, 2000, pp. 110-122.

buiva la paternità di tutte le cose⁶, un contrasto primordiale dal quale avrebbe origine il mondo stesso⁷, da sembrare quasi naturalmente inevitabile⁸. Secondo questa prospettiva la guerra può, perfino, essere considerata come l'inizio e il fondamento della legge stessa⁹. La guerra, pur essendo, nella sua essenza primordiale, un evento collettivo caratterizzato dall'elemento politico e dalla presenza di soggetti nazionali agenti¹⁰, si colora di tinte differenti, a seconda delle diverse dinamiche storiche in cui si materializza, e degli influssi delle particolari ideologie o culture sottostanti, che incidono sulla valutazione dei fatti e delle premesse di questi¹¹: "la guerra è un'area di coercizione radicale, in cui la giustizia è sempre coperta dalle nubi"¹². Si pensi, ad esempio, alle Crociate che turbarono la pace della *Respublica Christiana* medievale rappresentando un evento "di *pietas* collettiva ecclesiasticamente (e non solo politicamente) rilevante"¹³. L'interpretazione della guerra è sempre stata, infatti, vincolata all'esegesi storica, in primo luogo, e poi a seguire a quella filosofica, antropologica, sociologica, giuridica, etica e, soprattutto, religiosa¹⁴. Quale sia poi la relazione di questo evento in partico-

⁶ ERACLITO, *I frammenti e le testimonianze*, 14, testo critico del frammento n. 53 dell'edizione Diels-Kranz e traduzione di CARLO DIANO, Commento di CARLO DIANO e GIUSEPPE SERRA, Mondadori, Milano, 2009, p. 13.

⁷ Così si legge nell'interpretazione di MARTIN HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, Mursia, Milano, 1968, p. 72, ed ancora sul frammento eracliteo MARTIN HEIDEGGER-EUGEN FINK, *Eraclito. Seminario del semestre invernale 1966/1967*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 32.

⁸ Sul superamento dell'idea di naturalità della guerra si veda PIERLUIGI CONSORTI, *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra fra diritto internazionale e magistero pontificio*, Plus-Università di Pisa, Pisa, 2004, p. 80. Dello stesso autore un ulteriore approfondimento del tema in *Guerra giusta? Fra teologia e diritto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, pp. 69-100.

⁹ Così FRANCESCO D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 7 e ss.

¹⁰ Vedi ROBERTO BOSCA, voce *Guerra*, *Diccionario General de Derecho canónico*, vol. IV, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 274. Sulla stretta connessione tra guerra e politica, che della prima è genitrice. Per un approccio più neutrale e tecnico al tema della guerra vista essenzialmente come atto di forza, si veda il classico di CARL VON CLAUSEWITZ, *Della guerra*, trad. it. a cura di AMBROGIO BOLLATI e EMILIO CANEVARI, *Presentazione* di DOMENICO CORCIONE, Mondadori, Milano, 2017, in particolare pp. 19-21.

¹¹ Vedi ANTONIO MESSINEO, voce *Guerra*, cit., p. 1230.

¹² La definizione è di Michael Walzer in occasione della presentazione di un suo volume sulla guerra, intitolato appunto *Sulla guerra*, Bari, Laterza, 2004. MICHAEL WALZER, *Perché talvolta la guerra è giusta?*, 24 ottobre 2004 in <https://ilmiolibro.kataweb.it/recensione/catalogo/8401/perche-talvolta-la-guerra-e-giusta/>.

¹³ PIERO BELLINI, *Il gladio bellico. Il tema della guerra nella riflessione canonistica della età classica*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 17.

¹⁴ Vedi ROBERTO BOSCA, voce *Guerra*, cit., p. 274.

lare modo con il diritto¹⁵, del quale essa sembra rappresentare, quantomeno, la “sospensione”¹⁶, è assai impegnativo delinearla, perchè è innegabile la fluidità della linea di confine tra il diritto, come regola della convivenza sociale, e ad esempio, la guerra, che è, in sé, sovversione e, spesso, distruzione delle regole, quanto meno dello *status quo* per creare un nuovo assetto, non necessariamente peggiore del precedente¹⁷. La stessa fluidità esiste nel concetto stesso di nemico, il quale possiede una primordiale valenza etica e socio-culturale che, solo successivamente, viene elevata a categoria giuridica¹⁸. È, infatti, insita nella natura del diritto stesso la caratteristica della coazione che, però, ha come fine ultimo quello di regolare la violenza dell'uomo, per condurlo ad una vita ordinata, disciplinata da norme che gli consentono una convivenza pacifica con i suoi simili, una convivenza, cioè, più umana. La natura intrinsecamente coercitiva del diritto ha probabilmente facilitato il percorso di giuridicizzazione della guerra, utilizzata per fondare un pretesa soggettiva legittima o, a volte, una forzosa modificazione dell'assetto politico esistente per ridisegnarlo secondo nuovi confini¹⁹. Questo è stato il risultato del superamento della guerra come fenomeno relegato alla dimensione della coscienza, cioè visto e giudicato “nei suoi tratti moralistici”, e del suo passaggio alla dimensione sociale e comunitaria, come fatto cioè che intercetta “gli interessi altrui e le istanze dell'ordine pubblico”²⁰.

Da queste premesse discende anche la difficoltà di qualificare la guerra come un male assoluto, da contrapporre alla pace come bene assoluto suo opposto e non pensabile separatamente, onde poi tentare di rinvenire cause di giustificazione che, affiancandosi ad eventuali preve legittimazioni dell'attività bellica, ne trasformano la natura, di per sé obiettivamente negativa, in positiva²¹. Sul tema della guerra si gioca quella perenne dialettica tra *ius* e

¹⁵ SERGIO COTTA, *Guerra e diritto a confronto*, in ACHILLE ARDIGÒ, *La guerra nel pensiero politico*, a cura di CARLO JEAN, Milano, 1987, in particolare pp. 135-150.

¹⁶ Vedi PIETRO COSTA, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. I, 38, 2009, p. 1-40.

¹⁷ MARIO FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., p. 17.

¹⁸ MARCO FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., p. 4.

¹⁹ PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., p. 9.

²⁰ PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., pp. 35-36.

²¹ “*Silent leges inter armas*”, ricorda Cicerone nel *Pro Milone*. al diritto spetterebbe solo il compito di rinvenire cause di giustificazione dell'azione bellica o regole attraverso le quali quest'azione deve svilupparsi per potere essere considerata accettabile in uno Stato di diritto. Ma mai si può chiedere al diritto, inteso, come attuazione della giustizia, di giustificare la guerra in sé. Vedi per la citazione CICERONE, *Pro Milone*, IV, 10, trad. di DANILO ZANACCHI, Dante Alighieri, Roma, 2000, p. 36. Sulla relazione tra guerra, pace e diritto nella vita dell'uomo intensa la lettura delle pagine di FRANCESCO CARNELUTTI, *La guerra e la pace*, con *Prefazione* di ALESSANDRO CARNELUTTI, a cura di

iustitia, la quale del primo dovrebbe rappresentare il contenuto morale²², mirabilmente espressa nel mito di Antigone, traducibile nel dilemma *iustum quia iussum* o *iussum quia iustum*, che ha portato, soprattutto nell'ultimo secolo, alla crisi della ragione, e alla massima tensione possibile fra la giustizia ed il diritto. Tale crisi si è concretizzata, poi, nei regimi totalitari del XX secolo, nelle loro aberrazioni giuridiche, e nei due grandi conflitti mondiali.

Complesso è, dunque, il compito del giurista, specie se positivo, nell'accostarsi a tale tema, soprattutto, quando vuol tentare di giustificare l'esistenza di un diritto alla guerra nei termini di una giustizia assoluta, operazione che, per la tradizionale dottrina internazionalistica, ad esempio, sarebbe più facile e logico sostituire con quella formale di indagine procedurale²³. Più realistico sarebbe, infatti, dibattere di *ius in bello* che di *ius belli*.

La speculazione filosofica del Novecento non ha potuto evitare di interrogarsi su questo binomio guerra-pace, nel tentativo di generare definizioni e tracciare correlazioni tra i due termini esistenti²⁴. Nel pensiero di Kelsen, ad esempio, il concetto di pace è puramente negativo, come lo stato caratterizzato dall'assenza dell'uso della forza: "*the absence of force in the relationship among states*"²⁵. Potremmo dire che il concetto giuridico di pace sia quello di uno stato di assenza dell'uso illegittimo della forza²⁶. Bobbio riprende la teoria di Kelsen dell'idea di giustizia come mera legalità²⁷ applicandola alla discussione sul diritto internazionale²⁸ e afferma che per pace

GIANLUCA TRACUZZI, Giappichelli, Torino, 2014. Il volume fu dedicato dall'Autore al Presidente della Confederazione Elvetica che lo ospitò durante la fuga dall'Italia fascista.

²² Vedi HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad.it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di Renato Treves, Einaudi, Torino 1967, pp. 57-58

²³ Sul punto si vedano le perplessità di ENRICO CATELLANI, *Per una codificazione del diritto alla guerra. L'obbligo di dichiarazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, I, 1906, in particolare p. 186.

²⁴ Si veda LUIGI BONANATE, *Guerra e Pace: due secoli di storia del pensiero politico*, Milano, 1998, in particolare p. 59-61.

²⁵ HANS KELSEN, *The Law of The United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Steens and sons, London, 1950, p. 19.

²⁶ HANS KELSEN, *Principles of International Law*, ed. by R.W. Tucker, II ed., Holt, Rinehart and Winston, New York 1966, p. 16. Conseguentemente solo in senso relativo si può affermare che il diritto sia un luogo di pace, in quanto, secondo Kelsen, esso è segnato dall'organizzazione e dall'uso della forza pubblica.

²⁷ HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1949), trad. it., Milano 1952, p. 14: "La giustizia, nel senso di legalità, è una qualità che non si riferisce al contenuto di un ordinamento positivo, bensì alla sua applicazione [...] "Giustizia" significa il mantenimento di un ordinamento positivo mediante la sua coscienziosa applicazione. Essa è giustizia "secondo il diritto".

²⁸ Per una lettura del rapporto tra Kelsen e i temi della pace e del diritto internazionale si vedano: le pagine della *Prefazione* di LUIGI CIAURRO a HANS KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli,

si possa intendere una conclusione del conflitto che sia regolata dal diritto, senza per questo “imporre” un giudizio di valore che induca all’equazione pace-giustizia. È difficile infatti che della pace si possa dire che sia giusta o ingiusta, essendo questa un concetto neutro, vuoto, che sta a indicare solo l’assenza del conflitto²⁹. Nel sistema delle relazioni internazionali, si erge il primato dei diritti umani come garanzia del mantenimento di un ordine giuridico supremo³⁰, comune a tutti gli Stati, e che si pone come la vera garanzia di pace. Vale a dire che il primato dei diritti umani ridisegna il principio di non ingerenza fondandolo sulla sovranità popolare, e sull’intento di promuovere istituzioni giuste ed eliminare le più gravi ingiustizie sociali³¹.

Un concetto di pace³² giusta, intesa come l’ordine che ha subito una violazione, rinvia, infatti, logicamente ad un concetto di guerra che sia anch’essa giusta³³ nella misura in cui venga chiamata ad essere strumento di preservazione o ristabilimento di una pace necessaria³⁴.

Il denominatore comune di tutte le teorie sulla giustificazione della guerra è, dunque, sempre il tentativo di rinvenire una *iusta causa* a quelle guerre di offesa, il cui scopo risultasse essere la riparazione di un torto subito o la punizione di un colpevole, quasi non si riesca a prescindere dalla guerra come strumento di soluzione dei conflitti³⁵. Sussunta sotto questo paradig-

Torin, 1990, pp. 1-33 e le riflessioni di TECLA MAZZARESE, *Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta? Kelsen e il diritto internazionale preso sul serio*, in *Jura gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e di politica globale*, in <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/tutela.htm>.

²⁹ NORBERTO BOBBIO, *L’idea della pace e il pacifismo*, in NORBERTO BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 166-168. Invece, per un concetto positivo di pace si veda il saggio di SERGIO COTTA, *Guerra e diritto a confronto*, in *La guerra nel pensiero politico*, a cura di CARLO JEAN, Franco Angeli, Milano, 1987, pp. 150-151 e dello stesso autore *Dalla guerra alla pace: un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano, 1989.

³⁰ Si vedano sul punto: GIOVANNI BARBERINI, *Diritto internazionale umanitario, guerra e pace, diritti delle persone*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), novembre 2011, pp. 15-19 e FRANCESCO VIOLA, *La teoria della guerra giusta e i diritti umani*, in AA.VV., *Pace, sicurezza e diritti umani*, a cura di STEFANO SEMPLICI, Messaggero, Padova, pp. 39-68.

³¹ BRUNO SIMMA, *Nato, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, in *European Journal of International Law* 10, 1/1999, p. 3.

³² Sul concetto teologico di pace si veda: GIUSEPPE MATTAI, *Pace e pacifismo*, in *Nuovo Dizionario di Teologia Morale*, a cura di FRANCESCO COMPAGNONI - GIUSEPPE PIANA - SALVATORE PRIVITERA, Cinisello Balsamo, Edizioni Paoline, 1990, pp. 873-881; sul concetto sociologico si veda: MARCO CESA, *Pace*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Treccani, 1996, vol. VI, pp. 442-448.

³³ GIANCARLO VENEROSI PESCIOLINI, voce *Guerra giusta*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 932 e ss.

³⁴ JOSEPH JOBLIN, *Dalla guerra giusta alla costruzione della pace*, *La Civiltà Cattolica*, 150, II, n. 3576, 1999, pp. 559-571 e AA.VV., *Ritorno della guerra giusta?*, a cura di MARIA PILAR AQUINO-DIETMAR MIETH in *Concilium*, 37, 2, 2001, pp. 9-158.

³⁵ A questa domanda, connessa a quella se la guerra riesca poi davvero a risolvere i conflitti politico-

ma logico la guerra potrebbe essere assimilata, dunque, ad una sorta di procedimento giudiziario. Esse diverrebbe nell'immaginario comune un espediente per risolvere una contesa sorta tra soggetti di diritto internazionale che non ubbidiscono ad una legge comune. Ma proprio questa assimilazione ha finito per mettere in evidenza la debolezza della teoria della guerra giusta. La guerra si presta ad incarnare il modello di esecuzione forzata o sanzione, vale a dire il concetto di una forza che si ponga servizio del diritto. I problemi nascono nel momento anteriore all'esecuzione, e cioè nel momento in cui le parti dovrebbero liberamente sottoporsi al giudizio terzo di chi decide il limite tra il giusto l'ingiusto, e quindi di chi è chiamato a stabilire una linea di confine tra la ragione e il torto, ispirandosi al principio fondamentale della imparzialità di chi deve giudicare³⁶. Ma anche l'assimilazione della guerra alla sanzione tradisce la debolezza dell'idea di una giustizia intrinseca, in quanto con quale certezza possiamo dire avvenga nei confronti di chi ha commesso il male l'infrazione della pena-guerra? Più verosimile è infatti che la guerra, come sanzione, si ponga al servizio di chi detiene più forza, rovesciando l'assunto che la forza sia, al contrario, al servizio del diritto³⁷.

Il tema della guerra, e delle sue giustificazioni, è una costante della riflessione giuridica che mette a dura prova le certezze dei suoi protagonisti. I costituzionalisti italiani, ad esempio, chiamati ad interrogarsi sulle norme che sanciscono il divieto di guerra nel nostro ordinamento³⁸, contenuto nell'art. 11 cost.³⁹, rilevano che esso si allinea al contenuto del divieto generale dell'art. 2.4 della Carta ONU e alle sue istanze pacifiste. Ma in situazioni particolari, quali ad esempio quelle relative ai conflitti nei Balcani, il ripren-

economico-culturali, tenta di rispondere, attraverso un'analisi del magistero pontificio PIERLUIGI CONSORTI, *L'avventura senza ritorno. Intervento e ingerenza umanitaria nell'ordinamento giuridico nel magistero pontificio*, Plus Università di Pisa, Pisa, 2002, in particolare pp. 18 e 164.

³⁶ NORBERTO BOBBIO, *La guerra nella società contemporanea*, a cura di LUIGI BONANATE, Principato, Milano, 1976, pag. 52.

³⁷ NORBERTO BOBBIO, *La guerra nella società contemporanea*, cit., pag. 52.

³⁸ FRANCESCO BILANCIA-CLAUDIO DE FIORES-PAOLA MARSOCCI-LAURA RONCHETTI-MARCO RUOTOLO *Guerra e Costituzione*, fasc. I, 16 marzo 2003, in file:///C:/Users/Utente/Downloads/Costituzionalismo_99.pdf.

³⁹ Sul tema si vedano: PIERLUIGI CONSORTI, *Dal ripudio della guerra al diritto alla pace. Per una lettura attuale dell'art. 11 della Costituzione* in *Rivista di Teologia Morale* 30/3-119, 1998, pp. 393-411; GIULIO DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione: nuovi conflitti e sfide della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; FRANCESCO DAL CANTO, *I principi fondamentali*, in FRANCESCO DAL CANTO, ELENA MALFATTI, SAULLE PANIZZA, ANDREA PERTICI, EMANUELE ROSSI, *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Volume I, a cura di ROBERTO ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 153-154; in particolare sulla compatibilità costituzionale del conflitto in Iraq si vedano le riflessioni di EMANUELE ROSSI, *Ma l'Italia ripudia o no la guerra?*, in <http://www.toscanaoggi.it/Toscana/Ma-l-Italia-ripudia-o-no-la-guerra>, n. 13 del 30 marzo 2003.

dere vigore del diritto internazionale consuetudinario pre-ONU, di fronte al quale il diritto pattizio Onu si mostra nei fatti cedevole, fa riemergere il concetto di guerra come *ius ad bellum*, ossia come una pretesa originaria ed irrinunciabile della statualità. Di fronte a tale ammissione cadrebbe, quindi, il diritto pattizio ONU, e di conseguenza anche il nostro articolo 11 che su quello si basa, in quanto diventerebbe nullo per impossibilità di prestazione o oggetto⁴⁰. L'appello ai criteri di giustizia invocati per scardinare la solidità dei divieti normativi degli Stati sulla guerra, ed aggirarli, produce solo la conseguenza di proceduralizzare il ricorso alla forza, affidandone la decisione ad un'autorità sovranazionale e non più statale, ma non esclude il ricorso all'uso della forza armata come inevitabile – “naturale” affermava Freud rispondendo ad Einstein nel celebre carteggio del 1932⁴¹ - strumento di soluzione dei conflitti. Invocare la guerra come giusta implica la conseguenza di rappresentare l'esistenza di un nemico “ingiusto che rende giusta la guerra contro di lui condotta”⁴².

2. *Il tormento della Chiesa divisa tra il praeceptum dilectionis e la naturale inevitabilità del bellum*

La posizione della Chiesa sul delicato e controverso tema della guerra non può essere disgiunta dall'assoluta rivoluzione, rispetto agli assiomi politici e filosofici del mondo antico, rappresentata dal messaggio di Cristo che converte l'idea di *potestas* in quella di *munus* e ricorda come l'uso di un'arma macchi, in definitiva, sia chi la usa per attaccare, sia chi la tocca per difendersi. Si legge in Matteo 26, 52: “*Qui gladio ferit gladio perit*”. Gesù comanda ai suoi discepoli di non usare la forza né per affermare la verità, né per difendersi da un attacco ingiusto: “Rimetti la spada nel fodero, perché tutti

⁴⁰ “Se infatti – si dice - il divieto della guerra contenuto nella Carta ONU (il divieto “generale”) è stato radicalmente ed immediatamente svuotato perché l'equilibrio del terrore si reggeva proprio sulla minaccia dell'uso della forza che la Carta stessa vietava; se in questo contesto l'Italia delegò alla Nato, e al suo paese leader, il compito di garantire la sua sicurezza, partecipando all'organizzazione della minaccia (con basi militari, approdi per sottomarini, installazioni di missili “di primo colpo”...) e rinunciando per il resto ad ogni autonomia di politica estera e militare, ne consegue che il divieto di cui all'art. 11 Cost. (il divieto “locale”) è privo di oggetto, perché un divieto ha senso solo se, per il suo destinatario, il comportamento vietato è possibile, e libera è la scelta tra il metterlo in atto o no”. Le interessanti considerazioni sono di MARIO DOGLIANI, *Il divieto costituzionale della guerra*, fasc. I, 26 luglio, 2003 in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/112/>.

⁴¹ *Perché la guerra?* Carteggio tra ALBERT EINSTEIN e SIGMUND FREUD, Gaputh (Potsdam), 30 luglio 1932, in <http://www.iisf.it/discorsi/einstein/carteggio.htm>.

⁴² MARIO DOGLIANI, *Il divieto costituzionale della guerra*, cit.

quelli che mettono mano alla spada periranno di spada. Pensi forse che io non possa pregare il Padre mio, che mi darebbe subito più di dodici legioni di angeli". Principio che si traduce, poi, anche nell'adagio "*Ecclesia abhorret a sanguine*"⁴³. Direi che il principio della non violenza, corollario del *praeceptum dilectionis*, è quello che passa per primo come sintesi della dottrina etico-politica di Cristo. Al buon cristiano non rimane che ossequio ed obbedienza a questo principio che si coniugherà, però, con l'idea dell'obbedienza alla *potestas* che a *Deo* discende, una *potestas* secolare che potrà decidere di discostarsi dal principio originario della non violenza, in nome di una ragione collettiva superiore, la ragion di Stato, e finendo per costringere i sudditi ad un'obbedienza che spesso metterà il credente nella dolorosa condizione di compiere scelte terribili sul modello antigoneo. Questo processo giunge fino alla blasfema stortura dell'uso della violenza in nome della divinità, che segna il nostro presente, tormentato dallo sviluppo del terrorismo di matrice ideologico-religiosa, in un continuo *déjàvu* con un passato, evidentemente, non del tutto superato dagli accadimenti della storia⁴⁴.

La Chiesa di Roma, consapevole della sua irrinunciabile dimensione temporale - espressa per secoli fino al Vaticano II nell'immagine di *societas iuridice perfecta* con tutte le derivanti implicazioni di natura giuspubblicistica che la rendono equiparabile, in quanto a struttura giuridica e amministrativa alle potenze secolari⁴⁵ - e della sua superiore legittimazione ad intromettersi in questo ambito, *ratione peccati et salutis animarum*, - interviene, da sempre, nel dibattito sulla giustificabilità della guerra, sebbene con motivazioni differenti. Essa esprime la sua indisponibile dottrina sulla *caritas* come valore supremo dell'esistenza umana, ma con un sapiente realismo che la induce a coniugarne la rigidità del dogma con le aperture verso orizzonti di giustificazione etico-razionale del fenomeno bellico, nella consapevolezza

⁴³ Vedi GERALDINA BONI, *La canonizzazione dei santi combattenti nella storia della Chiesa: linee ricostruttive di una ricerca*, in *Ius Ecclesiae*, XXIV, 2012, p. 325. Tali temi sono approfonditi dall'autrice nello studio monografico *La canonizzazione dei santi combattenti nella storia della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012.

⁴⁴ Il discorso sul terrorismo di natura religiosa richiederebbe approfondimenti che in questa sede ho scelto di non inserire, al fine di evitare marginalizzazioni di un tema che merita uno spazio adeguato. Ad ogni modo mi sia consentito un rinvio a PIERLUIGI CONSORTI, *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra tra diritto internazionale e magistero pontificio*, cit., pp. 153-165.

⁴⁵ Sull'idea di *Ecclesia iuridice perfecta* come fulcro concettuale della scienza del *ius publicum ecclesiasticum* con le sue esigenze apologetiche e didattico sistematiche che hanno caratterizzato la riflessione canonistica a partire dal XVIII secolo fino all'apertura del Concilio Vaticano II, si rinvia a CRISTIANA MARIA PETTINATO, *I "Maestri di Würzburg" e la costruzione del Jus Publicum Ecclesiasticum nel secolo XVIII*, Giappichelli, Torino, 2011, in particolare pp. 195-281 e per un approfondimento sulla Scuola Romana del XIX secolo del *ius publicum ecclesiasticum* allo studio di MATTEO NACCI, *Origini, sviluppi e caratteri del jus publicum ecclesiasticum*, Lateran University Press, Roma, 2010.

dell'inevitabile naturalità del *bellum* nella vita dell'uomo; inevitabile perché ontologicamente derivante dalla ferita del peccato⁴⁶. Tali aperture, spesso, hanno armato la mano di Pontefici ed eserciti di cristiani combattenti per la causa della fede, rendendoli a volte complici di inevitabili deviazioni storiche dal precetto divino del non uccidere, e inducendoli a concedersi alla complicità con le strutture politico-ideologiche generatrici dei conflitti armati. Nasce così la dottrina della guerra giusta fondata sulla fiducia nella superiore giustizia divina come fonte giustificativa del conflitto⁴⁷, sorretta da più o meno occulte implicazioni di natura economica, e transitata fino ai nostri giorni nella versione che pretende di essere eticamente più accettabile riqualificandosi come intervento umanitario⁴⁸.

Al fine di valutare l'atteggiamento apparentemente mutevole della dottrina cristiana sul tema della guerra bisogna, però, tenere conto del un ruolo centrale attribuito alla coscienza come sede del discernimento tra il bene ed il male, sede di quel difficilissimo giudizio tra le due forme in cui un peccato può essere commesso. Ci viene in soccorso Sant'Ambrogio spiegando ad esempio come il peccato contro la giustizia abbia due facce: il peccato di azione, che induce cioè a commettere un'azione ingiusta, e quello di omissione, che consiste nel non soccorrere chi subisce un'ingiustizia. In questa circostanza la coscienza cristiana si trova, quindi, divisa tra l'obbedienza a due doveri diversi: l'astensione da ogni forma di violenza, sempre considerata ingiusta in sé, e l'obbligo di solidarietà nei confronti degli oppressi in ossequio al supremo comandamento dell'amore⁴⁹. Alla luce di questa premessa credo diventi meno problematico accertare, ed accettare di conseguenza, la convivenza tra l'afflato pacifistico intimamente ispirato dal *praecipuum dilec-*

⁴⁶ Vedi GERALDINA BONI, *La canonizzazione dei santi combattenti*, cit., p. 329. L'autrice cita il n. 78 della *Gaudium et spes*, in cui si descrive chiaramente che la guerra trova la sua fonte originaria nel peccato dell'uomo. Data questa premessa è, quindi, impossibile espellere la dimensione conflittuale dell'esistenza umana almeno fino alla venuta di Cristo.

⁴⁷ GERMANA CAROBENE, *Legittimità del conflitto e diritto alla pace tra codificazione e dottrina canonistica*, in *Diritto e Religioni*, n 1-2, 2006, pp. 245-263, in particolare p. 249.

⁴⁸ Espressione elaborata in occasione del conflitto in Kosovo e della necessità di intervento armato, non legittimato da un tradizionale conflitto tra Stati e da una aggressione esterna, ma attuato al fine di impedire ulteriori violazioni dei diritti fondamentali, *ivi*, p. 248. Si veda anche sul tema ALESSANDRO COLOMBO, *Ingerenza umanitaria, interventismo e guerra dopo il Novecento. Il discutibile trionfo della "guerra giusta"*, in AA. VV., *Dalla concordia dei greci al bellum iustum dei moderni*, a cura di GIOVANNA DAVERIO ROCCHI, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 200-218; GIOVANNI BARBERINI, *Diritto internazionale umanitario, guerra e pace, diritti delle persone*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., pp. 3-7. Per ulteriori approfondimenti si veda infra nota n. 387.

⁴⁹ SANCTI AMBROSII MEDIOLANENSIS, *De officiis*, I, c 29, in JACQUES PAUL MIGNE, *Patrologia Latina*, Typographi Brepolis Editores Pontificii, Turnholt, XVI, c.63. Sant'Ambrogio in questo passo si riferisce ai nemici, verso i quali in guerra è necessario operare secondo giustizia, che nella Chiesa è forma.

tionis e l'obbligo morale di giustificazione della guerra, come *ius ad bellum* e *ius in bello*⁵⁰, da sempre coesistenti nel magistero dei papi.

3. Cenni sui fondamenti della teoria della guerra giusta nella teologia di Sant'Agostino e San Tommaso

Come esperienza umana la guerra intercetta dunque, il diritto, dal quale viene osservata e, alternativamente, giudicata e condannata o legittimata. Non è estraneo a questa dinamica il diritto della Chiesa che nutre le proprie norme con i frutti della speculazione teologica, soprattutto in epoca medievale, e viene poi consegnato, non solo ai *christifideles*, ma a tutti gli uomini di buona volontà, nella sua forma di *ius divinum naturale*, che è quello che interviene sulla questione della guerra, attraverso il magistero pontificio.

La riflessione sulla guerra che in qualche misura ha influenzato il diritto canonico è certamente quella collegata all'eredità ricevuta dal mondo greco-romano, della quale, per ovvie ragioni di brevità, in queste pagine non intendiamo parlare⁵¹, per dedicare, invece, qualche breve cenno alle speculazioni che fondano la teoria della guerra giusta e che immergono le prime radici nel pensiero filosofico cristiano. Si deve principalmente a Sant'Agostino e a San Tommaso la formulazione di una vera dottrina sulla guerra giusta⁵², ovvero di quel pensiero che, poi, si sarebbe affermato e sviluppato fino alla modernità. Sant'Agostino rilegge la rigidità del pacifismo cristiano, più coerente alla lettera del Vangelo, in chiave possibilista nei confronti di una guerra che

⁵⁰ Per una lettura critica sulla dicotomia *jus ad bellum ius in bello* si veda lo studio di STEFANO PIETROPAOLI, *Jus ad bellum e Jus in bello: la vicenda teorica di una Grande dicotomia del diritto internazionale*, in *Quaderni Fiorentini*, 38, 2009, pp. 1169-1213.

⁵¹ Si rinvia allo studio di RUGGERO MACERATINI, *Note sulla guerra nel diritto canonico*, in AAVV., *Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 360-371, in particolare le pagine 360-364 e bibliografia *ivi* citata specifica sul periodo greco-romano. Per una sintesi sui punti nodali della riflessione giuridica romana si leggano il volume di ANTONELLO CALORE, *Forme giuridiche del bellum justum*, Giuffrè, Milano, 2003; FERDINANDO ZUCCOTTI, "Bellum iustum" o del buon uso del diritto romano, in *Rivista di Diritto romano*, IV, 2004, pp. 1-64, consultabile online in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04zuccotti.pdf>. Per una lettura breve ma ricca di spunti bibliografici si rinvia anche a FRANCESCO SINI, *Ut iustum conciperetur bellum: guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Diritto@Storia*, marzo 2003, consultabile in http://www.dirittoestoria.it/tradizione2/Sini-Iustum-bellum.htm#_ftn105; sul mondo greco si veda NIKOS BIRGALIAS, *Peloponnesian war: justice and persuasion in the Orations of Thucydides*, in AA.VV., *Dalla concordia dei greci al bellum iustum dei moderni*, a cura di GIOVANNA DAVERIO ROCCHI, cit., pp. 55-70.

⁵² Per una sintesi dei principi della teologia cattolica sul tema della guerra giusta e delle relazioni internazionali si veda lo studio di GIOVANNI BARBERINI, *Principi di diritto internazionale nella teologia cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), 23 gennaio 2012, in particolare pp. 4-8. Il contributo assai ricco di riferimenti è purtroppo privo di note.

si possa dire “giusta”⁵³, e con acutezza tenta di piegare alla realtà del cristianesimo⁵⁴ le ragioni della cultura romana del suo tempo, debitrice, sul tema del *bellum iustum*, verso Cicerone⁵⁵.

In pieno medioevo la Chiesa di Roma contribuisce a consolidare l'idea che la società sia una, gerarchicamente organizzata e governata da un'unica *auctoritas* col compito di realizzare il bene comune. Il conflitto è ovviamente destabilizzante di questo ordine, ma altrettanto lo è la presenza di un nemico che in questo ordine non si inserisce, ovvero l'eretico e l'infedele. Il raffinato pensiero giuridico medievale – che in queste pagine per brevità sintetizziamo solo nelle posizioni di Agostino e Tommaso – intimamente sostenuto dalla speculazione teologica di indirizzo politico, fornisce dispositivi per legittimare il ricorso alla violenza della guerra come strumento di ristabilimento dell'ordine purchè si rispettino determinate condizioni.

Per Agostino, il quale si chiede “*quid enim culpatur in bello*”⁵⁶, la natura della guerra sembra essere strumentale al raggiungimento del bene primario e comune della pace⁵⁷.

Agostino scrive, infatti, nel *De civitate Dei* IV, 6: “Fare la guerra è una felicità per i malvagi, ma per i buoni una necessità [...] è ingiusta la guerra fatta contro popoli inoffensivi, per desiderio di nuocere, per sete di potere, per ingrandire un impero, per ottenere ricchezze e acquistare gloria. In tutti

⁵³ FREDERICK H. RUSSELL, *The Just war in the middle ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, pp. 16-39; CHARLES PIETRI, “*Saint Augustine et la guerre*”, in *Les Quatre Fleuves, Cahiers de Recherche et de Réflexion Religieuse*, 19, 1984, p. 6; DAVID. A. LENIHAN, “*The Just War Theory in the Work of Saint Augustine*”, in *Augustinian Studies*, 19, 1988, pp. 37-70; MICHAEL WALZER, *La libertà e i suoi nemici*, La Terza Roma-Bari, 2003, in particolare pp. 71-72; ALDO ANDREA CASSI, *Introduzione* in AA. VV., *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, a cura di ALDO ANDREA CASSI, Soveria Mannelli, 2009, p. 9; dello stesso AUTORE, *La giustizia in Sant'Agostino: itinerari agostiniani del quartus fluvius dell'Eden*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 89-102; MARIA TERESA FUMAGALLI BEONIO BROCCIERI, *Cristiani in armi. Da Sant'Agostino a papa Wojtyła*, Laterza, Bari, 2006, (ult. ed. 2014) l'intero capitolo quinto dedicato alla lettura critica di Sant'Agostino, pp. 19-26.

⁵⁴ Vedi ANTONELLO CALORE, *Agostino e la teoria della “guerra giusta”* (A proposito di *Qu. 6,10*), in AA.VV., *Guerra e diritto Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di ALDO ANDREA CASSI, Rubettino, Soveria Mannelli, p. 17.

⁵⁵ ANTONELLO CALORE, *Agostino e la teoria della “guerra giusta”*, cit., p. 16. Sulle similitudini tra Cicerone e Agostino si veda FREDERICK H. RUSSEL, voce *Guerra*, in *Agostino. Dizionario enciclopedico*, a cura di LUIGI ALICI- ANDREA PIERETTI, Città Nuova, Roma 2007, p. 804-805.

⁵⁶ SANCTI AURELI AUGUSTINII, *Contra Faustum Manicheum*, cap. LXXIV in JAQUES PAUL MIGNE, *Patrologiae Latinae*, T. XLII, Typographi Brepolis Editores Pontificii, Turnholti, 1845, c. 447.

⁵⁷ SANCTI AURELI AUGUSTINI, *Contra Faustum Manicheum*, cit., cap. LXXXV, c. 448: “*ordo tamen ille naturalis mortalium paci accomodatus hoc poscit, ut suscipiendi belli auctoritas atque consilium penes Principem sit; exequendi autem iussa bellica ministerium milites debeant paci salutique communi*”.

questi casi la guerra va considerata un grande *latrocinium*⁵⁸. Una posizione molto ferma quella di Agostino che non gli impedisce di rilevare la sofferenza inevitabile che si cela dietro ad ogni guerra, a maggior ragione se giusta, per via della dicotomia che si crea nell'animo dell'uomo giusto tra l'adesione al dovere e la percezione dei *mala* e dei *dolores* che la guerra genera⁵⁹.

Ma è nelle *Quaestiones in Heptateucum* che affronta ancor più analiticamente il delicato tema⁶⁰, sforzandosi di giustificare il fatto ingiusto di un'imboscata, suggerita da Dio, dal quale non può provenire male. La matrice divina del fatto ne trasforma la natura, rendendolo utile al raggiungimento del fine della giustizia. Ed è ancora nella Lettera a Bonifacio, che il Vescovo di Ippona tenta di smuovere dall'immobilismo nell'affrontare la piaga dell'eresia donatista, che insiste sulla giustificazione della guerra legata al fine ultimo del conseguimento della pace: "*Non enim pax quaeritur ut bellum excitetur, sed bellum geritur ut pax acquiratur*"⁶¹.

L'altro pilastro sul quale si regge la dottrina cattolica della guerra giusta è il pensiero di San Tommaso D'Aquino⁶². Nella *Summa* l'Aquinate descrive in modo più analitico la guerra distinguendola da altre forme di conflitto, quali la rissa la sedizione o lo scisma, che non possiedono il carattere dell'estraneità dei soggetti agenti: "*bellum proprie est contra extraneos et hostes, quasi multitudinis ad multitudinem; rixa autem est unius ad unum, vel paucorum ad paucos; seditio autem proprie est inter partes unius multitudinis inter se dissentientes, puta cum una pars civitatis excitatur in tumultum contra aliam. Et ideo seditio, quia habet speciale bonum cui opponitur, scilicet unitatem et pacem multitudinis, ideo est speciale peccatum*"⁶³. L'Aquinate denuncia

⁵⁸ SANCTI AURELI AUGUSTINI, *Opera Omnia, De civitate Dei*, IV, 6, in *Patrologia Latina*, cit., 41, 117.

⁵⁹ SANCTI AURELI AUGUSTINI, *Opera Omnia, De civitate Dei*, XIX, 7, in *Patrologia Latina*, cit., 41, 634.

⁶⁰ SANCTI AURELI AUGUSTINI, *Opera Omnia, Quaestiones in Heptateucum Libri septem*, Qu. 6, 10, in, *Patrologiae Latinae*, cit., T. XXXIV, pp. 780-781: "*Quod Deus iubet loquens ad Iesum, ut constituat sibi retrorsus insidias, id est insidiantes bellatores ad insidiandum hostibus, hinc admonemur non iniuste fieri ab his qui iustum bellum gerunt: ut nihil homo iustus praecipue cogitare debeat in his rebus, nisi ut iustum bellum suscipiat, cui bellare fas est; non enim omnibus fas est. Cum autem iustum bellum susceperit, utrum aperta pugna, utrum insidiis vincat, nihil ad iustitiam interest. Iusta autem bella ea definiri solent, quae ulciscuntur iniurias, si qua gens vel civitas, quae bello petenda est, vel vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est, vel reddere quod per iniurias ablatum est. Sed etiam hoc genus belli sine dubitatione iustum est, quod Deus imperat, apud quem non est iniquitas (= Rm 9, 14) et novit quid cuique fieri debeat. In quo bello dux exercitus vel ipse populus, non tam auctor belli, quam minister iudicandus est*".

⁶¹ SANCTI AURELI AUGUSTINI, *Epistula Ad Bonifacium*, in *Patrologia Latina*, cit., t. XXXIII, 6.

⁶² Come lettura specifica sulla visione dell'Aquinate sui temi trattati in questa premessa si rinvia a GREGORY M. REICHBERG, *Thomas Aquinas on war and Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

⁶³ SANCTE TOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 42, a. 1, in www.corpusthomicum.com.

inequivocabilmente la natura *contra legem divinam* della guerra, la natura quindi di *peccatum*⁶⁴, per poi riprendere la dottrina agostiniana sulla guerra giusta e le condizioni necessarie perché un conflitto possa trovare una giustificazione⁶⁵. In tal modo la soluzione offerta dall'Aquinate ha una duplice fonte, da una parte quella teologica che si fonda sull'interpretazione che Agostino fa del Vangelo, che non esclude in toto la possibilità di un'azione armata, e dall'altra quella giuridica che pone la giustificazione della guerra *sub condicione*. Le due visioni, quella agostiniana e quella dell'Aquinate, divergono, infine, leggermente nell'interpretazione sul fondamento della *pax*. Per Sant'Agostino la pace è quella di derivazione romana da intendersi come ristabilimento di un ordine giuridico violato. Tale principio viene sì riproposto da San Tommaso, il quale riprende Isaia nel suo "*opus iustitiae pax*"⁶⁶. Ma l'Aquinate si distingue dalla tradizione che lo precede, anche perché la sua riflessione sulla guerra giusta si colloca nella parte della *Summa* in cui si

org. Le seguenti citazioni sono tratte da questa fonte.

⁶⁴ SANCTE TOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 40, a. 1: "*Ad primum sic proceditur. Videtur quod bellare semper sit peccatum. Poena enim non infligitur nisi pro peccato. Sed bellantibus a domino indicitur poena, secundum illud Matth. XXVI, omnis qui acceperit gladium gladio peribit. Ergo omne bellum est illicitum*". "*Praeterea, quidquid contrariatur divino praecepto est peccatum. Sed bellare contrariatur divino praecepto, dicitur enim Matth. V, ego dico vobis non resistere malo; et Rom. XII dicitur, non vos defendentes, carissimi, sed date locum irae. Ergo bellare semper est peccatum*".

⁶⁵ SANCTE TOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 40, a. 1: "*Respondeo dicendum quod ad hoc quod aliquod bellum sit iustum, tria requiruntur. Primo quidem, auctoritas principis, cuius mandato bellum est gerendum. Non enim pertinet ad personam privatam bellum movere, quia potest ius suum in iudicio superioris prosequi. Similiter etiam quia convocare multitudinem, quod in bellis oportet fieri, non pertinet ad privatam personam. Cum autem cura reipublicae commissa sit principibus, ad eos pertinet rem publicam civitatis vel regni seu provinciae sibi subditae tueri. Et sicut licite defendunt eam materiali gladio contra interiores quidem perturbatores, dum malefactores puniunt, secundum illud apostoli, ad Rom. XIII, non sine causa gladium portat, minister enim Dei est, vindex in iram ei qui male agit; ita etiam gladio bellico ad eos pertinet rempublicam tueri ab exterioribus hostibus. Unde et principibus dicitur in Psalm., eripite pauperem, et egenum de manu peccatoris liberate. Unde Augustinus dicit, contra Faust., ordo naturalis, mortalium paci accommodatus, hoc poscit, ut suscipiendi belli auctoritas atque consilium penes principes sit. Secundo, requiritur causa iusta, ut scilicet illi qui impugnantur propter aliquam culpam impugnationem mereantur. Unde Augustinus dicit, in libro quaest., iusta bella solent definiri quae ulciscuntur iniurias, si gens vel civitas plectenda est quae vel vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est, vel reddere quod per iniuriam ablatum est. Tertio, requiritur ut sit intentio bellantium recta, qua scilicet intenditur vel ut bonum promoveatur, vel ut malum vitetur. Unde Augustinus, in libro de verbis Dom., apud veros Dei cultores etiam illa bella pacata sunt quae non cupiditate aut crudelitate, sed pacis studio geruntur, ut mali coerceantur et boni subleventur. Potest autem contingere quod etiam si sit legitima auctoritas indicens bellum et causa iusta, nihilominus propter pravam intentionem bellum reddatur illicitum. Dicit enim Augustinus, in libro contra Faust., nocendi cupiditas, ulciscendi crudelitas, implacatus et implacabilis animus, feritas rebellandi, libido dominandi, et si qua sunt similia, haec sunt quae in bellis iure culpantur*".

⁶⁶ SANCTE TOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 29, a. 3: "*Praeterea, idem non est proprius effectus diversorum. Sed pax est effectus iustitiae, secundum illud Isaiae XXXII, opus iustitiae pax. Ergo non est effectus caritatis*".

egli parla di virtù e non di legge naturale o di giustizia. Il *Doctor Angelicus*, non nega che sia vero quanto afferma Isaia, ossia che la pace non nasce dall'attuazione del supremo comando evangelico, ovvero la *caritas*⁶⁷, bensì dalla giustizia. Ma, più avanti nel medesimo passo, afferma con enfasi che è l'amore la causa prima e diretta della pace⁶⁸, perché segue la logica del gratuito, che si rapporta all'altro come ad un amico⁶⁹.

4. Spunti sulla dottrina giuridica della guerra giusta nelle fonti del *ius commune*

Come fatto ineludibile della vita dell'essere umano la guerra è stata, infatti, uno dei primi argomenti oggetto di attenzione dei primi maestri del diritto, padri del pensiero giuridico occidentale, dai quali, sebbene per brevissimi tratti, non si può prescindere nel tentativo di ricostruire, nelle pagine che seguono, la dottrina pontificia più recente sul tema. Si dimostra al fine come tale dottrina sia stata e sia tuttora, pur nella sua naturale evoluzione storica, sempre coerente con i punti cardinali tracciati nel *Corpus Iuris* di Giustiniano e nel *Decretum* di Graziano, e successivamente arricchiti dalle glosse di decretisti e decretalisti⁷⁰.

Nel sistema duplice delle fonti della *Respublica christiana* si discute, quin-

⁶⁷ SANCTE TOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 29, a. 3: "Ad tertium sic proceditur. Videtur quod pax non sit proprius effectus caritatis. Caritas enim non habetur sine gratia gratum faciente. Sed pax a quibusdam habetur qui non habent gratiam gratum facientem, sicut et gentiles aliquando habent pacem. Ergo pax non est effectus caritatis". Sul punto si vedano le considerazioni di GREGORY M. REICHBURG, *Thomas Aquinas on war and Peace*, cit., pp. 17-41.

⁶⁸ SANCTE THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 29, a. 3: "Ad tertium dicendum quod pax est opus iustitiae indirecte, inquantum scilicet removet prohibens. Sed est opus caritatis directe, quia secundum propriam rationem caritas pacem causat. Est enim amor vis unitiva, ut Dionysius dicit, IV cap. de Div. Nom. pax autem est unio appetitivarum inclinationum".

⁶⁹ SANCTAE THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I^a II^{ae}, q. 29, a. 3 "Respondeo dicendum quod duplex unio est de ratione pacis, sicut dictum est, quarum una est secundum ordinationem propriorum appetituum in unum; alia vero est secundum unionem appetitus proprii cum appetitu alterius. Et utramque unionem efficit caritas. Primam quidem unionem, secundum quod Deus diligitur ex toto corde, ut scilicet omnia referamus in ipsum, et sic omnes appetitus nostri in unum feruntur. Aliam vero, prout diligimus proximum sicut nosipsos, ex quo contingit quod homo vult implere voluntatem proximi sicut et sui ipsius. Et propter hoc inter amabilia unum ponitur identitas electionis, ut patet in IX Ethic.; et Tullius dicit, in libro de amicitia, quod amicorum est idem velle et nolle".

⁷⁰ Si rinvia per qualche indicazione a PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., pp. 44-55, con le fonti *ivi* citate; FREDERICK H. RUSSEL, *The just war*, cit., pp. 86-212; ALDO MARIA CASSI, *Diritto e guerra nella esperienza giuridica europea tra medioevo ed età contemporanea*, in AA.VV., *Il diritto come forza, la forza del diritto: le fonti in azione nel diritto*, a cura di ALBERTO SCIUÈ, Giappichelli, Torino, 2012, p. 13-15.

di, del tema della guerra, percepito come una problematica universalistica che accomuna il destino degli uomini, a prescindere dallo Stato o *status* di appartenenza. I giuristi classici tentano la strada della teorizzazione *sub specie iuris*⁷¹ del concetto di *bellum*, ascrivendone la paternità sia da parte romanistica, sia da parte canonistica, al *ius gentium*.

Proprio al suo inizio il Digesto riporta un brano della Epitome di Ermogeniano in cui si afferma quale sia l'origine dell'istituto della guerra: "*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta*"⁷².

Un'idea non differente propongono le *Institutiones* nel descrivere cosa sia il *ius gentium*: "*ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt iuri naturali contrariæ. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur*"⁷³. Quindi la guerra è un evento ascrivibile a quel particolare diritto che è comune al genere umano, e da essa hanno origine conseguenze importanti come la schiavitù, che pur non essendo prevista in natura, perchè tutti gli uomini nascono liberi, viene comunemente accettata in sostituzione della morte del nemico in guerra, come minor male. Sarà poi la Glossa a definire le caratteristiche della guerra derivante dal *ius gentium*⁷⁴ e si parlerà *de plano* di guerra lecita, nel mondo civilistico, mentre di guerra giusta si discuterà in quello canonistico, in cui si pone, oltre a quello giuridico, il problema del fondamento etico dell'azione belligerante⁷⁵. Rinvenire una causa etico-giuridica legittimante sarà la soluzione vincente per aggirare la vincolatività del precetto del non uccidere, e, allo stesso tempo, consentirà ai regimi cristiani, ed alla stessa Chiesa di Roma, di modularsi sulle reali esigenze pratiche del governo temporale senza tradire l'obbedienza allo spirito cristiano.

Similmente, quindi, nella letteratura canonistica sono affrontati il tema

⁷¹ ALDO MARIA CASSI, *Diritto e guerra nella esperienza giuridica europea tra medioevo ed età contemporanea*, in AA.VV., *Il diritto come forza, la forza del diritto: le fonti in azione nel diritto*, cit., p. 8; PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., p. 44.

⁷² D. 1.1.5, così continua: "(...) *agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt*".

⁷³ Inst., I, 2, 2.

⁷⁴ ACCURSIO, Glossa in D. 1. 1. 5, l. *ex hoc iure*, ff., *de iustitia et iure*, s.v. *bella*: "*ergo ius gentium iniquum est cum iniquum inducat, sed dic quod dicit de bello licito, ut indicto a Populo romano vel Imperatore (...) item dicit de bello indicto ad iniuriam propulsandam, quod licet (...) non autem de alio ne inde iniuriæ nascatur occasio*".

⁷⁵ ALDO MARIA CASSI, *Diritto e guerra*, cit., p. 12.

della guerra, e il problema della sua giustificazione, e le conclusioni cui perviene la *scientia canonum* sembrano, *prima facie*, convergere con quelle civilistiche. Nella *Distinctio 1 C. 9* Graziano cita Isidoro da Siviglia⁷⁶ il quale, in concordanza con il diritto giustiniano, ricomprende nel concetto di *ius gentium* anche le guerre: "*Quid sit ius gentium. Ius gentium est sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, captiuitates, seruitutes, postliminia, federa pacis, induciæ, legatorum non uiolendorum religio, conubia inter alienigenas prohibita*".

Fedele ad una impostazione agostiniana⁷⁷ Graziano sostiene nella *Causa 23 q. 1 c. 3* che bisogna coltivare nell'animo una volontà pacifista affinché Dio ci liberi dalla necessità della guerra e ci conservi in pace⁷⁸. Continua infatti asserendo che: "*pax queritur ut bellum excitetur, sed bellum geritur ut pax acquiratur. Esto ergo bellando pacificus, ut eos, quos expugnas, ad pacis utilitatem uincendo perducas*". Ed ancora: "*Itaque hostem pugnans necessitas deprimat, non uoluntas. Sicut bellanti et resistenti uiolentia redditur, ita uictoriis capto misericordia iam debetur, maxime in quo pacis perturbatio non timetur*". Nella *recta intentio pacifica* risiede, dunque, la peculiarità della visione cristiana della guerra giusta rispetto a quella civilistica della guerra semplicemente *licita*⁷⁹ che non interroga la coscienza sulla questione del *peccatum*⁸⁰.

Nella successiva *Causa 23 q. 2 c. 1* Graziano si pone invece, la questione di cosa sia il *bellum iustum*: "*Quid sit iustum bellum. Iustum est bellum, quod ex edicto geritur de rebus repetendis, aut propulsandorum hominum causa*". Successivamente, in *c. 2* citando Agostino afferma: "(...) *Iusta autem bella solent diffiniri que ulciscuntur iniurias*"

La natura di tali guerre viene così ulteriormente descritta nel *c. 6 della C. 23, q. 2*, in un passo che Graziano attribuisce ad Agostino⁸¹. Nel sommario si legge che: "*Pacata sunt bella, que geruntur, ut mali coherceantur et boni subleuentur*". Ritorna l'accento sull'intenzione pacifica dei belligeranti che si estende fino a produrre la giustificazione delle opere. Il testo enumera quali

⁷⁶ Tuttavia il Friedberg non ha rinvenuto tale passaggio negli scritti agostiniani, sul punto vedi FREDERICK H. RUSSELL, *The just war in the middle ages*, cit., pp. 55-85.

⁷⁷ FREDERICK. H. RUSSELL, *The just war in the middle ages*, cit., p. 68.

⁷⁸ "*Pacem habere uoluntatis, bellum autem debet esse necessitatis, ut liberet Deus a necessitate, et conseruet in pace*".

⁷⁹ Si veda JOSEPH. L. KUNZ, *Bellum justum and Bellum legale*, in *The American Journal of International Law*, 45, 3, 1951, p. 530.

⁸⁰ Per una lettura critica sulle "proposizioni accomodanti" della *scientia canonum* rispetto al precetto del decalogo si veda PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., pp. 27-32.

⁸¹ Così anche FREDERICK H. RUSSELL, *The just war in the middle ages*, cit., p. 73.

caratteristiche deve possedere un'azione di guerra: "*Apud veros Dei cultores etiam ipsa bella pacata sunt, que non cupiditate aut crudelitate, sed pacis studio geruntur ut mali coherceantur, et boni subleuentur*". Infine, sul tema va citata anche la sintesi di Paucapalea, presumibilmente primo allievo di Graziano, nella *Distinctio* 1, c. 9 della sua *Summa al Decretum*: "*bella, ut vim vi repellant*"⁸², che riporta all'idea di legittima difesa, come causa giustificativa del ricorso alla guerra, non solo nel caso di un singolo che viene offeso, ma anche nell'ipotesi di una comunità che riceva un'offesa dall'esterno, e alla quale viene riconosciuto così il diritto di difendersi lecitamente usando la forza.

Da queste sintetiche premesse si deduce come la dottrina della guerra giusta affondi le sue radici nelle duplici origini della scienza giuridica occidentale, mantenendo, tutto sommato, inalterati i suoi tratti essenziali che ce la consegnano come un istituto inevitabile, prescritto dal diritto delle genti, e concetto analogo al principio della legittima difesa del singolo.

5. *Uno sguardo ai principali protagonisti della teoria del bellum iustum nell'età moderna*

Il paradigma concettuale che, nel contesto della teologia medievale, aveva generato la teoria della guerra giusta viene messo in crisi da tutta una serie di complessi eventi che caratterizzano l'epoca moderna: dalla scoperta del Nuovo Mondo, alla diffusione di guerre di religione tra i nascenti Stati Nazionali, per finire con la creazione di un diritto internazionale del quale la storiografia accentua ora le radici teologiche, ora quelle giuridiche⁸³.

⁸² La versione consultata è l'edizione curata da JOHN FRIEDRICH VON SCHULTE, Verlag von Emile Roth, Giessen 1890, p. 6.

⁸³ La storiografia si divide tra due figure eccelse di giuristi-filosofi, Francisco de Vitoria (1483-1546) e Ugo Grozio (1583-1645) e indicati come padri del diritto internazionale. La bibliografia sul tema sarebbe vastissima, citiamo solo alcuni classici. Sul Vitoria identificato come l'ispiratore del diritto internazionale: SILVANO TILESÌ, *La guerra in Francisco de Vitoria*, Edizioni Pontificia Università Lateranense, Roma, 1973; REGINALDO PIZZORNI, *Lo jus gentium nel pensiero di Vitoria*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*. Atti del Congresso internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tommaso (Angelicum), Roma 4-6 marzo 1985, ed. Studia universitatis S. Thomae in urbe, pp. 569-583; JOSÉ F. CASTAÑO, *Il diritto internazionale da Francisco de Vitoria ad oggi*, in *I diritti dell'uomo e la pace*, cit., in particolare p. 114-119 e ss.; PIERO BELLINI, *Mare Hibericum. Considerazioni canonistiche sulla spartizione alessandrina dell'Oceano Atlantico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2007, in particolare il commento critico sul Vitoria pp. 25-58, sul ruolo di Vitoria come padre fondatore del diritto internazionale p. 29; MAURO MANTOVANI, *Francisco de Vitoria on the Just War: Brief notes and remarks*, in AA.VV., *At the Origins of Modernity. Francisco de Vitoria and*

Tra i protagonisti del dialogo sulla guerra nel contesto del “Nuovo Mondo” spicca anche la figura di Francisco de Vitoria proprio per l’ampio spazio dedicato al tema del *bellum iustum* nelle sue *Relectiones de Indiis*⁸⁴, nelle quali l’Autore utilizza l’antico linguaggio della Scolastica per trovare soluzione ai nuovi problemi, posti essenzialmente dalla scoperta del nuovo continente americano e dalle vicende legate alla sua conquista. Nelle intenzioni di Vitoria c’è principalmente l’esigenza di confutare i tradizionali titoli legittimanti la Conquista dei nuovi territori, sostituendo alle tradizionali ragioni curialistiche di fondazione delle pretese regie un diverso modo di argomentare, non più stavolta incardinato sul *ius divinum positivum*, che fonderebbe le prerogative pontificie, ma piuttosto ancorato al *ius humanum*⁸⁵. Il *Magister salmatinus* sostiene che l’Imperatore non è il *dominus totius orbis*, come pretendevano i teologi imperiali, o che il Papa non possiede la *plenitudo*

the Discovery of International Law, Springer International Publishing, 2017, pp. 119-139. Su Ugo Grozio: GIORGIO DEL VECCHIO, *Grozio e la fondazione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1960, p. 197 e ss; MASSIMO PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1974; PETER HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Graduate Institute Publications, Genève, 1983. Ma accanto a queste due centrali figure campeggia anche quella di Alberico Gentili, giurista attento alle problematiche concrete del suo tempo, dalle guerre di religione al colonialismo, cui si deve un importante contributo nella costruzione del nuovo ordine europeo. Così, CARLO GALLI, *Alberico Gentili e Thomas Hobbes. Crisi dell’umanesimo e piena modernità*, in AA.VV., *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Atti del convegno dodicesima giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 Settembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 93. Gentili è, comunque, conosciuto per il celeberrimo monito *silete theologi in munere alieno*, contenuto nel cap. 12 del libro I del *De iure belli*, invito al silenzio sulla questione della guerra giusta che segna, così, l’inizio del processo di secolarizzazione nonché la nascita di un diritto internazionale laico, che si fonda sulla separazione della politica dalla religione. In questi termini si esprime CARL SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano, 1991, p.189; DIEGO QUAGLIONI, *Introduzione* in ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra/De iure belli libri III, 1598, Introduzione* di DIEGO QUAGLIONI, traduzione di PIETRO NENCINI, apparato critico a cura di GIORGIO MARCHETTO, CHRISTIAN ZENDRI, Giuffrè, Milano, 2008, pp. VII-XXXVIII; ITALO BIROCCHI, *Il De iure belli e l’invenzione del diritto internazionale*, in *Ius gentium ius communicationis ius belli, Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608), Macerata, 6-7 Dicembre 2007, a cura di LUIGI LACCHÈ, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 101-138, in part. p. 110; GIULIANO MARCHETTO, *Una guerra giusta per una giusta pace. Il diritto dei trattati nel De iure belli libri III (1598) di Alberico Gentili*, *Laboratoire italien*, 10, 2010, in <http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/527>. Il più recente studio sul tema è quello di GIOVANNI MINNUCCI, *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili tra diritto, teologia e religione*, Monduzzi, Milano, 2016.

⁸⁴ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Indis. La questione degli Indios*, testo critico di Luciano Pereña, ed. italiana e trad. italiana a cura ADA LA MACCHIA, Bari 1996. Sul tema vedi LUCA BACCELLI, *Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas e la conquista dell’America*, in *Quaderni fiorentini*, n. 37, 2008, pp. 67-101; GIUSEPPE TOSI, *La teoria della guerra giusta in Francisco de Vitoria e il dibattito sulla conquista*, in *Jura Gentium*, cit., <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/tosi.htm>.

⁸⁵ PIERO BELLINI, *Mare Hibericum*, cit., p. 27.

potestatis negli affari temporali⁸⁶, quindi nega non solo il diretto potere del Pontefice di dichiarare guerra alle genti indigene, ma perfino la stessa legittimazione pontificia a trasferire ad altre autorità terrene una simile potestà, una *potestas* che al successore di Pietro non spetta. Da questa premessa nasce lo sforzo di rinvenire altre ragioni che possano essere utili a sostenere – sul piano del confronto con le altre monarchie interessate alla conquista – la legittimazione della Spagna nella acquisizione, nel possesso e nello sfruttamento dei territori d’oltre oceano⁸⁷. Lo sforzo compiuto da Vitoria è, quindi, duplice: da una parte quello di delegittimare il sistema teocratico e imperialistico medievale⁸⁸ e dall’altra creare un nuovo ordine giuridico internazionale saldamente fondato sul *ius gentium* e sull’idea di una comunità universale, sull’idea del *totus orbis*⁸⁹.

Il Vitoria, inoltre, si preoccupa anche di condannare il ricorso alla violenza contro chi non accetta la fede cristiana⁹⁰, sebbene “*Christiani habent ius praedicandi et annunciandi Evangelium in provinciis barbarorum*”⁹¹: quindi il titolo missionario, insieme alle ragioni del *ius communicationis* e del *ius commercii* aggirerebbe l’ostacolo giuridico della mancanza di legittimazione temporale del Papa⁹².

L’idea vitoriana di *bellum iustum* si muove, comunque, nella scia della più consolidata tradizione sul tema e prevede che il ricorso allo strumento

⁸⁶ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., 1, 2, 3, p. 42: “*Dato quod Imperator esset dominus totius mundi, non ideo posset occupare provincias barbarorum et constituere novos dominios et veteres deponere et vectigalia capere*”. E, a proposito del Papa egli sostiene che: “*nullam potestatem temporalem habet in barbaros istos, neque in alios infideles*”, perché il Papa ha potestà temporale solo “*in ordinem ad spiritualia*”, *ivi*, 1, 2, 8, p. 51.

⁸⁷ PIERO BELLINI, *Mare Hibericum*, cit., p. 28.

⁸⁸ PIERRE MESNARD, *Il pensiero politico rinascimentale*, a cura di LUIGI FIRPO, Laterza, Bari, 1963, pp. 127-128

⁸⁹ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio De potestate civili, Propositio n. 21*. Edizione consultata FRANCISCO DE VITORIA, *Sobre el poder civil. Estudio preliminar, traducción y notas* de LUIS FRAYLE DELGADO, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 50-51. Per un commento critico si vedano: MARIANO FAZIO, *Due rivoluzionari: Francisco de Vitoria e Jean Jaques Rousseau*, Armando Editore, Roma, 1998, in particolare pp. 66-67; JOSÉ MIGUEL VIEJO-XIMÉNEZ, “*Totus orbis, qui aliquo modo est una republica*”. *Francisco de Vitoria, el Derecho de Gentes y la expansión atlántica castellana*, in *Revista de estudios historico-jurídicos*, n. 26, 2004, pp. 359-391.

⁹⁰ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., I, 2, 20 pp. 65-66 “*(...) infideles, qui nunquam susceperunt fidem, sicut gentiles et iudaei, nullo modo sunt compellendi ad fidem. Et est conclusio communis doctorum etiam in iure canonico et civili. Et probatur, quia credere est voluntatis. Timor minuit de voluntario (tertio Ethicorum) et ex timore servili dumtaxat accedere ad mysteria et sacramenta Christi sacrilegium est*”.

⁹¹ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., 1, 3, 8, p. 87.

⁹² MARIANO FAZIO, *Due rivoluzionari a confronto: Francisco de Vitoria e Jean Jaques Rousseau*, cit., p. 97.

bellico sia considerato come una *extrema ratio* e solo con intenzione difensiva, esperite tutte le strade di dialogo e persuasione, non certo per privare le popolazioni indigene dei beni materiali in loro possesso⁹³.

Promossa dall'interno dell'ordine dei domenicani si sviluppa, tra il 1550 e il 1551 con sede a Valladolid, una polemica aspra sulla difesa dei diritti degli Indios e le prerogative di conquista della Chiesa di Roma in nome della fede. Ne sono principali protagonisti Bartolomé de Las Casas e Juan Sepúlveda, esponenti di spicco di una commissione mista di teologi e giuristi cui lo stesso imperatore Carlo V si affidò per la soluzione della questione decidendo l'interruzione delle operazioni militari di conquista⁹⁴. Non trascurabile contributo alla costruzione della dottrina giusinternazionalistica sul *ius belli* è anche quello fornito da Diego de Covarrubias, maestro all'Università di Salamanca tra il 1539 e il 1548, autorevole esperto di diritto comune e sapiente miscelatore delle due tendenze dell'epoca: il metodo tradizionale cosiddetto bartolistico e quello umanistico con la tradizione teologico filosofica della scolastica medievale⁹⁵. Diviene membro della commissione cui viene affidato dal Consiglio Reale di Castiglia il delicato compito di esaminare il *Democrates alter* di Sepúlveda. Fino alla pubblicazione di un manoscritto autografo *De iustitia belli adversus Indos*, verosimilmente risalente agli anni 1547-1548, si è ritenuto che Covarrubias non si sia interessato in modo specifico della questione degli Indios. In realtà il "*Bartolus Hispanicus*"⁹⁶ ha inteso procedere all'elaborazione di una teoria sul *bellum iustum* che avesse un respiro più generale, tale da superare i limiti spazio-temporali della questione del Nuovo Mondo in cui il dibattito corrente teologico-giuridico

⁹³ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., I, 3, 5, p. 84: "*Et ideo, si commoti hoc timore concurrerent ad exigendos vel occidendos hispanos, liceret quidem hispanis se defendere et servato moderamine inculpatæ tutelæ, nec alia belli iura licerent exercere in illos, puta vel parta victoria et securitate occidere illos vel spoliare vel occupare civitates illorum, quia in illo casu sunt innocentes (et merito timent) ut supponimus. Ed ideo debent hispani se tueri, sed quantum fieri poterit, cum minimo detrimento illorum, quia est bellum dumtaxat defensivum*".

⁹⁴ ANGEL LOSADA, *Bartolomé de Las Casas a luz de la moderna crítica histórica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, in particolare pp. 244-288; BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, JUAN GINES DE SEPÚLVEDA, *La controversia sugli indios*, a cura e con introduzione di SAVERIO DI LISO, Edizioni di pagina, Bari 2006, in cui l'Autore evidenzia le posizioni drammaticamente antitetiche dei protagonisti della disputa lacerati dalla divisione tra un'etica dei principi, in base alla quale difendere, secondo Las Casas, i diritti degli Indios e quella della responsabilità come difensori e promotori della fede cristiana, rivendicata dai *conquistadores* appoggiati da Sepúlveda, che si coniuga alla ragion di Stato al fine di giustificare l'invasione e l'uso della forza. In particolare si vedano pp. 64-66.

⁹⁵ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias e i diritti degli Indiani*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, n. 25, 2014, pp. 207-267, e la bibliografia specifica sul tema della relazione tra morale e diritto *ivi* citata, in particolare p. 210.

⁹⁶ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., p. 208.

invece la relegava. La posizione particolare della riflessione sulla questione indiana, collocata al seguito delle *lecturae* sulle *regulae* “*Peccatum*” e “*Peccati venia*” del *Liber Sextus* (VI.[5.13].4)⁹⁷, rivela l’idea di Covarrubias di evidenziare il legame tra la morale e il diritto operante nel principio della *restitutio ablati*, ovvero nel principio del ristabilimento dell’equilibrio turbato dalla violazione della giustizia. Per Covarrubias, infatti, le discussioni aventi ad oggetto la giustizia o l’ingiustizia della guerra non possono prescindere dal problema etico-sociale della restituzione del maltolto alle popolazioni indigene, applicando estensivamente alla figura dei *conquistadores* la disciplina penalistica e penitenziale dei reati specifici di usura e furto⁹⁸. Quanto al tema specifico del *bellum iustum* Covarrubias riprende una consolidata dottrina giuridico-teologica⁹⁹, evidenziando il carattere pubblico della guerra e le sue principali manifestazioni in *bellum defensivum* e quello *vindicativum*, cioè condotto “*ad vindicandam iniuriam iniquissime illatam*”, entrambe giustificabili¹⁰⁰, sebbene il cuore della sua trattazione riguardi la problematica della negazione della potestà temporale universale dell’Imperatore che priva di fondamento la giustificabilità della guerra nei territori di conquista per mancanza di un titolo legittimante¹⁰¹. Alle medesime conclusioni perviene Covarrubias nell’ipotesi di *infidelitas* come causa giustificativa della guerra¹⁰².

6. La guerra giusta nel contesto della nascita della comunità politica internazionale

Una successiva rielaborazione della dottrina della guerra giusta coincide con la nascita del *ius publicum europeum* generato dal processo di deteologizzazione del diritto¹⁰³. Il caposaldo del nuovo ordine internazionale dell’e-

⁹⁷ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., p. 214.

⁹⁸ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., p. 216 e p. 219.

⁹⁹ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., note nn. 32-35, p. 224.

¹⁰⁰ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., p. 225.

¹⁰¹ Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., pp. 233-235.

¹⁰² Vedi ORAZIO CONDORELLI, *Diego de Covarrubias*, cit., p. 236-237.

¹⁰³ Ancora in pieno medioevo alla Chiesa sempre attenta alle vicende degli uomini, non sfugge un mutamento tecnico nell’arte della guerra che induce il Laterano II (can. 29) a minacciare di scomunica chiunque usi le frecce, e non più le tradizionali armi bianche tra i cristiani: “*Artem autem illam mortiferam et Deo odibilem ballistrariorum et sagittariorum, adversus christianos et catholicos exerceri de cetero sub anathemate prohibemus*”, Concilium Lateranense II, in *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, curantibus JOSEPHO ALBERIGO - JOSEPHO A. DOSSETTI - PERICLE P. JOANNOU - CLAUDIO LEONARDI - PAULO PRODI, cons. HUBERTO JEDIN, Istituto per le Scienze Religiose, Bologna, 1972, p. 203. Questo ad ulteriore prova del fatto che anche il pensiero giuridico teologico cristiano capta i

tà moderna¹⁰⁴ è la nascita dello Stato nazionale assoluto ed autoreferenziale, che si pone come il garante dell'ordine interno, il creatore di una legge positiva che è espressione della volontà del sovrano e, quindi, di una pace e di una giustizia non più legate alle categorie teologico-filosofiche medioevali¹⁰⁵. A corollario di tale impostazione si pone la riformulazione della figura del nemico, *hostis*, distinta da quella di criminale, come invece, non era accaduto in epoca medievale, fino alle soglie dell'età moderna, quando dominava la disumanizzazione teologica della figura del nemico¹⁰⁶.

Le cause di questa crisi valoriale, direi, vanno ricercate essenzialmente nella sopravvivenza di alcuni difetti funzionali della teoria della guerra giusta ma, soprattutto, nella diffusione di una filosofia nominalistica che diventa inadatta a fondare la teoria della giusta causa nel contestuale mutamento degli equilibri politici dovuti alla Riforma protestante, nonché alle guerre religiose successive, che ridimensionano il ruolo universale dell'autorità Pontificia. Tra le conseguenze di questo nuovo assetto teorico-politico si erge la necessità di gestire l'inevitabile atteggiamento belligerante insito nella natura umana governandolo mediante regole formali comunemente condivise, e non più soffermandosi nella ricerca di una giustificazione teorica dei suoi presupposti. Nell'idea di sovranità statale che si impone nel dialogo politico filosofico trova accoglimento anche la giustificazione della guerra: ciò che risulta innovativo è considerare legittimo il proprio nemico, con il quale ci

cambiamenti e li traduce in nuove norme.

¹⁰⁴ Vedi per un panorama dell'evoluzione della dottrina sulla guerra GABRIELLA SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in *Filosofia politica*, n. 3, 2007, p. 425-452; AA. VV., *Dalla concordia dei greci al bellum justum dei moderni*, a cura di Giovanna Daverio Rocchi, cit., in particolare BRUNELLO VIGEZZI, *Tre variazioni sul tema Croce, Grozio e Walzer e i problemi del "bellum justum"*, pp. 25-29 e MARCO GEUNA, *Francisco de Vitoria e la questione della guerra giusta*, pp. 143-174; inoltre anche ALDO ANDREA CASSI, *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine*, in *Quaderni fiorentini*, 38, 2009, t. II, pp. 1141 e ss.

¹⁰⁵ Vedi la ricostruzione storico-critica nelle pagine di PIETRO COSTA, *Civitas, storia della cittadinanza in Europa, Dalla civiltà comunale al settecento*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1999.

¹⁰⁶ Vedi LUCA LICITRA, *La teoria della guerra giusta: si torna indietro di secoli*, in *Rivista di teologia Morale*, n. 43, 2004, p. 442-443; PIETRO COSTA, *Figure del nemico: strategie di disconoscimento nella cultura politico-giuridica medievale*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 18, Il Cigno, Roma-Erice, 2007, pp. 141-166. Si segnalano all'interno del citato volume n.38 dei *Quaderni Fiorentini*, 2009, dedicato al tema del nemico nelle sue diverse declinazioni storico-politico-giuridiche, alcuni studi di notevole interesse: la sintesi introduttiva di PIETRO COSTA, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici un ossimorro?*, pp. 1-41; sui nemici del Comune GIULIANO MILANI, *Banditi, malesardi e ribelli. L'evoluzione del nemico pubblico nell'Italia comunale (secoli XII-XIV)*, pp. 109-142; sull'ebreo come categoria specifica di *hostis* DIEGO QUAGLIONI, *Christianis infestis. Una mitologia giuridica dell'età intermedia. L'ebreo come nemico interno*, pp. 201-224; sui nemici della fede TOMAŽ MASTNAK, *The Muslims as enemy of faith: The crusades as political theology*, pp. 143-200; CARLOS GARRIGA, *Enemigos domésticos. La expulsión católica de los Moriscos (1609-1614)*, pp. 225-287.

si confronta su un terreno di legittima parità giuridica e un patrimonio di norme condivise. Questo è il terreno del *ius in bello* deprivato, oramai, di ogni orpello morale ed esclusivamente affidato alla gestione della politica¹⁰⁷. Le vicende della guerra con tutte le sue declinazioni, non possono essere disgiunte da quelle dello Stato moderno all'interno del quale la guerra viene vista come la prosecuzione stessa della politica, di cui diviene strumento principale, ma con altri mezzi¹⁰⁸. Le guerre moderne si combattono tra nemici giuridicamente riconosciuti ciascuno come *iustus hostis*, e tutti appartenenti alla medesima famiglia umana europea. Questa premessa consentirà, poi, agli Stati di instaurare patti di pace poiché hanno assunto, in qualità di poteri centrali ed assoluti, il controllo sull'attività belligerante, ormai definitivamente sottratta alle questioni tra privati¹⁰⁹. Il problema sarà quello di recuperare una ragione etica universalistica che faccia della guerra un *bellum iustum* e non semplicemente un atto politico di sovranità¹¹⁰ espressione della forza e del giudizio utilitaristico del Leviatano¹¹¹.

Ma la sopravvivenza dello Stato moderno con le sue categorie tradizionali che hanno retto per secoli si arresta di fronte ai conflitti mondiali del XX secolo, che impongono sulla scena la figura del totalitarismo, che può essere visto come nemico ingiustificabile per via degli atti di sterminio per odio ideologico e razziale che non hanno precedenti¹¹². Si avvia un inarrestabile processo di logoramento delle categorie politiche moderne e sembrano annullarsi le tradizionali distinzioni tra i concetti di pace e guerra e tra vincitori e vinti¹¹³, lo spettro della distruzione nucleare ridisegna lo scenario di una guerra che diventa psicologica perché si combatte con le subdole armi del

¹⁰⁷ Si veda CARL SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, in particolare pp. 161-267. Per una lettura critica di questo autore e della sua opera si veda AGATA C. AMATO MANGIAMELLI, *L'Europa e l'appello alla scienza giuridica. Sulle tracce di Carl Schmitt*, in AA. V., *Il Nomos della Terra 60 anni dopo. L'Europa di Carl Schmitt*, in *Teoria del Diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2011, n. 1-2, pp. 51-66. Per una sintesi storico-critica, con particolare attenzione alle vicende della nascita del fenomeno della globalizzazione e dei suoi effetti sulla politica tradizionale si veda il classico ERIC J. HOBBSBAWM, *Nazioni e nazionalismo dal 1780: programma, mito e realtà*, Einaudi, Torino 1991.

¹⁰⁸ La celebre definizione è di CARL VON CLAUSEWITZ, *Della guerra*, ed. italiana e traduzione a cura di GIAN ENRICO RUSCONI, Einaudi, Torino, 2000, pp. 38-39.

¹⁰⁹ DIEGO LAZZARICH, *Guerra e pensiero politico. Percorsi novecenteschi*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli 2009, p. 11-14.

¹¹⁰ Così CARLO GALLI, *Guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. XIV-XV.

¹¹¹ THOMAS HOBBS, *Leviatano*, trad. italiana a cura di MARIO VINCIGUERRA, con *Introduzione* di ARRIGO PACCHI, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. 158.

¹¹² CARLO GALLI, *Sulla guerra e sul nemico*, in <http://www.griseldaonline.it/temi/il-nemico/sulla-guerra-e-sul-nemico-carlo-galli.html>.

¹¹³ DIEGO LAZZARICH, *Guerra e pensiero politico. Percorsi novecenteschi*, cit., p. 21 e p. 23.

terrore e della deterrenza¹¹⁴. Il nuovo imperativo categorico diventa evitare la guerra, non più giustificarla¹¹⁵. La tradizionale dottrina teologico-morale della guerra giusta viene progressivamente modulata in favore dell'idea dell'illegittimità assoluta di una risoluzione violenta dei conflitti tra Stati, tranne nel caso di legittima difesa. Questo concetto, centrale da secoli nella teoria del *bellum iustum*, diviene anche il fulcro delle elaborazioni dottrinali del diritto internazionale moderno¹¹⁶, trovando la sua "codificazione" nell'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite che descrive la legittima difesa come la reazione *ad tempus* ad un *armed attack*¹¹⁷. Ma accanto a quest'ipotesi si pone anche quella della necessità di difendere le vittime di attacchi ai diritti umani da parte del proprio Stato di appartenenza, ipotesi che blocca l'operatività dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite che si fonda solo sulla legittima difesa da un tradizionale attacco esterno. Mentre in questo caso tornerebbe più adatta la posizione dell'Aquinate che vede nella guerra giusta la risposta ad una ingiustizia grave da punire¹¹⁸.

Significativo è che la dottrina cattolica intercetta con sensibilità il mutamento e si adegua al nuovo orientamento rispetto al problema della giustificazione della guerra. Questa illuminata visione si esprime in alcuni passaggi forti del magistero pontificio, rappresentati innanzitutto dalla *Pacem in Terris* di Giovanni XXIII, di cui avremo modo di parlare più avanti, e si collega alle aperture del Concilio Vaticano II verso il dialogo fecondo con il mondo contemporaneo e le sue gioie e le sue angosce, espresso nella *Gaudium et Spes*. La costituzione conciliare, successiva alla *Pacem in Terris* introduce un ulteriore mutamento di impostazione teologica, perché prima ancora della guerra parla della pace. Non è, però la *pax romana* che nasce dalla sospensione del conflitto ad essere protagonista del magistero conciliare, ma un pace che si fonda sulle sue profonde radici cristologiche¹¹⁹.

¹¹⁴ Sulla teoria della deterrenza e la sua paradossalità si veda, nella sua versione italiana, il classico di RAYMOND ARON, *Pace e guerra tra le nazioni*, Edizioni Comunità, Milano, 1970, capitolo 14.

¹¹⁵ ALESSANDRO COLOMBO, *Guerra e discontinuità nelle relazioni internazionali. Il dibattito sul declino della guerra e i suoi limiti*, in *Rivista italiana di scienza politica*, XLII, n. 3, 2012, p. 435.

¹¹⁶ Per una sintesi sull'evoluzione del concetto di legittima difesa come unica giustificazione ai conflitti bellici vedi VINCENZO STARACE, voce *Uso della forza nell'ordinamento giuridico internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Istituto Dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, in particolare pp. 1-4.

¹¹⁷ KARL ZEMANEK, *Armed Attack*, in *Oxford Public International Law*, October 2013, in <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e241>.

¹¹⁸ Vedi sul punto FRANCESCO VIOLA, *La teoria della guerra giusta e i diritti umani*, cit., pp. 59-61.

¹¹⁹ CONCILIO VATICANO II, Costituzione *Gaudium et spes*, n. 78 in http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_it.html: "La pace terrena, che nasce dall'amore del prossimo, è immagine ed effetto della pace di Cristo, che

La costituzione conciliare tocca, poi, anche il tema della guerra, restringendone sempre di più i margini di giustificabilità e vincolandola al concetto di legittima difesa¹²⁰, fino alla sua quasi totale condanna¹²¹. I nuovi principi vengono poi fatti confluire all'interno della codificazione della Dottrina sociale della Chiesa, in cui si legge che l'intervento bellico è strettamente legato al concetto di legittima difesa come diritto insindacabile degli Stati e dei popoli, e strumento posto al servizio esclusivo della pace¹²², e del Catechismo della Chiesa Cattolica, dove è centrale l'idea di guerra come *extrema ratio* per difendersi da un danno che abbia le caratteristiche della gravità, certezza e durezza, tanto, dunque, da non consentire altre legittime scelte per la soluzione del problema¹²³.

promana da Dio Padre. Il Figlio incarnato infatti, principe della pace, per mezzo della sua croce ha riconciliato tutti gli uomini con Dio e, ristabilendo l'unità di tutti in un solo popolo e in un solo corpo, ha ucciso nella sua carne l'odio e, nella gloria della sua resurrezione, ha diffuso lo Spirito di amore nel cuore degli uomini”.

¹²⁰ CONCILIO VATICANO II, Costituzione *Gaudium et Spes* n. 79: “Fintantoché esisterà il pericolo della guerra [...] una volta esaurite tutte le possibilità di un pacifico accomodamento, non si potrà negare ai governi il diritto di una legittima difesa. I capi di Stato e coloro che condividono la responsabilità della cosa pubblica hanno dunque il dovere di tutelare la salvezza dei popoli che sono stati loro affidati [...]. Coloro poi che al servizio della patria esercitano la loro professione nelle file dell'esercito, si considerino anch'essi come servitori della sicurezza e della libertà dei loro popoli; se rettamente adempiono il loro dovere, concorrono anch'essi veramente alla stabilità della pace”. Sull'idea di guerra dopo il Concilio Vaticano II si veda PAOLO PICOZZA, *Considerazioni sulla pace nel pensiero cattolico. Dal concetto di guerra giusta alle prospettive di superamento*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 3-4, 1987, p. 950-967, in particolare pp. 958-960.

¹²¹ CONCILIO VATICANO II, Costituzione *Gaudium et spes*, n. 80: “Ogni atto di guerra che indiscriminatamente mira alla distruzione di intere città o di vaste regioni e dei loro abitanti, è delitto contro Dio e contro la stessa umanità e con fermezza e senza esitazione deve essere condannato”.

¹²² PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa* n. 502, in http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_it.html: “Le esigenze della legittima difesa giustificano l'esistenza, negli Stati, delle forze armate, la cui azione deve essere posta al servizio della pace: coloro i quali presidiano con tale spirito la sicurezza e la libertà di un Paese danno un autentico contributo alla pace. Ogni persona che presta servizio nelle forze armate è concretamente chiamata a difendere il bene, la verità e la giustizia nel mondo; non pochi sono coloro che in tale contesto hanno sacrificato la propria vita per questi valori e per difendere vite innocenti”.

¹²³ CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA n. 2309 in http://www.vatican.va/archive/ITA0014/_INDEX.HTM: “Si devono considerare con rigore le strette condizioni che giustificano una legittima difesa con la forza militare. Tale decisione, per la sua gravità, è sottomessa a rigorose condizioni di legittimità morale”. Sempre il Catechismo al n. 2310 così si esprime: “I pubblici poteri, in questo caso [laddove siano presenti tutte le condizioni previste], hanno il diritto e il dovere di imporre [sic] ai cittadini gli obblighi necessari alla difesa nazionale”.

7. Le ragioni economiche della guerra

Nessuna realtà umana sfugge alla sollecitudine della Chiesa, e tra queste attività umane due sono oggetto speciale della nostra breve attenzione: da una parte l'attività bellica e dall'altra quella economica, il cui fine naturale è la gestione delle risorse di una comunità per il soddisfacimento dei bisogni individuali e collettivi, nell'ottica quindi della relazionalità e della condivisione. Nel momento in cui l'attività economica devia, però, dal suo fine naturale, e subisce la corruzione di forze, ideologico-politiche che non mirano alla realizzazione del bene comune, può essere assimilata alla guerra per la capacità di modificare l'esistenza umana, fino a giungere alle estreme conseguenze dell'annichilimento di tutte le sue potenzialità di sviluppo, fino alla sua distruzione. Per comprendere i termini della relazione tra le due attività è opportuno risalire alle implicazioni non solo teologiche, ma anche economiche e sociali di quella peculiare fallibilità, derivante dalla condizione primigenia delle ferite del peccato originale, che riversa i suoi effetti su ogni azione umana, compresa l'economia¹²⁴. La necessità impellente è, dunque, che le regole economiche siano ricondotte ad un orizzonte di senso, ad una finalità densa di significato morale che, in una lettura in chiave esclusivamente secolare, non sembrano avere. Facendo tesoro delle feconde ispirazioni al mondo greco e alla teologia cristiana, per economia si intende la gestione delle risorse della "casa" *secundum rationem*, ovvero assumendo come modello di ispirazione l'ordine con cui Dio ha creato il mondo e lo governa: "Come in un'*oikonomia* unica (in termini aristotelici), la Chiesa riflette quella divina, in quanto sostanza materiale, mentre è governata, con spirito episcopale, in armonia conciliare, riflettendo in tal modo la pluralità dell'ordine politico (ancor in termini aristotelici) della Trinità"¹²⁵. Questo ordine trova, poi, nell'Incarnazione il punto di fusione tra teologia ed economia, in quanto l'incarnazione realizza l'aspetto più visibile della teologia e vive nel tempo in una dimensione *oikonomica*¹²⁶.

¹²⁴ Il nodo della questione è nettamente individuato dalla sensibilità teologica di BENEDETTO XVI, Lettera enciclica *Caritas in Veritate*, 29 giugno 2009, n. 35, in http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html.

¹²⁵ Ricca di suggestioni la visione critica dei rapporti tra economia e dimensione religiosa in JOHN MILBANK, *L'economia dell'Occidente: una guerra teologica*, in *Vita e pensiero*, numero 3, 2017, pp. 19-29, in particolare p. 23.

¹²⁶ Assai fecondo è il dialogo tra questi due rami della cultura scientifica, si pensi all'ontologia trinitaria che è tributaria di alcuni concetti dell'*oikonomia* greca ad esempio, e alla letteratura economica sulla rilevanza dei valori religiosi nella vita sociale. Nell'impossibilità di riportare la copiosa letteratura sul tema per ragioni di brevità si segnala: PAOLO GAMBERINI, *Un Dio relazione: breve manuale di dottrina trinitaria*, Città Nuova, Roma, 2007, p. 35; GIACOMO TODESCHINI, *Il medioevo tra etica e*

Nell'elaborazione di un sistema economico avulso da ogni riferimento a presupposti teologici, così come al diritto naturale non è prevista una teoria dell'errore¹²⁷. Esiste, semmai, un tipo di errore che è solo tecnico – una deviazione in poche parole dal modello teorico di partenza – e che, dunque, non consente, in realtà, un approccio critico di tipo etico.

Al sistema economico non si può attribuire il compito esclusivo di consentire all'uomo la propria realizzazione personale attraverso l'esplicazione nella dimensione del fare oltre che dell'avere¹²⁸. Ma certamente un sistema economico si può giudicare dalla sua capacità di partecipare a questa completa realizzazione, così come si legge nell'enciclica *Populorum progressio* n. 6 di Paolo VI nel 1967, dove l'aspirazione dell'uomo di oggi è sintetizzata nella formula “fare, conoscere, avere di più per essere di più”¹²⁹. Il concetto viene poi riformulato, sotto il Pontificato di Giovanni Paolo II nella *Centesimus annus* del 1991, dove si affida al sistema economico la responsabilità di creare quelle condizioni necessarie e sufficienti a facilitare il percorso di crescita individuale dell'uomo. Ma queste condizioni ottimali, per fiorire, devono innestarsi su di un substrato sociale caratterizzato dall'assenza di conflitti bellici, devono innestarsi su una condizione di pace. La Chiesa, incarnata nella storia¹³⁰ e di questa protagonista insieme all'uomo, elabora nel tempo un *corpus*¹³¹, la Dottrina Sociale della Chiesa, che permette un'analisi stabile delle realtà sociali, e conseguentemente l'opportunità, anzi il dovere “di pronunciarsi su di esse, e di indicare orientamenti per la giusta soluzione

profitto, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Economia 2012*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/il-medioevo-tra-etica-e-profitto_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia%29/. In particolare sulle origini tomistiche del pensiero economico occidentale ancora GIACOMO TODESCHINI, *Ecclesia e mercato nei linguaggi dottrinali di Tommaso d'Aquino, Quaderni storici*, 35, 105, 2000, pp. 585-621 e ERNESTO SCREPANTI – STEFANO ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, Terza edizione aggiornata e ampliata, Carocci Editore, Roma 2004, p. 42 e ss.

¹²⁷ LUIGI CAMPIGLIO, *Scelte economiche, fallibilità umana e responsabilità sociale*, in AA.VV., *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione. Per una rilettura della dottrina sociale della Chiesa*, a cura di STEFANO ZAMAGNI, il Mulino, Bologna, 1997, p. 24.

¹²⁸ PIO XII, Radiomessaggio natalizio, 24 dicembre 1941, *I presupposti dell'ordinamento internazionale*, in https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1941/documents/hf_p-xii_spe_19411224_radiomessage-peace.html.

¹²⁹ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Populorum progressio*, 26 marzo 1967, n. 15, in http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html.

¹³⁰ La bella ed intensa espressione è di Piero Bellini, *Il gladio bellico*, cit., p. 31.

¹³¹ Sulla Dottrina sociale della Chiesa si vedano come letture generali: MARIE DOMINIQUE CHENU, *La dottrina sociale della Chiesa. Origine e sviluppi (1891-1971)*, Queriniana, Brescia 1977; AA.VV., *La dottrina sociale della Chiesa*, a cura di Giuseppe Colombo, Glossa, Milano, 1989.

dei problemi che ne derivano"¹³², prospettando "principi di riflessione, criteri di giudizio e direttrici di azione" e inquadrando "le lotte per la giustizia nella testimonianza a Cristo"¹³³. Il punto è che la dimensione della giustizia va individuata, ed eventualmente corretta ove vi fossero distorsioni, in ogni circostanza che riguardi l'uomo, in ogni sua attività. Ecco perché guerra ed attività economica possono essere accomunate e sottoposte al vaglio critico del messaggio di Cristo, soprattutto quando pretendono di incarnare una lotta per l'affermazione della giustizia, terrena o soprannaturale che sia. Queste premesse servono ad evidenziare come il progressivo ridursi dell'operatività della dottrina della guerra giusta si accompagni ad una crescente attenzione del magistero pontificio per le problematiche attinenti la sfera economico sociale, che si inseriscono nel contesto più ampio della promozione dello sviluppo integrale della persona umana e del conseguimento del bene comune della famiglia umana¹³⁴. Il legame tra la guerra e l'attività economica è sempre esistente nella storia dell'uomo, poiché tutte le guerre di conquista e di annessione occultano dietro le ragioni politiche quelle dell'arricchimento economico, ma questo sodalizio si fa pericolosamente più simbiotico nella seconda metà del secolo passato. La geopolitica delle nazioni è quasi definitivamente segnata, tramontano le ambizioni espansionistiche e colonialistiche che hanno progressivamente accompagnato la nascita degli Stati nazionali, per lasciare spazio ai conflitti bellici nascenti dalla ricerca di accaparramento delle materie prime, necessarie a sostenere le società industrializzate dell'età contemporanea.

La seconda guerra mondiale segna, in modo particolare, la nascita e il conseguente sviluppo di una economia keynesiana di tipo militare secondo il cui modello lo Stato interviene nell'incentivare la spesa bellica per innalzare il livello occupazionale, creando il paradosso di un'industria di morte, quella degli armamenti bellici, che, però, genera lavoro e benefici economici, certamente per alcune élites di investitori. Le ragioni economiche, dunque, si sostituiscono in modo esponenziale a quelle meramente politiche nella gestione della conflittualità. Alle origini di questo processo si colloca storicamente la Germania nazista. Ma saranno gli Stati Uniti a rafforzare questo tipo di sistema economico perverso, con la duplice motivazione di mantene-

¹³² GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Centesimus annus*, 1 maggio 1991, n. 5, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

¹³³ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Centesimus annus*, cit., n. 5.

¹³⁴ Interessanti similitudini col pensiero cristiano nelle riflessioni sulla violenza come generatrice di disordine e non di bene comune e giustizia di fronte al quale si invoca un'etica di fraternità in MAX WEBER, *Economia e società*, vol. I, a cura di PAOLO ROSSI, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, p. 580.

re un equilibrio di forza con i paesi del blocco sovietico e l'opinabile pretesa di promuovere la giustizia e la pace nel mondo con l'uso delle armi, prospettando nel tempo il concetto di guerra preventiva¹³⁵ – nelle sue dupplici declinazioni di *preemptive* e *preventive war*¹³⁶. Attraverso la manipolazione del meccanismo della giustificazione etico-giuridica una guerra di conquista sembra, nuovamente, tramutarsi in guerra difensiva¹³⁷.

L'idea di guerra preventiva si affianca al tradizionale modello di guerra giusta, accolto per secoli, seppur con le dovute cautele, anche dalla dottrina cattolica e finisce per sostituirsi ad esso, nonostante i dubbi sulla sua compatibilità con i principi del diritto internazionale¹³⁸. Questo mutamento segna la crisi del tradizionale *ius publicum europaeum*, che aveva contribuito a suo tempo a creare dei conflitti simmetrici e politicamente corretti. In tempo di globalizzazione tutto è in movimento e in trasformazione.

Gli stessi protagonisti dei conflitti non sono più necessariamente eserciti ufficiali. Il fenomeno dilagante è quello di una nuova forma di privatizzazione del conflitto come volano di una liberalizzazione economica sregolata ad opera di networks misti tra mondo politico e finanza che oscura il tradizionale dogma della sovranità dello Stato e delle sue ragioni, tendenzialmente legate all'idea del conseguimento del bene comune tutto sommato assunto come sinonimo di garanzia giuridica della modernità¹³⁹.

Ad ogni modo, quindi, in un'epoca di globalizzazione le preoccupazioni sembrano condensarsi sulle questioni economiche, e la corruzione del sistema economico produttivo, intimamente connessa ad un uso irrazionale e, quindi, non più giustificabile dello scontro bellico, viene intercettata dal magistero papale che, nella sua declinazione storica a noi più recente, ne denuncia l'irrazionalità e i pericoli da essa derivanti per il benessere e la pace dei popoli. Lo stesso Concilio Vaticano II accusa solennemente la perversione di questa relazione tra la guerra e le conseguenze, o le eventuali giustificazioni economiche, di un conflitto: "mentre si spendono enormi ricchezze per procurarsi sempre nuove armi, diventa poi impossibile arrecare

¹³⁵ *Infra*, nota 136 e nota 274.

¹³⁶ MARCO PEDRAZZI, *Dottrina Bush sulla "guerra preventiva" e diritto internazionale*, in www.aggioramentisociali.it, fasc. 2003, p. 134.

¹³⁷ PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., p. 186. Tali considerazioni nascono nell'Autore con riferimento al contesto delle Crociate e alla loro forzosa giustificazione.

¹³⁸ MARCO PEDRAZZI, *Dottrina Bush sulla "guerra preventiva"*, cit., p. 138.

¹³⁹ Le considerazioni ricche di suggestioni sono di MARC KALDOR, *Elaborating the "New War" Thesis*, in AA. VV., *Rethinking the Nature of War*, a cura di ISABELLE DUYVESTHEYEN - JAN ARMSTRONG, Frank Cass Publishers, London - New York, 2005, pp. 214-218.

sufficiente rimedio alle miserie così grandi del mondo presente”¹⁴⁰.

8. Pio XII e l’ordine internazionale come argine alla deriva bellica

Il passaggio tra il XIX e il XX secolo è ancora segnato dalla convinzione della possibile liceità della guerra – *ius ad bellum* come parte del diritto internazionale consuetudinario – e dal suo uso come strumento politico di risoluzione delle controversie, con l’unico limite di stabilire, semmai, regole formali di procedura, *ius in bello*¹⁴¹. La Chiesa si muove, almeno fino agli anni della Seconda Guerra Mondiale, nel solco della più fedele tradizione tomista, che giustifica un conflitto confinandolo entro i limiti della legittima difesa, sebbene si avverta, in ambito ecclesiastico, la necessità di precisare meglio quali siano i criteri di giustificazione. Gli avvenimenti di Porta Pia, gli stravolgimenti della posizione giuridica della Santa Sede in ambito internazionale, impediscono, però, a questo tipo di riflessione di attecchire e trasformarsi in un mutamento evidente della dottrina della Chiesa sul tema. La necessità di ristabilire il proprio ruolo nel panorama giuridico e politico italiano, e internazionale, culminata poi con la pubblicazione del primo codice nel 1917 e con la stipula del Concordato del 1929, impegnano la Chiesa in incessanti attività diplomatiche, che, non necessariamente, finiscono per generare una presa di posizione netta contro la guerra, nonostante Benedetto XV nel 1917 la definisca “un’inutile strage”¹⁴². L’interesse della Chiesa Cattolica è piuttosto in quel periodo quello di rivendicare il primato del diritto sull’etica, e della Santa Sede sugli Stati¹⁴³ in un’ottica di rimodulata *potestas in temporalibus*. L’avvento, e il successivo consolidamento, dei regimi totalitaristici che consegnano l’Europa ad una seconda guerra mondiale, da combattersi sulle macerie della prima, riportano in auge le riflessioni sulla guerra, e sul ruolo della comunità internazionale. La Chiesa è, ancora una volta, chiamata ad intervenire ed esprimere il proprio magistero diffondendo quei principi di diritto di cui essa è suprema custode, interprete e *Magi-*

¹⁴⁰ CONCILIO VATICANO II, Costituzione *Gaudium et spes*, cit., n. 79.

¹⁴¹ Per una ricostruzione del periodo storico attorno alla Grande Guerra e alla nascita successiva dei nazionalismi si veda lo studio di PIERLUIGI CONSORTI, *Toniolo, il diritto internazionale e la pace*, in *Peace Processes Online Review*, Vol. 2, n. 1, 2016, p. 3 https://www.peaceprocesses.it/images/pdf/p._consorti_-_toniolo_il_diritto_internazionale_e_la_pace.pdf.

¹⁴² BENEDETTO XV, *Lettera ai Capi di Stato dei Popoli belligeranti*, 1 agosto 1917, in http://w2.vatican.va/content/benedict-xv/it/letters/1917/documents/hf_ben-xv_let_19170801_popoli-belligeranti.html.

¹⁴³ Vedi PIERLUIGI CONSORTI, *Toniolo, il diritto internazionale e la pace*, cit., p. 8-10.

stra. In un Europa dissestata dalla violenza aggressiva di Hitler viene eletto al soglio pontificio Eugenio Maria Giuseppe Pacelli col nome di Pio XII¹⁴⁴. Il pontificato di Papa Pacelli è, infatti, fortemente segnato dalle vicende storiche della seconda guerra mondiale¹⁴⁵, e, sebbene, sia stata pubblicata una considerevole mole di ricerche sulle posizioni del Papa rispetto alla politica di aggressione hitleriana e sulla difesa della pace e dei diritti umani violati dal regime nazista, ancora oggi insistono ombre sulla figura di questo Pontefice e sui suoi innumerevoli, anche se non palesi, interventi nel delicato contesto politico del suo tempo¹⁴⁶. Interventi che vanno compresi alla luce di alcune considerazioni che riguardano la personalità di questo Pontefice e il ruolo avuto in Germania, dove operò come Nunzio apostolico prima di salire al soglio pontificio. Egli è, quindi, profondo conoscitore della realtà politico-culturale di quel paese, dei rapporti tra Chiesa Cattolica e Terzo Reich e dei pericoli che attendono i cattolici in quello spinoso contesto¹⁴⁷, in ragione delle insuperabili incompatibilità tra il patrimonio della dottrina cristiana ed il neopaganesimo nazionalsocialista¹⁴⁸.

¹⁴⁴ FRANCESCO TRANIELLO, voce *Pio XII*, in *Enciclopedia dei Papi*, vol. III, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 2000, pp. 632-645 e dello stesso AUTORE voce *Pio XII*, in *Dizionario biografico*, vol. 84, 2015, in http://www.treccani.it/enciclopedia/papa-pio-xii_%28Dizionario-Biografico%29/.

¹⁴⁵ GIOVANNI MICCOLI, *Pio XII e la guerra* in AA.VV., *Chiesa e guerra nel Novecento*, a cura di MIMMO FRANZINELLI e RICCARDO BOTTONI, cit. pp. 393-416.

¹⁴⁶ Dal 1965 al 1981 sono stati pubblicati undici volumi, *Actes et Documents du Saint Siège relatifs à la Seconde Guerre mondiale* editi dalla Libreria Editrice Vaticana, contenenti una impressionante quantità di fonti sulla reale attività della Santa Sede nel periodo della seconda guerra mondiale, che probabilmente ancora non è stata esaurientemente e esaminata dagli storici, con la conseguenza di far sopravvivere a distanza di tempo ancora dei dubbi sull'atteggiamento di contrasto al Reich da parte di Pio XII. Egli ha certamente scelto la strada della diplomazia ma senza mai per questo assecondare le follie naziste. Tra i maggiori autori che si sono occupati della figura di Pio XII si vedano: MICHELE MACCARRONE, *Il Nazionalsocialismo e la Santa Sede*, Studium, Roma, 1947; ROBERT A. GRAHAM, *The Pope and Poland in World War Two*, Veritas, London, 1968; BURKHART SCHNEIDER, *Pio XII*, Ed.paoline, Roma, 1970; JEAN CHÉLINI, *L'Église sous Pie XII. La tormente, 1939-1945*, Fayard, Paris, 1983; GIORGIO ANGELOZZI GARIBOLDI, *Pio XII, Hitler e Mussolini. Il Vaticano fra le dittature*, Mursia, Milano, 1988; PIERRE BLET, *Pio XII e la Seconda Guerra Mondiale negli Archivi Vaticani*, Edizioni San Paolo, Roma, 1999 (edizione originale, Paris, 1997); Sulla presunta "ossessione per la pace" si veda ANDREA RICCARDI, *Il potere del papa. Da Pio XII a Paolo VI*, Laterza, Bari, 1988, p. 12; GIOVANNI SALE, *Il Novecento, tra genocidi, paure e speranze*, Jaca Book, Milano, 2006, in particolare 52 e ss e la bibliografia citata in nota n. 41.

¹⁴⁷ Sui rapporti tra Chiesa Cattolica e Terzo Reich e la Conclusione del Concordato del 20 luglio 1933 si veda HUBERT JEDIN, *Storia della Chiesa*, vol. X/1, Jaca Book, Milano, 1975, p. 69 e 74; MICHELE MACCARRONE, *Il nazionalsocialismo e la Santa Sede*, cit., pp., 117-194, in cui l'Autore riporta lo scambio di carteggi tra le due diplomazie; ANTONY RHODES, *The Vatican in the Age of the Dictators (1922-1945)*, Holt, Rinehart and Winston, 1973 ed.italiana *Il Vaticano e le Dittature 1922-1945*, Mursia, Milano, 1973, p. 183-193.

¹⁴⁸ FRANCESCO TRANIELLO, *Pio XII*, cit.,

Sebbene sia stato Giovanni XXIII a sviluppare, nella sua enciclica *Pacem in terris*, dell'aprile 1963¹⁴⁹, l'idea della necessità di una restaurazione della comunità universale "nel pieno rispetto di quell'ordine voluto da Dio"¹⁵⁰, così come l'avevano proposta i teologi spagnoli della Controriforma, fu in verità Pio XII a celebrare esplicitamente il ruolo centrale della legge naturale come fondamento dell'ordine sociale mondiale. Così si legge nell'enciclica *Summi pontificatus*¹⁵¹, che traccia il programma del pontificato di Eugenio Pacelli: "Rinnegata, in tal modo, l'autorità di Dio e l'impero della sua legge, il potere civile, per conseguenza ineluttabile, tende ad attribuirsi quell'assoluta autonomia, che solo compete al Supremo Fattore, e a sostituirsi all'Onnipotente, elevando lo Stato o la collettività a fine ultimo della vita, a criterio sommo dell'ordine morale e giuridico, e interdicensi, perciò, ogni appello ai principi della ragione naturale e della coscienza cristiana"¹⁵².

Proseguendo nella strada di una prudente neutralità rispetto ai nazionalismi e ai pericoli di conflitti da questi scaturenti, scelta da Benedetto XV, Papa Pacelli decide di accogliere le richieste delle principali potenze democratiche di intervenire come pacificatore autorevole nel dialogo col Führer, organizzando una Conferenza delle Nazioni, che, però, mai si realizza, no-

¹⁴⁹ Per una sintesi sui punti nodali della riflessione teologica cristiana dell'ultimo secolo sul tema della guerra e le sue molteplici declinazioni si vedano: PAOLO PICOZZA, *Considerazioni sulla pace nel pensiero cattolico. Dal concetto di guerra giusta alle prospettive di superamento*, cit.; il volume collettaneo AA.VV., *Chiesa e guerra. Dalla "benedizione delle armi" alla "Pacem in terris"*, a cura di MIMMO FRANZINELLI e RICCARDO BOTTONI, Il Mulino, Bologna, 2005. Sempre gli stessi curatori licenziano, nello stesso anno, un volume collettaneo in cui si approfondisce la posizione dei diversi pontefici sul tema della guerra giusta. *Chiesa e guerra nel Novecento*, il Mulino, Bologna, 2005, in particolare, sull'enciclica giovannea, si veda il saggio di LUCIANO MARTINI, *L'enciclica Pacem in Terris*, p. 607-652.

¹⁵⁰ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in Terris*, 4 aprile 1963, in http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html.

¹⁵¹ PIO XII, Lettera Enciclica *Summi Pontificatus*, 20 ottobre 1939, in http://w2.vatican.va/content/piusxii/it/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_20101939_summi-pontificatus.html. Sull'Enciclica si veda ROBERT GRAHAM, *L'enciclica Summi pontificatus e i belligeranti del 1939. La "strana neutralità" di Pio XII*, in *La Civiltà Cattolica*, 135, 1984, vol. IV, pp. 137-151.

¹⁵² Continua, poi, ancora più incisivamente con alcuni passaggi molto incisivi sul ruolo del diritto umano: "Non disconosciamo, invero, che principi errati, fortunatamente, non sempre esercitano intero il loro influsso, principalmente quando le tradizioni cristiane, più volte secolari, di cui si sono nutriti i popoli, rimangono ancora profondamente, anche se inconsciamente, radicate nei cuori. Tuttavia, non bisogna dimenticare l'essenziale insufficienza e fragilità di ogni norma di vita sociale che riposi su un fondamento esclusivamente umano, s'ispiri a motivi esclusivamente terreni e riponga la sua forza nella sanzione di un'autorità semplicemente esterna. Dove è negata la dipendenza del diritto umano dal diritto divino, dove non si fa appello che ad una malisura idea di autorità meramente terrena e si rivendica un'autonomia fondata soltanto sopra una morale utilitaria, qui lo stesso diritto umano perde giustamente nelle sue applicazioni più gravose la forza morale, che è la condizione essenziale per essere riconosciuto e per esigere anche sacrifici", PIO XII, Lettera Enciclica *Summi Pontificatus*, cit.

nostante i molteplici interventi della diplomazia vaticana per impedire il conflitto¹⁵³. L'ultimo tentativo di scongiurare la guerra produce l'accorato messaggio radiofonico di Pio XII delle 19 del fatidico 24 agosto 1939. Nelle parole del Papa risuona forte il drammatico richiamo alla pace. Si rivolge ai "condottieri di popoli, uomini della politica e delle armi, scrittori, oratori della radio e della tribuna e quanti altri (hanno) autorità sul pensiero e l'azione dei fratelli, responsabilità delle loro sorti", e lancia un accorato appello finale: "Imminente è il pericolo, ma è ancora tempo. Nulla è perduto con la pace. Tutto può esserlo con la guerra"¹⁵⁴.

La guerra è già iniziata, e nella sua già citata prima enciclica, *Summi Pontificatus*, del 20 ottobre, si legge l'angoscia della presente "ora delle tenebre". Per Pio XII, la "radice profonda ed ultima dei mali della società moderna" è "la negazione e il rifiuto di una norma di moralità universale, sia della vita individuale, sia della vita sociale e delle relazioni internazionali; il misconoscimento (...) e l'oblio della stessa legge naturale, la quale trova in Dio, creatore onnipotente e padre di tutti". Pio XII definisce la situazione storica del suo tempo, con tutte le sue "angustie" come portatrice di una irrinunciabile "apologia del cristianesimo"¹⁵⁵. Egli intravede la causa delle tragiche vicende dei suoi tempi nella "fonte avvelenata dell'agnosticismo religioso e morale" e nella "dimenticanza di quella legge di umana solidarietà e carità"¹⁵⁶, la quale, continua il Pontefice, è imposta sia dalla comunanza di origine, ossia dalla filiazione divina, sia dalla natura razionale esistente in tutti gli uomini, a qualsiasi popolo appartengano. La soluzione della pace è, quindi, per Papa Pacelli – che in queste parole esprime la sua critica al regime totalitaristico nazionalsocialista – unicamente rinvenibile nel trionfo del diritto naturale sulla mutevole legge positiva dell'uomo¹⁵⁷, che esprime le ambizioni egoi-

¹⁵³ Vedi GIOVANNI SALE, *La seconda guerra mondiale e la Santa Sede*, in *La Civiltà Cattolica*, II, 2010, pp. 334-337.

¹⁵⁴ PIO XII, *Radiomessaggio ai governanti e ai popoli (24 agosto 1939)*, in *Pio XII. Discorsi per la comunità internazionale*, Studium, Roma 1957.

¹⁵⁵ PIO XII, Lettera Enciclica *Summi Pontificatus*, del 20 ottobre 1939, cit.: "Dal gigantesco vortice di errori e movimenti anticristiani sono maturati frutti tanto amari da costituire una condanna, la cui efficacia supera ogni confutazione teorica". Sull'Enciclica si vedano: MATTEO LUIGI NAPOLITANO, *Pio XII tra guerra e pace. Profetia e diplomazia di un Papa (1939-1945)*, Roma 2002, p. 94; GIOVANNI SALE, *Il novecento tra genocidi, paure e speranze*, Jaca Book, Milano, 2006, in particolare su *Pio XII*, pp. 52-66; MARIANO FAZIO, *De Benedicto XV a Benedicto XVI*, Rialp, Madrid, 2009, pp. 71-74.

¹⁵⁶ PIO XII, Lettera Enciclica *Summi Pontificatus*, cit. Si avverte il lettore che tutte le citazioni virgolettate contenute nel testo di questo paragrafo sono tratte dalla citata enciclica.

¹⁵⁷ "Venerabili fratelli, se la dimenticanza della legge di carità universale, che sola può consolidare la pace, spegnendo gli odi e attenuando i rancori e i contrasti, è fonte di gravissimi mali per la convivenza pacifica dei popoli, non meno dannoso al benessere delle nazioni e alla prosperità della

stiche della politica: "No, venerabili fratelli, la salvezza non viene ai popoli dai mezzi esterni, dalla spada, che può imporre condizioni di pace, ma non crea la pace. Le energie, che devono rinnovare la faccia della terra, devono procedere dall'interno, dallo spirito". L'auspicio di Pacelli è che il "nuovo ordine del mondo", che riguarda non solo la vita nazionale ma anche quella internazionale, interrotte le lotte presenti, non dovrà più fondarsi sugli egoismi individuali o collettivi, che spesso attraverso il filtro della politica vengono tradotti in norme profondamente ingiuste e portatrici di incomprensioni e contrasti difficilmente riducibili¹⁵⁸. Dall'idea che l'umanità si fondi su di "un'unità di diritto e di fatto" discende come corollario che gli uomini siano uniti "in organiche, armoniche e mutue relazioni (...) per naturale e soprannaturale destinazione e impulso". Con tale espressione sembra che Papa Pacelli legittimi la creazione di una comunità internazionale che sia, però, in grado di presiedere all'applicazione del diritto naturale con le sue proprietà unificatrici e pacificatrici¹⁵⁹. Alla legge naturale, così ripetutamente celebrata, il Papa affianca, però, anche la divina rivelazione ritenendole entrambe "l'inconcusso fondamento" sul quale l'uomo deve appoggiarsi, in particolar modo se insignito di un'autorità speciale, quale è quella di governo di un popolo. Pacelli si rivolge direttamente al legislatore umano che "deve attingere quello spirito di equilibrio, quell'acuto senso di responsabilità morale, senza cui è facile misconoscere i limiti tra il legittimo uso e l'abuso del potere. Solamente così le sue decisioni avranno interna consistenza, nobile dignità e sanzione religiosa". Molto interessante, seppur breve, è il passaggio della *Summi Pontificatus* in cui il Papa riflette sulla storia passata, non potendo

grande società umana, che raccoglie e abbraccia entro i suoi confini tutte le genti, si dimostra l'errore contenuto in quelle concezioni, le quali non dubitano di sciogliere l'autorità civile da qualsiasi dipendenza dall'Ente supremo, causa prima e Signore assoluto sia dell'uomo che della società, e da ogni legame di legge trascendente, che da Dio deriva come da fonte primaria, e le concedono una facoltà illimitata di azione, abbandonata all'onda mutevole dell'arbitrio o ai soli dettami di esigenze storiche contingenti e di interessi relativi. Rinnegata, in tal modo, l'autorità di Dio e l'impero della sua legge, il potere civile, per conseguenza ineluttabile, tende ad attribuirsi quell'assoluta autonomia, che solo compete al Supremo Fattore, e a sostituirsi all'Onnipotente, elevando lo stato o la collettività a fine ultimo della vita, a criterio sommo dell'ordine morale e giuridico, e interdichendo, perciò, ogni appello ai principi della ragione naturale e della coscienza cristiana", Pio XII, Lettera Enciclica *Summi Pontificatus*, cit.

¹⁵⁸ Una delle colpe che Pacelli attribuisce al potere civile è quella di elevare: "lo Stato o la collettività a fine ultimo della vita, a criterio sommo dell'ordine morale e giuridico, e interdichendo, perciò, ogni appello ai principi della ragione naturale e della coscienza cristiana", Pio XII, Lettera Enciclica *Summi pontificatus*, cit.

¹⁵⁹ "Ma (...) staccare il diritto delle genti dall'ancora del diritto divino, per fondarlo sulla volontà autonoma degli stati, significa detronizzare quello stesso diritto e togliergli i titoli più nobili e più validi, abbandonandolo all'infausta dinamica dell'interesse privato e dell'egoismo collettivo tutto intento a far valere i propri diritti e a disconoscere quelli degli altri", *ivi*.

negare che essa pur sempre è stata segnata da terribili e sanguinosi conflitti tra i popoli, ma sottolinea che si trattava di conflitti guidati “da un viva (...) coscienza del giusto e dell’ingiusto, del lecito e dell’illecito”. Mi pare abbastanza chiaro ed inequivocabile il riferimento all’idea di guerra giusta che, infatti, secondo il Pontefice è, di conseguenza, l’unica “che agevola le intese, mentre frena lo scatenarsi delle passioni e lascia aperta la via a una onesta composizione”. Ma si tratta solo di un fugace passaggio all’interno di un’enciclica che sostanzialmente è centrata sull’esaltazione del tema della pace tra i popoli alla quale Pio XII offre, come rimedio unico ed efficace l’uso del diritto naturale. La causa principale della guerra viene sintetizzata nel distacco dei popoli “dall’unità di dottrina e di fede, di costumi e di morale una volta promossa dall’opera indefessa e benefica della Chiesa”¹⁶⁰, per piegarsi alle concezioni esaltanti di un potere illimitato degli Stati¹⁶¹.

Anche la precedente omelia pasquale del 9 aprile del 1939 è dedicata alla pace che secondo il Pontefice si fonda sul rispetto della giustizia, e dei sacrosanti diritti di libertà e della dignità umana¹⁶², ma questa pace non può concretamente realizzarsi senza il presupposto della carità, che informa tutte le relazioni sociali e dalla quale possono scaturire ragionevoli e vitali soluzioni¹⁶³.

Nel discorso natalizio del 1939 Pio XII condanna come “atti inconciliabili sia colle prescrizioni del diritto internazionale positivo, che coi principi del diritto naturale”¹⁶⁴ gli eventi bellici e proclama che il “postulato fonda-

¹⁶⁰ PIO XII, Lettera Enciclica *Summi pontificatus*.

¹⁶¹ Vedi FRANCESCO TRANIELLO, *Pio XII*, cit.,

¹⁶² PIO XII, *Omelia di Pasqua* 9 aprile, 1939 in https://w2.vatican.va/content/pius-xii/la/homilies/documents/hf_p-xii_hom_19390409_pasqua.html: “Quemadmodum enim nullo rerum ordine pax haberi non potest, ita pariter, remota iustitia, rerum ordo consistere nequit. Iustitia vero postulat ut auctoritati legitime constitutae debita tribuatur observantia atque obedientia; ut leges ad commune bonum sapienter conformentur, iisdemque ab omnibus pro conscientiae officio obtemperetur. Iustitia postulat ut sacrosancta humanae libertatis dignitatisque iura omnes agnoscant, tueantur; utque innumerae opes atque divitiae, quas Deus per universum terrarum orbem profudit, in suorum omnium utilitatem filiorum consentanea rectaque ratione distribuantur”.

¹⁶³ PIO XII, *Omelia di Pasqua*, 9 aprile 1939, cit.: “Iamvero iustitia utique eo spectat, ut normas constituat integrasque servet illius rerum ordinis, qui primum atque praecipuum solidae pacis fundamentum existat; ea tamen sola una difficultates atque impedimenta e vincere non potest, quae saepe numero efficiendae stabiliendaeque tranquillitati obstant. Qua propter, si rigidae restrictaeque iustitiae caritas fraterno foedere non coniungitur, facilius mentis oculi quadam praepediuntur caligine, ne aliena iura cernant; auresque obsurdescunt, ne vocem illius aequitatis audiant, quae, si volenti sapientique studio edisseratur, asperrimas etiam ac salebrosas causas, quae in controversiam cadunt, ordine rationeque enodare atque explanare potest”.

¹⁶⁴ PIO XII, *Discorso di Sua Santità Pio XII al Sacro Collegio e alla Prelatura Romana*, 24 dicembre 1939, in http://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1939/documents/hf_p-xii_spe_19391224_questo-giorno.html.

tale di una pace giusta" sia "assicurare il diritto alla vita e all'indipendenza di ogni nazione"¹⁶⁵, dato che non possono convivere la volontà di esistere di una Nazione con la sentenza di morte di un'altra.

Nel condannare le atrocità del suo momento storico Pacelli sottolinea l'illiceità dell'uso delle armi contro soggetti inermi. Questo passaggio, però, non sembra ancora rappresentare una condanna *in toto* sulla base, quindi, di un'illiceità totale ed assoluta, ma semmai una censura limitata alla non giustificabilità della violenza armata secondo le tradizionali categorie del *ius belli*.

Per Pio XII diviene irrefrenabile la necessità di ristabilire l'ordine giuridico violato nel momento in cui un atto aggressivo interrompa l'equilibrio di uguaglianza tra i diritti delle Nazioni, e "il nudo possesso del potere si sovrappone alle norme dell'ordine"¹⁶⁶. Altra priorità è la necessità del disarmo e della costituzione di istituzioni giuridiche che garantiscano una leale e fedele attuazione delle convenzioni di pace, eventualmente modificate perché si possa ricostituire quella minacciata fiducia che serve ad allontanare il ricorso alla violenza. Il monito finale, come si legge anche nei documenti citati precedentemente, è che ogni regola di questi strumenti giuridici sia però pervasa dall'unico spirito vivificatore che sia in grado di generare "vita, autorità e obbligazione"¹⁶⁷. Questo spirito vivificatore risiede nella responsabilità che "misura e pondera gli statuti umani secondo le sante e incrollabili norme del diritto divino"¹⁶⁸. Perché la fame e la sete di giustizia possono essere soddisfatte solo dal presupposto della giustizia morale e da quell'amore che è in grado di farsi ponte tra le creature, anche quelle che non godono del "bene della fede". Ancora una volta il Pontefice insiste, dunque, sul fondamento giusnaturalistico di una normativa *super partes* che sia in grado di facilitare il dialogo tra soggetti anche appartenenti a mondi religiosi differenti.

Nel Messaggio natalizio dell'anno 1940, il Papa Pacelli, come presupposto per il nuovo ordine internazionale da ristabilire contro l'odio e la sfiducia che generano disordine e distruzione, invoca il principio dell'osservanza fedele dei patti internazionali, che deve prevalere sul criterio dell'utilità come base e regola del diritto. A corollario di ciò si dovranno porre anche la "soli-

¹⁶⁵ PIO XII, *Discorso di Sua Santità Pio XII al Sacro Collegio e alla Prelatura Romana*, cit.

¹⁶⁶ PIO XII, *Radiomessaggio natalizio*, 24 dicembre 1941, *I presupposti dell'ordinamento internazionale*, in https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1941/documents/hf_p-xii_spe_19411224_radiomessaggio-peace.html.

¹⁶⁷ PIO XII, *Radiomessaggio natalizio*, 24 dicembre 1941, *I presupposti dell'ordinamento internazionale*, cit.

¹⁶⁸ PIO XII, *Radiomessaggio natalizio*, 24 dicembre 1941, cit.

darietà giuridica ed economica e la collaborazione fraterna sempre secondo i dettami della legge divina”¹⁶⁹, che non sopprime la libertà e l’indipendenza dei popoli.

In pieno conflitto mondiale, nel celebre messaggio natalizio del 1941 rivolto “ai figli dell’Universo”, si legge di come la pace “giusta e duratura sia feconda di benessere e prosperità”. Il Pontefice descrive un nuovo ordine che si fondi sui principi morali, vale a dire sui principi di diritto naturale, che garantisca “libertà, autonomia e sicurezza” a tutti gli Stati prescindendo dalle loro dimensioni ed effettive capacità. Ricorda che è insita, infatti, nel diritto delle genti la possibilità di custodire anche la propria neutralità rispetto a conflitti che interessino altri popoli, e nei quali non si ha interesse ad intervenire. Ma ancor più incisivo è il passaggio in cui si denunciano le aggressioni aperte e subdole delle “peculiarità culturali e linguistiche delle minoranze nazionali” unite alla “contrazione delle loro capacità economiche”¹⁷⁰. Le ansie del Pontefice, infatti, si estendono anche a considerazioni di ordine economico¹⁷¹ che non possono essere più disgiunte da quelle di ordine giuridico-politico-morale, soprattutto in ragione della vastità del conflitto, e per le conseguenze di miseria e povertà in cui versa l’Europa che ancora non ha superato il trauma della Grande guerra.

La necessità è quella globale che tutti i popoli partecipino ai beni della terra, inibendo quella corsa frenetica al riarmo che incide pesantemente sull’economia, soprattutto dei popoli più deboli, determinando inaccettabili squilibri tra le classi sociali¹⁷². Non è difficile rilevare come, infatti, la cosiddetta corsa agli armamenti, impedisca l’accesso al credito per le Nazioni più bisognose nonché la possibilità di circolazione delle materie prime. Ma all’analisi attenta di Papa Pacelli non sfugge il dettaglio rilevante della disomogeneità tra la geografia politica e quella economica delle Nazioni, che sulla base della necessità di un’equa distribuzione delle risorse naturali, genera dipendenze economiche che inevitabilmente si corrompono in dipendenze politiche¹⁷³ e aprono la strada a quei conflitti che hanno contrassegnato il secolo scorso, e, purtroppo, intimamente anche il nostro presente.

¹⁶⁹ PIO XII, *Radiomessaggio natalizio* 24 dicembre 1940, *Ai popoli del mondo intero*, in https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1944/documents/hf_p-xii_spe_19441224_natale.html.

¹⁷⁰ PIO XII, *Radiomessaggio natalizio*, 24 dicembre 1941, *I presupposti dell’ordinamento internazionale*, cit..

¹⁷¹ Si veda ALBERTO DE MARCO, *Pensiero giuridico, economico e sociale del pontefice Pio XII*, Gangemi editore, Roma, 2012, in particolare pp. 49-60,

¹⁷² GUIDO GONELLA, *Presupposti di un ordine internazionale. Note ai messaggi di Pio XII*, Edizioni Civitas Gentium, Città del Vaticano, 1942, p. 178.

¹⁷³ GUIDO GONELLA, *Presupposti di un ordine internazionale*, cit., pp. 165-167.

Conflitti segnati dalle opposte tendenze a conservare i privilegi dei paesi più forti da una parte, e a tentare la strada dell'emancipazione dei paesi più deboli dall'altra. Ancora nel messaggio natalizio del 1941, accenna, con una sensibilità divenuta più forte rispetto ai temi sociali dai tempi della *Rerum novarum*, a quelle condizioni ottimali, per far fiorire la pace, che devono innestarsi su di un substrato sociale caratterizzato dall'assenza di conflitti bellici, e denuncia, "le vertiginose spese ed i gravami di guerra che originano contrazioni nelle forze produttive, procurando lesioni, non solo nella vita altrui ma anche nei beni posseduti", generando una violazione nel diritto naturale allo sviluppo economico¹⁷⁴, che impone allo Stato di attivarsi per la promozione del bene comune.

Una corretta ragione economica non può riconoscere l'utilità della guerra, così come il dominio della ragione morale non può in alcun modo giustificare il ricorso alla guerra che viene bandita "dal mondo dei valori etici", in cui è stata troppo a lungo ricompresa¹⁷⁵.

L'invito più accorato è a far sì che non si giunga ad un ennesimo conflitto mondiale, a correggere lo squilibrio della corsa agli armamenti e incentivare il rispetto dei patti giuridici tra gli Stati. Al diritto internazionale il Papa affida il compito supremo di modulare le relazioni tra gli Stati e favorire tra di essi un dialogo costante – caratterizzato dall'imprescindibile rispetto della parola data e quindi dei patti stipulati¹⁷⁶ – volto al superamento dei contrasti politici, ma non solo politici, nell'interesse del bene comune. Nelle parole del Pontefice sembra rivivere l'idea kelseniana del diritto come strumento di pacificazione che fa del contratto sociale, come metodo per la nascita di un ordine internazionale, uno dei suoi punti fondamentali.

In ultimo Pacelli affronta il delicato tema della *libertas ecclesiae*, nel delicato contesto della ricostruzione di una società democratica postbellica, e sottolinea come non può esservi posto per una persecuzione della religione e della Chiesa. La fede, piuttosto, deve essere vista e vissuta come la porta dalla quale entrano tutte le virtù che rinforzano il carattere nei momenti in cui ragione e giustizia possono vacillare, affinché con l'Amore di Cristo si operi la più efficace ricostruzione sociale e prima ancora morale della nuova Europa. Particolarmente significativo il radiomessaggio natalizio del 1944 sui problemi della democrazia, nel quale Pacelli invoca il diritto-dovere della Chiesa di pronunciarsi in materia di ordinamenti politici, senza sposare

¹⁷⁴ PIO XII, *Radiomessaggio natalizio*, 24 dicembre 1941, cit.

¹⁷⁵ LUIGI FERRAJOLI, *Guerra "Etica" e Diritto*, in www.juragentium.org.

¹⁷⁶ ANTONIO MESSINEO, *Fedeltà alla parola data e buona fede nei rapporti internazionali*, in *La Civiltà Cattolica*, vol. 119, 4, 1968, pp. 320-321.

opzioni politiche. Pio XII traccia solo le condizioni ideali di una democrazia ispirata ai valori etici della civiltà cristiana come unica risposta appropriata al pericolo dei totalitarismi, in se stessi provocatori di conflitti¹⁷⁷. Egli invoca tacitamente quell'unione di *fides et ratio*, intesa come diritto del quale si evidenzia la virtù pacificatoria attraverso l'organizzazione della forza e non la sua esclusione. Il paradosso è stabilire un diritto alla pace che per essere effettivo necessita, però, della contrapposta regolamentazione giuridica del diritto alla guerra stessa. Il diritto, ad ogni modo, della guerra intercetta solo il suo fondamentale aspetto costitutivo, ossia la forza, al fine di regolarla o sopprimerla¹⁷⁸.

9. *La pace universale di Giovanni XXIII*

Angelo Giuseppe Roncalli (1881-1963)¹⁷⁹ viene eletto Papa nel 1958, alla soglia degli ottant'anni, dopo aver svolto la sua missione sacerdotale prevalentemente lontano dalle principali scene diplomatiche¹⁸⁰, dalla quali è in buona sostanza emarginato fino al 1944 quando diviene Nunzio Apostolico in Francia. Egli supera l'indifferenza iniziale attorno alla sua elezione, trasformando in ogni sua azione o parola il suo stile personale – segno di un cambiamento rispetto alla ieratica Chiesa pacelliana¹⁸¹ ancora troppo legata alle visioni giuspubblicistiche – forgiato nella semplicità della vita contadina da cui proviene e i cui valori forti, e restii ad immergersi nelle complicazioni della politica curiale¹⁸², emergono in ogni passo del suo breve pontificato e, naturalmente, nel magistero che lo segna. Per quanto l'evento forte e signi-

¹⁷⁷ PIO XII, *Radiomessaggio di Sua Santità ai popoli del mondo intero*, 24 dicembre 1944, in https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1944/documents/hf_p-xii_spe_19441224_natale.html.

¹⁷⁸ MAURIZIO PEDRAZZA GORLERO, *Il diritto, la guerra e la Costituzione*, in *Bollettino della Società Letteraria di Verona*, Verona, 2000, p. 33 e ss.

¹⁷⁹ Per le dettagliate informazioni biografiche e la copiosa bibliografia di riferimento si veda FRANCESCO TRANIELLO, voce *Giovanni XXIII, santo*, vol. III, in *Enciclopedia dei Papi*, Treccani, Roma, 2000, pp. 646-657 e dello stesso Autore voce *Giovanni XXIII, santo*, in *Dizionario biografico*, 55, 2001, in http://www.treccani.it/enciclopedia/papa-giovanni-xxiii_%28Dizionario-Biografico%29/.

¹⁸⁰ Il cardinale Roncalli viene inviato come Visitatore Apostolico in Bulgaria nel 1925 dove rimane, anche dopo aver ricevuto la consacrazione episcopale, fino al 1934 quando viene trasferito in Turchia come amministratore apostolico dei latini di Costantinopoli. Vedi per la biografia GIANCARLO ZIZOLA, *L'utopia di Papa Giovanni*, Cittadella Editore, Assisi, 2000, in particolare per una breve cronologia pp. 15-17.

¹⁸¹ ANDREA RICCARDI, *Dalla Chiesa di Pio XII alla Chiesa giovannea*, in AA.VV., *Papa Giovanni*, a cura di Giuseppe Alberigo, Laterza, Bari, 1987, pp. 135-173.

¹⁸² ALBERTO MELLONI, *Formazione e sviluppo nella cultura di Roncalli*, in *Papa Giovanni*, cit., in particolare p. 13.

ficativo che consegna Papa Roncalli ad una delle parti più luminose della storia della Chiesa cattolica sia l’indizione del Vaticano II, già con la prima enciclica, la *Mater et Magistra*¹⁸³ Roncalli rivela quale sia la sua idea di Chiesa che deve vivere nel mondo contemporaneo con la missione di promuovere la crescita umana e spirituale dell’uomo solo attraverso la pace¹⁸⁴. Egli va di fatto cancellando l’immagine curiale di gerarchia ecclesiastica “tiepida”¹⁸⁵, purtroppo offerta negli anni del governo pacelliano agli sguardi più superficiali, e fissa nella sintesi misericordiosa e attenta alle realtà temporali il contenuto del messaggio evangelico. Ecco che poi la Chiesa giovannea, che non vuole essere più quella del silenzio, e che si prepara al dialogo fecondo del Vaticano II, regala al mondo nel 1963 l’enciclica *Pacem in terris*¹⁸⁶, ancora oggi documento centrale della dottrina pontificia sui temi della pace e della guerra¹⁸⁷. Con questa enciclica la Chiesa si rivela chiamata ad interpretare compiutamente le nuove istanze dell’evangelizzazione, sempre più orientate verso l’incipiente globalizzazione che verso le problematiche interne ed esclusive della cristianità occidentale. Questo risveglio avviene senza però tradire il costante sguardo alla più solida Tradizione cattolica, e all’universale pastoraltà della missione primaziale, che Roncalli vive con un forte senso di distacco della consolidata logica del privilegio¹⁸⁸.

Nella parte conclusiva della celeberrima enciclica *Pacem in terris* del 1963 rivive, infatti – in un breve ma incisivo passaggio, in cui non sembra interrompersi, nello scorrere dei secoli, la sopravvivenza di uno dei principi

¹⁸³ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Mater et magistra*, 15 maggio 1961, http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html.

¹⁸⁴ Il commento sulle finalità della *Mater et magistra* è di Mons. Loris Capovilla segretario di Giovanni XXIII, in GIANCARLO ZIZOLA, *L’utopia di papa Giovanni*, cit., p. 32.

¹⁸⁵ GIUSEPPE ALBERIGO, *Giovanni XXIII e il Vaticano II*, in *Papa Giovanni*, cit., p. 230.

¹⁸⁶ GIOVANNI XXIII, Lettera enciclica *Pacem in terris*, in http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html.

¹⁸⁷ Per una panoramica dei commenti sull’attualità della *Pacem in Terris*: PIETRO PAVAN, *Commento, in L’enciclica Pacem in terris. A venticinque anni dalla pubblicazione*, Editiones Academiae Alphonsianae, Roma 1988; GIORGIO FILIBECK, *L’Enciclica Pacem in Terris e il Vangelo della Pace*, in *Iustitia*, 1, 2002, p. 105 ss.; JOSEPH JOBLIN, *Pace, giustizia e solidarietà*, in *Aggiornamenti Sociali*, 7-8, 2003, pp. 515-527; AA.VV., *Pace! Voci a confronto sulla Pcem in Terris di Giovanni XXIII*, Paoline Editoriale Libri, Milano 2003; PIERRE DE CHARENTENAY, *Pacem in Terris*, in *Aggiornamenti sociali*, febbraio 2013, pp. 163-166; MARIO TOSO, *La ricezione e l’attualità della Pacem in Terris*, relazione tenuta da Sua Ecc.za Mons. Toso Segretario del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, giovedì 22 novembre 2012 presso la Pontificia Università Lateranense, in occasione del Colloquio annuale “Se vuoi la pace costruisci istituzioni di pace” (21-22 novembre), pp. 1-20, in <http://www.iustitiaetpax.va/content/giustiziaepace/it/attivita/segretario/2012/la-ricezione-e-lattualita-della-pacem-in-terris0.html>.

¹⁸⁸ GIOVANNI MICCOLI, *Sul ruolo di Roncalli nella Chiesa italiana*, in *Papa Giovanni*, cit., p. 186-187.

fondanti il *ius canonicum*, la *potestas Ecclesiae in temporalibus* – la giustificazione dell'intervento magisteriale sui temi di natura politica, sociale ed economica, che nelle vicende legate alla guerra si legano a quelli etico-filosofici. Papa Roncalli rievoca, infatti, fluidamente l'insuperata teorica della *potestas indirecta in temporalibus ratione salutis animarum*, avvertendo di “non dimenticare che compete alla Chiesa il diritto e il dovere non solo di tutelare i principi dell'ordine etico e religioso, ma anche di intervenire autoritativamente presso i suoi figli nella sfera dell'ordine temporale, quando si tratta di giudicare dell'applicazione di quei principi ai casi concreti”¹⁸⁹. Il tema della pace e della guerra sono oggetto costante nel tempo di questa speciale sollecitudine ecclesiale, sebbene mutevoli possano essere gli approcci e le valutazioni che rispecchiano evoluzioni sociali, politiche, culturali ed economiche e le sensibilità personali di chi è chiamato ad interpretarle.

Il pericolo di un nuovo conflitto mondiale non si è, purtroppo, esaurito e il nuovo Pontefice si trova a dovere affrontare una delicatissima crisi politica che oppone, ai limiti della belligeranza, le due grandi potenze mondiali e le loro alleanze. Papa Roncalli, sorretto da una fede solida che non nega la drammatica realtà degli eventi, si lascia guidare dalla teologia evangelica dei segni dei tempi che apre la Chiesa ad una visione, nonostante tutto, positiva della realtà contemporanea, e crede fermamente, come aveva ricordato nell'enciclica *Mater et magistra*, che alla Chiesa si offrano “immense possibilità di bene”¹⁹⁰.

L'incipit della *Pacem in terris* rende la sensazione chiara della continuità

¹⁸⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in Terris*, 11 aprile 1963, n.85, cit. Nell'impossibilità di esaurire in una nota le fonti e i cenni bibliografici sull'imponente tema della *potestas Ecclesiae in temporalibus* si vedano: ALBERTO DE LA HERA, *Sviluppo delle dottrine sui rapporti fra la Chiesa e il potere temporale*, in AA.VV., *Corso di Diritto Canonico*, II, Morcelliana, Brescia 1976, pp. 289-293; PEDRO LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano 1985, pp. 56-67; GIUSEPPE LEZIROLI, *Relazioni fra Chiesa cattolica e potere politico. La religione come limite del potere: cenni storici*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 93-96; SANDRO GHERRO, *Stato e Chiesa ordinamento*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 36-38; MARTÍN DE AGAR, *Ecclesia y polis*, in *Ius Canonicum*, 96 2008, pp. 399-413; ID., voce *Rapporti Chiesa-Stato*, in AA. VV., *Dizionario di ecclesiologia*, a cura di GIANFRANCO CALABRESE, PHILIPPE GOYRET, ORAZIO, PIAZZA, Città Nuova, Roma 2010, in particolare pp. 1161-1163; ID., *Potestad indirecta*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. VI, Obra dirigida y coordinada por JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 316-321; JOSEP IGNASI SARANYANA, *Cristianidad (Régimen de)*, in *Diccionario general de Derecho Canónico*, cit., Vol. II, pp. 820-825; PIERO BELLINI, *Sede Apostolica e realtà politiche: tra L'Evo Medio e l'Epoca Moderna*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 90-98; In ultimo sugli sviluppi conciliari del *jus publicum ecclesiasticum externum*, come terreno di incontro tra le due *potestates* si veda CARLOS SOLER, *Iglesia y estado en el Vaticano II*, EUNSA, Pamplona, 2001.

¹⁹⁰ GIOVANNI XXIII, Enciclica *Mater et magistra*, 15 maggio 1961, n. 3, in http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html.

con il pensiero di Papa Pacelli sulla centralità del diritto naturale¹⁹¹ come elemento guida delle relazioni tra gli uomini e tra le comunità politiche e, soprattutto, come ispiratore di una costituenda comunità internazionale che abbia l’autorità di rispondere alle esigenze del bene comune¹⁹², quel bene comune – la cui attuazione costituisce la stessa ragione di essere dei poteri pubblici – che nasce appunto dall’armoniosa collaborazione tra ordine interno e ordine internazionale, nel nome della dignità della persona umana¹⁹³. Una dignità dalla quale scaturiscono “diritti e doveri che sono perciò universali, inviolabili, inalienabili”¹⁹⁴. Per papa Roncalli l’universale paternità divina che tutti gli uomini unisce in uno stesso destino si trasforma nel fondamento dell’appartenenza ad una comunità mondiale¹⁹⁵. La posizione di Papa Giovanni XXIII sul tema della necessità dell’autorità politica è in piena continuità con la più solida dottrina tomistica¹⁹⁶: “La convivenza fra gli esseri umani non può essere ordinata e feconda se in essa non è presente un’autorità che assicuri l’ordine e contribuisca all’attuazione del bene comune in grado sufficiente”¹⁹⁷ ma “L’autorità non è una forza incontrollata: è invece la facoltà di comandare secondo ragione. Essa trae, quindi, la virtù di obbligare dall’ordine morale: il quale si fonda in Dio, che ne è il primo principio e l’ultimo fine”¹⁹⁸. “La convivenza fra gli esseri umani non può essere ordinata e feconda se in essa non è presente un’autorità che assicuri l’ordine e contribuisca all’attuazione del bene comune in grado sufficiente”. Questa assemblea di uomini è chiamata a fare della giustizia, e del diritto come suo strumento cui è legata da un inscindibile vincolo di immanenza, l’unica soluzione possibile ai conflitti¹⁹⁹, ed anche l’unica possibilità di superare il relativismo della storicità di un diritto capace di giustificare qualsiasi

¹⁹¹ “Dall’ordinamento giuridico, voluto da Dio, promana l’inalienabile diritto dell’uomo alla sicurezza giuridica, e con ciò stesso ad una sfera concreta di diritti, protetta contro ogni arbitrario attacco”, GIOVANNI XXIII, Enciclica *Mater et magistra*, cit., n. 13.

¹⁹² GIOVANNI XXIII, Enciclica *Mater et magistra* n. 4 in cui si riprende il contenuto del Radiomessaggio natalizio del 1942 di Pio XII leggibile in http://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421224_radiomessage-christmas.html.

¹⁹³ Si legge più avanti al n. 35 della *Pacem in terris*, che la dignità umana consiste in quelle “condizioni sociali che consentono e favoriscono negli esseri umani lo sviluppo integrale della loro persona”.

¹⁹⁴ GIOVANNI XXIII, Lettera enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 5 e n. 14. Sul punto PEDRO LOMBARDIA, *Introduzione a Id., Lezioni di diritto canonico*, cit., pp. 59-60.

¹⁹⁵ GIOVANNI XIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 10-12.

¹⁹⁶ SANCTAE TOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 93, a. 3 ad 2, in www.corpusthomisticum.org.

¹⁹⁷ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 26.

¹⁹⁸ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 27.

¹⁹⁹ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 57.

atrocità se disgiunto da un patrimonio immodificato di valori fondanti.

Giovanni XXIII nel ripercorre il cammino della storia all'interno della *Pacem in terris* sembra definitivamente voler recidere, con un'affermazione potente, il legame di giustificazione razionale con la guerra, negandole la funzione di strumento di giustizia. "*Alienum est a ratione*"²⁰⁰ è l'espressione utilizzata nell'enciclica (francamente intraducibile a pena di perdere la forza del suo significato), pensare di risolvere i problemi della giustizia con il ricorso alla violenza delle armi. "È un obiettivo reclamato dalla ragione. È evidente, o almeno dovrebbe esserlo per tutti, che i rapporti fra le comunità politiche, come quelli fra i singoli esseri umani, vanno regolati non facendo ricorso alla forza delle armi, ma nella luce della ragione; e cioè nella verità, nella giustizia, nella solidarietà operante"²⁰¹. L'irrazionalità intrinseca della guerra la priverebbe della possibilità di trovare protezione attraverso le categorie del *iustum*. Papa Roncalli non pare indulgere, nello sviluppo di questa parte dell'enciclica, sulla tradizionale idea di guerra giusta o giustificabile²⁰², ma al contrario auspica con fermezza un disarmo immediato, legandone, oltretutto, la realizzazione alle conseguenze economiche di tale azione: "Ci è pure doloroso constatare come nelle comunità politiche economicamente più sviluppate si siano creati e si continuano a creare armamenti giganteschi; come a tale scopo venga assorbita una percentuale altissima di energie spirituali e di risorse economiche; gli stessi cittadini di quelle comunità politiche siano sottoposti a sacrifici non lievi; mentre altre comunità politiche vengono, di conseguenza, private di collaborazioni indispensabili al loro sviluppo economico e al loro progresso sociale"²⁰³.

Un controllo efficace di tale operazione richiede un mutamento di mentalità per cui il "criterio della pace che si regge sull'equilibrio degli armamenti" va sostituito con la convinzione che la vera e stabile pace si fonda su una fiducia reciproca tra le Nazioni²⁰⁴, sulla solidarietà e l'amicizia tra i

²⁰⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris* n. 67, il latino rende più incisivo il monito del pontefice: "*Quare aetate hac nostra, quae vi atomica gloriatur, alienum est a ratione bellum tam aptum esse ad violata iura sarcienda*". Sul punto si vedano le riflessioni di PIERLUIGI CONSORTI, *Alienum est a ratione*, in *Rivista di teologia morale*, 2003, p. 47 e ss.

²⁰¹ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 62.

²⁰² MARIO TOSO, *La ricezione e l'attualità della Pacem in Terris*, cit., p. 4.

²⁰³ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in Terris*, cit., n. 59.

²⁰⁴ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in Terris*, cit., n. 61-63. Significativo questo passo contenuto al n. 62: "Nelle assemblee più alte e qualificate considerino a fondo il problema della ricomposizione pacifica dei rapporti tra le comunità politiche su piano mondiale: ricomposizione fondata sulla mutua fiducia, sulla sincerità nelle trattative, sulla fedeltà agli impegni assunti. Scrutinio il problema fino a individuare il punto donde è possibile iniziare l'avvio verso intese leali, durature, feconde". Sul contributo del magistero pontificio al fondamento della buona fede nelle relazioni

popoli che condividono la medesima appartenenza alla famiglia umana.

Ciò premesso il Pontefice recide ogni legame razionale tra un evento bellico e le regioni profonde della giustizia: "per cui riesce quasi impossibile pensare che nell'era atomica la guerra possa essere utilizzata come strumento di giustizia"²⁰⁵. "Però tra i popoli, purtroppo, spesso regna ancora la legge del timore. Ciò li sospinge a approfondire spese favolose in armamenti: non già, si afferma – né vi è motivo per non credervi – per aggredire, ma per dissuadere gli altri dall'aggressione"²⁰⁶. Non mi pare ultroneo notare che in questo passaggio il Pontefice prefiguri quel modello di guerra preventiva che nel futuro prossimo sarebbe stato costantemente utilizzato per giustificare il ricorso all'azione di bellica. "È lecito tuttavia sperare che gli uomini, incontrandosi e negoziando, abbiano a scoprire meglio i vincoli che li legano, provenienti dalla loro comune umanità e abbiano pure a scoprire che una fra le più profonde esigenze della loro comune umanità è che tra essi e tra i rispettivi popoli regni non il timore, ma l'amore: il quale tende ad esprimersi nella collaborazione leale, multiforme, apportatrice di molti beni"²⁰⁷. "Dall'ordine – giuridico aggiungerei – voluto da Dio, promana l'inalienabile diritto dell'uomo alla sicurezza giuridica, e con ciò stesso ad una sfera concreta di diritti, protetta contro ogni arbitrario attacco"²⁰⁸. L'ordine tra gli esseri umani nella convivenza è di natura morale. Infatti, è un ordine che si fonda sulla verità; che va attuato secondo giustizia; domanda di essere vivificato e integrato dall'amore; esige di essere ricomposto nella libertà in equilibri sempre nuovi e più umani²⁰⁹. Infatti Giovanni XXIII guarda alle trasformazioni vissute dalla famiglia umana, soprattutto in un passato recente, e sottolinea come essa presenti una configurazione sociale-politica profondamente trasformata. Non è più pensabile ed accettabile una dicotomia tra più popoli dominatori e popoli dominati: tutti i popoli si sono costituiti o si stanno costituendo in comunità politiche indipendenti²¹⁰ e libere dalle ingerenze altrui²¹¹, che dovrebbero essere accomunate dall'obiettivo

internazionali vedi ANTONIO MESSINEO, *Fedeltà alla parola data e buona fede nei rapporti internazionali*, in *La Civiltà Cattolica*, cit., p. 321, Roncalli segue il pensiero pacelliano della necessità che le relazioni internazionali tra gli Stati si improntino alla mutua fiducia tra gli Stati.

²⁰⁵ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 67.

²⁰⁶ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 67.

²⁰⁷ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 67.

²⁰⁸ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 13.

²⁰⁹ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 20 e n. 87.

²¹⁰ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 23.

²¹¹ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 64: "I rapporti tra le comunità politiche

dell'attuazione del bene comune, che costituisce la stessa ragione di essere dei poteri pubblici; i quali sono tenuti ad attuarlo nel riconoscimento e nel rispetto dei suoi elementi essenziali, sebbene secondo contenuti postulati dalle differenti situazioni storiche²¹². Un passaggio concettuale dell'enciclica, la cui implicazione con l'attualità non può sfuggire²¹³, è assai rilevante, soprattutto nella logica del diritto internazionale contemporaneo, perchè in esso si ribadisce il concetto di uguaglianza ontologica tra le diverse comunità politiche, tra le quali, in conclusione, non si può individuare chi sia superiore e chi non lo sia²¹⁴. Per quanto il tema centrale dell'enciclica non sia la Chiesa forte si avverte l'influsso di quelle aperture ecclesiologiche che, successivamente nel contesto del Vaticano II ai suoi inizi in quella data, hanno generato lo sviluppo dell'idea di Chiesa come Popolo. Un'idea che va affiancandosi, fino a oscurarla, all'immagine di *societas iuridice perfecta* la quale per secoli ha, probabilmente, condizionato anche la sensibilità del giudizio sulle problematiche umane di natura politica quali la guerra. Una cosa è guardare al conflitto dalla medesima prospettiva di forza di uno Stato, del quale si condivide la medesima natura, altro è, invece, muovere dal presupposto dell'uguaglianza ontologica e della conseguente comunione tra le genti, che rende più arduo giustificare il ricorso alla violenza delle armi per la soluzione delle controversie.

Gli armamenti, come è noto, si sogliono giustificare adducendo il motivo che se una pace oggi è possibile, non può essere che la pace fondata sull'equilibrio delle forze. Ma questo assioma che nutre la "psicosi bellica" va, secondo Roncalli, svuotato di senso e sostituito con l'idea centrale che la vera pace si può costruire soltanto nella vicendevole fiducia tra le comunità politiche²¹⁵.

In definitiva il no alla guerra ha per il Pontefice un fondamento assolutamente razionale: è, infatti, la ragione stessa a rivendicare la pace come

vanno regolati nella libertà. Il che significa che nessuna di esse ha il diritto di esercitare un'azione oppressiva sulle altre o di indebita ingerenza".

²¹² GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 32.

²¹³ Di forte impatto è il riferimento alle minoranze etniche, che oggi si traduce anche in minoranze culturali o religiose, vittime di abusi, discriminazioni, violenze di ogni genere e soprattutto del fenomeno tragico delle migrazioni di massa. Così si esprime papa Roncalli: "Va affermato nel modo più esplicito che una azione diretta a comprimere e a soffocare il flusso vitale delle minoranze è grave violazione della giustizia", GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 52 e poi ripreso al n. 57.

²¹⁴ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., nn. 24 e 50.

²¹⁵ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 59.

uno dei suoi obiettivi primari, obiettivo di grande utilità oltretutto²¹⁶, ed è sempre alla luce della ragione che vanno regolati i rapporti tra gli uomini non solo *uti singuli* ma *uti communitates*, condotti cioè nella verità, nella giustizia, nella solidarietà operante²¹⁷. Già mezzo secolo fa un Pontefice, con magistero profetico²¹⁸ disegna, quindi, le linee guida di una globalizzazione sana, fondata sulla potente immagine di "famiglia umana", di "cittadinanza della Comunità mondiale" nella quale si deve poter vivere secondo un ordine giuridico composto di diritti e doveri fondamentali, dal quale non vanno escluse le minoranze, il cui flusso vitale compresso costituisce grave violazione della giustizia²¹⁹.

Da queste premesse si desume che la vera pace rientri nell'ordine stabilito da Dio per l'umanità, un ordine che va letto ed interpretato quindi come parte del *ius naturale*, un ordine che è "imperativo del dovere", cioè esigenza di giustizia e allo stesso tempo "esigenza d'amore", ossia di carità, la cui realizzazione ci consente di partecipare della stessa natura di Dio. Ma nell'osservazione critica dei segni dei tempi Roncalli nota come per via della interdipendenza sempre maggiore tra i popoli, "non è possibile che tra essi regni una pace duratura e feconda, quando sia troppo accentuato lo squilibrio nelle loro condizioni economico-sociali"²²⁰.

La condizione di progresso tecnico-scientifico raggiunta dalla società umana induce ad una riflessione sul mutamento dell'idea di guerra un tempo giustificabile perché rientrante nel paradigma di copertura della legittima difesa. Nota acutamente il Pontefice nel testo dell'enciclica, che sembra voler sviluppare un pensiero già anticipato nella *Mater et magistra*²²¹, che l'epoca contemporanea elabora, infatti, il concetto di azione diretta al bene

²¹⁶ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit. n. 62: "È un obiettivo della più alta utilità. Dalla pace tutti traggono vantaggi: individui, famiglie, popoli, l'intera famiglia umana".

²¹⁷ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 62.

²¹⁸ Tra i molti che discutono del carattere profetico del magistero di Giovanni XXIII, dalla pubblicazione della *Pacem in terris* all'indizione del Concilio Vaticano II, si vedano ANGELINA ALBERIGO – GIUSEPPE ALBERIGO, *Giovanni XXIII, Profetia nella fedeltà*, Queriniana, Brescia, 1978, e *Fede, tradizione, profetia: studi su Giovanni XXIII e sul Vaticano II*, a cura di GIUSEPPE ALBERIGO, Paideia, Brescia, 2000.

²¹⁹ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, cit., n. 52.

²²⁰ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Mater et magistra*, cit., n. 144.

²²¹ GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Mater et magistra*, cit., n.144: "La solidarietà che lega tutti gli esseri umani e li fa membri di un'unica famiglia impone alle comunità politiche, che dispongono di mezzi di sussistenza ad esuberanza, il dovere di non restare indifferenti di fronte alle comunità politiche i cui membri si dibattono nelle difficoltà dell'indigenza, della miseria e della fame, e non godono dei diritti elementari di persona. Tanto più che, data la interdipendenza sempre maggiore tra i popoli, non è possibile che tra essi regni una pace duratura e feconda, quando sia troppo accentuato lo squilibrio nelle loro condizioni economico-sociali". Dello stesso tenore anche i nn. 148-156.

comune²²² che sembra creare le basi per l'idea di azione umanitaria che si svilupperà solo dopo qualche decennio sotto il pontificato di Karol Wojtyła. Alla finalità dell'azione umanitaria, che sembra sostituirsi al tradizionale concetto di guerra giusta divenendo di questa uno sviluppo storico – quasi che il diritto di legittima difesa venisse assunto dalla comunità internazionale in virtù di un superiore principio solidaristico – viene ormai spesso finalizzato l'intervento bellico.

La *Pacem in terris*, che non si fa promotrice di una verità dottrinale religiosa in senso puro²²³, in senso cioè esclusivamente cattolico poiché si rivolge “a tutti gli uomini di buona volontà”, assume le sembianze di un documento fortemente permeato da una “laicità cristiana” che poi sarà quella che anima alcuni tra i più importanti messaggi dell'imminente Concilio, e si pone come promotore di concetto realistico di pace profondamente umana che supera quell'idea di *pax christiana* che avrebbe potuto rischiare di essere vissuta come elitaria²²⁴, col rischio di escludere, cioè, dalla irriducibile vocazione universale alla pace i non cristiani con i quali, invece, la Chiesa esprime forte il desiderio di dialogare.

Da uomo e da sacerdote Roncalli ha sperimentato la durezza e l'irrazionalità della guerra sulla quale scrive le parole decisive che sono contenute in un brano del suo *Giornale dell'anima* ma non sono transitate con la medesima durezza in documenti ufficiali del suo magistero. Senza porsi il problema della relazione storico-politica tra una guerra e il contesto che la genera, e ben consapevole del deprecabile legame strumentale tra ideologia nazi-fascista e teologia cristiana, Giovanni XXIII definisce la guerra come una micidiale rivendicazione della giustizia divina per la violazione dei suoi sacri ordini che invece dovrebbero soprassedere allo svolgimento della vita del consorzio umano²²⁵. Per Roncalli non vi è in realtà alcuna possibilità di

²²² GIOVANNI XXIII, Lettera Enciclica *Pacem in terris*, n. 73: “Come il bene comune delle singole comunità politiche, così il bene comune universale non può essere determinato che avendo riguardo alla persona umana. Per cui anche i poteri pubblici della comunità mondiale devono proporsi come obiettivo fondamentale il riconoscimento, il rispetto, la tutela e la promozione dei diritti della persona: con un'azione diretta, quando il caso lo comporti; o creando un ambiente a raggio mondiale in cui sia reso più facile ai poteri pubblici delle singole comunità politiche svolgere le proprie specifiche funzioni”.

²²³ Con la *Pacem in terris* per la prima volta il magistero pontificio propone un tema non strettamente cristiano ma umano, in senso più generale, così: LUIGI BETTAZZI, *La comunità ecclesiale italiana e la pace: un esame di coscienza*, in, ANGELO CAVAGNA, *I cristiani e la pace. Alla luce della Pacem in terris*, Bologna, Dehoniane, 1996, p. 64.

²²⁴ Vedi GIANCARLO ZIZOLA, *L'utopia di Papa Giovanni*, cit., p. 47.

²²⁵ GIOVANNI XXIII, *Giornale dell'anima*, V edizione, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1967, p. 266.

giustificare l'azione bellica perché alla sua origine vi è la volontà dell'uomo guidata dalla tentazione diabolica che fa di questa tragedia una delle più tremende sanzioni per il genere umano disubbidiente alla legge di Dio²²⁶.

La profezia giovannea della pace²²⁷, che conduce gli uomini verso l'attuazione di un nuovo ordine sociale, ma soprattutto unica strada percorribile per giungere alla piena realizzazione del regno di Dio, e l'insufficienza della forza per realizzarlo, continuano a permeare tutto il magistero di Roncalli e risuonano nel potente messaggio di apertura del Vaticano II²²⁸, per poi trasfondersi nella mirabile sintesi della *Gaudium et spes*.

10. Paolo VI e la fine della Chiesa del silenzio

La morte di Papa Giovanni XXII consegna la conclusione dell'opera conciliare al pontificato di Paolo VI²²⁹, che permeerà con la sua sensibilità

²²⁶ Vedi GIANCARLO ZIZOLA, *L'utopia di Papa Giovanni*, cit., pp. 72-75.

²²⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, cit., n. 91: "Si affratellino tutti i popoli della terra e fiorisca in essi e sempre regni la desideratissima pace". "La profezia è l'attuarsi e il perfezionarsi del discernimento: è mostrare come quest'ultimo è destinato ad essere più che giudizio sceveratore, e cioè anche momento prassico, mediante il quale si perviene a fare la verità dell'uomo, ad attuare e a confessare, con le opere, il giudizio di Dio sulla storia. La profezia è, in altre parole, liberare, accendere, crescere la vera vita sociale", così MARIO TOSO, *La ricezione e l'attualità della Pacem in Terris*, cit., p. 4.

²²⁸ "Nello stato presente degli eventi umani, nel quale l'umanità sembra entrare in un nuovo ordine di cose, sono piuttosto da vedere i misteriosi piani della Divina Provvidenza, che si realizzano in tempi successivi attraverso l'opera degli uomini, e spesso al di là delle loro aspettative, e con sapienza dispongono tutto, anche le avverse vicende umane, per il bene della Chiesa", GIOVANNI XXIII, *Solenne apertura del Concilio vaticano II, Discorso del Santo Padre Giovanni XXIII*, 11 ottobre 1962, n. 4.4, in http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/it/speeches/1962/documents/hf_j-xxiii_spe_19621011_opening-council.html. Ed ancora in sintesi il pontefice descrive il patrimonio di beni offerti dalla Chiesa cattolica all'umanità intera: "la Chiesa offre agli uomini dei nostri tempi non ricchezze caduche, né promette una felicità soltanto terrena; ma dispensa i beni della grazia soprannaturale, i quali, elevando gli uomini alla dignità di figli di Dio, sono di così valida difesa ed aiuto a rendere più umana la loro vita; apre le sorgenti della sua fecondissima dottrina, con la quale gli uomini, illuminati dalla luce di Cristo, riescono a comprendere a fondo che cosa essi realmente sono, di quale dignità sono insigniti, a quale meta devono tendere; infine, per mezzo dei suoi figli manifesta ovunque la grandezza della carità cristiana, di cui null'altro è più valido per estirpare i semi delle discordie, nulla più efficace per favorire la concordia, la giusta pace e l'unione fraterna di tutti", *ivi*, n. 7.3.

²²⁹ Per le informazioni biografiche e bibliografiche si veda GIOVAN MARIA VIAN, voce *Paolo VI*, in *Enciclopedia dei Papi*, vol. III, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2000, pp. 657-674; dello stesso AUTORE voce *Paolo VI*, *Dizionario biografico*, vol. 81, 2014, in http://www.treccani.it/enciclopedia/papa-giovanni-xxiii_%28Dizionario-Biografico%29/, ed ancora ricco di spunti ed informazioni biografiche, AA.VV., *Paolo VI, Una biografia*, a cura di XENIO TOSCANI Edizioni Studium, Roma-Istituto Paolo VI, Brescia, 2014, particolarmente intensa la descrizione del carattere di Papa Montini, attraverso le testimonianze dei componenti la sua cerchia di intimi, FULVIO DE GIORGI, *Parte seconda. 1934-1954*, in *Paolo VI. Una biografia*, cit., pp. 169-186.

peculiare, e forse non del tutto ancora pienamente compresa, anni complessi per l'Italia e per il mondo. Per intendere in profondità la posizione di Papa Montini sul delicato tema della guerra bisogna iniziare col ricordare il ruolo svolto da giovane come collaboratore di Pio XII ma, soprattutto, bisogna tener conto della difficile crisi politico-sociale che ha caratterizzato i difficili anni del suo pontificato: la crisi di Cuba, l'orrore del Vietnam, le lotte giovanili, gli omicidi politici illustri, anni comunque benedetti dalla luce nuova del Concilio, il cui spirito egli ha saputo divulgare con fermezza e senza clamori²³⁰. Il primo accenno ufficiale del suo magistero alla relazione intima tra la Chiesa e la missione della pace universale è contenuto in un passaggio dell'enciclica *Ecclesiam suam* del 1964²³¹. Con undici messaggi per la Giornata mondiale per la pace, annunciati ogni primo gennaio dal 1968 al 1978, Papa Montini viene ricordato come il Pontefice della contemporaneità che si espone in modo aperto ed inconfutabile sull'impossibilità di giustificare la guerra, sebbene sia stato, in realtà, il suo predecessore, con un'enciclica espressamente dedicata alla pace, a cancellare definitivamente dalla dottrina cattolica ogni fondamento razionale o teologico del concetto di guerra giusta. Indimenticate le parole di Paolo VI, "mai più la guerra!", del celeberrimo discorso pronunciato all'Assemblea generale dell'ONU il 4 ottobre del 1965, data storica che segna la prima visita di un Pontefice negli Stati Uniti d'America²³². Il coraggioso ed allo stesso tempo umile discorso pronunciato in quella sede, che influenzerà anche la redazione della *Gaudium et spes*²³³

²³⁰ Per una ricostruzione storico-critica del pontificato montiniano si rinvia all'ultimo studio di CARLO CARDIA, *Paolo VI il più grande Papa riformatore della modernità*, in *n Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 42 del 2017.

²³¹ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Ecclesiam suam*, 6 agosto 1964, n. 17 in http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_06081964_ecclesiam.html: "Alla grande e universale questione della pace nel mondo Noi diciamo fin d'ora che Ci sentiremo particolarmente obbligati a rivolgere non solo la Nostra vigilante e cordiale attenzione, ma l'interessamento altresì più assiduo ed efficace, contenuto, sì, nell'ambito del Nostro ministero ed estraneo perciò ad ogni interesse puramente temporale e alle forme propriamente politiche, ma premuroso di contribuire alla educazione dell'umanità a sentimenti ed a procedimenti contrari ad ogni violento e micidiale conflitto, e favorevoli ad ogni civile e razionale pacifico regolamento dei rapporti fra le nazioni; e sollecito parimenti di assistere, con la proclamazione dei principi umani superiori, che possano giovare a temperare gli egoismi e le passioni donde scaturiscono gli scontri bellici, l'armonica convivenza e la fruttuosa collaborazione fra i popoli; e d'intervenire, ove l'opportunità ci sia offerta, per coadiuvare le parti contendenti a onorevoli e fraterne soluzioni. Non dimentichiamo infatti essere questo amoroso servizio un dovere che la maturazione delle dottrine da un lato, delle istituzioni internazionali dall'altro rende oggi più urgente nella coscienza della nostra missione cristiana nel mondo, ch'è pur quella di rendere fratelli gli uomini, in virtù appunto del regno di giustizia e di pace, inaugurato dalla venuta di Cristo nel mondo".

²³² CARLO CARDIA, *Paolo VI il più grande Papa riformatore della modernità*, cit., p. 19-23.

²³³ ENNIO APECITI, *Parte quarta 1963-1978*, in AA.VV., *Paolo VI, una biografia*, cit., p. 399-400.

contiene, in un passaggio molto intenso, la sintesi della dottrina montiniana sul tema delle relazioni tra gli Stati: "Voi sancite il grande principio che i rapporti fra i popoli devono essere regolati dalla ragione, dalla giustizia, dal diritto, dalla trattativa, non dalla forza, non dalla violenza, non dalla guerra, e nemmeno dalla paura, né dall'inganno"²³⁴.

Papa Montini stabilisce come reale priorità del suo magistero la realizzazione di un pace piena e duratura e, a tale fine, istituisce la ricorrenza di una giornata mondiale dedicata a questo obiettivo che si imprima nella memoria degli uomini e dei popoli come obiettivo primario del magistero universale della Chiesa cattolica. Montini premette di non avere intenzione di interferire nelle vicende politiche interne degli Stati e auspica in modo costante nel corso del suo magistero che la guida nella soluzione dei conflitti non sia lo spirito di sopraffazione, ma il senso comune di umanità, che lega gli esseri umani tra loro²³⁵. Mi pare evidente, quindi, che vi è un riferimento chiaro ai principi di diritto naturale. A questo ieratico Pontefice che, una volta salito al soglio petrino, sembra dimenticare le reticenze diplomatiche della sua vita precedente, il tema della pace è molto caro, ed egli lo riprende nella brevissima ma ricca enciclica *Christi Matri* del 15 settembre 1966. Con poche ma potenti espressioni egli promuove la pratica della devozione mariana, indirizzandola specificatamente al fine di ottenere la pace nel mondo intero e, specialmente, in quella parte di Asia tormentata dal fuoco della guerra. Il Pontefice ricorda che la Chiesa, come vessillo tra le nazioni²³⁶, "non è legata a interessi politici, ma deve recare agli uomini la verità e la grazia di Gesù Cristo"²³⁷, ed ha il compito divino di aiutare l'umanità ad ottenere quel bene così grande che rappresenta addirittura il più perfetto di desideri da realizzare, ossia la pace. Ma il realismo che contraddistingue Paolo VI lo induce a ricordare che "bisogna stabilire una pace, fondata sulla giustizia e sulla libertà degli uomini, che tenga quindi conto dei diritti delle persone e delle comunità, altrimenti essa sarà debole e instabile"²³⁸. All'Assemblea generale dell'ONU, che festeggia, riunita senza la presenza dei principali Capi di Stato, il proprio ventennale nel 1965, Paolo VI parla a nome della Chiesa catto-

²³⁴ PAOLO VI, *Discorso del Santo Padre alle Nazioni Unite*, Lunedì, 4 ottobre 1965, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651004_united-nations.html.

²³⁵ PAOLO VI, *Appello di Paolo VI per la pace nel mondo*, 29 gennaio 1969, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1969/january/documents/hf_p-vi_spe_19690129_pace-mondo.html.

²³⁶ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Christi Matri*, n. 2, in http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_15091966_christi-matri.html.

²³⁷ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Christi Matri*, cit., n. 2

²³⁸ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Christi Matri*, cit., n. 4.

lica e utilizza, riferendosi alla sua persona, l'insuperata espressione "esperta in umanità"²³⁹, che nella *Populorum progressio* verrà, invece, attribuita alla Chiesa intera²⁴⁰. L'intervento del Pontefice esprime lo sviluppo di una convinzione già elaborata ai tempi di Papa Pacelli, sulla necessità di un ordine giuridico internazionale, inteso come uno spazio governato dal diritto, dalla ragione e dalla giustizia in cui ogni Stato esista, si riconosca e riconosca anche gli altri per vivere lontano dalla violenza, dalla guerra in una dimensione di pace che garantisca e guidi le sorti dell'umanità²⁴¹. Papa Montini loda l'alto valore morale del patto che unisce gli Stati in questa organizzazione – che vive un momento di crisi politica esterna ed interna molto significativo – e, soprattutto, il suo operare in favore di continue azioni di pace e di uno sfruttamento delle risorse naturali e scientifiche che sia volto a produrre vita e non più morte²⁴².

Che la pace sia ormai il monito universale che dai sacri palazzi si rivolge al mondo intero si comprende ad esempio da un semplice passaggio del discorso del 1968 ai rappresentanti della NATO che egli definisce come "artigiani della pace"²⁴³, in quanto la loro vocazione, come Collegio di difesa, deve appunto essere quella di guidare l'uomo verso la pace, preparandolo non all'uso delle armi militari, incluse quelle che vengono utilizzate con la giustificazione che servano la causa del diritto e della civilizzazione, ma all'uso delle armi politiche per la promozione del bene comune, come insegna la *Gaudium et spes* n. 79²⁴⁴. Mi pare evidente che nonostante l'allusione ad una

²³⁹ PAOLO VI, *Discorso all'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite*, 4 ottobre 1965, n. 1, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651004_united-nations.pdf.

²⁴⁰ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Populorum progressio*, 26 marzo 1967, n. 13, in http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf_p_vi_enc_26031967_populorum.html. Sulla presenza della Chiesa nella comunità internazionale si veda: SERGIO FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Giuffrè, Milano, 1988, in particolare p. 97 e ss. Il cinquantesimo anniversario della *Populorum progressio* è stato ampiamente celebrato con iniziative di alto valore scientifico, si segnalano, in particolare: il convegno organizzato l'8 novembre 2017 dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre e dall'Abazia di San Paolo fuori le Mura dal titolo "A 50 Anni dalla *Populorum Progressio*. Paolo VI, il Papa della modernità" e la conferenza organizzata in Vaticano dal Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrato intitolata *Dalla Populorum progressio alla Laudato sii*, il 23 e il 24 novembre dello stesso anno.

²⁴¹ PAOLO VI, *Discorso all'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite*, 4 ottobre 1965, n. 5.

²⁴² Sul punto si veda JOSEPH JOBLIN, *Paul VI et le institutiones internationales*, in AA. VV., *Paul VI et la modernité dans l'Eglise. Actes du colloque de l'Ecole française de Rome 1983*, Brescia-Roma, 1984, p. 529-446.

²⁴³ PAOLO VI, *Discorso al Collegio di Difesa della NATO*, 27 gennaio 1968, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/speeches/1968/january/documents/hf_p-vi_spe_19680127_difesa-nato.html.

²⁴⁴ PAOLO VI, *Discorso al Collegio di difesa della NATO*, 30 gennaio 1971, in <https://w2.vatican.va/>

realistica possibilità di giustificare il ricorso alla guerra per fini superiori, o inevitabili, quali la legittima difesa, Montini rifugge con determinazione dall'idea di legittimare quest'ipotesi in nome di un'inequivocabile opzione assoluta per la pace. La pace è, per esplicita ammissione di Paolo VI, dopo la *Pacem in terris*, "il programma della sua presenza apostolica nel mondo"²⁴⁵, la cui causa, insieme a quella del diritto²⁴⁶, è da considerare sacra²⁴⁷, anche perché la pace è "lo specchio dell'umanità vera, autentica, moderna, vittoriosa d'ogni anacronistico autolesionismo"²⁴⁸.

Nei suoi ragionamenti, dunque, Montini svincola del tutto il conseguimento della pace dall'uso della forza armata: "La pace vera si fonda sui cuori; non sulla vittoria delle armi, non sulla prepotenza politica, non sull'orgoglio etnico, e nemmeno sull'equilibrio delle forze e degli interessi; si fonda sull'amore, si fonda sul fatto che siamo fratelli"²⁴⁹. Ritorna prepotente in questo magistero l'allusione al diritto naturale e al rispetto dei conseguenziali diritti umani, a quell'ordine con cui la pace stessa si identifica, attraverso la realizzazione di tre imperativi categorici. Ricorda Paolo VI che "Occorre, sostengono questi imperativi, che per avere la Pace autentica e felice si debba: difendere la Vita, risanare la Vita, promuovere la Vita"²⁵⁰, monito

content/paul-vi/es/speeches/1971/january/documents/hf_p-vi_spe_19710130_collegio-nato.html.

²⁴⁵ PAOLO VI, *Cerimonia di consegna del Premio per la Pace «Giovanni XXIII» all'UNESCO (30 novembre 1974)*, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/speeches/1974/documents/hf_p-vi_spe_19741130_premio-giovanni-xxiii.html.

²⁴⁶ Sull'idea di diritto e la sua relazione con la giustizia nel diritto della Chiesa si vedano le riflessioni di JAVIER HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 30-34; imprescindibile il riferimento a: CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2000; GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 11 e ss. Per la relazione tra diritto e carità: SALVATORE BERLINGÒ, *Dalla giustizia della carità alla carità della giustizia* in Id. *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 3-36; AA.VV., *Diritto canonico e servizio della carità*, a cura di JESUS MIÑAMBRES Giuffrè, Milano, 2008, in particolare per uno studio delle fonti classiche della dottrina sulla relazione tra carità e diritto si rinvia a ORAZIO CONDORELLI, *Carità e diritto nella scienza giuridica medievale*, p. 54-104.

²⁴⁷ PAOLO VI, *Discorso al Segretario generale delle Nazioni Unite S.E. M. Kurt Waldheim*, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1972/february/documents/hf_p-vi_spe_19720205_segretario-generale-onu.html.

²⁴⁸ PAOLO VI, *Messaggio per la celebrazione della IV Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio, 1971, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/messages/peace/documents/hf_p-vi_mes_19701114_iv-world-day-for-peace.html.

²⁴⁹ PAOLO VI, *Annuncio della fine del grave conflitto bellico in Vietnam*, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1973/january/documents/hf_p-vi_spe_19730124_pace-vietnam.html.

²⁵⁰ PAOLO VI, *Messaggio per la celebrazione della X giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 1977, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/messages/peace/documents/hf_p-vi_mes_19761208_x-world-day-for-peace.html.

che sarà ripreso da Giovanni Paolo II nella *Evangelium vitae* del 1995²⁵¹. Se l'uomo intende la pace come un imperativo categorico per il suo viaggio nel tempo, alla ricerca del suo sommo bene, non può non porre a fondamento di quest'azione la Giustizia, perché ricorda Isaia “*Opus iustitiae pax* (cfr. Is. 22, 17)”²⁵². Semmai deve trattarsi di una giustizia il cui contenuto è rintracciabile principalmente nel rispetto dei diritti umani fondamentali, e a seguire negli equilibri dei rapporti sociali, culturali ed economici. Papa Montini, così come specifica nell'enciclica sociale *Populorum progressio* del 1967, intravede nelle possibilità di sviluppo economico di un popolo le condizioni di giustizia indispensabili a garantire una pace stabile e duratura. Lo sviluppo la cui potente immagine viene in questa enciclica descritta è delineato non come “semplice crescita economica”, ma come qualcosa di integrale, “il che vuol dire volto alla promozione di ogni uomo e di tutto l'uomo”²⁵³. Viene acutamente sottolineato da Papa Montini che non si può accettare di “separare l'economico dall'umano, lo sviluppo, dalla civiltà dove si inserisce”²⁵⁴. Egli invita a reimpiegare le risorse e gli investimenti destinati alla produzione delle armi “per alleviare la miseria delle popolazioni indigenti”, temperando a quel dovere supremo di solidarietà che ogni Nazione, come proiezione dell'essere umano, possiede in qualità di guida per gli altri popoli meno sviluppati ed autonomi economicamente. L'estrema illogicità di questa pratica economica risiede nella libera circolazione di armi acquistate, che riescono a superare le barriere politico-ideologiche e di mercato, esistenti nei vari Stati, nelle quali, paradossalmente però, continuano ad imbattersi gli aiuti economici e i piani di sviluppo²⁵⁵.

Questo assunto è rintracciabile come costante in ogni discorso sul tema della pace.

A fronte di queste premesse fondamentali si destituisce, quindi, di fondamento, una volta per tutte, il vecchio brocardo “*si vis pacem, para bellum*”, che per secoli ha contribuito a costruire il concetto di guerra giusta. Audacemente Montini dichiara inammissibile la politica della corsa agli armamenti – definita nella *Gaudium et spes* n. 81 come “piaga dell'umanità” che crea

²⁵¹ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

²⁵² PAOLO VI, *Messaggio per la celebrazione della V giornata mondiale della pace*, 1 gennaio, 1972, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/messages/peace/documents/hf_p-vi_mes_19711208_v-world-day-for-peace.html.

²⁵³ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Populorum progressio*, cit., n. 14.

²⁵⁴ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Populorum progressio*, cit n. 5.

²⁵⁵ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Populorum progressio*, cit n. 24.

solo una possibilità fragile di pace fondata sulla perpetua minaccia della vita. In questa lettura non vi è spazio per nessun tipo di giustificazione, sia della guerra tradizionale sia della sua versione più aggiornata di deterrenza²⁵⁶. A sostegno ulteriore di queste convinzioni Paolo VI si muove sulla scia, inaugurata a suo tempo da Pacelli, di indagare contemporaneamente il tema della guerra e quello delle condizioni economiche. Egli denuncia, così, le disastrose conseguenze economiche derivanti dalla soppressione delle possibilità di sviluppo di un popolo per "conservare a ciascuno Stato la propria corazza di armi sempre più costose ed efficienti"²⁵⁷. Si legge sempre nella *Populorum progressio* che il messaggio cristiano riproposto dal magistero pontificio, e sempre sapientemente rimodulato sulle reali esigenze dell'uomo moderno, deve ispirare quel disarmo dei cuori e quella solidarietà come atteggiamento virtuoso della comunità umana la quale si pone come obiettivo finale condiviso la pace²⁵⁸. La miseria, le difficoltà economiche, la negazione delle prospettive di sviluppo e dei beni primari di sopravvivenza, la negazione del lavoro come condizione essenziale della dignità umana, sono violenze pari a quelle prodotte da un conflitto bellico, ed in ogni caso dalla notte dei tempi accade che queste condizioni armano la mano dell'uomo privo di speranza contro i suoi simili, e, come le cronache degli ultimi tempi di crisi economica spesso amaramente registrano, per l'estrema disperazione anche contro se stesso. Rimane imperituro il monito di Paolo VI agli Stati riuniti in assemblea all'ONU, "non si tratta soltanto di nutrire gli affamati: bisogna inoltre assicurare a ciascun uomo una vita conforme alla sua dignità", questo è lo sforzo richiesto alle autorità civili, affinché si realizzi "l'annuncio profetico che ben si addice a questa Istituzione: "Fonderanno le spade in vomeri; le lance in falci"? (Is. 2, 4)", la sfida della modernità è impiegare" le prodigiose energie della terra e le invenzioni magnifiche della scienza, non più in strumenti di morte, ma in strumenti di vita per la nuova era dell'umanità"²⁵⁹.

²⁵⁶ Sempre al n. 81 la *Gaudium et spes* denuncia l'inutilità del ricorso alla deterrenza nell'ottica del conseguimento di una pace vera e duratura.

²⁵⁷ PAOLO VI, *Messaggio per la celebrazione della giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 1977, cit.

²⁵⁸ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Populorum progressio*, cit., n. 48.

²⁵⁹ PAOLO VI, *Discorso all'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite*, 4 ottobre 1965, n. 6, cit.,

11. Giovanni Paolo II, il Papa tra le guerre: *inter arma caritas*

Il mondo che assiste all'elezione di Karol Wojtyła²⁶⁰ è ancora tormentato dallo spettro di una terza guerra mondiale, nonostante le preoccupazioni dei precedenti pontefici sulla necessità di instaurare un nuovo ordine internazionale sembra siano state placate. La conclusione del secondo conflitto mondiale ha consentito la ricostruzione dell'Europa su basi solidaristiche e con una maggiore consapevolezza comunitaria, ma lo spettro della guerra continua ad aggirarsi. Le dinamiche di contrasto ideologico tra i due blocchi in cui si divide l'Europa, infatti, proiettano la paura di un ennesimo conflitto bellico. Il pontificato di Wojtyła è, infatti, segnato da nuove guerre, in particolare la bosniaca, con le sue complesse implicazioni etnico-religiose, e quella del Golfo, che dietro le rivendicazioni ideologiche trattiene quelle della predazione economica più pura.

Wojtyła ridesta con il suo pontificato la memoria di papa Roncalli, e il suo magistero incentrato sulla pace come monito universale rivolto a “tutti gli uomini di buona volontà”, espressione sintomatica di inevitabili aperture pluralistiche, che in fondo richiama quella pacelliana di “tutti i figli dell'Universo”, quei figli che, rifuggendo le divisioni politiche ed ideologiche generatrici di conflitti dolorosi, intendono realizzare il disegno di Dio sull'umanità con un crescente anelito di giustizia²⁶¹.

Pur muovendo dal presupposto di ritenere la guerra legittima solo come ultima *ratio* – effettuando in tal senso un lieve deroga alla condanna conciliare della guerra totale²⁶² – Giovanni Paolo II affida il ristabilimento dell'ordine internazionale all'Onu, perché i diversi contrasti tra i popoli siano risolti con lo strumento della collegialità e in maniera non cruenta. Esattamente come quello del suo predecessore, il suo grido “mai più la guerra”²⁶³ evoca la

²⁶⁰ Per informazioni biografiche e bibliografiche vedi MASSIMO BRAY, voce *Giovanni Paolo II*, *Enciclopedia dei Papi*, cit., pp. 681-697 e dello stesso AUTORE voce *Giovanni Paolo II, beato*, 2007, in http://www.treccani.it/enciclopedia/giovanni-paolo-ii-beato_%28Enciclopedia-dei-Papi%29/; CARLO CARDIA, *Karol Wojtyła: vittoria e tramonto*, Donzelli Editore, Roma, 1994. Sulla figura di papa Wojtyła come legislatore si veda ZENON GROCHOLEWSKY, *Giovanni Paolo II legislatore*, in *Ius Ecclesiae*, 17, 2005, pp. 335-344.

²⁶¹ ENZO BIANCHI, *Un'enciclica per l'oggi della Chiesa e del mondo*, in AA.VV., *Pace!. Voci a confronto sull'enciclica Pacem in terris di Giovanni XXIII*, ed. Paoline, Milano, 2003, p. 13

²⁶² Così in ANGELO CAVAGNA-GIUSEPPE MATTAI, *Il disarmo e la pace. Documenti del magistero, riflessioni teologiche, problemi attuali*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1982, p. 92.

²⁶³ GIOVANNI PAOLO II, *Pregghiera per la Pace*, 16 gennaio 1991, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1991/february/documents/hf_jp-ii_spe_19910202_pregghiera-pace.html. Sulla sua posizione nei confronti della guerra si veda PAOLO PICOZZA, *Considerazioni sulla pace nel pensiero cattolico. Dal concetto di guerra giusta alle prospettive di superamento*, cit., pp. 968-969;

necessità di una pace acquisita mediante il ricorso all’uso del diritto internazionale, che, animato dalla sua nascita dal valore cristiano della dignità della persona umana²⁶⁴, è risorsa essenziale per la vocazione universale dell’uomo alla pace²⁶⁵. Il diritto internazionale si fonda sui principi della solidarietà²⁶⁶ fra gli Stati e l’esercizio incessante dell’azione diplomatica – compresa quella irrinunciabile della Chiesa Cattolica²⁶⁷ – il cui fallimento può, eventualmente, consentire l’uso di altre forme di intervento al solo fine, però, di tutelare la popolazione civile. Nessun dubbio permane, in Giovanni Paolo II, sulla centralità del diritto umanitario, che il Pontefice vede ispirato dal messaggio cristiano, anche nel tragico contesto della guerra, perché “è proprio quando le armi si scatenano che diventa imperativa l’esigenza di regole miranti a rendere meno disumane le operazioni belliche”²⁶⁸. Ma Giovanni Paolo II, che da semplice laico e poi da sacerdote ha conosciuto bene la tragedia della guerra mondiale, non esclude del tutto la possibilità di ricorrere all’uso delle armi. Con sano realismo avverte che non si può negare la “presenza massiccia della violenza nella storia umana”²⁶⁹ e ammonisce che il mantenimento del principio di legittima difesa non è incompatibile con la “preoccupazione fondamentale della giustizia”²⁷⁰. Ma i rischi spaventosi delle armi di distruzione massiccia devono condurre all’elaborazione di processi di cooperazione e di disarmo che rendano la guerra difficilmente pensabile. La guerra

GIOVANNI BARBERINI, *La grande Europa di Giovanni Paolo II*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 34/2014, 3 novembre 2014, in particolare pp. 5-6.

²⁶⁴ “Dovrebbe ormai essere chiaro a tutti che la guerra come strumento di risoluzione delle contese fra gli Stati è stata ripudiata, prima ancora che dalla Carta delle Nazioni Unite, dalla coscienza di gran parte dell’umanità, fatta salva la liceità della difesa contro un aggressore”: GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio ai cappellani Militari*, 24 marzo 2003, n. 4, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/2003/march/documents/hf_jp-ii_spe_20030325_cappellani-militari.html.

²⁶⁵ GIOVANNI PAOLO II-TEOCTIST, *Dichiarazione comune*, Bucarest 8 maggio 1999, in *Il regno-documenti*, n. 11/1999, n. e, p. 339.

²⁶⁶ “*Opus solidaritatis pax*”, così GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Sollicitudo rei socialis*, 30 dicembre 1987, n. 39, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html.

²⁶⁷ UGO COLOMBO SACCO, *Giovanni Paolo II e la nuova proiezione internazionale della Santa Sede*, Giuffrè, Milano, 1997,

²⁶⁸ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio ai cappellani Militari*, 24 marzo 2003, cit., n. 2: “Attraverso i secoli, è andata gradualmente crescendo la consapevolezza di una simile esigenza, fino alla progressiva formazione di un vero e proprio corpus giuridico, definito come “diritto internazionale umanitario”. Tale *corpus* ha potuto svilupparsi anche grazie alla maturazione dei principi connaturali al messaggio cristiano”.

²⁶⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XVI Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1984, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19831208_xvii-world-day-for-peace.html, n. 4.

²⁷⁰ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XVI Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 4.

più che giusta, o giustificabile, è per il Papa polacco realisticamente non evitabile²⁷¹.

Per il Pontefice polacco, infatti, fermare l'aggressione anche mediante il ricorso alla forza militare è, però, un dovere a difesa del valore universale del bene comune e dei diritti umani²⁷². Incontrando i militari di leva Giovanni Paolo II elogia il nucleo stesso della vocazione militare perché non è altro che la difesa del bene, della verità e soprattutto di quelli che sono aggrediti ingiustamente: "E qui troviamo il principio che spiega in quale situazione la guerra può essere giustificata: se è una difesa della patria aggredita, una difesa di quelli che sono perseguitati, innocenti; una difesa anche con il rischio della propria vita"²⁷³. I militari, la cui funzione umanitaria viene altamente riabilitata da questo Pontefice, sono, infatti, per Wojtyła che riprende la *Gaudium et spes* n. 79, "come ministri della sicurezza e della libertà dei popoli", infatti "se adempiono il loro dovere rettamente, concorrono anch'essi veramente alla stabilità della pace"²⁷⁴. Anche in un contesto di guerra il militare può farsi testimone di un impegno solenne per la difesa dei fondamentali valori della libertà, dell'ordine, da intendersi come ordine normativo internazionale, della giustizia ed, infine come risultato finale della pace²⁷⁵. Ma i fatti dell'11 settembre 2001 segnano un'ulteriore svolta nel modo di intendere la guerra e le sue sottostanti ragioni giustificative. Nel 2002 il Presidente americano George W. Bush introduce nel dibattito politico il concetto di guerra preventiva²⁷⁶, intesa come un attacco allo Stato

²⁷¹ Questa apparente contraddizione nelle posizioni ufficiali della gerarchia cattolica, che si manifesta in modo più evidente in occasione della guerra prima Guerra nel Golfo del 1991, viene rilevata da FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Il Papa e la guerra. Nuovi orientamenti dottrinali sul diritto di intervento umanitario*, in *Rivista di studi politici e internazionali*, 1992, pp. 499-512 in particolare p. 500.

²⁷² GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XVI Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1984 n. 3.

²⁷³ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai militari di leva della Cecchignola*, 2 aprile 1989, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1989/april/documents/hf_jp-ii_spe_19890402_militari-cecchignola.htm.

²⁷⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Costituzione Apostolica Spirituali militum curae*, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_19860421_spirituali-militum-curae.html.

²⁷⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Udienza ai militari italiani*, 1 marzo 1979, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1979/march/documents/hf_jp-ii_spe_19790301_militari-italiani.html.

²⁷⁶ Espressione utilizzata dal Presidente degli Stati Uniti d'America George W. Bush, durante un suo discorso all'Accademia Militare di West Point il 1 giugno del 2002, per giustificare, dopo l'attacco dell'11 settembre 2001, il ricorso all'uso della forza, non come reazione di difesa, ma allo scopo di introdurre in un contesto politico controverso quei principi di libertà, democrazia e sicurezza di cui l'America si fa promotrice assoluta e di prevenire attacchi non gestibili con i mezzi della politica difensiva ordinaria. La dottrina Bush sulla guerra è contenuta in un documento ufficiale della White House. La sintesi di tutto il documento può ridursi all'idea che le ragioni della pace vanno difese con la forza, *The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002, in <https://>

nemico per prevenirne uno futuro e, quindi, renderlo materialmente impossibile. La conseguenza di tale assunto è la giustificazione morale di tale tipo di conflitto perché rientrante nella scriminante della legittima difesa. A questa si aggiunge la giustificazione legata alla profonda convinzione del popolo americano di essere investito di una vocazione messianica al ristabilimento della pace e al radicamento dei diritti fondamentali nel mondo²⁷⁷. Il ragionamento sottostante, però, è palesemente pericoloso. Nel momento in cui si aprisse la strada alla possibilità di una guerra preventiva ogni volta che un Paese si sentisse minacciato, si genererebbe una sequenza infinita di conflitti che eluderebbero, sotto il profilo giuridico, il dettato dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, che legittima solo la guerra di difesa, in senso tradizionale, intesa cioè come diritto di resistere con la forza, e solo in attesa che il Consiglio di Sicurezza dell'ONU ristabilisca l'ordine internazionale violato. Il pontificato di Giovanni Paolo II è, dunque, segnato nella sua fase finale da una significativa mutazione del concetto stesso di guerra, che, nella sua involuzione terroristica, diventa "una rete sofisticata di connivenze politiche, tecniche ed economiche, che travalica i confini nazionali"²⁷⁸, soprattutto, dopo i fatti dell'11 settembre negli Stati Uniti. Sebbene si tratti di un crimine contro l'umanità la lotta contro il terrorismo non può esaurirsi in operazioni repressive e punitive, ma, innanzitutto, deve trovare espressione

www.state.gov/documents/organization/63562.pdf: "We will defend the peace by fighting terrorists and tyrants. We will preserve the peace by building good relations among the great powers. We will extend the peace by encouraging free and open societies on every continent". Sul tema si vedano: PAOLO MENGGOZI, *Diritto internazionale, diritti della persona e intervento di umanità*, in *Iustitia*, 1994, p. 217; ROSARIO SAPIENZA, *Elementi di Diritto Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 171 e ss; ANTONIO CASSESE, *Diritto Internazionale*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 380 e ss; ROMANO GASPAROTTI, *I miti della globalizzazione: Guerra preventiva e logica delle immunità*, con prefazione di PIETRO BARCELLONA, Ed. Dedalo, Bari, 2003; VINCENZO CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 86, 2003, p. 171 e ss e dello stesso AUTORE *Diritto Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 49 e ss.; AA. VV., *Guerra preventiva: quale diritto?*, a cura di PAOLA VALERIA RENZI, Giappichelli, Torino, 2005; MARCO PEDRAZZI, *Dottrina Bush sulla "guerra preventiva" e diritto internazionale*, in www.aggiornamentisociali.it, cit., pp. 134-138; DANILO ZOLO, *Violenza, democrazia e diritto internazionale*, in AA. VV., *Potere e violenza. Guerra, terrorismo e diritti*, a cura di FEDELE RUGGERI e VINCENZO RUGGERO, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 139-148; LUIGI FERRAJOLI, *Guerra e terrorismo internazionale. Un'analisi del linguaggio politico*, in *Potere e violenza*, cit., pp. 77-94.

²⁷⁷ Sempre il Presidente Bush, parlando ai militari dell'Accademia di West Point nel giugno del 2002, proclama la necessità di incoraggiare la formazione di Nazioni libere e aperte, e rassicura che l'adempimento di tale missione di pace non può implicare mai uno scontro di civiltà, essendo un diritto di tutti i paesi vivere in pace e libertà a prescindere da opzioni culturali o religiose. Vedi l'editoriale *No alla guerra preventiva*, in *La Civiltà Cattolica*, I, 2003, pp. 107-117.

²⁷⁸ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2002, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20011211_xxxv-world-day-for-peace.html, n. 4

sul piano della politica e dell'attività pedagogica: “da un lato rinnovando le cause che stanno all'origine di situazioni d'ingiustizia; dall'altro insistendo su un'educazione ispirata al rispetto per la vita e la dignità umana”²⁷⁹ ed al perdono²⁸⁰. Per il Pontefice polacco, nonostante la potente affermazione del diritto a difendersi dal terrorismo²⁸¹, l'ottenimento della pace non è legato all'azione bellica come metodo cruento di soluzione dei contrasti, ma, piuttosto, alla realizzazione della giustizia dalla quale discende la serenità nella società umana. La regola che deve guidare i popoli verso la pace è quella della “riconciliazione secondo giustizia, rispettosa delle legittime aspirazioni di tutte le componenti della comunità”²⁸². Ricorda il Pontefice che “da oltre quindici secoli, nella Chiesa cattolica risuona l'insegnamento di Agostino di Ippona, il quale ci ha ricordato che la pace, a cui mirare con l'apporto di tutti, consiste nella *tranquillitas ordinis*, nella tranquillità dell'ordine (Agostino, *De civitate Dei*, 19, 13)”²⁸³. Il Pontefice sottolinea come sia da evitare l'errore, giuridico oltre che morale, di colpevolizzare un popolo o un'etnia, o più ancora una religione per gli atti di vile terrorismo compiuti da singoli uomini inidentificabili, in quanto la responsabilità penale è personale e va accertata la colpevolezza prima di procedere alla punibilità dei soggetti. L'invito è rivolto al mondo della politica ma anche a quello delle religioni, affinché sia chiaro ed inequivocabile che un delitto rimane sempre tale e che non vi è possibilità di giustificazione alcuna. Papa Wojtyła rigetta fermamente l'errore ideologico di colpevolizzare una fede religiosa per i fatti di violenza, egli sostiene con convinzione la necessità di un incontro dialogante e riconciliante con l'Islam, in particolare²⁸⁴, auspicando un reale ottenimento

²⁷⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio, 2004, n. 5, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20031216_xxxvii-world-day-for-peace.html. Sul legame inteso tra riconoscimento del diritto alla vita e realizzazione della pace si veda anche GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica, *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 12, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Per un commento sul punto si veda PIERLUIGI CONSORTI, *Il diritto alla vita come fondamento del diritto alla pace*, in *Iustitia*, 1996, p. 369.

²⁸⁰ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2002, n. 13.

²⁸¹ *Ivi*, n. 5.

²⁸² GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1989, n. 12, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19881208_xxii-world-day-for-peace.html.

²⁸³ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2004, cit, n. 3.

²⁸⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai Rappresentanti della cultura*, 24 settembre 2001, 5, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/2001/september/documents/hf_jp-ii_spe_20010924_kazakhstan-astana-culture.html. Sul tema dell'incontro tra le culture si veda MARÍA PILAR AQUINO- LUIZ CARLOS SUSIN *Riconciliazione in un mondo di conflitti*, in *Concilium*, Edizione

della pace attraverso la via dell'amore e del perdono²⁸⁵

Quindi ai *leaders* religiosi va affidato il delicato compito di formare nelle coscienze delle persone "una pubblica opinione moralmente corretta. È questo il presupposto necessario per l'edificazione di una società internazionale capace di perseguire la tranquillità dell'ordine nella giustizia e nella libertà"²⁸⁶. In sintesi può dirsi che la via della pace è segnata da un uso moralmente corretto del diritto²⁸⁷, in particolar modo lo *ius gentium* ispirato ai principi universali del diritto naturale che traduce "la comune vocazione della famiglia umana"²⁸⁸, ed alla cui forza bisogna fare appello quando forte è "la tentazione di affidarsi al diritto della forza"²⁸⁹ che genera solo violenza e distruzione. Giovanni Paolo II, ricorda che al centro del sistema dell'ordine internazionale, il cui rinnovamento auspica anni prima nella *Sollicitudo rei socialis* n. 43²⁹⁰, la Comunità mondiale ha posto "il divieto del ricorso alla forza. Un divieto che, secondo il noto cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, prevede due sole eccezioni. Una è quella che conferma il diritto naturale alla legittima difesa, da esercitarsi secondo le modalità previste e nell'ambito delle Nazioni Unite: di conseguenza, anche dentro i tradizionali limiti della necessità e della proporzionalità"²⁹¹. L'attenzione di Wojtyła per il problema della legittimazione della forza armata nella soluzione dei conflitti si lega in modo costante quella per le condizioni sociali ed economiche dei popoli, che generano o alimentano tali contrasti, celati da ragioni politiche o perfino religiose. All'origine di una guerra possono trovarsi "reali frustrazioni degli individui e dei popoli, allorché altri hanno rifiutato di garantire la loro esistenza o i sistemi sociali sono in ritardo rispetto al buon uso della democra-

monografica, 5, 2003. 5 (2003);

²⁸⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio ai Cappellani Militari*, 25 marzo 2003, n.4, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/2003/march/documents/hf_jp-ii_spe_20030325_cappellani-militari.html.

²⁸⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, cit., n. 13.

²⁸⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio, 2004, cit., n. 5.

²⁸⁸ Il pontefice utilizza questa espressione anche anni prima, in occasione di un discorso davanti alle Nazioni Unite, GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla 50ª Assemblée Generale delle Nazioni Unite*, New York, 5 ottobre 1995, n. 14, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1995/october/documents/hf_jp-ii_spe_05101995_address-to-uno.html. Per un commento critico si rinvia a ROSARIO SAPIENZA, *Diritti dell'uomo e diritti delle nazioni - In margine al discorso del Papa all'ONU*, in *Aggiornamenti Sociali*, 9-10, 1996, pp. 679-690.

²⁸⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2004, cit., n. 5.

²⁹⁰ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica, *Sollicitudo rei socialis*, 30 dicembre 1987, cit., n. 43.

²⁹¹ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII Giornata mondiale della pace*, cit., n. 6.

zia e alla condivisione dei beni”²⁹². Il tema dell’economia intercetta, dunque, anche nel magistero di Wojtyła, quello della guerra, perché entrambi sono temi che riguardano la dimensione pubblica e sociale della comunità umana e sono oggetto di intervento della Dottrina sociale della Chiesa. “La pace si edifica sul fondamento della giustizia”²⁹³, ammonisce Giovanni Paolo II nella citata *Centesimus annus*, ricordando il contenuto essenziale dell’enciclica leonina *Rerum novarum*, che fu appunto quello di proclamare le “condizioni fondamentali della giustizia nella congiuntura economica e sociale di allora”. Un secolo prima, infatti, nella *Rerum novarum* Leone XIII si preoccupava di auspicare il ripristino della pace in un singolare conflitto che opponeva gli uomini tra di loro, non più come rappresentanti di Stati nazionali differenti, ma, piuttosto, come membri di classi sociali eterogenee. Papa Wojtyła ricorda che Leone XIII aveva stabilito in quegli anni una sorta di paradigma permanente per la Chiesa, invitandola a pronunciarsi di fronte a determinate situazioni umane, che abbiano “dimensioni individuali e comunitarie”, ovvero il *corpus* della Dottrina Sociale della Chiesa. Nella precedentemente citata *Sollicitudo rei socialis* Papa Wojtyła continua sulla scia dei suoi predecessori, Giovanni XXIII e Paolo VI, a denunciare *apertis verbis* l’urgenza di affrontare “il problema di un’economia soffocata dalle spese militari”²⁹⁴.

Il messaggio per la Giornata mondiale della Pace del 1987 coincide, ad esempio, anche con il 20° anniversario della pubblicazione della *Populorum Progressio*, l’enciclica di Paolo VI che incarna un solenne appello per un’azione concreta in favore dello sviluppo integrale dei popoli, come nuovo nome della pace, e precisa quale sia una delle chiavi della ricerca della pace anche per il Pontefice polacco²⁹⁵. Ma appare evidente come il cammino dello sviluppo subisca brusche frenate a causa di numerosi ostacoli tra i quali le

²⁹² GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XVII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1984, n. 2, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19831208_xvii-world-day-for-peace.html.

²⁹³ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Centesimus annus*, cit., n. 5.

²⁹⁴ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Sollicitudo rei socialis*, 3 dicembre 1987 n. 22, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html.

²⁹⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XX Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1987, n. 1, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19861208_xx-world-day-for-peace.html: “Può esistere una vera pace, quando uomini, donne e bambini non possono vivere la loro piena dignità umana? Può esserci una pace duratura in un mondo regolato da relazioni sociali, economiche e politiche che favoriscono un gruppo o una nazione a spese di un’altra? Può stabilirsi una pace genuina senza il riconoscimento effettivo di quella stupenda verità, secondo cui noi siamo tutti eguali in dignità, eguali perché siamo stati formati a immagine di Dio, che è nostro Padre?”.

difficoltà di procedere ad un reale disarmo: "Tutti gli stati sono responsabili della pace nel mondo, e questa non potrà essere garantita finché la sicurezza basata sulle armi non sia gradualmente sostituita da una sicurezza fondata sulla solidarietà della famiglia umana"²⁹⁶. In definitiva la posizione di Giovanni Paolo II sul tema della guerra si fonda su un rigore logico e morale molto forte, si fonda cioè sul rispetto della verità – nelle relazioni tra gli Stati che sono in sostanza relazioni tra gli uomini – che serve la causa della pace, e sul ritenere "indiscutibile che la «non-verità» vada di pari passo, al punto da identificarsi, con la causa della violenza e della guerra"²⁹⁷. La violenza si nutre nella menzogna e ha bisogno della menzogna per radicarsi nelle coscienze degli uomini, dei quali si assicura rispetto e credibilità con giustificazioni infondate²⁹⁸. Wojtyła intuisce un punto fondamentale della problematica attuale della guerra e del terrorismo, ossia la subdola capacità di stigmatizzare come nemico l'interlocutore che non condivide le proprie posizioni, con la conseguente azione di ridurre al silenzio o di combatterlo fisicamente, "attribuendo (...) intenzioni ostili, stigmatizzando (...) mediante una propaganda abile e costante"²⁹⁹. Per Wojtyła, quindi, una delle più grandi menzogne della politica è la falsa propaganda pacifista che nasconde l'irrefrenabile corsa agli armamenti e che rende difficoltosa la ricerca di una giustificazione etico-razionale ai conflitti contemporanei.

12. Benedetto XVI e la proposizione di un'ecologia umana di pace

Il sopraggiungere del terzo millennio viene inaugurato con l'esplosione della minaccia terroristica, lo spettro del totalitarismo politico sembra rivivere nel fondamentalismo di matrice religiosa. Il 4 Giugno 2004, l'allora Card. Joseph Ratzinger pronuncia un Discorso per le Celebrazioni per il 60°

²⁹⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XX Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 7.

²⁹⁷ Per non-verità s'intende la "menzogna propriamente detta, l'informazione parziale e deformata, la propaganda settaria, la manipolazione dei mezzi di comunicazione", GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XIII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1980, n. 1, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19791208_xiii-world-day-for-peace.html.

²⁹⁸ "Accuse selettive, insinuazioni perfide, manipolazione delle informazioni, discredito gettato sistematicamente contro l'avversario - contro la sua persona, le sue intenzioni, i suoi atti -, ricatto e intimidazione: ecco il disprezzo della verità, messo in atto per creare un clima d'incertezza, nel quale si vogliono costringere le persone, i gruppi, i governi, le stesse istanze internazionali a silenzi rassegnati e complici, a compromessi parziali, a reazioni irrazionali: tutti atteggiamenti egualmente suscettibili di favorire il gioco omicida della violenza e di contrastare la causa della pace", GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XIII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1980, cit., n. 1.

²⁹⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XIII Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 1.

anniversario dello sbarco in Normandia, e dichiara: “La pace e il diritto, la pace e la giustizia sono inseparabilmente connessi. Quando il diritto è distrutto, quando la giustizia prende il potere, la pace è sempre minacciata ed è già, almeno in parte, compromessa. Certamente la difesa del diritti può e deve, in alcune circostanze, far ricorso ad una forza commisurata. Un pacifismo assoluto, che neghi al diritto l’uso di qualunque mezzo coercitivo, si risolverebbe in una capitolazione davanti all’iniquità, ne sanzionerebbe la presa del potere e abbandonerebbe il mondo al diktat della violenza”³⁰⁰. Ratzinger riflette sulle democrazie occidentali che a suo avviso “esauriscono i loro ideali libertari”³⁰¹ e sullo Stato di diritto che spesso ha dimostrato di tradire la funzione di servire la giustizia³⁰². In questa circostanza egli qualifica come esempio di *bellum iustum* la risposta militare degli Alleati contro le truppe naziste di occupazione: “se mai si è verificato nella storia un *bellum iustum* è qui che lo troviamo, nell’impegno degli Alleati, perché il loro intervento operava nei suoi esiti anche per il bene di coloro contro il cui Paese era condotta la guerra. Questa constatazione mi pare importante perché mostra, sulla base di un evento storico, l’insostenibilità di un pacifismo assoluto. Il che non ci esenta in alcun modo dal porci con molto rigore la domanda se oggi sia ancora possibile, e a quali condizioni, qualcosa di simile a una guerra giusta, vale a dire un intervento militare, posto al servizio della pace e guidato dai suoi criteri morali, contro i regimi ingiusti.

Egli, infine, paragona “il cinismo dell’ideologia politica” al liberismo economico, che affama i popoli, e al “cinismo degli interessi e dei grandi mercati”. In nome del profitto, il bene viene messo da parte e il potere sostituisce il diritto. *L’ethos* si dissolve dall’interno, con la conseguenza finale che lo stesso profitto ne risulta distrutto³⁰³. Le parole di Ratzinger ricordano quelle di Pio XII, e sottintendono un principio importante in morale: non

³⁰⁰ CARD. JOSEPH RATZINGER, *Discorso del cardinale Joseph Ratzinger per il 60° anniversario dello sbarco alleato in Normandia*, in <http://papabenedettoxivitesti.blogspot.it/2009/07/discorso-del-cardinale-joseph-ratzinger.html>.

³⁰¹ CARD. JOSEPH RATZINGER, *Discorso del cardinale Joseph Ratzinger per il 60° anniversario dello sbarco alleato in Normandia*, cit.

³⁰² Ratzinger ricorda i tempi del nazionalsocialismo in cui lo stato di diritto in parte “continuava a funzionare nelle sue forme abituali all’interno della vita quotidiana, ma era diventato una potenza che distruggeva il diritto: la perversione degli ordinamenti, che dovevano servire la giustizia e contemporaneamente consolidavano e rendevano impenetrabile il dominio dell’iniquità, si traduceva in un dominio esteso e profondo della menzogna, tale da oscurare le coscienze”, CARD. JOSEPH RATZINGER, *Discorso del cardinale Joseph Ratzinger per il 60° anniversario dello sbarco alleato in Normandia*, cit.

³⁰³ CARD. JOSEPH RATZINGER, *Discorso per le Celebrazioni per il 60° anniversario dello sbarco in Normandia. Raccolta di testi di Joseph Ratzinger*, in <http://papabenedettoxivitesti.blogspot.it/2009/07/discorso-del-cardinale-joseph-ratzinger.html>.

impedire un evento, che si ha la responsabilità di impedire, equivale a cagionarlo. Qualora una Nazione venga aggredita, gli atti omissivi di uno Stato in rapporto alla difesa nazionale o di altre nazioni che potrebbero intervenire, che determinassero un’invasione ingiusta, sarebbero imputabili allo Stato stesso o ai Paesi renitenti. Non impedire un’aggressione, anche con l’uso della forza, significa collaborare indirettamente all’aggressione stessa, rendersi responsabili della mancanza di pace futura.

Nel discorso di Ratzinger in cui si fa cenno anche al conflitto dei Balcani si trova il seme di una importante e delicata riflessione sul ruolo del mondo occidentale, nel mantenimento degli equilibri di pace, e sulla “presunta intrinseca giustezza” di questo. Il futuro Pontefice insiste sulla responsabilità di un ordine giuridico che ha progressivamente perduto la sua credibilità di istanza di pace e libertà, trasformandosi in una molteplicità di regimi totalitari – vedi l’esempio della ex Jugoslavia e di alcune zone dell’Africa nera – a causa di un depauperamento di ordine morale: “Si è trattato di un crollo spirituale: le barriere protettive preesistenti non hanno retto al crearsi di un nuova situazione, e l’arsenale di inimicizia e di violenza che era annidato nel profondo delle anime, trattenuto fino a quel momento dalla forza del diritto e dalla storia comune, è esploso senza freni”³⁰⁴. Divenuto Pontefice col nome di Benedetto XVI³⁰⁵, Ratzinger non nasconde una predilezione per la teologia agostiniana³⁰⁶ che gli svela tutta la passionalità e la profondità della natura umana³⁰⁷, ma, pur nel segno della sua personalità discreta, dimostra anche una passione per l’idea di giustizia come luce che illumina il Popolo di Dio³⁰⁸. Sulla scia dei suoi predecessori, individua la condizione in cui si può realizzare la giustizia perfetta e, dunque, lo sviluppo integrale della persona umana, cioè “verità della pace”, che non può essere ridotta a mera assenza di conflitti ma piuttosto all’agostiniana *tranquillitas ordinis* che è “l’adesione all’ordine trascendente delle cose, come pure il rispetto di quella grammatica del dialogo che è la legge morale universale, scritta nel cuore dell’uomo”³⁰⁹.

³⁰⁴ CARD. JOSEPH RATZINGER, *Discorso del cardinale Joseph Ratzinger per il 60° anniversario dello sbarco alleato in Normandia*, cit.

³⁰⁵ Per una sintesi biografica e varie indicazioni bibliografiche specifiche si veda ALBERTO MEL-
LONI, voce *Benedetto XVI*, in *Enciclopedia dei papi*, 2013, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/
benedetto-xvi_\(Enciclopedia-dei-Papi\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/benedetto-xvi_(Enciclopedia-dei-Papi)/).

³⁰⁶ JOSEPH RATZINGER, *Il sale della terra. Cristianesimo e Chiesa cattolica nel XXI secolo. Un colloquio con Peter Seewald*, San Paolo, Cinisello Balsamo (Milano) 2005, pp. 74-75.

³⁰⁷ JOSEPH RATZINGER, *La mia vita autobiografica*, San Paolo, Cinisello Balsamo (Milano), 1997, p. 44.

³⁰⁸ Vedi MASSIMO DEL POZZO, *Il Magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, *Presentazione* del CARD. JULIAN HERRANZ, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2013, p. 39.

³⁰⁹ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XXXIX Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2006, n.

Sarà, comunque, nella *Caritas in veritate* che Papa Ratzinger ritornerà più incisivamente sulla dialettica pace-guerra riprendendo un ragionamento che prima di lui è stato costantemente espresso dal magistero pontificio ad iniziare da Pio XII, ovvero quello della necessità di un ordine giuridico internazionale che garantisca l'applicazione di una giustizia animata dalla *caritas fide et ratione illuminata*, che sia posta al servizio del bene comune per la costruzione, cioè, della vera "città dell'uomo"³¹⁰. Nel magistero di Ratzinger sul tema della pace è centrale la questione del dialogo interculturale e del rispetto dei diritti che insieme sottraggono forza al nichilismo e al fondamentalismo fanatico responsabili della violenza attuale³¹¹. Allo spirito di violenza può opporsi solo un dialogo che faccia appello alla libertà ed alla ragione³¹². Quella ragione che per il teologo Ratzinger è in grado di giungere alla verità senza che sia necessario ricorrere alla violenza o alla negazione di se stessa³¹³.

Ma la profondità e la complessità delle argomentazioni di Ratzinger giunge fino ad evidenziare un importante fattore dei disastri bellici contemporanei, ossia la componente economica delle ragioni che spingono alla guerra. In numerosi passaggi dei Messaggi per la Giornata Mondiale della Pace balza evidente la connessione tra le politiche economiche e finanziarie autoreferenziali³¹⁴ e inadempienti rispetto al dovere di realizzare il bene comune, l'aggressività belligerante sostenuta dai progressi scientifico-tecnologici e le drammatiche conseguenze per lo sviluppo integrale dell'uomo. Sembrano ormai lontani i tempi in cui la dottrina della Chiesa, attraverso l'espressione del magistero pontificio, ha legittimato le azioni belligeranti degli Stati, rinvenendo una qualche causa giusta che sublimasse eticamente quelle opinabili della politica. Dalla *Populorum progressio* in poi, e grazie anche all'accento

4, 13-15, in http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20051213_xxxix-world-day-peace.html.

³¹⁰ BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, n. 6, in http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html.

³¹¹ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XXXIX Giornata Mondiale della Pace*, cit., nn. 9-10,

³¹² BENEDETTO XVI, *Omelia ad Assisi*, 17 giugno 2007, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/homilies/2007/documents/hf_ben-xvi_hom_20070617_assisi.html.

³¹³ BENEDETTO XVI, *Incontro con i rappresentanti della scienza, Aula Magna dell'Università di Regensburg*, 12 settembre 2006, in w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg.html. Si rinvia a JOSEPH RATZINGER, *Fede, Ragione, Verità e Amore. La teologia di Joseph Ratzinger*, con Prefazione del CARD. CAMILLO RUINI, a cura di UMBERTO CASALE, Lindau, Torino, 2009 e JÜRGEN HABERMAS - JOSEPH RATZINGER, *Fede e ragione in dialogo. Le idee di Benedetto XVI a confronto con un grande filosofo*, a cura di GIANCARLO BOSETTI, Marsilio, Venezia, 2005.

³¹⁴ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XLII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2009, n. 7 in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20081208_xlii-world-day-peace.html.

posto dal Vaticano II sull'ineludibile pericolosità delle nuove forme di guerra nucleare³¹⁵, con qualche eccezione rappresentata solo da alcuni punti del magistero di Giovanni Paolo II che temporalmente coincide con la promozione del concetto di intervento umanitario, le preoccupazioni espresse dal magistero pontificio hanno ad oggetto in modo esclusivo l'edificazione di un'ecologia umana di pace³¹⁶. Tale ecologia umana³¹⁷, definita da Benedetto XVI "una necessità imperativa"³¹⁸, che rappresenta il segno dell'evoluzione del magistero pontificio su questi delicati temi, deve trovare fondamento nell'incessante promozione dei diritti umani ma deve muovere, essenzialmente, da una concreta politica del disarmo che sia in grado di consentire l'abbassamento del livello globale di spesa militare sofferto dalle popolazioni più deboli, troppo frequentemente private di quelle condizioni di vita

³¹⁵ CONCILIO VATICANO II, Costituzione *Gaudium et Spes*, n. 80: i padri conciliari prendono atto dell'urgenza di "considerare l'argomento della guerra con mentalità completamente nuova. Sappiano gli uomini di questa età che dovranno rendere severo conto dei loro atti di guerra, perché il corso dei tempi futuri dipenderà in gran parte dalle loro decisioni di oggi.

^{Avendo ben considerato tutte queste cose, questo sacro Concilio, facendo proprie le condanne della guerra totale già pronunciate dai recenti sommi Pontefici dichiara: Ogni atto di guerra, che mira indiscriminatamente alla distruzione di intere città o di vaste regioni e dei loro abitanti, è delitto contro Dio e contro la stessa umanità e va condannato con fermezza e senza esitazione.}

^{Il rischio caratteristico della guerra moderna consiste nel fatto che essa offre quasi l'occasione a coloro che posseggono le più moderne armi scientifiche di compiere tali delitti e, per una certa inesorabile concatenazione, può sospingere le volontà degli uomini alle più atroci decisioni. Affinché dunque non debba mai più accadere questo in futuro, i vescovi di tutto il mondo, ora riuniti, scongiurano tutti, in modo particolare i governanti e i supremi comandanti militari a voler continuamente considerare, davanti a Dio e davanti alla umanità intera, l'enorme peso della loro responsabilità", in http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_it.html.}

³¹⁶ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XL Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2007, nn. 8-9, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20061208_xl-world-day-peace.html. Ancora più incisivo il collegamento tra la sollecitudine ecologica e la costruzione della pace nel contesto della XLIII Giornata Mondiale della Pace 2010, per la quale il Papa ha scelto il titolo "Se vuoi coltivare la pace, custodisci il creato", testo del discorso in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20091208_xliii-world-day-peace.html. In sintesi l'appello di Benedetto XVI, in continuità con quello dei suoi predecessori da Leone XIII con la *Rerum novarum* a Giovanni Paolo II con la *Centesimus annus*, è di "operare una revisione profonda e lungimirante del modello di sviluppo, nonché riflettere sul senso dell'economia e dei suoi fini, per correggerne le disfunzioni e le distorsioni", BENEDETTO XVI, *Discorso per la XLIII Giornata Mondiale per la Pace*, 1 gennaio 2010, cit., n. 5. Tutto questo sarà al fine volto a conseguire il raggiungimento di una pace durevole fondata sulla solidarietà tra gli uomini: "La ricerca della pace da parte di tutti gli uomini di buona volontà sarà senz'altro facilitata dal comune riconoscimento del rapporto inscindibile che esiste tra Dio, gli esseri umani e l'intero creato", BENEDETTO XVI, *Discorso per la XLIII Giornata Mondiale per la Pace*, cit., n. 14.

³¹⁷ Sul tema si veda MASSIMO DEL POZZO, *Il Magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, cit., p. 177-179.

³¹⁸ BENEDETTO XVI, *Discorso del Santo Padre ai nuovi ambasciatori accreditati presso la Santa Sede*, 9 giugno 2011, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20110609_ambassadors.html.

che la stessa dignità umana impone³¹⁹. Benedetto XVI individua nel rispetto della natura la formula di partenza necessaria “a tessere tra gli uomini e tra le Nazioni rapporti attenti alla dignità della persona e capaci di soddisfare ai suoi autentici bisogni. La distruzione dell’ambiente, un suo uso improprio o egoistico e l’accaparramento violento delle risorse della terra generano lacerazioni, conflitti e guerre, proprio perché sono frutto di un concetto disumano di sviluppo. Uno sviluppo infatti che si limitasse all’aspetto tecnico-economico, trascurando la dimensione morale-religiosa, non sarebbe uno sviluppo umano integrale e finirebbe, in quanto unilaterale, per incentivare le capacità distruttive dell’uomo”³²⁰. Per Papa Ratzinger l’ecologia umana “è una necessità imperativa” che si concretizza nell’adozione di un modo di vivere rispettoso dell’ambiente e nel costante sostegno della ricerca scientifica volta allo sfruttamento di energie “adeguate che salvaguardino il patrimonio del creato e non comportino pericolo per l’uomo devono essere priorità politiche ed economiche”³²¹.

Benedetto XVI, nella *Caritas in veritate* del 2009 ammonisce, infatti, sui pericoli di una visione dell’economia che “abbia strutturalmente bisogno di una quota di povertà e di sottosviluppo per poter funzionare al meglio”³²². È evidente che tale erronea convinzione nutre automaticamente non solo manovre economico-finanziarie predatorie ai danni dei più deboli, ma anche politiche di aggressione bellica che ne favoriscono la realizzazione³²³. Egli ricorda che solo il rispetto dell’aspirazione dell’essere umano “alla giustizia e alla pace consente la costruzione di una società che promuove se stessa”³²⁴ e ciò avviene quando “sostiene la famiglia o quando rifiuta, per esempio, il primato esclusivo delle finanze”³²⁵.

³¹⁹ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XXXIX Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2006, nn. 13-15 in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20051213_XXXIX-world-day-peace.html; *Messaggio per la XLII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2009, cit., n. 6.e

³²⁰ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XL Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2007, cit., n. 9.

³²¹ BENEDETTO XVI, *Discorso ai nuovi ambasciatori accreditati presso la Santa Sede*, 9 giugno 2011, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20110609_ambassadors.html.

³²² BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., n. 21.

³²³ BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., n. 32.

³²⁴ BENEDETTO XVI, *Discorso del Santo Padre ai nuovi ambasciatori accreditati presso la Santa Sede*, 9 giugno 2011, cit.

³²⁵ BENEDETTO XVI, *Discorso del Santo Padre ai nuovi ambasciatori accreditati presso la Santa Sede*, cit.

13. Francesco e la definitiva negazione di ogni giustificazione alla guerra

Certamente nel magistero dell'attuale successore di Pietro, Jorge Mario Bergoglio³²⁶, che si contraddistingue immediatamente per la scelta singolare, e audace, di portare il nome del Santo che più di tutti si associa al tema della pace, si percepisce abbastanza chiaramente la volontà di sottrarsi alla *vexata quaestio* della eventuale giustificazione della guerra e dell'apparente incompatibilità col precetto divino di non uccidere, sebbene nei suoi discorsi il termine guerra compaia continuamente³²⁷. Nell'omelia del 27 febbraio 2014, commentando il vangelo odierno che racconta delle liti tra gli apostoli, Francesco riflette innanzitutto sull'origine dei conflitti, che, per citare San Giacomo, risiede nelle passioni del cuore umano³²⁸. Per il Papa l'unico rimedio possibile alla guerra è, per il vero cristiano, soprattutto, cercare la vicinanza di Cristo nella grazia offerta dal sacramento dell'eucarestia che allontanerà dall'uomo lo spirito pervasivo della guerra. Non c'è nessuna apertura del Pontefice verso una possibile giustificazione del ricorso all'uso della forza. La condanna è netta e senza appello. La guerra uccide e distrugge ed è incompatibile con la vocazione cristiana alla vita³²⁹.

Papa Bergoglio risponde alle domande insidiose dei giornalisti discostandosi nettamente dalle posizioni dei suoi predecessori. Egli finisce per rinunciare ai fondamenti teologico-giuridici del problema, la cui soluzione è affidata agli schemi assolutamente laici del diritto positivo internazionale. "Dove c'è una aggressione ingiusta, soltanto posso dire che è lecito fermare l'aggressore ingiusto. Sottolineo il verbo: fermare. Non dico bombardare, fare la guerra: fermarlo. I mezzi con i quali si possono fermare, dovranno essere valutati. Fermare l'aggressore ingiusto è lecito. Ma dobbiamo avere memoria, pure, eh? Quante volte sotto questa scusa di fermare l'aggressore ingiusto, le potenze si sono impadronite dei popoli e hanno fatto una vera guerra di conquista! Una sola nazione non può giudicare come si ferma questo, come si ferma un aggressore ingiusto. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, è stata l'idea delle Nazioni Unite: là si deve discutere, dire: "È

³²⁶ Per una panoramica sulla vita e il pensiero teologico di papa Francesco: ANDREA TORNIELLI- JORGE MARIO BERGOGLIO, *Francesco. Insieme. La vita, le idee, le parole del Papa che cambierà la Chiesa*, Piemme, Segrate, 2013; JORGE MARIO BERGOGLIO, *La verità è un incontro. Omelie da Santa Marta*, a cura di ANTONIO SPADARO, Librerie editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014; GIAN ENRICO RUSCONI, *La teologia narrativa di papa Francesco*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

³²⁷ GIAN PAOLO SALVINI, *Papa Francesco e la guerra*, in *La Civiltà Cattolica*, II, 2014, p. 68.

³²⁸ SAN GIACOMO APOSTOLO, *Lettera*, 4,1.

³²⁹ FRANCESCO, *Omelia del 27 febbraio 2014*, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/cotidie/2014/documents/papa-francesco-cotidie_20140227_scandalo-incoerenza.html.

un aggressore ingiusto? Sembra di sì. Come lo fermiamo?”. Ma soltanto quello. Niente di più”³³⁰. Il Pontefice fa, nel contesto dello stesso discorso, riferimento al modello di guerra convenzionale, che è superato dalle caratteristiche della guerra moderna frammentata ed ancora più crudele ed inaccettabile³³¹. Un punto fermo nel suo magistero, sul quale si costruisce tutta la dottrina sulla pace, è quello riguardante l'accettazione del vincolo soprannaturale di fraternità – così come ricordato in special modo da due suoi predecessori Paolo VI e Benedetto XVI – che lega gli esseri umani tra di loro in un vincolo di comunione indissolubile, pur nella loro feconda diversità³³²; una comunione che non può essere solo non è solo “divisione ma anche moltiplicazione dei beni, creazione di nuovo pane, di nuovi beni, di nuovo Bene con la maiuscola”³³³. Questa consapevolezza implica a sua volta che si realizzino doveri di solidarietà e di giustizia sociale all'interno dei rapporti tra i popoli, annullando quelle “relazioni difettose tra popoli forti e popoli deboli” che rappresentano terreno fertile per lo sviluppo di conflitti”³³⁴ che per Francesco costituiscono “il rifiuto pratico a impegnarsi per raggiungere quelle grandi mete economiche e sociali che la comunità internazionale si è data”³³⁵. Di fronte alla dilaniante atrocità della guerra la Chiesa di Papa Francesco non si pone neppure lontanamente il problema di rinvenire una giustificazione all'uso delle armi, per tutelare la *salus animarum* dei belligeranti, perché si pone nell'ottica opposta di chi è vittima di questa tragedia e necessita di ogni forma di aiuto per “far cessare, insieme

³³⁰ *Dichiarazione di Papa Francesco di ritorno dal viaggio in Corea del Sud*, 18 agosto 2014, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2014/august/documents/papa-francesco_20140818_corea-conferenza-stampa.html. Per un commento critico sulla “fragilità” della posizione di Papa Francesco sulla guerra si vedano le riflessioni di Massimo Cacciari, in SIMONETTA FIORI, *Cacciari: “le parole del Papa su guerra e pace? Una svolta radicale per la Chiesa cattolica”*, in http://www.repubblica.it/esteri/2014/08/20/news/cacciari_le_parole_del_papa_su_guerra_e_pace_una_svolta_radicale_per_la_chiesa_cattolica-94135372/, del 20 agosto 2014 e GIANNI GENNARI, *Dibattito. Il Papa e la guerra: quante distorsioni sui giornali*, in <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/il-papa-e-la-guerra-quante-distorsioni>, del 21 agosto 2014.

³³¹ *Dichiarazione di Papa Francesco di ritorno dal viaggio in Corea del Sud*, 18 agosto 2014, cit.

³³² FRANCESCO, *Messaggio per la XLVI Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2014, nn. 4-6, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/papa-francesco_20131208_messaggio-xlvi-giornata-mondiale-pace-2014.html.

³³³ FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti all'incontro “Economia e Comunione” promosso dal Movimento dei Focolari*, 4 febbraio 2017, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/february/documents/papa-francesco_20170204_focolari.html. Per una visione complessiva del pensiero di Papa Bergoglio sui temi dell'economia e della giustizia sociale si veda ANDREA TORNIELLI-GIACOMO GALEAZZI, *Papa Francesco. Questa economia uccide. Con un'intervista esclusiva su capitalismo e giustizia sociale*, Piemme, Milano, 2015.

³³⁴ FRANCESCO, *Messaggio per la XLVI Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 4.

³³⁵ FRANCESCO, *Messaggio per la XLVI Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 7.

alle ostilità, ogni sopruso e violazione dei diritti fondamentali dell'uomo"³³⁶. Francesco non esita ad unire la propria voce a quella del Patriarca di Costantinopoli in una Dichiarazione comune, dalla forte valenza ecumenica, in cui si esprime la preoccupazione per le sorti dei cristiani nei territori del medioriente dilaniati dai conflitti, e l'idea ferma che una soluzione si possa rinvenire solo attraverso il dialogo e la riconciliazione³³⁷. Nel pensiero di Bergoglio non manca uno spazio importante riservato ad una rivalutazione della politica che è a suo sentire vocazione altissima, "una delle forme più preziose della carità perché cerca il bene comune"³³⁸, non solo nelle relazioni intime e familiari, ma anche nei rapporti sociali, economici e politici. Ne deriva come corollario che, nonostante l'impossibilità realistica di eliminare la conflittualità nella vita politica e sociale, si può ritrovare una comunione nelle differenze che consenta di sciogliere tensioni e conflitti per generare nuova vita³³⁹.

In buona sostanza, come emerge anche dall'ultimo messaggio per la Giornata Mondiale della Pace in cui rievoca il pensiero montiniano, per Papa Francesco l'unica vera via per la soluzione dei conflitti tra le Nazioni resta l'uso "della ragione, cioè delle trattative fondate sul diritto, la giustizia, l'equità"³⁴⁰ e non certamente l'uso della forza ammantato dell'ipocrita veste di portatrice di ordine civile. L'appello al nuovo dogma della non violenza politica viene coraggiosamente rivolto alle vittime stesse della violenza che sono, secondo Bergoglio, i testimoni più credibili della necessità di questa indispensabile "cura per il mondo frantumato"³⁴¹. La prospettiva evangelica dell'amore per il nemico è quella che deve guidare la rivoluzione cristiana

³³⁶ FRANCESCO, *Messaggio per la XLVI Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 7.

³³⁷ FRANCESCO-BARTOLOMEO I, *Dichiarazione congiunta del Santo Padre Francesco e del Patriarca Ecumenico Bartolomeo I*, 25 maggio 2014, n. 8, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2014/may/documents/papa-francesco_20140525_terra-santa-dichiarazione-congiunta.html. Sul punto si veda VITTORIO PARLATO, *Il dialogo con l'Ortodossia e la comune presa di posizione sui conflitti odierni (nota alla Dichiarazione comune di Francesco e Bartolomeo I del 30 novembre 2014, al Fanar)*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statochiese.it), 26 gennaio 2015.

³³⁸ FRANCESCO, *Esortazione Apostolica Evangelii gaudium*, cit., n. 205.

³³⁹ FRANCESCO, *Esortazione Apostolica, Evangelii gaudium*, cit., nn. 226, 238. Sulla visione politica di Francesco in relazione al concetto di bene comune si vedano: BARTOLOMEO SORGE, *Per "una buona politica"*, in AA.VV., *La politica buona*, con saggio introduttivo di BARTOLOMEO SORGE, a cura di MICHELE PENNISI e GIOACCHINO LAVANCO, Franco Angeli, Milano, 2016, pp. 13-18 e nello stesso volume ANDREA PIRAINO, *La politica e il bene comune, fine di un rapporto?*, pp. 27-40.

³⁴⁰ FRANCESCO, *Messaggio per la L Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2017, n. 1, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/papa-francesco_20161208_messaggio-l-giornata-mondiale-pace-2017.html.

³⁴¹ FRANCESCO, *Messaggio per la L Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 2.

della non violenza politica, della lotta pacifica senza armi di cui parlava anche Giovanni Paolo II nella *Centesimus annus* del 1989³⁴², della misericordia che guarisce ogni ingiustizia e ristabilisce il vero ordine voluto da Dio per la famiglia umana, alla quale il Papa rivolge un appello in favore del disarmo, nonché della proibizione e dell'abolizione delle armi nucleari³⁴³. In questo contesto di diffusione della violenza terroristica di matrice religiosa è poi più che mai impossibile giustificare l'uso della forza e delle armi, profanando il nome di Dio, che “mai può giustificare la violenza. Solo la pace è santa. Solo la pace è santa, non la guerra!”³⁴⁴. Per Francesco la più grande tragedia dell'umanità è l'indifferenza “nei confronti dell'altro, della sua dignità, dei suoi diritti fondamentali e della sua libertà”³⁴⁵, che alberga nell'animo arido del singolo e pervade, di conseguenza, anche le istituzioni, nutrendo una cultura basata sulla logica del profitto che “favorisce e talvolta giustifica azioni e politiche che finiscono per costituire minacce alla pace”³⁴⁶. Per il Pontefice tale atteggiamento deplorabile raggiunge dimensioni ancora più gravi quando finisce per alimentare progetti economici e politici di predazione o “mantenimento del potere e della ricchezza anche al costo di calpestare i diritti e le esigenze fondamentali degli altri. Quando le popolazioni vedono negati i propri diritti elementari, quali il cibo, l'acqua, l'assistenza sanitaria o il lavoro, esse sono tentate di procurarseli con la forza”³⁴⁷. In questo passaggio, volto ad evidenziare il collegamento ormai innegabile tra le ragioni economiche violate e deluse del genere umano e gli eventi bellici, risuonano gli stessi ammonimenti del capitolo secondo della sua esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, in cui si individua il collegamento forte ed estremo tra inequità e violenza: “Ciò non accade soltanto perché l'inequità provoca la reazione violenta di quanti sono esclusi dal sistema, bensì perché il sistema sociale ed economico è ingiusto alla radice. Come il bene tende a comuni-

³⁴² GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Centesimus annus*, 1 maggio 1991, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

³⁴³ FRANCESCO, *Messaggio per la L Giornata Mondiale delle Pace*, cit., n.5.

³⁴⁴ FRANCESCO, *Messaggio per la L Giornata Mondiale delle Pace*, cit., n. 4.

³⁴⁵ FRANCESCO, *Messaggio per la XLIX Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 2016, n. 4 in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/papa-francesco_20151208_messaggio-xlix-giornata-mondiale-pace-2016.html.

³⁴⁶ FRANCESCO, *Messaggio per la XLIX Giornata Mondiale della Pace*, cit, n. 4. Già come cardinale Bergoglio aveva avuto occasione di esprimere il proprio pensiero sul tema della relazione tra condizioni economiche ingiuste e violenza. Vedi la relazione di chiusura al X Sinodo dei Vescovi chiuso in Vaticano il 27 ottobre 2001. CARD. JORGE BERGOGLIO, *Relatio post disceptationem*, in *Il Regno documenti*, 2001, p. 276.

³⁴⁷ CARD. JORGE BERGOGLIO, *Relatio post disceptationem*, cit., p. 276.

carsi, così il male a cui si acconsente, cioè l'ingiustizia, tende ad espandere la sua forza nociva e a scardinare silenziosamente le basi di qualsiasi sistema politico e sociale, per quanto solido possa apparire"³⁴⁸. Per Papa Francesco è inscindibile il nesso tra le esigenze ecologiche e la preservazione della pace che è obbligo morale dell'essere umano³⁴⁹. Nell'Enciclica *Laudato si* simbolo del suo pontificato, dedicata alla Casa comune, cioè la Terra, ed al suo degrado, egli ammonisce che "l'inequità non colpisce solo gli individui, ma Paesi interi, e obbliga a pensare ad un'etica delle relazioni internazionali"³⁵⁰. Tali relazioni per Bergoglio "non possono essere dominate dalla forza militare, dalle intimidazioni reciproche, dall'ostentazione degli arsenali bellici. Le armi di distruzione di massa, in particolare quelle atomiche, altro non generano che un ingannevole senso di sicurezza e non possono costituire la base della pacifica convivenza fra i membri della famiglia umana, che deve invece ispirarsi ad un'etica di solidarietà"³⁵¹. Il no di Bergoglio alla guerra ha lo stesso peso specifico del "no ad un'economia che uccide", affinché si trasformi in un "sì ad una economia che fa vivere, perché condivide, include i poveri, usa i profitti per creare comunione"³⁵².

Recentemente il Bergoglio si è nuovamente pronunciato, anche se non in sede e forma ufficiali, sul tema dell'uso della forza nella soluzione delle controversie, e mi pare evidente che abbia, in modo definitivo, rescisso i legami di continuità con la dottrina tradizionale sulla guerra giusta fondata, in estrema sintesi, sul concetto di legittima difesa come giustificazione razionale dell'uso delle armi. Di ritorno da un viaggio apostolico in oriente ha affermato, rimarcando la personale convinzione di quest'idea, che l'umanità abbia raggiunto il limite di razionalità, e dunque di legittimità nel possesso delle armi nucleari in funzione deterrente. La domanda che si pone Francesco, precisando prudentemente che non si tratti di magistero pontificio ma

³⁴⁸ FRANCESCO, Esortazione apostolica *Evangelii Gaudium*, 24 novembre 2013, n. 59, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html#No_all%E2%80%99inequit%C3%A0_che_genera_violenza.

³⁴⁹ FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti all'incontro mondiale dei movimenti popolari*, 28 ottobre 2014, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141028_incontro-mondiale-movimenti-popolari.html,

³⁵⁰ FRANCESCO, Lettera Enciclica *Laudato si*, 24 maggio 2015, n. 51, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html#_ftnref11.

³⁵¹ FRANCESCO, *Discorso del Santo Padre ai partecipanti al Convegno "Prospettive per un mondo libero dalle armi nucleari e per un disarmo integrale"*, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/november/documents/papa-francesco_20171110_convegno-disarmointegrale.html.

³⁵² FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti all'incontro "Economia e Comunione" promosso dal Movimento dei Focolari*, 4 febbraio 2017, cit..

di una sua opinione personale, è la seguente, se sia oggi “lecito mantenere gli arsenali nucleari, così come stanno, o oggi, per salvare il creato, salvare l’umanità, non è necessario andare indietro?”. Lo sviluppo bergogliano alla teoria della guerra giusta può essere sintetizzato nella delegittimazione assoluta del possesso di armi, poiché si precisa che si tratti di armi il cui fine ultimo rischia concretamente di superare la ragione per la quale esse vengono prodotte e vendute, ossia la legittima difesa e la deterrenza³⁵³, a suo tempo giudicata moralmente lecita da Giovanni Paolo II³⁵⁴. Per Francesco “la pace e la stabilità internazionali non possono essere fondate su un falso senso di sicurezza, sulla minaccia di una distruzione reciproca o di totale annientamento, sul semplice mantenimento di un equilibrio di potere”, ma devono radicarsi sul terreno della giustizia e dello sviluppo umano integrale, sul rispetto dei diritti umani fondamentali e sulla custodia del creato. “In questa prospettiva, abbiamo bisogno di andare oltre la deterrenza nucleare: la comunità internazionale è chiamata ad adottare strategie lungimiranti per promuovere l’obiettivo della pace e della stabilità ed evitare approcci miopi ai problemi di sicurezza nazionale e internazionale”³⁵⁵.

La presa di coscienza della innegabile evoluzione scientifico-tecnologica applicata agli armamenti nucleari, che possiedono ormai una potenza devastante e degli effetti difficilmente gestibili, potrebbero indurre a ripensare le posizioni della dottrina cattolica, fino ad oggi consolidate, sul tema della guerra.

Lo stesso art. 2399 del Catechismo si potrebbe, infatti, prestare ad una rilettura aggiornata ai pericoli concreti della realtà odierna, ed ispirata alle riflessioni di Papa Francesco, nel punto in cui impone di “considerare con rigore le strette condizioni che giustificano una legittima difesa con la forza militare. Tale decisione, per la sua gravità, è sottomessa a rigorose condizioni di legittimità morale (...) Nella valutazione di questa condizione ha un gran-

³⁵³ “Non pochi dubbi emergono circa l’inadeguatezza della deterrenza nucleare a rispondere efficacemente a tali sfide”, così FRANCESCO, *Messaggio del Santo Padre alla Conferenza dell’ONU finalizzata a negoziare uno strumento giuridicamente vincolante sulla proibizione delle armi nucleari che conduca alla loro totale eliminazione*, New York 27-31 marzo 2017, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/pont-messages/2017/documents/papa-francesco_20170323_messaggio-onu.html.

³⁵⁴ FRANCESCO, *Saluto del Santo Padre ai giornalisti durante il volo di ritorno dal Bangladesh*, 2 dicembre 2017, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/december/documents/papa-francesco_20171202_viaggioapostolico-bangladesh-voloritorno.html.

³⁵⁵ FRANCESCO, *Messaggio del Santo Padre alla Conferenza dell’ONU finalizzata a negoziare uno strumento giuridicamente vincolante sulla proibizione delle armi nucleari che conduca alla loro totale eliminazione*, New York 27-31 marzo 2017, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/pont-messages/2017/documents/papa-francesco_20170323_messaggio-onu.html.

dissimo peso la potenza dei moderni mezzi di distruzione”³⁵⁶. Quest’ultimo punto è proprio quello sul quale sembrano convergere le considerazioni di Papa Francesco sulla capacità distruttiva ingestibile delle armi odierne, il cui utilizzo, secondo il Pontefice, trasformerebbe un’azione di giustizia in un suicidio collettivo³⁵⁷. In definitiva Francesco ripete il grido montiniano “Mai più la guerra”³⁵⁸, sebbene forse ai più sia sfuggito un fugace passaggio di un’omelia mattutina nel 2015 in cui a denti stretti egli ammette la possibilità di giustificazione di un conflitto “una guerra si può giustificare – fra virgolette – con tante, tante ragioni. Ma quando tutto il mondo, come è oggi, è in guerra – tutto il mondo! – è una guerra mondiale (...) e non c’è giustificazione”³⁵⁹. Bergoglio è, infatti, fermamente preoccupato che nella realtà si stia vivendo un’esperienza bellica di portata mondiale, una terza guerra mondiale, cioè, “ma a pezzi”³⁶⁰, e attribuisce l’origine di questa tragedia alla perversione di alcuni sistemi economici che si nutrono della guerra per svilupparsi in nome di una radicata idolatria del denaro.

14. Verso una conclusione

Un approccio epistemologico o semantico, storico o socio-politico al concetto di guerra non risolve il problema della sua giustificazione, anzi forse rende quest’ultima sempre più impossibile ed irrazionale. Questo perché sia gli eventi che precedono un conflitto, sia la stessa guerra azionano “un processo cumulativo che ha un proprio dinamismo e che tende a sfuggire al controllo dell’uomo”³⁶¹. Se è pur vero che l’umanità è chiamata al salto di qualità di difendere le cause giuste nel modo giusto, altrettanto è vero che la guerra è un fatto problematico da giustificare. San Giacomo ci ricorda

³⁵⁶ CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, art. 2309, in http://www.vatican.va/archive/ITA0014/_INDEX.HTM.

³⁵⁷ *Visita del Santo Padre al Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale*, in http://it.radiovaticana.va/news/2017/10/30/papa_francesco_armi_nucleari_lumanit%C3%A0_rischia_il_suicidio/1345983.

³⁵⁸ FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti all’incontro mondiale dei movimenti popolari*, 28 ottobre 2014, cit.

³⁵⁹ FRANCESCO, *Meditazione mattutina La strada della pace*, 19 novembre 2015, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/cotidie/2015/documents/papa-francesco-cotidie_20151119_la-strada-della-pace.html.

³⁶⁰ FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti all’incontro mondiale dei movimenti popolari*, 28 ottobre 2014, cit.

³⁶¹ JOSEPH JOBLIN, *Dalla guerra giusta alla costruzione della pace*, in *La Civiltà Cattolica*, II, Quaderno 3576, 15 giugno 1999, pp. 559-571, in particolare p. 571.

che nasce dal cuore umano ferito dal peccato. La guerra è e rimane un fatto, dunque, inservibile, rispetto al fine dell'uomo, un fatto che può creare solo disordine e distruzione³⁶².

La nostra era globale è quella in cui anche la guerra si fa globale perché si annullano le tradizionali "linee politico-territoriali di esclusione e di inclusione, per dar luogo a un insieme asistemico di inclusione escludente", ad un pullulare di "fronti e di eserciti regolari, incapace di distinguere fra nemico e criminale, fra civile e militare, fra pace e guerra"³⁶³. Il tentativo di sussumere all'interno di categorie concettuali tradizionali i termini e i protagonisti del conflitto ha creato il luogo comune della guerra al terrorismo, che ci restituisce una chiara differenza fra quelle categorie antitetiche del "noi" e del "loro", che in verità non fa altro che riprodurre all'infinito una eco di sovrapposizioni indistinguibili tra i protagonisti, tutte vittime, tutte carnefici, tutti terroristi. Il terrorista è infatti già di per sé oggetto di una problematica definizione politica e giuridica, che si traduce nella quasi totale impossibilità di individuazione pratica per via di una subdola mimesi. La più inquietante figura che caratterizza la guerra globale è, infatti, quella del nemico fantasma, inquietante presenza nascosta che si cela dietro ad ogni possibile identità, rendendo impossibile il suo riconoscimento, e gettando le basi di una nuova forma di giustificazione dell'azione armata di difesa³⁶⁴.

Si può dire che abbiamo oggi bisogno, per avere vera pace, di una nuova e chiara inimicizia, di fare del nemico-fantasma un nemico reale, in carne e ossa; la cui precisa identità rafforzi la nostra; ma forse è meglio dire che abbiamo in realtà bisogno di una nuova politica che, al di là di quella moderna e delle sue degenerazioni, renda possibile una nuova amicizia fra gli uomini. Ciò di cui l'umanità ha disperata necessità è una liturgia di "gesti profetici", come ricordava Giovanni Paolo II durante il conflitto nei Balcani, che inauguri una nuova "arte di vivere"³⁶⁵, segnata dalla condivisione ontologica della medesima natura e del medesimo destino, che in epoca contemporanea può essere sublimata dal trionfante riconoscimento dei diritti umani³⁶⁶.

³⁶² JOSEPH JOBLIN, *Dalla guerra giusta alla costruzione della pace*, cit., p. 565.

³⁶³ CARLO GALLI, *Sulla guerra e sul nemico*, in <http://www.griseldaonline.it/temi/il-nemico/sulla-guerra-e-sul-nemico-carlo-galli.html>.

³⁶⁴ Ricche di suggestioni le pagine del dialogo tra MARCO AIME ed EMANUELE SEVERINO, *Il diverso come icona del male*, con *Introduzione* di ERNESTO FERRERO, Bollati Boringhieri, 2009, in particolare pp. 7-10.

³⁶⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Conferenza Episcopale Italiana al termine delle visite "Ad limina apostolorum"*, 20 maggio, 1999, in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1999/may/documents/hf_jp-ii_spe_19990520_ad-limina-italia.pdf.

³⁶⁶ Vedi PIERLUIGI CONSORTI, *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra tra diritto internazionale e*

Ma diventa necessario anche ridisegnare il ruolo della religione nella vita delle persone, rifiutando la pericolosa deriva laicista di considerare il fatto religioso come fatto privato che comporta l'esclusione degli attori religiosi nel dibattito politico³⁶⁷. Il luogo del dialogo interreligioso si mostra oggi infruttuoso e rivela la sua impotenza per essersi fatto troppo elitario, e non riuscire a coinvolgere le persone nella loro quotidianità³⁶⁸. Protagonista della storia come singolo e come membro delle diverse compagini sociali all'interno delle quali sviluppa la sua esistenza terrena, il *christifidelis laicus* agisce, invece, nel mondo secondo la propria coscienza rettamente indirizzata dai principi della Dottrina Sociale della Chiesa, con la consapevolezza della propria identità, della propria vocazione universale alla salvezza.

Il contesto storico odierno sembra voler leggere il fatto religioso come una sorta di *soft power*³⁶⁹, per distinguerlo dall'*hard power* attribuibile alle giurisdizioni secolari³⁷⁰, che motiva le persone e le induce perfino al paradosso dell'annientamento della propria esistenza in nome di valori trascendentali. Il terrorismo di matrice religiosa è divenuto il protagonista assoluto dello scenario bellico mondiale, soppiantando le tradizionali categorie di

magistero pontificio, cit., in particolare sul tema pp. 61-86 ed ancora pp. 145-152.

³⁶⁷ Per un sintetico affresco sul tema complesso dei rapporti tra società civile e Chiesa, e sull'influenza dei principi religiosi si vedano: PIERO BELLINI, *Saeculum christianum. Sui modi di presenza della Chiesa nella vicenda politica degli uomini*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 284; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Ave, Roma, 1996, p. 29; ricche di spunti le relazioni al Convegno ADEC 2012 in AA.VV., *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive. Atti del Primo Convegno nazionale di Studi A.D.E.C.*, a cura di RAFFAELE COPPOLA e CARMELA VENTRELLA, Cacucci, Bari, 2012, tra i molti interventi si vedano le considerazioni critiche sui limiti dell'intervento della Chiesa in *temporalibus* di GIAN BATTISTA VARNIER *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, pp. 5-18 in particolare pp. 10-12.

³⁶⁸ Vedi PIERRE DE CHARENTENAY, *Religioni, terrorismo e guerra*, in *La Civiltà Cattolica*, cit., p. 505.

³⁶⁹ Espressione attribuibile a JOSEPH S. NYE, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, Public Affairs, New York, 2004, che studia il peculiare fenomeno di matrice americana delle *lobbies* che intervengono nello scenario politico. Da qui l'espressione è stata utilizzata per definire il potere delle confessioni religiose di orientare la vita civile, proprio per la capacità di questo potere di cooptare attraverso un convincimento interiore piuttosto che costringere i soggetti. A questo punto è naturale sollevare un ragionevole dubbio sull'applicabilità di questa espressione a religioni nelle quali non esiste il principio dualistico del cristianesimo, per cui nell'identificazione del precetto religioso con la norma dello Stato svanisce la sfumatura della persuasione nell'unica possibilità di coercizione. Ritengo, quindi, che se proprio si desidera utilizzare questa espressione si possa applicarla solo al cristianesimo. Per quanto attiene alla letteratura anglosassone sul tema si veda anche JEFFREY HAYNES, *Religious Transnational Actors and Soft Power*, Routledge, 2016, in particolare la parte terza dedicata al *religious soft power* e le relazioni internazionali.

³⁷⁰ Per una breve illustrazione dei contenuti del potere delle religioni denominato *soft power* si veda il contributo di PIERRE DE CHARENTENAY, *Religione e politica estera: il caso Italia*, in *La Civiltà Cattolica*, II, 2015, 238-246, in particolare p. 239.

guerra di conquista o di difesa, sostenute da motivazioni politico economiche, che conservano ancora intatto lo schema originario di Stati o eserciti che si combattono. Parlare, infatti, di guerra al terrorismo diventa complicato nella misura in cui principalmente è complicato individuare i “duellanti”, nella misura in cui è difficoltoso individuare il nemico, nel senso tradizionale del termine. L’ingannevole guerra al terrore invocata da Bush dopo i fatti dell’11 settembre 2001 non ha comportato il rinvenimento di alcuna soluzione definitiva³⁷¹, anzi ha oltremodo proiettato il problema nelle più disparate dimensioni geo-politico-culturali, fino a trasformarlo in un conflitto di civiltà dalle proporzioni ingestibili. Questa situazione ha, inoltre, “costretto” in qualche modo l’occidente a confrontarsi con l’odiosa idea di guerra santa o guerra di religione, di fronte alla quale esso si pone il problema di rinvenire una giustificazione della giustezza e della doverosità morale della risposta armata allo scopo di difesa o prevenzione.

Per riprendere le parole di Papa Roncalli oggi *est alienum a ratione* più che mai pensare di realizzare la giustizia mediante la guerra, data la reale potenza distruttiva degli armamenti chimici moderni non si può rischiare di materializzare, infatti, l’antico brocardo *fiat iustitia, pereat mundo!* “Tutto è perduto con la guerra”, tuona sempre attuale il grido di Pio XII³⁷².

Il contributo della Chiesa cattolica, soprattutto dopo le aperture del Vaticano II alla ridefinizione dei rapporti Chiesa-Mondo, è quello di fornire alla vita civile democratica un ancoramento ad un *sensus* più elevato, e ricordare all’uomo che il suo fine su questa terra è racchiuso nella metafora biblica della coltivazione del giardino e del godimento dei suoi frutti, non è quello della sopraffazione con tutti i mezzi, non solo quelli bellici tradizionali, ma anche quelli economico e finanziari. E le genti, si legge nella *Summi pontificatus* di Pio XII del 1957, evolvendosi e differenziandosi secondo condizioni diverse di vita e di cultura, non sono destinate a spezzare l’unità del genere umano, ma ad arricchirlo e abbellirlo con la comunicazione delle loro peculiari doti e con il reciproco scambio dei beni³⁷³. Il mondo oggi patisce le conseguenze dell’esclusione dell’etica dall’economia³⁷⁴, così come dalla politica, e la pre-

³⁷¹ PIERRE DE CHARENTENAY, *Religioni, terrorismo e guerra*, in *La Civiltà Cattolica*, III, 2016, in particolare p. 501.

³⁷² PIO XII, *Radiomessaggio ai governanti e ai popoli (24 agosto 1939)*, in *Pio XII. Discorsi per la comunità internazionale*, cit.

³⁷³ PIO XII, Lettera Enciclica *Summi Pontificatus*, 20 marzo 1939, in http://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_20101939_summi-pontificatus.pdf.

³⁷⁴ BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., n. 37: “La dottrina sociale della Chiesa ha sempre sostenuto che la giustizia riguarda tutte le fasi dell’attività economica, perché questa ha sempre a che fare con l’uomo e con le sue esigenze. Il reperimento delle risorse, i finanziamenti, la

sunzione di potere rinunciare ad una politica normativa forte degli Stati che mantenga le oscillazioni del mercato, così come le politiche estere degli Stati, al servizio del bene comune. La Chiesa, a tal fine, non fornisce soluzioni tecniche ma solo coordinate etico-normative e formative per l'uomo di tutti i tempi, costantemente monitorato nel suo incessante divenire storico, nel continuo potenziamento del proprio essere attraverso le manifestazioni della propria vocazione trascendente e naturale, ovvero la preghiera, la cultura e il lavoro³⁷⁵. Ci ricorda Benedetto XVI che "l'uomo che cerca di esistere soltanto positivisticamente, nel calcolabile e nel misurabile, alla fine rimane soffocato"³⁷⁶, perché non può essere "ridotto a mezzo per lo sviluppo"³⁷⁷, ed aggiungerei a mezzo per interessi politici o ideologici.

Lo scenario storico attuale, in piena deflagrazione terroristica, presenta, invece, un preoccupante intreccio tra ideologia religiosa, economia e politica. Ci si pone un dubbio: avvalorare l'idea che sia in atto una guerra di religione, o negare quest'idea, ancorandoci solo alle tradizionali categorie di interessi economico-finanziari che alimentano anche i conflitti apparentemente ideologici³⁷⁸. Le due realtà, a mio avviso, si confondono convertendosi l'una nell'altra, e mettono in crisi la tenuta sociale e morale delle grandi religioni monoteiste, protagoniste di questa dialettica. Nell'ipotesi suggestiva di applicare le leggi più basilari del mercato a queste grandi religioni³⁷⁹, ci si può interrogare se la sopravvivenza può essere loro assicurata solo nella misura in cui le grandi religioni monoteiste continueranno a vendere il prodotto più richiesto dall'uomo, ossia la salvezza eterna. Ma quest'operazione di *marketing* deve avvenire senza che esse rinuncino al loro nucleo teologico imm modificabile, in una versione, però, che sia compatibile con gli *standard*

produzione, il consumo e tutte le altre fasi del ciclo economico hanno ineluttabilmente implicazioni morali. Così ogni decisione economica ha una conseguenza di carattere morale. Tutto questo trova conferma anche nelle scienze sociali e nelle tendenze dell'economia contemporanea. Forse un tempo era pensabile affidare dapprima all'economia la produzione di ricchezza per assegnare poi alla politica il compito di distribuirla. Oggi tutto ciò risulta più difficile, dato che le attività economiche non sono costrette entro limiti territoriali, mentre l'autorità dei governi continua ad essere soprattutto locale".

³⁷⁵ VITTORIO POSSENTI, *Società e democrazia in Italia*, in AA.VV., *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 1997, p.216.

³⁷⁶ BENEDETTO XVI, *Discorso all'Assemblea Plenaria del Pontificio Consiglio per i Laici*, 25 novembre 2011, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/november/documents/hf_ben-xvi_spe_20111125_laity.html.

³⁷⁷ BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit.,

³⁷⁸ Nella *Caritas in veritate*, n.29, il Pontefice riconosce la convivenza delle due concause, quella economica e quella religiosa, nella maggioranza dei conflitti attualmente esistenti.

³⁷⁹ L'idea è frutto delle ricerche di PHILIPPE SIMMONOT, *Il mercato di Dio. La matrice economica di ebraismo cristianesimo e islam*, Fazi Editore, Roma, 2010, p. 239.

imposti dalla contemporaneità, cioè con una vita che sia per “tutti i figli dell’universo” culturalmente ed economicamente confortevole³⁸⁰.

La scienza economica insegna che una strutturale situazione di insicurezza, come quella legata al permanere e al diffondersi di conflitti bellici, genera atteggiamenti antiproduttivi, perché non va dimenticato, si legge nella *Caritas in veritate*, che ogni disfunzione economica comporta sempre dei costi umani³⁸¹, e se un sistema economico si lega poi alla guerra, interpretandola come causa o fine del suo agire, ed essendo a sua volta per essa un motivo di giustificabilità, il prezzo finale sarà il costo più alto, la vita stessa dell’uomo.

La necessità indifferibile di una “concertazione mondiale per lo sviluppo”³⁸², la cui realizzazione implica “anche il sacrificio delle posizioni di rendita e di potere, di cui le economie più sviluppate si avvantaggiano”³⁸³, è per il magistero pontificio degli ultimi decenni l’unico imperativo categorico per rispondere all’esplosione di violenza che stringe l’umanità nella morsa del terrore, ma contemporaneamente anche della crisi economica. Ad attuazione di questo auspicio Papa Francesco ha, infatti, istituito il 1° gennaio 2017 il nuovo Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale³⁸⁴, “che aiuterà la Chiesa a promuovere in modo sempre più efficace i beni incommensurabili della giustizia, della pace e della salvaguardia del creato e della sollecitudine verso i migranti, i bisognosi, gli ammalati e gli esclusi, gli emarginati e le vittime dei conflitti armati e delle catastrofi naturali, i carcerati, i disoccupati e le vittime di qualunque forma di schiavitù e di tortura. Ogni azione in questa direzione, per quanto modesta, contribuisce a costruire un mondo libero dalla violenza, primo passo verso la giustizia e la pace”³⁸⁵. Realisticamente, il ripercorrere le tappe feconde del magistero pontificio, lungo lo scorrere del tempo al fianco dell’uomo e delle sue preoccupazioni, non credo dimostri l’esistenza di una soluzione definitiva sul dilemma che affligge il cristiano da sempre, e che, però, più che mai in un’epoca di rischio totale globalizzato di morte si fa pressante. Il dramma cioè di scegliere secondo il tribunale della propria coscienza a quale precetto dare

³⁸⁰ PHILIPPE SIMMONOT, *Il mercato di Dio. La matrice economica di ebraismo cristianesimo e islam*, cit., p. 239.

³⁸¹ BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., n. 32.

³⁸² GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Centesimus annus*, cit., n. 52.

³⁸³ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Centesimus annus*, cit., n. 52.

³⁸⁴ Recentissimo il contributo di VITTORIO PARLATO, *Considerazioni sul M. P. istitutivo del “Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 37 del 2017, pp. 1-18.

³⁸⁵ FRANCESCO, *Messaggio per la L. Giornata Mondiale della Pace*, cit., n. 6.

preminenza nella vita: a quello delle Beatitudini che impone di accogliere la non violenza e rigettare l'uso della forza, anche a costo di subire persecuzioni e attacchi incomprensibili e vigliacchi, al di fuori dalle logiche del tradizionale *ius belli*, e offrire la vita stessa; oppure, a quello della *caritas* che invece impone il dovere di difendere la vita in pericolo, anche a costo di offendere, seppur in ragione di superiori cause di giustificazione quella altrui. L'unica soluzione è per la Chiesa continuare a rimanere sempre fedele al suo ruolo di Maestra delle coscienze e del cuore dell'uomo³⁸⁶, per guidarlo verso la completa comprensione della propria vocazione alla felicità e alla pienezza della propria natura teleologicamente soprannaturale. Nel suo incessante magistero la Chiesa auspica che l'uomo possa vedere nel proprio simile davvero la propria identità e non una nemica alterità, ed in questa identità il riflesso di Dio, solo la realizzazione di tale visione sarà in grado di annullare quel germe di violenza che nasce purtroppo dalla ricerca spasmodica al fuori di sé di quello che, invece, gli abita dentro da sempre. Questo Pontefice che impronta il suo magistero sul dogma della misericordia divina, che però possiede un carattere sociale³⁸⁷, sottolinea con forza il contributo specifico che i cattolici possono dare alla generale mobilitazione delle diverse religioni per la concordia tra gli uomini nel conseguimento dell'obiettivo comune della pace. Ricorda Francesco che "ognuno di noi dispone in sé di un'identità personale in grado di entrare in dialogo con gli altri e con Dio stesso. La capacità di riflessione, il ragionamento, la creatività, l'interpretazione, l'elaborazione artistica ed altre capacità originali mostrano una singolarità che trascende l'ambito fisico e biologico. La novità qualitativa implicata dal sorgere di un essere personale all'interno dell'universo materiale presuppone un'azione diretta di Dio, una peculiare chiamata alla vita e alla relazione di un Tu a un altro tu. A partire dai testi biblici, consideriamo la persona come soggetto, che non può mai essere ridotto alla categoria di oggetto"³⁸⁸.

³⁸⁶ "É col cuore che l'uomo è sensibile ai valori assoluti del bene, alla giustizia, alla fraternità, alla pace (...). Ma questa coscienza è spesso sollecitata, per non dire asservita, da sistemi socio-politici e ideologici che sono pur essi opera dello spirito umano. Nella misura in cui gli uomini si lasciano sedurre da sistemi che presentano una visione globale esclusiva e quasi manichea dell'umanità e fanno della lotta contro gli altri, della loro eliminazione o del loro asservimento la condizione del progresso, essi si chiudono in una mentalità di guerra, che irrigidisce le tensioni, e così si rendono quasi incapaci di dialogo. L'adesione incondizionata a tali sistemi diviene a volte una sorta di idolatria del potere, della forza, della ricchezza, una forma di schiavitù che toglie la libertà agli stessi governanti", GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XVII Giornata Mondiale della Pace*, 1 gennaio 1984, cit., n. 2.

³⁸⁷ FRANCESCO, Lettera Apostolica, *Misericordia et misera*, n. 19 in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost_letters/documents/papa-francesco-lettera-ap_20161120_misericordia-et-misera.html.

³⁸⁸ FRANCESCO, Lettera Enciclica *Laudato si*, cit., n. 81. Sull'Enciclica si veda LAURA DE GREGORIO, *Laudato si': per un'ecologia autenticamente cristiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*,

La riflessione giuridico morale sulla guerra si apre a nuovi interrogativi che sorgono dalla necessità di valutare le circostanze storiche mutevoli. Quindi il consolidato ripudio della guerra, comune alla tradizione laica e a quella di ispirazione cristiana, non risolve la questione sulle modalità di intervento in situazioni conflittuali nelle quali si presenta il dovere morale di agire per impedire forme di violenza ingiustificata, o quello di fermarle, perchè provocano solamente morti innocenti, ammesso che si possa al contrario parlare di vittime colpevoli qualora si rinvenisse una giustificazione ad un conflitto. Al fine di fronteggiare tale emergenza sono state introdotte nel discorso politico nuove categorie riconducibili alla dottrina della ingerenza umanitaria, e a quella delle operazioni di polizia internazionale, (si noti bene che l'uso del termine polizia pone in evidenza l'obiettivo di porre ordine e non la finalità bellica dell'intervento). L'obiettivo è quello di prestare soccorso alle vittime dell'aggressione mediante il coinvolgimento della comunità internazionale³⁸⁹. Per la comunità internazionale diventa indispensabile, di

Rivista telematica, (www.statoechiedese.it), n. 41/2016, 19 dicembre 2016.

³⁸⁹ Vanno distinti i termini ingerenza e intervento, in ragione della diversità dell'uso della forza nelle due ipotesi. Per ingerenza s'intende il sostegno dato alle popolazioni senza il ricorso a mezzi violenti, mentre l'intervento prevede l'uso delle armi tenendo in conto la possibilità di avere delle vittime. Sul tema si vedano: BENEDETTO CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 384; ANTONIO CASSESE, *Diritto Internazionale*, cit., p. 75; ROSARIO SAPIENZA, *L'intervento umanitario nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Aggiornamenti sociali*, 1995, p. 805 e ss.; PIERLUIGI CONSORTI, *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra tra diritto internazionale e magistero pontificio*, cit., pp. 21-92; GIORGIO FILIBECK, *L'intervento umanitario in tempo di guerra, tra le ambiguità della politica e le incertezze del diritto, nell'insegnamento di Giovanni Paolo II*, in *Iustitia*, 1995, p. 126 e lo studio di DANILO ZOLO, *L'intervento umanitario armato fra etica e diritto internazionale*, in *Jura gentium*, cit., www.juragentium.org/topics/wlgo/it/kosovo.htm. Da non sottovalutare le considerazioni critiche dell'Autore sulla deriva militaristica umanitaria, che in nome delle nascoste ragioni delle super potenze internazionali tenta di piegare i principi del diritto internazionale, in tema di uso della forza unilateralmente per intervento umanitario, alle ragioni politico-economiche di queste ultime: "Il militarismo umanitario che tenta di introdurre nel corpo del diritto internazionale vigente nuove motivazioni che legittimino l'uso unilaterale e asimmetrico della forza militare è di fatto schierato a favore degli interessi delle grandi potenze, in particolare di quelle occidentali. La moltiplicazione delle ragioni che si pretende legittimino sul piano giuridico o su quello etico il ricorso alla violenza non può che produrre un ulteriore indebolimento della capacità normativa e regolativa del diritto internazionale, che è già molto limitata. La conseguenza finale è che i meccanismi istituzionali e normativi di controllo dell'uso della forza internazionale diventino del tutto evanescenti e che l'intero apparato delle Nazioni Unite si riduca a funzioni adattive di legittimazione dello *status quo* imposto da alcuni Stati con l'uso, o la minaccia dell'uso, del loro strapotere militare. Le proposte "umanitarie" di una aperta violazione del diritto internazionale in nome di superiori principi etici, così come le ipotesi di un "aggiornamento" militarista del diritto internazionale in forme codificate o in forme consuetudinarie, erodono in eguale misura la prospettiva di relazioni internazionali meno spietate e minimamente pacifiche". Dello stesso tenore le riflessioni di NATALINO RONZITTI, *Nato, Conflitto in Kosovo e Costituzione Italiana*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 24-27, il quale, riferendosi al conflitto dell'epoca, auspicava che fosse possibile per non forzare la struttura del diritto internazionale "adottare una risoluzione "strutturale" del Consiglio di Sicurezza, che fissasse modalità e limiti

fronte a situazioni drammatiche, assumersi la responsabilità di correre il rischio di sbagliare intervento pur di conseguire il bene possibile, piuttosto che trincerarsi dietro ad un immobile pacifismo. Anche la Chiesa, nella sua qualità di *societas*, è costantemente divisa tra la sua naturale propensione verso la pace e da un ruolo pubblico che le impone il dialogo con la realtà temporale³⁹⁰. L'unica certezza, che attraversa la storia e giunge sino a noi oggi, è la fluidità della posizione della Chiesa sul tema della guerra, fluidità che sembra svuotare di consistenza il suo ripudio³⁹¹.

La guerra è un fatto che appartiene all'ontofenomenologia dell'essere umano ma non per questo è un male inesorabile. Se si pone come certo che essa venga originata dall'assenza di amore come errore sulla realtà ontologica dell'uomo, il suo antidoto sarà proprio la presa di coscienza profonda e definitiva da parte dell'essere umano della sua naturale relazionalità con i suoi simili³⁹², e questa consapevolezza si trasformerà in pensiero e a sua volta nutrirà il diritto perché esso sia espressione di giustizia e non di arbitrio. Se la guerra è la malattia che nasce dalla ferita della mancanza di Amore, il diritto può esserne la medicina, scriveva in esilio nel 1945 Francesco Carnelutti³⁹³.

Ma ritengo che questo diritto possa operare solo se la comunità umana si riconoscerà come tale, come comunità di eguali, sottoposti sì alla costituzione di un'autorità pubblica mondiale; come osservava Maritain, bisognerà,

degli interventi umanitari", superando i limiti imposti dall'art. 2 par. 7 sull'intervento dell'ONU in materie che attengono alla competenza interna degli Stati, NATALINO RONZITTI, *Nato, Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, cit., p. 27, ferma la posizione del filosofo della politica statunitense, e grande studioso di questi temi, MICHEL WALZER nell'affermare come in concreto sia impossibile identificare dei casi di "intervento umanitario allo stato puro", *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, 1 ed. 1977, trad. it. a cura di FRANCESCO ARMAO, Liguori Editore, Napoli, 1990, p. 143.

³⁹⁰ ADRIANO PROSPERI, "Giusta causa" e cristianità divisa tra cinquecento e seicento, in AA.VV., *Chiesa e guerra dalla benedizione delle armi alla "Pacem in terris"*, a cura di MIMMO FRANZINELLI - RENATO BOTTONI, cit., pp. 44-45.

³⁹¹ Sebbene l'Autore si rivolga all'esperienza passata può ancora ragionarsi sulla posizione di PIERO BELLINI: "ci si rifaceva a criteri giustificativi tanto larghi (e tanto genericamente formulati) da togliere alla regola gran parte del suo contenuto interdittivo: imprimendo - per giunta - su tutta la materia un tono di diffusa opinabilità. Di qui - però - un sistema sostanzialmente equivoco; non scevro di accenti farisaici", *Il gladio Bellico*, cit., p. 22. Continua l'Autore in nota ad avvertire sui pericoli di una soggettivizzazione del giudizio sulla guerra che produce una relativizzazione volta solo a vanificare il discrimine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è, PIERO BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., p. 23 nota n. 6.

³⁹² Le suggestioni nascono dalla lettura di SERGIO COTTA, *Dalla guerra alla pace*, Milano, Rusconi, 1989, p. 183. Sul punto si vedano anche le riflessioni di ALDO MORO, *Lo Stato. Il diritto*, Cacucci, Bari, 2006, p. 27.

³⁹³ FRANCESCO CARNELUTTI, *La guerra e la pace*, cit., p. 32.

infatti, riconoscersi e costituirsi in società politica mondiale³⁹⁴. Sarebbe auspicabile che la comunità umana riscoprisse il valore della sua unità morale di soggetto politico unico, con coscienza comune e comune assunzione di responsabilità di fronte alle questioni generali che sovrastano la giurisdizione degli Stati e che riguardano la vita di tutti. Risuona l'auspicio di Giovanni Paolo II sul ruolo del diritto internazionale: "Il diritto internazionale è stato per molto tempo un diritto della guerra e della pace. Credo che esso sia sempre più chiamato a diventare esclusivamente un diritto della pace, concepita in funzione della giustizia e della solidarietà. In questo contesto, la morale è chiamata a fecondare il diritto; essa può esercitare altresì una funzione di anticipo sul diritto, nella misura in cui gli indica la direzione del giusto e del bene"³⁹⁵. "*Serva ordinem et ordo servabit te*", recita l'adagio ricordato da Wojtyła³⁹⁶, che rimanda al rispetto di un ordine etico e giuridico superiore fondamento, a mio avviso, di un'ecologia umana assoluta.

Ancora più in alto, in una gerarchia di valori, si colloca la vita stessa, e risuona allora, l'insegnamento montiniano secondo il quale "se vuoi la Pace, difendi la Vita"³⁹⁷. Perché se si pone quest'ultima come il vertice sacro della Pace, si toglierà alla guerra, "come mezzo normale e abituale per l'affermazione del diritto e quindi della Pace" ogni possibilità di qualificazione e giustificazione. "La Pace altro non è che il sopravvento incontestabile del diritto e alla fine la felice celebrazione della Vita"³⁹⁸.

La realtà cambia e porta con sé pericoli nuovi per l'umanità. I toni preoccupati di questo Pontefice fotografano la delicata situazione attuale, e rappresentano l'ultima tappa dell'evoluzione della dottrina della guerra giusta. Queste parole, ovviamente, ci appaiono assai lontane dalle posizioni moderate di Benedetto XV quando nel 1917 auspicava il raggiungimento di una pace giusta e parlava dei benefici del disarmo invitando ad una "diminuzione simultanea e reciproca degli armamenti secondo norme e garanzie da stabilire, nella misura necessaria e sufficiente al mantenimento dell'ordine pubblico nei singoli Stati"³⁹⁹. Di certo i toni sono stati diversamente modulati nel tempo, sebbene sempre sia rimasto costante il nucleo essenziale del discorso sulla guerra, cioè la voce della Chiesa che evoca "l'impero del diritto", l'applicazione di giustizia ed equità nei rapporti tra i componenti

³⁹⁴ JACQUES MARITAIN, *L'uomo e lo Stato, Vita e Pensiero*, Milano 1981, p. 246.

³⁹⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII giornata mondiale della pace*, cit., n. 9.

³⁹⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVII giornata mondiale della pace*, cit., n. 9.

³⁹⁷ PAOLO VI, *Messaggio per la celebrazione della X giornata mondiale della pace*, 1 gennaio, 1977, cit.

³⁹⁸ PAOLO VI, *Messaggio per la celebrazione della X giornata mondiale della pace*, cit.

³⁹⁹ BENEDETTO XV, *Discorso del santo Padre ai capi di Stato dei Popoli Belligeranti*, cit.

del consorzio umano⁴⁰⁰. La vera giustizia come puntualizza Benedetto XVI "non è una semplice convenzione umana, poiché ciò che è giusto non è originariamente determinato dalla legge positiva, ma dall'identità profonda dell'essere umano"⁴⁰¹. Il diritto può aspirare a rappresentare la *veritas* se si rende "conforme alla realtà di ciò che è dovuto", non di certo se si limita a rispondere alle molteplici, e spesso prive di senso, istanze soggettive⁴⁰², e questo vale per i singoli individui così come per gli Stati.

Il Discorso al Reichstag è uno dei momenti più alti del magistero giuridico di Benedetto XVI. In esso il Papa Ratzinger pone all'umanità un pesante interrogativo sul ruolo della politica nel processo di realizzazione della pace, un processo che può raggiungere il successo solo se subordinato "al criterio della giustizia, alla volontà di attuare il diritto e all'intelligenza del diritto"⁴⁰³. Ma il problema è continuamente aperto ed in cerca di risposte esaustive: "come riconosciamo che cosa è giusto? Come possiamo distinguere tra il bene e il male, tra il vero diritto e il diritto solo apparente? La richiesta salomonica resta la questione decisiva davanti alla quale l'uomo politico e la politica si trovano anche oggi"⁴⁰⁴, così come anche il giurista di oggi, che a differenza di quello del passato, avendo rinunciato alla certezza della subordinazione al *ius divinum* perde la consolante consapevolezza di essere il depositario di una scienza che "si nobilita riflettendo sulla sacertà del proprio oggetto"⁴⁰⁵, ovvero la giustizia.

⁴⁰⁰ BENEDETTO XV, *Discorso del santo Padre ai capi di Stato dei Popoli Belligeranti*, cit.

⁴⁰¹ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la XLV giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2012, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20111208_xlv-world-day-peace.html.

⁴⁰² MASSIMO DEL POZZO, *Il Magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, cit., p. 179.

⁴⁰³ BENEDETTO XVI, *Discorso di Benedetto XVI al Reichstag di Berlino*, 22 settembre 2011, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html:

⁴⁰⁴ BENEDETTO XVI, *Discorso di Benedetto XVI al Reichstag di Berlino*, cit.: "La politica deve essere un impegno per la giustizia e creare così le condizioni di fondo per la pace". Sul tema del rapporto tra ragione e natura, intesa come natura creata e dotata di ordine, che per Benedetto XVI rappresentano le basi della spiegazione sulla radice della giuridicità si veda MASSIMO DEL POZZO, *Il Magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, cit., p. 51.

⁴⁰⁵ Così ORAZIO CONDORELLI, *Carità e diritto nella scienza giuridica medievale*, cit., p. 97.

Diritti fondamentali e fattore religioso in Internet: un Giano bifronte fra nuove opportunità e inedite insidie.

FULVIA ABBONDANTE

Luci e ombre della libertà religiosa in rete

Il vorticoso sviluppo di Internet negli ultimi dieci anni ha prodotto una rivoluzione epocale nel modo di concepire i diritti e ciò vale anche per la libertà religiosa. Le confessioni storicamente consolidate sfruttano, oramai da tempo, la diffusività del *web* a fini “culturali” o per divulgare il messaggio di fede in maniera più penetrante e capillare grazie anche all’interattività e alla possibilità di condivisione sincronica e diacronica di contenuti video e l’utilizzo delle piattaforme *social*¹. La *net* ha favorito forme più incisive di propaganda e proselitismo per i nuovi movimenti religiosi – che nella rete trovano un ambiente meno ostile rispetto a quello *offline* – una realtà che comprende manifestazioni diversissime fra loro e in continua evoluzione². Questi fenomeni vengono identificati con l’espressione *religion online* da distinguersi dall’*online religion*³ dove il *web* è elemento coesenziale del credo religioso: una modo di estrinsecare il proprio vissuto con il trascendente ancora inesplorato e che conferma il tendenziale processo di ricerca di modelli inediti di spiritualità in controtendenza rispetto al processo di

¹ Si leggano sul punto le parole di Papa Francesco nel *Messaggio per la XLVIII giornata mondiale delle comunicazioni sociali*, 1 giugno 2014, p. 1, nel quale peraltro vengono evidenziati anche i limiti dell’uso di Internet e dei social media in quanto mezzi in grado di allontanare il cristiano dalla carità come espressione dell’apertura e della dedizione all’altro. Il messaggio è reperibile al sito internet https://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/communications/documents/papa-francesco_20140124_messaggio-comunicazioni-sociali.html.

² Sulla diffidenza mostrata nei confronti di tali manifestazioni della religiosità si v. STEFANO CECANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 201 ss.

³ CRISTOPHER HELLAND, *Online religion as lived religion. Methodological issues in the study of religious participation on the internet*, in *Heidelberg Journal of Religions on the Internet*, 2005, p. 1 ss si v. FABRIZIO VECOLI, *La religione ai tempi del web*, Laterza, Bari, 2013.

secolarizzazione che ha caratterizzato il secolo breve⁴. D'altro canto anche i singoli trovano, nell'innovazione tecnologica, inusuali forme di espressione del sentimento religioso e della professione del culto rendendosi nell'ambiente digitale più sfumato il confine fra pubblico e privato⁵. Lo spazio digitale più che una realtà virtuale – un ossimoro in quanto “virtuale” rimanda a qualcosa di “simulato” in pratica di non reale – rappresenta una dimensione semmai parallela e immateriale alla realtà fisica, in grado di assicurare una libertà religiosa plurale di accogliere cioè tutte le possibili varianti e significati in cui essa si esplica.

Il termine Internet ha perciò assunto nel tempo un duplice significato che permette di comprendere come il mondo *offline* e quello *online* siano indissolubilmente collegati. In una prima accezione il *web* è espressione dalle complesse infrastrutture all'interno delle quali circolano pacchetti di dati e informazioni. In una seconda accezione la *net* è invece un luogo in cui gli elementi fisici trasformano la mole di informazioni in un nuovo “ecosistema” di diritti, possibilità e servizi – ma anche di doveri, illeciti e rischi – che si sovrappone e integra, in una dimensione immateriale, al mondo materiale a cui siamo abituati⁶ e che viene definito *cyberspazio*. La tecnologia è, dunque, il momento di congiuntura fra le due realtà che sono in continua osmosi e in rapporto di reciproca interdipendenza. La possibilità di accedere all'ele-

⁴ La dottrina sociologica definisce questi nuovi fenomeni con l'espressione *digital religion* in particolare VINCENZO PACE, *La comunicazione invisibile, Le religioni in Internet*, Edizioni S. Paolo, Cinisello Balsamo, 2013. L'A. rileva come attraverso lo studio di siti *web* è possibile osservare un vero e proprio laboratorio religioso interplanetario. Soggetti più lontani e diversi possono confrontarsi su temi quali Dio, fede, riti, credenze, esperienze mistiche. Il dibattito non si limita peraltro a uno mero scambio di informazioni, ma è rappresentato dalla costruzione di micro-sistemi religiosi con nuovi credenti e praticanti riuniti attorno appunto a comunità invisibili in cui l'espressione del sacro si compie nel privato per mezzo di un *click*. La sfida per il giurista sarà, dunque, comprendere se il fenomeno possa assurgere ad un vero e proprio “diritto religioso” nell'accezione data da MARIA D'ARIENZO, *Confessioni religiose e comunità*, in MARIO TEDESCHI (a cura di), *Comunità e Soggettività*, Pellegrini, Cosenza, 2006, p. 291 “quale elemento fondante degli ordinamenti confessionali, ossia, la sua funzione di collegamento, nel senso di *religare*, del sociale allo spirituale”.

⁵ Sulla circolarità tra dimensione pubblica e privata del sentire religioso in rete rispetto alle confessioni storicamente conosciute AGATINO CAIROLA, *Linguaggi religiosi e laicità: a partire dai nuovi strumenti di comunicazione*, in ADRIANA CIANCIO, GIOVANNA DE MINICO, MASSIMO VILLONE, *Nuovi mezzi di comunicazione e identità*, Aracne, Roma, 2012, p. 131 nota come nel mondo dei *social network*, si dia spazio a forme di comunicazione basate più su aspetti emozionali che non su processi di ricerca interiori. La possibilità di un'interazione immediata con gli altri soggetti fa emergere il lato individuale del sentire religioso mentre l'apparente esperienza comunitaria vissuta sulla *net* è più che altro “pubblicizzazione” di momenti personali.

⁶ Così GUIDO D'IPPOLITO, *La proposta di un art. 34-bis in Costituzione*, in GUIDO D'IPPOLITO, MARIA ROMANA ALLEGRI (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Atti del Convegno del 31 marzo 2017 Sapienza Università di Roma Dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale, Aracne, Roma, 2017, p. 65.

mento fisico come sopradescritto, in quanto strumentale all'esercizio di altri diritti, e quindi anche della libertà religiosa, non può configurarsi come un mero diritto al mezzo ma va considerato come un diritto sociale⁷ se come osserva attenta dottrina «Internet diventa la leva virtuale con effetti reali, essenziale a rimuovere le iniziali disuguaglianze che ostacolano la piena realizzazione della persona umana»⁸. La configurabilità di un diritto *alla rete* pone peraltro non pochi problemi di ordine teorico. Limitandoci al dibattito italiano, si discute sulla necessità o meno di introdurre un nuovo articolo in Costituzione⁹ che espressamente lo preveda o sia possibile ancorare tale

⁷ Sulla configurazione del diritto di accesso a Internet come diritto sociale tra i primi in dottrina GIOVANNA DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Aracne, Roma, 2012, p. 131. Più specificamente individua il contenuto di tale diritto in “una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. un servizio universale. che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica” TOMMASO EDUARDO FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, spec. p. 8.

⁸ GIOVANNA DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011, pp. 1-38.

⁹ La prima proposta di una revisione costituzionale per introdurre un'esplicita tutela del diritto di accesso a Internet fu di Stefano Rodotà e contenuta nel disegno di legge S. 2485: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I» ed appoggiata, con qualche distinguo, da GAETANO AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2011, pp. 367-378. Similmente ID., *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011, pp. 1-10. La dottrina prevalente, infatti, ha sempre ritenuto l'interpretazione del diritto di accesso a Internet essenzialmente come diritto di natura sociale così come prospettato nel testo. Oltre GIOVANNA DE MINICO, cit., si v. anche *ex multis* LORENZO CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del Diritto*, n. 2-3, 2012, pp. 263-287; ID., *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2013; PAOLA MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011, pp.1-16; ORESTE POLLICINO, ELISA BERTOLINI, VALERIO LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013; MARINA PIETRANGELO, *Oltre l'accesso a internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito del diritto di accesso ad Internet*, in MICHELE NISTICÒ e PAOLO PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, pp.169-188; A tal proposito il primo documento, sebbene non vincolante, a contenere un espresso richiamo al diritto di accesso è la *Dichiarazione dei diritti in Internet*, elaborata in seno alla Camera dei Deputati e pubblicata il 28 luglio 2015, dove peraltro la natura duplice del diritto di accesso (individuale e sociale) appare in tutta la sua evidenza. Sull'ambiguità del diritto di accesso si vedano le riflessioni di MARIA ROMANA ALLEGRI, *Una premessa, qualche considerazione introduttiva e qualche riflessione sul ciberspazio come ambiente di rilevanza giuridica*, in MARIA ROMANA ALLEGRI, GUIDO D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, cit., pp.14-15, che osserva giustamente quanto Internet individui una specifica tecnologia, in un possibile futuro, superabile. Di qui la costituzionalizzazione non del diritto di accesso ad Internet quanto un più ampio diritto di accesso al cyberspazio indipendentemente dalla struttura fisica che ne consenta l'entrata. Più recentemente e nel senso del diritto di accesso, si veda la proposta di legge di revisione costituzionale presentata nel corso della XVII legislatura (S. 1317), che prevede l'inserimento nell'art. 21 Cost. di un secondo comma così formulato: «Tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo

diritto a una lettura combinata degli art 2 e 3 comma 2 della Costituzione¹⁰. Più problematico è rendere effettivo il diritto alla connessione¹¹ aspetto questo legato a problemi di ordine economico e alle incessanti trasformazioni tecnologiche¹².

Se l'accesso alla rete è la porta di ingresso per immergersi nel mondo digitale una volta entrati nel *cyberspazio* i diritti vivono e si sviluppano in un ambiente molto diverso da quello *offline*. La scienza giuridica si trova così a ragionare con categorie concettuali poco aderenti al nuovo universo e per certi versi antitetici rispetto a paradigmi ritenuti oramai consolidati e dati per immutabili¹³. La possibilità di esercizio simultaneo di più diritti in uno spazio praticamente senza confini aumenta la probabilità di conflittualità¹⁴. Il punto cruciale della questione è che in rete la prima fase di quasi anomia ha ceduto il passo ad un regolamento dei privati che mal si concilia con termini come “bilanciamento” e ragionevolezza. In secondo luogo, la complessa architettura della *net* prevede che l'effettiva garanzia dei diritti

diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica». Da ultimo si v. il progetto per l'introduzione dell'art. 34-*bis* Cost. Questi è stato dapprima presentato al Senato il 10 luglio 2014, a firma dell'on. Francesco Campanella (A.S. n. 1561, relatore on. Francesco Palermo). Successivamente il 14 gennaio 2015, è stata presentata alla Camera dei Deputati (A. C. n. 2816), con primo firmatario l'on. Paolo Coppola, la cui paternità è però del dott. Guido d'Ippolito. Quest'ultimo ha illustrato il contenuto in *La proposta di un art. 34-bis in Costituzione*, cit., pp. 65-81.

¹⁰ Così GIOVANNA DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, cit., p. 131. Dissente da tale impostazione PASQUALE COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine*, 17 ottobre 2012; ID., *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a Internet, tenuta dinanzi alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica il 10 marzo 2015*, in *Federalismi.it*, Focus TMT, n. 1, 2015.

¹¹ La questione del *digital divide* è stata affrontata tra gli altri VALERIA BIANCHINI, ALFONSO DESIDERIO, *Atlante del divario digitale*, in *I quaderni speciali di Limes*, 2001, n. 1, suppl., p. 42 ss.; TOMMASO PUCCI, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Informatica e diritto*, 2002, p. 119 ss.; GIUSEPPE ANZERA, FRANCESCA COMUNELLO (a cura di), *Mondi digitali. Riflessioni e analisi sul Digital Divide*, Guerini Associati, Milano, 2005; MARINA DA BORMIDA, DARIA DOMENICI, *Software libero, copyleft e digital divide*, in *Diritto d'autore e nuove tecnologie*, 2006, n. 2, p. 143 ss.; LAURA SARTORI, *Il divario digitale. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, il Mulino, Bologna, 2006; EUGENIO DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Giuffrè, Milano, 2008; SARA BENTIVEGNA, *Disuguaglianze digitali. Le nuove forme di esclusione nella società dell'informazione*, Laterza, Roma – Bari, 2009, p. 240 ss.

¹² Particolarmente illuminanti sulle criticità legate alla piena effettività del diritto di accesso le osservazioni di PAOLO PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in <http://www.giurcost.org/studi/passaglia5.pdf>, pp. 6-19.

¹³ GIOVANNI PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in GIOVANNI PITRUZZELLA, ORESTE POLLICINO, STEFANO QUINTARELLI (a cura di), *Parole e Potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017, p.95.

¹⁴ Sul punto LUCA PEDULLÀ, *Accesso a internet, libertà religiosa informatica e buon costume*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, n. 35, 2012, 19 novembre 2012, p.4.

passi attraverso l'intermediazione dei soggetti erogatori dei servizi, per lo più le *Big Companies* statunitensi, che hanno come obiettivo principale il profitto economico. Questo tema risulta evidente quando si ragiona della tutela della *privacy* in rete: un diritto a cui il più delle volte inconsapevolmente rinunciamo quando entriamo in contatto con il *web*. Il terzo problema è legato all'assenza di un'educazione digitale che espone gli internauti ed in particolar modo i soggetti vulnerabili, minori *in primis*, a numerosi rischi: dall'adescamento in rete, o forme di manipolazione psicologica da parte di guru o *leaders* carismatici, al *cyberbullismo* ed altre ipotesi delittuose¹⁵. Nei paragrafi successivi si tenterà di suggerire alcune criticità emerse rispetto all'esercizio della libertà religiosa nel *cyberspazio*.

2. Le regole opache dei social network e il bilanciamento fra hate speech e libertà di culto

La rete, salutata come la dimensione in cui il *marketplace of ideas* e dunque anche la libertà religiosa quale *freedom of speech* avrebbe trovato la sua più ampia realizzazione, si è rivelata un ambiente favorevole anche al diffondersi dell'intolleranza e dell'odio nelle sue forme più virulente amplificando atteggiamenti già presenti *offline*. La categoria dell' *hate speech* come ipotesi limitativa della libertà di manifestazione del pensiero è stata peraltro sempre considerata con un certo sospetto dalla dottrina costituzionalistica sia per la difficoltà di definire un fenomeno multiforme quanto alla sua identificabilità¹⁶, sia per la sua potenziale assimilabilità ai cd. reati di opinione¹⁷. Non è infatti casuale che nell'ordinamento statunitense dalla sentenza *Brandenburg vs Ohio* il discorso odioso, comprendente anche la blasfemia, viene considerato protetto dal Primo Emendamento e solo qualora le modalità espressive si traducano in "linguaggi" violenti o istigatori sono fuori dalle garanzie dalla norma costituzionale¹⁸. Alquanto diversa è

¹⁵ I lati oscuri della rete sono stati bene evidenziati in un classico della letteratura sul tema EVGENIJ MOROZOV, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom*, Paperback, New York, 2011, p. 432 ss. Peraltro nel presente saggio non viene affrontato il dibattito sul *deep web* che rappresenta, in realtà, la parte più significativa di Internet dove si compiono attività criminali di ben più significativa gravità. In proposito e da ultimo LIVIO VARRIALE, *La prigionia dell'umanità. Dal deep web al 4.0, le nuove carceri digitali*, Minerva, Bologna, 2017, p.7ss.

¹⁶ ANTHONY SELLARS, *Defining Hate Speech*, in: <https://ssrn.com/abstract=2882244>.

¹⁷ ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in https://www.academia.edu/1031106/Libert%C3%A0_di_espressione_e_reati_di_opinione

¹⁸ CRISTIANA CIANNITTO, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella*

invece la posizione dei paesi europei in cui la necessità di garantire la libertà di espressione come momento di cesura rispetto alle esperienze totalitarie vissute in un passato non troppo lontano si è scontrata con il timore del riemergere di “ideologie” contrarie ai principi democratici mostrando perciò, sin dal dopoguerra, un atteggiamento meno incline ad abbracciare una visione “ottimistica” delle virtù taumaturgiche del *marketplace of ideas*. A fronte di previsioni costituzionali che tutelano in modo ampio, ma non assoluto, la libertà di manifestazione del pensiero – l’unica eccezione è costituita dall’ordinamento tedesco¹⁹ che per ragioni storiche prevede già in Costituzione la possibilità di significative deroghe alla libertà di espressione - Francia, Inghilterra e Italia²⁰ si sono dotati nel tempo di corposi apparati normativi finalizzati a sanzionare, con variazioni legate ovviamente al proprio contesto costituzionale, l’incitamento all’odio razziale, etnico, religioso. In Italia per la verità, il “nucleo originario” della disciplina, costituito dall’art. 3, l. n. 654 del 1975 (approvata in esecuzione della Convenzione di New York del 1965 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione), non prevedeva la tutela nei confronti dell’incitamento alla discriminazione per motivi religiosi, lacuna colmata dall’art. 1, l. 205 del 1993 (c.d. legge Mancino). Un’ulteriore modifica è intervenuta per opera dell’art. 13 della menzionata l. n. 85 del 2006, consistente nell’alleggerimento del quadro sanzionatorio originario e nella correzione delle fattispecie ivi previste mediante la sostituzione della condotta di «incitamento» con quella di «istigazione» e della condotta di «diffusione delle idee» con quella di «propaganda»²¹. Diversa è, invece, la disciplina prevista per i reati di vilipendio alla religione contenuti negli artt. 402-406 c.p. che per effetto di ripetuti interventi della Corte Costituzionale ha via via allineato la tutela penalistica al principio di uguale trattamento tra tutte le confessioni senza

società contemporanea, Giappichelli Torino, 2016.

¹⁹ La libertà di manifestazione del pensiero, sancita nell’art. 5 1° comma, può subire significative limitazioni da parte di leggi generali, norme legislative a protezione della gioventù e dell’onore della persona ovvero secondo l’art 18 non sia finalizzata al sovvertimento dell’ordinamento liberal democratico – con la perdita di tutti i diritti fondamentali; Così come l’espressione artistica o d’insegnamento che è sì libera ma qualora non leda i diritti di altri.

²⁰ Per un’analisi in chiave comparata sulla disciplina dell’*hate speech* nei tre ordinamenti indicati si v. MICHELA MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II., Giappichelli, Torino, 2005, pp.512-518.

²¹ Sulla natura di reati di puro pensiero che induce a ritenerli incompatibili con la tutela prevista dall’art. 21 Cost.si v. ancora tra i tanti MICHELA MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, cit., p.520; CORRADO CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, BUP, Bologna, 2013, pp.102-116.

peraltro operare un mutamento del bene oggetto di tutela in tali che resta pur sempre il sentimento religioso collettivo, mediato dal sentimento religioso individuale²² operando, peraltro, nella legge 85/2006, un alleggerimento del quadro sanzionatorio precedente alla riforma. La questione peraltro appare complicata dalla dimensione multiculturale che le società contemporanee hanno assunto. Nelle società laiche e pluraliste la propaganda - come precipitato della libertà religiosa - assume talvolta anche connotati svalutativi di una altro e diverso credo. La divulgazione della propria fede non può essere assimilata manifestazione del pensiero *tout court* poiché presenta caratteristiche sue proprie legata alla funzione di persuasione che essa svolge. A differenza della libertà di espressione essa non implica una dimensione dialogica in quanto scopo della propaganda è appunto portare l'adepto ad accettare la verità della propria fede. Date queste premesse è necessario comprendere entro quali limiti anche la propaganda religiosa anche denigratoria sia comprimibile. Anche in questo caso, peraltro, la soluzione fuori del cyberspazio appare idonea a contemperare i valori in gioco è quella limitare solo la forma laddove concorrano particolari circostanze di luogo e di tempo la propaganda si traduca in forme istigatorie. Se nel modo *offline* il possibile conflitto fra tutela della libertà di manifestazione del pensiero, libertà religiosa e *hate speech* viene risolto in base all'individuazione di fattispecie criminose sottoposte al vaglio del giudice che deve verificare la sussistenza degli elementi atti a giustificare l'irrogazione della sanzione nel mondo *online* le cose vanno in modo decisamente diverso²³. L'espansione della piramide dell'odio sulla rete, accentuata dagli attentati di matrice terroristica, ha indotto le più importanti piattaforme, che veicolano contenuti ad elaborare pratiche di controllo (attraverso l'uso

²² Critici su tale punto della riforma fra i tanti PIERLUIGI FLORIS, *Libertà religiosa e libertà di espressione artistica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2008/1, p.189 ss. che evidenzia come, nella sua nuova formulazione, l'art. 403 c.p. punisce infatti le «offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone o cose» vi è pur sempre un riferimento alla dimensione istituzionale e/o collettiva del sentimento religioso intrecciando, così, in modo ambiguo i riferimenti alle confessioni con quelli che riguardano l'offesa alla persona. In senso pressoché analogo CARMELA SALAZAR, *Le "relazioni pericolose" tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2008, pp.22-30.

²³ L'attentato alla redazione del settimanale *Charlie Hebdo* ha posto drammaticamente all'attenzione del giurista la questione del rapporto fra diritto di satira e libertà religiosa nell'ambito di società multiculturali attraversate sempre più da tensioni che appaiono difficilmente componibili. Pur nella consapevolezza della complessità del tema l'aporia tra i due diritti può essere appunto risolta solo avendo come sfondo la dignità umana il cui garante ultimo è peraltro nella valutazione del caso concreto il giudice. Si v. sul punto NICOLA COLAIANNI, *Diritti fondamentali e fondamentalismi: satira e simboli religiosi*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 5 ottobre 2016.

di algoritmi o gruppi di esperti (i quali hanno il compito di verificare le segnalazioni di altri utenti) volte a rimuovere in modo rapido contenuti (post, video, immagini) ritenuti offensivi. Le regole inserite dai *providers*, in particolare i *social media*, nei *Terms of contract* agiscono in maniera preventiva sulla propagazione di messaggi incitanti all'odio anche religioso. È possibile notare l'esistenza di due diversi modelli di regolazione autonoma all'interno dei *social* più diffusi. Il primo adottato da *Youtube* che prevede regole contrattuali generali fra utente e piattaforma dove è ribadita l'irresponsabilità per i contenuti veicolati dagli utenti e dalle *Community guidelines* mediante un generico riferimento alla politica aziendale che non supporta contenuti che promuovono o permettono violenza contro persone o gruppi di persone in ragione di alcune forme di appartenenza. Il secondo prevede una *regulation* più puntuale ed ha interessato i *social* più diffusi a livello globale. *Twitter* – che nei suoi primi anni di vita si caratterizzava per essere molto tollerante – ha di recente modificato i termini pattizi per l'accesso dei cibernetici, includendo una specifica sezione dedicata all' *hateful conduct*. Quest'ultima viene definita come l'attività volta a attaccare o minacciare altre persone sulla base della razza, dell'etnia, origini nazionali, orientamento sessuale, identità di genere, appartenenza religiosa, età, disabilità, malattie. *Facebook*, invece, ha separato i *Terms of Contract* dallo *Statement of Rights and Responsibilities*. In tale documento viene identificato come *hate speech* ogni forma espressiva che contenga attacchi diretti a persone in ragione dell'appartenenza a tali categorie. Viene comunque introdotta un'eccezione che riguarda l'uso dell' *hate speech* "innocente" con fine educativo allo scopo di dimostrare gli effetti negativi che ha sui destinatari. Le linee guida interne contengono, però, un ulteriore elenco su cui il gruppo di moderatori può intervenire ed eventualmente rimuovere post, video, immagini dal profilo dell'utente. Sono elencate, infatti, altre otto sottocategorie da cui sono peraltro escluse le espressioni satiriche anche a contenuto offensivo e l'uso degli *hate symbols* rivolti a personaggi pubblici e capi di stato. I *social* sono divenuti luoghi, come prima si diceva, nei quali vengono veicolati anche espressioni pacifiche del culto. In un recente caso un sacerdote italiano ha utilizzato la nota piattaforma *Facebook* per tramettere la recita del rosario in diretta in due momenti della giornata. Il profilo è stato oggetto di reazione violente nei confronti del ministro di culto, con commenti blasfemi e minacciosi cui è seguita, come rimedio da parte dei *providers*, la rimozione non dei singoli *post*, bensì il blocco del

profilo del soggetto che trasmetteva *online* il messaggio religioso²⁴. Il *social* avrebbe dovuto, in questo caso, procedere ad una rimozione “chirurgica” cioè selettiva, cancellando solo ed esclusivamente i *post* di odio, vietati dalle regole contrattuali, mentre in nessun modo avrebbe potuto bloccare l’accesso al profilo dell’utente che veicolava un messaggio non solo lecito, ma protetto²⁵. Il punto peraltro di maggiore criticità è dato dal fatto che il bilanciamento fra i diritti in gioco (libertà di manifestazione del pensiero, libertà di professare la fede, contrasto all’*hate speech*) viene realizzato all’interno delle regole delle piattaforme e in base a codici di condotta opachi quanto alla definizione dei comportamenti censurabili che, dunque, consente un’ampissima discrezionalità dei *providers* tale da determinare forme di censura privata del tutto contrarie al dettato costituzionale e privi delle garanzie poste a tutela delle libertà fondamentali come, nel caso di specie, quella di religione.

3. Big data e appartenenza religiosa tra rischi di profilazione ed esigenze securitarie

Oggi non viene in discussione l’esistenza di una libertà religiosa informatica nella sua versione sia positiva sia negativa²⁶. Sotto il primo profilo, essa esprime il diritto a che non siano rese note le proprie idee religiose, le proprie inclinazioni, le pratiche di culto. In chiave negativa, invece, comporta il diritto a poter esercitare un controllo sui dati concernenti la propria persona, anche quelli relativi alla propria appartenenza religiosa sul web - immessi dallo stesso soggetto o da terzi.

²⁴ *Rosario in diretta su Facebook, prete bloccato e minacciato* di ANDREA ZAMBRANO, 4 novembre 2017, su <http://www.imolaoggi.it/2017/11/04>. Il blocco del profilo, sempre secondo notizie di stampa, sarebbe stato realizzato da un algoritmo creato appositamente per eccesso di segnalazioni da parte della comunità mussulmana a cui era sgradita la pratica religiosa diffusa sul *social*. Se la notizia fosse confermata si realizzerebbero due condotte criminose: quella del *provider* che avrebbe posto in essere un atto discriminatorio nei confronti di un credo religioso rispetto ad un altro; quella degli utenti che hanno postato le condotte incitanti all’odio o comunque offensive.

²⁵ LUCA PEDULLÀ, *Accesso a internet, libertà religiosa informatica e buon costume*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.statoeChiese.it), n. 35, 19 novembre 2012, p.4.

²⁶ L’idea di una libertà informatica, intesa in senso generale, è stata espressa per la prima volta da VITTORIO FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, nel vol. NICOLA MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna 1981, p.37ss. (poi compresa nel vol. ID., *Informatica diritto e società*, Utet, Milano, 1992, p.173 ss. e di poi ripresa da TOMMASO EDOARDO FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 15 dicembre 2010, pp.4-6.

Il potenziamento e l'innovazione dell'informatica oggi, peraltro, rendono possibile l'acquisizione di una massiccia mole di informazioni attraverso l'incrocio di notizie sugli usi, gusti e preferenze è possibile ricostruire la completa identità digitale e dunque dell'appartenenza religiosa²⁷.

In questo secondo caso l'acquisizione avviene in modo occulto da parte del fornitore del servizio così che l'utente non è in grado di verificare se le informazioni vengano trasmesse in modo corretto né a chi vengano inviate²⁸.

Un ulteriore elemento di preoccupazione rispetto all'acquisizione dei dati sensibili nasce dalla diffusione delle cd. *applications* le quali per poter essere installate, e, dunque utilizzate, chiedono come "corrispettivo" dell'accesso gratuito al servizio la possibilità di leggere i contenuti dell'internauta presenti sul *pc* o *smartphone* cedendo così totalmente o parzialmente le informazioni anche riservate che il *device* contiene. Peraltro, negli ultimi anni si sono diffusi specifici servizi di tipo religioso scaricabile sul proprio supporto elettronico che consentono dunque una conoscenza "mirata" dell'orientamento confessionale del fruitore del servizio riproponendo in maniera più accentuata le preoccupazioni innanzi esposte²⁹.

Questo primo aspetto incrocia un secondo e più inquietante problema venuto alla luce dopo il caso *Snowden*. I Governi che dopo i numerosi attentati terroristici degli ultimi anni- hanno imposto serie restrizione ai diritti fondamentali, infatti, possono avere interesse a farsi consegnare dalle *Big Corporations* i dati dei singoli utenti in nome della sicurezza nazionale al fine di monitorare i cittadini e prevenire la commissione di crimini anche sulla

²⁷ I meccanismi di profilazione, utilizzati a scopo di marketing, sono molteplici e finalità differenti. In alcuni casi lo scopo del *profiling* è quello di predire i possibili orientamenti commerciali degli utenti. In altre ipotesi e quelli invece espliciti che invece monitora le preferenze del soggetto partendo dalla conoscenza dei propri dati personali forniti dall'utente. Tra i meccanismi più utilizzati vi sono i cd. *cookies* che memorizzano le informazioni rilevanti nel corso del tempo e ne consentono la successiva consultazione da parte degli stessi soggetti che hanno proceduto all'installazione raccogliendo svariati tipi di dati: credenziali di accesso a un sito (ID e password), gli URL dei siti internet visitati, data e ora di visita, numero di click effettuati su un determinato annuncio pubblicitario e dunque avere una conoscenza profonda, attraverso l'uso della rete, di chi è l'utente e di cosa vuole. Un'analisi accurata dell'uso di tali meccanismi e dei rischi connessi per la riservatezza in campo religioso si v. DARIO MORELLI, *Perché non possiamo non dirci tracciati: analisi ecclesiasticistica della pubblicità comportamentale on-line*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 37, 2012, 3 dicembre 2012, pp.1-27.

²⁸ Ancora LUCA PEDULLÀ, *Accesso a internet, libertà religiosa informatica e buon costume*, cit., pp.6-7.

²⁹ Sulla tale questione si v. ANTONIO FUCILLO, GENNARO FUSCO, FERDINANDO GRAVINO, in ANTONIO FUCILLO, RAFFAELE SANTORO (a cura di), *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica. Il trattamento dei dati sensibili di interesse religioso*, Giappichelli, Torino, 2017, specificamente pp.192-193; DARIO MORELLI, *Perché non possiamo non dirci tracciati: analisi ecclesiasticistica della pubblicità comportamentale on-line*, cit., che analizza l'uso di queste nuove tecnologie ai fini della pubblicità comportamentale sensibile, specificamente p.18.

base della sola appartenenza religiosa dell'internauta³⁰.

Per porre rimedio- forse tardivo- all'utilizzazione e soprattutto commercializzazione dei dati sensibili in maniera occulta o non pienamente consapevole è intervenuto di recente il Regolamento Europeo³¹ (General Data Protection Act identificato con l'acronimo GDPR) – entrato in vigore nel 2016, mentre la sua applicazione sarà possibile solo dal maggio 2018 - che ha provveduto a chiarire come e quando ci si trovi dinanzi ad un'ipotesi di profilazione – definendone le caratteristiche fondamentali³² – e ha introdotto l'obbligo di consenso “esplicito” ai fini della liceità del trattamento (art. 22). Inoltre è espressamente fatto divieto acquisire dati sensibili a meno che non vi un'espressa autorizzazione dell'utente.

La futura applicazione dell'atto europeo pone peraltro alcune questioni. Secondo le Linee Guida emesse dal Garante della privacy il termine *esplicito* contenuto nel GDPR non è equivalente a “documentato per iscritto”, né è necessaria la “forma scritta” unica modalità, tuttavia, idonea a configurare l'inequivocabilità del consenso. Ciò comporterà una modifica del vigente Codice della *privacy* nella parte in cui prevede che il trattamento delle informazioni religiose sia subordinato all'autorizzazione del Garante ex articolo 26, comma 1³³, e all'obbligo di prestazione per iscritto – a pena di

³⁰ Il tema della sorveglianza e del monitoraggio da parte delle autorità pubbliche con l'aiuto delle piattaforme social è affrontato con particolare riguardo al caso statunitense da PASQUALE ANNICCHINO, *Sicurezza nazionale e diritto di libertà religiosa. Alcune considerazioni alla luce della recente esperienza statunitense*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoe_chiese.it), n. 5, 2017, 13 febbraio 2017, p. 13 si v. CRAIG TIMBER, ELISABETH DWOSKIN, *Facebook, Twitter and Instagram sent feeds that helped police track minorities in Ferguson and Baltimore*, in *The Washington Post*, 11 ottobre 2016 in: https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2016/10/11/facebooktwitter-and-instagram-sent-feeds-that-helped-police-track-minorities-in-ferguson-and-baltimoreaclu-says/?tid=sm_tw; AMERICAN CIVIL LIBERTIES ET AL, *Lettera alla società Twitter*, 10 ottobre 2016, in https://www.aclunc.org/sites/default/files/20161010_ACLU_CMJ_Color_of_Change_Joint_letter_Twitter.pdf.

³¹ REGOLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

³² L'articolo 4 del Regolamento, cit., definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

³³ Il Garante ha “la facoltà di procedere non solo volta per volta su impulso dei singoli richiedenti [...] ma anche attraverso formule autorizzatorie di carattere generale rivolte a determinate categorie di titolari o di trattamenti. L'art. 26, comma 4, lettera a) del Codice privacy prevede per l'appunto un regime speciale per il trattamento effettuato da “associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere filosofico o religioso” (escluse le confessioni religiose vere

nullità ex art. 23, comma 4,– del consenso informato, specifico e libero. La regola prescelta dal legislatore italiano per rendere lecito il trattamento dei dati religiosi appare peraltro in grado di tutelare la riservatezza dell'utente in maniera più incisiva di quanto non faccia la futura regolazione europea. Vero è che dal combinato disposto dell'art. 9 e 22 del GDPR nonché dalle norme relative alla informativa e alla possibilità di revocare il consenso testimoniano un'attenzione a maggiore verso il diritto alla riservatezza dell'internauta. Ben avrebbe fatto, però, il Regolatore Europeo ad estendere la possibilità di limitazioni consentita (agli Stati membri) dall'ultimo paragrafo dell'art. 9 – anche ai dati religiosi³⁴, consentendo così di mantenere l'obbligo della forma scritta e la possibilità di un intervento dell'Autorità di regolazione.

4. La libertà religiosa dei minori sui nuovi media e dovere di protezione dei genitori.

Un aspetto inesplorato attiene alla relazione libertà religiosa dei minori e tutela degli stessi relativamente a forme di indottrinamento realizzate attraverso l'uso della rete.

Ad una primigenia visione del minore come oggetto di decisione altrui, infatti, grazie anche all'influenza dell'ordinamento sovranazionale e internazionale, si è sostituita una concezione che riconosce il non adulto come un soggetto titolare di diritti propri³⁵. Questo passaggio è consequenziale ad

e proprie, come vedremo tra breve) sui dati sensibili degli aderenti o dei soggetti che hanno contatti regolari con l'ente stesso. Tali dati possono essere trattati senza consenso dell'interessato, ma previa autorizzazione del Garante, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dallo statuto, purché non siano comunicati all'esterno o diffusi, e purché l'ente/associazione determini idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati. Un ulteriore, specifico regime è previsto dall'art. 26, comma 3, lettera a) per il trattamento dei "dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori delle medesime confessioni". Tali trattamenti effettuati da confessioni in senso proprio non sono subordinati né al consenso scritto dell'interessato, né all'autorizzazione del Garante, ma richiedono che la confessione abbia determinato idonee garanzie nel rispetto dei principi indicati al riguardo con apposita autorizzazione del Garante"

³⁴ L'ultimo paragrafo dell'art. 9 sancisce peraltro "Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute".

³⁵ Da ultimo anche la Carta di Nizza all'art. 24 (Diritti del bambino) che sancisce, a livello europeo, il superamento di una visione paternalistica. La disposizione, peraltro, introduce il criterio della progressività nell'attribuzione del diritto a manifestare la propria opinione su diritti che lo riguardano

una diversa idea della famiglia e prende avvio, in Italia, alla riforma del 1975 segnando il superamento da un modello familiare patriarcale caratterizzato dalla supremazia del padre rispetto agli altri membri³⁶ ad un'idea di famiglia basata sul riconoscimento della pari dignità dei suoi componenti: viene cancellata, infatti, la potestà maritale ed la patria potestà viene sostituita la potestà genitoriale; gli stessi figli divengono soggetti di diritti titolari di una propria identità rispetto a quella del nucleo d'origine ma che, evidentemente, con esso s'intreccia.³⁷

La nuova formulazione 147 c.c. attraverso il riferimento alle inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore³⁸ determina un mutamento del paradigma educativo dei genitori. La formazione del "non adulto" non è più derivata dalla trasmissione di valori supremi estranei alla sua identità ma viene costantemente adeguata alla personalità della prole e basata sul principio di autonomia del figlio. Il ruolo del padre e della madre diviene così più articolato.

Gli ascendenti non possono esimersi completamente dal proporre modelli di vita familiare e sociale positivi e sono dunque tenuti a svolgere un'attività di indirizzo offrendo ai figli un esempio di vita in grado di favorire il loro pieno sviluppo.

L'insegnamento religioso rappresenta un'espressione del progetto pedagogico genitoriale secondo una lettura del combinato disposto degli artt. 19 e 30 della Costituzione che va bilanciato con il diritto fondamentale della prole alla propria autodeterminazione anche rispetto all'orientamento spirituale, che trova invece fondamento nell'art.2 della Costituzione. Da questo punto di vista le dinamiche familiari risentono di questa tensione: lo sviluppo

legato cioè non solo all'età quanto al grado di "maturazione" raggiunto.

³⁶ Cfr. FRANCESCO RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Scritti in memoria di Ernesto Cantelmo*, II, ESI, Napoli, 2003, p. 664 ss.

³⁷ Si v. le illuminanti osservazioni PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991², p. 497 ss., ridefinisce il rapporto educativo, alla luce dei principi di eguaglianza e di unità della famiglia, come «correlazione di persone», oltrepassando quindi lo schema della potestà intesa come potere-soggezione.

³⁸ Tra i tanti autori che hanno esaminato le vicende processuali PIERANGELO FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiasitca.*, 1, 2000, pp. 191- 216; MARIA LUISA LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.stato-chiese.it), febbraio 2007. In giurisprudenza, Trib. Bologna, 5 febbraio 1997, in *Dir. Fam e pers.*, 1, 1999; Trib. Napoli, 4 gennaio 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 162 "La separazione va addebitata al coniuge che ha tenuto una condotta pregiudizievole per la crescita equilibrata dei figli nella specie la separazione è stata addebitata al marito, testimone di Geova, il quale ha reiteratamente impedito al figlio, ancora in tenera età, di svolgere attività ludiche, così determinandone il profondo turbamento, in quanto ritenute contrarie alle proprie convinzioni religiose.

identitario del “non adulto” non è improvviso ma si sedimenta e si costruisce nel tempo anche attraverso gli *inputs* che provengono dal contesto affettivo in cui vive. Di qui la necessità di evitare che dissidi fra coniugi su aspetti di fede v' ancora oggi più frequenti per la natura aperta e multiconfessionale delle società occidentali e per la profonda instabilità che caratterizzano oggi i legami familiari – o forme di indottrinamento forzato, frequenti durante l'infanzia dove forme di pressione psicologica da parte dei riferimenti affettivi possano alterare in maniera pesante l'evoluzione psicofisica del minore⁴⁰.

Nella fase dell'adolescenza e con lo sviluppo di una più ampia autonomia è innegabile, dunque, che il “non adulto” assuma una maggiore consapevolezza di sé e delle proprie scelte sicché il campo di azione del genitore si restringe a vantaggio del processo di emancipazione del figlio³⁹. Tale momento viene convenzionalmente individuato al compimento del dodicesimo anno di età, momento dal quale il minore potrà liberamente determinare le proprie scelte, anche religiose, tanto che lo stesso legislatore attribuisce rilevanza alle sue preferenze nel contesto dell'istruzione scolastica superiore⁴⁰.

In base all'art 13 della Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 i processi di apprendimento e informazione sono diritti riconosciuti ai minori nonché la libertà di espressione intesa come “la libertà di ricercare, di ricevere e di divulgare informazioni ed idee di ogni specie, indipendentemente dalle frontiere, sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo”.

Internet offre, dunque, l'opportunità di sperimentare nuove forme di trascendenza e assumere una visione del mondo diversa da quelle proposte in familiari. Nella fase dell'adolescenza il processo di maturazione non si è ancora completato del tutto e coincidente con una certa vulnerabilità e un'instabilità psicologica connaturati alla transizione all'età matura. Il processo di individuale di sviluppo armonico potrebbe, perciò, essere alterato da forme di propaganda religiosa che incitano all'odio. Sono stati da tempo messi in

³⁹ Così LAURA SACCHETTI, *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore*, in PAOLO DUSI (a cura di), *Problemi e prospettive fra giurisdizione e amministrazione negli interventi giudiziari a protezione dei minori*, (Atti del convegno «La tutela dell'interesse del minore e le procedure giudiziarie civili», Venezia 6-8 dicembre 1987), Giuffrè, Milano, 1990, p. 101. Da ultimo si v. ARIANNA THIENE, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 172 ss.

⁴⁰ La legge 18 giugno 1986, n. 281, che all'art. 1, commi 1 e 2, attribuisce allo studente il diritto di autonomamente determinarsi, scegliendo se avvalersi o meno dell'insegnamento di Religione nella scuola superiore, ed, in caso positivo, effettuando anche le relative scelte, compatibilmente con il regime statale pattizio e alle convenzioni esistenti con le varie confessioni ALMA TESTORI CICALA, *L'autodeterminazione dei minori nelle opzioni religiose e sociali*, in *Dir. fam. e pers.*, 1990, p. 1186 ss.

commercio dispositivi tecnologici volti a filtrare i contenuti nocivi⁴¹ che si rivelano adeguati soprattutto per gli infradodicesenni mente l'Unione Europea finanzia programmi di educazione per un uso più informato della rete con l'invito per gli Stati membri di prevedere la predisposizione di strumenti di *self regulation* – in Italia si ricorda il Codice Internet e Minori peraltro mai applicato – o anche l'istituzione di particolari organi di controllo (si pensi in Italia al Garante per l'infanzia e l'adolescenza⁴² o anche i Co.Re.Com).

Il *web* si caratterizza, come si diceva innanzi, come uno strumento in grado di favorire forme di propaganda e proselitismo grazie alla possibilità di utilizzare in maniera simultanea la parola e immagine che rappresentano , qualora usati congiuntamente , potenti strumenti di persuasione. Un ulteriore aspetto che distingue la *net* da tutti gli altri mezzi di comunicazione è il carattere dell'interattività cioè l'opportunità di creare un rapporto continuo ed immediato, anche se collocati in punti geograficamente lontani, tra soggetti. Da un punto di vista psicologico infatti, è questa la fase in cui si sviluppa l'identità del soggetto anche in forma oppositiva rispetto alla famiglia di origine e alle figure genitoriali attraverso processi di autodeterminazione relativi a scelte fondamentali per la propria esistenza.

Le metodologie manipolative adottate da alcune di queste nuove aggregazioni – cui si faceva riferimento in apertura – per il reclutamento e la successiva fidelizzazione degli adepti sono comune anche ad altre forme di reati che prevedono forme di influenza in grado di alterare la volontà del minore . Si pensi ad esempio all'ipotesi del *roaming* , una forma di seduzione finalizzata allo sfruttamento sessuale del fanciullo che si realizza solo attraverso l'uso di internet in cui , il soggetto agente “abilmente cura e induce” (grooms) la vittima attraverso tecniche di manipolazione psicologica. L'attività di convincimento non caratterizza solamente la fase prodromica dell'adescamento, ma anche quella successiva, volta a far sì che il minore non faccia menzione dell'esperienza vissuta⁴³.

⁴¹ Si ricorda il *Safer Internet Programme* ed in particolare il progetto *Eu kids Online* che è stato proposto in varie edizioni. Un'analisi sui primi strumenti di *soft law* elaborati a livello europeo è stata condotta, per primo, da PASQUALE COSTANZO , *La regolazione della rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie tele comunicative* (“Safer Internet”), in *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere. Dei diritti e dell'eguaglianza. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol.III, Napoli, Jovene, 2009, p. 696 ss.

⁴² Critica sull'effettività dei compiti attribuiti a tale organo si vedano le osservazioni di MARANA AVVISATI, *Il minore e la governace degli organi di sistema*, in ADRIANA CIANCIO, GIOVANNA DE MINICO, MASSIMO VILLONE, *Nuovi mezzi di comunicazione e identità*, Aracne, Roma, 2012, pp.223-224.

⁴³ Osserva opportunamente ARIANNA THIENE, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale. Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 9, n.13, 2017, p. 28 che nello spazio virtuale i diritti fondamentali dei ragazzi si trovano in una condizione di perenne fragilità in ragione del fatto

Nel caso di coercizione psicologica con finalità di abuso l'attività posta in essere dal soggetto si configura come una condotta illecita (in molti paesi europei esiste un reato specifico di adescamento in rete che anticipando la soglia di punibilità colpisce la mera attività preparatoria attraverso l'uso di Internet rete all' abuso sessuale sui minori) la propaganda religiosa e il proselitismo rientrano nell'alveo della libertà religiosa di chi diffonde la fede e del minore che intende avvicinarsi ad essa .

Secondo studi recenti nella dimensione *online* la captazione del consenso avviene attraverso anche comunicazioni di natura privata (si pensi alle numerose forme di messaggierie messe a disposizione dei minori) un ambiente favorevole per agire "fuori dallo sguardo degli adulti" .

L'uso di questi strumenti impone un obbligo di astenersi degli adulti da qualsiasi forma di controllo- preventivo o successivo- venendo in rilievo in questo caso il diritto alla segretezza delle comunicazioni ⁴⁴ ma lo espone al pericolo di subire forme di indottrinamento forzato ipotesi del tutto peregrina come dimostrano i recentissimi casi di reclutamento di giovanissimi *fortigni fighters* attraverso appunto Internet.

In una recente sentenza la Cassazione penale ha sancito la sussistenza del reato ex art. 617 c.p. nei confronti di un padre che aveva intercettato le telefonate dei figli fatte alla *ex* moglie. Secondo i giudici di legittimità la norma in questione "tutela la libertà e la riservatezza delle comunicazioni telefoniche o telegrafiche contro la possibilità di indiscrezioni, interruzioni o impedimenti da parte di terzi. In particolare il diritto alla riservatezza della comunicazione o della conversazione implica la possibilità di escludere altri dalla conoscenza del contenuto della medesima e coerentemente la norma incriminatrice menzionata punisce in tal senso anche la condotta di colui che invece ne prenda cognizione senza il consenso dei titolari". Nella parte motiva della sentenza i giudici hanno chiarito inoltre che, contrariamente a quanto affermato dall'imputato nel ricorso, anche i figli minorenni vanno considerati come soggetti "altri" rispetto al padre e gli obblighi di vigilanza del genitore non possono legittimare la condotta tenuta dall'imputato dato che non esiste una vera e propria immedesimazione tra padre e figlio. Neppure la scriminante relativa al diritto/dovere di vigilare sulle comunicazioni del minore da parte del genitore giustifica qualsiasi illecita intrusione nella sfera di riservatezza del primo ma "solo quelle interferenze che siano determinate da una effettiva necessità, da valutare secondo le concrete circostanze

che il cyberspazio è un universo senza confini, senza regole e senza sovrano.

⁴⁴ ELENA LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 154.

ze del caso e comunque nell'ottica della tutela dell'interesse preminente del minore e non già di quello del genitore"⁴⁵. L'approccio adottato dal giudice appare in astratto condivisibile nella misura in cui protegge l'intimità del non adulto da interferenze arbitrarie. Più problematico, invece, è identificare le ipotesi in cui ricorrono caratteri dell'effettività e della necessità che giustificerebbero l'intervento invasivo del genitore. Nei casi di captazione del consenso gli effetti deleteri che incidono sul processo di formazione ma sono visibili solo quando la compromissione dell'equilibrio psicofisico si è realizzato .

Una possibile rimedio potrebbe ravvisarsi nell'articolo 8 del Regolamento Europeo citato in precedenza che – sebbene per finalità diverse⁴⁶– prescrive, l'obbligo di non consentire l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione (quindi iscrizione ai *social network* e ai servizi di messaggistica) a soggetti minori di 16 anni, a meno che non sia raccolto il consenso dei genitori rispetto al trattamento dei dati (occorre accertare che il permesso sia dato dall'esercente la potestà genitoriale). La norma prevede, però, che quest'aspetto possa essere regolato diversamente dalle singole Autorità nazionali (ma il limite non può scendere al di sotto dei 13 anni).

Al momento il Garante italiano non si è ancora espresso formalmente sulla questione, in attesa del necessario intervento del legislatore nazionale, che dovrà fissare il limite d'età in Italia. Si tratta di una norma che se traspunta senza modifiche (prevedendo cioè il limite dei 16 anni) incide sul momento genetico della fruizione di alcune piattaforme – che permettono anche strumenti di comunicazione privata - rappresentando un significativo diaframma all'accesso indiscriminato dei minori ad Internet. L'ingresso alla "piazza virtuale" sarebbe infatti rimessa alla valutazione dei genitori che devono verificare se il minore abbia consapevolezza sufficiente o abbia raggiunto quel grado di maturazione indispensabile per autorizzarne l'utilizzo. La norma evidentemente non elimina il rischio per la semplice ragione che il non adulto potrebbe utilizzare false identità per aggirare l'ostacolo⁴⁷. Questa disposizione per essere maggiormente effettiva andrebbe peraltro integrata incoraggiando gli aspetti educativi, in particolare da par-

⁴⁵ CORTE DI CASSAZIONE, VI Sezione Penale, 3 ottobre 2014, n. 41192.

⁴⁶ Scopo della disposizione Europea è quello di tutelare il trattamento dei dati personali del minore nella società dell'informazione.

⁴⁷ L'art. 8 paragrafo 4 peraltro prescrive che "Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili."

te di famiglia e scuola sui possibili rischi⁴⁸ derivanti da forme di suggestione e /o captazione della volontà di *qualsiasi natura* e proponendo, d'altro canto, specifici programmi d'istruzione che forniscano ai ragazzi «lo studio comparativo sulle religioni, sull'etica e sui diritti personali e sociali» come già suggerito in passato dalla Risoluzione dell'8 luglio 1992 del Parlamento Europeo in modo da proporre una visione ampia del trascendente in modo da sviluppare fuori dalla rete un approccio critico alla dimensione religiosa. Solo attraverso cioè queste forme sinergiche fra *hard regulation* e *soft regulation* sarà possibili arginare il pericolo ricordando, soprattutto ai minori, che il *cyberspazio* sebbene una realtà immateriale è pur sempre popolata di uomini.

⁴⁸ ARIANNA THIENE, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, cit., pp. 29-30 anche se sotto altro profilo quale la tutela della *privacy* nonché A.G.COM, *Libro bianco media e minori*, in www.agcom.it, gennaio 2018.

Stato di diritto e legalità in Edith Stein

LUISA AVITABILE

1. Diritto puro e diritto positivo

Nella discussione sulla formazione dello Stato di diritto, nodo centrale delle pagine di *Una ricerca sullo Stato* del 1925¹, Edith Stein avvia una riflessione a partire dall'*idea del diritto*, collocando l'istituzione del diritto positivo in una dimensione strutturata secondo le forme della convivenza comunitaria: allo Stato appartiene l'esercizio dell'attività legislativa, attraverso la quale rinnova e mette in scena ogni volta la differenza tra *diritto puro* e *diritto positivo*. Sarebbe banale tralasciare che, nelle pagine di Stein, l'argomento centrale è l'affermazione della 'persona umana' nella comunità; gli *a priori* sono nell'ascolto dell'alterità e un *a priori* essenziale è costituito proprio dalla persona, nella sua struttura e nella sua relazionalità esposte alla libertà e alla volontà.

Secondo questo inizio, la giuridicità, attraverso la forma della legalità, presenta una divaricazione evidenziata dal plesso diritto positivo/giustizia; *ci sono stati-di-cose riguardanti il diritto che sono indipendenti da ogni arbitrio e indipendenti dal fatto che siano riconosciuti o meno da qualsiasi 'diritto vigente', 'pure' relazioni di diritto*². Nel finale di questa affermazione, si evince il concetto di 'purezza' che rinvia immediatamente alla considerazione preliminare che *il diritto puro è lo stesso in ogni tempo e presso tutti i popoli*, è eterno, nel lessico di Stein, e, a differenza del diritto positivo, *non viene*

¹ Edith Stein dal 1911 al 1913 frequenta, per quattro semestri, corsi di psicologia e germanistica presso l'università di Breslavia; poi la sua formazione continua a Gottinga con Husserl. Dopo la pubblicazione della tesi di laurea sull'empatia, accede alle minute di Husserl per l'opera di trascrizione delle *Idee II*, diventando sua assistente. Per una critica del pensiero e della personalità di Stein, vd. GÜNTHER ANDERS, *Discesa all'Ade*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, pp. 17-22; ALASDAIR MACINTYRE, *Edith Stein. Un prologo filosofico*, Edusc, Roma, 2010, p. 62; Id., *Dalla vita di una famiglia ebrea*, OCD, Roma, 2007, p. 209 e ss. Quando il 21 aprile 1938 muore Husserl, Edith Stein decide di entrare tra le carmelitane in modo perpetuo. La sua conversione dall'ebraismo al cattolicesimo – inizio del cammino verso il mondo delle carmelitane – è comunicata a Roman Ingarden in una lettera del 15 ottobre 1921.

² EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, p. 48.

all'esistenza in un certo luogo e in un certo tempo. Con queste parole, il giurista è posto davanti ad una divaricazione concettuale: discutere di 'pure relazioni di diritto' equivale ad affermare che la giuridicità è una dimensione non posta, ideale, aperta agli *a priori* della persona che possono realizzarsi nelle norme.

Il rinvio alla 'purezza' delle relazioni giuridiche rievoca le questioni discusse da Adolf Reinach nell'ambito dell'interpretazione dell'atto sociale della promessa, intesa come genesi del diritto che una volta formalizzata rischia di seguire le direzioni della *Grundnorm*.

La diversità tra giustizia e legalità, individuata attraverso la 'differenza nomologica'³, vede contrapposte l'idea di diritto e la sua forma che *può avere, quindi, molteplici espressioni a piacimento*, conformandosi a contingenze fattuali di vario genere, sino a istituire leggi discriminatorie, come testimoniato da sempre nella storia. Da qui la possibilità che lo *jus positum* possa divergere dal diritto puro, affermazione che non può essere equivocata se la si intende come struttura formale, quadro entro il quale il contenuto della norma trova il suo *status*⁴. Una totale separazione dal diritto puro marca l'indifferenza della legalità nei confronti della persona⁵, perché la diversità che investe le due sfere – legalità e giustizia – riguarda *il contenuto dei singoli stati-di-cose concernenti il diritto*. Di fronte al contenuto, e a volte contrapposto ad esso, si pone la 'forma del diritto', per cui si può dire che *la struttura a priori del diritto in quanto tale è comune sia al diritto puro che a quello positivo*, ritenendo che la 'struttura' è 'comune' solo nel momento in cui la finalità della legalità e del diritto sia condivisa e segnata dalla qualità delle relazioni interpersonali.

Per il giurista la forma non è un epifenomeno, ma costituisce la prima manifestazione dell'idea di giuridicità: *il diritto pretende di dare norme di comportamento alle persone*, da qui la specificazione che 'validità' significhi prioritariamente pretesa giuridica. Laddove il diritto è istituito sorge la possibilità, da parte del soggetto, di esercitare la pretesa giuridica determinata dalla validità, non in senso meramente logico, ma in *una situazione temporale, che inizia e finisce*, in una localizzazione del diritto positivo, geograficamente definita e contingente; che il plesso diritto/dovere sia riferito ad uno *status* temporale non significa che sia giusto, ma semplicemente istituito nelle forme della legalità.

³ Cfr. BRUNO ROMANO, *Senso e differenza nomologica*, Bulzoni, Roma, 1993.

⁴ EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 49.

⁵ Per una panoramica del concetto di persona come uomo JEANNE HERSCH (a cura di), *Il diritto di essere uomo*, Mimesis, Milano, 2015.

La giustificazione del formalismo giuridico è lontana dall'orizzonte riflessivo di Stein. Nelle sue intenzioni *diritto puro e diritto vigente, se riferiti allo stesso contenuto, si comportano come essenza e fatto*. Tra idealità e realtà si muove dunque l'architettura dello Stato di diritto nelle pagine di Stein, tra Platone e Aristotele in una ricerca costante della giustezza negli enunciati normativi delle fattispecie astratte.

In questa direzione, distinguere diritto puro e diritto vigente significa riaffermare che il diritto puro, l'ideale di diritto non disgiunto dalla dignità della persona, è tale per ogni cultura, presso ogni popolo e in qualsiasi epoca, con le sue caratteristiche di permanenza nella mutevolezza in un rinvio all'universale. D'altro canto, il diritto positivo ha una storia fattuale data dalla sua vigenza, resa concreta mediante *atti arbitrari* che lo pongono (*positum*), quindi può essere variabile nell'assumere molteplici espressioni storiche.

L'interpretazione del diritto e delle sue diverse tipologie relazionali è data anche da questioni legate al lessico in uso. Infatti, sia nel caso del *diritto vigente* che in quello del *diritto puro* si è soliti usare la stessa denominazione 'diritto'. In un crescendo interrogativo, Stein se ne chiede la motivazione, sino ad arrivare a concludere che non è sufficiente giustificare solo formalmente la distinzione tra diritto puro (*a priori* del diritto) e diritto positivo (*praxis* del diritto) per discutere in modo appropriato delle modalità e delle ragioni del diritto puro come misura esistenziale, *ratio* del diritto positivo e delle relazioni che da esso scaturiscono, ma è necessario anche incentrare la riflessione sul concetto di pretesa relativa al riconoscimento dei diritti sia in seno allo Stato di appartenenza che nelle relazioni interpersonali, secondo uno statuto che rinvii all'universale.

In ogni caso per ottenere questo scopo – continua Stein – c'è bisogno di una persona, che 'renda vigente' il diritto e di un ambito di persone, *alle quali esso sia rivolto e per mezzo del riconoscimento delle quali tale diritto entri in vigore*. Emerge qui il secondo momento della riflessione di Stein, che palesa una sorta di circolo virtuoso: cifra della validità e della pretesa del diritto è la persona, il che comporta la genesi del diritto non da una fonte anonima, arbitraria, totalitaria, ma da istituzioni deputate e procedure che abbiano la forza di rendere valido il diritto, non solo nel formalismo della disposizione legale, ma nella piena consapevolezza del rinvio ai principi universali⁶. Certamente, conclude Stein, *il primo diritto, che deve essere stabilito e riconosciuto, in modo che altri diritti possano andare in vigore è il*

⁶ BRUNO ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 110.

‘diritto di legiferare’⁷ che il giurista ha il dovere di concretizzare non solo formalmente.

2. La promessa

Ricordando che una delle affinità speculative tra Reinach e Stein è la metafora contrattuale della *promessa*, come tipologia ideale, – elemento che appartiene anche a von Hildebrand⁸ – è opportuno sottolineare come lo Stato si manifesti in *una formazione sociale alla quale sono legate persone libere in modo che una o più di esse (al limite tutte) esercitano un potere sulle altre in nome della stessa formazione sociale*⁹. In tal caso, l’esercizio di potere non è autoreferenziale, ma sottintende la scelta condivisa in ragione di un *a priori*, contenuto dell’atto sociale della promessa. Ogni uomo, in questo accordo, dovrebbe realizzare l’unione e *il patto esistente con gli altri e per tutti*¹⁰.

Quando si compie una promessa, – continua Reinach – *si verifica qualcosa di nuovo nella realtà: nascono una pretesa da un lato, e una obbligazione dall’altro*¹¹: il *pactum* comincia ad avere un’esistenza proprio a partire da un atto umano intenzionale che, rispettando il plesso legalità/giustizia, rinvia all’universale. Dalla lettura delle pagine di Reinach si evince che la promessa è un atto sociale diretto *ad un altro*, allo stesso tempo la qualifica di questo atto non viene ulteriormente spiegata attraverso la reciprocità e l’esposizione della volontà alla libertà di chi riceve l’atto; è come se l’atto cadesse all’interno di un’alterità pronta a riceverlo senza porsi interrogativi; l’inizio di una tale attività produce *una serie di eventi*, in particolare l’obbligo e la pretesa, ma risulta importante il profilo della consapevolezza nel porre in essere un atto così tipizzato piuttosto che un altro.

L’originalità dell’essere umano, la responsabilità di alcuni atti piuttosto che di altri pare demandata in Reinach alle ‘leggi d’essenza’ che però non sembrano avere quello che Stein definisce un ‘contenuto di senso’¹², ma solo un significato che diventa intellegibile nello *ius positum*. Il processo va dalle leggi d’essenza alle leggi umane per poi arrivare alla possibilità di trasformare il pensiero, e dunque anche la libertà, in una sistemazione

⁷ *Ivi*, p. 50.

⁸ DIETRICH VON HILDEBRAND, *Essenza dell’amore*, Bompiani, Milano, 2003, p. 161.

⁹ EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 98.

¹⁰ ADOLF REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991, cit., pp. 43 e ss.

¹¹ *Ibidem*.

¹² EDITH STEIN, *Psicologia e scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma, 1996, p. 75.

scientifico pura nella pericolosa utopia di Reinach. È il preludio di un'assimilazione della filosofia del diritto alla scienza giuridica, alla scienza della conoscenza, per cui qualunque momento della relazione interpersonale concreta viene come trasfigurata nelle leggi d'essenza, negli *a priori* di una scienza rigorosa, archiviando così la questione dell'uomo come persona e personalità; l'essere umano forma la sua personalità, la arricchisce costituendola in direzione di un'identità esistenziale, perché legata all'atto del vivere in comunità, quindi in una dimensione di libertà-con, tesa alla costruzione di uno Stato di diritto.

Si tratta di una convenzione tra pari che si potrebbe definire, secondo i dettami del diritto puro, una convenzione essenziale con il vincolo *di rispettare il diritto ... posto*, e la pretesa da parte del soggetto *di essere trattato secondo tale diritto*.

La struttura del diritto si presenta, dunque, come diritto puro codificato dal diritto vigente (*positum*) e spetta al potere dello Stato 'proteggerlo' da coloro che, pur ponendolo, non intendono rispettarlo. Il consenso e la pretesa giuridica sono i due pilastri del diritto, entrambi hanno come oggetto i destinatari del diritto positivo. L'attività legislativa raffigura la vita stessa dello Stato di diritto come uno Stato legislatore, che emana anche leggi correttive nelle forme del diritto penale.

Anche nella prassi, la figura della promessa si presenta come strutturalmente complessa ed articolata. Affermare che sia fonte di diritto presenta non poche questioni di ordine teoretico. In questa direzione, Reinach, la esplicita come generatrice di pretesa ed obbligazione, chiarendo che, nella tipologia degli atti sociali, si può individuare la struttura della promessa come una dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) oppure una rappresentazione concreta dell'intenzione direzionata all'alterità; rimane, come discusso, aperta la questione sul principio di selezione dei contenuti della promessa che Reinach non esplicita completamente e che Stein discute in direzione della giuridicità, del diritto puro e degli *a priori*, assumendola – al contrario di Reinach – come metafora critica del contratto sociale criticando però qualsiasi trasposizione in essa del plesso dominanti/dominati.

Nucleo essenziale della promessa, come atto sociale giuridico, è la *pretesa* che fortifica la struttura del diritto, è l'*incipit* più iniziale perché *per realizzare il diritto, cioè perché possa diventare diritto vigente, è necessario in primo luogo e una volta per tutte che quella pretesa sia soddisfatta*. Non è una domanda o una richiesta simile a tante altre presenti nelle relazioni interpersonali, ma è significativa ed è diretta ad incidere sull'interrogativo 'che ne è del riconoscimento della persona nel diritto?', considerato come *modus* relazionale tra gli individui, primo momento dello 'stare l'uno accanto agli

altri': la pretesa prima ad essere riconosciuto come essere umano, persona, nella piena dignità dell'esercizio della libertà.

Ripristinando un piano riflessivo non estraneo ai suoi contemporanei, l'idea del diritto e della sua istituzione convergono, in Stein, nella persona che legifera ed è fonte del diritto vigente, il che significa che *il 'riconoscimento' di una disposizione legale non ha il significato di un'approvazione teorica*, vale a dire non è una semplice presupposizione di principi, ma *riconoscerla significa sottomettersi ad essa o alla volontà del legislatore*¹³, in modo fattuale e contingente. È implicito il rinvio al 'diritto puro' che, come ricorda Stein, prescinde dalla storicizzazione dello Stato, peculiarità del diritto positivo, vincolato ad una legislazione che consente ai singoli l'esercizio dei diritti *senza che gli uni siano più originari degli altri*. Sta proprio in questa affermazione l'interpretazione del principio di uguaglianza, sottoposto però ad una continua traslazione nel reale, dove rischia di essere contaminato dal criterio di discriminazione.

3. Comunità e Stato

Considerato che la struttura statale è una compagine complessa, Stein non si limita ad affermare che *lo Stato, per poter costituire se stesso e legiferare, deve servirsi di persone libere e non può togliere la libertà a coloro che ad esso appartengono*, ma anche che *i mezzi (per raggiungere un tale scopo) 'motivano', non 'necessitano'*¹⁴ l'azione di consenso, determinata dalla libertà delle persone che vi appartengono.

La libertà, come base essenziale della formazione statale, *motiva* la formazione dello Stato sulla base della compresenza con il diritto, *ciò vuol dire che dove è lo Stato, lì è presente anche, secondo l'idea di Stato, un diritto positivo, anche se non si è emanata ancora alcuna disposizione legale. Al contrario là dove c'è un diritto positivo, è richiesto che ci sia anche uno Stato come sua fonte ultima di diritto, pur non essendosi costituito ancora alcun potere statale, il quale rivendica la decisione ultima in materia di diritto*¹⁵. È chiaro che la struttura richiama, solo esemplificativamente, la formazione piramidale della *Grundnorm*, ma il livello qualitativo che imprime la Stein alla formazione del diritto non appartiene ad una visione funzionale delle leggi.

¹³ EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 51.

¹⁴ *Ivi*, p. 58.

¹⁵ *Ivi*, p. 67.

Dalla lettura delle pagine della sua *Versuch*, si evince chiaramente che lo Stato di diritto è quello che fa risiedere la sua ‘genesi’ nella comunità, formata da relazioni interpersonali, improntate alla libertà, misura della presenza dell’alterità disciplinata da regole istituite¹⁶.

Se, alla base della formazione o del dissolvimento dello Stato, vi è la volontà di una pluralità di persone¹⁷, allora la presenza della comunità è pre-statale e *la fondazione dello Stato è un atto che ha senso solo come atto dello Stato*¹⁸; è una formazione sociale di persone libere che esercitano il potere in modo reciproco sulla base del plesso diritti-doveri, in nome della comunità alla quale appartengono. Che l’autorità esercitata dallo Stato si concretizzi attraverso comandi e disposizioni, *per mezzo delle quali stabilisce ciò che ha valore legale in quell’ambito*, è condizione affinché, nell’esercizio del suo potere sovrano, non venga sottomesso a nessun altro potere.

Rientra nell’affermazione dell’autenticità del potere riferito alla persona la mancata sottomissione dello Stato a qualsiasi tipo di potenza, compresa quella morale e, se dal punto di vista formale, *non è prescritto allo Stato ... che esso si ponga al servizio della legge morale, che debba essere uno ‘Stato etico’*, nella prospettiva giuridica, lo Stato *non è il semplice prodotto di atti legislativi ... ma è legato allo sviluppo della comunità che lo precede* e che è ad esso sottesa, concorrendo alla qualità delle relazioni al suo interno.

Che lo Stato abbia al suo servizio le persone diventa una clausola di apertura essenziale per promuovere e garantire il reciproco riconoscimento intersoggettivo¹⁹. Ma a questa determinazione si può arrivare nel momento in cui si rinvia alla comunità istituita, vale a dire quella che acquista in pieno il carattere di consapevolezza attribuitole dai singoli soggetti. Qui Stein si avvale del contributo di Ferdinand Tönnies nel differenziare, in modo originale e proprio, la comunità dalla società: *le forme della comunità si costituiscono, quelle della società sono prodotte*²⁰ e, all’interno di una declinazione

¹⁶ Sui possibili estremismi HELMUTH PLESSNER, *I limiti della comunità. Per una critica del radicalismo sociale*, Laterza, Roma, 2001., p. 45 ma anche pp. 35 e ss.; JÜRGEN HABERMAS, *L’inclusione dell’altro*, Feltrinelli, Milano, 2013, *passim*.

¹⁷ EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 137.

¹⁸ ID., *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, p. 55; vd. anche ID., *Psicologia e scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma, 1996, cit., pp. 258-260.

¹⁹ ID., *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 69; RICHARD SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 69; vd. anche EDITH STEIN, *Introduzione alla filosofia*, Città Nuova, Roma 1998, p. 140. *L’ansia del giusto che non può realizzarsi nel singolo, bensì soltanto nella comunità umana in quanto tale*: MARTIN BUBER, *Sentieri in utopia*, Marietti, Milano, 1981, p. 16.

²⁰ EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 21; cfr. anche MARIA ZAMBRA-NO, *Persona e democrazia*, Mondadori, Milano, 2000; EDITH STEIN, GERDA WALTHER, (a cura di Angela

plurale della comunità, distingue tra comunità statale e comunità di popolo.

La formazione statale è dunque polifonica, non si identifica con *un* popolo o *una* comunità, poiché il concetto di ‘pluralità di popoli’ non tralascia la molteplicità di culture e di interessi necessari alla costituzione dello Stato: la polifonia non è elemento accessorio, fungibile e dunque sostituibile, perché pone l’accento sulla pluralità di persone che compongono lo Stato.

Lo Stato, come comunità, rappresenta a se stesso elementi convergenti in una forma che, nell’atto della promessa, si incentrano sulla dignità della persona; l’affermazione Stato ‘*padrone di se stesso*’²¹ indica la responsabilità degli effetti delle promesse che lo Stato ha deciso di mettere a fondamento della sua legislazione. Il giurista è richiamato continuamente alla questione delle persone che formano la comunità giuridica, legate da quell’*idem sentire* rappresentato dal principio della dignità.

Sia la comunità statale che quella di popolo designano un proprio compito da assolvere; e se nel caso del popolo vi è l’opportunità che manifesti una sua unitarietà, questo non significa l’emergere della volontà di un’etnia particolare, quanto piuttosto l’espressione di una cultura²² che rinvii alla spiritualità del popolo quanto convogliata nella comunità e, quindi, al suo asse creativo differenziato²³, dove trova la sua *ratio*, in virtù di ‘un’autonomia’ che, nel caso della formazione statale, diventa effetto della sovranità.

La caratteristica del popolo, in quanto portato delle persone, è quella di manifestare la personalità attraverso un asse creativo, latore peraltro di organizzazione: la cultura – disseminata anche attraverso la trasmissione dei testi giuridici – e l’autonomia sono elementi che vengono trasposti nell’istituzione delle leggi da parte dello Stato, nella sua qualifica prioritaria di legislatore. Allo stesso modo, la comunità di popolo è in grado di darsi una disciplina giuridica pur non caratterizzata da forme legali che permangono nella promessa del legislatore statale storicizzato. Nel caso della sovranità popolare, il popolo costituisce la base a partire dalla quale discutere di potere costituito, il che significa che la sovranità risiede in esso e *presuppone sempre un diritto a esercitare l’autorità e il suo soddisfacimento attraverso il riconoscimento di coloro che sono interessati*²⁴.

Ales Bello), *Incontri possibili. Empatia, telepatia, comunità, mistica*, Castelveccchi, Roma, 2014, p. 14.

²¹ *Ivi*, p. 25. Vd. la critica di Scheler ad Aristotele in MAX SCHELER, *Il formalismo nell’etica e l’etica materiale dei valori*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1996, p. 639.

²² EDITH STEIN, *La struttura della persona umana*, Città Nuova, Roma, 2000, p. 202.

²³ *Ivi*, p. 36.

²⁴ *Ivi*, pp. 71 e ss.

4. *Comunità e società*

Nei momenti istitutivi del diritto dello Stato va ricompreso il concetto di sovranità – misurata sempre dal diritto della persona – che non ha una provenienza originaria, vale a dire non è depositata né in chi comanda né nei destinatari del comando, infatti la coincidenza tra le due figure non ha ‘valore di principio’²⁵. Stein utilizza un’espressione peraltro efficace: *chi ‘compie’ l’azione, con il suo operato realizza la persona che comanda*²⁶, in essa emerge la questione del riconoscimento dell’alterità, la stretta vicinanza tra Stato e diritto, istituzioni statali e comunità, struttura statale e destinatari delle norme; vi rientra il concetto stesso di libertà. Nella struttura del comando non viene meno l’esecutività: chi è esecutore esercita la propria libertà, perché nella struttura dello stesso comando non si estorce nessun consenso, essendo un *a priori*, un presupposto derivante dalla volontà di costituirsi in comunità giuridica per la stessa continuazione dello Stato; il consenso è dato dalla stessa persona che esegue, *come organo della volontà di chi comanda*²⁷.

Questi argomenti confermano l’assunto che *muovendo dall’idea di Stato, nessuna delle possibili forme statali merita di essere privilegiata*²⁸, poiché lo Stato è e rimane sovrano solo se persegue il diritto puro nella forma del principio di uguaglianza e della dignità della persona, e la terzietà storicizzata rappresenta sia l’*a priori* del diritto positivo che l’*a priori* dello Stato²⁹.

La persona è l’origine del diritto ‘libera dal meccanismo causale’³⁰ e, insieme alla temporalità, diventa generatrice di equilibrio in seno alla comunità dove gli individui scelgono di coesistere, nella consapevolezza di essere parte di un tutto in una permanenza progettante.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, p. 65.

²⁷ *Ivi*, p. 55. Reinach collega la capacità giuridica alla persona, concetto essenziale per l’istituto della rappresentanza, vd. ADOLF REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991, cit., p. 12.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ ADOLF REINACH, *La riflessione: il suo significato etico e giuridico*, in *La visione delle idee*, Quodlibet, Macerata, 2008, p. 109. Se il promettere diretto all’altro pone interrogativi riguardo alla struttura e alla genesi, è altrettanto importante guardare ai suoi derivati, obbligazioni e pretese; il suo humus è nell’essere *spontaneo indipendente e rivolgendosi all’esterno, si manifesta*. ID., *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 39.

³⁰ EDITH STEIN, *Psicologia e scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma, 1996, cit., p. 114; ID., *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., pp. 2 e 9. *La struttura del diritto positivo può risultare comprensibile solo attraverso la struttura della sfera del diritto prenormativo*, è un’affermazione che ricongiunge solo virtualmente il pensiero di Reinach a quello di Stein, ma che avrà esiti intenzionali totalmente diversi.

Contrapposta alla comunità è la massa, governata dalla temporaneità³¹ come transitorietà precarizzata attraverso una contingenza assoluta. Lo spirito della massa è quello di un gruppo informe non definito nelle sue componenti, non istituzionalizzato, dove l'azione può assumere caratteri contro giuridici, lesivi proprio della dignità, e dove i componenti si muovono sull'onda di un sentimento contingente imitativo. La consapevolezza dell'itinerario non appartiene alla massa, mentre vi si percepisce una eventuale volontà di denuncia. La sua stessa composizione strutturale è immediata, semplice, pervasa da una 'passività spirituale' estranea al concetto di dignità, permeata da un senso di cosalità in cui l'uomo si trova ad essere immerso. Questo non significa che essa non abbia elementi qualificativi propri, individuabili come cognizione contingente, materialità immanente che non assume su di sé la forza per procedere in direzione di una conformazione più adeguata e che necessita quindi di soluzioni immediate, assunte nella fragilità del momento.

Peraltro, gli uomini che, agendo intersoggettivamente, si costituiscono in comunità formalizzate in uno Stato non possono identificarsi totalmente con esso, che rappresenta qualcosa di più di una serie di relazioni interpersonali: la comunità è parte costitutiva dello Stato, ma non vi coincide.

Non si deve peraltro omettere che ogni atto statale oggetto di disposizioni è collegato al comando, il governo definisce la vita dello Stato, il che comporta un interrogativo essenziale: può verificarsi l'eventualità che lo Stato esaurisca la sua intera attività nelle funzioni di governo? Quando lo Stato impartisce degli ordini questo non significa certamente che agisca in modo arbitrario, determinando di sua volontà il contenuto degli atti, ma proceduralmente rivendica il diritto a compiere simili atti perché rientra nei suoi diritti posti. *Essere Stato significa avere il diritto di disporre del proprio ambito di autorità, cioè comandare liberamente*³², quindi lo Stato ha il diritto di produrre le norme – riprendendo ogni volta l'intensità dell'istituire il diritto – ma anche il diritto di governare e di organizzare di conseguenza una funzione legislativa ed una esecutiva, attività fondamentali costituite, attribuite dalla relazione interpersonale, nella comunità giuridica³³.

Il passaggio alla forma statale non avviene o attraverso la comunità o attraverso la società. Alcuni Stati nascono su basi comunitarie e altri su basi societarie, ma, secondo Stein, lo Stato generato da una comunità possiede un grado di sviluppo della spiritualità più elevato di uno Stato a statuto

³¹ EDITH STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 59.

³² ID., *Una ricerca sullo Stato*, Città Nuova, Roma, 1999, cit., p. 66.

³³ *Ivi*, p. 67.

societario, perché tenderà di mettere in scena la verità della giustizia – strutturata prioritariamente secondo il gratuito e non sulla base dell'utile. La società – elemento che pone al centro l'utile – è una composizione più vicina alla comunità e più distante dalla massa, anzi Stein arriva ad affermare che la società è una declinazione della comunità, 'una variante razionale'.

'Comunità' non è un sostantivo declinabile solo al singolare; le comunità si differenziano tra di loro anche sulla scorta del numero di soggetti che la compongono e sulla base delle modalità con cui gli individui stessi percepiscono la comunità e, infine, attraverso le relazioni che intraprendono con altre comunità che tra loro possono rapportarsi secondo criteri di coordinamento, subordinazione e gerarchia, sempre nel riconoscimento dello spirito che le unisce.

Nel caso della gerarchia tra comunità è da considerare la questione delle 'comunità sovraordinate', le comunità spirituali, che rappresentano la forma associativa per eccellenza in cui sono inserite le altre, l'*incipit* più iniziale per dare forma allo Stato.

La comunità spirituale non è subordinata, ma sovrasta qualunque tipo di comunità poiché è il nucleo essenziale di ognuna. In questo senso *le forme della vita dello Stato non debbono essere determinate da alcun potere esterno, sia esso rappresentato da una singola persona oppure da una comunità sovraordinata, coordinata e subordinata*³⁴. È chiaro che se uno Stato ha la pretesa di intervenire nelle attività di altri Stati esprime una volontà tesa ad eliminare la sovranità di questi, fino ad annientarne l'esistenza. Stein contesta l'equivalenza Stato=potere, poiché nel momento in cui si consideri come potere *la capacità di salvaguardare l'autonomia legislativa dello Stato*³⁵, diventa indifferente se quest'ultima sia in una sola persona, rappresentata dal popolo o da una pluralità di popoli, violenta o giusta. La forma statale è determinata da un ideale di Stato che, a sua volta, dipende dalla cognizione esperienziale della definizione di esso, rappresentato da una pluralità di culture.

³⁴ *Ivi*, p. 25.

³⁵ *Ivi*, p. 26.

First notes on the study of the legislation on cultural heritage of the Western Balkans and the implementation of the UNESCO Conventions.

The identity role of religious cultural heritage: a proposal for their tourism valorization.

FEDERICA BOTTI

1. The goal of research

The regulation that deals with the management of cultural heritage is in continuous evolution because it must increasingly be measured with the lack of resources that in the past came almost exclusively from the general tax system or by using patronage of some private individuals.

Cultural assets, taken as a whole as a proper asset of the territory, nowadays must not only be valued for conservation purposes, but economically promoted to find on the market the resources necessary for their conservation, restoration and development.

That is the reason why the legislation of cultural heritage is evolving in the direction of identifying management tools that enhance the ability to impact and the economic significance.

The cultural theme parks become the new model of economic, administrative and legal management of these assets.

They consist of parts of territories characterized by different combinations of natural and human elements that illustrate the evolution of local communities. The cultural heritage contained in them becomes a shared cultural heritage, that is not always limited to the national territory, but which goes beyond the political borders of the States.

The identification of this shared cultural heritage traces not only the morphological and ethnographic characteristics of the territory, but also the relationship with the religious affiliations of the population.

One of the backbones of the management of the Western Balkans territory consists of the Via Egnatia from which branches off the roads into the

surrounding territory, involved in the cultural and religious dissemination that characterizes it.

It follows that it is possible to identify an area that gravitates around Lake Ohrid, as a driving cultural center for theological studies and the development of the Macedonian, Bulgarian and Serbian-Croatian language; the role of the Orthodox monasteries mostly located in Kosovo; the characteristics of the settlements of Turkish and Ottoman populations that characterize the center of Albania.

Thus, an area that was traditionally neglected, gains importance and significance, being today at the attention of a tourism that favors the rediscovery of the territory and the ancient communication streets of the Balkan area.

This paper, therefore, through a study of the history, culture, religion and legislation of the populations of the western Balkan area, seeks to highlight the topic of interstate collaboration and the need to enhance the religious heritage, also identified by UNESCO, by creating religious cultural parks.

2. The peculiarities of the UNESCO heritage of the Western Balkans

The cultural heritage of the Western Balkans presents its own characteristics which are valued by the categories used by UNESCO. Significant is the presence of archaeological sites of the classical period, especially following the route of the Via Egnatia¹. Certainly, important centers are the National Museum “Onufri” in Berat, where is preserved a beautiful collection of one hundred medieval icons is kept. The museum is located in the old quarter of the castle, which overlooks the city and where are also seven medieval churches recently restored and finally accessible by tourists and Voskopoja with its five basilicas and a monastery of the southern town which should be declared a “protected area”, as is already the case for Korça and Apollonia.

This heritage is affected by Islamic penetration, not only for the obvious and significant presence of some religious monuments, but especially for the characterization of some urban settlements and fortifications.

We intend to refer to Kalaja and the castle of Gjirokastër in Albania and, while, going to Kosovo, the Defterdar Mosque, or still, the monastery of Decan head of the Patriarchate of Pec and the ancient Albanian houses

¹ ANNIE TUBADJI and PETER NIJKAMP, *Cultural Corridors: An Analysis of Persistence in Impactson Local Development*. A Neo-Weberian Perspective on South-East Europe, 2015, in http://martin.falk.wifo.ac.at/fileadmin/homepage_falk/files/Manuscript_SEE_CC_20150727.pdf, accessed 26 December 2017.

present there are a reason of interest.

Different considerations are to be made for the cultural and architectural heritage of Montenegro and Bosnia and Herzegovina. Compared to these countries, in many cases the problem is the incomplete execution of the repair of war damage. Other considerations could be made as we go towards Macedonia meeting the architectural complex of Ohrid and the Islamic heritage presented in particular by the Mosque of Tetovo. However, the originality of this heritage is given mainly by the immaterial, made up of the traditions, the singing, the music, the costumes, as well as showing us the legislation of these countries dedicated to the protection of cultural heritage and that takes into account the recent European legislation as well as its criteria made by UNESCO to highlight the importance of these goods. This redefinition of values and contents certainly has an impact in stimulating tourism and investments in the sector, assessed through careful examination of the territory and the specific cultural and religious activities².

Of cultural heritage we can't leave out connotations of religious interest, either because used as places of worship or because instrumental to the celebration of worship and holidays.

The importance of said interest, however, is not derived solely from the property or ecclesiastical patrons, but mostly from the sensitivity of large sections of the population to the meanings and transcendental values that such property express on the intentions of their authors and asylum.

Enhancement, there is no doubt, necessarily passes by the promotion of cultural heritage where the religious element, for the reasons set out above, becomes a distinguishing feature of a form of ad hoc tourism, i.e. religious tourism.

This new frontier of tourism is booming, in contrast to the current crisis of tourism to the Middle East due to the war, and provides to the devotees interesting offers to reach the most prestigious destinations. Even the travel agencies are specializing and gathering information in order to best satisfy every type of request, both for individuals and for organized groups by providing appropriate offers (eg. Medjugorje).

The legitimacy of tourism to the destinations of cult or strong spirituality was in 1987 when the Council of Europe has recognized the importance of religious and spiritual paths such as cultural vehicles paramount. Furthermore analyzing the data provided by the World Trade Organization we can ascertain the weight that the religious tourism now plays in the world economy.

² ANNA PIERSANTI, *Il turismo religioso nei borghi*, in *Rivista di Scienze del Turismo*, n. 2, luglio – dicembre 2014, pp. 75-90.

According to the latest data from the religious tourism it involves more than 300 million people a year with a turnover of about \$18 billion (WTO 2012).

The cultural heritage of the Western Balkan countries through the work of the various legislations coordination could now proceed through cultural corridors already naturally present in those territories³.

On the path, the tourist chooses a destination that has a religious connotation, a sanctuary, a convent, a place that has a mystical meaning, not led by his confession but rather by his citizenship in a tourist movement connoted in the modern sense. Doing so a link is created between the past and the present, where the goals of the traditional pilgrimage, have become destinations of tourist movement characterized most of the time in a cultural sense, or ethical/social, or natural/health-conscious.

This vision is not only proper to Christianity, but it is inherent to the feel of those populations.

Proof of this is the wide spread in those territories of brotherhoods, the most famous of which is certainly the Bektashi, whose monuments are scattered in this area. Most of these are mausoleums that are dedicated to eminent religious figures that make up a spiritual point of reference. On the other hand this brotherhood is known for having translated the myth of the journey to Mecca in what every man naturally runs during their lives.

In the theological vision of this fraternity life is indeed a journey, the proof is that they built their houses of worship (teçqe) every six hours on foot march where the pilgrim could find shelter and then continue the journey⁴.

The best-known trails are the ones that bring real Mount Tomorri, where the traveler could find God rediscovering himself as proof of the omnipresence of the Divine.

Starting from this premise and from the close connection between religion and cultural heritage, I will analyze the legislation issued by the countries belonging to the Western Balkans and the valuation which is given to the goods of religious interest.

It has to be checked if this legislation, in accordance to the guidelines suggested by UNESCO, result sufficient not only to protect, but to enhance this cultural basin.

³ RĂZVAN THEODORESCU, *Itinerarii medievale*, București, Editura Meridiane, 1979; *Cultural Corridors of South East Europe*, in https://seecorridors.eu/?w_l=2, 2016, accessed 30 December 2017.

⁴ FRANCESCO ROTONDO, FRANCESCO SELICATO, VERA MARIN, JOSEFINA LOPEZ GALDEANO (ed. by), *Cultural Territorial Systems. Landscape and Cultural Heritage as a Key to Sustainable and Local Development in Eastern Europe*, Springer, New York, London, 2016.

3. Analysis of legislation on cultural heritage in the Western Balkan countries

Laws on cultural heritage arise from the need to protect the cultural heritage of each State.

In an area bordering the East and the West, with perennially mobile borders due to wars, looting, destruction and damage perpetrated against material goods, the need arose to enact legislation for the protection of cultural heritage.

This was worth it both for Western Europe, whose protection legislation develops - even internationally⁵ - especially on the occasion of the Napoleonic looting and the two world conflicts, and for the Eastern one⁶.

The legislation on the protection of cultural heritage of Serbia, Bosnia - Herzegovina, Kosovo and Montenegro follows similar paths. I refer to the "politics of urbicide"⁷, which occurred during the wars that led to the dissolution of Yugoslavia, which damaged, destroyed and looted cities. The proof is that the legislation on the protection of cultural heritage is rewritten after those events⁸.

Albania and Macedonia, on the other hand, follow two distinct paths.

While in Macedonia the war destructions have been contained and therefore they have not been the prodromal event to the emanation of a legislation in matter, the same can not be said when, in 2008, the new law on the

⁵ The idea of creating an international movement to protect heritage was born after World War II. In the Convention on the protection of the world cultural and natural heritage of 1972, two separate movements converge: the first focused on the protection of cultural sites, the other on the protection of nature.

⁶ FEDERICO LENZERINI, *La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come strumento di umiliazione dell'identità dei popoli*, in LAUSO, ZAGATO (a cura di) *Le identità culturali nei recenti strumenti Unesco. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, Milano, 2008, pp. 3-25.

⁷ FRANCESCO MAZZUCHELLI, *Urbicidio*, Milano, Feltrinelli, 2010.

⁸ The Croatian law on cultural heritage is from 1999, but it has been revised several times, see from last: *Zastupnički dom hrvatskoga državnog sabora*, 98/2015, in <http://licodu.cois.it/?p=6009>. The Kosovar law on cultural heritage is from 2006. See: *O kulturnom nasledju, Zakon in* <http://licodu.cois.it/?p=7988>. *The Macedonian Law on the protection of cultural heritage. Zakon za zaštitata na kulturnoto nasledstvo*, Сл. Весник на Република Македонија, entered into force on 10 January 2005. The Montenegrin law of 1994, issued at the time of the union with Serbia, was amended in 2010, see: *O zaštiti kulturnih dobara*, <http://licodu.cois.it/?p=6084>. The Serbian law was instead innovated in 2011, see: *O kulturnim dobrima*, Zakon, n. 52, in <http://licodu.cois.it/?p=6200>. A separate argument should be made for Bosnia which, in addition to national law, refers to some cantonal provisions, see the law on the protection of cultural heritage, *O zaštiti kulturne baštine*, of November 2008, which among its sources cites the cantonal constitution of Sarajevo of 2005. As regards Albania, the current law remains immune to the changes and remains "frozen" to 2003. See the law for cultural heritage, *Per trashegimine kulturore*, in <http://licodu.cois.it/?p=357>, *A bill presented in 2014 is still today at the center of a lively debate*.

religious denominations was adopted⁹. With it there has been great uncertainty in the ownership of the cultural heritage of religious confessions.

This law, in fact, has attributed to a single denomination for each religious community, the civil juridical personality and therefore the ownership of ecclesiastical (cultural) assets.

The result was the attribution of all Orthodox heritage to the autocephalous Orthodox Church of Macedonia, subtracted in this way from the Patriarchate of Ohrid, which belongs to the Serbian Orthodox Church; and the attribution of Tetovo teqes, originally Bektachi heritage, to the Islamic Religious Community (IRC).

This way of working has created a great confusion on the attribution of ownership of cultural heritage, putting the protection and conservation of it at risk.

For Albania, however, the problem presents itself in a different way. The People's Republic of Albania has claimed all its private and religious cultural heritage. Regarding cultural heritage, especially religious, the communist regime, in the name of State atheism, has changed the use of confiscated assets, destroyed many buildings of worship and abandoned many other negligence.

Thus, to the need to protect heritage, there is the need - which we also find present in other countries of the area - to adapt the legislative production in force on this subject, to international and especially Union legislation.

This represents a necessary step in order to be able to have access to the United Europe, as well as being a sign of belonging to an international community that appreciates and protects the goods of universal importance, exceptional and representative of cultural diversities and natural resources.

The adhesion in fact to the UNESCO Conventions¹⁰ and to the guidelines contained therein, he traced the road of States towards the process of adjusting national legislative production to the model elaborated by international law. From an examination of the various laws that have been approved by the countries of this area in the last fifteen years, there is therefore a progressive and increasingly marked effort to coordinate with international regulations.

⁹ Закон, за правната положба на црква, верска заедница и религиозна група, Основен текст на законот ("Службен весник на Република Македонија", бр.113/2007), in <http://licodu.cois.it/?p=5363>

¹⁰ In addition to the aforementioned Convention on the Protection of World Cultural and Natural Heritage, UNESCO closes the circle of measures to protect, safeguard, preserve, promote and enhance the World Cultural Heritage by promoting the Conventions on Safeguarding the Intangible Cultural Heritage and on Protection and the promotion of the diversity of cultural expressions.

If this process often resolves itself into a foolish repetition of the international norms in the single legal systems, the process that accompanies, or should accompany, the coordination between the different States of the area that share a common cultural heritage is more laborious. To the point that, in the matter of protection of cultural heritage, it would perhaps be desirable to adopt a courageous, generally federalist policy, which favors local autonomy, but which takes away the nationalist logic of shared cultural heritage.

The cultural heritage of the Western Balkans often, in fact, expands beyond national borders. This is the case with Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro and Kosovo¹¹ and of Macedonia which, before the break-up of the Yugoslavian federation, shared a common cultural heritage, now separated because of the new frontiers that these States gave themselves. There are also those who say that the territories inhabited by the Arbëreshë communities in Calabria and Sicily should be included in this area¹².

Consider also the former Yugoslav Republic of Macedonia which has undergone strong cultural influences present in its cultural heritage especially religious, by Greece and Bulgaria, but above all by Serbia, Bosnia, Montenegro and Albania in regard to cultural heritage of Islamic origin.

Or, again, think of Albania that shares and claims a common cultural basin as well as with Kosovo, also with Macedonia and Montenegro.

This shared heritage highlights a “mobility of borders” and makes the need for regulatory coordination ever more urgent by the various national legislators, so that the shared cultural heritage will find a regulation and a participatory protection by several interested countries.

From a comparison between the different laws protecting cultural heritage in a hypothetical synoptic framework, shows that they all have a Head First, dedicated to the definition of the object of the law.

This is a definitional scheme that circumscribes the field of applicability of the rules, typical of the laws on the subject and which is affected by the implementation of the guidelines dictated by international conventions and Union policies.

¹¹ Moreover, Kosovo, a region with Albanian majority, seems to be passionately linked to the history and culture of the Serbian and Albanian peoples, rather than to the socio-economic structure of the entire former Federation. See MAURIZIO CERMEL, *Stato nazionale e diritti delle minoranze nelle nuove costituzioni di alcuni paesi dell'Europa balcanica*, in LAUSO ZAGATO (a cura di) *Le identità culturali nei recenti strumenti Unesco*, cit., p. 269.

¹² Proof of this is the presence in the current Albanian government of the “Ministry of State for the Diaspora” which will deal with the status of Albanians in neighboring countries and will try to increase the link and cooperation with the Albanian government.

Only Kosovo also proceeds with defining distinctions in the Second Chapter, while the other countries devote their attention to listing the categories of cultural heritage with reference to national cultural heritage, distinguishing between movable and immovable property.

The list of cultural assets of the Macedonian law is wider, which introduces here the notion of spiritual cultural heritage that reflects the political, religious, anthropological and historical cultural traditions of the country as a function of identity.

The use of this category shifts the attention of the Macedonian legislator on the protection of tradition, music of singing and superstitions, understood as an identity phenomenon. See the content of the articles of the 2005 Macedonian law currently in force, relating to spiritual goods (art. 23), to folklore (art. 24); to the language (art. 25); to toponyms (art. 26).

Then the cultural heritage is delimited, distinguishing between particular and significant cultural heritage.

In all the Balkan laws, the scope of the protection of these assets is defined with reference to their patrimonial nature, circumscribing the extent and the limits of protection, the modalities with which to establish it and the conditions under which this protection is lost.

It is also noted that a feature common to all the legal systems is the establishment of an institute that deals with the organization and protection of cultural heritage. For it are also defined its powers of verification and inspection.

The trend followed is that of merging the skills into a single body, which will then be the task of the national legislator to specify the functioning from an administrative point of view¹³. This provision may be laid down in the law or by separate legislative provision.

Of particular interest is the concept of “temporary” and “preventive” protection, present in the legislation of Kosovo, Montenegro, Macedonia, Croatia and “previous”, as in Serbia, which concerns the adoption of an urgent procedure aimed at protecting cultural heritage, for example in the case of new discoveries.

The different rights and obligations of the owners of the assets, then establish the characteristics of the protection sector by sector (archaeological excavations, etc.), also defining the measures to be taken in case of accidental discoveries or new discoveries.

In this regard, the criterion of temporary or temporary protection of such

¹³ This is the path chosen by the Albanian legislator in the bill under discussion, a choice that has caused considerable controversy to the point of delaying the approval of the provision.

assets is specified, which guarantees the possibility of responding to emergency needs.

In all the laws in force the different phases and the steps from a temporary or temporary protection to full and definitive protection are well defined.

There are therefore activities of direct and indirect protection through the extension of public control to these assets. Some laws, such as that of Croatia and Macedonia, focus on the temporary protection of assets in the event of armed conflict or natural disasters, defining an emergency procedure that also applies to spiritual goods and mobile cultural heritage. The breadth of protection goes as far as environmental protection and pollution prevention.

The analyzed laws then go on to define the possibility of expropriation for reasons of public utility and dictate the rules for the protection of cultural heritage from an organizational point of view.

The managers of the various services are thus identified to implement the protection. Particular attention is paid by some laws to the return of the stolen material, depending on whether it was transferred to a Union country or to another country.

The object of protection is also cultural landscapes and mobile heritage, as well as spiritual cultural heritage. In this way the concept of cultural good is widened.

These central parts of the laws of different countries contain the regulation of very different specific cases that must be examined in detail. They define both the particular protection accorded to some goods and the role and function of private individuals - both as owners of the assets and as persons responsible for their custody and / or conservation. Some laws contain rules on the financing of cultural heritage protection activities.

All the laws examined conclude with the provision of sanctions, classifiable on the basis of the use made of pecuniary penalties, with the repeal of the previous rules and with the reorganization of the relevant legislation.

The comparative examination of these measures shows that there is already a common corpus on which to work to arrive at necessary moments of coordination of the respective laws.

4. The adaptation to the specific concepts of the legislation dictated by UNESCO in the bill on cultural heritage in question in Albania

They said that the Albanian cultural heritage for the long years of the communist regime was left in a state of neglect due to lack of resources.

Therefore today the need not only to protect it, but also to identify it, catalog it and restore it becomes imperative. This task can only be done by the State.

The presence of control bodies on the conservation of existing cultural heritage has not always been effective. This is attributable, on the one hand, to the lack of an inventory of cultural heritage, especially furniture (frescoes, statues, paintings, what is part of the iconostasis of religious buildings, etc.), which makes it impossible to identify the heritage to protect and helps to fuel the scourge of theft.

On the other, the problem of the lack of certainty of ownership that prevented the application of strict building and urban planning regulations. This has led to wild abusive that has contributed to damaging the existing cultural heritage (think for example to the desirable removal of all the walls that surround the amphitheater of Durres, carried out in violation of the laws, or the reassignment of the right to ownership of buildings of worship and of the goods they contain to subjects other than the original “owners” who have not only converted them to another use, but sometimes destroyed them).

This state of the art is even worse as a result of the signing of the UNESCO Conventions by Albania. With them, the country adds, and undertakes to achieve further objectives, that the complex situation that exists makes it difficult to reach.

The Albanian bill on the protection of cultural heritage, in fact, makes its own the category of cultural landscape, which ranges from those landscapes modeled deliberately by man, up to those, modeled by atmospheric agents and natural events¹⁴. But this protection, for the problems outlined above, will hardly be able to be effective, at least until the legislator decides to tackle and resolve issues related to building permits and property rights¹⁵.

Moreover, also the signing of the *Convention* on the protection of the un-

¹⁴ The definition is derived from the UNESCO Operational Guidelines of the UNESCO World Heritage Committee.

¹⁵ It is no coincidence that the bill under discussion contains a series of rules for the modification of urban planning legislation, of the civil code, of the penal code and above all of administrative rules. *Trashëgiminë kulturore dhe muzetë*, bill presented by the Minister of Cultural Heritage and currently still under discussion, available for consultation in: <http://www.drejtësia.gov.al/al/dokumente/legjislacioni/mendime-mbi-projekt-aktet-e-ministrive-te-linjes/projektligji-per-trasbegimine-kulturore-dhe-muzete> The draft law provides for the coordination of its contents with the previous legislation and presents itself as implementing Articles 121-123 of the Constitution, where it is established that each ratified international agreement is part of the internal legal system, after being published in the “Official Gazette” of the Republic of Albania. Concretely, these are the UNESCO conventions to which Albania adheres: *Convention on the protection of the underwater cultural heritage* (2009); *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (2006); *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* (2007); *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (2002).

derwater cultural heritage, which requires the Albanian State to achieve the objectives of protection and protection of that part of the territory, it does nothing but increase the performances to be achieved in a situation that is still extremely precarious in terms of protection of cultural heritage, and the consequent distortion of available resources to be allocated.

5. Cultural goods of religious interest to be enhanced

The UNESCO attention regarding the Western Balkans has focused on natural sites and tried to enhance the urban architectural structures, as well as the archaeological sites. And even in the Western Balkans, there are numerous sites characterized as a religious interest in relation to the particular history of the confessions in the area.

These sites have had a poor appreciation also because of the political events starting from the middle of the twentieth century, characterized by a reduction of the religious phenomenon due to the suppression of religious denominations and the spread of State atheism.

Paradoxically, this denial phase of the religious phenomenon has led, once fallen the socialist democracy regimes, to a renewed focus on the religious phenomenon, meant as an identifier with regard to the land and to the revival of the identity value of such assets.

They are, therefore, to be considered important and significant, not so much and not only for their architectural and artistic merits, but because around them has been built a significant presence of communities which in turn produced the characteristic features of the area.

This is the complex case of the monasteries in Kosovo¹⁶, and those around Ohrid, thanks to which the Slavic identity was built and especially that of the Serbian Orthodox Church. The subsequent layering of different religious communities allows today the rise, alongside Christian churches that were many times transformed into mosques or Islamic religious structures, of the

¹⁶ As exemplified by the case of Visoki Dečani, the great monastery of the Serbian Orthodox Church in Kosovo, 12 kilometers south of the town of Peć. Its catholicon, dedicated to Christ Pantocrator is constructed of red-purple marble blocks, yellow and onyx and was built by master builders under the guidance of the Franciscan friar Vito from Kotor. The monastery is the largest medieval church in the Balkans, was founded in 1330 and houses the remains of the king of Serbia Stefan Decanski. His famous paintings include about a thousand portraits and recover all the major episodes of the New Testament. The catholicon contains the original fourteenth century wooden iconostasis, the throne of hegumen and the carved sarcophagus of King Stephen. In 2004 the monastery has joined the list of UNESCO World Heritage needs of the United Nations Protection and KFOR.

tombs belonging to Muslim brotherhoods on the esplanade near the Church of St. Clement. Certainly, all of these sites that present this characteristics should be revised and brought into a system in order to draw specific inter-religious cultural routes¹⁷.

The difficulty of this design is the fact that the architectural remains and the locations of these presences are scattered today among States (Serbia, Kosovo, Montenegro, Macedonia) whose political relations are not among the best, but, instead, would be necessary to coordinate their legislation on the protection and management of cultural heritage, perhaps identifying the “basin authorities” or “cultural districts” administratively managed in a unified and coordinated way by standards that can only be interstate or fruit for coordination between the national law and the result of international cooperation conducted in the name of common interests.

It is noteworthy that, in addition to its undoubted historical value, this area also has a current force of attraction in terms of religious practice and cultural activities. It involves the people, calling to them a religious tourism, made not only of reconstruction needs, but also aimed at a real intercultural trip with religious needs.

5.1. The cultural heritage left by the Ottoman Empire...

The Balkans and the Western Balkans in particular, are characterized by the existence of a well-established Muslim presence, which takes on the character of the ottomanism.

It is a historical and cultural category, sometimes poorly defined, and yet full of special interest, because it summarizes the artistic-cultural religious and ethnic forms taken by the people who received a strong characterization because of their belonging to the Muslim religion. Their local roots produced natural habitat transformations with architectural features that are peculiar (for example the small village mosque with a single minaret, around which they develop the activities of the community)¹⁸.

The greater cultural adaptability of the Ottoman Islamism allowed to absorb previous religious and cultural experiences of these territories, enriching the offer of the Islamism, which is peculiar here because it's an European

¹⁷ TODOR KRESTEV, *Cultural routes of South East Europe*, in https://www.seecorridors.eu/filebank/file_272.pdf, accessed 26 December 2017.

¹⁸ GIOVANNI CIMBALO, *Le confraternite islamiche nei Balcani: un modello di Islam europeo plurale*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 225-245.

type, marked by the acceptance of secularism with regard to the civil institutions and by the separation from them and also capable of coexistence with other faiths. Understanding this cultural humus is the instrument through which to approach and include in the recovery and conservation activity, carried out by UNESCO, experiences of entire urban areas in which these components are present, giving significant motivation to effective reconstruction of the heritage of humanity that is precisely the goal of UNESCO.

The adoption of the UNESCO guidelines is one of the ways to identify cultural parks, homogeneous areas at local level, in regard to which significantly expand the protection, also through the promotion, right through the structure of the cultural tourist park, the journey and the review of these places that do not go only preserved, but lived.

5.2. ...from Hellenic and Roman culture

Such a territorial reconnaissance can not overlook the presence of an area in which the Hellenic culture is dominant, which commits indelibly with an orthodoxy type directly related to the activities of the Ecumenical Patriarchate. The roots of this presence are known and are even found within pre-Christian archeological finds and breed in centuries to come to more recent times. The architecture of the churches suffers from it, the widespread presence on the territory of small houses of worship which not infrequently were placed under the management of monasteries, some of which like the one of Ardenices near Lushnjë are well preserved and still survive today¹⁹. It is also a rich legacy of intangible items ranging from costumes, dance, singing and providing an insight into these territories, where the allocation of an area to UNESCO heritage appears to be a natural choice, and certainly deserving to be pursued carefully and with accurate coherence.

In this case, once again, you need the intelligence to enhance a number of sites already identified as a result of the greek-roman presence, to lead them to a system and see that, along the ridges of communication, such as the Via Egnatia, are located some gems, some cultural deposits that mark the path

¹⁹ The monastery, which is located at Km 1 of the Via Egnatia, was built by the Byzantine Emperor Andronicus II Palaeologus in 1282, after the victory against the Angevins in the Siege of Berat. In this monastery, in 1451, it was celebrated the marriage of Skanderbeg, Albania's national hero, with Andronika Arianiti. In 1780, the same monastery has given life to a theological school in preparing clerics in Greek Orthodoxy. It had an important library with 32,000 volumes that went completely burned in a fire in 1932. The church of Santa Maria, inside the monastery, contains frescoes of Kostandin brothers and Athanas Zografi.

of civilization, and which represent the stages of that ideal trip that brought Rome to Byzantium to the discovery of the East, distributing in the crossed areas testimonies of civilization, of cultural and religious allegiances that still characterize this part of the world.

5.3. ...and of the two coasts

Commonly, when addressing the issue of protection of cultural heritage, the landscape and the natural environment will certainly fall into this category. From this point of view, due to its characteristics, the Adriatic-Ionian coast is certainly worthwhile in many of its points, of special protection²⁰. However, this area is also characterized by a significant and unifying presence of the culture, the architecture, the structure of the institutions, the economic and commercial role that was typical of the Venetian Republic. It is a deep and meaningful presence that drew towns and cities, who built trade routes, civil statutes, religious institutions.

A significant bridge of the Church of the West to the East that gave life to cultural and religious presences that have gone up in the deepest inland territories²¹. Even this heritage, consisting of artifacts, from buildings, from logistic and territorial structures, by legal institutions and religious facilities, deserves special attention, but it should also be handled by an interstate structure capable of coordinating the interventions on the territories of the riparian countries by building cultural paths, reconstructions of events, the review of religious and experiential places that strongly characterized this territory²².

The need in this case is to study history to understand the different spatial distribution of the communities, the different afferents, the possible co-existence policies, in the name of a common cultural heritage that, instead of being a divisive factor, becomes testimony of a wealth that's cultural, political and religious.

²⁰ SONIA PISTIDDA, *Territori resilienti: Il patrimonio culturale come opportunità per i paesi del Sud-Est europeo*, Altralinea edizioni, Firenze, 2015.

²¹ One example is the Ostrog monastery of the Serbian Orthodox Church placed against a vertical rock wall on the cliff of Ostroska Greda, in Montenegro, which dominates the Bjelopavlici plain. The monastery is dedicated to Saint Basil of Ostrog.

²² ISABELLA DE PAZ, *La tutela dei beni culturali nei Paesi dell'Est Europeo*, in GIOVANNI COFRANCESCO (a cura di), *I beni culturali. Profili di diritto internazionale e comparato*, Ins-Edit, Genova, 1999.

6. *Religious cultural parks. A proposal to increase religious tourism as well*

Today there are different types of “park” (cultural, literary and thematic). These are places not defined by boundaries or physical limits, but rather by cultural boundaries, making them places for the discovery of the territory, its history and the people who live it²³.

In line with what has already operated through the identification of UNESCO sites, the creation of Cultural Religious Parks may further promote, restore and enhance the intangible heritage, liturgical, historical, artistic, architectural, museum of the Western Balkan area²⁴.

This action may be particularly important for a tourist use, promotional and cultural and can be realized through the adoption of a coordinated strategy integrated the of religious heritage also historical, artistic, architectural, museum, receptive of one or more religions confessions²⁵.

The enhancement of a system rooted in a territory, able to relate parish communities, monasteries, shrines, lay associations, will allow the promotion of aggregated and receptive areas, the rediscovery of ancient pilgrim routes and the increase of disparate cultural initiatives.

The creation of Cultural Religious Parks could allow to channel the attention on those assets which in themselves are not polarized, but are nonetheless important to the history of cities, widespread and deeply rooted in the territory.

On the other hand, the legislation on cultural heritage and the uniform role played by the signing of the UNESCO Conventions and the indications coming from the European Union already constitute a base from which to start that work of coordination and common management of areas territories sharing the same cultural heritage. The road is already traced, all you need to do is follow it. Have a good trip.

²³ GIUSEPPE ROCCA, *Dal prototurismo al turismo globale. Momenti, percorsi di ricerca, casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2013.

²⁴ IRENE SALERNO, ANGELO QUARTA (a cura di), *Rivista di Scienze del Turismo. Ambiente cultura diritto economia*, Anno V, n. 2, luglio-dicembre 2014, *passim*.

²⁵ Cfr. LUCA BARALDI, ANDREA PIGNATTI, *Il patrimonio culturale di interesse religioso. Sfide e opportunità tra scena italiana e orizzonte internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 30.

Diritto canonico e contrasto alle mafie. Riflessioni tra passato e futuro nel mondo ecclesiastico di fronte al fenomeno mafioso

SALVO OGNIBENE

1. Breve storia della Chiesa di fronte alla mafia¹

Chiesa e mafie, una contraddizione. Un ossimoro. Come possono conciliarsi una fede fondata sull'amore e le organizzazioni criminali come le mafie²? Come ha potuto la Chiesa aver trascurato le sue connessioni con il mondo mafioso e la religiosità di questi particolari criminali?

La lotta alle mafie, oggi più che mai, è anche una questione ecclesiale. Il cuore della questione lo individua il Prof. Sciarrone quando dice che «l'uso strumentale della religione da parte dei mafiosi che la Chiesa ha spesso tollerato, ha agevolato la formazione e la tenuta di un consenso sociale diffuso intorno alle organizzazioni criminali»³. *I casi di commistione e connivenza sono stati numerosi⁴, alcuni dei quali terminati nelle aule di giustizia. Come la*

¹ Dedico questo scritto al nuovo corso della Chiesa siciliana, oggi profetica e illuminata grazie a papa Francesco che ha dato fiducia a nuovi pastori con l'odore delle pecore, valorizzandoli ed elevandoli a guide della nostra comunità.

² Interessante a tal proposito è il racconto di Simone Pepe, un giovane legato alla cosca Mazzagatti e arrestato per aver dato un uomo in pasto ai maiali, che spiega a un amico: «L'Arcangelo Gabriele, quello con la spada che cacciò Lucifero dal Paradiso, ci protegge. Quando mi hanno battezzato hanno bruciato la sua immagine nel palmo della mia mano». Poi aggiunge anche che, in occasione della processione nel paese di Oppido Mamertina, gli affiliati alla 'ndrangheta portano per le strade del paese la vara della Madonna addobbata anche con l'oro che i clan avevano donato alla Chiesa. Oro che, un giorno, è stato rubato da «tre picciotti di basso rango». L'oro fu recuperato e, di notte, riportato in chiesa. I tre picciotti? «Minchia li ammazzarono tutti!» (tratto da LUCIO MUSOLINO, *Il pentito nel verbale: "La chiesa costruita con i soldi della 'ndrangheta"*, *Il Fatto Quotidiano*, 14 marzo 2014, in <http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/03/14/calabria-il-pentito-nel-verbale-la-chiesa-costruita-con-i-soldi-della-ndrangheta/2543860>).

³ ROBERTO SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia* nel vol. ROBERTO SCIARRONE (a cura di), *Alleanze nell'ombra Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Donzelli, Roma, 2011, p. 3.

⁴ Per approfondire i rapporti tra mafia e chiesa si suggeriscono qui i testi di: ALESSANDRA DINO, *La mafia devota. Chiesa, religione, Cosa Nostra*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2008; NICOLA GRATTERI, ANTONIO NICASO, *Acqua santissima. La Chiesa e la 'ndrangheta: storia di potere, silenzi e assoluzioni*,

*vicenda di padre Frittitta*⁵ che celebrava messa nel covo⁶ del latitante Pietro Aglieri, o come la storia di Agostino Coppola, considerato dagli investigatori come “il prete di Cosa nostra”, o, ancora, come don Stilo, il prete padrone di Africo. Eppure anche negli ultimi mesi abbiamo assistito, tra i tanti e diversi episodi, perfino a dei parroci che si sono ribellati in seguito a dei divieti imposti dall’ordine pubblico e dalle norme di diritto. È accaduto in Puglia dove don Michele Delle Foglie, con un manifesto affisso nella città di Grumo Appula, invitava la comunità dei fedeli, a partecipare ad una Santa Messa in memoria di Rocco Sollecito, ucciso nel Quebec ed elemento di spicco della mafia siciliana in Canada. Subito dopo è intervenuto il questore di Bari Carmine Esposito, che ha disposto la celebrazione religiosa in forma strettamente privata ed ha spostato l’orario dalle 18:30 alle 6 del mattino. Poi, a seguito delle polemiche, è intervenuto l’arcivescovo di Bari mons. Francesco Cacucci, che ha vietato di celebrare la funzione. L’altro episodio riguarda don Giuseppe Svanera che, a seguito del provvedimento del questore di Reggio Calabria che ha vietato i funerali pubblici per Giuseppe Barbaro⁷, ha officiato una messa per il mafioso defunto, senza bara e in un orario fuori consuetudine, durante la quale, oltre ai familiari, si sarebbero presentati in

Mondadori, Milano, 2013; ANTONINO MANTINEO, *La condanna della mafia nel recente Magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle Chiese di Calabria e Sicilia*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2017; SALVO OGNIBENE, *L'eucaristia mafiosa - La voce dei preti*, Navarra Editore, Palermo, 2014; ISAIA SALES, *I preti e i mafiosi. Storia dei rapporti tra mafie e Chiesa cattolica*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2010.

⁵ Mario Frittitta viene arrestato il 4 novembre 1997, a Palermo, con l'accusa di favoreggiamento aggravato nei confronti del boss Pietro Aglieri. Il frate, appartenente all'ordine dei carmelitani, aveva celebrato messa nel covo del criminale e latitante ritenuto coinvolto nelle stragi di Capaci e Via D'Amelio. Scrivono i giudici: «Padre Mario Frittitta, avendo oggettivamente consentito a Pietro Aglieri di non allontanarsi dal suo rifugio, ha realizzato la condotta tipica prevista dal reato di favoreggiamento. Ma è stato assolto perché ha commesso i fatti nell'esercizio di un diritto» in ord. del 29 ottobre 1997, Trib. Palermo,. I giudici dunque, hanno assolto padre Frittitta riconoscendo il segreto professionale disciplinato dall'art. 200 del c.p.p. Una sentenza contro la quale è ricorsa la procura palermitana. Il 3 maggio 2001, la Corte di Cassazione, metterà la parola fine sulla vicenda processuale, ritenendo infondata l'impugnazione e assolvendo il parroco per il favoreggiamento nei confronti di Aglieri derivante dall'accordo neo-concordatario (l. 121 del 25 marzo 1995) tra la Repubblica Italiana e la Chiesa cattolica che afferma: «è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica».

⁶ Sulle comunicazioni e sull'istituto del segreto dei ministri di culto si consiglia DANIELA MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro di culto e fedele*, Eupress-FTL, Lugano, 2008.

⁷ In particolare si consiglia la lettura di FABIO BALSAMO, *Pubblica sicurezza e tutela dell'autonomia confessionale. Riflessioni a partire dalla negazione delle pubbliche esequie per i mafiosi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* n. 41/2016.

molti altri. Inoltre, si è impegnato a scrivere al ministro dell'interno⁸, formulando un ricorso avverso l'ordinanza del questore perché, a suo dire, il provvedimento avrebbe infranto il principio di non ingerenza fra Stato e Chiesa nell'ambito delle rispettive sfere di autonomia di cui all'art. 7 della Costituzione e di libertà religiosa anche nel contesto sociale, di cui agli artt. 17 e 19 della Carta costituzionale.

Episodio abbastanza singolare che oltre a regalare stupore andrebbe approfondito alla luce dell'accordo tra la Stato italiano e la Chiesa cattolica.

Una storia tormentata e peccaminosa (alcune delle motivazioni le ha individuate Fiorita⁹) quella dei rapporti tra mafie e Chiesa¹⁰. Molteplici gli episodi di commistione: dagli avvenimenti sopra citati, ai funerali¹¹ in grande stile per i boss mafiosi, fino a quei rapporti simbiotici nella gestione delle feste religiose¹² o addirittura nella costruzione di nuove Chiese¹³. Eventi che ancora prima di essere strumenti volti alla *salus animarum*, sono stati utilizzati per legittimare il potere mafioso, stringere nuovi patti e concludere affari.

⁸ Il ricorso fatto dal parroco doveva essere notificato al Prefetto in quanto autorità competente a riceverlo.

⁹ Fiorita scrive che «il ritardo con cui la Chiesa ha fatto ingresso nel campo dell'antimafia non può essere spiegato solo con le debolezze degli uomini che la rappresentavano nel Sud Italia, con la sottovalutazione della mafia, con i condizionamenti culturali che marchiavano la vita di regioni povere e arretrate come quelle meridionali; vi è alla base di questo ritardo certamente qualcosa di più profondo, qualcosa che si annida nella concezione escatologica del bene e del male, nei rapporti tra questo e quell'altro mondo, nella legittimazione di quel male minore che serve a evitare un male maggiore che è stata magistralmente evocata da Paolo Sorrentino nel suo film, *Il divo*, su Giulio Andreotti. Non si dimentichi cioè che la mafia, come le dittature fasciste e tante altre drammatiche esperienze, è stata percepita in alcuni ambienti come un argine alla proliferazione del pensiero marxista, un male minore ampiamente tollerabile rispetto al male maggiore rappresentato dal pericolo comunista» in NICOLA FIORITA, *Mafie e Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2012.

¹⁰ A gennaio 2017 don Pino Strangio, che per circa vent'anni è stato rettore del più importante santuario calabrese (per storia religiosa da un lato e per l'importanza per la 'ndrangheta dall'altro), si è dimesso perché risulterebbe indagato per violazione della Legge Anselmi, la norma che punisce la costituzione di associazioni segrete, e per concorso esterno in associazione mafiosa.

¹¹ L'elenco sarebbe davvero lungo. Si ricordano qui quelli di Lucky Luciano a Napoli nel '62, quelli di Giacomo Piromalli in Calabria nel '79 con circa seimila persone, per finire con quelli show di Vittorio Casamonica nel 2015.

¹² Per la gestione della festa di Sant'Agata si è affrontato un processo mentre al Santuario Polsi, luogo di fede e di 'ndrangheta, per lunghi decenni si sono consumate delle riunioni di 'ndrangheta ai piedi della madonna della montagna. Ad inizio 2017, i magistrati della DDA di Regio Calabria avrebbero inviato un avviso di conclusione delle indagini al suo priore, don Pino Strangio. Lo accuserebbero di violazione della Legge Anselmi, la norma che punisce la costituzione di associazioni segrete e di concorso esterno in associazione mafiosa.

¹³ Ha raccontato il collaboratore di giustizia Antonio Femia nell'ambito dell'inchiesta Tipographic come le 'ndrine avrebbero finanziato la costruzione della chiesa di Sant'Antonio a Prisdarello, in Calabria, grazie ad un apposito comitato di cittadini del luogo che hanno contribuito, anche economicamente, alla realizzazione dello stabile assieme agli emigrati e alle istituzioni.

Eppure, se da un lato il diritto canonico è sempre stato chiaro di fronte ai comportamenti da tenere, è anche vero che spesso questo non è stato applicato. E se ciò non avviene e continuano a succedersi eventi che offendono i principi della Chiesa cattolica, è perché continua a mancare una riflessione seria sul tema che offra indicazioni mirate e punisca, come ogni norma di diritto, chi contravviene ad esso. È da sottolineare che eventi come questi ne avvengono e ne sono avvenuti anche nel nord Italia e fuori dai confini del nostro Stato. Solo di recente, per esempio, si è saputo delle affiliazioni alla 'ndrangheta avvenute nel carcere di Como¹⁴, o dei matrimoni combinati dalle 'ndrine anche a Milano¹⁵ o, ancora, inchini, sfarzi ai matrimoni, processioni¹⁶ che cambiano il loro percorso¹⁷, per non parlare dei riti funebri e delle ostentazioni di potere¹⁸. Negli anni, per fortuna, si è avuto modo di assistere anche all'opera di una Chiesa diversa o a sacerdoti che hanno abbandonato alcune processioni "deviate"¹⁹. Tutto questo grazie alla spinta di un papa che per primo, all'epoca del suo ministero in Argentina, dovette subire i tentativi di intimidazione dell'ex sindaco di Merlo, Raul Othacehé, conosciuto per i suoi metodi repressivi e definiti dallo stesso Bergoglio mafiosi. Ecco perché sembra opportuno, oggi come mai, affrontare con maggiore enfasi, riflessioni da attuare nel contrasto alle mafie e rinnovare i contenuti del diritto canonico in quest'ottica così come suggerito anche da Mantineo²⁰.

Il primo documento ufficiale della Chiesa che cita per la prima volta l'organizzazione criminale chiamandola per nome, è la lettera pastorale

¹⁴ Il collaboratore di giustizia Luciano Nocera è stato affiliato alla 'ndrangheta nel 2004 all'interno del carcere di Como con la dote della "Santa". Dopo essere stato accusato di aver "scannato un cristiano", ora collabora con i magistrati.

¹⁵ In un'informativa dei carabinieri, finita nelle indagini "Platino", emerge il legame imposto dalle regole d'onore dei clan di Platì trapiantati al Nord.

¹⁶ Ai sensi degli artt. 24-25 T.U.L.P.S., la Curia è tenuta a informare in anticipo, le autorità di pubblica sicurezza.

¹⁷ Nella città di Gambolò (Pavia) la processione di San Getulio sarebbe dovuta partire da casa di Donato Espedito, (arrestato perché avrebbe aiutato la latitanza di un boss della 'ndrangheta) poi a seguito di un pressante invito da parte del prefetto, la diocesi di Vigevano avrebbe deciso di spostare il punto di partenza.

¹⁸ A tal proposito è opportuno evidenziare che in molte case dei soggetti coinvolti nel processo *Aemilia*, che si sta celebrando in Emilia Romagna, i Carabinieri hanno trovato foto e statue di San Michele Arcangelo.

¹⁹ Nella città di San Paolo Belsito, a due passi da Napoli, la Madonna si inchina davanti alla casa del boss e il sacerdote abbandona la processione togliendosi tonaca e stola.

²⁰ Sul punto si consiglia la lettura di ANTONINO MANTINEO, *La condanna della mafia nel recente Magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle Chiese di Calabria e Sicilia*, cit.. In particolare l'autore studia nuovi profili e possibili forme di collaborazione tra Chiesa e istituzioni civili.

dell'arcivescovo di Palermo, Card. Ernesto Ruffini, intitolata *Il vero volto della Sicilia*, dove ne viene data anche una definizione:

Ruffini nella sua lunga lettera rivolta ai fedeli contenente la sua denuncia dei motivi di diffamazione della Sicilia, inseriva anche *Il gattopardo* di Giuseppe Tomasi di Lampedusa e la figura del sociologo e attivista della non violenza Danilo Dolci, oltre al fenomeno mafioso che, minimizzato, precisava Ruffini:

«è vero che il nome di mafia è locale, ossia proprio della Sicilia, è pur vero che la realtà che ne costituisce il significato esiste un po' ovunque e forse con peggiore accentuazione. Per non rifarmi a vecchie date, chiunque abbia letto anche di recente i giornali ha potuto notare – non di rado con somma indignazione e forte deplorazione – delitti inqualificabili commessi altrove, in Europa e fuori, da bande perfettamente organizzate. Quelle città e quelle Nazioni hanno il vantaggio di potere isolare le loro nefandezze, non avendo un nome storico che le unisca, ma non per questo giustizia e verità permettono che si faccia apparire il popolo di Sicilia più macchiato delle altre genti»²¹.

Un decennio più tardi, nel 1973, la Conferenza Episcopale Siciliana parlava di «moderne forme di gangsterismo mafioso e all'accumulazione parassitaria»²² ed i vescovi esortavano ad «educare i giovani al rifiuto della violenza, all'amore e al perdono cristiano, al genuino senso dell'onore, alla fiducia nella legge»²³. Un anno più tardi poi, la Conferenza Episcopale Siciliana descriveva la mafia come «la fosca minaccia che presume di risolvere i problemi della giustizia e dell'onore con delitti e si estende nei settori dell'edilizia e nei mercati con sistemi di moderno gangsterismo»²⁴.

Diversi documenti vengono prodotti negli anni '70. Padre Stabile, storico della Chiesa e da anni impegnato nella lotta alla criminalità organizzata, conferma che in quel periodo «gli interventi dei vescovi siciliani sulla mafia diventano più frequenti nei comunicati della Conferenza Episcopale Siciliana. Tuttavia, in Sicilia, non abbiamo una lettura organica da parte dei vescovi del fatto mafioso. Il quadro culturale degli alti prelati rimane per alcuni aspetti simile a quello degli anni '60, a parte una più esplicita e insistente denuncia»²⁵.

²¹ ERNESTO RUFFINI, *op. cit.*, p. 2.

²² *Comunicato della Conferenza episcopale siciliana del 1973*, in *Segno* n. 34-35, 1982.

²³ *Ibidem*.

²⁴ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Nota dei vescovi della regione siciliana sui problemi dell'ora attuale*, 10 ottobre 1974, p. 220.

²⁵ FRANCESCO MICHELE STABILE, *Cattolicesimo siciliano e mafia in Synaxis*, 1996.

L'attività dei vescovi siciliani acquista una fondamentale importanza storica e non solo. Sono gli anni della morte di papa Luciani e della gestione dello Ior da parte del cardinale Marcinkus²⁶.

Nel 1970 arriva a Palermo Salvatore Pappalardo che spinge, in parte, l'attività dei sacerdoti sulla scia del documento del '52. Nel 1976, con un documento, intervengono i patriarchi siciliani che esprimono: «preoccupazione per le moderne forme di criminalità e impegnano le proprie comunità ecclesiali ad educare i giovani, dai quali si attendono, mediante la loro promozione culturale, professionale, morale il superamento della macchia perdurante della mafia»²⁷. Le omelie di Pappalardo durante le estati di fuoco palermitane verranno ricordate e riprese più volte. Tra tutte, quella pronunciata durante i funerali di Boris Giuliano, Cesare Terranova e Lenin Mancuso. E poi quel grido ai funerali di Carlo Alberto Dalla Chiesa: «mentre a Roma si pensa sul da fare, la città di Sagunto viene espugnata dai nemici [...] e questa volta non è Sagunto, ma Palermo. Povera la nostra Palermo»²⁸.

Anni difficili da affrontare, da vivere. La CESI, dopo l'omicidio del presidente della Regione Siciliana Piersanti Mattarella, scriveva: «nella nostra Sicilia constatiamo con dolore il perdurare del fenomeno mafioso con il più feroce disprezzo della persona e della vita umana, con il primato del denaro sull'uomo, con la prepotenza dello strozzinaggio»²⁹. E continua: «i siciliani subiscono offese alla loro dignità a causa dell'ingiustizia dovuta all'esercizio clientelare della politica e a causa della mafia»³⁰.

La stessa, nel 1982, precisa che a «tutte le manifestazioni di violenza criminale e quindi anche quelle di stampo mafioso così come vengono oggi perpetrate [...] si applicano le norme sancite dai vescovi siciliani, sia nel 1944 che nel concilio plenario siculo»³¹.

I diversi documenti prodotti dall'episcopato siciliano non sono stati isolati³². È il 1975 quando i vescovi calabresi si pronunciano sull'argomento e

²⁶ Per un approfondimento si consiglia la lettura di: MARIO ALMERIGHI, *I banchieri di Dio. Il caso Calvi*, Editori Riuniti, Roma, 2002; GIANLUIGI NUZZI, *Vaticano S.p.A. Da un archivio segreto la verità sugli scandali finanziari e politici della Chiesa*, Chiarelettere, Milano, 2009.

²⁷ Comunicato della Conferenza Episcopale Siciliana, Bagheria, 27 febbraio 1976.

²⁸ Salvatore Pappalardo ai funerali del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa e della giovane moglie Emanuela Setti Carraro, Palermo, 5 Settembre 1982.

²⁹ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Esortazione sugli esercizi spirituali*, 8 febbraio 1980.

³⁰ Pastorale catechista in Sicilia, CESI, prima Domenica dell'Avvento, 1980.

³¹ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Riconfermata la scomunica*, ottobre 1982, in *Regno-doc.* 21, 1982, 673.

³² Il 25 gennaio 1948 viene pubblicata la *Lettera collettiva dell'episcopato meridionale sui problemi del mezzogiorno*, scritta dal vescovo di Reggio Calabria, Antonio Lanza.

condannano la 'ndrangheta nella lettera *L'Episcopato calabro contro la mafia, disonorante piaga della società*³³ come “piaga della società”. È la prima volta che viene firmato un documento collettivo dall'episcopato calabro, fino a quel momento le condanne contro la mafia erano sempre state espressione dei singoli vescovi.

Nel documento viene evidenziata anche la connivenza tra le mafie meridionali ed i gruppi delinquenziali del nord, una relazione quasi rivoluzionaria fino a qualche anno prima. Nel '79 tornano sull'argomento e parlano della 'ndrangheta come³⁴ «cancro esistenziale e soprastruttura parassitaria che rode la nostra compagine sociale, succhia con i taglieggiamenti il frutto di onesto lavoro, dissolve i gangli della vita civile; con sequestri [...] e con uccisioni cinicamente consumate, irride e calpesta i valori più alti, gli affetti più sacri della vita».

Giuseppe Agostino, arcivescovo di Crotone - Santa Severina, nel 1992, quindi quasi vent'anni dopo il suo insediamento, distribuisce la lettera “mafia ed evangelizzazione” in cui viene confermata l'apertura della Chiesa al riaccoglimento del mafioso che mostri un sincero pentimento, ma allo stesso tempo vengono indicate, per la prima volta, sanzioni che ogni parroco è invitato ad adottare nei confronti dello stesso (cfr. Squillace 1992). La lettera pastorale chiede che i soggetti che si sa essere appartenenti all'organizzazione mafiosa o che siano stati giudicati tali dalla magistratura con sentenza definitiva: «non siano ammessi ai sacramenti dell'Eucaristia e del Matrimonio, se non sono interiormente pentiti. [...] Viene affrontato anche il delicato tema delle esequie e viene stabilito che queste non dovranno essere celebrate se non con la “sola liturgia della parola” e senza eucaristia per coloro i quali sono morti per aver preso parte a scontri armati o che abbiano partecipato a omicidi mafiosi senza aver dato un segno di pentimento interiore prima di morire»³⁵.

La lettera di Agostino, di una chiarezza estrema, succede al documento del 1989 della Conferenza Episcopale Italiana³⁶: «la Chiesa italiana condanna radicalmente queste organizzazioni criminose ed esorta gli uomini “mafiosi” ad una svolta nel loro comportamento. Il loro agire offende l'uomo, la società, ogni senso etico, religioso, il senso stesso dell' “onore” e si ritorce,

³³ CONFERENZA EPISCOPALE DELLA CALABRIA, *L'Episcopato calabro contro la mafia, disonorante piaga della società*, Reggio Calabria, 1975.

³⁴ AA. VV., *Dossier Chiesa e mafia, Narcomafie*, 1 aprile 2013, p. 27.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Per un'attenta analisi dei documenti della CEI in relazione alle mafie leggere ROSARIO GIUÈ, *Vescovi e potere mafioso*, Cittadella editrice, Assisi, 2015.

poi, contro loro stessi»³⁷.

Tra i momenti più importanti rimasti nella storia, vi è sicuramente il discorso pronunciato a braccio da Giovanni Paolo II, nella valle dei Templi di Agrigento, il 9 maggio 1993:

«Dio ha detto una volta: non uccidere! Non può l'uomo, qualsiasi uomo, qualsiasi umana agglomerazione... mafia, non può cambiare e calpestare questo diritto santissimo di Dio! Questo popolo, popolo siciliano, talmente attaccato alla vita, popolo che ama la vita, che dà la vita, non può vivere sempre sotto la pressione di una civiltà contraria, civiltà della morte! Nel nome di questo Cristo crocifisso e risorto, di questo Cristo che è vita, via, verità e vita. Lo dico ai responsabili: convertitevi! Una volta, un giorno, verrà il giudizio di Dio!»³⁸.

Una presa di posizione forte, energica, un anno dopo le stragi di Capaci e Via d'Amelio che se da un lato pare abbia sortito importanti effetti nei confronti di alcuni mafiosi, non si può dire la stessa cosa rispetto all'attività di molti sacerdoti che, forse, nonostante tutto non hanno dato segni di discontinuità, salvo le eccezioni.

La vera pietra miliare della pastorale antimafiosa è successiva agli omicidi di don Giuseppe Diana e don Pino Puglisi. Si tratta del documento *Nuova evangelizzazione e pastorale*, prodotto dalla Conferenza Episcopale Siciliana nel maggio del '94 che afferma:

«È nostro dovere ribadire la denuncia, altre volte espressa, circa la sua assoluta incompatibilità con il Vangelo. Tale giudizio di incompatibilità, infatti, se appare in tutta la sua evidenza quando è riferito all'efferatezza degli assassini e delle stragi da essa perpetrati, [...] non deve essere considerato meno comprovato se riferito al fenomeno in quanto tale. [...] La mafia appartiene, senza possibilità di eccezione, al regno del peccato e fa dei suoi operatori altrettanti operai del Maligno. Per questa ragione, tutti coloro che, in qualsiasi modo deliberatamente, fanno parte della mafia o ad essa aderiscono o pongono atti di connivenza con essa, debbono sapere di essere e di vivere in insanabile opposizione al Vangelo di Gesù Cristo e, per conseguenza, alla sua Chiesa»³⁹.

Parole limpide e importanti che seguono al discorso pronunciato dal

³⁷ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Riconfermata la scomunica*, ottobre 1982, in *Regno-doc.* 21, 1982, 673.

³⁸ Visita pastorale in Sicilia, concelebrazione eucaristica nella Valle dei Templi. Omelia di Giovanni Paolo II, Agrigento - Domenica, 9 maggio 1993.

³⁹ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Nuova evangelizzazione e pastorale, documento conclusivo del terzo convegno delle Chiese di Sicilia*, Pasqua di Resurrezione, 1994.

pontefice polacco poche settimane prima dell'uccisione di padre Puglisi. Ed è proprio con il sacrificio del sacerdote palermitano che «prende avvio una nuova fase, in cui la presenza ecclesiale non è più disegnata a ricalco della mobilitazione della società civile, ma vive di un proprio linguaggio, di una propria peculiare sostanza, di modelli e di strategie proprie»⁴⁰.

Nel 1995, sempre in Sicilia, Giovanni Paolo II parla di mafia come “struttura di peccato” e, due anni dopo, i vescovi siciliani tornano ancora una volta a ribadire che «la mafia costituisce la piaga sociale più vergognosa della Sicilia, la mafia con il suo strapotere, con la tragica teoria dei suoi morti ammazzati e dei suoi nefandi delitti, umilia, mortifica e danneggia la nostra terra, corrode i gangli essenziali della sua vita sociale e politica»⁴¹.

L'arcivescovo De Giorgi scriverà nel 1997 che: «la mafia, per se stessa, per le sue motivazioni, per le sue finalità, per i mostruosi mezzi e metodi adoperati, è una struttura di peccato assolutamente inconciliabile con la fede cristiana, col Vangelo e con l'autentica religiosità: è contro Dio perché è contro l'uomo»⁴².

La Conferenza Episcopale Calabria, nel documento del 1997 *Se non vi convertite, perirete tutti allo stesso modo* si rivolge a tutti i gli uomini e donne di buona volontà:

«diciamo apertamente che abbracciare o anche solo simpatizzare con una concezione dei valori della vita quale quella mafiosa è contrario al Vangelo ed al bene della società e dell'uomo. Esortiamo perciò [...] a compiere ogni sforzo per rinunciare ad atteggiamenti che possano alimentare il fenomeno mafioso [...] non solo mediante la condanna di tutte le forme di violenza, ma anche avendo sempre presente che la risoluzione dei problemi personali non va affidata al padrino di turno, ma a chi è a ciò preposto dall'Autorità dello Stato [...] Le mafie, di cui la 'ndrangheta è oggi la faccia più visibile e pericolosa costituiscono un nemico per il presente e l'avvenire della nostra Calabria. Noi dobbiamo contrastarle, perché nemiche del Vangelo e della comunità umana. In nome del Vangelo, dobbiamo tracciare il cammino sicuro ai figli fedeli e recuperare i figli appartenenti alla mafia»⁴³.

La più vasta e importante produzione di documenti da parte delle Chiese locali è avvenuta negli ultimi anni. Spesso in seguito ad accadimenti tragici degni di notizia dei media italiani e non solo. Come durante l' “*affruntata*”,

⁴⁰ NICOLA FIORITA, *In odium fidei: la beatificazione di don Pino Puglisi e le mafie come organizzazioni prive di Dio*, in *Diritto e religioni*, n. 2-2013, p. 408.

⁴¹ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Finché non sorga come stella la sua giustizia*, 15 maggio 1996.

⁴² ALESSANDRA BUSCEMI, *Mafia e Vangelo: inconciliabili*, in *Avvenire*, 13 aprile 2006.

⁴³ CONFERENZA EPISCOPALE CALABRIA, *Se non vi convertite, perirete tutti allo stesso modo*, 2007.

rappresentazione religiosa che si svolge ogni anno nel periodo pasquale in diversi comuni della Calabria. Tra le più sentite c'è sicuramente quella rappresentata a Sant'Onofrio, paese in provincia di Vibo Valentia. Finalmente, nel 2008, alcuni parroci della zona, firmano un documento dove pronunciano parole dure contro le infiltrazioni 'ndranghetiste nei comitati organizzatori delle feste religiose.

Il vescovo di Vibo Valentia Luigi Renzo, il 5 febbraio del 2009 inviava a tutte le parrocchie della diocesi una lettera dove affrontava l'argomento delle feste e delle infiltrazioni mafiose, ponendo una particolare attenzione alle processioni e alla scelta dei portatori delle statue scriveva: «è necessario vigilare perché la valenza di profondità religiosa non sia disturbata da interferenze estranee al valore intrinseco della manifestazione. [...] Tutti devono avere la possibilità di portare gratuitamente le statue, senza che queste siano appannaggio dei migliori offerenti»⁴⁴. Nel 2009 poi si passa dalle parole ai fatti e viene sospesa la tradizionale procedura utilizzata per la scelta dei portantini che si basava sulle più alte offerte date dai candidati alla parrocchia, in busta chiusa. Si passa così al più democratico metodo del sorteggio ma anche in questo caso la 'ndrangheta riesce a inserirsi attraverso minacce ai comuni cittadini sorteggiati costretti così, a cedere il posto.

Nel 2010 qualcosa cambia. Viene sancito un vero e proprio veto nei confronti dei condannati per mafia e di coloro che sono coinvolti in processi di mafia.

Come conseguenza, la processione viene rinviata di una settimana a causa delle minacce ricevute dal priore. Trascorsi i 7 giorni, però, tutto si svolge regolarmente senza mafiosi sotto le statue e alla presenza soddisfatta delle autorità ecclesiastiche e istituzionali⁴⁵.

I vescovi italiani tornano sull'argomento nel 2010 con il documento *Per un Paese solidale. Chiesa italiana e mezzogiorno* dove al paragrafo 9 scrivono che «in un contesto come quello meridionale, le mafie sono la configurazione più drammatica del “male” e del “peccato”. In questa prospettiva, non possono essere semplicisticamente interpretate come espressione di una religiosità distorta ma come una forma brutale e devastante di rifiuto di Dio e di fraintendimento della vera religione: le mafie sono strutture di peccato»⁴⁶. L'anno della svolta è, però, il 2014, quando papa Francesco in Visita Pastorale a Cassano allo Jonio, scomunica i mafiosi (verrà approfondito meglio

⁴⁴ PIER PAOLO CAMBARERI, *Nel nome della 'ndrangheta*, Malitalia, 06 aprile 2010.

⁴⁵ AA. VV., *Dossier Chiesa e mafia*, cit., p. 41.

⁴⁶ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Per un Paese solidale. Chiesa italiana e mezzogiorno*, 2010.

nel prossimo paragrafo).

Va detto che solamente quindici giorni dopo le parole di Bergoglio, ad Oppido Mamertina, la processione della Madonna delle Grazie si è fermata davanti all'abitazione del boss della 'ndrangheta Peppe Mazzagatti. Il vescovo Francesco Milito poi, ha deciso di sospendere a tempo indeterminato tutte le processioni della diocesi.

L'episodio è citato a conclusione della relazione, per l'anno 2014, della Direzione Nazionale Antimafia: «Episodio non nuovo perché solo cronologicamente ultimo di tanti altri che nelle nostre Regioni meridionali hanno contraddistinto le celebrazioni di feste patronali in molti paesi, e che rappresentano le manifestazioni esterne di una falsa religiosità riscontrabile perfino nei giuramenti mafiosi che fanno riferimento a Testi sacri, a Dio, ai Santi, o a riunioni mafiose all'ombra di Santuari (basti pensare a quelle al Santuario della Madonna di Polsi)». Dopo aver evidenziato il silenzio di preti e vescovi sul tema (salvo rare e nobilissime eccezioni) e apprezzato gli interventi degli ultimi tre pontefici, i magistrati della DNA concludono: «La mafia, nei suoi vari atteggiamenti, si può sconfiggere realmente solo con la cultura e con la divulgazione di valori etici e civili, pertanto il mutato atteggiamento della gerarchia ecclesiastica non può sfuggire: esso può essere determinante per una crescita di cultura e legalità fra quelle popolazioni».

Tantissimi i documenti pubblicati da allora, grande l'interessamento al tema e tanti gli interventi di vescovi e sacerdoti per far sentire la loro voce. Nella sessione straordinaria della C.E.C. del 17 luglio 2014, tenutasi presso il Santuario di Paola, i vescovi di Calabria hanno fortemente ribadito che «la 'ndrangheta è negazione del Vangelo», una presa di posizione che aprirà a nuovi contenuti. Ad ottobre la lettera pastorale *L'umanità dell'uomo nell'umanità di Cristo* di Luigi Renzo, vescovo di Mileto-Nicotera-Tropea, anticiperà la nuova nota pastorale diffusa dalla Conferenza episcopale della Calabria intitolata *Testimoniare la verità del Vangelo*. Relativamente invece all'applicazione del diritto locale⁴⁷, viene varato, nel marzo del 2015, il nuovo regolamento per le processioni della diocesi di Mileto-Nicotera-Tropea che, tra le altre cose, al punto 6 del capo B, sulla scelta dei portatori delle statue dice:

Non sono ammessi a questo compito persone aderenti ad associazioni condannate dalla Chiesa, che siano sotto processo in corso per associazione mafiosa o che siano incorse in condanna per mafia, senza prima aver dato

⁴⁷ Nello stesso regolamento viene precisato che l'esercizio pubblico del culto è garantito pienamente dagli artt. 17 e 19 della Costituzione italiana e ribadito anche nell'Accordo del 18 febbraio 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede (L. 25 marzo 1985, n. 121).

segni pubblici di pentimento e di ravvedimento

In particolare poi disciplina la Processione dell’Affruntata al Capo E, lettera C, e prevede ai punti 1 e 2:

1. I fedeli cristiani, quelli cioè che si sforzano di seguire la via del Vangelo, non si lascino espropriare di ciò che appartiene al loro patrimonio religioso più genuino, lasciandolo in mano a gente senza scrupolo, che non ha nulla di cristiano ed anzi persegue una “religione capovolta”, offensiva del vero Cristianesimo popolare.

2. I pastori siano più coraggiosi e uniti per dare segni nuovi di presenza e di speranza al popolo di Dio. Occorrono segnali concreti di “rottura” da certi andazzi impropri: è opportuno affidare ai giovani che frequentano

Pochi giorni dopo riprendono le processioni nella diocesi di di Oppido Mamertina-Palmi dove, al capitolo 4 intitolato *Normativa generale sullo svolgimento delle processioni*, dopo aver premesso la validità della normativa vigente⁴⁸, viene redatta una guida per le celebrazioni con le opportune nuove osservazioni e dove si sancisce che il percorso della processione e le eventuali soste siano precedentemente programmate dal parroco insieme al Consiglio Pastorale Parrocchiale.

Infine, nel giugno del 2015 i vescovi calabresi intervengono con gli orientamenti pastorali per le Chiese di Calabria con il documento *Per una Nuova Evangelizzazione della pietà popolare*, approfondendo gli aspetti della Celebrazione dei Sacramenti e della Pietà popolare e nel settembre 2016 i sacerdoti di Libera firmano la *Carta di Fondi* contro la criminalità organizzata e religiosità ritualistica a cui aderiscono anche diversi ecclesiastici cattolici.

In conclusione, la Chiesa ha sempre avuto chiaro come comportarsi, almeno a leggere i documenti ufficiali e approfondendo i paragrafi del CIC, ma è sempre mancata nell’applicazione del suo stesso diritto (altrimenti non si spiegherebbero i tanti, tantissimi episodi che l’hanno vista coinvolta). Per questo è necessario, per trasformare le parole in fatti, un maggiore coinvolgimento della Chiesa locale che può, con la sua struttura e la sua storia,

⁴⁸ LUIGI PAPA BENIGNO, *Decreto per la Celebrazione delle Feste*, 18 novembre 1986 in Bollettino Ecclesiastico Diocesano. Atti ufficiali per la Diocesi di Oppido Mamertina-Palmi, Anno V, n.2, Luglio-Dicembre 1986; DOMENICO CRUSCO, *Notificazione, Sulle feste religiose*, 28 settembre 1996 in Bollettino Ecclesiastico Diocesano. Atti ufficiali per la Diocesi di Oppido Mamertina-Palmi, Anno XV, nuova serie, Gennaio-Dicembre 1996; LUCIANO BUX, *Lettera al Clero e ai fedeli della Diocesi sull’uso del denaro nelle feste* in Bollettino Ecclesiastico Diocesano. Atti ufficiali per la Diocesi di Oppido Mamertina-Palmi, Anno XXI, nuova serie, Luglio-Dicembre 2002; *Le processioni, del 28 settembre 2003* in Bollettino Ecclesiastico Diocesano. Atti ufficiali per la Diocesi di Oppido Mamertina - Palmi, Anno XXII, nuova serie, Luglio-Dicembre 2003; *Principi e norme liturgiche diocesane*, 24 gennaio 2004.

determinare un cambiamento radicale nel territorio in cui opera. Occorre un rinnovamento⁴⁹ della Chiesa dal basso e, relativamente alla scomunica ai mafiosi, gli ultimi eventi sono stati determinanti per chiarire ogni dubbio. Almeno in linea teorica.

2. *Una scomunica lasciata a metà*

La Chiesa cattolica è insieme comunità dei fedeli che professano la fede in Gesù Cristo e società di uomini e l'originalità del diritto è possibile individuarla nella *salus animarum*, sia in quanto norma generale del CIC e principio ispiratore della legislazione canonica, sia come origine essenziale per delimitare la giuridicità del diritto canonico. La specificità dell'ordinamento giuridico della Chiesa⁵⁰ risiede nel diritto⁵¹ divino (naturale e positivo) e quindi, in un complesso di norme fatte valere.

È in questo contesto che si vuole approfondire il valore giuridico della scomunica dei mafiosi e l'importanza della stessa, anche a seguito delle storiche parole di papa Francesco pronunciate durante l'omelia nella piana di Sibari il 21 giugno:

«La 'ndrangheta è questo: adorazione del male e disprezzo del bene comune. Questo male va combattuto, va allontanato! Bisogna dirgli di no! La Chiesa che so tanto impegnata nell'educare le coscienze, deve sempre di più spendersi perché il bene possa prevalere. Ce lo chiedono i nostri ragazzi, ce lo domandano i nostri giovani bisognosi di speranza. Per poter rispondere a queste esigenze, la fede ci può aiutare. Coloro che nella loro vita seguono questa strada di male, come sono i mafiosi, non sono in comunione con Dio: sono scomunicati!»⁵².

I mafiosi non sono in comunione con Dio: sono scomunicati. Il roma-

⁴⁹ ANTONINO MANTINEO, *Il rinnovamento della Chiesa "dal basso", oltre gli apparati*, in *Diritto e Religioni*, n. 1-2014, p. 69.

⁵⁰ Giovanni Paolo II nella Costituzione apostolica *Sacrae disciplinae leges* con cui ha promulgato il nuovo codice di diritto canonico spiega che "Il codice non ha come scopo in nessun modo di sostituire la fede, la grazia, i carismi e soprattutto la carità dei fedeli nella vita della Chiesa. Al contrario, il suo fine è piuttosto di creare tale ordine nella società ecclesiale che, assegnando il primato all'amore, alla grazia e al carisma, rende più agevole contemporaneamente il loro organico sviluppo nella vita sia della società ecclesiale, sia anche delle singole persone che ad essa appartengono".

⁵¹ JEAN GAUDEMET, *Il diritto canonico*, Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico, Giappichelli Editore, Torino, 1991.

⁵² Visita pastorale a Cassano all'Jonio, Santa Messa, Omelia del Santo Padre Francesco, Spianata dell'area ex Insud (Sibari) Sabato, 21 giugno 2014, Libreria Editrice Vaticana, https://w2.vatican.va/content/francesco/it/homilies/2014/documents/Papa-francesco_20140621_cassano-omelia.html

no pontefice lo dice senza margini d'ambiguità e d'incertezza. Insomma, la mafia viene indicata come manifestazione di apostasia⁵³. Il discorso più esplicito che un uomo di Chiesa abbia mai pronunciato⁵⁴. Un discorso che fa parte della storia e toglie qualsiasi dubbio a chi ancora ne avesse. In realtà, a ben leggere i documenti della CEI e delle diverse conferenze episcopali, si tratta solo di una precisazione dettata da un'esigenza storica e sociale perché i mafiosi erano già, in linea teorica e volendo semplificare, scomunicati almeno⁵⁵ dal 1944. Cos'è che non ha funzionato? Come mai si è continuato ad assistere, dal dopoguerra ad oggi, a continue simbiosi delle mafie con una parte della Chiesa? Perché si è lasciato che i mafiosi si appropriassero, plasmandolo a propria immagine e somiglianza del volto di Cristo⁵⁶?

Scrivevano i vescovi siciliani alla fine di una riunione dell'Episcopato siculo svoltasi a Palermo dal 29 novembre al 1 dicembre 1944:

«D'innanzi al dilagare di tali esecrandi delitti [...] dichiariamo colpiti da scomunica a Noi riservata tutti coloro che si fanno rei di rapina o di omicidio ingiusto e volontario»⁵⁷.

Gli stessi intervengono anche nel primo dopoguerra, con il decreto n. 171 del Sinodo regionale siciliano del 22 giugno 1952 che ha esteso la pena canonica ai mandanti e ai cooperatori precisando che quanti «abbiano posto in essere rapina o omicidio volontario (imputabile sia ai mandanti, sia agli esecutori, sia ai cooperatori), incorrono nella scomunica»⁵⁸.

I vescovi siciliani si riferiscono quindi, anche alla scomunica per quanti siano stati i mandanti, gli esecutori e i cooperatori dei delitti, applicando a questi un'interdizione *ferendae sententiae*, comminata dall'ordinario del luogo. Il decreto del '52 del Sinodo regionale siciliano viene poi inserito nel

⁵³ Il paragrafo 751 del codice di diritto canonico definisce apostasia il ripudio totale della fede cristiana e la vita dei mafiosi in quanto inconciliabile con il messaggio evangelico e rientrando nel canone in esame, è possibile applicare il disposto del canone 1364 del Codice di Diritto canonico che prevede la scomunica *latae sententiae* per chi commette apostasia (delitto che si applica alle persone battezzate nella Chiesa Cattolica).

⁵⁴ Il 21 marzo precedente ha partecipato alla veglia di preghiera con i familiari delle vittime di mafia in occasione della XIX Giornata della Memoria e dell'Impegno in ricordo delle vittime delle mafie organizzata dall'associazione Libera e ha anche indossato la stola appartenuta a don Giuseppe Diana, ucciso dalla camorra il 19 marzo 1994.

⁵⁵ Nel 1920 alla fine del primo Concilio plenario siculo, erano stati condannati i soggetti colpevoli dei delitti di omicidio e rapina. Condanna poi allargata nel 1952 al termine del secondo Concilio plenario siculo.

⁵⁶ Sulla religiosità dei mafiosi si consiglia la lettura di AUGUSTO CAVADI, *Il Dio dei mafiosi*, Milano, Edizioni San Paolo, 2009.

⁵⁷ VINCENZO CERUSO, *Le sagrestie di cosa nostra*, Newton compton, Roma, 2007, p. 80.

⁵⁸ Decreto n. 171, del Sinodo regionale siciliano, del 22 giugno 1952.

CIC del '83 (e quindi ancora in vigore). Un codice che vuole riguardare tutta la Chiesa Cattolica e intervenire a livello universale ma per gli stessi delitti⁵⁹ la pena irrogata è *latae sententiae* e non è più comminata dall'ordinario del luogo.

La scomunica⁶⁰ è la pena più pesante irrogata nella Chiesa Cattolica. Consiste nell'esclusione del soggetto a cui è inflitta la pena dalla comunione ecclesiale acquisita mediante il battesimo, a causa di comportamenti o fatti, particolarmente gravi, vietati dall'ordinamento canonico. Le altre censure previste sono la sospensione, applicabile solo ai chierici, e l'interdetto. È ovvio che per essere esclusi dalla comunità cattolica è necessario farne parte e, quindi, si applica solo ai battezzati.

La pena, infatti, priva il soggetto in questione dei diritti derivanti dall'appartenenza alla Chiesa, primi fra tutti quelli di ricevere e amministrare i sacramenti, oltre che celebrare i funerali⁶¹. Così come stabilito nel Can. 1314 del CIC può essere *latae sententiae* se successiva ad un comportamento che per il solo fatto di essere stato commesso implica l'irrogazione della pena, a patto che la persona sia cosciente della sanzione che verrà applicata. È la cosiddetta "scomunica automatica" che si differenzia dalla *ferendae sententiae* inflitta dall'autorità ecclesiale in seguito a un processo dove viene accertata la colpa e inflitta la scomunica.

La scomunica può essere rimessa dal sacerdote durante una normale confessione. Questa regola, però, non vale per tutti i tipi di scomunica. Infatti esistono anche le scomuniche "riservate" al vescovo o alla Santa Sede. Le prime possono essere rimesse dal vescovo stesso o da un suo delegato mentre le seconde solo attraverso la Penitenzieria Apostolica.

Si tratta di una pena medicinale che invita alla conversione, al ravvedimento e, quindi, alla riparazione. Il fedele pentito che ha riparato allo scandalo ha diritto alla remissione della scomunica. Uno strumento, questo, utilizzato da sempre dalla Chiesa cattolica. Famosissimo il decreto⁶² di scomu-

⁵⁹ Questi, per i quali è prevista una pena e quindi l'esistenza di una legge a cui è collegata una sanzione, si distinguono dai peccati che si configurano come atti volontari e coscienti attribuiti ai soggetti che commettono l'azione e dei quali rispondono soltanto a loro stessi e a Dio.

⁶⁰ Con il termine *excommunicatio* si indicava l'allontanamento o l'esclusione del fedele dalla Chiesa o da qualche sacramento o altro atto comunitario. In seguito vennero inserite altre pene all'interno della pena della scomunica. Per approfondire si consiglia la lettura di ANTONIO CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1996.

⁶¹ Il Can. 1331 del codice di diritto canonico disciplina tutte le censure conseguenti.

⁶² «È scomunicato e apostata: Chi, iscritto o no al Partito Comunista, ne accetta la dottrina atea e anticristiana; chi la difende e chi la diffonde. Queste sanzioni sono estese anche a quei partiti che fanno causa comune con il comunismo» in Decreto del Sant'Uffizio - 28 giugno 1949.

nica dei comunisti (una pena formalmente mai abolita ma sostanzialmente nulla oggi) del 1949, ma non è il solo. A differenza di quanto avveniva in passato, oggi non si realizzano più le condizioni storiche e sociali il cui lo strumento della scomunica funge da vero deterrente. Ad ogni modo, per completezza espositiva, si ricorda brevemente la scomunica riguardante la massoneria⁶³ ed i suoi aderenti.

Una scomunica iniziata nel 1738 con la Bolla *In eminenti* di papa Clemente XII che condanna l'intera loggia e il pensiero massonico. Secondo il ricercatore evangelico J. Cabral «analizzando la massoneria alla luce delle Sacre Scritture si giunge alla conclusione che è anticristiana, deista e razionalista, e che si inserisce perfettamente nel contesto delle religioni e delle sette false»⁶⁴. La pietra miliare nella storia dei rapporti tra Chiesa e massoneria è di un un secolo e mezzo più tardi: la *Humanum genus*, emanata da Leone XIII. La scomunica verrà inserita anche nel *Codex Iuris Canonici* del 1917 e poi la Congregazione per la Dottrina della Fede si pronuncerà sull'argomento prima nel '81, poi nell'83, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo CIC dove la massoneria non viene più menzionata espressamente come nel vecchio.

A precisazione va detto che se la prima loggia-madre nel mondo fu costituita nel 1717 in Italia e, in particolare, a Firenze, il pensiero massonico fu ufficialmente diffuso dal 1730⁶⁵. Chissà se nel caso in cui la stessa azione fosse stata applicata tempestivamente anche nei confronti delle mafie, oggi potremmo raccontare una storia diversa. Chissà come sarebbe stata la storia del paese con un maggiore apporto della Chiesa nella lotta alle mafie. Certo, la scomunica non è e non sarebbe stata la soluzione al male ma sicuramente, avrebbe inciso e lasciato il segno, soprattutto nel dopoguerra. La Chiesa, inoltre, ha condannato senza troppe difficoltà la massoneria in quanto tale ma è pur vero che tutto ciò è viziato da un grosso limite. Infatti, l'associazione massonica è praticamente di natura segreta (gli organi di controllo dello Stato posseggono un elenco degli iscritti alle diverse logge ma un privato citta-

⁶³ Il «termine "massoneria" o "libera muratoria" è di origine francese e deriva da "Maszun", "Massoune mestre". Fu portato in Inghilterra dai Normanni ove si trasforma in "Freemason"» in GIULIANO DI BERNARDO, *Filosofia della Massoneria: L'immagine massonica dell'uomo*, Marsilio, Venezia 1989, p. 11. È proprio nel Regno Unito, durante la festa di S. Giovanni Battista, che viene costituita dai liberi muratori, la Gran Loggia d'Inghilterra (loggia-madre nel mondo). È il 24 giugno 1717 e lo stesso giorno in assemblea veniva eletto il loro Gran Maestro, Anthony Sayer. Pochi anni dopo venne pubblicato il *Libro delle Costituzioni*, meglio conosciuto come le *Costituzioni di Anderson*.

⁶⁴ JOSÉ CABRAL, *Religiones, sectas y herejías*, Florida, 1995, p. 85.

⁶⁵ Questo breve excursus storico era necessario, per comprendere la profondità del messaggio e la posizione della Chiesa nei confronti delle associazioni massoniche.

dino o un ente come la Chiesa non può venirne a conoscenza senza particolare difficoltà) ed è difficile conoscere i soggetti ad essa aderenti. Impossibile invece, per ovvie ragioni, conoscere gli aderenti alle frange della massoneria deviata. Il limite del diritto canonico è riferibile proprio a questo, e cioè alla riconoscibilità degli appartenenti alla massoneria e, quindi, all'applicazione della scomunica. Se si tratta di un'associazione che nasconde l'appartenenza dei suoi adepti, com'è possibile applicare la scomunica agli stessi? Cosa che poi, nella pratica, e almeno dal dopoguerra in poi, è stata scarsamente applicata. Vieppiù, in riferimento alle mafie è decisamente più facile in quanto l'appartenenza alle associazioni mafiose, a differenza delle logge massoniche (quelle non deviate, ovviamente), costituisce reato, pur essendo entrambe associazioni di natura segreta che, però, perseguono fini diversi. Certo, non è semplice affermare in concreto che un singolo soggetto è mafioso e in quanto tale peccatore manifesto a cui devono essere vietati sacramenti e funerale. Inoltre, seppur quasi incredibile a livello teorico, a livello pratico le mafie riescono a far convivere la segretezza dell'organizzazione con la pubblicità della stessa, volta alla legittimazione dei suoi adepti nel territorio in cui è radicata. Proprio su questo la Chiesa, come vedremo, ha usato due pesi e due misure, quanto meno a livello teorico.

Inoltre, Longhitano aggiunge che «l'unica strada praticabile è quella di una limitazione per i mafiosi dei diritti derivanti dallo *status* di fedele cristiano: se sono battezzati nella Chiesa cattolica non si può mettere in discussione la loro appartenenza alla comunità ecclesiale; tuttavia poiché dal comportamento si può fondatamente presumere che i mafiosi non abbiano lo *Spiritus Christi*, bisogna concludere che la loro appartenenza alla Chiesa non è piena. In questo caso possono trovare applicazione le norme previste dal codice per i peccatori manifesti nei canoni già esaminati»⁶⁶.

Per tornare a parlare della scomunica ai mafiosi e del comportamento della Chiesa, si riportano qui le parole di monsignor Mariano Crociata, segretario generale della Conferenza Episcopale Italiana (dal 20 ottobre 2008 al 19 novembre 2013) che afferma: «non c'è bisogno di comminare esplicite scomuniche, perché chi fa parte delle organizzazioni criminali già automaticamente è fuori dalla comunione ecclesiale»⁶⁷.

Una polemica che va avanti da anni e che la Chiesa continua a negare giustificandosi e asserendo che i mafiosi sono già fuori dalla comunità cattolica. Ma se così fosse perché si continuano ad amministrare sacramenti anche

⁶⁶ ADOLFO LONGHITANO, *La disciplina ecclesiastica contro la mafia*, in *Synaxis*, 1996.

⁶⁷ MAURIZIO CRIPPA, *Che faccia ha il Dio dei mafiosi*, *Il Foglio Quotidiano*, 19 novembre 2009.

a uomini condannati per fatti di mafia? Quello a cui le gerarchie ecclesiali tentano di aggrapparsi si riferisce certamente ai mafiosi che abbiano commesso fatti di sangue per i quali è prevista la scomunica. Il problema delle mafie, o meglio, delle associazioni per delinquere di tipo mafioso, così come riconosciute all'interno del codice di diritto penale, è ben più importante e merita maggiore attenzione e pene diverse rispetto alle stesse associazioni per delinquere. Ciò che le differenzia è la fattispecie mafiosa, dettata dal vincolo associativo. Per cui è quasi irrilevante ai fini di questa trattazione l'aver commesso o meno fatti di sangue.

Nell'82 la CESI «diffondeva un comunicato in cui si parlava dell'impegno della Chiesa, ma un sacerdote e storico come Francesco Stabile, allora vicino al cardinale, non mancò di far notare che ci si limitava a condannare il singolo fatto delittuoso e non si coglieva "lo specifico mafioso della forma organizzata e delle connivenze"»⁶⁸. È la conferma di quanto detto, è proprio questo il punto. E lo sanno anche i vertici della Chiesa cattolica, tanto è vero che, nel 1989, il cardinale Poletti, vicario generale di Sua Santità per la diocesi di Roma e presidente della CEI, rifiuta la proposta di scomunica avanzata dall'arcivescovo di Napoli Michele Giordano. Poletti poi è lo stesso che l'anno successivo autorizzerà la sepoltura di Enrico De Pedis all'interno della basilica di Sant'Apollinare di Roma⁶⁹.

In conclusione sarebbe auspicabile esaminare e formulare chiaramente il delitto di mafia e ciò spetterebbe alla CEI, o al massimo alle conferenze episcopali regionali, cosa che fino ad ora è mancata⁷⁰. A questo hanno sup-

⁶⁸ UMBERTO SANTINO, *Una Chiesa lontana dal fronte antimafia*, in *La Repubblica*, 30 dicembre 2006.

⁶⁹ Enrico De Pedis, criminale italiano e boss dell'organizzazione criminale romana, è stato seppellito per ventidue anni nella basilica romana in barba allo stesso diritto canonico. La salma fu traslata su sollecitazione della magistratura dopo che il Vaticano riteneva non opportuna l'estumulazione e "Renatino", dopo il suo assassinio, fu definito "un gran benefattore" dal rettore della basilica monsignor Piero Vergari che così scriveva in una lettera: «Si attesta che il signor Enrico De Pedis nato in Roma - Trastevere il 15/05/1954 e deceduto in Roma il 2/2/1990, è stato un grande benefattore dei poveri che frequentano la basilica ed ha aiutato concretamente a tante iniziative di bene che sono state patrocinate in questi ultimi tempi, sia di carattere religioso che sociale. Ha dato particolari contributi per aiutare i giovani, interessandosi in particolare per la loro formazione cristiana e umana», violando sonoramente lo stesso codice di diritto canonico che al paragrafo 1242 precisa: "Non si seppelliscano cadaveri nelle chiese, eccetto che si tratti di seppellire il Romano Pontefice oppure, nella propria chiesa, i Cardinali o i Vescovi diocesani anche emeriti".

⁷⁰ Si è tenuto il 15 giugno 2017 in Vaticano, il primo "Dibattito Internazionale sulla Corruzione" organizzato dal Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale, presieduto dal Cardinale Peter K.A. Turkson, in collaborazione con la Pontificia Accademia delle Scienze Sociali.

Il gruppo di lavoro sta provvedendo all'elaborazione di un testo ed è stata segnalata la necessità di approfondire, a livello internazionale e di dottrina giuridica della Chiesa, la questione relativa alla scomunica per corruzione e associazione mafiosa.

Comunicato del Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale sulle conclusioni del primo

plito alcuni vescovi che, come vedremo, hanno emanato diversi decreti con valenza applicativa nel territorio della loro diocesi.

3. *Dalla teoria del diritto all'applicazione pratica. I decreti dei vescovi contro la mafia*

A questo punto della trattazione diventa fondamentale approfondire le norme di diritto locale emante dai vescovi. Ai fini del presente studio è opportuno far notare la carenza di provvedimenti adottati dalle singole diocesi per attuare il diritto interno della Chiesa, le sue linee di indirizzo delle diverse conferenze episcopali che sul tema, come abbiamo visto, hanno prodotto interessanti documenti.

Gli ultimi anni, poi, sono stati particolarmente importanti. Abbiamo già visto i decreti delle diocesi di Mileto-Nicotera-Tropea e di Oppido Mamertina a proposito delle funzioni religiose ma sono i decreti di tre diocesi, emanati nel 2013 (da notare, tutti tra maggio e giugno), a catturare l'attenzione e a dimostrare la seria valenza applicativa degli stessi, oltre ad un'altro recentissimo decreto che ha vietato che ha vietato ai mafiosi di essere padrini di battesimo o di cresima.

L'arcivescovo di Monreale Michele Pennisi ha decretato l'esclusione dei mafiosi dalle confraternite⁷¹:

«Non possono essere accolti coloro che si sono resi colpevoli di reati disonorevoli o che con il loro comportamento provocano scandalo; coloro che appartengono ad associazioni di stampo mafioso o ad associazioni più o meno segrete contrarie ai valori evangelici ed hanno avuto sentenza di condanna per delitti non colposi passata in giudicato»⁷².

“Dibattito Internazionale sulla Corruzione”, Bollettino Quodiano – Sala Stampa Vaticano, 17.06.2017, <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/06/17/0417/00943.html>

⁷¹ Per confraternita s'intende, secondo le norme del Diritto Canonico (paragrafo 298 e succ.), un'associazione pubblica di fedeli della Chiesa cattolica. E la disciplina normativa si basa su due documenti essenziali: la Circolare ministeriale del 20 aprile 1998 e la Circolare della CEI n° 28 del 1 marzo 1999 che stabilisce gli indirizzi per la definizione della condizione giuridica delle confraternite. Tra i diversi tipi di Confraternita, assumono un ruolo fondamentale, quelle a scopo esclusivo di culto civilmente riconosciuto. Questo permette alla Confraternita di essere equiparata ad una parrocchia e sottostare alle regole dell'autorità religiosa e non dello Stato italiano. Per inciso, il vantaggio è anche economico dato che non è necessario la dichiarazione dei redditi ma solo un bilancio sulle attività svolte da presentare alla Curia di riferimento.

Sul punto si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, 2008 e ANTONINO MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁷² MICHELE PENNISI, Decreto vescovile n. 210/14 sull'esclusione dei mafiosi condannati con sentenza

Un decreto seguito al silenzio della Chiesa palermitana dopo i fatti che hanno coinvolto la Confraternita delle Anime Sante di piazza Ingastone a Palermo e l'arresto del suo superiore Stefano Comandè⁷³, che, qualche giorno prima, accompagnava con il gonfalone della sua confraternita il defunto boss Giuseppe Di Giacomo.

A seguito di questi fatti interveniva proprio Pennisi che durante un convegno a Monreale⁷⁴ sull'importanza delle stesse confraternite dichiarava:

«Tutti coloro che appartengono ad associazioni di stampo mafioso o ad associazioni più o meno segrete contrarie ai valori evangelici non possono far parte di associazioni religiose, confraternite, comitati festa o consigli pastorali»⁷⁵.

Due giorni dopo Pennisi firmava il decreto in oggetto e subito dopo la Curia palermitana lasciava decadere Comandè dal suo ruolo di superiore della Confraternita che veniva sospesa a tempo indeterminato e affidata ad un commissario visitatore.

Tre anni più tardi, l'arcivescovo di Monreale, (visti i cann. 872, 874, 892 e 893 CIC) emanava un'altro decreto che vieta ai mafiosi di essere padrini o madrine di battesimi⁷⁶ e di cresime:

«Non possono essere ammessi all'incarico di padrino di battesimo e di cresima coloro che si sono resi colpevoli di reati disonorevoli o che, con il loro comportamento, provocano scandalo; coloro che appartengono ad associazioni di stampo mafioso o ad associazioni più o meno segrete contrarie ai valori evangelici e hanno avuto sentenza di condanna per delitti non colposi passata in giudicato»⁷⁷.

Pochi giorni dopo, proprio a dar forza alle parole del vescovo di Monreale, la CESI in un suo comunicato scriveva:

«In merito alla questione sempre attuale e sempre ricorrente della pre-

definitiva, dalle confraternite dell'Arcidiocesi di Monreale, 05.05.2014.

⁷³ Pregiudicato per droga e boss di "cosa nostra", è stato arrestato il 19 aprile 2014, nel bel mezzo dei riti pasquali.

⁷⁴ "Confraternite risorse di legalità per il nostro territorio", Monreale, 1 maggio 2014

⁷⁵ SALVO PALAZZOLO, *Mafia nelle confraternite, Romeo tace e Pennisi attacca: "Fuori i collusi dalla Chiesa"*, in *La Repubblica*, 3 maggio 2014

⁷⁶ Il provvedimento arriva dopo che in Veneto, la curia padovana avrebbe rilasciato un permesso di idoneità per il battesimo di una nipote di Salvatore Riina, figlio dell'oggi defunto capo dei capi e condannato per associazione mafiosa. Battesimo, che don Vincenzo Pizzitola ha celebrato a Corleone alla presenza di Riina junior, provocando il disappunto di mons. Pennisi che, intervenendo sulla vicenda, ha definito "una scelta censurabile e quanto meno inopportuna".

⁷⁷ MICHELE PENNISI, *Decreto vescovile n. 107/2017 sul divieto ai mafiosi di essere padrini di battesimo o di cresima*, 13.03.2017.

senza della mafia nel tessuto sociale della nostra terra di Sicilia, i Vescovi ribadiscono quanto già affermato in passato attraverso vari documenti [...] Tutti coloro che, in qualsiasi modo deliberatamente, fanno parte della mafia o ad essa aderiscono o pongono atti di connivenza con essa, debbono sapere di essere e di vivere in insanabile opposizione al Vangelo di Gesù Cristo e, per conseguenza, alla sua Chiesa»⁷⁸.

Sulla stessa riga è il decreto della diocesi di Locri – Gerace, dove mons. Morosini ha decretato⁷⁹ la sospensione di tutti gli appartenenti alla Confraternite o di altre Associazioni pubbliche diocesane o appartenenti ai Consigli Pastoral Parrocchiali che risultino rinviati a giudizio da un Tribunale dello Stato italiano, di uno Stato estero o, eventualmente, di un Ordinamento giuridico superiore. Al termine del processo gli stessi poi, potranno essere reintegrati o esclusi e quindi scomunicati.

Ai decreti emanati da Pennisi e Morosini si aggiunge, forse il più discusso ad oggi, quello emanato, nel giugno 2013 da Antonio Raspanti, vescovo di Acireale, che ha aperto un notevole dibattito sull'argomento (interessanti a tal proposito gli studi di Balsamo⁸⁰).

Si riporta la parte finale del documento⁸¹ dove si decreta:

«che sia privato delle esequie ecclesiastiche in tutto il territorio della Diocesi di Acireale chi è stato condannato penalmente per reati di mafia, con sentenza definitiva, dal competente organo giudiziario dello Stato italiano, se prima della morte non abbia dato alcun segno di pentimento».

La privazione delle esequie ecclesiastiche comporta anche la negazione di qualsiasi messa esequiale e per i suddetti defunti cui si negano le esequie ecclesiastiche non è esclusa la possibilità di pregare e di celebrare Messe di suffragio.

Un documento rivoluzionario sul tema che agisce *post mortem*, sempre che prima non si sia verificato un pentimento (e quindi un ravvedimento) durante la vita degli stessi.

Negli ultimi tempi è diventata buona prassi negare le esequie religiose pubbliche per i mafiosi che abbiano commesso fatti di sangue. Per quelle persone che non hanno commesso omicidi e che quindi non vengono sco-

⁷⁸ CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, Sessione primaverile Nicosia, 16-18 marzo 2017.

⁷⁹ GIUSEPPE FIORINI MOROSINI, *Decreto vescovile n. 218 sulla condizione dei fedeli appartenenti ad associazioni ecclesiali, contro i quali venga iniziato un procedimento penale*, 29.06.2013.

⁸⁰ Il documento di Raspanti apre molte riflessioni. Sul punto si rinvia a FABIO BALSAMO., *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie*, in *Diritto e Religioni*, n. 1-2014, pp. 348-365 e Id., *Pubblica sicurezza e tutela dell'autonomia confessionale. Riflessioni a partire dalla negazione delle pubbliche esequie per i mafiosi*, cit.

⁸¹ ANTONINO RASPANTI, *Decreto Vescovo Acireale*, n. 983/13 (CAN), 20 giugno 2013.

municate automaticamente ma che hanno favorito e agevolato in qualche modo la mafia anche in modo esterno all'organizzazione, che l'hanno aiutata e con cui hanno condiviso interessi economici. Le condotte descritte oltre ad essere diverse tra loro, assumono per di più, una diversa valenza.

A tal proposito è opportuno far notare che, in caso di morte di un soggetto in un luogo di appartenenza alla diocesi di Acireale e, quindi, prima dell'applicazione del decreto di Raspanti, il questore del luogo è chiamato ai sensi degli artt. 25-26-27 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773), a valutare l'ipotesi, per ragioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza, di vietare i funerali, o, in alternativa, di limitarne lo svolgimento in particolari forme (es. in forma private, celebrati all'alba)⁸².

Così facendo, la Chiesa può solo accodarsi e lo Stato, per ragioni di ordine pubblico e sicurezza, vanifica, si fa per dire, decreti come questo. Ovviamente a tali provvedimenti è possibile proporre ricorso gerarchico al Prefetto o istanza di riesame dell'atto in autotutela. Nel caso di soggetti diversi per cui non sussistono i divieti imposti dalla Questura, la Chiesa potrebbe autonomamente decidere applicando le norme dettate dal suo diritto interno. Infatti, uno dei pochi casi in cui la Chiesa è andata oltre il provvedimento dello Stato, si è verificato a Mazara del Vallo, dove, il vescovo Domenico Mogavero, dopo il divieto da parte della Questura locale delle esequie pubbliche, ha negato i funerali religiosi in forma privata al boss mafioso Mariano Agate.

Le mafie (soprattutto cosa nostra e 'ndrangheta), dedicano una particolare attenzione alla morte⁸³ e alla scomparsa dei propri adepti. In realtà, tutti dedicano attenzioni speciali alla morte, le mafie ancor di più. È vero infatti che questa non può essere vista e vissuta come un fatto intimistico, privato. La morte è un fatto comunitario, sociale. Così, a volte, i funerali⁸⁴ si trasformano in dimostrazioni di potere o ostentazioni della propria legittimità sul territorio. Tutto con la compiacenza di alcuni uomini di Chiesa, nonostante i divieti prescritti dal CIC.

⁸² ALESSANDRO GALLOTTI, *Concessione e privazione delle esequie ecclesiastiche. Analisi storica, giuridica e pastorale dei cann. 1183 e 1184 del CIC 1983*, Pontificia Università Urbaniana, Roma, 2010.

⁸³ Dall'inchiesta "Acero-Krupi" è anche emerso che per un funerale di un appartenente ad una 'ndrina, i familiari erano disposti a pagare 10 euro per ogni partecipante.

⁸⁴ Anche negli ultimi anni abbiamo assistito a diversi funerali show. Si ricordano qui, per mera completezza espositiva, i funerali sfarzosissimi di John Joseph Gotti jr a New York nel 2002. O quelli di Nick e Nicola Rizzuto celebrati in Canada nel 2009 e nel 2015 (entrambi seppelliti all'interno di una bara coperta d'oro). O ancora quello di Carl Williams in Canada, nel 2010. E poi infine quello di Vittorio Casamonica a Roma nel 2015 che ha fatto il giro del mondo e quello di Paul Massey celebrato nello stesso mese di agosto in Gran Bretagna.

Il paragrafo 1184 individua tra i soggetti a cui non devono essere concesse le esequie anche quei peccatori manifesti⁸⁵ che, prima della morte non diedero nessun segno di pentimento. E se non sono peccatori manifesti, coloro che contribuiscono a rinforzare l'organizzazione mafiosa o gli appartenenti ad essa, cosa dovrebbero essere? Il paragrafo successivo precisa che a chi è escluso dalle esequie ecclesiastiche deve essere negata ogni messa esequiale.

La privazione delle esequie consiste, oltre che in una pena, anche in "un'azione liturgico pastorale a tutela della comunione, che serva da monito all'intera comunità"⁸⁶.

I decreti di Pennisi, Morosini e Raspanti rappresentano dei modelli importanti per porre fuori, definitivamente e veramente, i mafiosi dalla Chiesa, in attesa di maggiori approfondimenti e maggiore studio da parte della Chiesa di Roma. Urgono, infatti, sempre di più, provvedimenti che diano attuazione ai buoni intenti di Francesco e della sua Chiesa e che spieghino come cambiare l'ordinamento canonico ed ecclesiastico per evitare l'accesso dei mafiosi alla comunità ecclesiastica.

4. Martirio cristiano e beatificazione

Il martire «potrebbe definirsi il santo per eccellenza, colui nel quale la *sequela Christi* attinge l'apogeo nell'effusione del sangue, e, unito intimamente ed inscindibilmente al Verbo incarnato, offre la testimonianza più alta e credibile immolando la propria vita»⁸⁷.

Nella tradizione canonica, inerente agli studi canonistici sulla materia⁸⁸, la fonte principale si riferisce a Prospero Lambertini che prima di diventare papa Benedetto XIV, scrisse un'opera, che poi modificò e completò, sulle cause di canonizzazione intitolata *De Servorum Dei Beatificatione et Beatorum Canonizatione*. Ancora oggi per cercare il concetto giuridico di martirio

⁸⁵ "Peccato manifesto" è una situazione di peccato pubblico che rende nel foro esterno il peccatore "indegno"; è un peccato "materialiter" grave, inteso oggettivamente ed allora intrinseco male.

⁸⁶ CRISTINA MARIA PETTINATO, *La Chiesa e la mafia, tra pena e perdono. Spunti per una riflessione sulla relazione tra carità e giustizia nel diritto canonico*, in *Diritto e Religioni*, n. 1-2016, p. 31.

⁸⁷ GERALDINA BONI, *Martirio e diritto canonico. Riflessioni sul caso di don Puglisi*, in *Archivio Giuridico*, vol. CCXXXIII, fasc. 4-2013, p. 427.

⁸⁸ A tal proposito si suggerisce la lettura di J. L. GUTIÉRREZ, - *I laici, la politica e il martirio in Ius Ecclesiae*, 1, 2005, pp. 55, ALDO MARIA VALLI, *Chiesa. Fede e martirio. Testimonianze dei vescovi Vasylyk e Longa in Studi cattolici*, fasc. 526, 2004, pp. 924; ERNESTO PIACENTINI, *Concetto teologico-giuridico di martirio nelle cause di beatificazione e canonizzazione in Monitor ecclesiasticus*, 1978, fasc. 2, pp. 184-247.

cristiano è questo il punto di riferimento.

Il processo di beatificazione⁸⁹ deve seguire un percorso obbligato che inizia all'interno della diocesi e con questo, la Chiesa cattolica riconosce l'ascensione di una persona defunta al Paradiso e il culto pubblico nell'ambito della Chiesa particolare.

Alla fine del processo, che può essere iniziato dopo cinque anni dalla morte del candidato, i cardinali accettano il martirio cristiano proponendo il giudizio al papa che decide.

Dal processo, che per i martiri è necessariamente diverso da quello per i confessori⁹⁰, devono emergere *l'amor fidei* e *l'odium fidei*: il primo consiste nella testimonianza di Cristianesimo, un ragionamento ispirato dalla fede, non diretto a svalutare i comportamenti degli altri ma a sottolineare l'accettazione del pericolo in chi vive la propria esistenza cristianamente e quindi la morte di un cristiano che accetta il destino della morte per amore del Messia. Il secondo, invece, deve essere provato giuridicamente nelle cause di beatificazione e occorre un persecutore che infligge la morte ad un cristiano per odio alla fede. Per configurarlo è necessario che ricorrano tre elementi:

1) la confessione di fede del martire; 2) L'odio verso la fede di chi ha ucciso (tiranno); 3) L'uccisione material.

La fede è elemento imprescindibile per accertare il martirio. Deve essere presente sia nel martire in quanto amata che nel persecutore in quanto odiata. Inoltre «è importante che l'ambiente in cui la persona è vissuta e martirizzata affermi e riconosca la sua fama di martire⁹¹, ottenendo grazie. Non sono tanto importanti le ideologie, ma il senso di fede del popolo di Dio che giudica il comportamento martiriale di una persona»⁹².

Diceva padre Pino Puglisi, il primo martire ucciso dalla mafia e riconosciuto dalla Chiesa:

«Il discepolo di Cristo è un testimone. La testimonianza cristiana va incontro a difficoltà, può diventare martirio. Il passo è breve, anzi è proprio il martirio che dà valore alla testimonianza. Ricordate S. Paolo: "Desidero arden-

⁸⁹ Le norme canoniche riguardanti la procedura da seguire nelle Cause dei Santi sono contenute nella Costituzione Apostolica *Divinus Perfectionis Magister* promulgata da Giovanni Paolo II il 25 gennaio 1983.

⁹⁰ Sono coloro che hanno testimoniato la loro fede durante la vita terrena, senza subire però il martirio.

⁹¹ Tra il popolo infatti, deve essere chiara la *fama sanctitas*, ovvero la convinzione circa la sua santità, e la *fama signorum*, e quindi l'efficacia della sua intercessione presso il Signore.

⁹² GIUSEPPE MARTINELLI, Procedura di canonizzazione nella inchiesta diocesana in Quaderni di diritto ecclesiale, XVI (2003), p.23.

temente persino morire per essere con Cristo". Ecco, questo desiderio diventa desiderio di comunione che trascende persino la vita»⁹³.

Il martire cristiano deve essere un martire che è ucciso in odio alla fede e, che rispecchia, per una vita, l'esistenza cristiana comportandosi in tale modo proprio a causa della fede cristiana e proprio per questo motivo non è necessario, come per i confessori, l'attribuzione di un miracolo. Quello serve, ed è necessario, per la canonizzazione e, quindi, la concessione del culto pubblico nella Chiesa Universale, dove ne è, in questo caso, coinvolta l'infallibilità pontificia.

Diversi sono i martiri cristiani, così come diversi sono i preti uccisi dalle mafie⁹⁴, soprattutto in Sicilia. Don Peppe Diana e il beato don Pino Puglisi rappresentano soltanto gli ultimi della lista. Di certo, la beatificazione del parroco palermitano ha allargato le prospettive del diritto canonico e adesso, il mondo ecclesiale è costretto a guardare con maggiore attenzione quello che avviene al di fuori della propria comunità. Francesco poi, ha dato una notevole spinta verso una Chiesa sempre meno chiusa su stessa e sempre più in uscita. Di recente infatti, oltre ad essere stato aperto il processo di beatificazione per il giudice Livatino, di cui si parlerà in seguito, è salito agli onori degli altari il vescovo Oscar Arnulfo Romero, ucciso a San Salvador il 24 marzo 1980 mentre celebrava l'eucaristia, da un cechino di estrema destra. Un processo di beatificazione iniziato con l'apertura della causa nel 1997 ma rimasto bloccato per molti anni.

Successivamente, in occasione del 21esimo anniversario dell'uccisione di don Giuseppe Diana, il vescovo di Aversa Angelo Spinillo ha annunciato l'intenzione di istruire il processo per la beatificazione del parroco casalese ucciso dalla mafia locale, a seguito della petizione presentata dall'Agesci e dal Comitato Don Peppe Diana.

Tutto questo dovrebbe indurre a una maggiore riflessione sul concetto del martirio che, inevitabilmente, è cambiato negli ultimi anni. Nel marzo del 1983 *Concilium* pubblicava un numero monografico su *Il martirio oggi* e a distanza di vent'anni, nell'editoriale⁹⁵ di un'altra monografia dedicata al

⁹³ GIUSEPPE PUGLISI, *La testimonianza che diventa martirio*, in centropadrenostro.it/articoli.asp?ID=22

⁹⁴ Storie e testimonianze di sacerdoti dimenticati rimasti vittime delle mafie sono ricordati tra gli altri nella rassegna di UMBERTO SANTINO, *Sicilia 102. Caduti nella lotta contro la mafia per la democrazia dal 1893 al 1994*, Centro siciliano di documentazione Giuseppe Impastato, Palermo, 1995 e in NICOLA GRATTERI, ANTONIO NICASO, *Acqua santissima. La Chiesa e la 'ndrangheta: storia di potere, silenzi e assoluzioni*, cit..

⁹⁵ TERESA OKURE, JON SOBRINO, editoriale - *Ripensare il martirio in Concilium*, fasc. 1, 2003, pp. 15-20. A tal proposito si segnalano anche altri contributi presenti nello stesso numero di *Concilium*, 2003 e in particolare quelli di JOSEPH EMMANUEL SEEMAMPILLAI, SEAN FREYNE, JOSE IGNACIO GONZALES FAUS,

martirio scrivono della necessità di ripensarlo in virtù del cambiamento della realtà da un lato e da una nuova presa di coscienza dall'altro.

Attenderemo, consapevoli di sapere che la Chiesa ha sempre utilizzato santi e beati (a volte anche con determinate strategie) per fornire dei modelli di comportamento a tutti gli appartenenti alla sua comunità⁹⁶. Le beatificazioni di Puglisi e di Romero, e quelle augurate di Livatino e Diana, possono davvero contribuire ad un maggiore impegno della Chiesa nella lotta alle mafie non senza il rischio, positivo, che la creazione di una martirologia mafiosa possa aumentare la responsabilità e l'attenzione della Chiesa di Roma. In fondo, sono soprattutto i cristiani comuni a rendere presente la chiesa nella storia. Negli ultimi decenni, questi, sono stati uccisi dalle mafie e dal terrorismo e si chiamano anche Mattarella, Bachelet, Borsellino, Tobagi, Diana, Puglisi e Livatino.

5. Puglisi, il primo martire di mafia⁹⁷

La beatificazione⁹⁸ di don Pino Puglisi rappresenta un crocevia importante per la storia della Chiesa e in particolare nel contrasto alle mafie. Il riconoscimento del martirio di Puglisi, infatti, pone fuori dal Cattolicesimo e dal Cristianesimo le organizzazioni mafiose. Scrive Massimo Naro che «l'uccisione di don Pino Puglisi non è soltanto un efferato delitto di mafia: è anche la sua testimonianza di fede, amore, speranza»⁹⁹. Infatti, nell'atteggiamento di Puglisi vi è tutto l'atteggiamento del martire cristiano. Egli accetta serenamente il pensiero della morte e questo è dimostrato dalle ultime settimane di vita a Brancaccio così come da quel sorriso prima di morire raccontato proprio dai suoi killer, oggi collaboratori di giustizia. Puglisi infatti, capisce il pericolo e la gravità del momento ma non smette mai di proseguire l'opera di evangelizzazione nella borgata palermitana dove viveva ed era parroco. Il martire cristiano non va alla ricerca della morte, nè fa nulla per provocarla.

CARLOS MESTERS, FELIX WILED, GEORG EVERS, PETER KANYANDAGO E ALBERTO MELLONI.

⁹⁶ Per approfondire: GIUSEPPE DALLA TORRE, *Don Pino Pugliesi ucciso "in odium fidei": la fede che ama la terra*, in *Iustitia*, 3, 2013, pp. 263-270; ID., *Santità e diritto. Sondaggi nella storia del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2^a ed., 2008; ID., *Cittadinanza e cittadinanze: nuove prospettive della solidarietà in una società democratica* in *Iustitia*, 1, 2004, pp. 1-19.

⁹⁷ ROSARIA CASCIO, SALVO OGNIBENE, *Il primo martire di mafia – L'eredità di padre Pino Puglisi*, Edizione Dehoniane, Bologna, 2016.

⁹⁸ Per approfondire leggere GERALDINA BONI, *Martirio e diritto canonico. Riflessioni sul caso di don Puglisi*, cit., p. 427.

⁹⁹ MASSIMO NARO, durante l'incontro, Don Pino Puglisi per il Vangelo, Palermo, 30 aprile 2013.

Semplicemente testimonia ogni giorno il suo credo e l'amore per Cristo .

Il processo per la beatificazione di Puglisi si è svolto in due fasi: la prima all'interno della diocesi palermitana, la seconda in Vaticano, a cura della Congregazione delle Cause dei Santi.

Ad avviare la pratica è stato mons. Domenico Mogavero che ha presentato la proposta di iniziare il processo: il 22 febbraio 1999 è stata istituita la Commissione diocesana per la beatificazione di Puglisi ed il 23 maggio successivo la CESI concedeva il nulla osta per l'inizio della causa del processo. Nel giorno del sesto anniversario della sua morte, si è insediato nella Cattedrale di Palermo il Tribunale diocesano, aprendo il processo *Super vita et martyrio del SdD presbitero don Giuseppe Puglisi, in odium fidei, uti fertur, interfecti*.

Tre anni più tardi, il 16 gennaio 2004 dalla Congregazione delle Cause dei Santi viene emanato il decreto di validità del processo assegnando la causa al relatore padre Daniel Ols che l'8 novembre successivo nomina don Mario Torcivia, come collaboratore esterno per la stesura della *Positio*¹⁰⁰. Esaminata nel maggio del 2006, non viene accolta dal Congresso dei Consultori teologico che richiede materiale aggiuntivo da prendere in cura. Viene realizzata una *Positio suppletiva* e il 10 ottobre 2006 i Consultori, all'unanimità, manifestano voto favorevole sul riconoscimento del martirio di don Pino Puglisi. Il 12 dicembre dello stesso anno «nella sessione ordinaria dei Cardinali e dei vescovi dopo la relazione di monsignor Giovanni Paolo Benotto, gli undici Padri presenti così si esprimono riguardo all'asserito martirio: tre dicono di sì, mentre otto sospendono il giudizio. Due Padri assenti inviano i voti: uno è sospensivo, l'altro è negativo»¹⁰¹. Emergono sei punti critici a cui il postulatore Mogavero deve dare risposta e per superare l'impasse occorrono diversi anni.

Spiegare più adeguatamente l'*odium fidei* nell'uccisore e nei mandanti; 2) Approfondire l'accettazione libera del martirio; 3) Armonia tra operato evangelico del parroco di Brancaccio e indicazioni della Conferenza Episcopale Italiana; 4) Motivare il presunto silenzio di Puglisi ai superiori circa le intimidazioni e le aggressioni ricevute; 5) Ascoltare l'uccisore "pentito" Salvatore Grigoli; 6) L'ipotesi di impostare la Causa *super virtutibus* piuttosto che *super martyrium*

Le risposte vengono presentate ma l'*iter* della causa si blocca e ancora oggi non è risultato chiaro il motivo, anche se è presumibile immaginare, ol-

¹⁰⁰ È la dimostrazione rilevata delle virtù attraverso l'impiego dei Documenti e delle Testimonianze ripresi nell'inchiesta Diocesana che provano, appunto, l'esercizio eroico delle virtù.

¹⁰¹ VINCENZO BERTOLONE, *Padre Pino Puglisi, beato*, San Paolo, Alba, 2013, p. 132.

tre gli ostacoli tecnico giuridici, che il motivo principale sia stato quello della figura di Puglisi come prete sociale e, quindi, verosimilmente antimafia.

Fondamentale è stato aver cambiato l'impostazione della Causa, non più come *super martyrrium* ma come *super virtutibus*. Nell'agosto del 2010 Postulatore diventa mons. Vincenzo Bertolone che il 24 maggio 2011 consegna la *Responsio* al Segretario della Congregazione delle Cause dei Santi. Pochi giorni dopo la Causa viene riesaminata e approvata e successivamente autorizzata da Benedetto XVI (il 28 giugno 2012). Un anno più tardi, il 25 maggio 2013, sono stati circa centomila i presenti, giunti da tutta Italia, alla celebrazione avvenuta al Foro Italico Umberto I di Palermo.

Scrivono i vescovi che la beatificazione del parroco palermitano è un atto positivo, un «incommensurabile dono di grazia per tutta la Chiesa, così come l'esempio luminoso di Rosario Livatino e di altri testimoni, sanciscono la radicale inconciliabilità tra l'impegno per il Vangelo di Cristo ed ogni forma di potere mafioso»¹⁰².

Si tratta di una dimostrazione genuina che sancisce il martirio e la testimonianza della fede.

La Chiesa infatti, beatifica il Puglisi sacerdote che diventa, di conseguenza, un esempio per la Chiesa particolare siciliana ma ancor di più un modello per tutti i cristiani laici e per tutti i sacerdoti.

Per concludere, scrive Geraldina Boni che, nella *beatificatio*,

«l'autorizzazione Papale alla venerazione si riferisce solo a una diocesi o a un determinato territorio, per esempio a una regione. Ed infatti don Puglisi è un martire siciliano, è un "patrimonio" della Chiesa particolare siciliana: il "vissuto" locale della Sicilia ha marchiato a fuoco la sua persona e lo spargimento del suo sangue. Ma se non si può dimenticare questa congiunzione indissociabile, ciò non toglie che, per l'esemplarità e la virtuale universalità della sua testimonianza cristiana non possa venire concesso il pubblico culto per la Chiesa intera attraverso la *canonizatio* che, dunque, ci sentiamo di augurare»¹⁰³.

¹⁰² CONFERENZA EPISCOPALE SICILIANA, *Amate la giustizia, voi che governate sulla terra*, 9 ottobre 2012.

¹⁰³ GERALDINA BONI, *Specificità del martirio di don Giuseppe Puglisi: considerazioni canonistiche*, in *Diritto e religioni*, n. 2- 2013, pp. 414 - 431

6. *Livatino: Il primo beato laico ucciso dalle mafie?*

Rosario Angelo Livatino è stato un giudice ucciso dalla *stidda*¹⁰⁴ il 21 settembre del 1990 mentre si recava a lavoro, al Tribunale di Agrigento. Ai suoi assassini, un attimo prima di morire, chiese: “cosa vi ho fatto, picciotti?”. Una domanda semplice, posta un attimo prima di morire e che fa riflettere sulla figura e sulla semplicità di questo giudice morto a soli 38 anni.

Non si lasciò andare a parole di odio ma pose una domanda, preoccupandosi quasi di aver compiuto un torto ai suoi assassini. Grazie al testimone di giustizia Pietro Ivano Nava, sono stati individuati e condannati con pene definitive i componenti del commando e i mandanti.

Ha detto di lui papa Francesco, rivolgendosi ai membri del Consiglio Superiore della Magistratura: «Testimone esemplare dello stile proprio del fedele laico cristiano: leale alle istituzioni, aperto al dialogo, fermo e coraggioso nel difendere la giustizia e la dignità della persona umana»¹⁰⁵.

A tre anni dalla sua morte Carmelo Ferraro, all'epoca vescovo di Agrigento, incaricò Ida Abate (insegnante di Livatino) di raccogliere testimonianze per la causa di beatificazione. Poi, nel 2011, il successore di Ferraro, Francesco Montenegro, ha firmato il decreto per l'avvio del processo diocesano di beatificazione, aperto nella Chiesa di San Domenico di Canicattì il 21 settembre 2011. Il Tribunale costituito sta provvedendo ad ascoltare i testimoni indicati dall'ufficio di Postulazione e testimonianze di testi *ex officio*, indicati cioè dallo stesso Tribunale. Inoltre sono in fase di studio tutti gli scritti editi e inediti del Servo di Dio ed, in particolare, si sottolineano qui gli unici due¹⁰⁶ interventi pubblici, considerati una sorta di testamento.

Postulatore della causa di beatificazione è don Giuseppe Livatino e tutt'oggi il processo è ancora allo stato diocesano. La fase nella cui si trova il processo di beatificazione ha l'obiettivo di approfondire ancora meglio la conoscenza del “servo di Dio” in attesa, si augura, di essere trasferito a Roma presso la Congregazione delle Cause dei Santi che inizierà una seconda indagine sulla vita e l'eroicità delle virtù del Servo di Dio e che dovrà appurare che al Servo di Dio sia ascritto almeno un miracolo per intercessione. In particolare dovrà trattarsi di guarigione di un male incurabile, non spiegabile dal punto di vista medico. Sulla base delle conclusioni tratte dalle com-

¹⁰⁴ Organizzazione criminale di stampo mafioso originaria delle province di Agrigento, Caltanissetta e Enna.

¹⁰⁵ IACOPO SCARAMUSSI, *Bergoglio riceve il Csm: Bachelet e Livatino siano modelli*, in *Vatican Insider*, 14 giugno 2014.

¹⁰⁶ *Il ruolo del Giudice in una società che cambia* del 7 aprile 1984 e *Fede e diritto* del 30 aprile 1986.

missioni teologica e scientifica, il Prefetto della Sacra Congregazione per le Cause dei Santi avrà il compito di proporre al Pontefice la firma del decreto di venerabilità, nell'attesa e con l'augurio di essere proclamato "beato".

In conclusione, è bene ricordare quello che disse di Livatino santo Giovanni Paolo II. In occasione della sua visita pastorale in Sicilia nel maggio del '93 lo definì *martire della giustizia e indirettamente della fede*.

7. Le sfide con cui confrontarsi.

Le continue spinte di papa Francesco, le beatificazioni di Puglisi e Romero, i recenti documenti delle diverse conferenze episcopali, l'annunciata elaborazione di un testo, la necessità di approfondire, a livello internazionale e di dottrina giuridica della Chiesa, la questione relativa alla scomunica per corruzione e associazione mafiosa e sempre più una maggiore consapevolezza del fenomeno mafioso fanno ben sperare per il cammino della Chiesa e la fiducia in un futuro diverso.

Il CIC al paragrafo 221 contiene il cd. principio di legalità e non offre una definizione di *delictum*¹⁰⁷, questo però per essere definito, secondo Velasio De Paolis e Davide Cito, deve comprendere tre elementi¹⁰⁸

una violazione esterna della legge o del precetto da un punto di vista oggettivo; 2) la grave imputabilità morale dal punto di vista soggettivo; 3) una sanzione canonica, da un punto di vista legale-

Alla manifestazione della fattispecie del delitto è applicata una pena che è «la risposta che la legge dà al delinquente, a chi ha commesso il delitto. La pena è concepibile pertanto là dove esista il delitto. Il can. 1312 chiama le pene sanzioni penali»¹⁰⁹. Difatti, la Chiesa «è una comunità di fedeli avente anche una struttura sociale "natura socialis Ecclesiae" e come tale possiede il potere derivante dal diritto divino di infliggere sanzioni penali ai suoi membri che commettono delitti»¹¹⁰. Così come previsto dal paragrafo 1311 del CIC che ricollega al delitto la pena. Questa può essere decretata sia grazie

¹⁰⁷ Questo, per il quale è prevista una pena e quindi l'esistenza di una legge a cui è collegata una sanzione, prevede l'esistenza a priori del *peccatum* e si distingue da questo che si configura come atto volontario e cosciente attribuito al soggetto che commette l'azione e del quale risponde soltanto a se stesso e a Dio.

¹⁰⁸ VELASIO DE PAOLIS, DAVIDE CITO, *Le Sanzioni nella Chiesa*, Urbaniana University Press, Roma, 2000 p. 90.

¹⁰⁹ Ivi, p. 106.

¹¹⁰ ZBIGNIEW SUCHECKI, *Chiesa e massoneria*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, p. 49.

ad una legge, sia grazie ad un precetto e «sembra possibile affermare che ogni intervento afflittivo da parte della Chiesa era comunque collegato con il cammino penitenziale e solo il rifiuto – esplicito o implicito – di esso da parte del peccatore ne precludeva l'effettiva sanzione»¹¹¹.

In questi primi anni di pontificato, tante sono state le riflessioni che papa Francesco ci ha donato. Anche sulle mafie è stato chiarissimo ma, probabilmente, uno dei punti fermi che più spesso ha ribadito si riferisce al “cancro” della corruzione¹¹²: “i peccatori pentiti sono perdonati, i corrotti no”¹¹³. E anche su questo occorrerebbe uno sforzo maggiore. Dal punto di vista teologico pastorale, invece, è necessario sottolineare come il “peccato di mafia” sia stato ampiamente riconosciuto dalla Chiesa e in particolare ricompreso tra quelli che vengono chiamati peccati strutturali. Ovvero strutture di peccato¹¹⁴ che ricomprendono azioni che vanno contro la vita, contro la libertà, contro la dignità delle persone. Un peccato che supera la sfera meramente privata ed entra direttamente nella sfera pubblica. Un peccato associativo insomma che colpisce non solo chi delinque ma anche chi in qualunque modo agevola il fenomeno mafioso. Inoltre, il delitto di mafia non comporta obbligatoriamente l'omicidio o la rapina ma è necessario stabilire il *delictum*. Cosa che non è ancora stata contemplata.

È scritto nel Catechismo della Chiesa cattolica:

Il peccato è un atto personale. Inoltre abbiamo una responsabilità nei peccati commessi dagli altri, quando vi cooperiamo: prendendovi parte direttamente e volontariamente; comandandoli, consigliandoli, lodandoli o approvandoli; non denunciandoli o non impedendoli, quando si è tenuti a farlo; proteggendo coloro che commettono il male¹¹⁵.

E continua al paragrafo successivo:

Così il peccato rende gli uomini complici gli uni degli altri e fa regnare tra di loro la concupiscenza, la violenza e l'ingiustizia. I peccati sono all'origine

¹¹¹ GIAMPIETRO MAZZONI, *Comunione ecclesiale e sanzione*, in AA.VV., *Le sanzioni nella Chiesa*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Edizioni Glossa, Milano 1997, p. 16.

¹¹² Sulla corruzione come peccato strutturale si rinvia a ANTONINO MANTINEO, *La condanna della mafia nel recente Magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle Chiese di Calabria e Sicilia*, cit..

¹¹³ Così papa Francesco all'omelia della Messa celebrata la mattina del 27 marzo 2014 presso l'altare della Cattedra in San Pietro, alla presenza di 518 parlamentari italiani.

¹¹⁴ Così definite da Giovanni Paolo II quelle riconducibili al “peccato sociale” che istigano le vittime a compiere a loro volta il male. La definizione di struttura di peccato è comparsa nel contesto della teologia della liberazione (per un approfondimento si rinvia a ANTONINO MANTINEO (a cura di), *Per un approccio alle teologia del contesto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2003).

¹¹⁵ Catechismo della Chiesa cattolica, Città del Vaticano, 1992, n 1868.

di situazioni sociali e di istituzioni contrarie alla bontà divina. Le “strutture di peccato” sono espressione ed effetto dei peccati personali. Inducono le loro vittime a commettere, a loro volta, il male. In un senso analogico esse costituiscono un “peccato sociale”¹¹⁶.

Il quadro è chiaro: esiste il delitto di mafia ma non è riconosciuto esplicitamente all'interno del diritto canonico. Vuoto colmabile con una semplice integrazione (legge o decreto) da parte dell'autorità ecclesiastica suprema da inserire nella legislazione canonica universale. E se, in passato, certi episodi non hanno dato vita a scandalo, non si può dire la stessa cosa oggi. Perché non solo i tempi sono cambiati ma anche le mafie sono cambiate e la società civile è cresciuta molto.

Sul punto si riporta l'interessante analisi sviluppata da padre Giovanni Ladiana¹¹⁷ nel suo libro. Egli individua i tre livelli presenti nei fenomeni criminali:

Quello palese del singolo atto criminoso, che però potrebbe somigliare a qualsiasi reato commesso senza appartenere a organizzazioni criminali: si può uccidere anche solo in un impeto di rabbia. Elemento specifico d'un omicidio commesso da un killer mafioso é che uccide per mandato d'un committente, il boss, e all'interno d'un codice sociale; dunque quell'azione esprime lealtà a un codice in sé criminale, e si radica in una più profonda, strutturale, immoralità: l'insignificanza della vita d'un essere umano di fronte a quel supremo e disumano codice di lealtà.

Il secondo livello riguarda i ruoli di mandante, esecutore e anche cooperatore: c'è una differenza nella responsabilità morale tra questi soggetti? Al di là del ruolo che hanno a livello progettuale e decisionale, entrambi prendono decisioni e compiono azioni in vista del fine generale dell'organizzazione criminale, che può riassumersi nel binomio potere-ricchezza. Quanto sia importante per un cristiano essere cosciente di ciò è chiaro se comprende che il fine delle organizzazioni mafiose è quel peccato d'«idolatria» che la Scrittura descrive come l'anti-Dio. Ma – e ciò vale per ogni essere umano – questa presa di coscienza deve condurre a due conseguenze: riconoscere che non bastano le denunce d'inosservanza della legge da parte di criminali e collusi, conniventi o contigui con loro, bensì che la denuncia deve riguardare la loro azione contro l'umano, e dunque contro la giustizia; e deve spin-

¹¹⁶ *Ivi*, n 1869.

¹¹⁷ Superiore dei Gesuiti di Reggio Calabria, è tra gli animatori di “Reggio Non Tace”, l'associazione di cittadini nata nel gennaio del 2010 dopo l'attentato dinamitardo ai danni della Procura Generale di Reggio Calabria. Ha scritto in collaborazione con VITTORIA PISCIANDARO, *Anche se tutti io no. La Chiesa e l'impegno per la giustizia*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2015.

gersi anche all'accusa contro il sistema economico che, dalle organizzazioni criminali, trae vantaggio e forza.

Il terzo livello individuato da Ladiana è quello degli appartenenti al sistema criminale: è quello forse meno percepito, benché di più profonda portata e, dunque, più gravemente immorale, e costituisce la «struttura di peccato». Proprio perché le azioni criminali hanno il fine di creare un sistema di potere, mediante esse le organizzazioni mafiose cercano – e trovano – capacità d'influsso nell'ambito socio-politico- economico e culturale, il cui peso è pagato soprattutto dalle persone economicamente e socialmente più deboli. Per chi è cristiano essere cosciente della gravità di tale implicazione comporta conseguenze d'enorme portata, perché induce a interrogarsi seriamente sulla verità o meno di tanti discorsi sulla «scelta preferenziale dei poveri» e, quindi, sulla verità o meno del «comandamento dell'amore evangelico».

Tre categorie che la Chiesa dovrebbe distinguere e sulle quali dovrebbe intervenire per chiarire, anche in merito a questo, il reale valore della scomunica ai mafiosi e a tutti quei soggetti coinvolti. Anche ai corrotti, quindi. Inoltre, com'è noto, la partecipazione alle organizzazioni criminali di stampo mafioso non è possibile soltanto commettendo fatti di sangue ma anche rimanendo al di fuori della stessa associazione. Per questo il legislatore italiano oltre al classico 416 bis del c.p. ha previsto altre condotte penalmente rilevanti che rimangono all'interno della struttura mafiosa, seppur con diversi ruoli e responsabilità¹¹⁸.

Si avanzano allora, delle proposte che, se attuate dalle singole diocesi, in attesa di un intervento corale da Roma, potrebbero avere maggiore incisività nel contrasto alle mafie:

- 1) Inserire degli insegnamenti specifici sulla storia e sulla natura delle organizzazioni criminali all'interno delle facoltà teologiche, delle università pontificie e della pastorale universitaria e di formazione in genere;
- 2) Formare i seminaristi offrendo loro opportunità di studio e di incontro volti ad approfondire il fenomeno mafioso e le sue diverse sfaccettature;
- 3) Organizzare dei veri e propri corsi sui rapporti tra mafie e Chiesa chiarendo come e dove la Chiesa può intervenire per contrastare le organizzazioni criminali di stampo mafioso favorendo anche lo scambio tra diocesi e laici;
- 4) Instaurare un maggiore rapporto di collaborazione con le forze di po-

¹¹⁸ L'ordinamento giuridico italiano prevede diversi reati che puniscono chi fa parte o aiuta le organizzazioni criminali mafiose:

- Associazione di tipo mafioso
- Concorso esterno in associazione mafiosa
- Favoreggiamento aggravato alla mafia
- Aggravante del metodo mafioso

lizia al fine di prevenire episodi spiacevoli e modificare il diritto canonico novellando con prese di posizione e linee guida sui comportamenti che la Chiesa locale deve applicare con decreti ad hoc per il suo territorio;

5) Istituire una commissione di studio per analizzare il territorio sotto il controllo della diocesi e offrire indicazioni mirate;

6) Adottare dei decreti, senza fermarsi a quelli, da applicare sul territorio diocesano sugli esempi già forniti diocesi di Locri – Gerace (sospensione di tutti gli appartenenti alla Confraternite o di diocesi Associazioni pubbliche diocesane o appartenenti ai Consigli Pastoral Parrocchiali), Monreale (escludere i diocesi diocesi confraternite e divieto per i mafiosi di essere padrini di battesimo o di cresima.), Acireale (divieto di celebrare le esequie ecclesiastiche per i condannati con sentenza diocesana per reati di mafia) e di Mileto- Nicotera-Tropea (regolamento diocesano per le processioni che, oltre a trasmettere un alto valore simbolico, diocesi spunti e indicazioni importanti sotto il diocesi teologico, liturgico e antropologico, disponendo anche in modo rigoroso la scelta dei portatori e le modalità delle processioni nel territorio della diocesi);

7) Applicare nelle realtà locali le indicazioni fornite dalla conferenza episcopale siciliana con il documento *Nuova evangelizzazione e pastorale* (1994) e quella calabrese nei documenti *Testimoniare il Vangelo – Nota Pastorale sulla 'ndrangheta* (giorno di Natale del 2014) e *Per una Nuova Evangelizzazione della pietà popolare – Orientamenti pastorali per le Chiese di Calabria* (30 giugno 2015);

8) Occorre adottare le regole europee di controllo qualità nelle procedure amministrative e certificare i bilanci economici delle Diocesi e delle Parrocchie;

9) Istruire e intensificare, laddove esistono, corsi per gli amministratori di enti ecclesiastici e per i membri dei consigli ecclesiali per gli affari economici;

10) Non limitarsi ad affrontare tutto questo soltanto in Italia ma impegnarsi nell'ottica di una Chiesa globale che sia in grado di attivare dei percorsi di educazione cristiana che investono sull'educazione dei giovani e degli adulti verso una cittadinanza attiva che profumi di legalità al fine di prevenire il dilagare del fenomeno mafioso e il maggiore radicamento.

Quindi ai fini del nostro studio è opportuno concludere auspicando che gli sforzi dottrinali da un lato e la spinta della società civile dall'altro, possano portare la Chiesa locale e la Chiesa nazionale ad intervenire sull'argomento in un'ottica di crescita e di tutela del bene comune. Del resto il percorso di Stato e Chiesa sulle tematiche di giustizia, soprattutto in Italia, non può e non deve essere diverso. Vieppiù: il sud e la Chiesa del sud possono de-

terminare una liberazione dalle mafie come azione culturale, pastorale, sociale che sia da guida per la Chiesa Universale (Mantineo)¹¹⁹. Sia la comunità ecclesiale, sia quella statale, seppur diverse nelle strutture e negli obiettivi, hanno in comune l'uomo come cittadino e la sua dignità. Si tratta di un percorso comune dove le libertà di coscienza si legano al bene comune e alle esigenze sociali. Un percorso lungo il quale la Costituzione e il Vangelo s'incontrano e, allo stesso tempo, riescono ad essere contro le mafie e alla diretta promozione dell'uomo e del bene del Paese¹²⁰. Lo ha ricordato anche papa Francesco che, durante un'udienza con i magistrati della Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, ha affermato: «il fenomeno mafioso, quale espressione di una cultura di morte, è da osteggiare e da combattere [...] La società ha bisogno di essere risanata dalla corruzione, dalle estorsioni, dal traffico illecito di stupefacenti e di armi, dalla tratta di esseri umani, tra cui tanti bambini, ridotti in schiavitù. Sono autentiche piaghe sociali e, al tempo stesso, sfide globali che la collettività internazionale è chiamata ad affrontare con determinazione»¹²¹.

Così, a conclusione di questo lungo articolo, si propone, oltre ai suggerimenti alle singole diocesi, un paragrafo specifico sul delitto di mafia (anche in combinato con can. 1399 del CIC), con l'augurio di contribuire al contrasto alle mafie da parte della Chiesa, che poi è la lotta di Dio e dell'uomo sul male:

Chi promuove, dirige, partecipa o agevola associazioni di tipo mafioso o comunque ha commesso gravi fatti riconducibili al fenomeno mafioso, indipendentemente da una sentenza di condanna da parte della giustizia penale secolare, sia punito con una giusta pena come la scomunica, se non ha dato segni evidenti di pentimento e di ravvedimento.

¹¹⁹ ANTONINO MANTINEO, *La condanna della mafia nel recente Magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle Chiese di Calabria e Sicilia*, cit., p. 31.

¹²⁰ L'A. è da sempre convinto che soltanto grazie ad un totale coinvolgimento della Chiesa, per la sua struttura e per il suo ruolo, anche e soprattutto sociale, è possibile vincere le mafie e la mentalità mafiosa.

¹²¹ *Udienza. Papa Francesco: la mafia è contraria al Vangelo, è da osteggiare e combattere*, in *Avvenire*, 23 gennaio 2017.

*Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell'ordinamento italiano**

SALVATORE PRISCO

1. Un libro

La locandina di presentazione dell'incontro odierno identifica la senatrice Cirinnà come «autrice della legge sulle unioni civili e convivenze, legge 20 marzo 2016 n. 76».

Proviamo a fare ordine. Ella è effettivamente, come la locandina pure ricorda, l'autrice di un libro, *L'Italia che non c'era. Unioni civili: la dura battaglia per una legge storica*, Fandango, Roma, 2017, in cui riepiloga il lungo e tormentato percorso politico sboccato infine nella normativa approvata, mentre sul piano tecnico nessuna legge ha “padri” o “madri”, che non siano (e, come ovvio, in senso figurato) i Parlamenti che ne hanno approvato il testo.

Vero è anche però, guardando alla sostanza, che – specialmente in tema di diritti civili – un atto normativo è spesso rimasto nella memoria collettiva

* Trascrizione, con l'aggiunta di integrazioni del testo e delle note (aggiornate, come anche il testo, agli sviluppi successivi), dell'intervento all'incontro con la senatrice Monica Cirinnà nel seminario dal titolo *Nuove famiglie e unioni di fatto: il punto di vista del diritto*, organizzato dalle associazioni studentesche La Strada di Casa, Giovani Giuristi Vesuviani e Giovani Menti e svoltosi nell'aula Leone del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli Federico II lunedì 13 novembre 2017. Il lavoro è destinato, in versione ampliata, agli *Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*.

Chi scrive ha conosciuto la collega al cui ricordo è destinato il volume nel quale il presente lavoro è inserito e che troppo presto la sorte ha sottratto al lavoro scientifico e all'affetto di chi l'aveva cara nel periodo in cui è stato professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'allora Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Salerno. I nostri uffici erano contigui, anche se lei insegnava a Giurisprudenza, circostanza che favoriva qualche scambio di idee sui rispettivi interessi culturali (non tanto diversi, in effetti). Era in queste rare occasioni possibile apprezzare la sua lucidità di sguardo anticonformista ai problemi e ricevere talora anche preziose confidenze su temi più personali, benché in genere ostacolate dalla sua proverbiale riservatezza; allora – badando a mascherare la commozione, perché le sarebbe apparso segno di debolezza mostrarla – le brillavano regolarmente gli occhi, se le capitava di parlare del marito o delle figlie.

in quanto legato strettamente al nome di chi se ne era fatto promotore, come una decisione giudiziaria a quello del relatore, o di chi ne era stato parte.

Analogamente a certe leggi, infatti, proprio questo è accaduto per decisioni giudiziarie che hanno “fatto giurisprudenza”, come si usa dire, o rispetto a casi clamorosi, che talora hanno altresì suscitato grande compianto.

Si tratta, del resto, di un modo di identificarle consueto per le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, della Cedu e delle Corti dell’area anglosassone.

Si può ad esempio pensare alla sentenza “Casavola”, n. 203/ 1989, sulla laicità dello Stato, o a quella “Franzese”, n. 30328/ 2002, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, su un caso di responsabilità medica in relazione al quale si è richiamato per decidere il calcolo delle probabilità, o ancora alle vicende sfortunate di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro, Fabiano Antoniani, “Dj Fabo”, sul tema della libertà di scelta delle (e più radicalmente sulle) cure mediche in condizioni estreme di vita e dei suoi limiti.

In Italia è perciò normale ricordare oggi la legge 75/ 1958, che abrogò il sistema delle case di prostituzione controllate dallo Stato, col nome della battagliera senatrice socialista polesana Lina Merlin, che aveva appunto animato quella battaglia, o collegare l’introduzione del divorzio, a molti anni di distanza dai primi tentativi di età post-risorgimentale, ai due parlamentari (il deputato socialista e radicale Loris Fortuna e quello liberale Antonio Baslini) che se ne intestarono la proposta, diventata alla fine la l. 898/ 1970, confermata inoltre da un referendum popolare che ne respinse l’abrogazione; né si saprebbe disgiungere, per fare ulteriori esempi, la depenalizzazione dell’uso personale delle droghe leggere dal nome del politico – sempre radicale – Marco Pannella, o quella di decriminalizzazione dell’aborto (ricorrendone i presupposti, detti anche «indicazioni») dalla memoria delle esponenti del medesimo partito Adelaide Aglietta e Adele Faccio, fino al sostegno dato dall’Associazione Luca Coscioni alla proposta – appena adesso divenuta legge, dopo un lungo e tormentoso dibattito – di introdurre “dichiarazioni anticipate di trattamento” di soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, adeguatamente informati e consenzienti, concernenti la non prosecuzione delle cure mediche per il momento in cui, ammalati in modo grave e irreversibile, essi non fossero più in grado di determinarsi autonomamente al riguardo.

Anche se non facesse cioè più nulla di rilevante nella sua esistenza (il che naturalmente non è augurabile), la senatrice avrebbe dunque già guadagnato una sicura citazione nei futuri libri di storia sul nostro Paese.

Il libro ne documenta le iniziali incertezze ad accettare di essere relatrice del testo unificato, soprattutto per timore di nuocere alla sorte di una più

netta proposta che pure aveva presentato, quella dell'introduzione del matrimonio *same sex*, il conforto ricevuto costantemente dal marito (Esterino Montino, già senatore, poi assessore a Roma e vicepresidente della Giunta regionale del Lazio presieduta da Piero Marrazzo, che dopo le dimissioni di questi gli toccò sostituire e in atto sindaco di Fiumicino) ed è strutturato come la cronaca di una vera e propria guerriglia, intrapresa contro il disegno di legge da "nemici" aperti dello schieramento di centrodestra (che l'autrice chiama i *cavalieri medievali*) e da avversari interni del suo medesimo partito – perciò teoricamente alleati, ma in realtà insidiosi (per la stessa, i *cattodem*) – fino ad identificare altresì assunti traditori dell'ultim'ora (i senatori del Movimento Cinque Stelle), che nella votazione finale si sfilarono dal sostegno da apportare in nome di un accordo precedentemente stretto, perché dubbiosi sul consenso dell'elettorato di riferimento alla proposta della *stepchild adoption*, che infatti non compare più nel testo della legge quale facoltà (almeno apertamente, salvandosi però in forma ambigue gli effetti degli arresti di principio cui era pervenuta sul punto la giurisprudenza minorile¹).

Lungo la strada, l'eroina della narrazione trova peraltro la solidarietà di colleghi di cordata e di sostenitori esterni (il cosiddetto *cirincerchio*), tra i quali sono vi sono elettori e persone comunque interessate, che non le fanno mancare un plauso espresso tramite *e-mails*, dove raccontano anche le loro storie di vita, spesso toccanti, come il libro documenta puntualmente, non astenendosi peraltro dal pubblicare anche reprimende e critiche ispirate alla posizione contraria.

Si potrebbe dire che il volumetto, che ripercorre insomma in prospettiva soggettiva l'*iter* di formazione della legge, chiarisca quale sia stata nella fattispecie «l'intenzione del legislatore», se – ancora una volta – la pignoleria accademica non imponesse invece di disincarnare l'espressione, non attribuendole il senso psicologistico e individualistico che assumerebbe secondo il linguaggio comune, bensì e come noto essendo questo uno dei criteri

¹ Si veda infatti il testo del comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. *Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*» [il corsivo è nostro e la questione di quanto possibile in base a tale richiamo con riferimento a ipotesi di adozione non generale, ma «per casi particolari» sarà ripresa in seguito nel testo del presente lavoro; si veda il paragrafo 3, *sub b*]).

impiegabili per ricostruire, negli ordinamenti di *civil law*, l'andamento dei lavori preparatori, al fine di chiarire dubbi interpretativi, come si fa rispetto alla causa o funzione tipica per il negozio giuridico, distinta in tale modo dai motivi soggettivi che spingono la parte a concluderlo². Non utile a tali fini, dunque, il libro sarà tuttavia prezioso per gli storici del costume e del diritto che verranno per ricostruire il clima di una vicenda politico-giuridica annosa e combattuta, attraverso la voce di una sua protagonista.

2. Una legge

Sul contenuto della legge non è qui necessario soffermarsi troppo, essendo altro l'intento di queste note. Molto d'altronde se ne è già detto da molti e qualcosa anche da chi scrive³ e si può dunque rimandare chi intenda

² Per una distinzione in termini tra *intentio legislatoris* psicologica, quando il sovrano era personale e senso metaforico dell'espressione, in tempi di centralità della decisione politica assunta in sede rappresentativa, si legga AURELIO GENTILI, *Le fonti del diritto privato e l'interpretazione*, in *Manuale del diritto privato*, a cura di SALVATORE MAZZAMUTO, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 34. Più ampiamente, sempre nella manualistica recente, una ricostruzione sistematica dei canoni per l'interpretazione dei testi normativi di cui all'art. 12 delle *Preleggi* è quella di MAURO ORLANDI, in GIUSEPPE AMADIO, FRANCESCO MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni concetti*, Il Mulino, Bologna, 2014, I, p. 92 ss. e spec. p. 100 s., che riconduce – come dalla classica tradizione giuspositivista – l'*intentio legislatoris* all'interno del criterio dell'interpretazione logica (secondo lui successivo e secondo altri equiparato a quello di primo impatto della comprensione del significato letterale delle parole, secondo il loro senso proprio), con richiami bibliografici ivi. Il diverso intento del presente lavoro costringe lo scrivente a rinviare, per una diversa e più realistica visione dell'*interpretazione* e del rispettivo ruolo in essa di legislatore e giudice, specialmente (ma non esclusivamente) costituzionale, al proprio *Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di "agionevole" scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione nel Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 633 ss. e si veda ora anche, nella medesima direzione di pensiero, PAOLO GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*. Lezione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 7 Aprile 2017; Id., *Della interpretazione come invenzione. Lectio magistralis* presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso "L'interpretazione nel diritto del lavoro", Roma, 23 Ottobre 2017, pubblicate entrambe nel sito istituzionale della Corte Costituzionale.

³ Sul piano giuspubblicistico, per l'evoluzione della problematica fino alla vigilia dell'approvazione della legge, ci si permetta il rinvio al nostro *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015 e ivi *Il genere e i suoi diritti. Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, 69 ss. e *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni* (con MARINA MONACO), 160 ss.; sintetico, ma molto acuto, il commento a prima lettura della legge firmato da STEFANIA PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. Cost.*, 3, 2016, p. 567 ss., che contiene anche ulteriori indicazioni bibliografiche; da ultimo, ma per i profili civilistici, si vedano gli *Atti del convegno Unioni civili e convivenze di fatto: aspetti patrimoniali, successori, fiscali e autonomia negoziale*, tenuto a Bologna il 26 Novembre 2016, in *Quad. Fond. it. Not.*, 1, 2017; sarà infine utile seguire gli sviluppi della materia attraverso la ricca messe documentaria e di interventi critici delle riviste *online articolo 29. Famiglia, orientamento sessuale, identità di genere e GenIus*,

informarsi a questa copiosa letteratura.

Si osserverà soltanto che l'urgenza del provvedere – dopo molte resistenze e alcune sentenze di rilievo della Consulta e della Cassazione, che recavano al loro interno decisioni puntuali e altresì prima larvate e poi più stringenti sollecitazioni al legislatore a fare la propria parte, anche per le pressioni che in tale senso venivano dall'Unione Europea e dalla Cedu – ha prodotto un piatto che sistematicamente si presenta come esposto una digestione quantomeno laboriosa.

Sono stati infatti disciplinati assieme oggetti diversi, grazie a un espediente offerto dal regolamento parlamentare, con l'intento di assicurare all'articolato un'approvazione blindata, per essere stato il voto vincolato attraverso l'apposizione della questione di fiducia (il che ha permesso di decapitare gli emendamenti presentati da varie parti a un testo precedente, sottoponendo al voto un maxiemendamento all' articolato medesimo, che era frutto di un accordo di maggioranza).

Oggi si ritrovano quindi normate nella medesima legge (un *monstrum* eterogeneo che consta di una sola disposizione fatta di 69 commi) le convivenze etero e omosessuali – asseritamente «di fatto», ma in realtà, siccome normate, evidentemente ormai *de jure*⁴ – di cui ai commi 35 e seguenti e le unioni civili tra persone dello stesso sesso – di carattere simil-matrimoniale, ma non troppo – di cui ai commi da 2 a 34.

Il testo si presenta cioè come la sintesi topografica di due modi differenti di dare soluzione ai problemi ai quali intendeva rispondere: esclusa (fin dalla

dalle quali si avrà occasione di citare oltre.

⁴ Il che ha provocato in sede giornalistica censure di “statalismo” a siffatto modo di regolare la materia, già quando esso era *in itinere*: si veda ad esempio LUCIANO CAPONE, *Così il ddl Cirinnà insinua lo Stato nelle camere da letto (e da pranzo) degli Italiani*, ne *Il Foglio Quotidiano*, Giovedì 10 febbraio 2016, sulla base dell' assunto che «L'impostazione del disegno di legge prevede l'estensione dei diritti di alcune minoranze a scapito, però, della libertà di tutti. Una fissazione della parlamentare, che ha seguito la stessa logica in un altro decreto (*rectius*: proposta di legge, n. d. r.) che voleva imporre menù vegetariani e vegani a tutti i ristoranti». Ad avviso di chi scrive, peraltro, si tratta invece di garantire diritti minimi (di carattere personale o patrimoniale) all'interno di una specifica formazione sociale, *ex art. 2* della Costituzione. Vero è peraltro che convivenze che rimangano di mero fatto sono molto ristrette, cioè che sfuggono oggi a questa legge unicamente quelle in cui almeno una delle due parti sia minore, ovvero tra esse sussistano vincoli di parentela, affinità, adozione e ovviamente matrimonio o unione civile, o ancora quelle in cui la coabitazione delle parti non sia stabile, come si argomenta *ex c. 36*, giacché quelle che presentino i requisiti di cui a tale comma non sono sottratte ad un minimo di regolazione dei diritti dei singoli in esse, siano o no registrate *ex c. 37* e/o rafforzate da un contratto tipico di convivenza, di cui al comma 50. In definitiva, come chiarisce la circolare del Ministero dell'Interno 7/ 2016, nei rapporti di coppia stabili possono normativamente essere contemplate – dal meno al più della coattività del vincolo e comunque essendovi titolarità di diritti e doveri reciproci – relazioni non registrate, relazioni registrate, relazioni registrate e regolate da appositi contratti, unione civile omosessuale o matrimonio eterosessuale.

sentenza 138/ 2010 della Corte Costituzionale⁵) la recezione del matrimonio omosessuale, che pure è ormai intervenuta in molte legislazioni di Paesi occidentali, anche di *humus* culturale cattolico, venendo altresì confermata dalle rispettive giurisprudenze costituzionali e in altri⁶, da un lato – per le unioni civili omosessuali – fonte di ispirazione è stata la Germania delle *eingetragenen Partnerschaften* (operanti nel Paese fin dal 2001, ma si noti che nel 2017 il matrimonio è stato esteso a coppie omosessuali⁷), dall’altro – per le convivenze, qualunque sia il genere delle parti – la Francia dei flessibili PACS, introdotti nel 1999, ancorché il matrimonio omosessuale sia anche in essa legale dal 2013⁸, mentre Gran Bretagna e Spagna hanno a loro volta legalizzato il matrimonio omosessuale nel medesimo anno, il 2005 e negli

⁵ Sia ancora concesso, al riguardo, il rinvio al volume collettaneo, a cura di chi scrive, *“Amore che vieni, amore che vai”*. *Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁶ Nell’accurata (e soprattutto aggiornata sul piano informativo) voce *Matrimoni tra persone dello stesso sesso*, pubblicata in *Wikipedia*, si legge: «A dicembre 2017 due persone dello stesso sesso possono accedere all’istituto del matrimonio in 26 Paesi: Spagna, Francia, Regno Unito, Germania, Austria, Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Danimarca (compresa la Groenlandia), Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia, Irlanda, Malta, Stati Uniti d’America, Canada, Messico (nella capitale e in cinque Stati), Colombia, Argentina, Brasile, Uruguay, Sudafrica, Nuova Zelanda e Australia. Inoltre in Israele e nelle Nazioni caraibiche di Aruba, Curaçao e Sint Maarten, pur non essendo consentito alle persone aventi lo stesso sesso di accedere all’istituto del matrimonio, vengono registrati i matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati altrove. In vari Paesi, come Italia, Grecia e Svizzera, si può accedere invece a ufficializzazioni diverse dalle nozze; le persone omosessuali hanno infatti accesso alle unioni civili, con inclusa o meno la possibilità di adottare il figlio naturale del *partner*, la cosiddetta *stepchild adoption*».

⁷ È stato detto che «la «svolta tedesca» è «la caduta del muro di Berlino» ed infatti poi anche la Corte Costituzionale austriaca è intervenuta a dichiarare incostituzionale il proprio analogo modello di unione civile omosessuale, in quanto discriminatoria nei confronti del matrimonio. Appena nato, cioè, il disegno contenuto nella legge “Cirinnà”, 76/ 2016, rischia già di venire superato per obsolescenza, trovandosi oggi in compagnia solo di quello svizzero. Si veda MARCO GATTUSO, *La svolta tedesca imprime un’accelerazione anche in Italia: alcune ipotesi sul percorso e i tempi verso il matrimonio egualitario*, in art. 29, online, 1° Luglio 2017 e, sull’Austria, *La Corte di Vienna boccia definitivamente le unioni civili: sì al diritto al matrimonio per tutte e tutti*, ivi, 5 dicembre 2017, La rivista pubblica altresì il testo tradotto della sentenza 4 Dicembre 2017 nn. 258 - 259 e un commento ulteriore ad essa di ROBERTO DE FELICE, *La riserva indiana dell’Unione Civile e l’Austria: privilegia ne inrogato*, ivi, 11 Dicembre 2017.

⁸ Sulla legge tedesca in tema si vedano, *ex plurimis*, FRANCESCO SAIITTO, *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d’istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *Quad. Cost.*, online, 17 Marzo 2011; SALVATORE PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 958 ss.; CRISTINA CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforma*, in *Familia*, 2016, p. 71 ss.; FEDERICO AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi. civ. e comm.*, 2016, p. 1105 ss.; sulla situazione francese in tema di Pacs, WILFRIED RUALT, *Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité*, in *Rev. franç. Sociol.*, 3, 2007, p. 555 ss.; SAMUEL FULLI - LEMAIRE, *La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2016, p. 405 ss.

Stati Uniti tale risultato è stato raggiunto grazie a una sentenza della Corte Suprema di dieci anni dopo⁹.

Con la legge cui ci si riferisce, l'Italia colma dunque un ritardo che non era più sostenibile rispetto ai Paesi europei ed extraeuropei ad essa omogenei sul piano socio-culturale, superando il «silenzio elegantemente repressivo»¹⁰ a lungo tenuto in argomento e avviandosi anch'essa verso un'accelerazione della legislazione in tema di diritti personalissimi in ambito – in senso ampio – bioetico, biopolitico e familiare.

Si può sottolineare tale tendenza recente pensando alla legge sull'equiparazione di trattamento tra figli nati nel matrimonio e fuori di esso (219/2012), col relativo decreto attuativo (D. lgs. 154/2013, agli interventi in senso facilitatore sull'istituto del divorzio (artt. 6 e 12 della l. 162/2014 sulla non necessità del ricorso al giudice in tutti i casi e l. 55/2015, che riduce la necessità della previa separazione a un periodo di sei mesi/ un anno), a quella c. d. del “dopo di noi” (112/2016)¹¹ – non potendosi nemmeno sottovalutare l'apporto della giurisprudenza, che, con la sentenza della Cassazione civile 11504/ 2017, ha come noto introdotto un nuovo criterio di definizione dell'assegno liquidato all'ex coniuge più debole – e infine alla legge sul consenso informato ai trattamenti sanitari e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvata allo spirare della XVII legislatura.

⁹ Si vedano in termini, *ex plurimis*, SILVIA NICCOLAI, *Fondazioni dell'eguaglianza, matrimonio omosessuale, conoscenza giuridica: interrogativi a partire da Obergefell*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia* e ANGIOLETTA SPERTI, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, che apre un ricco dibattito a più voci pubblicato in *Genius*, 2, 2015, p. 5 ss. La seconda Autrice ricorda opportunamente il valore che simili decisioni possono avere anche rispetto ad altri contesti, alla luce del precedente rappresentato dalla decisione *Roe v. Wade*, che, nel 1973, pronunciandosi in senso positivo sull'ammissibilità dell'aborto, influenzò nella medesima direzione la giurisprudenza successiva di diversi Paesi europei. Sia concesso in termini anche di rinviare (ma il libro è anteriore alla decisione della Corte Suprema statunitense) al nostro *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, ora in *La musica della vita...*, cit., p. 1 ss.

¹⁰ Così icasticamente, ma è osservazione diffusa, STEFANO BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra Ottocento e a Seconda guerra mondiale*, in FRANCESCO BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milano - Udine, 2008, p. 41 ss.

¹¹ Nel giudizio del sociologo MARZIO BARBAGLI (di cui vedi in precedenza anche *Famiglia - Sociologia*, voce dell'*Enc. delle Scienze Sociali*, III, Treccani, Roma, 1993, p. 767 ss.) «Tre grandi cambiamenti (...) – la nascita e lo sviluppo delle famiglie ricostituite (cioè quelle di seconde nozze dopo il divorzio, n. d. r.), la formazione delle unioni civili omosessuali, il declino della fecondità (in Occidente, n. d. r.) – sono assai diversi per molti aspetti: per il momento in cui sono iniziati, la durata, le condizioni sociali che li hanno favoriti, i gruppi che hanno coinvolto. Ma essi hanno anche un aspetto comune. Tutti e tre stanno trasformando il nostro sistema di parentela, che non solo ha perso quella tendenza alla patrilinearità (attribuire cioè più importanza a parenti della linea maschile) che ha avuto per secoli, ma che appare sempre meno centrale sui rapporti di consanguineità e sempre più su quelli di affinità»; così *Patriarcato addio. E contano meno i legami di sangue*, ne *La Lettera*, 316, 2017, p. 14 s.

Manteniamo però comunque una specificità culturale, un nostro riconoscibile «margine di apprezzamento» nazionale.

Come sempre, sarà il futuro a dirci se anche noi faremo – e in ipotesi quando – passi avanti verso l'accoglimento del cosiddetto matrimonio «egualitario», (definizione onnicomprensiva che sottolinea l'avvenuto superamento in esso di discriminazioni di genere, ove l'estensione sa stata già accolta), o se si confermerà l'approccio che la giurisprudenza costituzionale appena ricordata si era preoccupata di sottolineare, differenziando le fattispecie tra il matrimonio necessariamente eterosessuale, riconducibile all'art. 29 della Carta fondamentale (in cui però questa preconditione non è letteralmente imposta dal tenore del testo, a meno che non si voglia incasellare tale riferimento nella – in realtà ambigua – espressione «società naturale»¹²) e altri tipi di unione nucleare umana, incasellabili nell'art. 2 come «specifiche formazioni sociali».

In altri termini, anche sotto questo profilo si gioca la dialettica tra tendenza all'omogeneizzazione almeno a scala europea dei modelli e degli stili di vita e resistenze ad essa tradotte in controlimiti culturali e giuridici¹³ che comportano la valorizzazione del ricordato «margine di apprezzamento» nazionale, ma devono confrontarsi con l'altrettanto nota e lungamente studiata pratica dello «*shopping* transazionale dei diritti»: nel caso specifico, con la ricerca e l'acquisizione di tutele giuridiche a scelte di vita laddove esse sono previste e col tentativo di ottenerne poi il riconoscimento interno, in forza del fenomeno del superamento (o della permeabilità) dei confini anche ordinamentali, imposto dai vincoli assunti in sede sovranazionale. Sul punto si tornerà nell'ultimo paragrafo.

¹² Sui lavori preparatori dell'art. 29, si vedano, *ex plurimis*, ROBERTA BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 7 ss.; VITTORIO CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente.org*, 6, 2010 e da ultimo FAUSTO CAGGIA, ANDREA ZOPPINI, *Articolo 29*, in RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, UTET, Torino, 2006, I, spec. p. 602 ss. e RENATO BALDUZZI, *Il modello costituzionale italiano di famiglia e l'evoluzione dei rapporti sociali*, in *Jus-online*, 2, 2015. Sull'art. 2, da ultimo, MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzione italiana: art. 2*, Carocci, Roma, 2017 e, negli scritti qui richiamati, i rispettivi riferimenti bibliografici.

¹³ In tema – e per una difesa dei controlimiti in tale ambito, o meglio ed ancora di più per il punto di vista secondo il quale esiste un «insieme di tradizioni che hanno in comune il Cristianesimo (e l'Ebraismo) come fattore fondativo dell'Europa» – si veda CARLO CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocefisso*, Giappichelli, Torino, 2010 (la citazione a p. 84).

3. Due problemi

Si presentano, dopo l'approvazione della legge, alcuni importanti nodi da sciogliere, vale a dire altrettanti problemi la cui soluzione essa ha lasciato aperta, in particolare almeno tre.

a) In varî Paesi e non solo in Italia, infatti, si è rivendicata da taluni soggetti qualificati, essenzialmente da parte di ufficiali dello stato civile o vertici elettivi delle amministrazioni locali, la possibilità di sottrarsi all'obbligo – imposto appunto dal rapporto di servizio con i pubblici poteri – di partecipare al procedimento volto a concludere un'unione civile o un matrimonio omosessuale, in nome di una contrarietà “di coscienza” all'istituto, sollevando all'uopo un'obiezione tuttavia non codificata.

In un caso, peraltro, si è addirittura assistito negli Stati Uniti al diniego di un soggetto privato di preparare e vendere una torta nuziale per una festa successiva a un matrimonio *same sex*¹⁴, vicenda da cui è nato un giudizio pervenuto fino alla Corte Suprema.

La libertà di coscienza è in Occidente, uno dei pilastri fondativi dell'ordine costituzionale della modernità, di ascendenza illuministica, ma con pre-

¹⁴ Si leggano, con riferimento ad atti diversi, ma sempre riconducibili a prestazioni di servizio pubblico o ad attività private relative all'istituzionalizzazione in varie forme di relazioni omosessuali, ANNA MARIA LECIS COCCO-ORTU, *L'obiezione di coscienza al matrimonio same-sex: un'opzione ammissibile? Riflessioni a partire dalla pronuncia del Conseil constitutionnel*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, online, 18 Novembre 2013; MICHELE SAPORITI, *Mariage pour tous e obiezione di coscienza in Francia*, in *articolo29*, online, 7 Novembre 2014; FEDERICA GRANDI, *Unioni civili e obiezione di coscienza: "questo matrimonio non s'ha da fare, né domani, né mai"*, in *GenLus*, 1, 2017, p. 15 ss. (a partire dal caso *Ladele e McFarlane c. Regno Unito*, n. 51671/10 e 36516/10, CEDU, 2013); MARIA LUISA LO GIACCO, *Enti di adozione e obiezione di coscienza. Osservazioni su alcuni recenti provvedimenti legislativi statunitensi*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2017, p. 189 ss.; ADELAIDE MADERA, *Nuove forme di obiezione di coscienza fra oneri a carico della libertà religiosa e third-party burdens. Un'analisi comparativa della giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. e della Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 16, 2017; ANGIOLETTA SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in *Federalismi.it*, 20, 2017; per la problematica della mancata previsione di tale possibilità da parte del medico chiamato a intervenire a seguito di una Dat e talune reazioni critiche, ma anche per la contestazione di dette censure, *Biotestamento. Lorenzin apre alla possibilità di fare obiezione di coscienza: "Un'esigenza che va assicurata. Incontrerò operatori sanità privata cattolica"*, in *Quotidianosanità.it*, 20 Dicembre 2017, redazionale (in risposta all'interrogazione parlamentare dei deputati Fedriga e altri, n. 3-03452, 2017, avente ad oggetto *Iniziative urgenti volte a riconoscere l'obiezione di coscienza in materia di «testamento biologico»*, a sua volta generata dall'appello ai medici all'esercizio dell'obiezione di coscienza alle D.A.T., anche se normativamente non prevista, rivolto dal superiore generale dell'istituto Cottolengo di Torino e raccolto dall'agenzia di stampa *Ansa*); VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Il biotestamento nel rispetto della persona*, ne *La Stampa*, 22 dicembre 2017; CHIARA SARACENO, *Cattolici contro il biotestamento*, ne *La Repubblica*, 22 dicembre 2017; FABIO CEMBRANI, *Biotestamento e obiezione di coscienza*, in *Quotidianosanità.it*, 23 dicembre 2019; VINCENZO BALDINI, *I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa. Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento*, in *Diritti Fondamentali*, 2, 2017.

cedenti nel Rinascimento¹⁵.

¹⁵ Il tema è di enorme portata e non si può dunque darne conto in una nota meramente informativa. Si deve allora rinviare per tutti almeno, se si voglia, al nostro *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato 'laico'*, Jovene, Napoli, 1986, 75 ss. e poi almeno a SERGIO LARICCIA, *Coscienza e libertà, Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Il Mulino, Bologna, 1989; G. DANESI, *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in PAOLO COMANDUCCI, RICCARDO GUASTINI (a cura di), *Analisi e Diritto*, 1998, p. 77 ss.; GIOVANNI DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000; GABRIELLA GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, ne R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di) *I diritti costituzionali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, III, p. 1131 ss.; ANTONINO SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità. Le radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino, 2008 ed ancora, volendo, a SALVATORE PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed. rivista e accresciuta, Giappichelli, Torino, 2009 (la prima è peraltro del 2007, ma si veda anche Id., *Le radici religiose dei diritti umani*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, III, p. 2683 ss., ora anche in *Costituzione, diritti umani, forma di governo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 111 ss.). Di rilievo anche le annate della rivista *Coscienza e libertà*, pubblicata dal 1978 a cura dell'Associazione internazionale per la difesa della libertà religiosa. Sulla questione specifico del riconoscimento dell'obiezione di coscienza, come istituto che legittima, in base taluni presupposti (variabili a seconda degli ordinamenti) l'istanza individualistica di sottrarsi non tanto a un dovere pubblico (in se stesso «inderogabile», ai sensi della nostra Carta Costituzionale) ma a un unico modo di adempiervi, fra i soli studi monografici italiani recenti e dunque escludendo molti (se non tutti) saggi in riviste e voci di enciclopedia – che farebbero lievitare ancora di più l'elencazione, ma che sono spesso molto pregevoli – occorre rammentare, oltre al nostro *supra cit.*, almeno PAOLO MORMILE, *L'obiezione di coscienza nella giurisprudenza amministrativa*, Jovene, Napoli, 1988; *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà di disgregazione dello Stato democratico*. Atti del convegno di Modena, 30 Novembre – 1° dicembre 1990, RAFFAELE BOTTA (a cura di), Giuffrè, Milano, 1991; ANTONIO GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992; RAFAEL NAVARRO VALLS, JAVIER MARTÍNEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995; VINCENZO TURCHI, *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, con *Prólogo* di RAFAEL NAVARRO VALLS, Jovene, Napoli, 2009; STEFANO VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009; FRANCESCO VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2, 2009, p. 169 ss.; PIERLUIGI CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, ivi, 9, 2009, p. 65 ss.; DAVIDE PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli Editore, Firenze, 2011; *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, PATRIZIA BORSELLINO, LORENA FORNI, SILVIA SALARDI (a cura di), in *Notizie di Politeia*, (101), 2011; BRUNO DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; FEDERICA GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; MICHELE SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014; FABIO e GIANLUCA CEMBRANI, *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, Giappichelli, Torino, 2016 (dove, se si voglia, si legga altresì la prefazione di chi scrive, *Un'Araba fenice e le sue molte reincarnazioni*, p. 5 ss.); LUCIANO MUSSELLI, CLAUDIA BIANCA CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017. In tutti questi libri si trovano riferimenti a quelli precedenti, tra i quali – nella nostra dottrina – è naturalmente imprescindibile il riferimento a Maestri come GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza* (stesura originaria 1950), ora in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 197 ss.; CARMELO CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958; GIORGIO LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; RINALDO BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994. Come si vede, la problematica è eterna, ma ogni nuova generazione si confronta con essa, a partire dalla continua reinterpretazione dell'eroina sofoclea Antigone, per il carattere dicotomico della polarità tra essa e Creonte – raffigurazioni di dogmi contrapposti – e le

L'obiezione in suo nome ad obblighi pubblici imposti (a lungo impossibile, perché del tutto vietata in contesti di Stati che organizzavano società idealmente e religiosamente omogenee) è un dispositivo tecnico attraverso il quale gli ordinamenti giuridici demo-liberali della postmodernità provano a conciliare «le ragioni di Antigone e quelle di Creonte»¹⁶, che devono necessariamente convivere in un equilibrio sempre precario e che va dunque ogni volta tarato nella concreta applicazione.

Esso però va – in ragione dell'esplosione fenomenica del pluralismo ideale e religioso – perimetrato dal legislatore, cui tale compito è tecnicamente da riservare, sotto il controllo degli organi di giustizia costituzionale.

Se, nelle materie e/o circostanze eticamente “sensibili”, va allora prevista al riguardo una garanzia d'istituto e quindi l'indeclinabile contemplazione del meccanismo, il bilanciamento necessario non può essere effettuato in prima od unica battuta dal giudice: in quale forma ed entro quali limiti l'obiezione debba trovare ingresso in ciascun ordinamento positivo e per quali situazioni è infatti decisione – appunto consegnata alla legge – cui pervenire solo all'esito di un confronto tra valori di maggioranza (tra i quali deve esservi, nella descritta prospettiva, la tolleranza, evolutivamente intesa come rispetto della dignità di ogni persona e di identità ideali e spirituali di carattere peculiare) e quelli di chi sia portatore di istanze minoritarie e ne reclami tutela¹⁷.

meno nette, maggiormente inquiete e problematiche, figure di Ismene ed Emone, forse più vicine alla sensibilità contemporanea (per rassegne attuali delle mille riletture, spesso anche di giuristi, si vedano GEORGE STEINER, *Le Antigoni*, trad. it., II ed., Garzanti, Milano, 2003; *Antigone e le Antigoni. Storia forme e fortuna di un mito*, ANNA MARIA BELARDINELLI, GIOVANNI GRECO (a cura di), Le Monnier, Milano, 2010; SOTERA FORNARO, *Antigone. Storia di un mito*, Carocci, Roma, 2012; FABIO CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino, 2017, nel che è del resto la funzione delle opere classiche, fonti di interrogativi e adattamenti sempre nuovi.

¹⁶ Sia qui – per l'espressione – concesso il rinvio a SALVATORE PRISCO, *Obiezione di coscienza al servizio militare e obiezioni di coscienza nell'ordinamento italiano vigente (ovvero: le ragioni di Antigone, le ragioni di Creonte e lo Stato democratico)*, in *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, CEDAM, Padova, 1989, p. 143 ss. (e ora in *Laicità...*, cit., p. 93 ss.).

¹⁷ Incisive e condivisibili sono le conclusioni in merito di FEDERICA GRANDI, *op. ult. cit.*, p. 24: «Le vicende della celebrazione e della trascrizione delle unioni civili vanno apprezzate (...) nel loro essere espressione di pubblico potere, sicché ritenere che l'obiezione di coscienza non sia un diritto costituzionale direttamente azionabile, ma un diritto rimesso alla discrezionalità politica, nel caso dei sindaci non basta. La legittimità dell'eventuale ipotesi di obiezione giustificata deve essere valutata, in primo luogo, in ragione della sua compatibilità con il dovere di fedeltà e di osservanza della legge. Ebbene, il diritto all'inosservanza della legge non può in alcun caso essere riconosciuto a chi esercita poteri come quelli riconosciuti ai sindaci dalla l. n. 76/2016, giacché l'ordinamento non può fare a meno della loro obbedienza in nessun caso, se vuole garantirsi la sopravvivenza. A queste conclusioni però si arriva guardando all'obiezione di coscienza da una prospettiva capovolta nella quale la legittimità delle ipotesi di inosservanza legalizzate va valutata in ragione degli obblighi a cui si chiede di venir meno. È il dovere, difatti, a plasmare l'obiezione di coscienza, non

In concreto, lungo tale direttrice, sarà in altri termini il Parlamento, quale rappresentante politico elettivo della comunità sociale, a dovere di volta in volta optare in ordine alla misura e il modo della recezione, individuando in tal modo il punto per così dire di caduta nell'equilibrio fra contrapposti interessi.

In questa dialettica sarebbe opportuno rifuggire dalle mere logiche e dagli interessi della sola maggioranza parlamentare e attingere piuttosto all'opportuna ricerca di una "volontà generale" dell'Assemblea, essendo cioè sconsigliabili nell'approvazione di tali leggi forzature, come ad esempio sarebbe l'apposizione della questione di fiducia e quindi la riconducibilità della decisione a un mero indirizzo politico di maggioranza e consigliabile invece il ricorso a voti segreti, tipico strumento di tutela nelle "questioni di coscienza"¹⁸.

il diritto». Del resto, ed a tutto concedere, «proprio l'assenza (...) di una contribuzione personale all'atto demandato dalla legge (...), nel caso della celebrazione del matrimonio civile o di un'analogo unione, non giustifica il ricorso all'obiezione di coscienza»: così ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU, *op. cit.*, p. 4, che richiama a sostegno la corretta osservazione di ANNA ELISABETTA GALEOTTI, *Tolleranza, neutralità e obiezione di coscienza*, in GIANNI PAGANINI, EDOARDO TORTIAROLO (a cura di) *Pluralismo e religione civile. Una prospettiva storica e filosofica*. Atti del convegno di Vercelli, 24-25 giugno 2001., Bruno Mondadori, Milano, 2004, p. 237 ss.: «Un conto è che le azioni prescritte dalla legge (...) violino direttamente i dettami della coscienza, (...) un altro è che le azioni prescritte rendano possibili ad altri la violazione». Situazioni che giustificano analoghe conclusioni si erano presentate, in giurisprudenza, a proposito dell'obiezione del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione all'aborto di minorenni che non intendeva informare la famiglia (si veda ad es. Corte Cost., sent.196/1987, su cui EMANUELE ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro It.*, 1988, II, p. 759 ss.) e nel caso di una dottoressa di guardia medica che, professandosi obiettrice di coscienza, pretendeva perciò stesso di sottrarsi anche al soccorso di una donna che già aveva già abortito con l'intervento di un altro medico, cui era però seguita un'emorragia, sicché il suo operato era stato richiesto in questa ulteriore e distinta fase. Per un attento esame delle più recenti decisioni in tema, si legga SIMONA ATTOLLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33, 2013, dove si rinvia anche menzione dei precedenti.

¹⁸ Il tema coinvolge in realtà in prima battuta quello della qualità e del "tono" dei rapporti interni alle Camere tra maggioranza e opposizione e tra Governo e parti della sua stessa maggioranza, coi connessi profili dell'azione dei cosiddetti "franchi tiratori" e dell'attività coperta svolta dalle *lobbies* sui parlamentari, ma più ampiamente riflessioni sul modo di funzionamento (conflittuale o consociativo) della forma di governo e quindi del sistema dei partiti e della leggi elettorali. Nei regolamenti delle nostre Assemblee politiche nazionali, dopo la riforma del 1988, l'art. 49, comma 1° R. C e l'art. 113, comma 4°, R. S, dispongono che sia possibile a richiesta lo scrutinio segreto per votazioni che incidano su principi e sui diritti costituzionali di libertà contemplati negli artt. 6 (minoranze linguistiche), da 13 a 22 e da 24 a 27 (rapporti civili), da 29 a 31 (diritti di famiglia; alla Camera però non sull'art. 31, comma 1°, in tema di formazione della famiglia e assistenza alle famiglie numerose), nonché sul diritto alla salute, rispetto ai diritti della persona di cui all' art.32, c. 2°, Cost. In letteratura si vedano almeno i fondamentali e approfonditi studi di SALVATORE CURRERI, *Il voto segreto: uso, abuso, eccezione*, in LUCIANO VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia: Il Parlamento*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 519 ss.; e già prima ID., *Il voto segreto nei rapporti tra maggioranza e opposizione*, ne SILVANO LABRIOLA (a cura di), *Il Parlamento repubblicano*, Giuffrè, Milano, 1999, p.

In mancanza di precisi capisaldi legislativi si rischierebbe infatti di dare ingresso attraverso interventi giurisprudenziali, caso per caso, a qualsivoglia umbratile ed esulcerata suscettibilità individuale che si proclamasse in ipotesi colpita dall'imposizione di un obbligo giuridico¹⁹, con conseguente aggravio sistemico e infine successiva esplosione di ogni possibilità di coesione dell'ordine democratico, nel quale (come si esprime la nostra Carta Costituzionale) il riconoscimento di diritti dei gruppi e della persona entro di essi coesiste con la richiesta di adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

A rafforzare la tutela del medesimo obiettore sincero (che ha interesse a distinguersi da un opportunista, mero evasore per convenienza pratica rispetto ai doveri giuridici che gli sono imposti), oltre che della comunità generale, non sarà dunque illegittimo che il legislatore – a parte la previsione della pubblicità e non clandestinità dei comportamenti derogatori – preveda una prestazione sostitutiva di peso almeno uguale (o anche più gravoso, sia pure solo simbolicamente, onde scongiurare discriminazioni e il sovrapporsi del disfavore di una valutazione etica a quella giuridica autonoma) di quella declinata e questo non perché tale soluzione sia teoricamente imposta dall'essenza del fenomeno osservato, ma semplicemente perché essa è consi-

129 ss. e Id., *Il voto segreto: questioni applicative e prospettive di riforma*, in *Rass. Parl.*, p. 141 ss., In tali scritti, l'Autore è chiaramente orientato alla massima possibile riduzione dell'area in cui sia invocabile la votazione segreta, nell'ottica della sua preferenza per una "democrazia decidente", o decisionista e dunque anche maggioritaria, nella quale – superati il contesto ideologico del liberalismo ottocentesco, allorchando occorreva apprestare difesa al parlamentare da ingerenze della Corona e quello novecentesco dell'esigenza di tutela del singolo eletto verso lo strapotere di forti partiti di massa – occorrerebbe piuttosto rivitalizzare l'assunzione della responsabilità politica verso l'elettorato. Si tratta di una posizione rispettabile, emersa in una stagione che sembra ormai però alle nostre spalle e sarebbe interessante sapere se egli la riproporrebbe nell'epoca delle pressioni populistiche - plebiscitarie sulle Assemblee elettive e dell'avanzare di istanze di superamento del libero mandato da parte di una diffusa sensibilità politica, manifestatasi in tempi recenti. Si leggano inoltre in termini MARIAVITTORIA CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 191 ss. e infine il sintetico, ma acutissimo, riepilogo di CARLO CHIMENTI, *Voto segreto e voto palese*, in *N mos*, 1, 2016, p. 1 ss., aggiornato alle votazioni in Assemblea sulla decadenza del senatore Berlusconi e appunto a quelle sul ddl. Cirinnà, anche per ricordare con commozione l'Autore attraverso quello che è forse l'ultimo suo scritto.

¹⁹ Si tratta di un fenomeno che ANGIOLETTA SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, cit., p. 1, definisce con altro termine, ma – come sembra allo scrivente – riferendosi ad un analogo ordine di idee: «La parola "complicità" – mutuata dall'espressione inglese "*complicity claims*" – rende bene, a nostro parere, la natura di tali istanze di obiezione di coscienza, in cui (...) il nesso causale tra condotta richiesta dalla legge e il prodursi dell'atto è spesso flebile e, tuttavia, l'obiettore enfatizza in maniera particolare il carattere personale del proprio coinvolgimento e le sue conseguenze sia nella propria sfera personale, che a livello pubblico ed espressivo». La necessità di necessarie previe linee guida legislative fa ritenere non condivisibile nemmeno la soluzione moderata di MICHELE SAPORITI, *La coscienza disubbidiente...*, cit., p. 122, nota 52, di una *interpositio iudicum* a suo avviso possibile, se strettamente esemplata sui modi e le forme in cui il legislatore sia già intervenuto per ipotesi diverse.

gliabile al fine di evitare abusi nella prassi del ricorso all'istituto²⁰.

In assenza di tale intavolazione, la pratica ha suggerito proprio «accomodamenti» amministrativi, caso per caso, ispirati all'intento di salvaguardare tanto le invocate motivazioni di renitenza ad un obbligo, quanto chi richiede una prestazione pubblica, come ad esempio consentire all'operatore renitente di non firmare di persona provvedimenti, o sostituirlo nella loro adozione, giacché altri componenti dell'ufficio si mostravano invece disponibili agli atti necessari²¹.

Se è lodevole l'intento di “salvare capra e cavoli”, la sua realizzazione soffre peraltro gli evidenti limiti di un pragmatismo che non abbia regola (o almeno principio direttivo) *ex ante*²², tanto più che il giudice o l'amministratore che deve determinarsi senza previa copertura normativa non può decidere affidabilmente in solitudine forma, qualità e quantità dell'alternativa, né in ogni caso può farlo quando la concreta condizione dell'ufficio coinvolto non la renda in concreto sperimentabile.

b) La seconda questione aperta (almeno rispetto alla legge che stiamo esaminando) viene definita, con termini inglesi, come quella della *stepchild adoption*, espressione tradotta in genere come “adozione co-parentale”: nel caso specifico, posta una coppia di soggetti del medesimo sesso, di cui uno abbia già uno o più figli minori, si tratta di pervenire al coinvolgimento in qualche modo legittimato dal diritto del *partner* del genitore o della genitrice²³, che successivamente si trovi ad avere formato una coppia omosessuale, nello sviluppo affettivo ed educativo della prole

È evidente la delicatezza della soluzione, che dipende dall'idea che si abbia – alla luce del progresso delle conoscenze scientifiche – sulla desiderabilità o meno di una situazione di evoluzione della vita del minore all'interno

²⁰ Sia ancora concesso rimandare sul punto specifico al nostro *Fedeltà alla Repubblica ...*, cit., p. 150 ss.

²¹ In termini pragmatici è appunto la soluzione contenuta in proposito in un parere reso dal nostro Consiglio di Stato, sezione consultiva sugli atti normativi, il 21 luglio 2016, fondato sulla fungibilità tra vari organi dell'ente locale nell'esercizio della funzione di ufficiale di stato civile, sul quale si legga ROBERTO TONIATTI, *Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull'ineguaglianza delle forme familiari*, in *Genus* 1, 2017, cit., p. 25 ss.

²² Opportune perciò le critiche di ANDREA SCHUSTER, nell'*Introduzione al Focus: Coscienza, religione e non-discriminazione* – di cui si sono già richiamati i contributi di Grandi e Toniatti e che riferisce puntualmente dei divieti di obiettabilità dei doveri di ufficio in proposito e anche di riorganizzazione *ad hoc* degli uffici pubblici determinatisi nelle esperienze olandese, spagnola, francese – per il quale «bilanciare non significa accomodare».

²³ attesa infatti un'evidente diversità quanto a limitazione naturale o meno, a seconda che si tratti di coppia omosessuale maschile o femminile, come nota giustamente SILVIA NICCOLAI, *La maternità omosessuale e il diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015.

di famiglie ad impianto, per così dire, non tradizionale.

Si tratta di una pietra d'inciampo sulla quale, come si è accennato nel paragrafo iniziale, l'intera legge di cui si discute ha rischiato di naufragare, venendo alla fine questo punto (oggetto dell'originario art. 5) stralciato dall'articolato che un faticoso accordo politico provava a fare approvare.

Il principio che presidia l'intera materia dell'adozione, in generale e anche sotto il peculiare profilo che qui rileva considerare, è quello del *best interest of the child*, maturato nella giurisprudenza anglosassone (come è evidente dalla stessa espressione²⁴) e adottato altresì in quella italiana, peraltro con il carico di palpabili differenze culturali, prima che di sistemi e approcci giuridici, che questo trapianto reca con sé.

Com'è noto, la nostra legislazione conosce due strade alternative per dare ingresso all'istituto dell'adozione, o meglio individua una regola e alcune eccezioni, tassativamente precisate.

Innanzitutto v'è quella cosiddetta "piena" o legittimante, di cui possono godere le sole coppie regolarmente sposate e che come presupposto lo stato di abbandono del minore. Essa per un verso determina il costituirsi di una legittima relazione di filiazione tra adottanti e adottato, per l'altro verso comporta l'assoluta rescissione del legame giuridico del secondo con la famiglia originaria (artt. 6 e 7 l. 184/ 1983).

In secondo luogo può procedersi "in casi particolari" a una diversa forma di adozione, che legittimante non è e che può intervenire con effetti più ristretti della piena affiliazione, avendo tuttavia come possibili adottanti anche soggetti singoli, mentre differenti da quelli sopra indicati sono i presupposti dell'applicazione, sia quanto al minore, sia quanto al rapporto di questi con l'adottante (art. 44 della medesima legge).

I predetti "casi particolari", disciplinati con previsione da ritenere non estensibile analogicamente (ma certo interpretabile), riguardano minori orfani e adottabili da parenti fino al sesto grado o da persone legate al minore da rapporto stabile e duraturo precedente alla perdita dei genitori (1° comma, lettera a); ovvero adottabili dal coniuge di uno dei genitori (lettera b); ovvero ancora portatori di un *handicap*, adottabili anche da soggetti diversi da quelli sopra indicati (lettera c, come introdotto *ex l.* 149/ 2001); infine adottabili «quando sia constatata l'impossibilità di affidamento pre-adotti-

²⁴ Si vedano *ex plurimis* ANGIOLETTA SPERTI, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in *Genius*, 1, 2015, p. 236 ss.; GIUDITTA MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015; ELISABETTA LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

vo» (lettera d).

Come si vede dalla elencazione riportata, il principio del migliore interesse possibile del minore – che serve in generale a introdurre regole di protezione a suo vantaggio, valide cioè per ogni minore in quanto non adulto, legittimate oggi in Europa in linea di principio sulla base all'art. 24 della Carta di Nizza²⁵ – implica peraltro e di più anche la possibilità che leggi nazionali e giudici tengano in considerazione specifiche esigenze del caso, per adattare interpretativamente la regola generale, individuata secondo le modalità appena ripercorse, a puntuali necessità derogatorie idonee in ipotesi a realizzarlo in concreto.

Si procede insomma partendo dalla regola generale, ispirata al *favor minoris* (per cui, nell'insieme dei soggetti consociati, si isola da quella adulta la condizione del sotto-insieme “minori”, abbinabile a discipline diversificate), per giungere a ulteriori diversificazioni benefico di minori che si trovino in una situazione ancora più particolare, nel perimetro del sotto-insieme di appartenenza.

In materia, pionieristico è stato, come noto, il Tribunale minorile di Roma²⁶.

In un caso che a chi scrive è già occorso di esaminare, ad esempio (sentenza 299/ 2014²⁷, confermata infine anche dalla Cassazione civile con la

²⁵ Si riporta il testo, sul punto, della Carta: «Articolo 24 *Diritti del bambino*. 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità./ 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente./ 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». Come si vede, a differenza che in altre tradizioni culturali, i bambini sono in linea di principio visti come titolari di loro diritti fondamentali specifici, che non formano cioè oggetto di mere concessioni benevole e l'infanzia non è né la condizione di un *minus habens*, né quella di un “adulto in miniatura”, ma una situazione in se stessa diversificata e non stabile, bensì progrediente in ragione del crescere degli anni e dunque del processo di maturazione, nel passaggio da neonato a bambino e poi a preadolescente e ad adolescente, col limite della maggiore età, momento nel quale inizia convenzionalmente l'età adulta), per cui, solo che questo obiettivo si renda possibile in fatto, l'esercizio di tali diritti – e innanzitutto quello alla presa in esame e alla opportuna considerazione della loro opinione su quanto li riguardi – deve tendere all'autonomia.

²⁶ Un esame “narrativo” di siffatte problematiche è nel libro, di forte impatto, ma di carattere divulgativo e anche autobiografico (in questo somigliante pertanto a quello dal quale si sono prese le mosse), di un magistrato che ebbe appunto a concludere il proprio servizio allo Stato quale presidente di quell'ufficio giudiziario e cofirmatario di alcune delle decisioni in proposito: MELITA CAVALLO, *Si fa presto a dire famiglia*, Laterza, Roma – Bari, 2016.

²⁷ Per un commento in merito, all'interno della sua (corretta) visione dei rapporti tra giudice e legislatore come partecipanti entrambi, a diverso titolo e in differenti forme, al processo di determinazione della norma giuridica e del suo significato, si veda di recente ANTONIO GUSMAL, *Giurisprudenza*,

sentenza 12962/ 2016), una bambina aveva una madre biologica che a sua volta aveva una compagna. Le due signore convivevano all'epoca da molti anni, erano addirittura regolarmente coniugate in Spagna ed in Italia iscritte nel registro delle coppie di fatto tenuto dal Comune; la bambina era dal suo canto cresciuta amorosamente e in modo armonico con tali figure genitoriali ed era stata anche socialmente accettata da parte dei compagni di scuola e dalle rispettive famiglie, come risultava da rapporti degli assistenti sociali versati agli atti del procedimento in cui era stata appunto richiesta l'adozione da parte della compagna (e all'estero altresì moglie) della madre naturale.

Nella specie, quell'organo giudiziario ebbe a fare applicazione proprio dell'art. 44, lettera d), sopra richiamato, ricordando nella sua pronuncia come la medesima disposizione fosse già stata alla base di decisioni che avevano consentito l'adozione da parte di singoli e all'interno di coppie eterosessuali non ritualmente unite in matrimonio, in presenza di una relazione di genitorialità di fatto rispetto al minore e aggiungendo ulteriormente in motivazione che – assunta tale situazione – escludere un'analogha possibilità in presenza di coppie omosessuali (maschili o femminili) sarebbe risultato discriminatorio nei loro confronti, anche per l'ulteriore osservazione dell'intervenuto consolidamento di precedenti giurisprudenziali che avevano già escluso il rilievo, ai fini di un'armonica crescita del minore stesso, dell'orientamento sessuale dei genitori conviventi²⁸.

Non interessa, né sarebbe comunque possibile – anche per i limiti di spazio che allo scritto fin qui steso è stato chiesto di rispettare – continuare ora l'esame di ulteriori decisioni che da parte di altri giudici sono intervenute in merito²⁹, bastando avere richiamato una tendenza, sulla quale ancora una volta sarà il futuro a dirci di più e che si manifesta del resto anche con un'ulteriore variante, ancora più problematica.

4. La prospettiva: il «best interest of the child» come grimaldello per aprire

interpretazione e co-produzione normativa, Cacucci, Bari, 2015, p. 77 ss.

²⁸ Cenni su questo sono nel nostro (con MARINA MONACO) *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, ne *La musica della vita...*, cit., p. 103 ss. e spec. p. 144 ss.

²⁹ GIUDITTA MATEUCCI, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, in *Forum Quad. Cost.*, online, 14 luglio 2016; una rassegna aggiornata della giurisprudenza italiana recente è quella di MARCO GATTUSO e ANGELO SCHILLACI, *Il dialogo tra le Corti minorili in tema di stepchild adoption*, in art. 29, online, 11 Settembre 2017. Da ultimo, si vedano GIOVANNI GALASSO, *Unione omoaffettiva e adozione*, in *GenIus*, 1, 2017, p. 87 ss.; ALESSANDRA NOCCO, *Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di "famiglia, con l'aiuto dei principi internazionali. Nota a Corte d'Appello di Milano, 9 febbraio 2017*, ivi, 2, 2017, p. 119 ss.

la porta a sviluppi futuri. L'ulteriore questione della gestazione per terzi e l'interpretazione evolutiva delle norme di diritto internazionale privato e del limite dell'ordine pubblico internazionale alla luce di tale interesse.

Si pensi infatti ai casi – e ai problemi giurisprudenziali che ne sono nati – di apertura al desiderio di genitorialità esaudito non già mediante la co-adozione di un minore già esistente in vita, ma attraverso quanto la tecnica rende oggi disponibile (a coppie tanto eterosessuali, quanto omosessuali), mediante il coinvolgimento di un soggetto femminile estraneo ad esse, vale a dire la cosiddetta «gestazione per terzi»: questione assai impegnativa, sia sotto l'aspetto antropologico, sia quanto al profilo medico, sia ancora dal punto di vista bioetico.

Preme mettere in luce per concludere (ma solo il presente testo, giacché la relativa problematica resta apertissima) due dati comuni che stanno sotto a fenomeni differenti, come sono quelli riconducibili alle fattispecie rubricabili rispettivamente sotto le lettere b) e c) del paragrafo che precede e a quella di cui si intende discutere brevemente ora, insomma i punti di partenza identici, uno di carattere appunto antropologico e l'altro di ordine giuridico.

Da un lato sta l'ormai chiara dissociazione, nell'ottica delle “nuove famiglie” (o dei “nuovi modi di essere famiglia”)³⁰, intervenuta tra esercizio della sessualità, riproduzione, presenza di prole e sviluppo sereno di questa, un segno palese dell'evaporazione tendenziale e ormai accelerata della tradizione³¹ – anch'essa del resto concetto culturale, quindi non esistita *ab aeterno* e perciò inevitabile, ma frutto di precise contingenze storiche che si vengono evolvendo³² – che ricollegava il perpetuarsi della vicenda umana alla

³⁰ Si veda, per approfondire, CHIARA SARACENO, *Coppie e famiglie. Non questione di natura*, Milano, 2012 e, più recentemente, ID., *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Roma – Bari, 2017.

³¹ Si ricorderà che sull'assunto rispetto di una «ultramillenaria tradizione» è interamente costruita la motivazione della sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale per differenziare il matrimonio eterosessuale, ricondotto senza possibilità di assimilazione ad esso di altre compagini all'art.29 Cost., da altre formazioni sociali di intenzione parafamiliare, incasellate sotto l'art. 2. A parte il richiamo del volume a cura di chi scrive *“Amore che vieni...”*, cit., si leggano in proposito ILENIA MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum Quad. Cost. online*, 11 luglio 2008 (prima della decisione sopra richiamata) e ID., *“Fiat matrimonio!” L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Rivista AiC*, 2, 2012, online (a proposito di Cass. Civ., 4184/ 2012) e più in generale, della stessa Autrice, il volume *La superbia del legislatore di fronte alla “natura delle cose”*, Giappichelli, Torino, 2012.

³² Di talché, essendo declinante la tradizione nazionale (e operanti invece «tradizioni costituzionali comuni»), è proprio il campo familiare quello che maggiormente si presta allo svolgersi di ricerca di

costituzione di progetti di unioni familiari monotipiche in cui convergessero felicemente assieme tutti questi dati, per le possibilità che si sono appunto dischiuse in questo campo in ragione delle applicazioni della tecnica e del mutamento dei paradigmi socio-culturali e che dunque non possono venire trascurate sul piano della regolazione giuridica.

Questa, peraltro, in un'ottica di costituzionalismo multilivello (e siamo al secondo aspetto comune sottostante a fattispecie in se stesse molto diverse), fronteggia soggetti che si muovono alla ricerca della migliore possibile soddisfazione dell'interesse vantato, nell'ottica della tutela più intensa possibile, che è una tendenza non solo non contrastata, ma protetta, nel concreto operare delle Corti.

Così, ad esempio, se in Italia ci si dispone e si è ormai orientati in giurisprudenza ad accordare la *stepchild adoption* "in casi particolari", con effetti dunque limitati, il problema che si pone è che altrove l'adozione è nelle medesime ipotesi piena e d'altra parte operano in materia le norme di diritto internazionale privato, che impongono la trascrizione di atti legittimi negli ordinamenti nei quali erano stati formati, salvo il vincolo di un limite interno di ordine pubblico, che peraltro nemmeno esso costituisce più un argine invalicabile, attesi gli obblighi internazionali e sovranazionali che il nostro ordinamento è tenuto a rispettare³³.

Più gravi interrogativi ancora suscita il problema di trascrivere provvedimenti stranieri relativi a minori nati da una gestazione per terzi, da noi

un turismo giuridico sovranazionale improntato alla ricerca della tutela più intensa, all'interno di un sistema costituzionale *multilevel*, fenomeno da più di uno registrato (si vedano, ad esempio, ANTONINO DE DOMENICO, *Corte Costituzionale n. 49/2015: La Consulta alla prova stepchild adoption*, in *Diritti Comparati*, online, 18 luglio 2016; ANTONIO GUSMAL, *Il concetto di famiglia «inter-costituzionale»*, in LUCA MEZZETTI ELENA FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bonomo, Bologna, 2017, p. 173 ss., che sviluppa l'approccio metodologico contenuto nel suo studio ricordato in precedenza) non senza preoccupazione, giacché «è così che accade che le antinomie fra le fonti citate, attraverso la necessaria opera interpretativa/creativa degli operatori del diritto, vengano risolte in favore della disciplina sovranazionale, e ciò – almeno con riguardo alla Cedu – alle volte in violazione delle indicazioni date da leggi, Costituzioni e Corti Costituzionali, a seconda dei casi e degli Stati, in merito al rapporto tra fonti» (così il primo Autore, *loc. cit.*).

³³ In tema, si veda il *Dossier 203/2016 Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, PAOLO PASSAGLIA (a cura di), con contributi del curatore e di CARMEN GUERRERO PICÓ, SARAH PASETTO, MARIA THERESIA RÖRIG, predisposto dall'ufficio studi della Corte Costituzionale e reperibile al sito *web* dell'organo. Specificamente, da ultimo, sempre con riferimento alla discussione e alle soluzioni giurisprudenziali in ordine alla trascrivibilità di atti legittimamente formati all'estero, ma in contesto diverso dall'ordinamento italiano relativo a famiglie omosessuali, a minori e loro interesse superiore, possono leggersi ILARIA RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIus*, 1, 2017, p. 70 ss.; FRANCESCO PESCE, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, *ivi*, 2, 1017, p. 79 ss., in entrambi i casi con ampi riferimenti dottrinali e precedenti giurisprudenziali.

vietata per effetto dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), mentre l'art. 5 della medesima legge vieta altresì la pratica della procreazione medicalmente assistita – che oggi può essere compiuta anche in via eterologa dalle coppie di persone di genere diverso, a seguito della sentenza 182/ 2014 della Corte Costituzionale – nell'ambito delle unioni omosessuali³⁴.

In linea generale, il tema coinvolge – come si è appena detto – la nozione di «ordine pubblico» come limite all'ingresso negli ordinamenti interni di effetti giuridici di situazioni prodottesi fuori dal nostro territorio nazionale,

Nella materia in discussione, la nostra Corte di Cassazione ha in particolare avuto modo di affermare che «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico» di un atto di cui nella specie si discuteva, «deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»,

In tale contesto, l'ordine pubblico a cui si deve fare riferimento è quello cosiddetto «internazionale», ossia il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico, *ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria*»³⁵.

³⁴ Si vedano in termini ad esempio, in chiave comparata, MATTEO MARIA WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Genlus*, 1, 2015, p. 250 ss.; ALESSANDRA VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, *ivi*, 1, 2017, p. 78 ss. e infine il ricco *Focus, Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di BARBARA PEZZINI, *ivi*, 2, 2017. Specificamente, con particolare attenzione al significato e all'evoluzione del limite dell'ordine pubblico, anche in questo caso con ottica comparativa, FRANCESCA ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, in di ROSANNA FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 235 ss.

³⁵ Si veda per le espressioni virgolettate la sentenza n 19599/ 2016, di cui al sopra citato commento e anche, su altra fattispecie, MATTEO MARIA WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in *Diritti comparati, online*, 23 marzo 2017. La legge 215 /1998 di riforma del diritto internazionale privato va dunque reinterpretata, *in parte qua*, alla luce di tale insegnamento. In termini, si leggano anche GUIDO NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Diritto civile contemporaneo, online*, 19 Gennaio 2015 e, da ultimo, LUIGI FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della*

Va del resto tenuto presente, a sostegno di questo allargamento concettuale per via interpretativa, che l'art. 117, I comma, Cost. impone che la potestà legislativa si svolga da parte dello Stato e delle Regioni, secondo le rispettive competenze, nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Tanto per il caso di adozione in coppia omogenitoriale, ormai legalmente possibile da noi nei termini (limitati) visti sopra, quanto nell'ipotesi (come detto vietata) di gestazione per terzi, prevalentemente su "committenza" eterosessuale, ma in qualche caso clamoroso (si ricorderà quello che ha interessato un noto uomo politico italiano e il suo *partner*) realizzatasi anche in coppie omosessuali e in entrambe le situazioni mediante pratiche svoltesi comunque all'estero, una recente dottrina – muovendosi sempre nell'ottica del migliore interesse possibile del minore – ha ritenuto che, nel caso della genitorialità surrogata, occorra distinguere «da un lato la liceità del contratto e meritevolezza degli accordi fra coppia committente e donna gestante e, dall'altro, l'individuazione della maniera corretta attraverso la quale un ordinamento evoluto debba rapportarsi al fatto che il bambino sia nato, pur se in violazione di un eventuale divieto di surroga di maternità»³⁶.

giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU, in Rassegna di Diritto Pubblico Europeo, online, giugno 2017. Il corsivo del testo è nostro.

³⁶ Così GIOVANNI BERTI DE MARINIS, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015, p. 290 ss., peraltro critico verso la possibilità che la corretta tutela del minore porti a riconoscimenti indiretti di condotte illecite. Nell'ottica di tale distinzione, colpisce che nessuno dei commenti al caso *Paradiso – Campanelli contro Italia*, ricordato sopra in nota, abbia (a scienza dello scrivente) fatto riferimento a un lontano precedente, del tutto analogo, che divise l'Italia alla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo, noto come "il caso Serena Cruz", l'allora bambina filippina adottata dai coniugi piemontesi Giubergia, a seguito di un rapporto extraconiugale del marito con una giovane di Manila nel corso del quale la piccola sarebbe stata concepita, come l'uomo aveva dichiarato. Essendosi accertato in sede di dichiarazione allo stato civile italiano che in realtà la bambina era stata "acquistata", ella fu – a seguito di decisione giudiziaria – tolta alla famiglia che aveva dichiarato il falso, ancorché in essa fosse ben socializzata, affidandola ad altri. Divenuta maggiorenne, Serena (che aveva in seguito appreso per caso gli eventi di cui era stata protagonista) riprese volontariamente i rapporti con la famiglia Giubergia. Sulla vicenda, la scrittrice Natalia Ginzburg scrisse all'epoca un vibrante *pamphlet*, *Serena Cruz o la vera giustizia*, Torino, 1990. Il criterio si presta a molteplici applicazioni concrete, talora discusse: molta attenzione e dibattito nell'opinione pubblica hanno ad esempio destato il caso di quelli che la stampa ha definito i "genitori - nonni" di Mirabello, in Piemonte, cui è stata negata la prosecuzione del rapporto con una figlia nata da pochi mesi, concepita all'estero dalla madre in PMA, o quello dei cosiddetti "amanti dell'acido", così definiti perché riconosciuti corresponsabili di avere sfigurato con un liquido urticante e invalidante giovani che avevano mostrato attenzioni verso la ragazza e il cui figlio neonato è stato ritenuto parimenti adottabile in sede giudiziaria e sempre in nome del *best interest of the child* una sottocommissione del Consiglio Superiore della Magistratura ha chiesto alle Camere l'approvazione di una legge che permetta la sottrazione al contesto familiare di figli dei mafiosi conclamati (a quest'ultimo riguardo si veda criticamente VINCENZO MAIELLO, *Togliere i figli ai mafiosi? Non serve, i tribunali lo fanno*

Per la nostra cultura e dunque anche per il nostro ordinamento giuridico, non appare ai più accettabile la pratica del «nascere per contratto», ossia quella – pur attestata da fonti addirittura romanistiche – della *locatio ventris*, come accordo fondato sull'autonomia privata che, in nome della «prestazione di servizi personali», abbia come oggetto lecito non già e per vero la cessione di un bambino, ma quello che con linguaggio comune (e sfumatura deprecatoria) si chiama «affitto di utero», mentre diversamente accade in altre realtà³⁷.

già, *Il Mattino* di Napoli, Sabato 18 Ottobre 2017, dove il fulcro della critica è nelle parole che seguono: «Pensare di affidare questo genere di provvedimenti al giudice penale, con l'automatismo proprio del regime di applicazione delle pene accessorie ed all'esito di un processo che guarda ai soli profili di accertamento della colpevolezza dell'imputato, equivale a subordinare la tutela del minore a discutibili esigenze di incrudelimento della risposta punitiva»). In ogni caso, per tornare al tema, la conclusione dottrinale riportata in apertura della presente nota è anche quella che si evince da un passo della motivazione della ricordata sentenza Cass. civ. 19599/ 2016: «E decisivo il rilievo che le conseguenze della violazione delle prescrizioni dei divieti posti dalla legge n. 40/2004 — imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia — non possono ricadere su chi è nato». Su di essa possono leggersi, oltre a quelli sopra ricordati, anche i commenti di ANGELO SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *Art.29, online*, 3 Ottobre 2016 e di MARCO GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questione Giustizia, online*, 16 Gennaio 2018, con ulteriori indicazioni in nota.

³⁷ Uno studio propedeutico alla discussione filosofica in argomento dichiaratamente rivolto a “bonificare” il linguaggio con il quale occuparsene e a fissare dati di fatto è quello di PAOLO DONADONI, *Alcune questioni preliminari in tema di gestazione per conto terzi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2006, p. 237 ss. Sulla situazione italiana in diritto si leggano ad esempio, di recente, ANGELO GAMBINO, *Gestazione per conto terzi: mercificazione del corpo femminile, o mero contratto di locazione?*, in *Indottriniamoci.com, online*, 1° luglio 2017, che ricorda il parere in argomento del nostro Comitato Nazionale di Bioetica, reso in data 18 marzo 2016, che a sua volta richiama l'art. 21 della Convenzione di Oviedo del 1987 sui *Diritti umani e la biomedicina* e l'art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che vieta la mercificazione a scopo di trarne profitto del corpo umano e di sue singole parti. Esistono peraltro posizioni diverse, oggi minoritarie. Più articolato è ad esempio il parere del Comitato di Bioetica della Fondazione Veronesi, *Maternità surrogata - profili etici*, redatto da CINZIA CAPORALE, CARLO FLAMIGNI, ELENA MANCINI in data 9 Ottobre 2015 e leggibile sul sito dell'organismo, che distingue tra la gestazione per terzi solidale, da consentire sempre e quella mercantile, da circoscrivere con diverse cautele. Gioverà riportarne le conclusioni: «a. La maternità surrogata *per solidarietà* va sempre ammessa, subordinandola unicamente all'accertamento dei legami affettivi o sociali tra la gestante e il genitore o la coppia di genitori committenti, nonché all'accertamento dell'idoneità della coppia committente alla genitorialità e della madre surrogata a ricoprire tale ruolo dal punto di vista psicofisico. In questo caso è comunque da prevedersi il rimborso delle spese sanitarie dirette sostenute dalla madre surrogata nel corso della gravidanza; b. fatti salvi i requisiti di idoneità di cui al punto precedente e le verifiche del caso, la maternità surrogata che implica una forma di *compenso* della gestante va ammessa soltanto qualora questo non si configuri come un *pagamento* per la prestazione, ma come semplice *rimborso* delle spese sanitarie *dirette* integrato da un ulteriore rimborso delle spese *indirette* che tenga conto (i) della perdita di capacità reddituale cui va incontro la gestante nel corso del periodo che precede la gravidanza, nel corso della stessa e nei mesi subito seguenti e (ii) delle spese generali sostenute durante la gestazione¹⁰. In nessun caso la maternità surrogata dovrebbe assumere il carattere di una professione da parte delle donne che si rendessero disponibili e il numero di gestazioni per altri

Una recentissima sentenza della Corte Costituzionale è intervenuta in siffatto ambito, facendo con prudenza il punto sullo stato della questione nel presente momento storico.

La fattispecie esaminata nasceva dalla richiesta di una coppia eterosessuale di cittadini italiani, i quali avevano dichiarato di avere avuto all'estero (in India) un bambino, riconoscendolo come loro figlio naturale. Nato nella Procura del Tribunale dei minori di Milano un sospetto sulla verità dei fatti come erano stati narrati, erano state condotte indagini e i predetti avevano infine ammesso di avere fatto ricorso a una maternità surrogata, tramite ovodonazione, per una propria impossibilità a generare, essendo affetta da tumore.

Essendo tuttavia tale pratica vietata da noi, come si è già ricordato in precedenza, quel Tribunale aveva avviato – istante il pubblico ministero e con l'intervento di un curatore speciale del bambino, nominato dall'ufficio – un procedimento per fare dichiarare lo stato di adottabilità del minore, pervenendosi a una sentenza che dichiarava falso il riconoscimento di maternità in precedenza effettuato (il genitore era effettivamente tale, cioè il padre naturale), dovendosi il contratto di fecondazione eterologa con maternità surrogata ritenere invalido, quanto alla madre, giacché la legge straniera che invece lo riteneva lecito e valido contrastava con il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 16 della legge 218/ 1995.

In sede di appello, premessosi dalla Corte che nel caso in questione non era da farsi questione circa la trascrivibilità dell'atto di nascita di un neonato, avvenuta in un Paese che consente la maternità surrogata, ma della rimozione degli effetti di un atto che era in quel momento già stato trascritto, giacché non corrispondente al vero storico, quel giudice – pur astrattamente dubbioso del-

andrebbe comunque limitato». Lo studio americano che argomenta la posizione invece del tutto favorevole che si è sintetizzata nel testo è CARMEL SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1992, GIANMARIA AJANI, ARIANNA MAFFIODO (a cura di). Sulle posizioni dibattute nei *Feminist Legal Studies* statunitensi, si possono leggere MARIA ROSARIA MARELLA, STEFANIA CATANOSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in GIACOMO ROJAS ELGUETA, NOAH VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, con introd. di ANDREA ZOPPINI, Romatrepres, Roma, 2014, p. 163 ss. e BIANCA GARDELLA TEDESCHI, *Femminismi giuridici e questioni di genere negli Stati Uniti*, in LUCIA MORRA e BARBARA PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: implicite e crittotype*, Giappichelli Torino, 2015, p. 86 ss.; per un panorama dell'approccio femminista di una dottrina italiana, ORSETTA GIOLO, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2, 2015, p. 63 ss. Paradigmatica è in ogni caso CAROLE PATEMAN, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, trad. it. (nuova ed.), Moretti&Vitali, Bergamo, 2015, sulla cui ambientazione nel dibattito culturale anglosassone si vedano l'ampia introduzione di OLIVIA GUARALDO, p. 9 ss. («non si tratta di una teorica lesbo-femminista, nemmeno di una femminista radicale degli anni '70, bensì di una celebre studiosa del contrattualismo», p. 10) e la recensione di MARTINA MARRAS, in *Fil. Pol.*, 3, 2016, p. 567 ss.

la ragionevolezza e della bontà di vietare, ai sensi dell'art. 12 della l. 40/ 1994, anche gestazioni per terzi definite "solidaristiche", insomma non mercantili – escludeva tuttavia la rilevanza di tale ipotesi nel caso di specie e sollevava piuttosto una questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c. c., «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore», in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU).

Una questione, come si vede, sorta appunto in relazione a un interrogativo sul miglior interesse possibile del nato, venuto alla luce ancorché tale evento fosse avvenuto *contra legem*, in relazione al divieto della pratica impiegata disposto nel nostro ordinamento.

Il giudice *a quo* aveva invero steso un'ordinanza ben motivata: pur consapevole di un precedente orientamento della Consulta che faceva coincidere l'interesse del minore sempre e comunque con il *favor veritatis* circa il suo stato filiale (in molte sentenze, ma quella originaria in termini è la 112/ 1997), aveva in sostanza e in sintesi avanzato un dubbio sorretto da diverse linee argomentative, che qui sarebbe ultroneo ripercorrere nei particolari.

In sostanza, le novità intervenute in fatto per l'ormai consolidato pluralismo dei modelli familiari e nelle tecniche di riproduzione assistita, nonché, sul piano giuridico, la nostra appartenenza da un lato all'Unione Europea e i principi di varie convenzioni internazionali sui diritti del fanciullo, nonché della Cedu e le linee guida del *Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore*, adottate il 17 novembre 2010, assieme all'ormai intervenuto riconoscimento della legittimità di relazioni omosessuali e alla loro stabilizzazione e al mancato rilievo del genere nell'allevamento e nell'educazione della prole, come risultanti da molte pronunzie giurisprudenziali, insomma il mutamento del contesto di riferimento dei problemi, avrebbero potuto imporre (secondo il giudice remittente) soluzioni di diritto più adeguate alla realtà mutata e tuttavia non si era ritenuta possibile nel caso un'interpretazione costituzionalmente orientata, senza cioè un previo passaggio davanti all'organo di giustizia costituzionale.

«Ove fosse consentita una valutazione in concreto dell'interesse del minore, non coincidente col *favor veritatis* – sintetizza in definitiva la Corte in ordine al quesito sottopostole (punto 2.3 della motivazione) – esso potrebbe essere misurato anche alla stregua di altri profili, riguardanti le particolari modalità della nascita, la possibilità di altro legame giuridico, certo e ugualmente tutelante, con la madre intenzionale, e tutte le circostanze, anche relative al rapporto con la madre intenzionale, emerse nella fattispecie in esame».

Com'è noto, la decisione (presidente Grossi, redattore Amato) ha dichiarato l'infondatezza della questione, così non corrispondendo alle attese della parte costituita, che aveva dal suo canto osservato come «in relazione all'art. 263 cod. civ. sarebbe ravvisabile un automatismo, consistente nell'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento ogniqualvolta sussista un difetto di veridicità. (...) A questa previsione sarebbe sottesa una presunzione assoluta, in base alla quale l'interesse del minore sarebbe adeguatamente tutelato soltanto quando venga assicurata la veridicità del legame di filiazione. Per eliminare tale irragionevolezza, dovrebbe essere consentita al giudice la valutazione degli effetti dell'accoglimento dell'impugnazione in relazione all'interesse del minore, in considerazione delle circostanze del caso concreto», nonché della curatrice speciale, parimenti costituita a favore del neonato ed anch'essa intesa ad affermare la preminenza, sul *favor veritatis*, del fattore affettivo, nonostante l'origine viziata del rapporto genitoriale.

Benché attenta a restare all'interno della questione come prospettata dal giudice *a quo* e nel complesso – come si anticipava – guidata da un atteggiamento prudente, la Consulta (che pur riconosce – 4.1 – «un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione») nega che «quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento», aggiungendo che tanto il quadro normativo interno, quanto quello internazionale (molti sono inoltre i riferimenti a sentenze straniere in termini) non depongono a favore di una soluzione tutta proiettata sul *favor veritatis* che non consideri altre esigenze da contemperare con esso, tra le quali quella del migliore possibile interesse del minore.

Come è accaduto in un'altra celebre sentenza in tema di bioetica e che sotto questo profilo assomiglia a quest'ultima, cioè la 138/ 2010 sulle unioni omosessuali non riconducibili nella sua visione al matrimonio, si è di fronte a una porta che sembra dunque serrarsi, nel rifiuto di una decisione che contenga una formula additiva, ma che – a ben vedere – resta socchiusa: il principio della preminenza indiscutibile del *favor veritatis* rispetto alla condizione filiale è ormai divelto dai cardini e lo sviluppo delle questioni, con le pressioni che sicuramente ancora investiranno al riguardo l'organo di giustizia costituzionale, potrà fare nel tempo il resto³⁸.

³⁸ Se è consentita un'autocitazione, chi scrive ha osservato altrove che quelli bioetici e biopolitici sono «problemi di forte rilievo politico, ma che interpellano innanzitutto coscienze individuali e in relazione ai quali proposte e strategie si riaccorpano lungo linee di pressione e di intervento sui poteri pubblici diverse dal solito, perché giungono in genere prima all'attenzione del giudice (di

In particolare, non si perda di vista che nel caso di specie un legame biologico del neonato frutto di gestazione di una terza donna continuava col padre, se non con la madre, a sussistere.

La frontiera di una battaglia futura – che tanto il giudice remittente, quanto la Corte hanno evitato in questo caso di ingaggiare, atteso il pacifico difetto di rilevanza, ma che già si intravede all’orizzonte e che la dottrina ha fatto oggetto di puntuale riflessione³⁹ (tant’è che nelle diverse posizioni dei comitati etici questo è un tema affrontato da tempo) – è tuttavia quella di una possibile apertura alla surrogazione di solidarietà, rigorosamente non “mercantile”, in considerazione ad esempio dell’esistenza di intensi legami, familiari (materni o sororiali), ovvero – e allora più problematicamente⁴⁰ – fortemente affettivi, ma senza che si evidenzi una linea di trasmissione biologica tra padre, madre surrogata e madre “sociale”.

molti giudici) e delle Corti Costituzionali e solo dopo trovano (seppure la trovino) disciplina di legge. Sono agitate da minoranze “intense”, che in Parlamento o non sono presenti, o comunque – se ci sono – soccombono alla forza dei numeri altrui e quindi devono trovare altre strade per fare emergere le *issues* cui tengono. Si è cioè di fronte a una tecnica sperimentata per dare evidenza e forza di pressione a quello che è stato definito criticamente «il traffico dei diritti insaziabili», che si appoggia alla circolazione per via giurisprudenziale dei modelli di tutela dei diritti e in questo modo ne persegue la diffusione». Così in *L’embrione come soggetto di narrazioni*, nel volume *La diagnosi genetica reimpianto...*, cit., p. 85 ss. (p. 106 per la citazione).

³⁹ Agli autori del *Focus* ricordato in precedenza, può aggiungersi EMANUELE LA ROSA, *Maternità surrogata*, in *Diritto on line*, 2017 e gli studi ivi richiamati, concentrati sul versante penalistico e sulle possibili distinzioni che appunto si potrebbero – e secondo alcuni si dovrebbero – introdurre, variando l’attuale panorama di omogenea incriminazione della pratica, in ragione della beneficialità o meno delle intenzioni e dell’attuazione concreta (viene talora assimilata all’ipotesi di “affitto di utero” la donazione samaritana di rene, lecita in Italia fin dal 2010).

⁴⁰ Il problema etico è cioè quello di domandarsi se, assunta una pratica come tecnicamente possibile, essa sia perciò anche sempre eticamente ammissibile (anche se s’intenda l’etica non quale espressione di valori assoluti e atemporali, ma storicamente determinati e tuttavia non ancora metabolizzati – per così dire – nello iato tra più avanzate possibilità tecnologiche e persistenti percezioni morali medie della comunità di riferimento, che oltretutto espongono pratiche scientifiche e tecniche non assistite da largo consenso all’espansione di una logica solo di mercato). Si legga in termini, classicamente, JÜRGEN HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi della genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, trad. it, Einaudi, Torino, 2010, sul quale si veda anche l’analisi critica di OMAR BRINO, *Bioetica e «Metafisica». Il dibattito tra Habermas, Siep e Spaemann in merito al futuro della natura umana*, in *Humanitas*, 59 (4/ 2004), p. 744 ss.

L'assistenza sociale come risposta alle esigenze di una società multiculturale e multireligiosa

ROBERTA SANTORO

1. La nuova dimensione dell'Europa e le professioni sociali

Il nuovo scenario dell'Europa, caratterizzato dall'essersi trasformato giuridicamente in Unione, oggi nei suoi diversi aspetti (giuridico, economico, sociale e religioso) si deve confrontare con la rilevanza del fenomeno migratorio, cioè con la consistente venuta di nuovi popoli e nuove culture, che in vario modo rivendicano il diritto d'ingresso e di esistenza.

Si delinea in Europa una sorta di composizione geografica allargata in cui nello spazio europeo la società si è trovata da una parte a dover verificare "l'esistenza di un fenomeno di esaltazione" della diversità¹, dall'altra ha dovuto affrontare la problematica di nuovi rapporti, quali ad esempio quelli tra culture diverse, tra religioni diverse, tra politiche diverse. Inoltre, per la peculiarità del fenomeno migratorio e della cultura europea in questo campo, anche il rapporto tra religione e politica è sottoposto alla necessità di una verifica.

In questo contesto plurale, che caratterizza le società europee, determinante è il dilemma concernente i temi della "diversità" e della "pluralità", che da un lato sono considerate non come minacce sociali, ma come un arricchimento, e dall'altro generano sentimenti di paura. Nel corso degli anni è mutata profondamente la percezione del ruolo della religione all'interno della società e, conseguentemente, il fenomeno religioso è venuto ad assumere un ruolo di centralità nella storia e nella politica, per una serie di simultanei fattori che hanno svelato anche il potenziale sociale della religione sui sistemi politici ed economici.

L'appartenenza confessionale non è più valutata negli ordinamenti con-

¹ Cfr. GAETANO DAMMACCO, *Multiculturalismo e diritto alla coesistenza delle culture in Europa. Le nuove istanze dei paesi balcanici in Interculturalità e futuro*, a cura di LUISA SANTELLI BECCEGATO, Levante, Bari, 2003, p.285.

temporanei come un fatto solo privato, da far rientrare nella sfera della coscienza individuale, ma è considerata come fenomeno frutto dell'interiorizzazione di una forte esperienza di fede personale che il singolo, la persona, l'individuo proietta nella sfera pubblica².

La religione si è affermata come uno dei fattori principali di identificazione culturale e sociale a livello personale e di aggregazione a livello collettivo, di cui lo Stato sociale non può non tenere conto anche nell'erogazione dei propri servizi e nella determinazione delle politiche pubbliche e sociali³.

Le società diventano sempre più complesse e i sistemi di *welfare* cambiano; il cambiamento investe le logiche di sistema ed i valori di riferimento delle politiche socio-assistenziali, generando nuove sfide socio-giuridiche e impattando sulle professioni sociali⁴.

² Cfr. ROBERTA SANTORO, *Appartenenza confessionale e diritti di cittadinanza nell'U.E.*, Cacucci, Bari, 2008.

³ Il pluralismo religioso che si è andato realizzando nelle società occidentali ha conservato dinamiche di equilibrio fin quando si è sviluppato all'interno dell'orizzonte comprensivo delle confessioni tradizionali conosciute dal nostro habitat geopolitico. Queste confessioni, per quanto possano essere in competizione tra loro, condividono i valori fondamentali che hanno contribuito a formare la storia e la civiltà dei diversi ordinamenti, e trovano agevolmente in un regime di libertà religiosa le condizioni e gli strumenti per una positiva coesistenza. Il quadro si modifica quando, a seguito di sensibili mutamenti nella stratificazione della popolazione, cominciano a radicarsi gruppi sociali che traggono la propria identità da etnie, culture e religioni diverse e lontane rispetto a quelle tradizionali. Questi gruppi sociali non chiedono più soltanto il rispetto della propria fede religiosa, ma tendono a riprodurre al proprio interno comportamenti, usi, costumi, del tutto nuovi per il Paese ospitante e, in alcuni casi, confliggenti con quei valori di base che costituiscono l'identità dell'area nella quale essi stanno inserendosi.

⁴ La globalizzazione ha avuto come effetto "l'apertura" dei confini degli Stati membri, provocando il processo di allargamento dell'Europa, ma soprattutto ha generato l'incontro (e lo scontro) tra religioni e culture differenti. Su queste basi si è affermata una nuova dimensione del pluralismo culturale e religioso, elementi caratterizzanti la società europea.

^A ben vedere queste aperture non sono altro che l'inizio di un processo, che mostra un andamento ondivago e sembra rimodulare per altri fini una linea di confine. Basta osservare la linea di Schengen per constatare che si è posizionata sul confine delineato dal muro di Berlino.

^{1a} ridefinizione dei confini comporta l'introduzione di elementi di squilibrio rispetto ai necessari cambiamenti sociali, politici, economici, culturali e religiosi. Ha trasformato lo spazio europeo da una comunità omogenea sul piano culturale ad un insieme di comunità, che si confrontano nello spazio europeo. La diversità che caratterizza le comunità di nuovo insediamento pone in crisi gli equilibri della convivenza che si erano generati attorno al pluralismo religioso, e così anche i principi giuridici che avevano retto i sistemi giuridici dei sistemi europei.

^D questo nuovo processo deriva una trasformazione degli equilibri socio-politici che sembravano consolidati. Da ciò la necessità di trovare nuovi equilibri e nuove dinamiche geo-politiche sulle quali gravano problemi non più nuovi, ma non ancora risolti come il fenomeno migratorio, le politiche euromediterranee, la sempre più pressante richiesta di altri Paesi d'ingresso nell'U.E. Uno spazio nel quale accanto al pluralismo, accolto come principio giuridico, dovrà essere considerata la rilevanza giuridica anche del multiculturalismo.

^{1a} caratterizzazione multiculturale impone alla cultura europea la ricerca di nuove forme di collocazione della sua centralità, la costruzione di un nuovo umanesimo si afferma quindi al fine di garantire

Ad esempio, non si può ignorare che nella società italiana il problema del multiculturalismo nasce quando insieme all'elemento religioso (o a causa dell'elemento religioso) emerge una differenziazione tanto forte di costumi e di tradizioni da incidere sui basilari valori condivisi che sorreggono il nostro ordinamento e che sono parte integrante degli ordinamenti occidentali.

Una società multiculturale, qual è la nostra, non evolve però spontaneamente in una società interculturale, che trae risorse dalla diversità, generando nuovi problemi per l'organizzazione dei servizi sociali, non intrinsecamente anti-oppressiva, e riproducendo spesso le diseguaglianze strutturali della società e le dinamiche di potere tra professionista e utente⁵. Il servizio sociale, coerentemente con il suo intrinseco sviluppo, deve restare un soggetto attivo anche all'interno del nuovo processo di riorganizzazione dei sistemi di *welfare* in Italia e in Europa e, pertanto, necessita di una nuova riflessione al fine di comprendere le connessioni tra politica, politica sociale e servizi. Serve, dunque, una rinnovata sensibilità interculturale rapportata alle necessità del lavoro sociale, un diverso livello di attenzione per realizzare una gestione dei servizi sociali più consapevole, per realizzare politiche di tutela dei più deboli. In una parola, di fronte a queste nuove sfide, serve una specie di mandato di *advocacy*.

La semplice vicinanza di persone appartenenti a culture diverse, infatti, non porta con sé una maggior sensibilità interculturale e maggior flessibilità di pensiero, piuttosto, al contrario, spesso produce un rafforzamento di stereotipi e di tensioni, specie se il contesto nel quale avviene il contatto non è includente e positivo. L'aumento della diversità porta inevitabilmente un confronto tra pratiche, credenze, usanze, ma soprattutto un serrato confronto tra i valori ritenuti fondamentali da ogni società e che non sono universali nella loro declinazione pratica. Una società multiculturale pone l'attenzione dei suoi membri su scelte etiche sempre più complesse, che potenzialmente

la coabitazione delle differenze in uno stesso spazio politico, religioso, sociale.

^{1a} Italia, il problema del multiculturalismo è causato prevalentemente dal fenomeno migratorio. Si caratterizza principalmente come fenomeno multireligioso, che riguarda lo stanziamento di soggetti che appartengono a religioni di varie aree geografiche (l'Oriente europeo, Medio Oriente, Africa Mediterranea, Africa Subsahariana ecc.). Questi soggetti guardano all'Europa come luogo di pace e di benessere.

^{2a} tratta di persone che abbandonano terre sfruttate da sistemi politici repressivi, da perfide politiche coloniali, da strategie economiche-politiche tendenti a destabilizzare i contesti socio-politici, volti a generare nuovi equilibri sul piano dei rapporti di forza sul piano internazionale. Persone spinte dalla disperazione, dalle sofferenze che per strappare i loro figli alla fame e alla miseria, per conquistare lavoro e libertà, aspirano a trovare uno spazio all'interno della società del benessere.

⁵ Cfr. LENA DOMINELLI, *Il servizio sociale. Una professione che cambia*, Erickson, Trento, 2005

possono esacerbare o dipanare conflitti e tensioni⁶.

Nelle moderne società, il servizio sociale, come risposta a bisogni e conflitti, diventa sempre più necessario in quanto parte integrante del sistema politico ed amministrativo, che è caratterizzato da una forte presenza del dato religioso. Come parte di questo sistema, il servizio sociale, influenzato da tutti gli elementi con cui il sistema politico si deve confrontare, genera nuove professioni attraverso le quali realizzare quella necessaria presenza istituzionale utile al superamento dei conflitti. Per tale ragione, il servizio sociale ha subito profondi e decisivi mutamenti, come ad esempio nel caso italiano con una serie di riforme che hanno portato all'emanazione della legge 328/2000, attivando nuovi processi lavorativi.

2. *Il lavoro sociale e le sue caratteristiche socio-giuridiche alla luce delle direttive europee*

L'importanza delle nuove relazioni prodotte dalla coesistenza delle "diversità", e dalla rilevante componente religiosa che le caratterizza, riguarda anche più diffusamente l'Europa, che sotto il profilo istituzionale si è resa più attenta alla necessità di definire l'assetto normativo del servizio sociale.

In questa prospettiva, negli ultimi anni l'Unione europea si è occupata del problema della protezione sociale e dell'integrazione; temi che sono entrati a pieno titolo tra i principali obiettivi delle sue politiche sociali. Già il Consiglio di Lisbona del marzo 2000, quando già il fenomeno migratorio aveva assunto le caratteristiche di "ordinarietà", aveva previsto alcune linee guida per la strategia contro l'esclusione sociale che dovevano essere adottate dagli stati membri, individuando come strumento per raggiungere questo fine il metodo del coordinamento aperto, OMC⁷.

La coesione sociale è divenuta un punto di forza nella strategia comu-

⁶ Cfr. MILTON J. BENNETT, *Principi di comunicazione interculturale. Paradigmi e pratiche*, Franco Angeli, Milano, 2002. La sensibilità interculturale non è una condizione naturale si ritiene che lo sviluppo della sensibilità interculturale sia la strada che offre la possibilità di far coesistere unità e diversità, cooperazione e competizione, consenso e conflitto creativo nelle società multiculturali. L'attenzione si concentra sulle relazioni tra gli individui, tra i gruppi e l'impegno dell'approccio interculturale è quello di portare le persone a parlare di sé in termini culturali nell'incontro con l'altro, nonché di fare in modo che sia la consapevolezza a supportare la creazione di relazioni interculturali etiche. Ciò che appare importante nell'apprendimento interculturale è come l'esperienza della differenza viene integrata in una prospettiva soggettiva che è a sua volta culturale.

⁷ In questo caso, l'Unione si è trovata a dover entrare in materie di competenza dei singoli Stati nazionali, non previste nei Trattati, se non come obiettivi (art. 136, ora 151), con un intervento che è comunque destinato ad incidere sugli ordinamenti interni, anche se in maniera blanda.

nitaria già con la decisione 2000/436/CE; una enucleazione degli obiettivi individuati è contenuta dettagliatamente nel documento (*“Occupazione e politica sociale”*) presentato dall’assemblea consiliare al successivo Consiglio europeo di Nizza nel novembre 2000 in esecuzione del mandato dei Consigli di Lisbona e di Feira.

Nel 2004 tale obiettivo è stato ribadito con una nuova decisione del Consiglio (2004/689/CE) in cui viene stabilito che *“le politiche per combattere l’esclusione sociale dovrebbero essere basate su un metodo di coordinamento aperto comprendente piani nazionali di azione e un programma di azione presentato dalla Commissione per favorire la cooperazione in questo settore”,...* che *“parallelamente alla politica occupazionale la protezione sociale svolge un ruolo di primo piano”* e infine che *“una società con maggiore coesione sociale e meno esclusione sociale è la garanzia di un’economia più efficiente”*.

In questo quadro di interventi si inserisce anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 2 luglio 2008 - Agenda sociale rinnovata: Opportunità, accesso e solidarietà nell’Europa del XXI secolo (COM (2008) 412).

Come si può osservare, l’interesse europeo è costruito nel corso degli anni, cioè contestualmente al crescere del fenomeno migratorio e al crescente insediamento di “comunità” diverse. Di fronte alle sfide che i mutamenti economici e sociali hanno posto (e ancor più saranno poste), l’Unione europea ha posto agli Stati membri la necessità di ammodernare i sistemi di protezione sociale, il Welfare, il mercato del lavoro, gli interventi sulla salute.

In tale ottica, si pone la Raccomandazione del Consiglio dell’UE 2015/1184 che contiene gli orientamenti integrati per l’attuazione della strategia Europa 2020⁸ (*“Orientamenti integrati Europa 2020”*) e sono adottati dal Consiglio per indirizzare le politiche degli Stati membri e dell’Unione. Strategia Europa 2020 si pone come obiettivo una crescita *“inclusiva”*, sostenibile e solidale in grado di assicurare la coesione sociale e territoriale, in cui sono fissati alcuni obiettivi, con cui si intende aiutare gli Stati membri a modernizzare i loro sistemi previdenziali e prevedendo investimenti sociali in qualsiasi fase della vita delle persone⁹.

⁸ La strategia Europa 2020 è il programma dell’UE per la crescita e l’occupazione per il decennio in corso.

⁹ Poiché le politiche sociali sono parte integrante della strategia Europa 2020, la Commissione sostiene anche gli sforzi compiuti dai paesi europei per affrontare le rispettive sfide sociali mediante le azioni previste dalla piattaforma contro la povertà e l’emarginazione e dal pacchetto di investimenti in campo sociale, nonché tramite i Fondi dell’UE, specie il Fondo sociale europeo.

Si tratta di una sorta di “pacchetto” di interventi che contempla: il Pacchetto Occupazione, che indica la strada da percorrere per una ripresa all’insegna del lavoro; il Libro bianco sulle pensioni, che illustra una strategia per ottenere pensioni adeguate, sostenibili e sicure; il Pacchetto per l’occupazione giovanile, che affronta in modo specifico la situazione dei giovani.

L’UE svolge un ruolo di stimolo in campo sociale, cercando di favorire l’incremento dell’occupazione, la qualità dei posti di lavoro e delle condizioni di lavoro, la mobilità dei lavoratori, l’informazione e la consultazione dei lavoratori, la lotta alla povertà e all’esclusione sociale, la promozione delle pari opportunità e la lotta alla discriminazione, nonché la modernizzazione dei sistemi di protezione sociale.

Con il Trattato di Lisbona(2007) si è consolidata la dimensione sociale dell’integrazione europea; tra gli obiettivi sociali dell’UE figurano, infatti, la piena occupazione e la solidarietà tra le generazioni (art.3) ; esplicitamente viene affermato nell’art.9 del TFUE(Trattato sul funzionamento dell’UE) che *“Nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana”*.

3. Le peculiarità del lavoro sociale nell’esperienza italiana

Anche l’Italia presenta, come molti paesi dell’Europa occidentale, i caratteri di una società multiculturale e si trova a dover affrontare istanze sempre più legate al riconoscimento della “alterità”, alle differenti modalità di comunicazione interna, alla capacità di vivere e lavorare in maniera flessibile all’interno di una società complessa come quella multi-etnica. La diversità, del resto è segnata dal fatto di essere esperienza percepita come vicina, poiché si trova nel vicino di casa, nel collega di lavoro, nel compagno di classe.

La legge quadro del 2000 contiene interessanti elementi innovativi, capaci di cogliere, per un verso, l’esigenza di garantire in termini universalistici il diritto all’assistenza sociale, andando con un esplicito richiamo degli artt. 2, 3 e 38 Cost. ben al di là della configurazione costituzionale del diritto (art. 38) fondata sulla individuazione dei soggetti titolari, per dirigersi invece verso la considerazione dei bisogni per i quali prevedere interventi di tutela. Inoltre, la l. 328 considera il diritto all’assistenza come un vero e proprio diritto soggettivo alle prestazioni, anziché continuare a qualificarlo come mero interesse da far valere nei confronti delle amministrazioni erogatrici. Per al-

tro verso, la legge cornice che disciplina il sistema integrato di interventi e servizi sociali, risulta caratterizzata da una articolazione territoriale dei poteri ispirata al modello più avanzato di decentramento istituzionale, che si è tentato di realizzare con le riforme legislative degli ultimi anni Novanta.

Il sistema di sicurezza sociale italiano è stato interessato da un processo di rinnovamento che ha riguardato sia il livello delle competenze amministrative sia quello delle modalità di intervento degli attori chiamati nella gestione ed erogazione dei servizi. Per comprendere le potenzialità e le criticità che presenta il sistema occorre inquadrare il processo di rinnovamento, che ha avuto inizio negli anni '70 con l'istituzione delle Regioni, all'interno del D.P.R. 616 del 1977 che ha realizzato il decentramento cioè il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative e in particolare ha attribuito ai Comuni le funzioni di organizzazione dei servizi sociali¹⁰. Pertanto, il quadro di riferimento del sistema dei servizi è all'interno della ridefinizione del rapporto Stato-Regioni- Enti locali, completato attraverso l'introduzione della Legge Quadro di Riforma dell'assistenza, la l. 328 del 2000 e dalla Riforma del Titolo V della Costituzione (l. 3 del 2001).

La legge rappresenta, per tali ragioni, una tappa molto importante, punto di riferimento perché ha ridefinito il profilo delle politiche sociali apportando tutta una serie di elementi di novità. In effetti la legge colma un vuoto legislativo di oltre 110 anni in cui è mancata una regolamentazione organica dei servizi socio-assistenziali. Prima della l. 328, infatti, solo la legge Crispi del 1890 costituiva la norma organica di riferimento per l'assistenza sociale, senza, tuttavia, definire un quadro normativo unitario valido per l'intero territorio nazionale, come si è fatto con la legge del 2000.

La legge quadro del 2000 contiene importanti elementi innovativi, che consentono di cogliere l'esigenza di garantire in termini universalistici il diritto all'assistenza sociale, spostando il punto di riferimento con un esplicito richiamo degli artt. 2, 3 e 38 Cost. dal diritto all'assistenza (art. 38), fondata sulla individuazione dei titolari dei diritti, all'obbligo di intervenire per garantire e tutelare le persone in stato di bisogno. La l. 328 considera, quindi, il diritto all'assistenza come un vero e proprio diritto soggettivo alle prestazioni, anziché continuare a qualificarlo come mero interesse nei confronti delle

¹⁰ Ulteriori innovazioni sono state introdotte negli anni Novanta e in particolare con la prima legge Bassanini (L. n.59 del 1997) (che introdusse il principio di sussidiarietà in base al quale le decisioni vengono prese dall'organo di governo più vicino ai cittadini (il Comune) e cioè da quello che è maggiormente in grado di interpretare i bisogni e le risorse della comunità territoriale di riferimento). Tale principio ha portato allo sviluppo di modelli organizzativo- istituzionali che attribuiscono ai Comuni la titolarità delle funzioni amministrative riguardanti i servizi sociali e che valorizzano la collaborazione tra pubblico e privato.

amministrazioni erogatrici. Si afferma, in tal modo, il passaggio dalla concezione di utente, quale portatore di un bisogno specialistico, al valore della persona umana, considerata nella sua unità di essere, costituita anche dalle sue risorse e dal suo contesto familiare e territoriale. Il contenuto della legge contiene anche il passaggio da una accezione tradizionale di assistenza, come luogo di realizzazione di interventi meramente riparativi del disagio, ad una concezione della protezione sociale come azione attiva, volta alla rimozione delle cause del disagio e, soprattutto, luogo di prevenzione e promozione dell'inserimento della persona nella società attraverso la valorizzazione delle sue capacità.

L'attenzione con tale legge si è spostata: dalla prestazione disarticolata al progetto di intervento e al percorso accompagnato; dalle prestazioni monetarie volte a risolvere problemi di natura esclusivamente economica a interventi complessi che intendono rispondere ad una molteplicità di bisogni; dall'azione esclusiva dell'ente pubblico a una azione svolta da una pluralità di attori quali quelli del terzo settore.

La legge 328 del 2000 realizza, quindi, il passaggio da una programmazione che utilizzava una prospettiva di tipo "government", in cui il soggetto pubblico era abilitato a prendere decisioni (a governare), a una prospettiva di più ampio respiro, cioè a una "governance" in cui si rendono necessarie politiche generali di indirizzo per uniformare il sistema, lasciando la policy alla mobilitazione di una serie di soggetti (pubblici, di privato sociale e della società civile). Si avvia in tal modo un sistema che può essere pensato in livelli differenti (livello locale, regionale, nazionale e anche sovranazionale) che non si sovrappongono, ma cercano forme di interazione.

Tra i principi generali e le finalità indicate dall'articolo 1 della citata legge n. 328 del 2000 meritano una menzione particolare alcuni passaggi che affidano, infatti, in posizione paritaria agli enti locali, alle regioni ed allo Stato la programmazione e l'organizzazione dei servizi e degli interventi sociali. Nell'intento di valorizzare al massimo grado il principio di sussidiarietà, le regioni dovranno riconoscere ed agevolare il ruolo di tutti i soggetti sociali, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, compreso quello degli enti riconosciuti dalle confessioni religiose, con cui lo Stato ha stipulato intese nell'organizzazione e nella gestione dei servizi sociali. Sempre nel medesimo articolo, al comma 5, viene enunciato un altro importantissimo principio e, cioè, che alla gestione ed all'offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici, nonché associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed altri organismi privati, in qualità di soggetti attivi nella progettazione, nell'organizzazione e nella gestione dei servizi e degli interventi sociali.

Il sistema integrato di interventi e servizi sociali normato dalla legge

quadro 328/2000 si propone di creare una rete di protezione sociale nei confronti delle persone e delle famiglie ed in particolare volge a prevenire, eliminare e ridurre le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio.

Difatti l'art 1 recita: *“La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione.”*.

All'art. 1 comma 2 della stessa legge vengono definiti come interventi e servizi sociali tutti quelli di cui all'art 128 del d. lgs.112/98 che recita testualmente: *“... per Servizi Sociali si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione dei servizi , gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare tutte le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia...”*.

Pertanto, i servizi sociali sono chiamati ad intervenire a favore delle persone in difficoltà con lo scopo di promuovere la massima autonomia possibile anche attraverso l'integrazione con altri soggetti istituzionali e non. Soprattutto, occorre evidenziare come proprio il contenuto della legge e il ruolo che essa affida ai differenti soggetti, tra i quali vi sono i soggetti confessionali, conferma il rinnovato ruolo etico e sociale che le religioni (e gli enti che da esse promanano) hanno a svolgere nella società.

4. Lavoro sociale, nuove professioni e le interazioni tra Stato e confessioni religiose

Nel quadro di una società complessa, un ruolo peculiare svolgono gli assistenti sociali, i quali sono continuamente chiamati a fare scelte operative in contesti esistenziali di persone che vivono in stati di bisogno di differenti livelli, esercitando un importante ruolo etico di mediazione tra cultura della diversità ed esigenze della tradizione, tra bisogni ed interessi, sempre più differenziati e sempre meno orientati da riferimenti valoriali.

Lo sviluppo della sensibilità interculturale è un processo evolutivo multidimensionale al quale sono associate tutte le dimensioni fondamentali dell'apprendimento: la dimensione cognitiva, affettiva e comportamentale. Ciò implica il passaggio da forme di pensiero rigide (etnocentriche) a for-

me di pensiero flessibili (etnorelative), poiché, contrariamente a quanto si può pensare a livello intuitivo, la sensibilità interculturale non deriva da una competenza innata, poiché essa deve essere coltivata e collegata a specifiche professionalità.

Il significato del termine competenza ha a che fare non solo con l'efficacia e l'appropriatezza, ma soprattutto con la capacità di comprendere e analizzare la realtà, attribuendo valore all'esperienza e alla differenza nella complessità. La competenza, intesa anche come capacità di orientarsi rispetto ai bisogni e ai problemi delle persone e delle comunità, motiva la sensibilità interculturale nel lavoro sociale, segnando il 'sentiero' lungo il quale far coesistere unità e diversità, cooperazione e competizione, consenso e conflitto creativo nelle società multiculturali. Ciò comporta il ricorso a meccanismi di inclusione per il tramite di metodi di insegnamento che favoriscano la cultura del *diversity*¹¹ e utilizzando curricula universitari interculturali specificamente rivolti alla peculiarità del lavoro sociale. L'attenzione si concentra sulle relazioni tra gli individui e tra i gruppi in modo che l'impegno dell'approccio interculturale sia quello di portare le persone a parlare di sé in termini culturali nell'incontro con l'altro, oltre che di fare in modo che sia la consapevolezza a supportare la creazione di relazioni etiche. Nell'approccio interculturale, infatti, le pratiche sono importanti ma allo stesso tempo una competenza pratica è difficilmente trasferibile da un contesto all'altro (fisico, geografico, organizzativo, generazionale) se non è accompagnata da una conoscenza di tipo concettuale, che implica la rappresentazione mentale del significato di una pratica o di una procedura, la comprensione del come e del perché quella pratica funziona all'interno di uno specifico contesto, la conoscenza delle categorie religiose e morali che appartengono alle differenti persone e comunità. In questa prospettiva è necessario avere la capacità di essere flessibili e di adattarsi alla diversità di situazioni e tradizioni, cosa possibile non solo esaltando un nuovo umanesimo, ma anche utilizzando i parametri della competenza e della comprensione del significato delle attività¹². E' proprio partendo da questo assunto che si condivide la visione

¹¹ *Diversity* inteso non solo come un approccio educativo, ma "caratterizzato dalla riconsiderazione dei contenuti propri della comunicazione interculturale e, dunque, dell'importanza della comunicazione efficace come variabile delle relazioni", in IDA CASTIGLIONI, *Dal multiculturalismo al diversity in Passaggi- Rivista italiana di Scienze Transculturali*, II/2004, pp.6 ss.

¹² Cfr. IDA CASTIGLIONI, *La comunicazione interculturale. Competenze e pratiche*, Carocci, Roma, 2005. L'A. afferma che è utile sottolineare che la modalità di comunicare e, quindi, di esperire almeno in parte la realtà, non è casuale, ma piuttosto è dovuta ad "una storia di negoziazioni che i nostri antenati hanno fatto per accordarsi, all'interno del gruppo nel quale interagivano, per poter comunicare bisogni, impressioni e reazioni", p.48.

secondo la quale è necessario dotarsi di un *mindset* (insieme di atteggiamenti e visione del mondo) e di uno *skillset* (insieme di competenze e conoscenze pratiche) al fine di diventare sia interculturalmente sensibili che competenti, laddove l'empatia è una delle componenti chiave della sensibilità interculturale e del lavoro sociale¹³.

L'evoluzione del pensiero interculturale esige una cultura in grado di andare oltre la tolleranza, che crea le condizioni per consentire il contatto ma in genere non favorisce percorsi di interazione relazionale efficiente ed efficace. Infatti, è necessario creare la concezione di una società nella quale oltre al criterio della tolleranza, che tuttavia è una componente strategica, si predispongano percorsi evolutivi verso la valorizzazione etica delle diversità (culturali e religiose) e la loro sinergica integrazione per partecipare alla costruzione di uno sviluppo sociale nel quale la persona umana sia al centro di ogni azione e attenzione, secondo le categorie e i valori di cui sono portatrici le confessioni religiose, che, pertanto, diventano protagonisti delle relazioni sociali¹⁴.

Il lavoro sociale deve avere come finalità quella di favorire l'evoluzione di relazioni inclusive, attente e responsabili: in questa logica si dovrebbe inserire il tema trasversale delle competenze interculturali e interreligiose, che possano favorire maggior attenzione ai problemi pratici e finalizzate a politiche di sviluppo anti-oppressive. Non vi è dubbio che il ruolo delle religioni è coerente con la prospettiva di un lavoro sociale siffatto e ciò costituisce una peculiarità delle relazioni tra lo Stato e le stesse confessioni, come è indicato nell'art. 1 dell'Accordo Stato-Chiesa cattolica del 1984, nel quale la cooperazione è finalizzata al bene del paese e allo sviluppo della persona umana. Si tratta di strategie che sono destinate a interagire con la non facile definizione di professione sociale, la quale si proietta su settori eterogenei, diversi per natura, qualità e *target* di riferimento (bambini, disabili, adolescenti e adulti, persone a rischio di emarginazione, ...), tutti appartenenti al terzo settore. Allo stesso tempo, anche le relazioni tra Stato e confessioni religiose nel nostro sistema plurale e multiculturale, caratterizzato da forti elementi

¹³ IDA CASTIGLIONI, *ivi*, p.11 ... "Il primo è una condizione che ha alla base l'assunto di riconoscimento della differenza e il mantenimento di un atteggiamento positivo verso la stessa, mentre il secondo ha a che fare con la possibilità di usare dei framework teorico-pratico generali per imparare a imparare nelle situazioni interculturali, per identificare aree di potenziale incomprendimento, per scegliere infine il comportamento più adeguato".

¹⁴ In tale prospettiva, il fattore religioso si presenta come "una prospettiva privilegiata adatta a riempire di contenuti le aspirazioni umane alla libertà, all'eguaglianza, alla tolleranza, alla partecipazione democratica, cioè adatta a riempire di contenuti la stessa dignità della persona umana nella riproduzione dei rapporti quotidiani". GAETANO DAMMACCO, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000, p.12 ss.

di novità (nuovi bisogni, nuove economie, nuove forme giuridiche, nuovi modelli di convivenza), nella definizione dei contenuti del lavoro sociale diventano importanti poiché costituiscono il luogo necessario per garantire i diritti umani fondamentali e per affermare il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

I sacramenti, il teologo ed il canonista. Profili interdisciplinari sul «signum» sacramentale, rileggendo Mons. Giuseppe Silvestre

FABIO VECCHI

1. Introduzione

L'aspirazione ad individuare la quadratura del cerchio in una formula di sintesi tra diritto e teologia costituisce da sempre un affascinante terreno di riflessione per lo studioso delle leggi ecclesiali. Ancora nel corso del Novecento sia il teologo che il canonista hanno attraversato acque tumultuose alla ricerca di modelli di composizione aggiornati alla *mutatio temporum*, alle attese della comunità dei fedeli e al crescente agnosticismo della società civile. Le reciproche incomprensioni dottrinali hanno ulteriormente inibito le ragioni di un dialogo tra le due scienze.

Il Concilio Vaticano II, pur riflettendo appieno questi umori sotterranei, ha tuttavia rappresentato un giro di boa che ha condotto il giurista del *Codex Iuris Canonici*, con l'istituzionalizzazione del «popolo di Dio», verso una relativa bonaccia. Altrettanto non sembra potersi affermare per il teologo dei sacramenti, i cui modelli dogmatici sono da tempo soggetti a pressioni ricompositive endogene che dissimulano una sintesi dottrinale non ancora culminata¹.

Il teologo del post-concilio, anzi, della post-modernità, sembra tuttavia decisamente orientato a superare l'attuale frammentazione teorica attraverso la rilettura del sacramento in prospettiva del *signum-symbolum*, senza perdere di vista la dimensione antropologica e misterica in cui i mezzi di salvezza agiscono².

¹ ANDREA BOZZOLO, «Teologia sacramentaria» in *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento* (a cura di A. Melloni) Vol. II, Soc. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010, p. 1688. Vedasi, inoltre, HENRI DENIS, *Les sacrements ont-ils un avenir?*, Cerf, Paris, 1971.

² Si citerà più spesso, nel corso di queste pagine, Mons. Giuseppe Silvestre, teologo calabrese, con l'appellativo antonomastico de «il teologo», incarnando il citato studioso un esempio autenticamente rappresentativo, sia sotto il profilo scientifico che pastorale, della temperie teologico sacramentaria

I punti di incrocio tra prospettiva canonica e teologica sono dunque dati e circoscritti in queste prime righe. Il sacramento sintetizza dimensione ontologica e fenomenologica, comprende il mistero salvifico e la relazione giuridica: è per entrambi gli interpreti che si avvalgono di comuni strumenti ermeneutici, ma di differenti logiche, il «*locus theologicus*» che comunica la Grazia.

La proposta teologica sui sacramenti di Giuseppe Silvestre, teologo della contemporaneità che l'esperienza missionaria ha formato in direzione di una pastorale coerente con le attese di riscatto del povero, esprime un modello in linea con la risposta conciliare post-moderna. La sua è una teologia sacramentaria che, sulla base dell'impostazione del *Mysterium Salutis*, ridisegnata nel quadro di una teologia sistematica, aperta alle categorie teoriche e al preciso scopo di attualizzare la fede, può offrire attraverso una rilettura dei sacramenti un singolare punto di vista nel dialogo tra teologia e diritto canonico³.

Occorre però sciogliere subito ogni equivoco sulla portata metafisica del «riscatto» generato dal sacramento, senza compromessi con bellicistiche «ideologie della liberazione»: per Silvestre la vera liberazione è nella riscoperta della Grazia salvifica e, rinviando a Edward Schillebeeckx, del fondamento ontologico dei sacramenti⁴. Questo fondamento, reale e spirituale ad

contemporanea. La decennale esperienza missionaria in Brasile ha, infatti, indirizzato decisamente la sua speculazione verso quella teologia sociale della cd. «liberazione» attenta al riscatto sociale delle umanità oppresse e ad una giustizia economica redistributiva dei beni di radice evangelica, elaborata a Santo Domingo, concentrandosi sulle realtà umane periferiche e derelitte dei «Sud del Mondo». Queste esperienze sono eloquentemente stese sulla carta in numerosi scritti, ai quali si rinvia: GIUSEPPE SILVESTRE, *Vita ecclesiale latino-americana e calabrese a confronto: tra marginalità ed audacia*, in *Vivarium*, 2/2 (1994), Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 235-244; ID., *L'inculturazione del Vangelo nel documento di S. Domingo*, in *Vivarium*, 3/1 (1995), pp. 109-121; ID., *Nuove prospettive ecclesiologicalhe ed inculturazione in Africa*, in *Vivarium*, 4/3 (1996), pp.433-454; ID., *La lettura popolare della Bibbia speranza di liberazione per l'Africa e l'America Latina e cammino per l'Ecumenismo*, in *Vivarium*, 5/3 (1997), pp. 397-415; ID., *Il sinodo delle Americhe. Risposta alle sfide della nuova evangelizzazione*, in *Vivarium*, 6/3 (1998), pp. 443-474; ID., *Finanza ed etica alla luce dell'enciclica Caritas in veritate di Benedetto XVI*, in *Vivarium*, 19/3 (2011), Ed. Pubblisfera, San Giovanni in Fiore (Cosenza), pp.379-396; ID., *Alle sorgenti della Teologia della liberazione*, Graficalabria, Vibo Valentia, 1984; ID., *La Teologia della liberazione: storia, problemi, conflitti, prospettive e speranze*, Ed. Progetto 2000, Cosenza, 2003; ID., *Una teologia dai Sud del Mondo*, in AA.VV., *Per un approccio alle teologie del contesto* (a cura di A. Mantineo), Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, pp. 29-186.

³ Nell'orizzonte della storia della Salvezza, pare a chi scrive, infatti, che silvestre non manifesti alcuna posizione critica preconcepita verso le scuole filosofiche, accettando il tomismo, anche in Schillebeeckx, come le posizioni oltranziste dei Karl Rahner, facendo tesoro delle più diverse prospettive dogmatiche, personaliste o ontologiche che siano. Cfr. ROSINO GIBELLINI, *Il cammino della teologia, in Il rinnovamento della vita cattolica*, Vol. VI di *Storia del cristianesimo 1878 – 2005* (a cura di E. Guerriero), San Paolo, Milano, 2005, p. 227.

⁴ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti*, Cittadella Ed., Assisi, 2017, p. 108.

un tempo, fa tesoro dell'eredità dell'ottimismo tomista e del rigore agostiniano e si pianta nel piano storico dell'esperienza di salvezza in un rapporto umano diretto elevato a cardine di ispirazione: è il «sacramento del fratello».

Il teologo raccoglie da Hans Urs von Balthasar l'ispirazione ad un rapporto di solidarietà che abbraccia tanto la relazione morale (di causalità strumentale, per giungere a Dio), quanto giuridica (di causalità diretta, per l'ottenimento di una giustizia di tipo sociale e spirituale)⁵.

Le ulteriori sollecitazioni rahneriane circa la «struttura simbolica dell'uomo» approssimano la ricerca di una nozione teologica unitaria dei sacramenti alla prospettiva del canonista: in quella proposta, infatti, risiede anche il tema della libertà umana, quale preconditione al diritto a ricevere (e amministrare) i sacramenti. Occorre tuttavia non cedere ad illusorie fascinazioni: il nesso di relazione tra teologia e diritto registra periodiche oscillazioni e variabili critiche. Uno tra i recenti punti di disarmonia sembrerebbe consistere nella lettura personalista dei sacramenti, giacché il legislatore postconciliare del CIC tende a circoscriverne la portata, mentre la teologia di Odo Casel e di Edward Schillebeeckx ne fa un punto di forza.

Ciò non deve sorprendere: le due scienze poggiano su differenti esigenze operative.

Hervada, del resto, riconosceva che «seppure il diritto comprende la teologia», è anche vero che lo sguardo del teologo va più in profondità, su orizzonti che pure, restano comuni nella radice, per divaricare nelle ramificazioni. Ciò legittima il teologo ad abbracciare un'azione di involontario pungolo verso l'uomo delle leggi e a provocarlo su un tema costantemente attuale: se e in che misura il diritto umano possa anticipare, in terra, il progetto salvifico di Dio.

Non sarà fuor di luogo, allora, precisare ancor meglio che teologo e canonista operano su differenti piani di astrazione, su cui convergono differenti epistemologie e scopi ultimi e che il teologo appaia assai meno condizionato del giurista nel ricorso al diritto per affermare opzioni di giustizia avvertite come regole imperative da entrambi.

Ma la questione irrisolta sta proprio in questo: il teologo non maneggia principi di *ius cogens*, come il giurista non elabora astrazioni universali. Di fronte all'incontestabile danno (morale) per la diminuzione dello *status illesae existimationis* del fedele a causa del rifiuto del ministro di culto ad impartirgli il sacramento, Arturo Carlo Jemolo constatava l'assoluto difetto di strumenti difensivi e l'assenza di un diritto soggettivo, a fronte di tutele

⁵ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 43 ss.

sui generis opponibili solo verso la Chiesa stessa⁶; Silvestre, da parte sua, ammette che gli scopi di giustizia possano essere attuati anche attraverso il piano del diritto nella consapevolezza della natura difettiva dell'equità terrena⁷.

In questo senso, il dialogo tra teologo e canonista sui sacramenti è destinato a percorrere traiettorie votate ad un periodico incontro⁸ in una costante scoperta di propedeutica coesenzialità⁹.

2. *Il punto di confronto tra teologo e canonista sulla valenza simbolico-rituale dei sacramenti*

Il giurista (sia civile che ecclesiale) non oppone sostanziali riserve circa l'uso del segno simbolico: egli stesso riconosce di operare necessariamente per segni convenzionali volti alla comunicazione del precetto. Per l'ecclesiasticista il simbolo assume un potente rilievo di tipo rappresentativo, con notevoli ricadute ad effetto domino: il simbolo religioso è un elettivo mezzo di espressione del sentimento di fede ed è nel contempo un tramite di identificazione e di aggregazione coesiva nella comune appartenenza confessionale; il rispetto del simbolo religioso da parte di chi è estraneo al cerchio di appartenenza simbolica è indice della tolleranza civile¹⁰. Per il canonista, alla valenza prettamente identificativa del simbolo, si aggiunge quella di trasmissione di una realtà spirituale che, nel materializzarsi, perfeziona la propria natura trascendente. Il diritto canonico, per la sua indole teologica

⁶ ARTURO CARLO JEMOLO, *Esiste un diritto dei fedeli al sacramento?* in *Riv. Dir. Pubblico e della P.A. in Italia*, VI (1914), Soc. Ed. Libreria, Milano, pp. 133 ss., spec. pp. 145 ss.

⁷ GIUSEPPE SILVESTRE, *Il Giubileo e il diritto dei poveri a godere della terra e dei suoi beni*, in *Vivarium*, 7/3 (1999), Rubbettino, Soveria Mannelli, p. 226; ID., *Nodi teologici di teologia sacramentale con risvolti nella pastorale*, in *Vivarium*, 11/1 (2003), V. Ursini ed., Catanzaro; ID., *Una rilettura della dichiarazione Dignitatis humanae, a cinquant'anni dalla sua approvazione*, in *Vivarium*, 23/2 (2015), Ed. Pubblisfera, San Giovanni in Fiore (Cosenza), pp. 257-273.

⁸ FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, Giuffrè, Milano, 1968; EDUARDO F. REGATILLO, *Ius sacramentarium*, Ed. Sal Terrae, Santander, 1964; CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ, *Intorno al rapporto tra sacramenti e diritto nella Chiesa*, in *Diritto Ecclesiastico*, I, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 415-433; TEODORO JIMÉNEZ URRESTI, *Problemática actual en el tema "Iglesia-Derecho". Desteologización del derecho canónico y desjuridización de la teología*, in *Iglesia y Derecho*, Salamanca, 1965, pp. 81-95.

⁹ Tra i tanti suggerimenti, in proposito, sembra opportuno rammentare che «il canonista (...) è contemporaneamente teologo e giurista». Così, KLAUS MÖRSDORF, *L'autonomia della Chiesa locale*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico, La Chiesa dopo il Concilio*, (Roma, 14-19 gennaio 1970) I, Giuffrè, Milano, 1972, p. 168.

¹⁰ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2003, p. 183 n. 13.

e sacramentale¹¹, è un diritto ad alta valenza simbolica, condividendo questa indole tanto le sue forme che i suoi contenuti: il «simbolo niceno», del resto, sintetizza storicamente l'appartenenza alla fede cristiana¹².

La liturgia rivolta al fedele per assicurare la pienezza della partecipazione al mistero soprannaturale esprime esattamente la con-fusione tra simbolo e sua comunicazione. Nei sacramenti questa fusione tra contenuto simbolico e sua esplicitazione per via rituale assume molteplici valenze, sociali¹³, pedagogiche¹⁴ e di guida della condotta umana e la dimensione del diritto ne è pienamente coinvolta¹⁵, giacché nel sacramento il canonista coglie una precisa attitudine dinamico-funzionale: il sacramento è «azione della Chiesa universale» o, ancora, «azione simbolica»¹⁶.

In generale, la dottrina canonica è concorde nell'attribuire al segno sacramentale un centrale valore simbolico non fine a sé stesso¹⁷ e persino gli attribuisce una potenzialità rappresentativa illimitata e dinamica: la Chiesa è essa stessa strumento e segno¹⁸.

¹¹ JAVIER HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico* (ed. spagnola in *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al Prof. Maldonado*, Univ. Complutense Madrid, 1983), in *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), Giuffrè, Milano, pp. 629-658; REMIGIUSZ SOBANSKI, *La Chiesa e il suo diritto. Realtà teologica e giuridica del diritto ecclesiale*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 9 e 11, nn. 14-15.

¹² LUIGI DOSSETTI, *Il simbolo di Nicea e Costantinopoli*, Herder, Roma, 1967.

¹³ «Tutti i sacramenti, in quanto azioni ecclesiali, hanno una dimensione sociale». Così, JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 47.

¹⁴ San Tommaso individua nel linguaggio simbolico una chiara funzione pedagogica. Cfr. DOMENICO SARTORE, «Segno-simbolo», in *Dizionario Teologico Interdisciplinare*, Vol. III, cit., p. 238; KARL RAHNER, *Sulla teologia del simbolo*, in *Saggi sui sacramenti e l'escatologia*, Roma, I, 1965, pp. 51-107.

¹⁵ «Le cadenze della liturgia non si sostanziano in sterili cerimonie o vuoti riti, ma sono traboccanti di valenze teologiche e giuridiche che non possono essere neglette». GERALDINA BONI, *Sopra una rinuncia. La decisione di papa Benedetto XVI e il diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2015, p. 161. Vedasi anche CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ, *La sacra liturgia, specie i sacramenti, quale bene giuridico ecclesiale*, in *Recte Sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Vol. I. *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 279 ss.

¹⁶ La riforma liturgica e l'incidenza sui sacramenti, operata dal Concilio Vaticano II, si veda LUIGI DELLA TORRE, *Il vissuto liturgico, preghiere, liturgia, nuove devozioni*, in *Il rinnovamento della vita cattolica, Storia del cristianesimo VI*, pp. 155-158.

¹⁷ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* cit., p. 80; ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto*, Herder, Friburgo-Roma, 1967, p. 14.

¹⁸ La bibliografia, sul punto, è imponente. Solo per sintetici rinvii si citerà qui: ANTONIO MIRALLES, «Sacramentos», in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VII (a cura di J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano), Inst. Martín de Azpilcueta, Fac. de Der. Can., Universidad de Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, (in seguito DGDC), pp. 103-104; CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ, «Sacramenti e sacramentali» in *Enc. Dir.*, XLI (1989), Giuffrè, Milano, p. 199; PIERO ANTONIO BONNET, «Sacramenti», in *Enc. Giur.*, Treccani, XXXII, Roma, 1994, pp. 5-6; LIBERO GEROSA, «Sacramenti e funzione di santificazione della Chiesa», in *Dig. Pubbl.*, XIII, UTET, Torino, 1997, pp. 501 ss.

¹⁸ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 92. ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 30, n. 64. In generale, per un profilo teologico, MIGUEL NICOLAU, *Teologia*

Il canonista enfatizza questa valenza dinamica dei sacramenti sino ad identificare in essi non solo i fattori causanti la Grazia, ma anche i garanti della *condicio libertatis* sulla cui piena attualizzazione si fonda la pienezza dei diritti del fedele¹⁹. Il teologo, da parte sua, individua nel sacramento il «*signum practicum significationis*» e, nella santità dell'anima, il fondamento analogico esponenziale (*analogatum princeps*) della santità del rito sacramentale. La potenza del sacramento, insomma, sta nella sua capacità soprannaturale di relazione: «è segno di santificazione perché trasmette una santità per via simbolica»²⁰. Esso è anche graduale conoscenza di Dio attraverso «gesti sensibili, segni ed eventi» che fanno del sacramento una realtà misterica²¹.

Principio di relazione e dimensione misterica dei sacramenti sono, dunque, elementi appartenenti ad un comune vocabolario tra teologo e canonista e la valenza simbolico-rituale dei sacramenti come «segni» rappresenta un terreno di confronto tra due realtà (immanente e trascendente) che non solo si incrociano, ma si integrano.

La trascendenza propria del diritto canonico spiega perché la sua specifica giuridicità configuri «una categoria che vive e si realizza eminentemente nel rapporto tra fondante e fondato»²². Tra teologia e diritto, dunque, esiste un piano di continuità, di integrazione, di ispirazione: se tecnicamente la scienza teologica è fonte di diritto suppletorio (ex can.20 CIC)²³, anche le sue modalità di espressione -il «segno»- sono un prolungamento, «in forma visibile della Grazia invisibile» che il diritto pone a fondamento delle sue verità dogmatiche²⁴.

L'incrocio tra questi due aspetti -principio di relazione e realtà misterica- è conseguente alla prospettiva della «teologia conciliare dei sacramenti» aperta col Concilio Vaticano II²⁵: lo stesso contesto che archivia definitivamente l'orizzonte scientifico della scuola razionalista del diritto naturale espressa tra Otto e Novecento, per riguardare il diritto della Chiesa in chiave costituzionale e di organizzazione. Ma questi due citati aspetti, di relazione e

del signo sacramental, La Editorial Católica, Madrid, 1969.

¹⁹ PEDRO LOMBARDA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 148.

²⁰ «Il rito sacramentale perciò è santo in quanto è segno della santità dell'anima e causa della santità dell'anima». Così, GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 103.

²¹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 62.

²² GAETANO LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea del diritto*, in JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* cit., p. LII.

²³ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* cit., p. 17.

²⁴ EDWARD SCHILLEBEECKX, *Offenbarung und theologie*, Grunewald, Mainz, 1965, p. 15.

²⁵ LIBERO GEROSA, «*Sacramenti e funzione di santificazione della Chiesa*», cit., p. 499.

di mistero, comuni al teologo e al canonista, si riveleranno preziosi strumenti per interloquire con la società civile negli anni del post-concilio.

3. *La controproposta conciliare al materialismo postmoderno. Valenza iniziatico-sociale dei sacramenti, ad un tempo «funzioni» giuridiche e «segni» misterici di salvezza*

Non c'è miglior sintesi, per descrivere la proposta conciliare della Chiesa sul Mondo, che la soluzione prodotta dal dibattito sulla secolarizzazione tra Marie-Dominique Chenu e Karl Rahner. Allo sconcerto sulla fine dell'antico regime della cristianità occidentale che l'uno propone ne «*La fin de l'ére constantinienne*» (1961), risponde la «svolta antropologica» propositiva e ottimista con cui il secondo, nel suo «*Considerazione teologiche sulla secolarizzazione*» (1969) avverte che, all'ormai impraticabile sentiero di una Chiesa «integristicamente e dottrinarmente» docente, può ben essere sostituito un modello di «codeterminazione» con la società civile, in cui la Chiesa, tuttavia, enfatizzando il ruolo di principale guida morale dei popoli, si fa «sacramento fondamentale della salvezza nel mondo»²⁶.

L'evoluzione della presenza della rappresentanza apostolica nei consessi internazionali e sovranazionali di Stati, non meno degli sviluppi prospettici dello strumento concordatario, nei decenni a venire, hanno offerto prove inconfutabili sull'attuazione di questi progressi. La prassi degli accordi negoziali tra la Santa Sede e gli Stati, nello specifico, ci avverte di quanto questo strumento tecnico giuridico di collaborazione costruttiva tra le Parti contraenti abbia preso le distanze da ogni pretesa privilegiaria ed abbandonato ogni preordinato rinvio al modello della «*societas perfecta*», per aprirsi al dialogo.

La contropartita conciliare e magisteriale al materialismo ideologico non è tuttavia stata indolore, ed ha mostrato i segni di una crisi di cui il pontificato di Paolo VI si è sobbarcato il maggior carico di responsabilità storica. Non minori sono state le ricadute sui versanti ecclesiologico, giuridico e teologico²⁷.

Le inquietudini e le incomprensioni che sin dopo la codificazione piobenedettina hanno covato tra teologi e canonisti, sono esplose nel successivo incontro ecumenico del Novecento imponendo l'impronta palesemente

²⁶ ROSINO GIBELLINI, *Il cammino della teologia* cit., p. 236.

²⁷ ANTONIO ACERBI, *Il pontificato di Paolo VI*, in *Il Concilio Vaticano II*, Vol. V di *Storia del cristianesimo* cit., pp. 39 ss., spec. pp. 74-80.

antigiuridica all'impianto della grande riforma interna delle istituzioni ecclesiali²⁸. Non è un caso che, consapevole delle insidie celate sotto l'anelito di una recuperata originaria spiritualità, la Chiesa conciliare sia corsa ai ripari confermando a chiare lettere la sua essenza unitaria ed irreformabile di Chiesa della carità (*Liebeskirche*) e del diritto (*Rechtskirche*), all'unisono.

Il canonista ha dunque accolto l'idea di una Chiesa-istituzione, rielaborando l'assunto teologico della Chiesa «prolungamento di Cristo» e «sacramento radicale»²⁹. Il teologo del post-concilio, da parte sua, ci conferma che la teologia del Vaticano II opera sui sacramenti un «cambiamento del paradigma e di contenuti (recuperandone) la dimensione cosmica, antropologica, comunitaria, ecclesiale e cristologica»³⁰.

Come ci si sforzerà di mettere in luce in queste pagine, sviluppando in chiave comparata il pensiero di Giuseppe Silvestre, il canonista ha riconquistato uno spazio teologico alla propria scienza giuridica attraverso una rielaborazione, avvenuta e maturata principalmente nel recinto dottrinale teologico, dei sacramenti, in quanto strumenti in cui il *signum* esprime in sé tutta la potenza della funzione giuridica che gli è propria. Le rielaborazioni dottrinali sopraccennate hanno avuto tempo e modo di solidificare nel corso di mezzo secolo e, anche, di consolidare due versanti: la teologia dei sacramenti, più attenta alla percezione della grazia in sé come soprannaturale evento salvifico e il diritto sacramentario, più sensibile ai mezzi comunicativi di grazia³¹.

I tentativi di un superamento di questo possente dualismo, che è poi il superamento delle teorie individualistico-legalistiche compiuto nel corso degli avvenimenti conciliari trovano, singolarmente, un terreno fertile in quella teologia tesa a coniugare gli aspetti spirituali con quelli formali dei sacramenti. È, insomma, quella teologia, ancora oggi rappresentata in Silvestre, che riduce il meccanicismo degli effetti sacramentali *ex opere operato*, ritenendo che la circostanza esterna della volontà umana eserciti un ruolo determinante circa la causalità (e la funzione) dei sacramenti.

È, questa, l'interpretazione propria del teologo che ha esperienza di vita missionaria: l'antropologia sociale si confonde e si fonde con la metafisica,

²⁸ Cenni storici sono in EDUARDO MOLANO, *Introducción al estudio del derecho canónico y del derecho eclesiástico del Estado*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 62 ss.

²⁹ LAMBERTO DE ECHEVERRÍA, *Teologia del diritto canonico*, in *Concilium* 3 (1967), Queriniana, Brescia, pp. 22-23.

³⁰ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 47.

³¹ TOMÁS RINCÓN-PÉREZ, «*Derecho sacramental*», in *DGDC* III, pp. 185 ss.

a tutto vantaggio di un diritto vivente³². In altri termini, è possibile ritenere che l'armonizzazione tra intenzione soggettiva e funzione giuridica (imputata ai sacramenti) -impostazione che evolve sul tracciato del Concilio Vaticano II- possa aver contribuito al superamento dell'impostazione formalistica, che tanto negativamente ha condizionato la nozione giuridica di «persona» nel diritto canonico.

Il Concilio Vaticano II, infatti, aveva gettato le basi di una vera rifondazione dell'idea di soggetto-fedele allorché gli attribuiva nuove -e fino ad allora impensate- responsabilità, con il fornirgli personalmente i mezzi di salvezza per collaborare attivamente con la Chiesa ai fini di santificazione e missione³³.

Il progetto conciliare volto a riallineare i sacramenti sul piano eminente della funzione loro propria, trasportando il dato teologico sul terreno della fenomenologia giuridica, ha trovato d'accordo tanto il teologo quanto il canonista. La prospettiva comunionale del popolo di Dio sbaragliava d'un colpo le riserve di entrambi i versanti (la visione individualistica della teologia tradizionale e la visione individualistica e gerarchica per ceti immobili ed incomunicanti del diritto canonico tradizionale) sul modo di concepire i sacramenti come «funzioni»³⁴.

La controproposta conciliare operava così, attraverso i sacramenti, una ricutura di portata storica: il teologo afferma che «il Concilio mette in evidenza i sacramenti nella loro funzione»³⁵; il canonista controbatte che tutti i fedeli sono chiamati, attraverso situazioni descritte da *officia*, ex can.145 CIC, a svolgere una funzione insistendo volta per volta sui diversi aspetti di essa, in quanto attività partecipativa³⁶, in grado di dilatare il piano storico della salvezza³⁷ in prospettiva di servizio³⁸ e di associazione alla *missio canonica* in termini personali³⁹.

C'è un altro versante, oltre quello funzionale, in cui il canonista ed il

³² ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., pp. 17-18.

³³ GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 34.

³⁴ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto*, cit., p. 31.

³⁵ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 89.

³⁶ Ossia, attività attraverso cui concorrono alla missione salvifica della Chiesa e alla realizzazione dei fini della Chiesa istituzionale (ordinamento giuridico). Cfr. SALVATORE BERLINGÒ – MARTA TIGANO, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 131.

³⁷ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 126.

³⁸ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 29.

³⁹ Secondo JOSÉ ANTONIO SOUTO, *La noción canónica* cit., EUNSA, Pamplona, 1971 i *munera* (per la potestà di governo) trasmessi attraverso i sacramenti sono funzioni personali.

teologo riscoprono sui sacramenti una comune prospettiva: è la dimensione misterica. Anche in questo caso il momento di transizione storica coincide con la celebrazione del Concilio Vaticano II: è qui che avviene il superamento dell'ecclesiologia tradizionale «non misterica», proclamante un'asserita similitudine formale delle sue strutture visibili, agli ordinamenti giuridici statuali⁴⁰. L'evaporazione formalistica dell'antico modello di Chiesa «*societas perfecta*» concede alle strutture organizzative uno spazio distensivo favorente la «decontrazione della Chiesa», ora intesa come «mistero di redenzione»: nella Cost. dogmatica *Lumen Gentium* si compie una sintesi dottrinale esauriente, che abbraccia la dogmatica sacramentale da Trento sino alla *Mystici Corporis* di Pio XII, passando per la fugace esperienza del Vaticano I⁴¹.

Ora la Chiesa è, essa stessa, sacramento di salvezza, nella più compiuta natura misterica⁴². Canonista e teologo prendono le mosse da un unico, comune, crocevia: il mistero della Chiesa è, per il canonista, la preconditione «per spiegare i problemi fondamentali del diritto della Chiesa»⁴³; il teologo coglie nel mistero soprattutto il significato biblico del «disegno, piano, progetto salvifico di Dio», inquadrato in una storia terrena fusa in una storia soprannaturale descritta, e ogni volta rinnovata, dalla potenza narrativa dei simboli, di cui i sacramenti assolvono ad apice espressivo⁴⁴.

La prospettiva misterico-funzionale dei sacramenti in chiave «ascendente» e partecipativa era, tra l'altro, la risposta conciliare al dissenso ideologico interno ed esterno alla Chiesa: essa disinnescava le tentazioni delle ricorrenti strumentalizzazioni politiche, pur lasciando in sospenso problemi di indole giuridica cruciali e di antica origine⁴⁵, legati alla questione del rapporto sacra-

⁴⁰ LAMBERTO DE ECHEVERRÍA, *Teologia del diritto canonico* cit., p. 20.

⁴¹ CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 251. Sino a Trento, la teologia coglieva nei sacramenti l'esclusiva «dimensione discendente» di mezzi di santificazione, in cui un'azione culturale partecipata dai fedeli («dimensione ascendente») era nulla, concentrandosi così solo sulla natura della «pratica di pietà privata».

⁴² «Nella Cost. dogmatica L.G. la natura misterica della Chiesa è descritta sia nella sua dimensione profonda (evento di salvezza) che nella sua dimensione periferica (istituzione)». Cfr. ELISEO RUFFINI, «*Sacramenti*» cit., p. 193.

⁴³ REMIGIUSZ SOBANSKI, *La Chiesa e il suo diritto* cit., p. 11. Per una bibliografia sul tema del mistero della Chiesa, si veda TEODORO JIMÉNEZ URRESTI, *Diritto canonico e teologia* cit., pp. 36-37.

⁴⁴ GIUSEPPE SILVESTRE, *Credere, sperare, amare. Per un itinerario di vita cristiana*, Ed. Progetto 2000, Cosenza, 2015, pp. 41-42 e 45. JEAN MARIE ROGER TILLARD, *Le sacrement, événement de salut*, La Pensée catholique, Bruxelles, 1964; THEODOR SCHNEIDER, *Segni della vicinanza di Dio*, Queriniana, Brescia, 1983.

⁴⁵ La dottrina canonica classica tenta già nel XII secolo di abbozzare differenze tra potestà d'ordine e di giurisdizione allo scopo di prevenire interventi politici strumentali. PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 113. Le recenti tendenze postconciliari di desacralizzazione delle istituzioni ecclesiali sono riassunte in ELISEO RUFFINI, «*Sacramenti*» cit., pp. 197-201.

menti-potestà e al modo di intendere l'ufficio distintamente dal *ministerium*.

4. *Il significato autentico, originario e totalizzante dei sacramenti, segni spirituali di incontro salvifico e atti metagiuridici*

Il teologo contemporaneo continua, a decenni di distanza, a far tesoro degli insegnamenti del Concilio Vaticano II. Riconosce il fondamento dei sacramenti nella raffigurazione del Cristo «radice fontale» e nella Chiesa, come espressione visibile e organizzativa dell'azione attuativa dei sacramenti, *in Mundo*⁴⁶. Non di meno, egli attinge alla fonte conciliare nell'affermare la dimensione antropologica, escatologica e cosmica dei sacramenti⁴⁷.

C'è, tuttavia, un riferimento legato alla misericordia cristiana, nell'accezione più immediata dettata dalla *caritas*, in cui il sacramento viene declinato dal teologo in una forma di esemplare circolarità, inclusiva dell'immanente e del trascendente, dell'obbligo morale e del precetto giuridico della giustizia divina che chiede un'attuazione, per lo meno «morale» della prassi politica, nella dimensione temporale: è il «sacramento del fratello»⁴⁸.

Qui la realtà fattuale irrompe nel mistero. La celebre espressione era stata coniata da Hans Urs von Balthasar in prospettiva ecclesiologica⁴⁹, ma si è rivelata assai utile a focalizzare l'attenzione sull'incardinamento che si compie nel piano sacramentale, tra una relazione di tipo agapico-morale ed una di carattere costrittivo-giuridico. La relazione spirituale ispirata dalla *caritas* si fa, nell'incontro sacramentale col fratello, impegno del fedele ad un dono incondizionato, ad una liberalità totalmente disancorata da scopi secondari verso il prossimo. Il sinallagma dell'equilibrio tra interessi materiali è svuotato per lasciar spazio a vincoli solidaristici misurabili con il solo parametro della misericordia.

⁴⁶ Circa la Chiesa, quale «universale sacramento di salvezza» (*Lumen Gentium*, nn. 3, 4, 9, 48; *Gaudium et Spes*, n. 45); riguardo ai sacramenti quali «segni» della fede ordinati alla santificazione dei fedeli e mezzi di conferimento della grazia (*Sacrosanctum Concilium*, n. 59); in quanto espressione di vincolo di unione dei fedeli nella Chiesa e strumenti di attuazione della comunità sacerdotale nella Chiesa (*Lumen Gentium*, nn.11 e 14); circa il valore escatologico (*Lumen Gentium*, nn. 35 e 48). Riguardo all'Eucaristia come centro e vertice della Chiesa e radice e cardine della comunità cristiana (*Ad gentes*, n. 9 e *Presbyterorum ordinis*, nn. 2 e 6).

⁴⁷ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 107, 117 e pp. 133 ss.

⁴⁸ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 43.

⁴⁹ La frase appare in HANS URS VON BALTHASAR, *La domanda di Dio dell'uomo contemporaneo* (*Die Gottesfrage des heutigen Menschen*), Queriniana, Brescia, 2013 e la cui prima edizione tedesca risale al 1956, come ripensamento di un precedente scritto, molto più combattivo e «progressista» (*Abbatere i bastioni*, Borla, Torino, 1966).

Si tratta di una declinazione dei sacramenti in cui il dato teologico e giuridico si implicano in una articolazione diversa da quella usuale: lo *status necessitatis* del sofferente reclama il riconoscimento di una nuova tavola di diritti e di una giustizia redistributiva, secondo i canoni della dottrina sociale della Chiesa⁵⁰.

Come riequilibrare le giuste pretese di ordine politico con la liberazione spirituale? Come restare fedeli all'inquadramento evangelico-paolino che non prevede commistioni tra Dio e Cesare, ma un'accettazione puramente formale del potere della spada (*exousia*) che nulla compromette a svantaggio della primaziale ed intangibile fede in Dio? L'insegnamento paolino non prevede, dunque, che l'essere fratelli nella fede annulli le differenze tra *dominus* e schiavo?

Il profilo giuridico si attesta (e si limita) ad un ruolo strumentale o «servente», in altre parole, consequenziale al primato della verità teologica. Su tale gerarchia epistemica non c'è disaccordo tra teologo e giurista. Ciascuno ha chiaro il contesto entro cui collocare la dimensione sacramentale, che è teologica e giuridica.

La differenza di prospettiva nella lettura dei sacramenti tra i due esegeti riposa sulle esigenze formali della verifica dell'efficacia degli atti, salva la loro decadenza (nullità) per difetto di funzionalità giuridica (legittimità) cui resta sottoposto il canonista.

Questi, giocoforza, associa la dimensione giuridica dei sacramenti ad una prassi amministrativa, ed imbastisce poi un corredo di diritti e doveri elevato a statuto fondamentale per i *christifideles*.

Resta, in ogni caso, il riallineamento in una rilevanza puramente esteriore dei sacramenti, considerati per procedura analogica come meri «atti giuridici». In tal senso, coerentemente, il giurista parla di «corretta amministrazione» dei sacramenti; o di eventuale «valutabilità» (censurabilità) dell'attività amministrativa posta in essere dalle istituzioni ecclesiastiche competenti (ordine sacerdotale) all'amministrazione degli stessi; o di «accertamento» dell'attuazione degli effetti pratici che il CIC fa dipendere dalla corretta amministrazione dei sacramenti nella vita esterna della Chiesa⁵¹.

D'altra parte, il rapporto che il teologo ravvisa nel «sacramento del fratello» non va equivocato. Dalla «teologia canonica» nulla è rinnegato, semmai è rielaborato per adeguare la verità dei sacramenti alla Chiesa sofferente. In tal senso i sacramenti sono realmente espressione di «atti metagiuridici».

⁵⁰ GIUSEPPE SILVESTRE, *Il Giubileo e il diritto dei poveri* cit., pp. 217-241, spec. pp. 220-222.

⁵¹ VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970¹², p. 283.

Occorre però procedere per gradi per affermare nei sacramenti la natura di atti autentici, originari e totalizzanti di produzione della grazia.

La canonistica tradizionale ha orientato la ricerca sui sacramenti insistendo sull'aspetto funzionale: la valenza di *signum* e di simbolo non è messa in discussione, ma è il profilo dell'organizzazione formale degli effetti a giocare un ruolo centrale di inquadramento dei sacramenti come eventi giuridici di istituzionalizzazione della *communio*. È quindi consequenziale che i sacramenti vengano intesi come realtà propulsive delle norme giuridiche ecclesiastiche⁵². Ed è altrettanto logico che il canonista si orienti a ricercare, dei sacramenti, di ogni sacramento, la sua propria funzione giuridica e le sue proprie attitudini a produrre effetti giuridici ricadenti nella fitta rete di relazioni intersoggettive istituite nella Chiesa. Ne segue che appaia opportuno distinguere tra un elemento «genetico» ed un elemento «funzionale» su cui costruire i soggetti delle istituzioni pulsanti della Chiesa visibile: è ciò che attiene alla nozione di *christifideles* (ex can.204 §1 CIC), in rapporto al sacramento del battesimo⁵³.

Questo sacramento ci mostra un ulteriore scarto tra canonista e teologo: il giurista «si accorge» del battesimo per la sua funzione costitutiva di uno *status* prima inesistente nella realtà giuridica ordinamentale: la situazione, non significativamente mutata nella stesura del nuovo CIC del 1983, è scolpita dal legislatore canonico del 1917, là dove il can.737 §1 parlava di «*sacramentum ianua ac fundamentum*» che, in virtù della sua indelebilità e per sua forza «*homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis*» (can.87)⁵⁴. Il giurista rimane attratto dall'imponenza simbolica di questo segno di passaggio, la «*ianua*», il cui ingresso, una volta varcato, crea una nuova soggettività: l'uomo si fa «*persona*» e la sua «*spiritalis potestas*» si rende «*ordinata ad ea quae sunt divini cultus*»⁵⁵.

Il teologo ammette, invece, ossia coglie principalmente, la valenza salvifica dei sacramenti, slegandoli da ogni condizione di preliminare validità, al

⁵² «Le realtà dei sacramenti esercitano il loro effetto organizzativo ed ispiratore di norme giuridiche positive all'interno della comunità della Chiesa». Cfr. PÉTER ERDŐ, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 129.

⁵³ «(...) la nozione di *christifideles* è fissata con riferimento ad un elemento genetico e ad un elemento funzionale. L'elemento genetico è dato dal battesimo (...) Nel battesimo sta anche la radice della funzione ecclesiale del fedele (e dei diritti e dei doveri connessi con tale funzione ed espressi appunto nello statuto fondamentale): il battesimo infatti rende partecipi alla missione sacerdotale, profetica e regale di Cristo (...)» Così, GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., pp. 68-69. Cfr. anche EUGENIO CORECCO, «*Battesimo*», in *Dig. Pubbl.*, II, UTET, Torino, 1987, pp. 213 ss.

⁵⁴ ALESSANDRO LEVI, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1967, p. 239.

⁵⁵ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, III, q.63, a.8, richiamato da VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico* cit., pp. 96-97.

di fuori dell'*intellectus fidei*. Sono così persino ipotizzabili sacramenti atipici in forma «anonima» che aprono ad una dimensione metagiuridica in cui la funzione salvifica del mezzo spirituale è capace di prodursi oltre il suo evento «genetico» e prescindendo dall'atto istituzionale costitutivo del passaggio attraverso la «*ianuna iuris*»: la transizione che conduce il fedele verso l'acorporamento come membro del popolo di Dio può concepirsi con modalità extra-rituali. Ma il giurista registra forme e computa dati, preoccupato di individuare per ogni sacramento il suo ruolo creativo, l'ineccepibilità formale dei suoi requisiti validanti, la sua funzione di istituzionalizzazione delle realtà fattuali⁵⁶.

Succede così che lo sguardo del canonista, obbligatoriamente concentrato sulle funzioni che l'atto giuridico è in grado di svolgere e sull'effettiva condizione di porle materialmente in essere, guarderà ai sacramenti come «atti di rilievo giuridico» la cui amministrazione sarà rilevante in quanto faccia sorgere «fattispecie socialmente rilevanti» nel contesto di una Chiesa istituzionale⁵⁷.

Preoccupato dunque della dimensione formale e della funzionalità dei sacramenti, il canonista potrà riguardare lo spettro spaziale della sua efficacia di atto giuridico, inquadrandolo nella categoria tecnica dei «presupposti» di una più articolata fattispecie o procedura amministrativa di cui è parte⁵⁸.

Egli potrà anche puntualizzare - e qui il divario tra canonista e teologo ha anche assunto toni critici accesi -, che l'idea che i mezzi di salvezza (Parola e sacramenti) appartengono al popolo di Dio, non va dissociata dalla condizione che detto popolo di Dio vada «istituzionalmente considerato», con ciò precisando che resta ferma una differenza di ruoli tra fedeli (singolarmente presi) e gerarchia, quanto all'atto di amministrazione dei sacramenti⁵⁹.

Sulla base di queste osservazioni è dunque comprensibile che il riconoscimento dell'indole metagiuridica dei sacramenti sia un'elaborazione che impegni il teologo ed il canonista in modo notevolmente distante. La pro-

⁵⁶ «(...) nell'ambito dell'interrelazionalità dei sacramenti, il sacramento dell'Eucarestia e il sacramento dell'ordine realizzano il proprio ruolo costitutivo nella Chiesa in uno strettissimo rapporto (...) anche gli altri sacramenti, ciascuno a modo suo (...) svolgono un ruolo di istituzionalizzazione nella Chiesa. Il matrimonio fornisce la base sociale e di grazia per la costituzione della "Chiesa domestica", mentre il sacramento della penitenza è il portatore della possibilità di sanzione (...) e di riconciliazione». Cfr. PÉTER ERDŐ, *Teologia del diritto canonico* cit., pp. 90-91.

⁵⁷ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 35 e pp. 50 ss.

⁵⁸ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 55.

⁵⁹ Il problema rinvia alla differenza tra potestà d'ordine e di giurisdizione. Qui la sensibilità del teologo e del canonista possono condurre a letture anche opposte sull'idea di Chiesa comunionale e sulla differenza, per il canonista inderogabile, tra *condicio communionis* e *condicio subiectionis*. Vedasi JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., pp. 110-113.

gressione elaborativa ha, semmai, sensi di marcia contrapposti, giacché la tensione del canonista è diretta dall'istituzione materiale verso la trascendenza, per cui il sacramento è riconosciuto realmente come mezzo materiale di produzione di grazia, mentre il teologo apprende il dato rivelato e lo travasa nella concretezza storica, affinché produca ponti e crei vincoli di salvezza, persino nell'attualizzare una «liberazione» dalle catene dell'ingiustizia terrena.

Pur tuttavia, le due prospettive, canonica e teologica, restano tra loro permeabili. La natura totalizzante dei sacramenti, contemporaneamente mezzi di istituzionalizzazione formale e di produzione di grazia spirituale è riassunta dal loro riconoscimento, anche nella canonistica più recente, quali «azioni di Cristo (e contestualmente) azioni della Chiesa»⁶⁰.

Questa posizione dottrinale, non nuova in verità, riflette la sussistente armonia nella Chiesa tra grazia divina e istituzione formale (*lex gratiae seu lex fidei*)⁶¹. Il teologo, da parte sua, dà per scontato l'atto di transizione dallo spirito alla materia, ammettendo che i sacramenti sono causa strumentale della grazia⁶². Egli, tuttavia, sente la necessità di precisare che questa causalità risponde anche ad un'esigenza di «consonanza» tra intenzione e segno⁶³.

Il «segno», insomma, come «fondamento della sacramentalità» e che impone al teologo di scoprire non solo le molteplici valenze ma anche l'effettivo ruolo di momento pratico strumentale della grazia⁶⁴.

Ecco, dunque, nel «segno», il punto di contatto più elevato tra il teologo ed il canonista, dove tuttavia il teologo riesce a leggere una valenza ulteriore legata all'intelletto e trascendente l'ordine materiale che l'intelletto riflette per via razionale: il sacramento, ponendo in essere una relazione tra segno e cosa significata trascende, non escludendola ma superandone i limiti consoni alle forme giuridiche, la via materiale che il segno rende visibile. Il sacramento è, dunque, «*vis spiritualis* che trascende il segno perché è nell'ordine delle intenzioni intellettuali»⁶⁵.

⁶⁰ TOMÁS RINCÓN-PÉREZ, «*Derecho sacramental*», in *DGDC* III, cit., p. 186; ANTONIO MIRALLES, «*Sacramentos*», in *DGDC* VII, cit., p. 103.

⁶¹ HÉRVÉ MARIE LEGRAND, *Grace et institution dans l'Eglise: les fondements théologiques du droit canonique*, in *L'Eglise: Institution et Fois*, Bruxelles, 1979, pp. 159 ss. Sulla posizione della Scuola di Monaco, Corecco ed Hervada, in proposito, cfr. PÉTER ERDŐ, *Teologia del diritto canonico* cit., p.47.

⁶² GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 169.

⁶³ «La causalità dispositiva è una forza strumentale intenzionale consona alla fisionomia del segno pratico ed esigita dal necessario riferimento all'intenzione di chi ha istituito i sacramenti». Così, GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 170.

⁶⁴ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 97 ss. e p. 170.

⁶⁵ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 98.

Di nuovo, appare lo scarto tra due prospettive: il canonista coglie nel sacramento, come «segno radicale» una via maestra per legittimare, senza troppo discostarsi dalla tradizione canonica classica medievale di Pietro Lombardo⁶⁶, l'organizzazione terrena della Chiesa visibile, la sua *potestas* temporale di governo. Il «segno sacramentale» è l'azione precipua e riservata a chi è titolare di un potere di amministrazione, sebbene si tratti di un «potere solo in senso analogico»⁶⁷. Non solo. Il canonista estende la capacità rappresentativa del «segno sacramentale» a tutta la Chiesa, per cui il *sacrum symbolum* assorbe in sé la tradizionale raffigurazione materiale della Chiesa quale «*Corpus Mysticum*»⁶⁸.

Resta il fatto che, per il canonista, il sacramento viene inteso entro e non oltre i limiti dell'azione descrittiva, così come configurato al can.840 CIC che sottolinea la sua natura di «segno e mezzo attraverso cui si manifesta e rafforza la fede (...)»⁶⁹. Il teologo, dunque, può godere di uno spazio speculativo ben maggiore: per questo potrà subire i condizionamenti della mentalità giuridica, con la sua lettura unilaterale del sacramento come «atto metagiuridico» e i suoi vistosi impacci concettuali a cogliere una dimensione intenzionale del fatto simbolico⁷⁰.

È per questo che la prospettiva del «sacramento del fratello», appare una soluzione tutta e solo teologica: la dottrina di San Paolo sull'*exousia* non viene in collisione, come si potrebbe ritenere con la teologia della liberazione dell'uomo coartato nelle sue libertà elementari (sociali ed umane) dal potere egoista e corrotto del «Principe». Ciò perché, avverte ancora il teologo, il «sacramento del fratello» è l'identificazione personalizzata, simbolica, della *caritas*, per cui «ogni povero è icona di Cristo». Il simbolo svincola dalla pretesa politica e vincola le coscienze.

Ecco, allora, delinearci una differenza in grado del segno/simbolo sacramentale che, se per il canonista è prioritario ma strumentale ad una funzione, per il teologo è esponenziale e, in qualche modo, assoluto⁷¹.

⁶⁶ Osserva il Vitale, commentando il noto passo di Pietro Lombardo, *Liber sententiarum*, l. IV, dist. 24 in ML.192, c.904 («Si autem quaeratur quis sit quod hic vocatur ordo, sane dici potest signaculum esse, id est sacrum quoddam (...)») come «*signum*» fosse considerato in una valenza strumentale allo *status* dell'ordinato ed integrarne il rito sacramentale dell'ordinazione («*signaculum*»), in una apoteosi della potestà terrena della Chiesa. Cfr. ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 135.

⁶⁷ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 107.

⁶⁸ LAMBERTO DE ECHEVERRÍA, *Teologia del diritto canonico* cit., p. 23.

⁶⁹ ANTONIO MIRALLES, «*Sacramentos*» in DGDC, VII, cit., p. 103.

⁷⁰ ELISEO RUFFINI, «*Sacramenti*», cit., p. 186.

⁷¹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 43-44.

5. *Il metodo ermeneutico di Giuseppe Silvestre: la prospettiva fenomenico-antropologica sui sacramenti. Punti di contatto con il piano ontologico-sacramentale adottato dal canonista*

La prospettiva sacramentale da cui il teologo muove, s'è detto, è quella simbolica; in virtù di una logica funzionale eminentemente pratica, i sacramenti sono strumenti non esauribili in semplici «segni», ma mezzi ontologici di salvezza.

Una più completa rappresentazione di questo pensiero impone, tuttavia, alcuni ulteriori approfondimenti circa il metodo di indagine seguito: metodo che richiede una rigorosa armonizzazione interdisciplinare di accostamento a quella teologia sacramentaria e che assorbe ampiamente l'opzione antropologica abbracciata dal Concilio Vaticano II⁷².

Il paradigma ermeneutico qui descritto offre alcuni agganci per un dialogo tra il teologo ed il canonista⁷³. Il Concilio Vaticano II ha spostato il baricentro delle sovrapposizioni tra le due prospettive ed ha indicato nel piano antropologico il fondamento sul cui impianto teologia e diritto necessariamente trovano punti di reciproco contatto. Le vicende della storia ecclesiastica ci confermano, del resto, periodiche ricongiunzioni tra le due sensibilità, mosse dal fine di conformarsi alla *mutatio societatis*.

Dato che questo scritto intende perlustrare il confronto tra le sensibilità teologica e giuridica, si accennerà solo di sfuggita al fatto che la «questione emeneutica» nasce già con una sua autonoma rilevanza nello specchio ecclesiale, allorquando i teologi del concilio e del post-concilio contestano alla teologia il difetto di una propria teoria ermeneutica⁷⁴.

Il fatto è che l'*intellectus fidei*, come insostituibile parametro di lettura dei sacramenti per il teologo⁷⁵, non ha diritto di cittadinanza per il giurista

⁷² ROSINO GIBELLINI, *Il cammino della teologia*, in *Il rinnovamento della vita cattolica*, Vol. VI di *Storia del cristianesimo 1878 – 2005* (a cura di E. Guerriero), San Paolo, Milano, 2005, p. 232 e ss.

⁷³ Secondo TEODORO JIMÉNEZ URRESTI, *Diritto canonico e teologia: due scienze diverse*, in *Concilium*, 3 (1967), Queriniana, Brescia, pp. 30-31, occorre solo tener fermo il fatto che i dati teologici configurano la «struttura fondamentale» del diritto divino istituito da Cristo «in via generica» ed il canonista, consapevole che «il diritto canonico non esiste né può concepirsi senza un contenuto teologico» interviene solo in un secondo momento, assumendo i «dati teologici come postulati» e, così, operando solo strumentalmente, al fine unico e limitato di stabilire le regole formali di una prassi (le condizioni di pratico funzionamento) e le regole di validità (i precetti di vigenza e le modalità di applicazione); FELIX WILFRIED, *Teología y derecho canónico: un camino conjunto*, in *Concilium*, (ed. spagnola), 368 (2016), Editorial Verbo Divino, Madras, pp. 697-710.

⁷⁴ EDWARD SCHILLEBEECKX, *Dio, il futuro dell'uomo*, Paoline, Roma, 1970.

⁷⁵ GIANLUIGI PASQUALE, *La certezza che Dio si è legato a noi: una nuova ermeneutica della teologia sacramentale*, in GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 11.

dei codici civili; le cose non cambiano neppure per il canonista, nonostante il maggior grado di familiarità con una lettura metafisica del fatto confessionale e della sua fenomenologia, libero da fuorvianti prevenzioni.

Anche la dottrina più accorta, di cui l'idealismo storico di Emilio Betti rappresenta un ineguagliato vertice, pur individuando nell'*hermeneutica fidei* il parametro interpretativo più rispondente alle complesse esigenze di lettura del testo sacro, non coglie in profondità il sistema di valori che solo l'interpretazione sacramentale riesce ad illuminare e, successivamente, decifrare⁷⁶. Il rischio dell'interpretazione giuridica è, infatti, l'incombente degradazione di quell'oggetto di indagine -testo scritto o strumento salvifico elevato a *signum* che sia- che, invece, necessita di chiarimenti pur nell'intatta preservazione del dogma della verità di fede⁷⁷.

È tuttavia singolare osservare che, tanto per il giurista che per il teologo, lo strumentario scientifico d'ausilio per dissezionare l'oggetto della conoscenza sia assimilabile, potendo entrambe gli interpreti far ricorso ad un comune arsenale, filologico, storico, e soprattutto simbolico, che permette loro di rileggere la realtà criptata attraverso i segni convenzionali di un sapere specialistico eretto a sistema. Al dunque, gli elementi di incomunicabilità e di distinzione tra il teologo ed il canonista si distendono tutti sul piano dell'orizzonte giuridico, laddove lo stato di sudditanza e di derivazione del secondo dal primo si connota nei fattori di strumentalità della scienza canonica e di esclusiva funzione (immanente) di positivizzazione del dato rivelato (trascendente). Anzi, è il fine trascendente, di cui il canonista si occupa ed al quale si ispira traendone tutte le personali certezze -e che trasforma la scienza tecnica di sua competenza, elevandola a quella scienza metagiuridica- che gli impone, nel contempo, l'assoluta fedeltà, alla verità teologica nell'atto di positivizzazione delle norme sui sacramenti⁷⁸.

Fattori epistemologici, da un lato, e teologici, dall'altro, sembrano porre le due scienze ermeneutiche in recinti separati, con compiti conoscitivi ed organizzativi separati.

Anche la prospettiva antropologica disegnata dai Padri conciliari come parametro di conoscenza ermeneutica dell'uomo e dei mezzi di salvezza ha dato luogo a discussioni sia tra giuristi laici e canonisti, sia tra scienza giuridica e teologia. La Lettera Apostolica *Rosarium Virginis Mariae* (2002) che esprime intensamente il tomismo di papa Wojtyła, afferma l'incondizio-

⁷⁶ EMILIO BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Voll. I-II, Giuffrè, Milano, 1955.

⁷⁷ MARIO TEDESCHI, *L'hermeneutica fidei*, in *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 131 e 136.

⁷⁸ TEODORO JIMÉNEZ URRESTI, *Diritto canonico* cit., pp. 32-33.

nata centralità antropologica dei sacramenti: «Nella costituzione simbolica dell'uomo si trova una radice comune di tutti i sacramenti» i quali sono in grado di realizzare nell'uomo una triplice apertura: teologica, sociale e cosmica⁷⁹.

La prospettiva interdisciplinare, qui seguita, ha dalla sua il fascino della tecnica di comparazione dei dati sensibili e dei concetti, ma tende ad incagliarsi nel confronto, prima ancora che nella composizione, tra metodologie.

Si tratta di inconvenienti che attengono alla natura dei sistemi di pensiero e che sono comprensibili entro un quadro ricognitivo che diversifica per criterio ordinante le scienze secondo logiche dogmatiche tra loro tendenzialmente autonome ed impermeabili. E, tuttavia, si può ritenere che proprio l'oggetto del dissidio -il piano antropologico riletto attraverso la luce della fede- sia anche quello dell'armistizio e del possibile compromesso dialettico. Il diritto della Chiesa, nello specifico, si conferma scienza composita in cui per necessità epistemologica l'analisi del dato ontologico e fenomenologico (che pure appartengono a differenti livelli di apprendimento della realtà) non solo si toccano, ma divengono complementari se finalizzati ad una comune «conoscenza integrale della realtà canonica»⁸⁰.

Il recupero, avviato nel Concilio Vaticano II, della teologia dei sacramenti in una visuale organica di cui si era persa l'unità per eccessi apologetici di stampo tridentino, si compie nel quadro di una nuova economia di salvezza. Non solo: questa riscoperta si inserisce in una *restituito in integrum* delle indicazioni dell'Antico Testamento e del Vangelo, secondo la letteratura patristica, per cui «i sacramenti sono un prolungamento nel tempo dei *mirabilia Dei*»⁸¹. Insomma, analogamente a quanto propone il teologo, i sacramenti sono i fattori-motori della storia della Salvezza e vanno rilette attraverso una prospettiva simbolica in cui i binomi Parola-sacramento e fede-sacramento si equivalgono. *Intellectus fidei e intellectus amoris* trovano nel teologo una più compiuta armonia⁸².

⁷⁹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 133.

⁸⁰ PEDRO-JUAN VILADRICH, *Hacia una teoria fundamental del derecho canónico*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico, La Chiesa dopo il Concilio*, II^a, cit., pp. 1330 ss.

⁸¹ ELISEO RUFFINI, «Sacramenti», in *Dizionario Teologico Interdisciplinare*, Vol. III, Marietti, Casale Monferrato, 1977, pp. 191-192. Vedi anche GIUSEPPE SILVESTRE, *Nodi teologici di teologia sacramentale* cit., pp. 145-163.

⁸² GIUSEPPE SILVESTRE, *Credere, sperare, amare* cit., p. 7. Per riflessioni critiche sulla «logica della fede» quale cardinale metodo giuridico della disciplina teologico-canonistica, nel contesto della dialettica emersa tra Klaus Mörnsdorf e Julius Kraft (*Die Unmöglichkeit der Geisteswissenschaft*, II, Öffentliches Leben, Francoforte, 1957) si veda GAETANO LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico, in Il mistero del diritto*, I, *Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 214 ss.

In questo quadro, l'apporto filosofico tomista non è secondario; la rivalutazione del sacramento come segno-simbolo in chiave storica pone al centro della riscoperta il primo protagonista della storia medesima: l'uomo nella sua spiritualità e nel suo primato di coscienza⁸³.

Ma, come osservato, se l'accordo tra filosofia e teologia oppone minori ostacoli attuativi alla reciproca comprensione, il piano ricostruttivo si fa assai più inclinato quando si intenda adeguare il profilo antropologico *tout-court* alla dimensione giuridica, laddove il concetto di soggetto-uomo subisce l'intrusione di molteplici *fictiones iuris* di carattere pratico, prima tra tutte, quella della «*persona repraesentata*», che tendono fatalmente a distorcere la natura di creatura spirituale «*ad imago Dei*».

La messa in guardia su disinvolute equivalenze per analogie omologative tra prospettiva teologica ed antropologica è sottolineata dal Betti che, con la lente del giurista, coglie l'impraticabilità di un dialogo fecondo tra scienza e fede, nel piano delle reciproche ed incomunicabili «sfere di competenza»⁸⁴.

Ma il giurista tende, con opzioni anche più rigoriste, a relativizzare il profilo antropologico spirituale nel diritto, paventando insidiose contaminazioni soggettive originate da una volontà umana creativa e non soggetta, ordinante e non ordinata, in grado di destabilizzare la monolitica armonia dell'ordine giuridico⁸⁵. All'uomo sacramentale è interdotta, insomma, ogni autonoma iniziativa che riverberi effetti nel diritto positivo civile, salva l'ipotesi di circoscriverne l'ingresso con condizioni di diritto positivo e processuale, come nel caso dei filtri negoziali talvolta apposti dagli ordinamenti secolari a proposito del matrimonio-sacramento.

Da questi spunti riemergono nitide le differenze di fondo che colgono, nella legge canonica, un «diritto teologico» e, nei diritti statuali, l'immanenza degli ordinamenti retti dall'autorità potestativa e dalla coercizione *ex lege*. L'individualità, lo storicismo, la priorità del dato simbolico ed il primato della coscienza appartengono, dunque, all'interprete del diritto sacro che fonda la sua indagine sull'*intellectus fidei*. Né minori appaiono le distanze nel processo astrattivo tra ermeneutica teologica e giuridica, perché il meraviglioso ed «incessante processo di divaricazione dell'immagine nel concetto» e viceversa, che Carnelutti descrive nell'atto di formazione e di integrazione dei

⁸³ JACQUES MARITAIN, *Umanesimo integrale*, Studium, Roma, 1946; Id., *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Vita e Pensiero, Milano, 1977, pp. 3 ss.; LUIGI BOGLIOLO, *De Homine*, PUL, Roma, 1968; Id., *Antropologia filosofica*, Vol. IV, *L'uomo nel suo agire*, PUL Roma, 1972.

⁸⁴ EMILIO BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* cit., p. 885. Maggiori approfondimenti sono svolti da MARIO TEDESCHI, *L'ermeneutica fidei* cit., pp. 136 ss.

⁸⁵ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., pp. 41-42. L'A. espone una tesi rigorosa, salvo poi ammettere che «la concezione antropologica sta alla base dell'idea della Chiesa come popolo di Dio».

concetti giuridici da parte dell'ermeneuta, non vale per il teologo⁸⁶. Questi fa dell'esegesi una funzione di raccordo con la rivelazione, in una sorta di esposizione costruttiva della fede⁸⁷.

Per i sacramenti, ai quali non si può attribuire astrattezza concettuale che non sia il *flatus spiritualis*, non è pensabile alcuna palindrome trasformativa, essendo semmai questi stessi mezzi di comunione ad operare sull'uomo una trasformazione salvifica che non si attende un mutuo scambievole *do ut des*. Per questo, al canonista è permesso di affermare che il diritto di cui si occupa, in virtù della sua natura metagiuridica e per il suo essere «tramite della Parola», ha precise basi antropologiche⁸⁸.

L'antropologia salvifica dei sacramenti illustrata dal teologo ha, così, un chiaro riferimento nella dimensione giuridica, in particolar modo, nella dimensione storica dell'uomo che ricapitola il suo personale perenne riscatto catartico dal dramma del peccato alla redenzione. Sul piano delle leggi, quell'esperienza intima si fa pubblica e confronta il soggetto-uomo con le potestà (*munera*) che gli vengono riconosciute (o affidate) dal sistema giuridico della Chiesa istituzionale.

Non a caso il canonista, tra le formule concettuali correnti per illustrare una condizione generale stabile del *chirstifidelis*, ricorre all'espressione «piano ontologico-sacramentale», riferendosi allo *status* dell'ordinato *in sacris*⁸⁹. Né un diverso valore concettuale va attribuito alla formula «condizione ontologico-sacramentale» del fedele, a ciò riferendosi estensivamente per assegnare una qualificazione fondamentale sia ai diritti che ai doveri del fedele (can.96 CIC), sia a quel complesso di «sfere di libertà» contemplate dal legislatore codiciale, a partire dall'azione di apostolato (cann.211 e 255 §1 CIC). Si tratta di situazioni in cui è evidente la non traducibilità della condizione del soggetto agente in titolare di posizioni di diritto-dovere «giuridicamente esigibili», se non nella prospettiva e nelle condizioni di agire proprie della sfera dei doveri morali ed in cui si sostanzia la stessa *condicio liberatatis*⁹⁰.

L'ermeneutica del teologo, dunque, impone una riflessione assai seria che coinvolge anche l'azione critica del giurista: da un lato, si impone la

⁸⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Cedam Padova, 1990 (rist.), p. 85.

⁸⁷ KARL RAHNER – JOSEPH RATZINGER, *Revelation and Tradition*, Herder, Feriburg, 1966, pp. 46-47. «It is true that it is not interpretation in the sense of purely exegetical exposition, but in virtue of whole existence of the Church, its faith, life and worship».

⁸⁸ GAETANO LO CASTRO, *Del diritto e della sua conoscenza*, in *Il mistero del diritto*, I, cit., pp. 5 ss.; ID., *Basi antropologiche del diritto canonico*, in *Il mistero del diritto*, II, *La persona e il diritto nella Chiesa*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3. ss spec. pp. 13-14.

⁸⁹ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* cit., p. 145.

⁹⁰ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* cit., pp. 94, 106 e 118.

consapevolezza della natura *sui generis*, quanto a contenuto ed essenza del diritto della Chiesa, il quale «si svolge nell'orizzonte gnoseologico e nello spazio dell'universo della fede» (con ciò, dissipando una volta per tutte ogni equivoco sul rapporto tra fede e ragione e, *mutatis mutandis*, tra *ordinatio fidei* e *ordinatio rationis* giuridica)⁹¹; dall'altro, l'effettiva concretezza dell'atto interpretativo, non solo circa gli strumenti d'analisi (l'individualità, la soggettività, lo storicismo) ma anche, in prospettiva, circa il complesso oggetto del suo conoscere: i sacramenti, non più i testi legali che salvano in terra per stretta via di ragione, ma quali strumenti misterici sradicati da ogni fantasioso mito poetico⁹² e piantati razionalmente nella storia concretamente vissuta, per essere indirizzati al fine ultimo della *salus animarum*⁹³.

6. *Il lento tramonto della teoria personalista di Klaus Mörsdorf nelle dottrine canonistiche post-conciliari. Il tema teologico del personalismo tra Odo Casel e Edward Schillebeeckx*

È forse azzardato pronosticare i segnali di un progressivo isolamento del pensiero giuridico di Klaus Mörsdorf dall'orizzonte sacramentale. Il postulato della scienza giuridica canonica in quanto «(cono)scenza teologica che adotta il metodo giuridico», non ha ancora trovato contraddittori provvisti di convincenti argomentazioni *a contrario*⁹⁴. L'attrazione esercitata da quell'insegnamento sui canonisti del post-concilio è tutt'oggi viva anche se i successivi orientamenti incidenti sullo statuto ontologico ed epistemologico

⁹¹ Sul punto, le belle pagine di GAETANO LO CASTRO, *Scienza giuridica e diritto canonico*, in *Il mistero del diritto*, I, cit., p. 202.

⁹² GIUSEPPE SILVESTRE, *Il significato del banchetto nell'etnologia religiosa come prefigurazione sacramentale*, in *Vivarium*, 13/2 (2005), V. Ursini ed., Catanzaro, pp. 193-206.

⁹³ NATALINO IRTI, *La metodologia del diritto in Francesco Carnelutti*, in FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* cit., p. XVI.

⁹⁴ Si tratta di «*eine theologische Disziplin mit iuristischer Methoden*». KLAUS MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrecht*, München-Paderborn-Wien, 1964, p. 36; EUGENIO CORECCO, «*Teologia del diritto canonico*», in *Nuovo Dizionario di Teologia*, Ed. Paoline, Roma, 1977, p. 1746; ARTURO CATTANEO, *La complementarità di ordine e giurisdizione nella dottrina di Klaus Mörsdorf*, in *Facultas Iuris Canonici. Universitas Studiorum Navarrensis. Excerpta I* (1983), pp. 383 ss. Osserva Rouco Varela come il decisivo apporto di Mörsdorf alla concezione teologica del diritto canonico risieda nell'intuizione di aver concepito la Chiesa come «comunità di Parola e di Sacramento» insomma, nell'aver appurato - in contrapposizione con le tesi incarnazioniste della Scuola di Tubinga (ed espresse da Salaverri, Stickler e Heimerl) - che «la Chiesa non si "incarna" (né può) incarnarsi in modo umano, ma come comunità di Parola e di Sacramento. Parola che non è parola nudamente umana (ma *Kerygma*); Sacramento che non è puro simbolo religioso o pura realtà antropologica, (ma Sacramento di Cristo)». Così, ANTONIO ROUCO VARELA – EUGENIO CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del diritto canonico*, Jaca Book, Milano, 1971, p. 45.

del diritto ecclesiale ne hanno opacizzato l'originaria brillantezza⁹⁵. Occorre infatti rammentare che, proprio riguardo al sacramento dell'ordine, la teoria personalista avanzata dall'insigne canonista tedesco, intimamente convinto dell'unità dogmatica della potestà sacra e che tanto credito riscosse nella sede dei lavori conciliari, è di lì a poco incorsa nelle riserve critiche opposte da altrettanto illustri colleghi che, attraverso l'impostazione della Chiesa-istituzione, hanno preordinato il sentiero dogmatico del superamento di quelle tesi⁹⁶.

Hervada ha effettivamente incanalato, com'è noto, i due cardini istituzionali della Chiesa (la riunione dei fedeli riuniti nella *communio Ecclesiae* e i mezzi di salvezza, ossia Parola e sacramenti) nell'alveo di una complessa rete di vincoli di relazione tra fedeli, in una nuova «realtà organica, che richiede forma giuridica» (ex L.G., n.2)⁹⁷.

Né le divergenze dottrinali incorse tra i due canonisti esauriscono l'orizzonte della discussione ormai aperta in dottrina⁹⁸. Ci basti, tuttavia che, se nel post-concilio le tesi escludiviste del Mörsdorf sulla potestà ristretta ai soli ministri sacri che avessero ricevuto il sacramento dell'ordine avevano conseguito il primato sull'ampliata ed alternativa nozione di clero teorizzata da Karl Rahner, le incertezze della stesura del can.129 CIC 1983 hanno intorbidito le acque del diritto. Il legislatore canonico ha infatti lasciato in ogni caso trapelare l'ipotesi di una pur possibile partecipazione elastica tra «ministri sacri e laici nell'esercizio delle facoltà connesse con le pratiche della potestà di governo»⁹⁹.

La diatriba dogmatica, ben nota, che oppose Mörsdorf al teologo Rahner

⁹⁵ Secondo Mörsdorf Parola e sacramento vanno ascritti a principi di base del diritto canonico. Cfr. KLAUS MÖRSDORF, *Wort und Sakrament als Bauelemente der Kirchenverfassung*, in *Arch. Cath. Kr.*, 134 (1965), pp. 72 ss.

⁹⁶ JAVIER HERVADA, *Las raices sacramentales del Derecho Canónico* cit., pp. 245 ss.

⁹⁷ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., pp. 122 -123.

⁹⁸ Diametralmente opposte sono anche le posizioni tra Mörsdorf e Vincenzo Del Giudice, il quale si concentra più volentieri sull'efficacia delle norme canoniche e trascura la «fenomenologia» dei sacramenti che riguarda sotto l'aspetto dell'amministrazione e profilando un «diritto liturgico» dei sacramenti. Cfr. PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., pp. 115-116; VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico* cit., p. 283. Vedi anche, per rilievi più recenti, TOMÁS RINCÓN-PÉREZ, *La liturgia y los sacramentos en el Derecho de la Iglesia*, EUNSA, Pamplona, 1998.

⁹⁹ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p.129. Si tratta di principi che «implicano l'armonica interrelazione della via ontologico-sacramentale con quella della "canonica o giuridica determinazione da parte dell'autorità gerarchica" (nota esplicativa praevia Cost. L.G., n. 2)». Occorre tuttavia avvertire che il legislatore del *Codex* ha risentito a lungo del fascino esercitato dalle teorie del Mörsdorf, dato che la dottrina personalista è presente nella logica fondamentale della disciplina sul battesimo, con buona pace dello *status* del non battezzato. Cfr. GAETANO LO CASTRO, *La persona nella Chiesa*, in *Il mistero del diritto*, II, cit., p. 101.

affiancato da Congar, ricapitola due modi di intendere la potestà nella Chiesa: in senso verticistico tradizionale e radicalmente unitario, da un lato; in senso democratico-comunitario, ossia comunionale, dall'altro. È cosa nota. Altrettanto noto è che la questione si riconduceva all'inestricato *rebus* del rapporto di armonizzazione tra potestà d'ordine e di giurisdizione¹⁰⁰.

Il confronto tra canonisti registra il più profondo sommovimento in atto nella teologia postconciliare. L'epicentro è risalente nel tempo e trova in Odo Casel il principale riferimento dell'odierna teologia di innovazione. La teoria della «ri-presentazione dei misteri» (*Mysteriengegenwart*) è così apparso il più convincente tentativo dogmatico volto alla rielaborazione in chiave post-tridentina del dogma dell'efficacia oggettiva dei sacramenti¹⁰¹.

Si può affermare che le teorie giuridiche di Hervada e Lombardía volte al superamento della visione potestativa sacramentale tradizionalista, che Mörsdorf rielabora in chiave personalista, si prestano ad una comparazione per molti versi sovrapponibile, quanto agli effetti innovativi e all'importanza critica, con le dottrine caseliane.

La riforma del monaco benedettino diretta ad elaborare una teologia misterica serbava in sé, tuttavia, un singolare aspetto: essa censurava le iperboli intellettualistiche del tradizionale modello cd. ileomorfo del «segno efficace», ma faceva anche emergere un'impostazione sbilanciata in chiave personalista a fondamento del suo impianto dottrinale¹⁰².

Il fatto è che l'approccio personalistico, lo si anticipava, ha descritto traiettorie autonome e soluzioni diversificate nel confronto tra dogmatica giuridica e teologia: il giurista ha elaborato modelli tesi a circoscriverlo, mentre il teologo ne ha scoperto e approfondito i contenuti.

I punti di contatto tra prospettiva teologica e canonica, apparentemente confusi dalle contaminazioni sulla potestà di governo, sono comunque stati illuminati dai bagliori dell'antropologia conciliare: i sacramenti, nel contempo simboli e misteri, irrompono nella storia dell'umanità e «fanno esplodere il circolo del destino in un punto kairologico o propizio e valorizzano la persona che li riceve: vi è un progredire verso l'*eschaton* perché il *kairòs* entra

¹⁰⁰ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 118.

¹⁰¹ ELISEO RUFFINI, «*Sacramenti*», cit., p. 184.

¹⁰² Casel si concentrava sulla forma pratica dell'atto rituale: egli intendeva concedere spazio all'esperienza liturgica del sacramento per superare la frattura tra dimensione mistica e culto rituale. Il rito, anzi, viene inteso come forma pubblica ed oggettiva della religione, mentre il sacramento si trasforma da pura azione devozionale ed atto morale, a concreto luogo di incontro personale con Cristo. Il sacramento diviene lo strumento che attua la fede e, come «segno», esprime l'evidenza simbolica della presenza di Cristo. Cfr. ANDREA BOZZOLO, «*Teologia sacramentaria*» cit., pp. 1684-1685.

nel *crónos*»¹⁰³.

Mörsdorf affonda letteralmente l'essenza teologica del diritto canonico negli elementi costitutivi della Chiesa (Parola e sacramenti), così sbaragliando d'un colpo le concorrenti soluzioni volontariste e giusnaturaliste. Intra-vede in essi un potente afflato giuridico, rafforzato dall'indole simbolica, per la loro natura di mezzi di comunicazione e, quindi, di «strumenti atti ad esprimere un'intimazione giuridica»¹⁰⁴.

In tal senso, credo sia possibile segnalare un punto di contatto tra la base della «*locutio Dei attestans*» descritta da Mörsdorf e l'universalizzazione dell'atto rituale nella sua forma pratica e concreta (*anamnesis*), che tocca tutti i fedeli, senza nessuno escludere, intuiva da Casel¹⁰⁵. È interessante osservare che la prospettiva personalistica abbracciata dal teologo per comprendere sotto nuove forme l'attualizzazione dei sacramenti divenga, in seguito, la base delle successive ricerche dottrinali teologiche. Se ne ha chiara prova in Edward Schillebeeckx, teologo caro a Silvestre, che accoglie, pur provenendo da un formazione tomista, quelle dottrine innovative¹⁰⁶.

Il domenicano olandese coniuga la prospettiva personalistica sacramentale con un recupero dei temi antropologici¹⁰⁷ di radice tomista: «Il sacramento si dice tale se è ordinato alla santificazione dell'anima»¹⁰⁸. Attraverso questa impostazione l'uomo è protagonista della sua storia di salvezza, perché appare in grado di agire attraverso la tensione personale, per aprirsi alla grazia (*homo faciente quod est in se*)¹⁰⁹.

¹⁰³ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 72.

¹⁰⁴ EUGENIO CORECCO, «*Teologia del diritto canonico*», cit., p. 1745.

¹⁰⁵ «Il mistero è una commemorazione rituale, *anamnesis* (...) Un fatto salvifico compiuto da Dio sotto forma di rito che diventa attualità». Questa attualità è perfetta nell'Eucaristia che è «lo stesso e identico atto di Cristo sul Calvario, ripresentato anche nella sua attualità temporale e spaziale». GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 71.

¹⁰⁶ Silvestre, nel commentare il Catechismo della Chiesa Cattolica, n. 4 e n. 116 circa il principio del Cristo fontale e sacramento primordiale, ossia come di Cristo come termine di riferimento di tutti i sacramenti, afferma stentoreamente che «*de facto*, il CCC «canonizza» Schillebeeckx». Sui sacramenti, in quanto «incontro personale con Cristo risorto», Cfr. GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 114 e 204.

¹⁰⁷ legga il numero monografico dedicato alla «*Sacramentalización de la historia humana. En honor de Edward Schillebeeckx (1914-2009)*» in *Concilium* (ed. spagnola), 48 (2012), Verbo Divino ed., Madras, pp. 5-150 ss.

¹⁰⁸ «Il sacramento è interiore alla logica della grazia e alla struttura antropologica della libertà». Cfr. ANDREA BOZZOLO, «*Teologia sacramentaria*» cit., p. 1685. Vedi anche ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 49, n. 120.

¹⁰⁹ EDWARD SCHILLEBEECKX, *Cristo, sacramento dell'incontro con Dio*, Paoline, Roma, 1968, pp. 97 ss.. Vedi GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 149.

¹⁰⁹ Cfr. GIUSEPPE SILVESTRE, *Quale salvezza fuori della Chiesa? Il Cristianesimo anonimo nella teoria*

C'è in questa ricostruzione, tuttavia, un simulacro giuridico non trascurabile: nel momento stesso in cui il sacramento è inteso come un dono di salvezza in forma storica visibile, la relazione che si impianta tra Dio e l'uomo chiama in causa la legge. Il rinvio alla dimensione normativa non è estrinseco, ma strutturale e coinvolge l'esperienza religiosa nella sua interezza, sia nella prospettiva trascendente della grazia come dono, che in quella immanente della celebrazione rituale¹¹⁰.

Per altro verso, una frattura tra il *ius cogens* del canonista e le categorie ontologiche del teologo, si coglie chiara nella formulazione della teoria dei «sacramenti anonimi», sui quali Schillebeeckx impianta, e legittima, una grazia extra-sacramentale «posseduta già in modo primordiale»¹¹¹; l'idea di un sacramento «implicito», preventivo alla prassi legale della sua amministrazione risponde certamente alla primaria ed incondizionata esigenza (teologica) di salvezza, ma non trova rispondenza nel rigore logico immanente del canonista che reclama condizioni sempre disciplinate a garanzia di certezza di tutte le costruzioni teoriche¹¹².

Gli orientamenti di Casel e Schillebeeckx, così presenti nell'età del Concilio e degli anni subito posteriori, hanno in comune, nel quadro di una revisione radicale del *locus theologicus* sacramentale, il recupero di una prospettiva personalista dell'azione legata al sacramento e del suo stesso significato di incontro, di relazione uomo-Dio, in ultimo, di una rielaborazione della fede in esperienza personale¹¹³. Questa prospettiva segna tuttavia un punto di smarcamento tra il teologo ed il canonista, il quale ha preferito battere la via della Chiesa-istituzione e subordinare i tratti personalistici al primato della visione comunionale dei sacramenti.

di Edward Schillebeeckx, PUL, Roma, 1995, p. 12.

¹¹⁰ ANDREA BOZZOLO, «Teologia sacramentaria» cit., p. 1685. La necessità di isolare l'aspetto istituzionale della Chiesa distinguendolo dalla dimensione sacramentale comporta che la concezione antropologica di Schillebeeckx debba fare i conti con le tipiche esigenze di prevedibilità dei sistemi giuridici: «la previsione del comportamento tipico (...) diviene un'esigenza che si identifica con una volontà regolatrice». Così, ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 49, n. 120.

¹¹¹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 188-189.

¹¹² Sulla possibile grazia «extra-sacramentale», cfr. GIUSEPPE SILVESTRE, *Quale salvezza fuori dalla Chiesa?* cit., pp. 31-32, n. 11. Silvestre avanza alcuni rilievi critici a Schillebeeckx, osservando che «forse la teoria dei cristiani anonimi (...) sottovaluta la portata dei sacramenti», pp. 86. Anche il nesso di intima connessione tra popolo di Dio e sacramento sembrerebbe messo in ombra ed essere «negato» da Schillebeeckx, pp. 90-91. Infine, l'idea di uomo, secondo Silvestre, «è il punto che desta maggiori perplessità», contestando a Schillebeeckx la non necessità di porre Dio all'interno della definizione di uomo, p. 95.

¹¹³ ELISEO RUFFINI, «Sacramenti», cit., p. 195; GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 53.

L'ulteriore momento di svolta, in prospettiva antropologica, ha registrato la più compiuta espressione nella teologia di Karl Rahner¹¹⁴. Dal suo pensiero si possono trarre utili spunti interdisciplinari, atti a tracciare una possibile dottrina unitaria sui sacramenti.

Si può qui anticipare che dalla teologia rahneriana è dato ricavare profili teologici legati alla cd. «struttura simbolica dell'uomo» e all'analisi della Parola-sacramento. Profili giuridici sono sottesi all'idea della libertà umana, quale condizione imprescindibile per ricevere i sacramenti, ma anche, come coglie Silvestre, quale necessaria attuazione della dignità dell'uomo in senso lato¹¹⁵. E qui, il punto di domanda del teologo al canonista si fa cruciale: quale diritto umano può tradurre in norma il progetto salvifico di Dio? e, prima ancora, quanto e in che misura l'uomo può anticipare *in Mundo*, attraverso lo strumento della legge giusta, fedele proiezione del *ius divinum naturale et positivum*, questo progetto salvifico?

7. *Una dottrina unitaria sui sacramenti? Profili simbolici e giuridici nella teologia liberatorio-sacramentale di Karl Rahner*

Le prospettive dell'attuale teologia sacramentaria sono chiaramente dirette al recupero di una unitarietà dogmatica.

La dottrina rahneriana riduce l'aspetto autoritativo del sacramento, per restituirgli una dimensione di libertà di origine agostiniana¹¹⁶ (per cui «l'unica storia voluta da Dio, attuazione della Grazia e compimento della libertà, di fatto, coincidono») si traduce anche in una nuova prospettiva che include le relazioni potestativo-gerarchiche per il canonista¹¹⁷. La centralità della dimensione antropologica attraverso la scoperta della dignità statutaria del fedele si accompagna alla centralità del profilo simbolico-rituale del segno sacramentale (comunicazione della Parola e del sacramento) legato strettamente alla funzione allargata alla missione di un apostolato per tutti (*munus sanctificandi*).

¹¹⁴ KARL RAHNER, *Saggi di antropologia soprannaturale*, Paoline, Roma, 1966; ROSINO GIBELLINI, *Il cammino della teologia* cit., pp. 233 e 237 ss.

¹¹⁵ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 53

¹¹⁶ S. Agostino non solo affermava l'esiguità del numero dei sacramenti (battesimo ed eucarestia) e l'efficacia degli stessi, ma ne sottolinea la natura di prova della libertà cristiana (a fronte della farraginoso liturgia dell'Antico Testamento). S. AGOSTINO, *Contra Faustum* 19, 13; PL 42, 355. Per ulteriori approfondimenti, cfr. DOMENICO SARTORE, «Segno-simbolo» cit., p. 236.

¹¹⁷ KARL RAHNER, *Chiesa e sacramenti. Quaestiones disputatae*, Paoline, Roma, 1966; ID., *Saggi sui sacramenti e l'escatologia*, Paoline, Roma, 1965; ID., «Sacramenti (teologia dei)» in *Sacramentum mundi*, VII, Queriniana, Brescia, 1974.

Rahner ridisegna il gesto liturgico-sacramentale avvertendo che il dono della grazia, per la sua natura fondante e per essere il frutto di una libera decisione di Dio, non implica l'obbligatorietà del *locus theologicus* del sacramento, perché l'evento della grazia si inquadra in un'unica esperienza religiosa. Qui il rapporto uomo-Dio è sempre possibile, ogni qualvolta il credente manifesti la sua disponibilità interiore (*intentio*) alla comunicazione spirituale: la salvezza, insomma, è un evento che può attualizzarsi sempre ed ovunque. Ciò non riduce affatto il valore del gesto liturgico-sacramentale, perché il dono della grazia «affonda le sue radici nella struttura ontologica del reale» ed il simbolo ne svolge un efficace ruolo di rappresentazione linguistica. Il simbolo si configura, dunque, come «legge strutturale dell'ontologia»¹¹⁸.

Il teologo richiama la capacità del simbolo, in quanto «*signum*» sacramentale, di evocare un rapporto di relazione. Non solo il «segno» è il fondamento della sacramentalità, ma è un punto di intersezione di valori di cui il principale è la capacità di riassumere e rappresentare l'uomo nella sua essenza¹¹⁹. Si coglie così una profonda affinità tra forme e contenuti nella prospettiva del teologo e del canonista: gli atti liturgici sono chiare azioni e processi simbolici. L'attitudine del *signum* sacramentale a significare una realtà spirituale di riferimento è accettata dal giurista così come il simbolo religioso può significare anche una realtà materiale (giuridica)¹²⁰.

La prospettiva simbolico-ontologica del sacramento accolta dalla recente teologia assimila dunque la lettura antropologica, funzionale e simbolica in una innovativa chiave di libertà che rimette in discussione importanti temi giuridici afferenti le modalità pratiche di partecipazione del fedele al sacramento, in quanto simbolo reale (rappresentazione del dono divino) e mezzo di salvezza.

Oltre ai profili simbolici, sono degni di attenzione anche i temi giuridici riconducibili al disegno dogmatico di Rahner sui sacramenti.

Per il canonista il riferimento corre attraverso due precisi parametri, suggeriti dal teologo: per un verso, lo smantellamento dell'impostazione autoritativa del diritto divino, che lascia ampi spazi alla libera determinazione della volontà del credente, in quanto apporto di collaborazione alla costruzione

¹¹⁸ ANDREA BOZZOLO, «*Teologia sacramentaria*» cit., p. 1686.

¹¹⁹ Silvestre attribuisce al sacramento una valenza ontologica, antropologica, psicologica, sociale e spirituale. GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 95 ss. con rinvio a KARL RAHNER, *Sulla teologia del simbolo*, in *Saggi sui sacramenti e sull'escatologia*, Paoline, Roma 1965, pp. 51-107.

¹²⁰ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 58. Più in generale, TOMÁS RINCÓN-PÉREZ, *Disciplina canonica del culto divino*, EUNSA, Pamplona, 1991, pp. 459 ss.

del disegno di Dio¹²¹; la constatazione, per altro verso, che l'intermediazione volitiva dell'uomo all'attualizzazione del progetto divino, seppur difettiva ed incompleta, è comunque necessaria. Ne segue che l'intervento correttivo della legge, nell'agire libero del fedele, diviene un fatto insopprimibile e essenziale¹²².

Altrettanto insostenibile, ritenere che nella Chiesa e nel suo diritto la dimensione visibile ed invisibile, giuridica e teologica, naturale e soprannaturale, siano dissociate. Attraverso l'ontologia del simbolo il teologo Rahner ingaggia un confronto diretto con le sovrastrutture formali che, a suo dire, ingabbiano i sacramenti e soffocano la struttura trascendentale della libertà¹²³.

Questa critica teologica alla rigidità del sistema serba indubbiamente utili sollecitazioni per il giurista. Basti riflettere sul fatto dell'attitudine del diritto ecclesiale di poter essere misurato sia nella forma che nei contenuti, in ragione della presente commistione in esso della *lex aeterna*, la quale non può attuarsi se non attraverso la libertà umana (*lex humana*). È ciò che il canonista chiaramente illustra nella ricostruzione del diritto della Chiesa quale atto di libera volontà diretta alla *lex redemptionis*: la redenzione, come atto di volontà e di scelta risponde ai limiti e ai condizionamenti umani. Il diritto canonico non fa che registrare questo eventuale e mai scontato punto di contatto tra la proposta salvifica di Dio e la libertà di accettazione da parte dell'uomo, ossia ciò che è il problema essenziale del diritto¹²⁴.

Il nesso dialettico libertà-potestà prende forma, in Rahner, nella proclamata primazia del «popolo di Dio», che è «segno della Salvezza», ma che è soggetto agli imperativi del diritto che ne regola l'azione sociale¹²⁵. Pur non esenti da critiche, le tensioni del teologo espresse nel Concilio Vaticano II tracciano così una precisa delimitazione della funzione ecclesiale, nel quadro di una libertà ora tradotta come servizio del fedele nell'apostolato, rispondente alla «*vocatio christiana*» e radicata nel sacramento del battesimo¹²⁶.

¹²¹ KARL RAHNER, *Dignità e libertà dell'uomo*, in *Saggi di antropologia soprannaturale*, Paoline, Roma 1965.

¹²² In argomento, le chiarissime pagine di GAETANO LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea del diritto* cit., pp. XLII-XLIV.

¹²³ ANDREA BOZZOLO, «*Teologia sacramentaria*» cit., p. 1687.

¹²⁴ GAETANO LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa*, in *Il mistero del diritto* I, cit., p. 101.

¹²⁵ KARL RAHNER, *Die Disziplin des Kirche*, in *Handbuch der Pastoraltheologie. Praktische Theologie der Kirche in ihrer Gegenwart*, (a cura di Arnold Franz Xaver e Karl Rahner), Vol. I, Friburgo-Basilea-Vienna, 1964, pp. 333 ss.

¹²⁶ GUIDO SARACENI, «*Ius publicum ecclesiasticum externum*» e prospettive conciliari, in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio*, I, cit., pp. 340-341.

La riduzione degli aspetti giuridico-istituzionali della Chiesa in favore di una Chiesa comunità di salvezza, si riflette così nella possibilità di concepire in modo nuovo, con una diversa flessibilità, il problema della collegialità episcopale¹²⁷. Ma la reazione del canonista non si è fatta attendere.

8. *Convergenze nei sacramenti tra il fine salvifico e la funzione giuridica*

Una possibile armonia tra dimensione teologica (fine salvifico) e giuridica (fattori e condizioni formali di validità dell'atto di amministrazione) dei sacramenti corre giocoforza attraverso una sicura collocazione dei due profili in una relazione di continuità che rilegga i *sacramenta-signa* come funzioni ecclesiali.

Di fronte a queste due polarità afferenti i sacramenti, spunti di riflessione sembrano scaturire dal nesso *lex orandi-lex credendi*. Il teologo richiama l'insegnamento di Prospero d'Aquitania per affermare che «la Chiesa di fatto è radicata nel suo credere (ma la misura di tale effettivo radicamento la si coglie attraverso) il modo in cui celebra»¹²⁸.

Evidentemente l'aspetto celebrativo, la liturgia, esalta attraverso la visibilità dell'atto sacramentale, uno dei momenti centrali di espressione del diritto: la tendenza a costruire rapporti di relazione e compartecipazione. Ciò che il diritto esprime con le proprie forme visibili e con una prassi volta ad individuare condotte conformi a comporre i contrasti, a prescrivere procedure unitarie, a identificare, insomma, il punto di comunione tra prospettive distanti¹²⁹.

Non si tratta di sole forme, né di ritualità soggette a regole procedurali indefettibili, al di fuori delle quali il *sacramentum-signum* potrebbe perdere il suo significato teologico. La natura dei sacramenti -che sono riti profondamente simbolici- è l'essere strumenti di raccordo, momenti di relazione soprannaturale, tra ciò che è visibile e ciò che non lo è, in un contesto che, in linea con il Concilio Vaticano II, resta misterico, avvolgendo di questo carattere il profilo sia teologico che giuridico della Chiesa: in tal senso è chiarissima la posizione di quanti, tra i canonisti, riconducono la concezione

¹²⁷ Un tema, quello del primato-episcopato, la cui radice misterica di carattere teologico è destinata a restare sospesa, in una «tensione dialettica radicalmente insolubile». Cfr. PASQUALE COLELLA, *Collegialità episcopale e ruolo dei vescovi*, in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio*, II, *Atti cit.*, p. 336; KARL RAHNER - JOSEPH RATZINGER, *Episcopato e primato*, Brescia, 1966.

¹²⁸ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti cit.*, pp. 38-39, con richiamo a Prospero d'Aquitania «*Ab Ecclesia uniforme sacramenta celebrantur, ut legem credendi, lex statuat supplicandis*».

¹²⁹ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte*, AVE, Roma, 1996, p. 16.

del diritto ecclesiale *in nexu mysteriorum*¹³⁰.

Il fatto è che negli stessi sacramenti è insita l'esigenza della visibilità per i fini di salvezza e che questa è già propria della dimensione teologica, senza che la luce del diritto eserciti, attraverso le sue formalità esteriori, un'azione corruttiva snaturante la realtà dello spirito. Occorre, dunque, temperare l'apparente rigore con cui Javier Hervada sancisce senza appello l'incomunicabilità tra diritto e teologia, sia sul piano della concettualizzazione¹³¹, sia sul piano dell'organizzazione sistematica metodologica di quel sapere¹³².

Questa dicotomia, in realtà, è una relazione aperta e flessibile: la contrapposizione tra fenomenologia e ontologia, attraverso i sacramenti e la fusione in essi di scopo salvifico e funzione giuridica dà luogo ad un nesso indissolubile: è l'unione, nella Chiesa tra visibile ed invisibile¹³³.

Nessuno stupore, dunque, se il CIC 1983, come puntualizza l'attenta dottrina canonica, abbia ereditato dal Concilio Vaticano II una duplice natura, ovvero la consistenza di «due anime», la cui autonomia ha poi segnato il percorso di un dialogo permanente alla ricerca di un altrettanto «soddisfacente raccordo»¹³⁴.

Il fatto poi che tale armonizzazione intendesse compiersi nell'edificazione dottrinale dello stato dei *christifideles*, rafforza le prime intuizioni. Anzi, l'esigenza di chiarezza sullo *status* giuridico comune dei fedeli suggerisce al

¹³⁰ REMIGIUSZ SOBANSKI, *La Chiesa e il suo diritto. Realtà teologica e giuridica del diritto ecclesiale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 12. Per una prospettiva misterica della realtà ecclesiale, dal punto di vista teologico, HENRI DE LUBAC, *Paradoxe et mystère de l'Eglise*, Aubier-Montaigne, Paris, 1967, il quale A., tuttavia, mette in ombra l'eccelesiologia conciliare del «popolo di Dio, in favore di una più tradizionalista concezione della Chiesa quale «Corpo mistico». Così, ROSINO GIBELLINI, *Il cammino della teologia*, in *Il rinnovamento della vita cattolica*, Vol. VI di *Storia del cristianesimo 1878 – 2005* (a cura di E. Guerriero), San Paolo, Milano, 2005, p. 230. Si veda anche ALOIS STENZEL – RAPHAEL SCHULTE, *Mysterium salutis. Nuovo corso di dogmatica come teologia della storia della salvezza*, Queriniana, Brescia, 1975.

¹³¹ La maggiore dottrina canonica parla di infungibilità tra le concettualizzazioni, muovendo il diritto (scienza canonica) da un sapere fenomenologico di carattere strumentale e la teologia, al contrario, da un sapere ontologico di carattere essenziale. Oltre al caso della persona giuridica, in tal senso, si pone anche il concetto di organizzazione ecclesiastica gerarchica, laddove la prospettiva teologica apparirebbe non in grado di spiegare «in maniera giuridicamente soddisfacente la Chiesa come istituzione». JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* cit., pp. 53 e 201.

¹³² Secondo Hervada, canonista e teologo, pur muovendo dagli stessi dati d'analisi, hanno una diversa prospettiva che comporta diversificati criteri sistematici, dovendo il canonista occuparsi del fenomeno organizzativo positivo, storicamente dato, per verificarne il buon funzionamento (vigenza) e l'eventuale correzione. Cfr. JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., p. 173.

¹³³ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte* cit., p. 18, che parla di una coesistente duplice natura, presente nella Chiesa che è, al tempo stesso, «sacramentale e giuridica», seguendo la Cost. apost. *Lumen Gentium*, n. 8 e il decr. *Optatam totius*, n. 16.

¹³⁴ GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., p. 55.

legislatore canonico di attuare una teologia ascetica sul tema, da improntare sul precetto della vera «*aequalitas in Christo et in Ecclesia*»¹³⁵.

L'insegnamento già precedentemente richiamato di Mörsdorf, che concepisce la scienza canonica solo in quanto costruita attorno ad un metodo giuridico, ma il cui contenuto sostanziale è teologico, ci avverte della presenza di una dicotomia funzionale, in cui la Parola di Dio e i sacramenti sono l'aspetto ontologico prefigurante una dimensione giuridica che non può essergli disgiunta ma che ruota attorno ad esso come un pianeta attorno alla sua stella¹³⁶.

Appare così chiara anche la prospettiva con cui Hervada individua nella radice sacramentale della Chiesa il nocciolo, il «fondamento più saldo della giuridicità del diritto canonico»¹³⁷.

Il pensiero del teologo coglie dunque una fondamentale articolazione interdisciplinare sui sacramenti, che nella dottrina canonica è punto fermo: la Chiesa si fa istituzione (giuridica), in quanto congregazione dei discepoli di Cristo (popolo di Dio unito mediante il battesimo). La comunione umana è formula giuridica di vincoli unitivi rinsaldati dal sacramento. Il legame unitivo tra le due dimensioni risiede nella trascendenza, tenuto conto che la Chiesa è, popolo di Dio «unito da vincoli ontologici di ordine soprannaturale (e) nella totalità del suo mistero» tendente all'alleanza, alla salvezza e alla santificazione¹³⁸.

La fondazione di una società che si dà la costituzione di fini presuppone la nascita di rapporti e di vincoli di relazione: il vincolo soprannaturale-misterico trova, a sua volta, il suo referente positivo nell'intersoggettività.

Siffatta congruenza tra teologia e diritto, ossia tra sacramenti e legge, si fa più esplicita, dunque, quando la Chiesa assume i caratteri organizzativi di *societas*, ossia quando comprende fini sociali e, nel contempo, riconosce rilevanza ai rapporti intersoggettivi come «*propositio*», vale a dire come complementarità di conegni da attualizzare in una rete di complesse interrelazioni¹³⁹. Lo specializzarsi dei conegni (la *missio*) moltiplica per necessità i momenti di intervento regolatore del diritto nella Chiesa.

Il teologo rilegge, in prospettiva sacramentaria, l'assunto tecnico-giuridico, affermando la funzione salvifica ed escatologica dei sacramenti¹⁴⁰: media-

¹³⁵ GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., p. 46.

¹³⁶ EUGENIO CORECCO, «*Teologia del diritto canonico*» cit., p. 1746.

¹³⁷ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico* cit., p. 18.

¹³⁸ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., pp. 27-28.

¹³⁹ ALESSANDRO LEVI, *Teoria generale del diritto* cit., p. 39.

¹⁴⁰ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 39: «i sacramenti sono momenti che storicizzano la salvezza e concretamente la speranza di liberazione (...)».

tori principali ed unici dell'azione della Chiesa-istituzione rivolta all'intera umanità, in senso universale¹⁴¹. Sotto tale profilo salvifico e di liberazione, è possibile assimilare i sacramenti e la loro amministrazione -così come la predicazione pubblica della parola di Dio e, più in generale, le attività di orientamento della coscienza dei fedeli da parte dell'organizzazione ecclesiastica - appartengono alla categoria dei «*negotia ecclesiastica*»¹⁴².

Ancor più esplicitamente Hervada chiarisce l'indole gerarchica delle funzioni ecclesiali nel momento stesso in cui queste, a fianco dei titolari e delle forme di attribuzione (i sacramenti), si costituzionalizzano, dando luogo ad un'unità organica che è, per l'appunto, l'organizzazione ecclesiastica¹⁴³.

Il teologo allarga tale prospettiva affermando che la Chiesa «*signum levatum intra nationes*» si erge al di sopra delle ragioni temporali e degli interessi particolari, in un ecclesiocentrismo di salvezza che si perpetua attraverso la celebrazione dei sacramenti¹⁴⁴.

La funzione salvifica impressa nei sacramenti, in qualche modo, introduce anche argomenti «giustificatori» nei confronti dell'antica e mai definitivamente sciolta questione dell'esercizio di poteri giurisdizionali della Chiesa-istituzione, secondo la *potestas ordinis*. I *tria munera* esercitati nel più alto grado del ministero, l'episcopale, riletti nella prospettiva ecclesiologica del Concilio Vaticano II come «servizio», imprimono alla staticità dello *status* episcopale una dinamica totalmente nuova ed il *munus* della dottrina classica medievale si trasforma in una funzione attiva¹⁴⁵.

9. *Il riferimento dogmatico: l'ecclesiologia antropologico-funzionale del Concilio Vaticano II come svolta e prosecuzione di un percorso*

Come già precedentemente messo in luce, l'ecclesiologia conciliare del Vaticano II ha espresso ma anche anticipato le sollecitazioni ideologiche

¹⁴¹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 235, con richiamo all'Enciclica di Giovanni Paolo II, *Redemptionis missio* (7 dicembre 1990).

¹⁴² PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., p. 65. Vedi anche ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., pp. 62 ss.

¹⁴³ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., pp. 186-187. In tal senso, egli opera un passo ulteriore -nel senso del riconoscimento della giuridicità dei sacramenti-, rispetto a quanto affermava Lombardía, secondo il quale «l'esercizio di un compito ecclesiastico implica l'armonica integrazione delle funzioni ricevute per via sacramentale e di quelle conferita per via giuridica». Cfr. PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., p. 126.

¹⁴⁴ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 119.

¹⁴⁵ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., pp. 6 ss., 150 e 166-167.

della società civile di quegli anni. Il deciso superamento delle correnti individualiste-legaliste della teologia è stato uno degli effetti più immediati di tale reazione. Tale avvenimento avrebbe offerto un sostegno anche per una nuova sensibilità sul tema dei sacramenti, riletti ora come strumenti di servizio, ossia come cardini principali di una funzione ecclesiale da attuare nel quadro di una Chiesa istituzionale.

Il teologo coglie il segno storico, giunto all'epilogo della crisi dei sacramenti lungo il pontificato montiniano, sotto i fendenti dei «moderni umanesimi massificanti» e dell'incombente «primato della prassi». L'uomo «passivo» post-moderno si gratifica nel ruolo riduttivo di un testimone inerte di fronte agli avvenimenti che pure attraversano la sua condizione esistenziale: nella vicenda umana post-moderna «non c'è posto per i sacramenti che operano un rapporto di grazia»¹⁴⁶. Per sostenere la riscoperta antropologica dei sacramenti, mezzi di salvezza che aprono al soprannaturale¹⁴⁷, il teologo ripercorre il sentiero aperto da Karl Rahner sulla teologia esistenzialista ed insiste sulla necessità di un approccio realistico nell'analisi e della comprensione dei dati della Rivelazione¹⁴⁸. Ad integrare eventuali vuoti di questa analisi concorrono le intuizioni di Edward Schillebeeckx, per ciò che attiene la misura della partecipazione attiva e volitiva dell'uomo alla storia della salvezza¹⁴⁹ e il potente richiamo antropologico che pervade di sé l'intera esperienza conciliare e si divarica sino agli anni del pontificato wojtyliano¹⁵⁰. Il Concilio Vaticano II è il punto di riferimento e di svolta, di elaborazione correttiva e di ulteriore progressione.

In quella sede è ridiscussa nelle fondamenta la concezione personalista e si rileggono *status* e principi gerarchici della Chiesa istituzionale: la «teologia» di una Chiesa «per stati» palesa la propria insufficienza a spiegare in modo corretto il fenomeno della Chiesa nella sua struttura giuridico-sociale¹⁵¹.

L'emendamento della concezione personalista, mentre scardina gli originari irrigidimenti intragerarchici con cui era da sempre inteso il rapporto *ordo-plebs*, elabora una monotipologia di ordinati in Cristo: i fedeli. Ad essi,

¹⁴⁶ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 30.

¹⁴⁷ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 31.

¹⁴⁸ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p.29.

¹⁴⁹ EDWARD SCHILLEBEECKX, *Offenbarung und theologie* cit., p. 15.

¹⁵⁰ FABIO VECCHI, *Una prospettiva giuridica dell'antropologia cristiana di Luigi Bogliolo, filosofo tomista*, in *Cinque studi sull'umanesimo giuridico di Luigi Bogliolo*, Rubbettino ed., Soveria Mannelli, 2010, pp. 85 ss.

¹⁵¹ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., p. 177.

tuttavia, non corrisponde una monotipologia di ministri.

La lettura del teologo, però, si concentra sui sacramenti, lasciando in ombra coloro che li amministrano: «La Chiesa ha una dimensione sacramentale perché non solo celebra i sacramenti, ma i sacramenti stessi la costituiscono». Resta prioritario il riferimento funzionale, di servizio, in virtù del quale i sacramenti, lungi dall'esaurirsi in meri atti cultuali, esprimono «l'azione di evangelizzazione della Chiesa con una conversione continua»¹⁵².

La Chiesa, in prospettiva dinamica, si riafferma così, come sacramento e come società giuridica¹⁵³. La canonistica più recente è anzi indotta a trasfondere la sacramentalità della Chiesa –secondo la prospettiva di *Lumen Gentium*, n.1- in una sacramentalità assorbente il diritto canonico, in virtù del «progetto originario della Chiesa (che propone) questa connessione intrinseca tra sacramento e strutturazione della Chiesa come realtà storica»¹⁵⁴.

In ogni caso, su questo punto, il linguaggio del teologo e del canonista coincidono: la duplice valenza simbolico-salvifica che il teologo individua nei sacramenti è la stessa che il giurista coglie nella proposizione della Chiesa come sacramento radicale¹⁵⁵.

Le basi gettate nel Concilio Vaticano II crescono. La teologia qui proposta apre un orizzonte sacramentale e giuridico tutto da sviluppare, ed ancora una volta diritto e teologia convergono. «La Chiesa è interamente protosacramento, Sacramento universale di salvezza (ex *L.G.*, n.1)»¹⁵⁶, ma è, al tempo stesso, *communio iuridica*, nel cui tessuto i sacramenti sono inquadri¹⁵⁷. Se il «mutamento di paradigma e di contenuto dei sacramenti sia a livello culturale che teologico [porta ad un recupero degli stessi] nella dimensione cosmica, antropologica, comunitaria, ecclesiale e cristologica»¹⁵⁸ prepara una stagione di ampie riforme che, in ambito più strettamente sacramentale, coinvolgeranno la liturgia dei simboli¹⁵⁹ ed una acuita sensibilità per la componente sacramentale e carismatica¹⁶⁰, da parte sua, il canonista

¹⁵² GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 40-41.

¹⁵³ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., pp. 50 e 65.

¹⁵⁴ ELOY TEJERO, «*Sacramentalidad de la Iglesia*», in *DGDC*, VII, p. 97.

¹⁵⁵ «La Chiesa come popolo di Dio, realtà storica ed esterna è segno e testimone dell'intima unione con Dio (*L.G.*, n. 1) e della volontà salvifica di Cristo ed è al contempo segno delle realtà interne (...) Non è, però, soltanto segno (...) ma anche strumento di salvezza». Cfr. JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., p. 33.

¹⁵⁶ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 47.

¹⁵⁷ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., p. 69.

¹⁵⁸ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 47.

¹⁵⁹ DOMENICO SARTORE, «*Segno-simbolo*» cit., p. 239.

¹⁶⁰ SALVATORE BERLINGÒ – MARTA TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 29.

coglierà immediatamente occasione per tradurre queste innovative direttive nell'elevazione del popolo di Dio, in quanto luogo eccellente di attualizzazione della comunione di fede e di sacramenti¹⁶¹.

In entrambe le discipline, teologica e canonica, non mancheranno interpretazioni dubitative e divaricazioni che gli anni seguenti al concilio contribuiranno a dilatare: ci basti, in ambito teologico, il complesso di sfumature dottrinali sollecitate dall'emergente antropologia e originate dal ceppo dogmatico della sacramentaria post-rahneriana¹⁶². Né il canonista troverà un terreno lineare e sgombro di equivoci ed ambiguità nell'atto della traduzione normativa della prassi sui sacramenti e della prospettazione giuridica degli effetti ad essi collegati, in termini di *status* e alla crisi concettuale che lo riguarda: questione che attiene non solo alla tematica del sacramento dell'ordine, ma specialmente al battesimo¹⁶³.

10. *I suggerimenti del teologo al canonista nella rilettura giuridica dei sacramenti*

Come si è potuto sin qui constatare, il teologo non affronta che per via incidentale, sotto il profilo dogmatico della sacramentalità fondamentale, la dimensione giuridica dei sacramenti. Men che meno propone rischiose definizioni teologiche di ciò che sia il diritto canonico: non c'è una ragione plausibile a sostenere questo tipo di approccio che, pure, si sviluppa su altri versanti, tutti riferibili alla metafisica antropologica. Ciò nonostante, il percorso del teologo, che si concentra sui sacramenti sotto la prospettiva simbolica, misterica, comunionale e funzionale, si riversa pienamente, per i motivi sopra esposti, nello specchio riflessivo del canonista, a tutto vantaggio delle costruzioni strumentali di quest'ultimo¹⁶⁴. Anzi, se una sintesi delle citate chiavi prospettiche per un'ermeneutica sacramentale è possibile ipotizza-

¹⁶¹ JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., pp. 148-149 e 171.

¹⁶² ANDREA BOZZOLO, «*Teologia sacramentaria*» cit., p. 1687.

¹⁶³ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Considerazioni preliminari sui laici in diritto canonico*, Mucchi, Modena, 1983, p. 8; GAETANO LO CASTRO, *Stato giuridico delle persone nella legislazione canonica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1982, pp. 380 ss.; PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., pp. 180-181 che chiaramente giudica ambigua la soluzione adottata nel can. 204 CIC 1983 che, impiegando l'espressione «fedeli cristiani» per indicare l'incorporazione alla Chiesa attraverso il battesimo (con un approccio di tipo sacramentale), per poi ricadere, nella redazione del can.96, nelle medesime incertezze registrate al commento del can. 87 del CIC 1917.

¹⁶⁴ MARCELLO MORGANTE, *I sacramenti nel Codice di diritto canonico. commento giuridico-pastorale*, ed. Paoline, Roma, 1984.

re, questa può senza riserve fondarsi sull'aspetto espressivo del sacramento come *signum*.

Sarà quindi utile, per integrare questo quadro di pensiero che si avvia alla conclusione, ricapitolare con una breve rassegna le questioni giuridiche (efficacia dei sacramenti *ex opere operato / opere operantis*; consistenza teologica del diritto del fedele a ricevere i sacramenti; ricorrenza degli elementi necessari al sacramento; carattere ed indelebilità; nesso tra potestà, funzione, *officium* e *ministerium* circa il sacramento dell'ordine) che ruotano attorno al cardine sacramentale, attraverso il setaccio liturgico del segno.

Quanto all'efficacia *ex opere operato / opere operantis* dei sacramenti il teologo riafferma la validità della dottrina ufficiale tridentina, ma si allinea alla sua reinterprete operata dal Catechismo della Chiesa Cattolica (nn.1127-1128), per cui la capacità loro attribuita di comunicare la grazia sussiste alla condizione che la celebrazione avvenga «in conformità all'intenzione della Chiesa» e questa conformità insiste sul merito (l'intenzione soggettiva necessaria) di colui che fa e riceve il sacramento (ministro e fedele ricevente)¹⁶⁵. Il teologo, dunque, suggerisce al canonista di verificare, per gli effetti sacramentali, la ricorrenza dell'intenzione nel duplice senso soggettivo¹⁶⁶.

La questione ora accennata si riconduce alla *disputata quaestio* dell'esercizio del potere sacramentale *sub specie* di funzione di governo da parte dell'ordinato *in sacris*. Si è già accennato alle diverse posizioni assunte tra teologi (Rahner) e canonisti delle scuole spagnola e svizzera (Hervada, Lombardía; Mörsdorf) i quali ultimi avvertono con chiarezza lapidaria il teologo a non confondere i diversi gradi di ministerialità, pur nella conclamata unità teologico-giuridica del sacerdozio ministeriale comune a tutti i fedeli¹⁶⁷, e le differenti intensità a ciò collegate, facenti capo al fedele e al vescovo, quale primo tra gli ordinati. Il teologo, da parte sua, risponde che la vitalità dei sacramenti è espressa nella Chiesa comunionale che, nel porre al centro il

¹⁶⁵ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 153 e 157.

¹⁶⁶ ANTONIO MIRALLES, «*Intención del ministro*», in *DGDC IV*, pp. 692-694; ID., *Los sacramentos cristianos. Curso de sacramentaria fundamental*, Palabra, Madrid, 2006. Più risalente, ATTILIO MORONI, *La volontà nell'Ordo sacer*, Giuffrè, Milano, 1957.

¹⁶⁷ In proposito, GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti* cit., pp. 70-71, secondo cui: «La prospettiva sacramentale e ministeriale è stata utilizzata dal legislatore del Codice del 1983 per costruire teologicamente e giuridicamente la figura del *christifidelis* come tale; essa è comune, pertanto, a tutti i membri della Chiesa (...) Per quanto riguarda specificamente i sacri ministri, il Codice è riuscito a mettere in giusta ed equilibrata evidenza, (...) il duplice loro aspetto di uomini consacrati (...) scelti fra coloro che partecipano al sacerdozio comune di Cristo (can.207) e resi idonei "potestate sacra qua gaudent" attraverso la consacrazione sacerdotale (L.G., n. 10), a governare il Popolo di Dio "in persona Christi Capitis munera docendi, sanctificandi et regendi adimplentes" (can. 1008)».

sacramento dell'Eucarestia¹⁶⁸, opera un'identificazione dell'una nell'altra, riducendo i vincoli di potere, con uno sguardo nuovo al «sacramento del fratello»¹⁶⁹ e ad una dilatazione del sacerdozio comune nell'impegno all'apostolato¹⁷⁰.

Il teologo, dunque, polverizza l'idea giuridica del «potere» del sacramento per riguardarlo unicamente come strumento di intermediazione capace di collegare realtà fisiche e spirituali, di «fare sintesi»¹⁷¹: è un potere di relazione che in questo evento trova la sua perfezione e assolve alla sua funzione. Il canonista, al contrario, si preoccupa di circondare il potere di attributi e contrappesi, definirne limiti e ampiezze, collegargli una titolarità soggettiva e competenze ed, infine, legittimarlo. La stabilizzazione di quel potere richiede persino l'identificazione di un *coetus* gerarchico che lo amministri e ciò faccia sulla base di uno *status* indiscusso¹⁷². D'altra parte è il canonista stesso ad avvertire che il potere esercitato ai fini della *salus animarum* (e quindi i termini di gerarchia e potestà) va necessariamente ricondotto a fenomeni di indole ontologico-soprannaturale. Ne segue che lo stesso esercizio del segno sacramentale efficace ha ben poco da condividere con la dimensione giuridica, trattandosi di un «potere» tecnicamente inteso «solo in senso analogico»¹⁷³, nei cui confronti il giurista può solo ricorrere a simulacri descrittivi¹⁷⁴ e riconoscere che ogni possibile definizione, quando si intenda determinare concettualmente il potere in rapporto all'*officium* e al *ministerium*, deve necessariamente transitare attraverso un'elaborazione più generale, «di sistema», implicante la nozione unitaria ed allargata di «organizzazione ecclesiastica»¹⁷⁵.

¹⁶⁸ PIERO ANTONIO BONNET, «Eucarestia», in *Dig. Pubbl.*, XXXII, Torino, UTET, 1991, pp. 209-216; ID., *Eucharistia et ius*, in *Periodica*, 1977, pp. 583-616.

¹⁶⁹ «La Chiesa fa l'Eucarestia e l'Eucarestia fa la Chiesa». Così, GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 48.

¹⁷⁰ GIUSEPPE SILVESTRE, *Per l'apostolato c'è distribuzione di ministeri nella Chiesa*, in *Vivarium*, 1 (1980), Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 29-46.

¹⁷¹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 99; ID., *Il significato del banchetto nell'etnologia religiosa* cit., p. 228.

¹⁷² ALESSANDRO LEVI, *Teoria generale* cit., p. 312.

¹⁷³ PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., pp. 107 e 109, dove l'A. ben differenzia tra funzione ontologico-sacramentale e funzione di governo dei fedeli.

¹⁷⁴ Il problema di individuare l'estrinsecazione del potere e dell'elemento cui collegare tale potere che, in ogni caso non è mai un esercizio coercitivo coattivo, (un comportamento soggettivo o una funzione astratta) ha portato la dottrina a concludere che la *potestas (ordinis)* non è una potestà di imperio bensì una «*facultas quaedam moralis*». Cfr. ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto* cit., p. 86.

¹⁷⁵ GREGORIO DELGADO, *Desconcentración orgánica y potestad vicaria*, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1971; JOSÉ ANTONIO SOUTO, *La noción canónica de oficio*, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1971. Vedi

Interfacciato al potere del sacramento sta il diritto del fedele al sacramento. Il teologo supera le categorie del giurista, allargando lo sguardo alla liberazione integrale che si compie con i sacramenti. Il canonista si concentra sulla reale situazione giuridica, fondata sulla personale posizione ontologica del battezzato e riconoscendogli un «diritto fondamentale originario (che è anche) universale, permanente e irrinunciabile (e, perciò) meritevole di tutele da parte dell'ordinamento canonico»¹⁷⁶.

Il teologo dà per scontato questo quadro normativo e non vede nell'ordinamento giuridico un punto-limite, una *finis-terrae* oltre la quale subentri l'interdetto. Egli estende la portata metafisica del suo sguardo. Riconsidera le categorie politiche per chiarire che l'ampiezza sociale della teologia (politica) non ammette equivoci nell'interpretare i sacramenti in modo difforme dalla loro essenza ontologica di «strumenti di liberazione dall'oppressione del peccato»¹⁷⁷.

Anche gli elementi necessari propri dei sacramenti sono un tema di confronto interdisciplinare. Qui il teologo si affida alle categorie legali, giacché, nel trattare della sussistenza dei requisiti di materia, forma e soggetto (ministro e fedele ricevente) in essi identifica la condizioni della natura reale dei sacramenti: «(...) i sacramenti non hanno niente di magico».¹⁷⁸

Il ricorso agli attributi giuridici contribuisce a scongiurare le tecniche di profanazione e manipolazione dei sacramenti. Il diritto dissolve ciò che di irrazionale si vorrebbe imputare al rito.

Dei soggetti si è già accennato, trattando dell'intenzione e delle potestà¹⁷⁹. Ci si soffermerà, qui, sul binomio materia-forma tralasciando il contesto filosofico che eredita la nota concezione e la distinzione aristotelico-tomista che ne fonda la struttura. È piuttosto singolare notare che il canonista, abituato ad elaborare forme, deleghi totalmente al teologo questa attività creativa: il legislatore del CIC non solo evita di inquadrare in una nozione generale ed astratta gli attributi di materia e forma, ma sceglie questa opzione anche per

anche PEDRO LOMBARDÍA, *Lezioni* cit., p. 121.

¹⁷⁶ DANIEL GENALMOR, «*Sacramentos (derecho a recibir los)*», in DGDC, VII, p. 112; CARLOS J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 205 ss.

¹⁷⁷ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p.37.

¹⁷⁸ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p.155.

¹⁷⁹ Sull'intenzione del ministro e del fedele ricevente, GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 157 ss. Vedi anche MIGUEL PONCE, «*Ministro de los sacramentos*» in DGDC, V, pp. 400-403; AURELIO FERNÁNDEZ, «*Orden (Sacramento del)*», in DGDC, V, pp. 737-745 (con un notevole corpo bibliografico).

una nozione universale dei sacramenti¹⁸⁰. In tal senso, viene rimesso al teologo il momento definitorio su cui il canonista costruisce, in seconda battuta, le sue dottrine legali sui sacramenti¹⁸¹. Qui, si direbbe, il paradosso del primato formale della teologia consegna a quest'ultima la guida per illustrarne i contenuti. Si torna, attraverso S. Agostino, al «*signum*». Il teologo, però, chiarisce che tra materia e forma, ossia tra *signum* e Parola, sussiste una relazione di circolarità¹⁸², per cui l'uno si trasfonde nell'altra traendo da tale connubio un'efficacia comune: un'efficacia che sia il teologo che il canonista colgono attraverso i rispettivi strumenti epistemologici.

Da ultimo, il carattere. Il canonista riconosce ai sacramenti del battesimo, della cresima e dell'ordine il «carattere sacramentale», quale effetto spirituale, riflesso dell'«*imagen de Cristo en el alma*»¹⁸³. In ogni caso, si tratta di un sigillo spirituale che incide sulla condizione giuridica del fedele e nel quale il canonista scorge le diverse modalità di partecipazione di questo al proprio sacerdozio, a seconda della funzione sacerdotale, profetica e regale¹⁸⁴.

Proprio la natura di atti impressi stabilmente rende questi sacramenti non reiterabili (can.845 §1 CIC) ma anche indelebili: per i sacramenti più direttamente funzionali alla costituzione di uno *status*, insomma, appare rilevante fissare una permanenza degli effetti che, in qualche modo, rafforza anche la specialità dei «tre sacramenti del carattere». Succede però, che il canonista sia propenso a collegare il carattere (effetto del sacramento) alle categorie potestative. Ciò è palesemente avvertibile per il sacramento dell'ordine, anche in virtù dell'influenza del pensiero tomista¹⁸⁵. Il teologo, anche in queste circostanze, rilegge i sacramenti, ed il carattere, attraverso il *signum*, in quanto «atto di fedeltà a Dio nell'alleanza» ed ancora una volta ne precisa la natura strumentale, non autosufficiente: «il carattere è segno non

¹⁸⁰ BRUNO FABIO PIGHIN, «*Materia y forma (Signo sacramental)*», in *DGDC*, V, p. 294.

¹⁸¹ Si ricorda che, per il canonista, materia e forma dei sacramenti restano «segni esterni» e la loro rilevanza giuridica si conforma al diritto del fedele di ricevere i sacramenti (vedasi il can. 213 CIC in confronto al can. 16 CCEO). Cfr. BRUNO FABIO PIGHIN, «*Materia y forma (Signo sacramental)*» cit., p. 296.

¹⁸² «Vi è una circolarità tra la parola (forma) e il segno-gesto sacramentale (materia): la parola tende al sacramento e il sacramento richiama la parola (...) è vero ciò che diceva S. Agostino: «*accedit verbum ad elementum et fit sacramentum*»». Così, GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 156-157.

¹⁸³ ANTONIO MIRALLES, «*Carácter sacramental*», in *DGDC* I, p. 850; CARLOS J. ERRÁZURIZ, *Intorno ai rapporti tra sacramenti e diritto nella Chiesa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1988/1, Giuffrè, Milano, pp. 431-432.

¹⁸⁴ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Esort. Apost. post-sinodale *Christifideles laici*, n. 14, I, (30 dicembre 1988), LEV, CdV.

¹⁸⁵ ANTONIO VITALE, *Sacramenti e diritto*, cit., pp. 133-134.

tanto in sé stesso, ma quanto attraverso il rito esterno con cui viene dato»¹⁸⁶.

Egli, a differenza del canonista, sonda le estreme propaggini estensive di questa alleanza stabile che il carattere sacramentale tra Dio e l'uomo suggella e scopre, così, nei restanti quattro sacramenti che non imprimono istituzionalmente il carattere, una dimensione che trascende le leggi, perché interamente sussistente come «realtà interiore» non formalizzabile ma che, pure, insiste sullo *status* del fedele nella Chiesa: l'«*ornatus animae*»¹⁸⁷.

Da queste riflessioni comparate, è possibile condividere la tesi che vede nel diritto della Chiesa un ordinamento giuridico basato sul «mistero come segno di salvezza». I sacramenti sono senz'altro «fattori che influenzano la forma del diritto», in quanto elementi costitutivi della trasmissione della fede ma anche motori della realizzazione storica del mistero della Chiesa¹⁸⁸. E, tuttavia, i suggerimenti che la riflessione teologica può offrire al canonista circa la realtà costitutiva dei sacramenti sono molteplici.

Ferma restando l'autonomia metodologica ed epistemologica delle due scienze, è dunque possibile integrare la posizione di Hervada che, con rigorosa inflessibilità attribuiva al diritto una funzione di completamento della teologia¹⁸⁹, obiettando l'apporto fondamentale di quest'ultima prospettiva -che non si esaurisce nella forma liturgica- all'orizzonte del giurista.

11. Conclusioni

Papa Francesco, riferendosi al Catechismo della Chiesa Cattolica (nn. 949-953) ha in più occasioni del suo magistero richiamato l'importanza dei «beni spirituali» (sacramenti, carismi, carità) ed ha sottolineato che i sacramenti «non sono apparenze, non sono riti»; con una logica prossima al giurista ha affermato che nei sacramenti del battesimo, confessione ed Eucaristia il fedele è «incorporato a Cristo ed unito a tutta la comunità dei credenti»¹⁹⁰.

Il teologo scorge in questo essere e divenire della Chiesa attraverso i mezzi di salvezza («da un lato, la Chiesa “fa” i sacramenti; dall'altro, sono

¹⁸⁶ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., pp. 159-160.

¹⁸⁷ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 163.

¹⁸⁸ REMIGIUSZ SOBANSKI, *La Chiesa e il suo diritto* cit., p. 13.

¹⁸⁹ «Le soluzioni teologiche hanno bisogno di uno studio giuridico che le completi. I teologi, per il loro specifico grado di astrazione, ci danno i dati universali (...) prescindendo dalle differenze specifiche di ogni ministero all'interno dell'*ordo*». Così, JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale* cit., pp. 191-192.

¹⁹⁰ FRANCESCO, Udienza generale del mercoledì 8 gennaio 2014.

i sacramenti che “fanno” la Chiesa»), la prospettiva neotestamentaria dei sacramenti come vertici nell’attuazione dell’alleanza. Tra i molti documenti del regnante Pontefice mi limiterò qui a menzionare la Lettera Enciclica *Laudato Si’* (2015), che nel soffermarsi sulla natura dei sacramenti, li intende: «un modo privilegiato in cui la natura viene assunta da Dio e trasformata in mediazione della vita soprannaturale»¹⁹¹.

Forse questo profilo transustanziale, ampiamente dibattuto nella teologia sull’Eucaristia, sollecita il canonista a riflettere sull’ossatura sacramentale delle leggi della Chiesa e la sua intangibile base fondata nel diritto naturale; forse questo, più di ogni altro richiamo, rappresenta il più fecondo suggerimento del teologo al canonista, affinché perseveri nell’armonizzare l’indagine sulla funzione pratica della norma con il mistero simbolico dei sacramenti, nella natura ontologica di mediazione di Grazia che gli è propria.

¹⁹¹ GIUSEPPE SILVESTRE, *Approccio alla teologia dei sacramenti* cit., p. 34. FRANCESCO, *Laudato Si’* (24 maggio 2015), LEV, CdV, 2015, p. 235.

ISSN 1970-5301