***JUS*- ONLINE**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 3/2018

LUIGI BENVENUTI 2
Principio di sussidiarietà, diritti Sociali e *welfare* responsabile. Un confronto tra cultura sociologica e cultura giuridica

MARCELLO CLARICH – BARBARA BOSCHETTI 28
Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma

ERNESTO BIANCHI 44
Evandro, Augusto. *Auctoritas*, *potestas*, *imperium*. Brevi annotazioni storiche e semantiche

ANNAMARIA MANZO 57
Quinto Elio Tuberone e il suo tempo

ANNA BELLODI ANSALONI 77
Il processo di Gesù: dalla flagellazione alla crocifissione

ROSA GERACI 120
At the Borders of Religious Freedom: Proselytism between Law and Crime

LEONARDO CAPRARA 143
Epikeia e legge naturale in Francisco Suárez

PAWEŁ MALECHA 173
La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido alla luce della normativa canonica vigente e delle sfide della Chiesa di oggi

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

VP VITA E PENSIERO

Luigi Benvenuti

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Ca' Foscari di Venezia

Principio di sussidiarietà, diritti sociali e welfare responsabile. Un confronto tra cultura sociologica e cultura giuridica*

SOMMARIO - 1. Premessa. - 2. Brevi riflessioni intorno ai concetti di sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa. - 3. La giustiziabilità dei diritti sociali tra prassi e teoria. - 4. Segue: Il mondo dei diritti e il ruolo della giurisdizione. - 5. Il paradigma dello sperimentalismo democratico. - 6. L'Unione Europea come ordinamento composito. - 7. La prospettiva globale. - 8. Per un Welfare responsabile. - 9. Soggetto e persona nel dispositivo biopolitico. - 10. Welfare responsabile e cultura giuridica. - 11. Una appendice in tema di sanità. - 12. Conclusioni.

1. Premessa

Con le note seguenti si intende dar conto dei contenuti del dibattito, attualmente in corso, circa la possibile revisione dei sistemi di Welfare, conseguente alle innovazioni e ai cambiamenti determinati dall'emergere di bisogni di sicurezza sociale, oltre che dall'affermarsi di nuove esigenze provenienti dalla società civile.

In effetti, la complessità dei fattori che generano i bisogni sociali, la velocità dei cambiamenti, la intervenuta liquidità dei rapporti intercorrenti tra privati, Stato ed istituzioni, pongono nuovi interrogativi inducendo risposte diversificate, mentre entrano in crisi sia il paradigma razionalistico, fondato sull'approccio razionale assoluto, sia le forme tradizionali di rappresentanza democratica.

Laddove, sempre più spesso, si tira in ballo il concetto di poliarchia, sottolineando la necessità di considerare che ogni attore fa parte di un sistema composito, nel quale sono presenti norme in contrasto tra loro, il che produce un

aumento di discrezionalità, oltre che lo svuotamento progressivo della logica della gerarchia[1].

Con attenzione alle modalità di approccio al tema del Welfare da parte della scienza giuridica, si intende indugiare sul concetto di sussidiarietà, per poi trattare del tema dei diritti sociali, declinato tenendo conto sia dei contributi da parte della cultura giuridico-filosofica, sia di un particolare orientamento della dogmatica civilistica (par. 2-4).

Di seguito vedremo di discutere intorno ad altri modelli di Welfare, operando un confronto sul piano del metodo e dei contenuti, tra due recenti proposte provenienti dal versante sociologico, da un lato, e la cultura del più recente diritto amministrativo dall'altro (par. 5-7 e 8-11).

2. Brevi riflessioni intorno ai concetti di sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa

Prendendo le mosse dal principio di sussidiarietà, esso come noto è stato declinato ora in termini verticali, in conformità ad una evoluzione normativa che contempla l'intervento circostanziato degli enti territoriali superiori rispetto a quelli minori; ora in termini orizzontali, trovando allora riscontro in precise norme interne e costituzionali, volte a enfatizzare il ruolo precipuo dei privati e delle formazioni sociali nella costruzione dell'ordinamento.

Specie con riferimento a quest'ultima prospettiva, come ben si è detto, la formula sintetica dell'art. 118, 4° comma della Costituzione si è prestata "a una gamma

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] Per una sintesi approfondita delle questioni poste da una possibile revisione dei modelli di Welfare cfr. G. Bertin, *Welfare regionale in Italia*, Venezia, 2012; Id., Social innovation *e politiche di Welfare* in *Salute e Società*, I, 2015, p. 37 ss. Sul concetto di poliarchia vedi esemplificativamente Dahl-Lindblom, *Politics, Economics and Welfare*, New York, 1953, sec. rist., *Transaction publishers*, 1992; C.F. Sabel, *Esperimenti di nuova democrazia. Tra globalizzazione e localizzazione*, Roma, 2013; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

amplissima di interpretazioni (di cui pochissime obiettive), a cui hanno fatto seguito pratiche e applicazioni non soltanto diverse, ma a tratti anche confliggenti"[2].

Da tale punto di vista un posto a sé va riconosciuto all'indirizzo che, sottolineando "il valore aggiunto" della cittadinanza attiva, ha prospettato un possibile cambiamento di paradigma, incentrato sull'idea di una "amministrazione condivisa", che possa essere in grado di rispondere alle istanze provenienti dall'alto e dal basso di miglioramento della qualità di quel bene comune rappresentato dalla democrazia[3].

Quel che colpisce di tale proposta interpretativa è innanzitutto la lente antideologica con cui viene ricostruita la vicenda evolutiva del sistema di Welfare.

Se per un verso si dà atto della portata innovativa del dettato costituzionale conseguente alla riforma del 2001, favorevole ad un allargamento di una sussidiarietà del pubblico non troppo intrusiva, ma destinata a garantire pre-condizioni di crescita diffuse e di assunzione autonoma di responsabilità solidali da parte dei cittadini, per altro verso si ritiene di non aderire a molte delle critiche rivolte alla riduzione neoliberista dei compiti di intervento pubblico, troppo spesso volte a demonizzare in modo pregiudiziale qualsiasi investimento finanziario privato, con l'accusa di piegare il carattere non profit a interessi meramente corporativi.

A fronte di una possibile declinazione della sussidiarietà in senso pubblicistico o in senso meramente privatistico, quel che si afferma è piuttosto la necessità di cercare una linea mediana che miri a conciliare le diverse istanze provenienti dall'alto e dal basso[4].

---

[2] R. Bin, G. Pitruzzella, D. Donati, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2014, p. 285.

[3] AA.VV., *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia* (a cura di G. Arena e G. Cotturri), Roma, 2010; e vedi già G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006.

[4] Così la scelta di esternalizzazione dei servizi pubblici di fatto può risolversi in opportunità, laddove il meccanismo delle privatizzazioni potrebbe ridurre il deficit di bilancio, contribuendo al superamento di quel modello di Stato assistenziale controbattuto dalle riforme perseguite dalla Unione Europea.

A conclusione di un'analisi che si avvale di ricerche empiriche che tengono conto del ruolo delle istituzioni e delle concretazioni intervenute in modi diversi ad opera della normativa regionale, la proposta è quella di un diverso modello di amministrazione, nel quale politica, amministrazione e cittadini convergono nel perseguimento dell'interesse generale.

Volendo utilizzare una concettuologia che troviamo specie in ambito sociologico, e su cui avremo modo di tornare più avanti, gli interventi di Welfare vengono immaginati non più come rispondenti alla logica dell'aut-aut, bensì a quella dell'et-et.

A tal fine, se la rivisitazione del ruolo della cittadinanza attiva non può non significare assunzione di responsabilità, l'idea di appartenenza ad una comunità induce ad interrogarsi sulla stessa formulazione di "un diritto ad avere diritti".

I cittadini attivi sono autonomi e responsabili e un nuovo schema orizzontale e paritario, incentrato sul binomio "potere-responsabilità", si sostituisce all'altro, verticale e gerarchico "diritto-dovere", superando l'idea che il fatto di essere cittadini di uno Stato possa comportare pretese garantite a priori.

3. La giustiziabilità dei diritti sociali tra prassi e teoria

La prospettiva della sussidiarietà mira ad attenuare la nozione chiusa ed escludente della cittadinanza, potendosi argomentare riguardo al ruolo di un nuovo cittadino del mondo.

La questione si sposta allora su un piano ben più generale, quello del concetto stesso di diritto sociale, anch'esso oggetto di un ampio dibattito, che questa volta vede indirizzi importanti della cultura giuridico-filosofica dialogare con i settori più sensibili della dogmatica.

E il pensiero va subito al dibattito svoltosi nell'ambito della scuola italiana di filosofia analitica del diritto, che registra posizioni contrastanti in ordine all'approccio alla tematica della giustiziabilità dei diritti sociali.

Così, se da taluno i diritti fondamentali vengono intesi come regole e ad essi corrispondono obblighi o divieti di comportamenti determinati[5], per altri, che si pongono in linea con la prevalente dottrina costituzionalistica, essi sarebbero principi direttivi, per se stessi oggetto di ponderazione[6].

Inoltre, le direttive costituzionali risulterebbero prescrittive e non programmatiche, potendo fungere da parametro per il controllo di costituzionalità[7].

La questione è allora quella di definire con esattezza i differenti presupposti che renderebbero giustiziabili i diritti da parte del giudice, chiedendosi quali possano essere le eventuali ricadute del punto di vista teorico sul piano concreto.

Secondo un primo orientamento, la teoria del diritto avrebbe una struttura formale, essendo ad essa demandato il compito di costruzione di un sistema concettuale per il tramite di definizioni prestabilite, individuando le relazioni sintattiche relative[8].

Per tale orientamento, che vorrebbe essere espressione di un garantismo rigoroso, incentrato sul principio di separazione dei poteri, e in particolare sulla separazione fra legislativo e giudiziario, al giudice sarebbe precluso invadere la sfera

---

[5] L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id. (a cura di) *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 5 ss.

[6] Cfr. R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006; Id., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992.
Per la dottrina costituzionalistica vedi A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995.

[7] Vedi peraltro sui limiti dei diritti sociali fondamentali come pretese azionabili, esemplificativamente *Corte Costituzionale sent. n. 275/2016*.

[8] L. Ferrajoli, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 19 ss.

della legittimazione politica, né giurisprudenza e dottrina sono ritenute vere fonti del diritto.

Alla teoria del diritto, nel solco di una tradizione strettamente positivistica, spetterebbe soprattutto un compito normativo, quello di garantire la tutela dei diritti ed eventualmente di prendere posizione circa la loro violazione, ovvero di sollecitare il legislatore a colmare le lacune[9].

Si tratta di una posizione assai rigida, che per un verso vorrebbe tenere separata la sfera del legislativo da ogni indebita incursione da parte della giurisprudenza; per altro verso demanda alla teoria del diritto (formale) il compito di una tutela allargata dei diritti, al fine di non lasciare in toto a dogmatica e giurisprudenza il bilanciamento degli interessi in gioco.

Il giudice troverà pertanto circoscritto il proprio campo di azione, e potrà argomentare esclusivamente a partire dal rigoroso confronto tra fattispecie normativa e caso concreto; e diverse potranno allora risultare le applicazioni, soprattutto in presenza di fattispecie controverse o in presenza di nuovi diritti.

Per contro, per altro indirizzo esplicitamente ispirantesi alle dottrine del realismo, la teoria deve limitarsi a conoscere sia il diritto che gli orientamenti di giurisprudenza e dottrina, assumendo un'autentica finalità descrittiva, senza accedere a compiti propriamente normativi[10].

Da tale punto di vista, quel che si constata è come spetti sia al giudice che al legislatore di bilanciare diritti spesso tra loro fortemente contrastanti; più in generale

---

[9] L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013, specie p. 63 ss.

[10] Cfr. in generale, per l'orientamento del realismo, con attenzione alla tematica del ragionamento giuridico, G. Pino, *Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, che ponendo al centro i diritti fondamentali prova a ripensare ai rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario. In tal senso il ragionamento giuridico è avvicinato al ragionamento morale e alla decisione politica, e si prende le distanze dal positivismo legalista ottocentesco.

ogni decisione, sia essa legislativa, costituzionale, giudiziale, risulta essa stessa frutto di una sorta di bilanciamento tra vari interessi.

Di qui il superamento di una troppo rigida distinzione tra il piano legislativo e quello giudiziale; laddove tutti i principi (anche quelli costituzionali), essendo per definizione più deboli delle regole, esigerebbero di venir ponderati e ulteriormente specificati anche per il tramite di uno strumento argomentativo ragionevole.

Quel che muta in concreto è la percezione della normatività, e soprattutto il ruolo assegnato alla teoria dell'interpretazione, che, rientrando a pieno titolo nell'ambito della teoria del diritto, diviene vera attività di produzione di norme, che finisce per pervadere e condizionare lo stesso concetto di divisione dei poteri.

4. Segue: Il mondo dei diritti e il ruolo della giurisdizione

Ho detto più sopra, come si sia intrecciato un dialogo tra taluni settori sensibili della dogmatica e le due richiamate declinazioni della teoria del diritto, quella giuspositivistica e quella giusrealista.

E al proposito mi vengono in mente le pagine dense e profonde di un civilista, Stefano Rodotà, che negli ultimi scritti si è confrontato proprio con la tematica dei diritti sociali, operandone una rilettura e una rivisitazione che, mettendo al centro la formula arendtiana del diritto ad avere diritti, delinea con precisione i rapporti tra legislazione e giurisdizione, il ruolo dei diritti fondamentali, i presupposti per un diverso costituzionalismo dei diritti[11].

Il punto di partenza è, ancora una volta, il ruolo delle Corti, e lo spazio lasciato ad una sfera di indecidibilità, che peraltro non viene ricavata solo sul piano astratto

[11] S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, specie pp. 9-72; Id., *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 41 ss.

della teoria, bensì calata nella storia, nella convinzione dell'avvento di una nuova era, l'età dei diritti.

Pur consapevole dell'esistenza di tesi critiche rispetto a un costituzionalismo irenico favorevole alla difesa della insaziabilità dei diritti fondamentali, quel che si sottolinea è la necessità di una politica internazionale destinata ad incorporarli, e che superi ogni rigurgito nazionalistico, affrontando le sfide di un nuovo mondo ove a maggior ragione andrebbe tutelata soprattutto la dimensione sociale.

L'estremo appello è a una diversa concezione della politica, mentre solo una corretta argomentazione giurisprudenziale potrà evitare situazioni di blocco, che deligittimerebbero lo stesso legislatore.

Riprendendo le tesi di Bobbio sull'età dei diritti, vi è implicitamente una presa di distanza da una concezione della teoria del diritto quale quella da ultimo richiamata dai contenuti meramente conoscitivi (giusrealismo)[12].

Per altro verso, anche la tesi del primo dei due orientamenti visti più sopra, che assegna alla teoria un ruolo normativo, viene sposata ma nel contempo calata nella lente della storia, nella ricerca di un cambio di paradigma che superi una divisione esclusivamente meccanicistica tra potere legislativo e potere giudiziario.

Solo così il diritto ad avere diritti finisce per assumere un nuovo significato, in grado di attingere a un diverso costituzionalismo dei bisogni, e a una politica intesa come politica dei diritti.

5. Il paradigma dello sperimentalismo democratico

Al termine del breve *excursus* su taluni itinerari della cultura giuridica più recente, e dopo aver indugiato dapprima su una peculiare declinazione della nozione di sussidiarietà, e poi sulla natura stessa del concetto di diritto sociale, quel che ora

[12] Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, e sul punto S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 65.

proverei a fare è di operare un confronto, per così dire sul piano del metodo e dei contenuti, tra due recenti proposte provenienti dal versante sociologico, da un lato, e la cultura del più recente diritto amministrativo dall'altro.

Una scienza del diritto amministrativo che, come vedremo, ha abbandonato sia i condizionamenti provocati da un eccesso di statalismo politicizzante (lo Stato gestore, interventista, redistributore), sia i retaggi di uno Stato di diritto attento a proteggere la propria dimensione minima, attribuendo al mercato l'autoregolazione dell'economia. Mentre diviene oggetto di discussione problematica la tematica dello Stato regolatore.

E inizio tale confronto partendo da una prima impostazione, che, devo dire, mi ha intrigato non poco, suscitando più di un interrogativo.

Si tratta della prospettiva, più volte richiamata anche da taluni scritti di Sabino Cassese, che passa con il nome suggestivo di "sperimentalismo democratico"[13].

Si tratta di un indirizzo che, esplicitamente ispirandosi al pragmatismo politico e filosofico di Dewey, opera una critica radicale nei confronti di vari paradigmi ben conosciuti, quale quello rappresentato dal modello principale-agente, ovvero altri affermatisi nel passato, quale quello del combinato disposto governo-controllo (tipico dell'epoca del New Deal).

Venendo al nucleo della proposta, come ben sintetizza Riccardo Prandini, "le istituzioni centrali attribuiscono autonomia a quelle locali, per perseguire scopi generali espliciti. Il centro monitora le prestazioni locali, colleziona informazioni di tipo comparativo e crea pressioni e opportunità per un miglioramento continuo a tutti i livelli. Il dispositivo […] si adatta a contesti connotati dall'incertezza e da contingenze che non possono essere calcolati in termini attuariali. Esso implica: 1.

[13] Il richiamo è al volume di C.F. Sabel, *Esperimenti di nuova democrazia*, cit., che riunisce vari saggi, ad esempio quello scritto con J. Cohen, *Global democracy?* in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n. 4, 2005.

Una decentralizzazione con un contestuale coordinamento della loro valutazione, 2. La considerazione dei segnali di deviazione dalle norme come sintomi di problemi e opportunità di miglioramento, 3. La ricerca di trasparenza, 4. Una partecipazione degli stakeholder non obbligata normativamente"[14].

Tralascio altre caratteristiche della proposta, così come di indugiare su talune ricerche di Welfare verificate sul campo[15], e vengo a quelle che mi sembrano le applicazioni più interessanti.

L'una investe infatti l'Unione Europea, l'altra addirittura la dimensione globale.

Quanto alla prima, si dice che l'Unione Europea sarebbe l'esempio più tipico di sperimentalismo democratico.

Se per taluni essa mancherebbe innanzitutto di un *demos* unitario, omogeneo e definito da una storia comune, e mancherebbe di legittimazione democratica, sarebbero proprio queste, viceversa, per Sabel, le caratteristiche che dovrebbero indurre a definire l'Unione Europea come una poliarchia direttamente deliberativa e democratica, ma non basata sul principio della rappresentanza.

Si tratterebbe, per lui, di un processo sperimentale, di una nuova governance poliarchica (a più voci) e direttamente deliberativa (espressione di autonomia a livello locale).

La libertà portata dal mercato comune, infine, non sarebbe la prima fase di un processo di depoliticizzazione dell'Europa, bensì un processo di ripoliticizzazione secondo logiche diverse dal passato.

---

[14] Cfr. R. Prandini, *Esperimenti di (nuova) democrazia: come salvare l'esperienza democratica nell'epoca della sua crisi* in C.F. Sabel, *Esperimenti di nuova democrazia*, cit., p. 23.

[15] Il riferimento è a due studi che riguardano rispettivamente i servizi per l'infanzia a rischio erogati in Alabama e nello Utah, e i servizi sperimentali in Finlandia.

Una delle prove concrete a sostegno della tesi, è ad esempio la presenza della rete di comitati, in cui si confronterebbero e scontrerebbero interessi eterogenei, in cui un processo sperimentale di discussione avrebbe una funzione maieutica, alla luce di sempre nuove esperienze.

E naturalmente le caratteristiche della governance europea andrebbero integrate soprattutto includendo temi come quello del Welfare, dedicati alla salute, alla sicurezza pubblica, alla protezione sociale.

Qui mi fermo nella breve sintesi di questa parte del lavoro di Sabel che si occupa dell'Unione Europa, sottolineando come in una chiave per certi versi complementare è svolta la parte ulteriore dedicata all'emergere di un *demos* globale, anch'esso letto come espressione di una sorta di sperimentalismo democratico di cui si sottolineano vari esempi comparati con la prassi dell'Unione Europea.

A differenza di quest'ultima, non sarebbe possibile riscontrare una *polity* in senso proprio; né potrebbero avere effetto esperimenti di costituzionalizzazione a livello globale, pur se l'effettività delle norme ormai coinvolge la vita quotidiana delle persone, collegate in rete in modo stabile e continuativo.

6. L'Unione Europea come ordinamento composito

Ho anticipato come la lettura dell'opera complessiva di Sabel mi abbia posto più di un interrogativo, inducendomi a un confronto specie con lo stato dell'arte della cultura giuridica amministrativistica.

E il riferimento va innanzitutto a un noto lavoro del 2003 di Giacinto della Cananea, dedicato appunto proprio all'Unione Europea[16].

[16] Cfr. G. Della Cananea, *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003.

Quello che mi pare interessante è qui la convergenza con alcune delle tesi appena esposte di Sabel.

L'Unione Europea rappresenta infatti il luogo di uno costruzione di nuovo conio, di cui è necessario segnalare, per linee interne, il disegno dirompente rispetto al passato (che tiene conto anche della comitologia e delle prassi informali).

Vari gli elementi di vicinanza con la proposta sociopolitica di Sabel.

Un elemento non secondario di differenza è il tentativo riuscito di svolgere una sorta di analisi storico-comparata di Stati e ordinamenti ultrastatali.

I tratti distintivi di vari modelli di ordinamento composito proiettano l'intera ricerca su un piano più generale, operando un distacco dalla mera prospettiva pragmatistica (tendenzialmente caratterizzante l'opera di Sabel), provando a spiegare corsi e ricorsi di altrettanti sperimentalismi riscontrabili nel passato (forse si potrebbe parlare, per così dire, di uno sperimentalismo storicizzato).

7. La prospettiva globale

Per chiudere il confronto con la prospettiva sociologica di Sabel, un cenno va fatto alle sue riflessioni sulla dimensione globale.

Se specie dal livello globale giungono segnali inequivocabili dell'esistenza di formule innovative, non si possono allora non ricordare, in una dimensione per alcuni versi parallela, i contributi più recenti di Sabino Cassese, fondatore di una scuola che ha posto, a mio avviso, la cultura del diritto amministrativo su basi diverse dal passato, e le cui riflessioni hanno preso spunto negli ultimi anni proprio dall'osservazione dei fenomeni della mondializzazione[17].

---

[17] Cfr. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Il diritto globale*, Torino, 2009; Id., *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013. In generale vedi anche S. Battini, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; Id., *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto*

In Cassese, vorrei dire, trovano concretezza sul piano normativo, ma con una punta di scetticismo critico, taluni degli spunti riscontrabili nell'opera di Sabel (non a caso a più riprese richiamata).

Enumero brevemente i caposaldi dell'analisi cassesiana, che ovviamente include in modo esplicito temi riguardanti il Welfare (quali quelli della salute, della sicurezza e protezione sociale).

Innanzitutto, la vicinanza tra scienza politica e diritto: *global polity* sostituisce l'espressione *global governance*, ponendo domande sul "reggimento politico".

Esistono molti regimi settoriali, non gerarchicizzati, una sorta di costituzione globale composita, con molti signori feudali (in uno dei significati di poliarchia), che sono il prodotto di un processo frammentato e potremmo aggiungere sperimentale.

In senso verticale i governi, ad esempio, sarebbero mandanti e nel contempo mandatari.

In senso orizzontale, vi sarebbe una interconnessione, chiamata regime *complex*, ossia un insieme di regimi che si sovrappongono e che non sono ordinati gerarchicamente.

Punti precipui dell'analisi di Cassese sono, peraltro, le modalità concrete e diversamente innovative, in cui avverrebbe il rispetto delle norme (i surrogati al potere hobbesiano).

E poi l'affermarsi di un "giusto procedimento" anche a livello globale, effettivo, pur se ancora meno efficace di quello nazionale, consistente in "apertura, partecipazione, consultazione, trasparenza, obbligo di motivazione e controllo giurisdizionale", con la conseguenza che la *Rule of Law* nell'arena globale sarebbe

---

amministrativo: quattro percorsi, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2006, p. 339 ss.; L. Casini, *Diritto amministrativo globale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006.

ancora sperimentalmente in via di completamento[18]. Qui andrebbe segnalata la quinta delle direttive Ocse del marzo 2018, che nell'elaborazione di nuove strategie per la lotta alla corruzione bypassa i governi facendo esplicito riferimento alla necessità di continui adattamenti e di nuovi sperimentalismi desumibili dalla prassi[19].

Norme sociali e norme giuridiche spesso appaiono contigue. Basti pensare alla nozione di raccomandazione o di consiglio, secondo una linea che potrebbe rifarsi all'opera di Christian Thomasius (1655-1728), e che arriva fino a Bobbio, ma che ora resta in attesa di verifiche empiriche sul piano normativo e delle prassi sociali a livello globale[20].

Respinta l'idea di una troppo semplicistica *governance* multilivello, l'analisi di Cassese è incentrata sui rapporti tra diritto pubblico e diritto privato.

A differenza di altri Autori (penso a Teubner) che valorizzano le esperienze privatistiche (Teubner è come noto sociologo con formazione giusprivatistica)[21], in Cassese prevale l'idea di una ibridazione che porta alla costruzione di un nuovo diritto amministrativo, che pur tiene esplicitamente conto dei materiali e del lessico fondativo del diritto privato, ma che viene letto come un esperimento sui generis, che valorizza altrettanto gli strumenti e le tecniche pubblicistiche, in linea con talune dottrine recenti presenti ad esempio in Francia[22].

Infine, peculiare attenzione è rivolta al profilo giudiziario in ambito globale.

---

[18] Cfr. S. Cassese, *Chi governa il mondo?*, cit., p. 42 ss.

[19] In generale per la capacità adattiva delle procedure amministrative e circa le garanzie partecipative vedi ora, B.L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattive tra settori e sistemi*, Pisa, 2018, specie p. 201 ss.

[20] Cfr. N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 49 ss.

[21] Sul pensiero di Teubner vedi di recente R. Prandini, Distinguere aude! *Il* Grand Récit *sociologico di Gunther Teubner*, in *Il diritto frammentato* (a cura di Alberto Febbrajo, Francesco Gambino), Milano, 2013, p. 215 ss.; C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 197 ss.

[22] Cfr. J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, LGDJ, 2010.

Volendo trarre una conclusione, va sottolineato come proprio l'attenzione analitica per i profili di ordine giudiziario, fa emergere tutta la complessità dell'operato di arbitrati, Corti, *panels*, ancora alla ricerca di assestamento.

Anche il modello statunitense di tipo *adversarial*, con un ruolo creativo degli avvocati, dà l'impressione tuttora di mancata efficienza, anche per l'assenza di vere forme di *accountability*.

Il diritto globale, da vari punti di vista, è soprattutto un diritto amministrativo in via di costruzione.

Diversa è da tale punto di vista la prospettiva maggiormente statualistica di Nagel, ma anche quella di Sabel.

In particolare, se nell'analisi di quest'ultimo finisce per prevalere una sorta di ottimalismo, che lo porta ad enfatizzare ad esempio i caratteri di flessibilità e di adattamento ai cambiamenti di istituzioni globali quali il WTO, emerge viceversa dall'analisi di Cassese una sorta di distacco critico, che lo porta proprio con riferimento al WTO a registrare "la mancanza di trasparenza nei processi decisionali; la presenza di ostacoli alla partecipazione dei gruppi interessati; l'assenza di un corpo politico che siano collegati sia all'organizzazione sia ai suoi sostenitori"[23].

Quanto al diritto di partecipazione dei privati nei confronti delle amministrazioni nazionali, esso sarebbe spesso oggetto di norme globali, quali le linee guida della Banca mondiale per una valutazione congiunta del personale sulla strategia della riduzione della povertà, che rivolte ai paesi poveri, richiedono appunto il coinvolgimento dei privati soprattutto per la elaborazione di politiche pubbliche appropriate e volte al sociale[24].

---

[23] Cfr. S. Cassese, *Chi governa il mondo?*, cit., p. 54.
[24] Cfr. S. Cassese, *op. ult. cit.*, p. 69.

8. Per un Welfare responsabile

Il mondo in cui viviamo non vive di logiche univoche e mi propongo dapprima di discutere della recente proposta di un Welfare responsabile, prospettata da parte di un autorevole orientamento sociologico, che vorrebbe valorizzare soprattutto le istanze solidaristiche incentrate su una diversa idea di persona[25].

Successivamente, focalizzando l'attenzione sul piano dei contenuti e del metodo, vedremo di operare un confronto tra tale indirizzo e taluni recenti svolgimenti della scienza giuridica.

La proposta di cui si discute appare in linea con il superamento dello schema classico incentrato sulla mera logica dell'aut-aut, sostituita ora da quella dell'et-et; inoltre tra scala macro e scala micro prevarrebbe una dimensione mediana, flessibile e non aprioristica (c.d. meso), in cui finisce per emergere in tutta la sua importanza l'integrazione tra pubblico, mercato e terzo settore, nonché l'affermarsi di ambiti quali l'educazione e l'ambiente, da intendersi come moltiplicatori di responsabilità.

A livello meso campeggia "una concezione delle relazioni sociali basate sul dialogo, sul confronto, pure sul conflitto se necessario, ma destinate a costruire intermediazione e quindi coesione sociale, valorizzando spazi sociali di prossimità"[26].

Pur assumendo come strategico il livello meso, l'ipotesi del Welfare responsabile valorizza anche gli altri livelli, quello macro e quello micro.

Quanto al primo, l'idea di uno Stato regolatore viene accolta, pur sottolineandosi la necessità di una assunzione di responsabilità tramite modalità partecipate, ad esempio nella stesura di leggi quadro.

---

[25] Cfr. V. Cesareo, *Welfare responsabile*, Milano, 2017.
[26] Cfr. V. Cesareo, *op. ult. cit.*, p. 16.

Così pure il livello micro resta anch'esso in attesa di una diversa valorizzazione accanto alle altre dimensioni, e di integrazione "tra cura formale (dei servizi professionali) e cura informale (delle reti di prossimità), tra saperi professionali (degli operatori) ed esperienziali (degli utenti e dei loro familiari *caregiver*)"[27].

Esplicitando in termini empirici la proposta, diventano oggetto di studio sia il Welfare comunitario, che quello aziendale e municipale.

Quanto al primo, esso si basa sulla solidarietà e vorrebbe coinvolgere forme di domiciliarità allargata e servizi di prossimità, con la creazione di interconnessioni e di un tessuto reticolare che investe ad esempio i rapporti di vicinato.

Quanto al secondo, quello aziendale, esso rivolgendosi alle imprese, presuppone il potenziamento della capacità di innovazione, nonché la struttura reticolare delle agenzie di Welfare, con un coinvolgimento attivo degli attori, al di là di ogni logica burocratico-gerarchica.

Infine, vi è il Welfare municipale che vede le istituzioni pubbliche locali in partnerariato con cittadini e altri attori, secondo diverse figurazioni.

Un discorso a sé stante va fatto con attenzione all'idea di persona, che è un po' al centro dell'intera ricerca.

Va infatti senz'altro rimarcato come essa viene contrapposta al concetto di individuo, considerato troppo astratto e generale, in quanto finirebbe per "astrarre l'essere umano dal suo contesto relazionale" cogliendolo "nella sua generalità (cioè uno dei tanti), piuttosto che nella sua unicità"[28].

Al proposito va precisato come tale posizione appare singolarmente vicina al punto di vista – analizzato nel paragrafo 4 – di quella parte della cultura giuridica che

---

[27] Cfr. V. Cesareo, *op. ult. cit.*, p. 15.
[28] Cfr. V. Cesareo, *op. ult. cit.*, p. 7.

si dimostra attenta, pur per finalità dettate prevalentemente dalla narrazione dei diritti, a mettere al centro la categoria della cittadinanza e il processo di costituzionalizzazione per un "allargamento dei diritti dell'uomo nel passaggio dall'uomo astratto all'uomo concreto"[29].

9. Soggetto e persona nel dispositivo biopolitico

La questione merita peraltro qualche riflessione ulteriore, e va subito detto come l'intero dibattito tagli trasversalmente settori diversi del pensiero contemporaneo.

Per un verso, infatti, vi è chi si chiede se proprio il richiamo alla persona serva davvero "a riattivare la dinamica inceppata dei diritti dell'uomo", a fare "dell'uomo il soggetto naturale del diritto e del diritto l'attributo irrevocabile dell'uomo"[30].

Rispondendo negativamente, tale orientamento sottolinea le metamorfosi e gli sdoppiamenti della nozione – ora maschera, ora entità spirituale, ora soggetto immateriale e secolarizzato – supponendo la possibilità di un superamento della stessa nella direzione della dimensione dell'impersonale, di una terza persona di cui sfuggono peraltro precisi connotati e contorni[31].

Talora specie nell'ambito di una riflessione che coinvolge il versante della biopolitica, si è creduto opportuna una riappropriazione della nozione di soggettività, considerata più autentica, come quella che finirebbe per svelare fino in fondo i meccanismi di scavalcamento tra soggezione e assoggettamento, laddove il richiamo alla persona conserverebbe una finalità edulcorante, subordinando "la funzione di una parte alla padronanza dell'altra".[32]

---

[29] Cfr. S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 101, con un richiamo a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit.
[30] Così R. Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007, p. 91.
[31] Cfr. R. Esposito, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, 2010, specie p. 258 ss.
[32] Cfr. R. Esposito, *Pensiero vivente*, cit., p. 261. In una prospettiva giuridica vedi M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Critica di diritto privato*, 2007, p. 67 ss.

Al di là di ogni ricognizione di ordine storico circa l'anteriorità dell'un concetto rispetto all'altro e circa il significato di entrambi, un fatto è certo.

Vale a dire come la ricerca di tanta parte del pensiero filosofico contemporaneo e specie di quello che più ha riflettuto sul dispositivo biopolitico, di uscire dai dilemmi intrinseci alla dialettica della soggettività, finisce per sfociare in una terra di nessuno, ove la nozione di impersonale, la "terza persona" risulta declinata in termini almeno all'apparenza venati da profili di ambiguità.

Così, accanto a chi affronta il percorso di una biopolitica al negativo, contrapponendo diritto e persona all'idea di giustizia[33], vi è chi all'estremo opposto enfatizza gli aspetti vitalistici, trovando nel senso della vita la ragione di una nuova affermatività. Ma anche qui si va da un impersonale vissuto singolarmente, tentato da pulsioni irrazionali, a una più contenuta idea di immanenza "senza giudizi né redenzioni, dove eventi pre-individuali e impersonali si intrecciano, indifferenti a barriere artificiose, con relazioni inedite e insensibili a controlli, vittorie e sconfitte"[34].

Si tratta dunque di un panorama composito, denso e sempre pronto a esiti consistenti in de-soggettivazioni impolitiche, ove il rapporto tra il singolo e il molteplice, tra le ragioni del diritto e quelle della giustizia finiscono per assumere tinte problematiche, ponendo interrogativi non secondari specie alle scienze sociali.

È qui, però, che sociologia e diritto trovano appunto un terreno di incontro.

Al diritto, che parla di solidarietà, richiamando ancora una volta l'idea di persona, fa eco la proposta di un Welfare responsabile, ove pure la persona è collocata su un piano concreto, che tiene conto della storicità dei processi reali.

---

[33] Cfr. S. Weil, *La persona e il sacro*, in *Oltre la politica. Antologia del pensiero impolitico*, a cura di R. Esposito, Milano, 1996. Sul pensiero di Simone Weil, cfr. A. Putino, *Un'intima estraneità*, Roma, 2006.

[34] Cfr. L. Bazzicalupo, *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Roma, 2012, p. 119, che operando un raffronto tra l'opera di Deleuze e quella di Esposito, sottolinea la cancellazione nei testi di quest'ultimo "della intensificazione vitalistica e dell'enfasi sulla produttività desiderante".

Ma viene allora da chiedersi quale sia la vera cifra di differenza tra diritto e sociologia, tra il metodo della giurisprudenza e l'approccio delle scienze della società.

10. Welfare responsabile e cultura giuridica

Al proposito si vuol prender le mosse proprio dei contenuti di fondo della ricerca di un Welfare responsabile – quali delineati nel paragrafo 8 – proponendo di seguito alcune riflessioni critiche.

E va subito detto come l'idea di prendere come paradigma di tipo euristico la cosiddetta dimensione "meso" appare a chi scrive senz'altro suggestiva, anche perché, sposata la logica dell'et-et, anziché quella dell'aut-aut, essa permette di scavare in quegli spazi sociali di prossimità troppo spesso pretermessi anche dalle ricerche sul campo.

D'altra parte i raccordi necessari con le altre due dimensioni (quella macro e quella micro) appaiono indispensabili, laddove le verifiche di tipo empirico che fanno da corollario al saggio introduttivo della ricerca, confermano la stretta interconnessione tra i diversi profili.

Un altro aspetto degno di nota appare la tripartizione dello studio nella prospettiva municipale, aziendale e comunitaria, ciò permettendo una completa esposizione della tematica, all'insegna, come si è rimarcato più sopra, di una diversa idea di soggetto e di responsabilità.

Ciò precisato, è d'uopo segnalare qualche profilo problematico.

Un primo attiene soprattutto alle modalità di raccordo con il mondo del diritto, talora apparendo tra le righe una sorta di giudizio critico rivolto al mondo degli operatori e senz'altro al sistema delle norme nel suo complesso.

Da tale punto di vista, non del tutto soddisfacente appare allora la sottolineatura di un presunto atteggiamento burocratico o di una sotterranea difesa

del modello gerarchico da parte del ceto dei giuristi, o almeno senza precisare se il riferimento riguarderebbe la giurisprudenza scientifica o quella pratica, il sistema normativo o le prassi consolidate.

E invece, si vorrebbe aggiungere, proprio un più stretto raccordo con la componente giuridica, definita e delineata in modo maggiormente preciso, permetterebbe alla proposta di cui si discute, non tanto di assumere le vesti di una vera e propria sociologia del diritto, ma quantomeno di porre le premesse di una sociologia nel diritto, ove l'analisi dei meccanismi produttivi della giuridicità contribuirebbe a spostare su un piano davvero concreto l'intera ricerca[35].

11. Una appendice in tema di sanità

Al fine di rendere maggiormente esplicite tali osservazioni, si vuol indugiare in via esemplificativa sulle vicende relative alla sanità, che hanno formato oggetto nel tempo di varie modifiche, che la cultura giuridica ha preso ad oggetto per formulare un giudizio critico circa il modello di Welfare proposto.

Uno dei temi più discussi è, al proposito, quello della partecipazione dei privati all'erogazione dei servizi sanitari, che, come noto, dopo la revisione dei primi anni '90 consta di ben quattro passaggi[36].

Vi è dapprima, a partire dal decreto legislativo n. 502 del 1992, modificato con il decreto legislativo n. 517 del 1993, e con la legge n. 724 del 1994, la messa in concorrenza di erogatori pubblici e privati; e al tradizionale modello di erogatore di assistenza sanitaria si aggiunge quella del committente.

---

[35] Per un approccio che tiene conto di taluni aspetti delle scienze sociali, anche con attenzione al meccanismo di produzione del diritto e alla discrezionalità amministrativa, si rimanda a L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, specie p. 94 e 119 ss.

[36] Per questa parte della trattazione, si rimanda al lucido lavoro di A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017, specie p. 116 ss.

In questa fase emerge un primo profilo critico, consistente nel mancato contenimento della spesa sanitaria, il che ha indotto alle correzioni successive intervenute con il decreto legislativo n. 229 del 1999.

A seguito di tale riforma la Regione è divenuta in grado di determinare le strutture da accreditare, di indicare il volume delle prestazioni, ricorrendo allo strumento della programmazione.

Un primo passaggio consiste nella autorizzazione alla costruzione delle strutture, un secondo riguarda l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitaria.

Ma è a tal punto che si è perso il controllo dei contenuti, perché indeterminata appare la delibera a livello nazionale che definisce i requisiti minimi, sulla base di principi elastici e flessibili e che contempla che ciascuna Regione possa prevedere requisiti ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato.

E vi sarebbe allora spazio per una analisi più approfondita allo scopo di verificare sul campo le modalità con cui si è riempito lo spazio di indeterminatezza concesso dalle norme.

Si tratta di una indagine che potrebbe darci qualche elemento in ordine al ruolo dello Stato e delle Regioni nell'intera vicenda, approfondendo dunque la dimensione macro anche dal punto di vista normativo.

A maggior ragione ulteriori questioni pongono le fasi successive, quelle cioè dell'accreditamento e degli accordi contrattuali.

Quanto alla prima, ad esempio, essa essendo legata alla programmazione regionale, risente ovviamente della politica praticata a livello di piano sanitario, venendo in evidenza oltretutto eventuali livelli locali, anche per corrispondere alle esigenze della assistenza integrativa.

Risultando il rilascio dell'accreditamento certamente discrezionale, si tratterà di verificare pure qui di che tipo di discrezionalità si tratti, facendo tesoro di quelle ricerche sociologico-giuridiche che negli ultimi anni hanno contribuito a svelare i ragionamenti intrinseci degli attori istituzionali e delle parti sociali[37].

Infine vi è la fase convenzionale, e cioè gli accordi con le strutture pubbliche e i contratti con le strutture private.

In questo caso, come noto, vari sono i contenuti di accordi e contratti che potranno essere interpretati in senso più o meno paritario, e solo una analisi empirica potrebbe essere in grado di verificare lo stato dell'arte delle prassi formali e informali, le modalità in cui gli enti pubblici intendono la programmazione[38].

Ulteriore forma collaterale è quella delle sperimentazioni gestionali, ove ancora una volta pubblico e privato si combinano in un ibrido tutto da decifrare.

Si tratta forse di un soggetto differente che potrebbe assumere *nomina diversificati*, e per cui resta la ricerca del rapporto intercorrente tra forma e sostanza.

Altrettanto controverso, e bisognoso di verifiche, è ovviamente il sistema di accreditamento dei servizi sociali, ove non è chiara la relazione tra sfera del pubblico e sfera del privato, che finiscono per costituire un ibrido apparentemente inestricabile[39].

---

[37] Cfr. esemplificativamente, M. Quiroz Vitale**,** *Il diritto liquido*, Milano, 2012.

[38] Quanto al contenuto degli accordi essi hanno ad oggetto esemplificativamente gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi; il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale delle ASL si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza; i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica e organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale; il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate ed effettivamente erogate; il debito formativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio dei contratti ed accordi; le modalità per garantire il rispetto del tetto di spesa.

[39] Vedi sul punto A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, Milano, 2007, e con piena consapevolezza della problematica A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., p. 169, che dà conto pure dei diversi modelli della Regione Lombardia e della Regione Marche. Ulteriori problemi sorgono nell'analisi delle concrete modalità programmatorie, anche per il moltiplicarsi di fondi settoriali e per il mancato coordinamento, con un rimando alla rete della protezione e dell'inclusione sociale.

In presenza di vaghezza delle norme, l'interprete dovrebbe quantomeno tener conto pure delle prassi[40].

12. Conclusioni

Il discorso appena svolto è limitato all'analisi delle normative, e potrebbe dar spazio a una ricerca che andrebbe ad integrarsi con il modello del Welfare responsabile.

Altro filone di indagine dovrebbe essere quello dedicato alle ideologie e alla posizione assunta dalla cultura giuridica italiana in ordine ai temi inerenti lo stato sociale.

Fino a che punto essa è stata in grado di superare lo schermo del purismo normativo, aprendosi verso nuovi orizzonti, che vadano al di là dei condizionamenti burocratici e di un'idea della organizzazione di tipo gerarchico.

In tal senso si vorrebbe ribadire quanto si accennava nelle pagine precedenti, vale a dire come negli ultimi anni, anche in scuole e indirizzi molto diversi tra loro, è prevalso un atteggiamento di apertura e quasi di curiosità verso studi e ricerche tipiche delle scienze sociali, il che ha portato una ventata di novità in un diritto amministrativo classico, nel passato fin troppo cristallizzato su temi tradizionali.

Perdurano peraltro tuttora talune differenze che è d'uopo rilevare, e che testimoniano circa la sussistenza di diverse sensibilità in ordine ai rapporti tra sfera del pubblico e sfera del privato, tra livello istituzionale e di governo e il mondo del terzo settore e del mercato.

Così ad esempio potrebbe rilevarsi una sorta di contrapposizione tra un indirizzo di scuola milanese, ben attento ad enfatizzare i profili solidaristici e partecipativi intrinseci e connaturati a una certa idea di Repubblica, contestando

---

[40] Cfr. sulla vaghezza del linguaggio normativo, L. Benvenuti, *Lingua e potere*, cit., p. 63 ss.

dunque un presunto eccesso di interventismo da parte del governo e delle istituzioni centrali, ed altri indirizzi, maggiormente attenti a una differente modulazione del "pubblico", ciò specie a seguito di una rivisitazione degli apparati e dei profili di ordine organizzatorio[41].

Ebbene proprio con attenzione alla tematica del diritto sanitario e dei diritti sociali, tale contrapposizione risulta ben visibile financo a livello manualistico, ove vengono in luce e si confrontano due visioni diverse della dialettica intercorrente tra sfera del pubblico e sfera del privato.

Così vi è chi, nella prima direzione, mettendo in luce le finalità solidaristiche del sistema, e l'utilità di un pluralismo istituzionale aperto al privato e al terzo settore, che possa corrispondere "flessibilmente e dinamicamente ai diversi bisogni", ha inteso valorizzare i governi regionali e locali, così come la dimensione del privato sociale, orientandosi ad una analisi delle pratiche oltre che delle norme formali.

In tale prospettiva la stessa necessità di contenimento dei costi non dovrebbe limitare il ruolo delle Regioni e specie la valorizzazione della potestà legislativa esclusiva, troppo spesso viceversa ricalcata sul modello centralistico[42].

In una posizione diversa, ma non necessariamente antitetica, si pone viceversa l'altro indirizzo, ben attento a ricalibrare poteri e funzioni, suggerendo una riorganizzazione degli apparati, anche per il tramite di una ridefinizione del ruolo delle Province, fonti di nuove conoscenze e presupponenti un diverso coordinamento istituzionale.

---

[41] In generale, per i diversi orientamenti di cui al testo, si rimanda a L. Benvenuti, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, specie p. 43 ss.

[42] Vedi esemplificativamente per questo orientamento il bel saggio di E. Codini, in *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2015, con prefazione di G. Pastori; e vedi pure le condivisibili riflessioni sul servizio pubblico, il principio personalistico e la libertà di scelta dell'utente, di S. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2015, p. 33-46.

Qui la Repubblica, si vorrebbe dire il concetto stesso di Repubblica, pare divenire il luogo in cui, dall'alto, vengono programmati gli interventi sia in materia di sanità che di diritti sociali[43].

Utilizzando una concettuologia che abbiamo visto caratterizzare la ricerca sociologica, forse potrebbe dirsi che per il primo orientamento pubblico e privato coesisterebbero nella ricerca di spazi di prossimità; per l'altro indirizzo, a prevalere sarebbe una pur rivisitata funzione "macro", in cui peraltro Stato, Regioni e enti locali devono coordinarsi con un privato sociale in evoluzione.

Ciò precisato, resta comunque la sensazione che il comune richiamo a principi importanti come quello di persona, libertà e responsabilità, potrebbero restare lettera morta, mero *flatus vocis*, senza un ulteriore lavoro di affinamento degli stessi, anche nella loro proiezione giuridica.

Il che non dovrebbe prescindere da un cambio di paradigma di base, che miri a valorizzare le potenzialità di un nuovo Welfare davvero responsabile.

Key words: Social rights, welfare, democratic experimentalism, biopolitics.

Abstract: After a short reflection on the issue of horizontal subsidiarity and social rights, taking into account contributions from different disciplines, the essay analyzes some welfare models, making also a comparison between sociological and legal culture.

[43] Esemplificativo dell'indirizzo è il manuale di A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei diritti sociali*, cit.; Id., *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, I, 2017, ove sostituendo l'ottica del disservizio a quella del servizio, si sottolinea come l'amministrazione sia tutto sommato un intermediario debole e l'utente un consumatore egoista, aderendosi all'idea che sia la politica a dover immaginare regole diverse da quelle meramente privatistiche.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Marcello Clarich – Barbara Boschetti

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Statale "La Sapienza" di Roma

Professore associato di Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*

SOMMARIO: - 1. Il Codice del Terzo Settore: un cambio di paradigma. - 2. Principali novità e nodi irrisolti.

1. Il Codice del Terzo Settore: un cambio di paradigma

Il Codice del Terzo Settore (di seguito "Codice"), approvato con d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117[1], è uno dei testi più importanti dell'ultima legislatura e merita perciò di essere oggetto di attenta riflessione.

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] Il d.lgs. n. 117/2017 dà attuazione ad una delle deleghe conferite dall'art. 1, co. 2, della l. n. 106/2016. Precisamente, alla delega di cui all'art. 1, co. 2, lett. b), avente ad oggetto il riordino e la revisione organica "della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore di cui al comma 1, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito codice del Terzo settore, secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni". Ad oggi, risultano attuate anche due delle deleghe unitariamente conferite dalla l. n. 106/2016: quella in tema di riforma del servizio civile universale (d.lgs. n. 111/2017) e di impresa sociale (d.lgs. n. 112/2017), di cui, rispettivamente, all'art. 1, co. 2, lett. d) e c). Inattuata, invece, la delega di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), finalizzata alla revisione della disciplina del titolo II del libro I del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute. Per una definizione legislativa di Terzo Settore, cfr. l'art. 1, co. 1, della l. n. 106/2016: "Per Terzo settore s'intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi". Sull'origine della formula Terzo Settore e sui neologismi alternativi, G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo Settore*, Passigli, 2008, anche in Astrid-online, all'indirizzo http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Terz/TerzoSett_dimensione_-costituzionale_Tiberi_DEF.pdf. In dottrina, per un approfondimento, A Mazzullo, *Il nuovo Codice del terzo Settore. Profili civilistici e fiscali,* Giappichelli, Torino, 2017, Pt. 1, p. 3 ss.

Innanzitutto, esso si presenta come un testo di sistema, non estemporaneo, che opera il riordino organico della disciplina di settore, quale stratificatasi nel tempo. Tale rimane, nonostante il recente intervento correttivo (d.lgs. 105/2018)[2]; nonostante la mancata riforma del Libro I del Codice civile pure oggetto di delega; nonostante gli spazi di specialità fatti salvi[3]; nonostante i plurimi rinvii ad atti attuativi/integrativi/di aggiornamento contenuti nel testo del Codice[4]. Lo sforzo di riordino compiuto è tanto più apprezzabile, poi, se si considera la varietà e l'estensione dei tipi soggettivi attivi dentro (e dietro) l'etichetta Terzo Settore[5].

L'approccio di sistema riguarda anche la sostanza del nuovo impianto normativo, poiché il Codice segna - o perlomeno accentua - una rivoluzione, un cambiamento di paradigma, tra pubblici poteri e società civile, che si spinge ben oltre il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, della Costituzione[6].

---

[2] L'art. 1, co. 7, l. n. 106/2016 stabilisce: "Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può adottare, attraverso la medesima procedura di cui al presente articolo, disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi, tenuto conto delle evidenze attuative nel frattempo emerse".

[3] Cfr. art. 3, u.c., d.lgs. 117/2017.

[4] Si tratta, per lo più, di decreti della Presidenza del Consiglio, decreti ministeriali e atti d'indirizzo, i quali presuppongo, a loro volta, intese, accordi e altri atti. La (forse eccessiva) frammentazione della dimensione esecutiva/attuativa delle fonti primarie, sia in termini di numero sia in termini di tipologia di atti, è presente anche in altri settori, a partire da quello dei contratti pubblici.

[5] A mero titolo ricognitivo: le organizzazioni non governative (l. n. 49 del 1987), le fondazioni bancarie (l. n. 218 del 1990), le organizzazioni di volontariato (l. n. 266 del 1991), le cooperative sociali (l. n. 381 del 1991), le associazioni sportive dilettantistiche (l. n. 398 del 1991), le fondazioni musicali (d.lgs. n. 367 del 1996), le Onlus (d.lgs. n. 460 del 1997), le associazioni di promozione sociale (l. n. 383 del 2000), le imprese sociali (d.lgs. n. 155 del 2006), fino ad arrivare alla più recente figura delle *start up* innovative a vocazione sociale (l. n. 221 del 2012) e delle c.d. "*società benefit*" (Legge di Stabilità 2016).

[6] Cfr. art. 1, l. n. 106/2016: "Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo …"; art. 2, co. 1, l. n. 106/2016: "I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali: a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione; b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali; c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti; d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza

Questo rapporto ha, infatti, conosciuto fasi diverse. Basti pensare alla cd. legge sulle Opere pie[7], che ha rappresentato il tentativo dello Stato di controllare, con finalità quasi di polizia, istituzioni che nascevano appunto dalla società civile, ovvero espressione della cd. comunità religiosa.

Ebbene, per molti decenni a seguire, le espressioni della società civile sono state meramente tollerate dallo Stato, dando avvio al processo di statalizzazione dei soggetti privati, poi ritornati nell'alveo naturale del diritto comune. La stessa formazione del diritto pubblico, dopo la svolta metodologica dell'inizio del secolo scorso operata dalla scuola orlandiana, era pan-pubblicistica: tutto doveva avvenire nello Stato, dentro lo Stato o essere controllato dallo Stato[8].

Solo con la Costituzione, ma sempre con molta gradualità e sotto la spinta della costituzione economica europea, questo paradigma è cambiato[9]. Poco a poco si è

---

giuridica, logica e sistematica. Per una analisi, D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo Settore nel d.lgs. 117/2017*, in *Federalismi.it*, rivista on line, 31 gennaio 2018, n. 3/2018.

[7] Legge 17 luglio 1890, n. 6972.

[8] Anche un autore come Vacchelli che, in distacco dal metodo orlandiano, aveva inizialmente dedicato la propria attenzione alle associazioni e al pluralismo associativo - nella prolusione tenuta nel 1924-1925 presso l'Università cattolica - affermava che l'essere, o il non essere, delle associazioni «non può e non deve restare ad arbitrio di alcuno», rilevando come l'oscuramento della loro esistenza rischiasse di minare l'esistenza delle istituzioni pubbliche - aveva poi finito, a distanza di poco più di un decennio - in occasione del Suo discorso di commiato, intitolato *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico* tenuto presso la stessa Università cattolica nel 1937 - per accettare, forse non del tutto consapevolmente, la visione pan-pubblicistica che si andava allora affermando in molti settori del diritto. Il testo della prolusione è pubblicato in G. Vacchelli, *Lo stato e le associazioni*, in Università Cattolica del Sacro Cuore, *Annuario. Anno Accademico 1924-1925*, Vita e Pensiero, Milano, 1925, pp. 21-43; il testo del discorso di commiato è pubblicato in G. Vacchelli, *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico*, in Università Cattolica del Sacro Cuore, *Annuario. Anno Accademico 1935-1936*, Vita e pensiero, Milano, 1937, pp. 199-215. Con riguardo alla connotazione pubblicistica della disciplina civilistica dei cd. enti non lucrativi, interessanti spunti si rinvengono anche in Cons. Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405: "Nel codice civile del 1942 l'attività delle comunità intermedie era costretta in una dimensione «rigidamente statalistica». Associazioni e fondazioni figuravano quali enti «para-pubblicistici» e il potere amministrativo esercitava su di essi una penetrante funzione tutoria: dalla "concessione" della personalità giuridica al defatigante sistema di controlli, autorizzazioni e vincoli apposti alla loro attività interna ed esterna".

[9] Si v. l'intervento di M. Clarich, *Stato, gruppi intermedi, individuo*, in *Dir. pubbl.,* 2016, n. 3, 133 ss., che svolge le Sue osservazioni a partire (anche) dall'impostazione elaborata da A. Orsi Battaglini nello scritto *L'astratta e infeconda idea. Disavventura dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, p. 569. Come nota l'A., sebbene una prospettiva individualistica, di primato dell'individuo sullo Stato e sulla colletività, potesse essere immediatamente ricavata dall'art. 2 della Costituzione, almeno nei primi decenni successivi all'avvento della Costituzione, è invece prevalsa una lettura favorevole ad esaltare piuttosto la dimensione collettiva e, quindi, le formazioni sociali e i gruppi e l'inserimento di questi entro l'organizzazione dello Stato. Sull'evoluzione della costituzione economica europea, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2015; G.C. Spattini,

rifatta avanti l'idea che privati e Stato, anche in ambito sociale, potessero collaborare e trovare momenti, non solo di confronto, ma anche di cooperazione. Si prenda l'art. 118 Cost. già richiamato, ma anche altre norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, 4, 9, 18, non a caso congiuntamente richiamati dal Codice e che insieme potenziano il senso e la pervasività del principio di sussidiarietà orizzontale[10].

Ebbene, il Codice del Terzo Settore coglie in pieno il nuovo paradigma, quale emerge dalla Carta costituzionale. Basti pensare, all'art. 1 del Codice, ove il legislatore abbina il concetto di autonoma iniziativa dei cittadini a quelli di bene comune, cittadinanza attiva, inclusione e pieno sviluppo della persona[11]; all'art. 2, ove si richiama la cultura e pratica del dono (quindi, del principio solidaristico)[12]; ancora, all'art. 55 in tema di co-programmazione e la co-progettazione, istituti appena abbozzati sul piano legislativo e fattisi avanti, non senza incertezze, in via di prassi[13].

Ascesa e declino (eventuale) della nozione di «costituzione economica» (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 157. La crescente rilevanza dei temi dell'inclusività sociale nella costituzione economica europea emerge dall'approvazione, il 17 novembre 2017, del Pilastro europeo diritti sociali, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_it.pdf.

[10] Sottolinea la centralità assunta dalla dimensione costituzionale della disciplina del Terzo Settore a fronte della inadeguatezza della disciplina civilistica (tutta improntata sulla bipartizione, di matrice francese, tra associazioni e fondazioni (e altri enti), da un lato, e società lucrative, dall'altro, e pertanto "sfavorevole alle entità intermedie tra cittadino e Stato, in linea con gli assunti dello stato liberale"), G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, cit. È per tali ragioni che quello che noi, oggi, chiamiamo Terzo Settore, è acutamente rappresentato come «*un figlio illegittimo della codificazione francese*»: così A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 29.

Con riferimento specifico alle vicende che la visione pan-pubblicistica ha avuto sul modello di tutela degli utenti di servizi pubblici, sia consentito rinviare a B. Boschetti, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Cedam, Padova, 2007, cap. II.

[11] Così l'art. 1, d.lgs. 117/2017.

[12] Sulla cittadinanza attiva, G. Arena, *Cittadini attivi. Un nuovo modo di pensare all'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Per un approfondimento sui temi della cittadinanza attiva, si rinvia al sito www.labsus.org; sul tema dei beni comuni, G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Ed. ETS Pisa, 2017; sulla rigenerazione urbana, si può fare riferimento a F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *Rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città,* Il Mulino, Bologna, 2017; sullo sviluppo urbano sostenibile, F. Follieri, *Lo "sviluppo urbano sostenibile". Considerazione* de jure condito *e* de jure condendo, in Federalismi.it, rivista on-line, 4 luglio 2018 e già B. Boschetti, *The demand for land: rethinking land use management and regulation*, in Federalismi.it, rivista on-line, 1 luglio 2015.

[13] L'art. 55 si riallaccia all'art. 4, co. 1, lett. o), della l. n. 106/2016 ove si individua, quale principio direttivo, la valorizzazione del "ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonchè di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale […]". L'unico riferimento normativo alla co-progettazione è contenuto nell'art. 5, co. 2,

Tali norme svelano una prospettiva giammai ipotizzabile entro il vecchio paradigma. Non può non cogliersi una certa enfasi, tipica dei primi articoli di molti testi legislativi: rimane, però, il fatto che, comunque, queste norme sono il frutto di una impostazione completamente diversa da una lunghissima tradizione costituzionale, anche del nostro Paese.

Le fondazioni bancarie hanno in un certo senso fatto da apri-pista: la Corte costituzionale, con le due note sentenze nn. 300 e 301 del 2003, ha infatti dichiarato incostituzionali una serie di disposizioni dirigistiche e di controllo sull'operato delle fondazioni, appellandosi sia alla natura privatistica delle fondazioni, non più qualificabili come "enti creditizi", sia a quel principio di "libertà sociale" emerso in alcune precedenti sentenze della Corte[14]. Ci si limiterà qui a dire che l'esistenza di un principio di libertà sociale consacra, sul piano costituzionale, il primato dell'individuo nella triade singoli-gruppi-stato - e relativi rapporti - escludendo una lettura dell'art. 2 della Costituzione di segno opposto[15]; nello stesso tempo, ci sembra, tale principio

---

della l. 328/2000, integrato dal d.P.C.M. 30 marzo 2001. Dopo il passaggio alle regioni della competenza legislativa in materia di servizi sociali, la co-progettazione ha trovato, specie nella legislazione di più recente gestazione, più solide basi normative. Alcune regioni (come il Lazio) sono poi intervenute con Linee guida. Al di là di questo vi è da dire che l'istituto ha trovato terreno fertile nella prassi di alcune amministrazioni (si pensi al Comune di Brescia e, più recentemente, a quello di Milano), proprio per la gestione dei servizi sociali secondo un modello partecipato e condiviso con gli *stakeholders*. Il profilo più incerto, che invece il Codice aiuta a sciogliere, ha senz'altro riguardato la distinzione tra co-programmazione e co-progettazione. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 55 del Codice varrebbe poi la pena approfondire il raccordo con la disciplina in tema di contratti pubblici, sia per la valorizzazione che in esso assume la programmazione dei servizi, sia, più in generale, per l'ingresso dei servizi sociali nell'area di applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici e, dunque, delle forme e garanzie procedurali ivi previste. Sul tema, A. Fabiano, *La coprogettazione e il Codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali. Spunti di approfondimento*, maggio 2017, a cura di Anci, disponibile on-line sul sito istituzionale dell'ente.

[14] Il principio di libertà sociale è stato per la prima volta riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 75 del 1992, in cui afferma che la socialità "caratterizza la persona" e ancora, nella sentenza n. 50 del 1998, in cui ribadisce "la socialità della persona". Il principio è poi richiamato anche nella sentenza 503/2000 in tema di Fondazioni liriche. Al principio di libertà sociale, quale bene costituzionalmente protetto attraverso una pluralità di disposizioni, deve ricondursi anche il primato del volontariato, quale forma di partecipazione attiva, essenziale per la "costruzione dei rapporti sociali" (sentenza n. 75/1992), non circoscrivibile ai soli gruppi o formazioni sociali esistenti. Per quanto fondamentale, la libertà sociale non prevale su ogni altro valore confliggente e che non comporta, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 50/1998, "il diritto di compiere qualsiasi attività", nè consente di sottrarre l'attività d'impresa alle regole che le sono proprie sol perchè svolta da enti di volontariato. In dottrina G. Tiberi, *op.cit.,* p. 9. Sulla vicenda delle fondazioni bancarie M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non- profit*, Bologna, 2001.

[15] M. Clarich, *Stato, gruppi intermedi, individuo*, cit., pp. 135 ss.

proietta l'individuo verso l'altro e la collettività, quasi a sottrarlo al rischio di una deriva individualistica o anarchica[16].

Proprio in questa seconda accezione, il principio costituzionale di libertà sociale consente di introdurre un altro punto qualificante del Codice, un punto che segna il cambio di paradigma: ci si riferisce al rilievo che in esso è dato al concetto di capitale sociale, un concetto che si spinge oltre il diritto e che sintetizza il valore delle relazioni sociali per la crescita e lo sviluppo della società[17].

I Paesi più avanzati, con una società civile forte e compatta, sono quelli ad alto tasso di capitale sociale. Studi sociologici fondamentali, quali quelli di Putnam, dimostrano come il capitale sociale non sia egualmente distribuito nel Paese[18]. In alcune parti, prevale il modello che Granovetter, in un suo celebre saggio, definisce dei *legali deboli*[19], ossia centrato su relazioni non strette, anche occasionali e informali (a basso tasso di organizzazione/normazione). Ebbene, come egli dimostra, più il singolo individuo è connesso agli altri con legami deboli (questa la "forza dei legami deboli"), più si crea comunità; viceversa, ove prevalgono reti chiuse, settarie, a scarso tasso di fiducia e tolleranza, meno si crea il senso di appartenenza alla comunità e meno può svilupparsi quella rete di relazioni sociali su cui, appunto, la comunità si regge. In questa visione, si smonta anche il paradigma dell'*homo oeconomicus*, non tanto e solo in quanto presuppone una razionalità alla quale il comportamento umano non

---

[16] R. Putnam, *Capitale sociale e individualismo. Crisi e crescita della cultura civica in America*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 31.

[17] Il concetto di capitale sociale nasce negli Stati Uniti nei primi decenni del secolo scorso. La prima studiosa a parlare di *capitale sociale* è stata Lydia Hanifan nel 1916 all'interno del suo studio sulle performance degli studenti nelle scuole. Il concetto è poi ripreso e sviluppato a livello teorico sia negli studi sociologici (Jacobs, Coleman), sia economici (Becker e a.). Per un approfondimento, J. Coleman, *Social Capital in the Creation of Human Capital*, 1988, American Journal of Sociology 94; Id. *Foundations of Social theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1990; R.D. Putnam, *Capitale sociale e individualismo*, cit.; Id., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press; Id., *'Bowling alone': The Collapse and Revival of American Community*, New York, Simon and Schrster, 2000; M. Magatti, *Il potere istituente della società civ*ile, Laterza, Bari, 2005.

[18] R.D. Putnam, *La tradizione civica delle regioni italiane*, Milano, Mondadori, 2000.

[19] Mark S. Granovetter, *The strenght of weak ties,* in «American Journal of Sociology», 78, 1973, pp. 1360–1380.

si conforma[20], ma soprattutto in quanto espressione di una cultura individualistica, che appunto nega il valore della relazione sociale e del capitale che essa genera[21].

Oltre che negli studi sociologici appena richiamati, l'altruismo e la benevolenza nei confronti degli altri rimangono chiavi centrali anche per la comprensione del pensiero di filosofi quali Hume e Kant[22].

2. Principali novità e nodi irrisolti

Lasciando queste riflessioni sullo sfondo, che però danno conto del significato della svolta epocale consacrata dal Codice, vale ora la pena di analizzare, più nel dettaglio, alcuni dei suoi contenuti. Questo consentirà, anche, di saggiare la coerenza e la tenuta dell'impianto normativo rispetto al paradigma culturale schiuso dai primi articoli della legge delega e del Codice.

Si è già detto che si tratta di una riforma di portata generale o, almeno, senz'altro più generale rispetto a prima: il Governo ha, infatti, scelto di non esercitare la delega di riformare il codice civile[23]. La disciplina sulle associazioni e fondazioni andrebbe senz'altro riformata, perché ispirata a una visione degli enti non lucrativi

---

[20] Le deviazioni del comportamento dell'individuo dalla razionalità sono messe in rilievo dalla cd. economia comportamentale. Tra tutti, sia consentito rinviare a D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011. Per una breve analisi delle distorsioni che il mito *dell'homo oecomicus* produce sul piano della regolazione, sia consentito rinviare a B. L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Collana Jura, Edizioni ETS, Pisa, 2018.

[21] Negli studi economici, il concetto di capital sociale è stato valorizzato da G.S. Becker, K.M. Murphy, *Social economics: market behaviour in a social environment,* Harvard University press, Cambridge (Mass.), London (England) 2000 (2003); R. Thaler, *Quasi-Rational Economics*, New York, Russell Sage Foundation, 1991.

[22] Se in Hume l'altruismo nasce da una spinta egoistica (la propensione all'aiuto, alla vicinanza agli altri, nascerebbe negli individui per evitare a se stessi sofferenza: se tu piangi, io piango), in Kant, l'altruismo e l'amore verso gli uomini sono riletti attraverso la lente e l'autorità della legge morale (I. Kant, *Critica della ragione pratica*, a cura di F. Capra ed E. Garin, Laterza, Bari, 1955, pp. 100-103: " […] E cosa molto bella far del bene agli uomini per amore verso di essi e per affettuosa benevolenza, oppure esser giusti per amore dell'ordine; ma questa non è ancora la vera massima morale del nostro modo di procedere […]Noi stiamo sotto una disciplina della ragione, e in tutte le nostre massime dell'assoggettamento ad essa non dobbiamo dimenticare di non toglierle niente, e di non diminuire con un errore egoistico l'autorità della legge (quantunque l'autorità gliela dia la nostra ragione), ponendo il motivo determinante della nostra volontà, benché conforme al dovere, in qualche cosa di altro dalla legge stessa, e dal rispetto per questa legge. Dovere e obbligo sono le denominazioni che dobbiamo dare soltanto alla nostra relazione con la legge morale").

[23] Art. 1, co. 2, lett. a) e art. 3, l. n. 106/2016.

quali soggetti "para-statali" e, non a caso, sottoposti a stringenti e invasivi controlli pubblicistici[24]. Questa necessità è stata sottolineata anche dal Consiglio di Stato, nel suo parere sullo schema di decreto[25]. Tuttavia, il Codice ha riaffermato la vigenza degli articoli 25, 26 e 28 del codice civile limitandosi a stabilire che i controlli e i poteri da essi disciplinati sono esercitati sulle fondazioni del Terzo settore dall'Ufficio del Registro unico nazionale (art. 90).

I poteri pubblicistici di cui all'art. 25 c.c. sono poteri enormi e fortemente limitativi dell'autonomia privata, pur se certamente utilizzati in epoca recente dalle regioni - subentrate alle Prefetture - con una serie di filtri e cautele. Toccare quegli articoli non è facile, anche per i tempi stretti della delega: ci hanno provato, più volte, le commissioni parlamentari senza riuscirci[26].

---

[24] Art. 25 c.c. I poteri ivi previsti sono stati trasferiti alle regioni già dall'art. 14, d.P.R n. 616/1977: "È delegato alle regioni l'esercizio delle funzioni amministrative di organi centrali e periferici dello Stato concernenti le persone giuridiche di cui all'art. 12 del codice civile che operano esclusivamente nelle materie di cui al presente decreto e le cui finalità statutarie si esauriscono nell'ambito di una sola regione". Analogamente, l'art. 5 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 dispone che "Le funzioni amministrative già attribuite all'autorità governativa dalle norme del capo II, titolo II, libro I del codice civile, sono esercitate dalle prefetture ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti".

[25] Cons. Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405: "La legge delega n. 106 del 2016 si era posta l'obiettivo, da realizzare attraverso l'adozione di più decreti legislativi, di operare un riordino complessivo ed organico del sistema normativo di riferimento. […] Il mandato del legislatore aveva un preciso fondamento. Gli sviluppi normativi e l'evoluzione sociale hanno nel corso del tempo progressivamente reso *obsoleto* e *marginale* il sistema codicistico originario. Si pensi – oltre che al superamento della distinzione tra enti eretti in persona giuridica e organizzazioni di fatto e all'abrogazione del rigido sistema di controlli sugli acquisti – alla «destrutturazione» degli enti, le cui tipologie concrete non trovano oramai corrispondenza negli "stampi" del 1942 (si pensi: alle fondazioni culturali e di partecipazione; all'impresa sociale; alle strutture caratterizzate dall'eterodestinazione dei risultati dell'attività). La scelta del Governo di limitarsi a creare soltanto un sotto-settore delle associazioni e fondazioni operanti nel Terzo Settore avrà verosimilmente l'effetto di determinare un ulteriore *svuotamento* di contenuto normativo del Libro I del codice civile. La Commissione speciale, pur dando atto che il concreto esercizio della delega legislativa costituisce una scelta che rientra nella discrezionalità propria del Governo, sottolinea che sarebbe stato auspicabile un intervento ancor più organico e completo".

[26] Si pensi ai diversi tentativi intrapresi a partire dal lavoro della Commissione Rescigno (1998), e proseguiti dalla Commissione Vietti (2005), e dalla Commissione Pinza (2006). Dal punto di vista normativo, i tentativi più significativi si sono arrestati alla proposizione di disegni di legge di iniziativa parlamentare (d.d.l. Vietti, C. 1090 della XVI Legislatura, nel 2008 e d.d.l. Bobba, C. 3683 della XVI Legislatura, nel 2010) e governativa (d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri, su iniziativa del Ministro Alfano, il 31 marzo 2011), mai confluiti in norme vigenti. Per un approfondimento, A Mazzullo, *Il nuovo Codice del terzo Settore. Profili civilistici e fiscali,* cit., 7 ss.

Anche per questa ragione, l'obiettivo di una disciplina completa non può dirsi raggiunto: con formula identica a quella usata nel d.lgs. 153/99 sulle fondazioni bancarie, peraltro fatto espressamente salvo[27], il Codice del terzo settore prevede infatti una norma di chiusura di rinvio al Codice civile, per quanto in esso non previsto[28].

Se il risultato massimo non è stato raggiunto, si è però compiuto un notevole passo in avanti rispetto a una disciplina generale del fenomeno, nonostante la varietà di tipi e attività che in esso vivono.

Ora, l'articolo 4 del Codice individua le tipologie di soggetti passibili di essere considerati quali "enti del terzo settore" e, dunque, soggetti alle norme del Codice.

La norma chiarisce, correttamente, e in linea con la legge delega, che non sono enti del terzo settore i soggetti che hanno la forma giuridica societaria e che perseguono in modo prevalente l'attività di impresa con scopo lucrativo[29]. Chiarisce, inoltre, che non possono essere considerati enti del terzo settore le pubbliche amministrazioni, per quanto certamente anche le pubbliche amministrazioni perseguano l'interesse generale, ma secondo regole diverse. Parimenti escluse, le formazioni politiche e sindacali, per il peculiare ruolo loro assegnato: essi rispondono a una logica di rappresentanza e disciplina dei rapporti di lavoro. Tutte queste esclusioni sono perfettamente condivisibili.

---

[27] Art. 3, co. 2, d.lgs. n. 117/2017.

[28] Il principio di specialità è richiamato espressamente dall'art. 4, co. 1, lett. a), l. n. 106/2016. L'art. 3, co. 2, d.lgs. 117/2017, fa salva l'applicabilità, in via residuale, delle norme del Codice civile.

[29] Negli ultimi anni si va assistendo alla ibridazione progressiva tra il mondo del profit e il mondo del non profit. In questo processo di ibridazione si inserisce appunto l'impresa sociale e la nuova disciplina ad essa dedicata dal d.lgs. n. 112/2017, in attuazione di una delle deleghe conferite dall'art. 1 della l. n. 106/2016 (come modificato dal decreto correttivo del 21 maggio 2018). Non si tratta, però, dell'unica ipotesi, a seguito della introduzione nel nostro ordinamento, su esempio dell'ordinamento statunitense, della cd. *società benefit* di cui all'art. 1, co. 376 della Legge di stabilità per il 2016, l. 28 dicembre 2015 n. 208. Se per l'impresa sociale si ammette il superamento del divieto assoluto di lucro soggettivo, secondo un meccanismo ibrido che fa rifermento all'utile prodotto e alla percentuale di rendimento; per la società *benefit* "lo scopo di divisione degli utili resta prioritario e caratterizzante, ma non è più esclusivo, dando spazio a finalità non lucrative di beneficio comune". Così G.D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. Comm.*, 2017, 2, pp. 216 ss.

Deve trattarsi, dunque, di soggetti che svolgono una, o più, attività di interesse generale - tra quelle individuate al successivo art. 5 - in forma esclusiva o principale. Possono svolgere anche attività con valenza economica, ma sempre che quest'ultima rimanga non prevalente. Appare significativo, anche alla luce della rilevata inadeguatezza della disciplina contenuta nel Libro I del Codice civile, che lo spettro dei soggetti "ammissibili" si estenda ben oltre i modelli codicistici, aprendosi a modelli a-tipici che nel tempo hanno avuto ingresso nel mondo "*non profit*"[30].

Un'ulteriore novità riguarda l'elenco completo di cosa costituisce attività di interesse generale. Questa nozione, quella di interesse generale, è posta un po' al confine tra interesse pubblico e interesse privato. Anche per questo, la delimitazione del perimetro è importante, in quanto serve a definire l'ambito di applicazione della legge: dall'ingresso nel sistema del "Terzo Settore" discendono del resto significativi vantaggi e riconoscimenti[31].

Il legislatore delegato utilizza la tecnica dell'elenco. L'elenco di cui all'art. 5 è molto lungo e ampio, in esso vi rientrano le attività più varie e omnicomprensive: dai servizi sociali, sanitari e socio-sanitari, dalle attività nel campo della istruzione, di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del Paesaggio, di alloggio sociale, accoglienza, protezione civile, a servizi strumentali al Terzo settore, attività legate alla

---

[30] Sul superamento, a mezzo di legislazione speciale, delle norme del Codice civile in tema (anche) di fondazioni e associazioni, G.D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. Comm.*, 2017, 2, pp. 216 ss.; segnala il ruolo della legislazione speciale al superamento degli angusti e incerti schemi formali del libro I del Codice Civile (il che ha permesso, ad esempio, di riconoscere la qualifica di Onlus ad un *trust* o di sdoganare l'emergente figura dell'impresa sociale), A Mazzullo, *Il nuovo Codice del terzo Settore*, cit., pp. 7 ss.

[31] Oltre ai benefici fiscali, la possibilità di partecipare attivamente alla programmazione, progettazione (e affidamento) delle attività di interesse generale (sistema integrato dei servizi socio-sanitari, valorizzazione beni culturali e del paesaggio, altre attività) nelle forme di cui all'art. 55 del Codice; la possibilità di avere accesso al sistema dei finanziamenti pubblici (attraverso il Fondo per il finanziamento dei progetti e attività di interesse generale nel terzo settore, di cui all'art. 72 del Codice; ovvero attraverso la Fondazione Italia sociale, istituita dall'art. 10 della l. n. 106/2016, il cui statuto è stato approvato con d.p.r. 28 luglio 2017: per un approfondimento, S. De Götzen, *La Fondazione Italia sociale nel sistema pubblicistico di vigilanza e di promozione del Terzo* Settore); la possibilità di valersi della disciplina d'uso dei locali utilizzati per lo svolgimento delle attività degli enti del Terzo serttore (art. 71 del Codice) e dei relativi programmi agevolati per la loro manutenzione e ri-strutturazione.

filiera del commercio equo-solidale, agricola e turistica di interesse sociale, di informazione comunitaria e molto altro ancora[32].

Procedere per elenchi pone sempre un problema: o sono aggiornati per adattarli ai cambiamenti o diventano presto obsoleti e inadeguati. Per ovviare a questo problema, si è scelta la strada, invero non nuova, della delegificazione, utilizzando lo strumento del d.P.C.M. Si può avanzare il dubbio se sia sempre, o meno, necessaria la fonte primaria: si tratta, infatti, di regole che, pur di promozione di talune attività, incidono sull'autonomia privata e perciò ricadenti in un'area costituzionalmente riservata alla legge o, appunto, ad atti aventi forza di legge. Questa perplessità è sollevata anche dal Consiglio di Stato in sede di parere reso sullo schema di decreto. In risposta, il Codice fornisce una duplice rassicurazione: innanzitutto, sottrae il decreto all'area indistinta degli atti amministrativi generali integrativi della fonte primaria, qualificandolo quale fonte secondaria (stabilisce, infatti, che il decreto è adottato ai sensi dell'art. 17, co. 3, l. 400/88); quindi, fornisce talune ulteriori garanzie procedurali (rispetto a quelle di cui all'art. 17, co. 3, l. 400/88), a partire dal coinvolgimento delle commissioni parlamentari competenti (art. 5, co. 2) [33].

Passando alle norme che più incidono sul rapporto tra legge e soggetti privati, deve essere sottolineata la forte uniformazione dei modelli organizzativi. Il Codice introduce una disciplina molto articolata e dettagliata dell'organizzazione (che varia in

---

[32] Il decreto correttivo (d.lgs. n. 105/2018), art. 3, cit. aggiunge la protezione degli animali e la prevenzione del randagismo.

[33] Il meccanismo dell'aggiornamento a mezzo di d.P.C.M. è espressamente indicato dall'art. 4, co. 1, lett. b), della legge 106/2016. Tale criterio è recepito appunto dall'art. 5, co. 2 del Codice che, nella sua prima formulazione, si limitava a prevedere che «*l'elenco delle attività di interesse generale di cui al comma 1 può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri*». Il Consiglio di Stato, in sede di parere reso sulla bozza di decreto, sottolineando la dubbi costituzionalità di questa previsione, suggeriva al legislatore delegato di "predisporre un corredo "minimo" di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti" e, in particolare, oltre alla precisazione che l'aggiornamento deve sempre riferirsi ad attività di interesse generale (pur se individuate a partire dalle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che ispirano la legge delega e il Codice); l'utilizzo di una fonte regolamentare tipica in quanto integrativa di fattispecie generale e astratta. Circa il coinvolgimento delle Commissioni parlamentari competenti quale tecnica di democrazia procedurale degli atti amministrativi di portata generale, può essere utile richiamare anche l'art. 213, co. 2, Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), che, appunto, utilizza questa medesima tecnica in relazione agli atti di regolamentazione flessibile di particolare interesse (a giudizio dell'Autorità nazionale anticorruzione).

ragione dei tipi di enti del Terzo settore e dell'attività da questi esercitata): scritture contabili e bilancio, ordinamento interno dell'ente, composizione e poteri dell'assemblea, organo di amministrazione e di controllo interno[34]. Certo, non si può parlare di una vera e propria compressione dell'autonomia, ma il Codice introduce alcune limitazioni: le più penetranti sono quelle che si riferiscono agli enti del Terzo Settore costituiti nella forma di fondazioni e associazioni e che forse "suppliscono" alla mancata riforma del Titolo II, Libro I del Codice civile[35]. Ebbene, se si confrontano le poche regole del Codice civile con le regole del d.lgs. n. 117/2017, si capisce come si sia in presenza di una significativa standardizzazione, che certamente ridisegna il rapporto tra autonomia privata e etero-regolamentazione.

---

[34] Si veda, in particolare, il Titolo IV, capo II, appunto applicabile alle Fondazioni e Associazioni. Cfr. art. 3 della l. n. 106/2017 ove si fissano i principi e criteri direttivi per la revisione del Titolo II, Libro I, del Codice civile (poi non emanato), ponendo in evidenza le principali lacune e criticità (molte delle quali riprese appunto in occasione della disciplina dell'organizzazione degli enti del Terzo settore). Per un approfondimento sulla procedura di regisrazione degli ETS e sull'elenco, G. Bartoli, V. Menegatti, C. Ranieri, *La riforma del Terzo settore e il sistema di registrazione degli enti non profit*, in amministrazioneincammino.it, rivista on-line, 2016, n. 5. http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2016/05/TERZO-SETTORE.pdf.

[35] Cfr. art. 92 del Codece sul ruolo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; art. 7 della l. n. 106/2016, ove si stabilisce che: "1. Le funzioni di vigilanza, monitoraggio e controllo pubblico sugli enti del Terzo settore, ivi comprese le imprese sociali di cui all'articolo 6, e sulle loro attività, finalizzate a garantire l'uniforme e corretta osservanza della disciplina legislativa, statutaria e regolamentare ad essi applicabile, sono esercitate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione, per quanto di competenza, con i Ministeri interessati nonchè, per quanto concerne gli aspetti inerenti alla disciplina delle organizzazioni di volontariato di protezione civile, con il Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri, e con l'Agenzia delle entrate, ferme restando le funzioni di coordinamento e di indirizzo di cui all'articolo 4, comma 1, lettera q). Nello svolgimento di tali funzioni, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali individua modalità di coinvolgimento e raccordo anche con l'organismo di cui all'articolo 5, comma 1, lettera g). 2. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle attività di cui al comma 1, promuove l'adozione di adeguate ed efficaci forme di autocontrollo degli enti del Terzo settore anche attraverso l'utilizzo di strumenti atti a garantire la piu' ampia trasparenza e conoscibilità delle attività svolte dagli enti medesimi, sulla base di apposito accreditamento delle reti associative di secondo livello di cui all'articolo 4, comma 1, lettera p), o, con particolare riferimento agli enti di piccole dimensioni, con i centri di servizio per il volontariato di cui all'articolo 5, comma 1, lettera e). 3. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentito l'organismo di cui all'articolo 5, comma 1, lettera g), predispone linee guida in materia di bilancio sociale e di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore, anche in attuazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera o). Per valutazione dell'impatto sociale si intende la valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato. 4. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della presente legge, sono definiti i termini e le modalità per il concreto esercizio della vigilanza, del monitoraggio e del controllo di cui al presente articolo. 5. All'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo le amministrazioni competenti provvedono nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Un altro snodo importante riguarda il modello di vigilanza/controllo delineato dal Codice. La vigilanza è sempre un tema sensibile quando si parla di soggetti privati. Ebbene, al riguardo, si coglie un certo disordine, l'esistenza di una pluralità di vigilanti: autorità fiscale, Ministero del lavoro, regioni e province autonome (presso cui sono operativi gli uffici regionali e provinciali del Registro unico nazionale del Terzo Settore) e, per quanto riguarda il settore del volontariato, l'Organismo nazionale di controllo di cui all'art. 64 e ss. del Codice.

La struttura e ratio del quadro di comando definito dal Codice meriterebbe un approfondimento ulteriore. Già per le fondazioni bancarie, si erano attribuiti, pur se inizialmente in via transitoria, poteri di vigilanza al Ministero dell'economia[36]. Tuttavia, va da sé che quando, come per le fondazioni bancarie, si recide in modo irreversibile il legame che giustifica un regime speciale, la permanenza di profili di specialità risulta difficilmente comprensibile o, almeno, giustificabile sul piano giuridico. Al di là delle ragioni legate ai benefici e vantaggi riconosciuti agli enti del Terzo Settore (e non ad altri soggetti privati), può però essere utile ricordare che la stessa corte costituzionale aveva allora salvato le norme che imponevano alle fondazioni bancarie di investire una quota dei loro proventi per la costituzione di fondi per la costituzione dei cd. CSV[37].

Ora, tornando al Codice del Terzo Settore, alla logica della specialità sembrano rispondere gli articoli 61 ss.: in particolare, l'art. 62, in tema di controlli sui Centri di servizio per il volontariato - CSV, nonché l'art. 64 che disciplina struttura e funzioni dell'Organismo nazionale di controllo sui CSV (l'ONC è fondazione di diritto privato,

---

[36] Il ruolo del MEF, tuttora fermo, avrebbe dovuto in realtà permanere fino alla entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al Titolo II, Libro I, del Codice civile, si sensi dell'art. 10, co. 1, del d.lgs. n. 153/1999. Cfr. Protocollo d'intesa tra MEF e ACRI del 22 aprile 2015 circa l'esercizio della vigilanza.

[37] Corte costituzionale, sentenza n. 500/93, in riferimento all'art. 15, l. n. 266/1991. Il Codice del Terzo settore ha previsto che il finanziamento stabile dei CSV è garantito da un Fondo unico nazionale (FUN) alimentato da contributi annuali delle fondazioni di origine bancaria (d.lgs. n. 117 del 2017, articolo 62). Anche in sede Acri le fondazioni bancarie hanno un peso decisionale maggioritario in tutta l'attività di promozione delle attività di volontariato (cfr. modifiche statutarie 2003).

la cui maggioranza dei componenti è peraltro designato dell'associazione delle fondazioni bancarie, a sottolineare il permanere del forte legame tra FOB e volontariato). Proprio queste (e altre) norme del Codice sono oggi al vaglio della Corte costituzionale - due i ricorsi gemelli sollevati in via principale dalle regioni Veneto e Lombardia - in quanto configurerebbero un modello di "amministrazione articolata" che illegittimamente escluderebbe ogni coinvolgimento (strutturale e funzionale) delle regioni in significative aree di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale[38].

Dinanzi a tali norme, la distinzione pubblico-privato non regge. L'organismo nazionale di controllo (ONC), pur se soggetto privato, esercita poteri sanzionatori e i suoi atti sono ricorribili dinanzi al giudice amministrativo (art. 66 del Codice). Da un

[38] Il 9 ottobre scorso Lombardia e Veneto hanno depositato in Corte Costituzionale due ricorsi (n. 79 e 80 del 2017) per la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 61, co. 2; 62, co. 7; 64; 65 e 72 del Codice, per violazione degli articoli 3, 76, 97, 114, 117, commi III e IV, 118 e 119 Cost., oltreché del principio di leale collaborazione di cui all'art. 120 Cost.. Al di là delle eccezioni per supposta violazione delle competenze legislative statali, a danno di quelle regionali, rilevano qui le eccezioni che riguardano quello che le regioni qualificano come il "modello di «amministrazione articolata», diretto a promuovere e sostenere gli enti e, in generale, il sistema del Terzo settore (titolo VIII del codice)", nonché i meccanismi di finanziamento a destinazione vincolata e per il volontariato. I ricorsi colpiscono, in particolare, l'art. 64, evidenziando, dietro la veste formale di diritto privato dell'Organismo nazionale di controllo (ONC), la sua sostanziale natura pubblicistica. Di qui, la violazione del principio di leale collaborazione, oltre che dell'autonomia normativa e amministrativa. Il punto che più interessa, in questa sede, riguarda però il ruolo dell'autonomia privata e del principio di sussidiarietà orizzontale in relazione alle funzioni pubbliche attribuite all'ONC: "il riconoscimento di un ruolo attivo da parte del *civis* nello svolgimento di attività di interesse generale, non puo' assumere un carattere tirannico tale da espropriare o confliggere con la naturale cura dell'interesse pubblico affidato alle regioni e agli enti pubblici in generale. Il fatto che le attività di interesse generale non siano monopolio esclusivo dei pubblici poteri, ma possano essere svolte anche da privati, non implica infatti una sostituzione da parte di questi ai pubblici poteri. Invece, la considerazione che proprio la legislazione sul Terzo settore riconosce una rilevanza pubblica all'attività privata, al contrario impone una regolamentazione, anche autoritativa, che assicuri il coordinamento degli sforzi pubblici e privati nel soddisfacimento del superiore interesse generale. Un organismo quale l'ONC, apparentemente privato, ma sostanzialmente pubblico, esige perciò, proprio al fine di garantire tale coordinamento e un adeguato sistema di esercizio dei compiti di controllo, che nella sua composizione siano adeguatamente rappresentati gli enti territoriali, che vedono coinvolte numero competenze proprie nell'ambito del Terzo settore. Ragion per cui è lo stesso art. 118, comma 4, Cost. che comprova come la scarsa rappresentatività delle regioni nell'organismo nazionale di controllo costituisca motivo di illegittimità costituzionale dell'art. 64 del decreto legislativo n. 117/2017. Tale carenza «strutturale» dell'ONC è idonea inoltre a determinare una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nonchè del principio di buon andamento riconosciuto dall'art. 97 Cost". La Corte costituzionale, con sentenza n. 185/2018, ha avuto modo di qualificare l'ONC quale fondazione di diritto privato con funzioni d'indirizzo, controllo e vigilanza su soggetti che parimenti agiscono nell'ambito dei rapporti privatistici. In tal modo, prosegue la Corte, in adesione al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.), le funzioni di vigilanza e controllo sono collocate dal legislatore statale (che agisce nell'ambito della materia ordinamento civile) interamente "entro la trama dei rapporti inter-privati". Illegittimo in parte qua solo l'art. 72 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 19, del d.lgs. n. 105/2018), nella misura in cui non prevede forme di coinvolgimento delle regioni nella gestione del Fondo per il finanziamento dei progetti di interesse generale nel Terzo Settore.

lato, insomma vi è un soggetto privato che ha rapporti con altri soggetti privati; dall'altro, atti amministrativi e giudice amministrativo. Potremmo concludere con alcuni interrogativi: se in gioco vi sono soggetti privati (ancorché, come l'ONC, titolari di funzioni di vigilanza e controllo) e diritti soggettivi, perché il giudice amministrativo? O, ragionando *a contrario* come fanno le difese regionali nei due ricorsi gemelli sopra richiamati: se sono funzioni pubblicistiche, perché un soggetto privato? Questi interrogativi, ci sembra, rimangono aperti anche dopo che la Corte, con la sentenza n. 185/2018 sopra richiamata, pretende di fugare ogni dubbio combinando tra loro competenza esclusiva statale (ordinamento civile) e principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.).

Quello che è certo è che si tratta di alchimie normative dinanzi alle quali la quadratura del cerchio rimane difficile: esse portano, però, in primo piano, alcune delle tensioni costituzionali - tra materie di competenza esclusiva, vincoli di bilancio, aiuti di stato e sussidiarietà orizzontale - con cui il legislatore si trova a dover fare i conti ogniqualvolta - e sempre di più - autonomia privata e interesse generale s'intrecciano.

In conclusione, la riforma del terzo settore crea le premesse per un ulteriore sviluppo delle iniziative spontanee della società civile e per una crescita del "capitale sociale" del quale il nostro Paese, soprattutto nelle aree più arretrate, ha estremo bisogno. Spetta ora a chi dovrà applicare il nuovo Codice trarre da esso tutte le potenzialità, e ciò affinché il nuovo impianto normativo possa produrre in concreto i risultati sperati.

Keywords: Welfare, Welfare State, Private sector, Public sector, public goods, Non Profit Organizations.

Abstract: The article underlines the novelty of the recent reform of the non profit/voluntary sector introduced by Legislative Decree n. 117/2017. The reform significantly reshapes the traditional private-public division in addressing public and common interests. This notwithstanding, the reform leaves some critical and controversial issues open.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Ernesto Bianchi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Evandro, Augusto. *Auctoritas*, *potestas*, *imperium*. Brevi annotazioni storiche e semantiche*

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. Affinità di valore di *auctoritas* nelle comparazioni svolte in Liv. 1.7.8 e in *R.g.* 34.3. - 3. Evandro, l'Augusto del primo libro delle Storie di Livio?

1. Premessa

È certo suggestivo, ma all'insieme ardito, svolgere alcune considerazioni accostando due frammenti tratti da fonti extragiuridiche di fama universale: dal § 7 del primo libro delle Storie di Livio e dalla celeberrima parte finale delle *Res Gestae* di Augusto.

La notorietà dei passi e la stratificazione degli studi su ciascuno di essi rendono difficile spendervi parole nuove se si pensa che, solo a proposito della parola *auctoritas*, presente in entrambi, è stato persino rilevato un eccesso di discussioni[1].

Liv. 1.7.8: *Evander tum ea profugus ex Peloponneso auctoritate magis quam imperio regebat loca...*

R.g. 34.3: *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt.*

In entrambi i testi non solo ricorre la parola *auctoritas*, ma vi è anche l'accostamento – in comparazione diretta o indiretta – a termini di valenza giuridica: *imperium* nel primo, *potestas* nel secondo: *auctoritas* è ciò che, più che l'*imperium*, consente

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] M.A. Levi, *Componenti arcaiche dello Stato di Augusto*, in *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei*, S. IX, III, 1992, p. 130 e s. Ma v. F. Guizzi, *Augusto. La politica della memoria*, Roma, 1999, p. 144 nt. 3.

a Evandro di governare. *Auctoritas* è ciò che fa Augusto superiore a chiunque, pur dotato di una *potestas* pari a quella di coloro gli furono colleghi nelle magistrature.

L'assonanza tra i due passi, di tutta evidenza, è stata colta anche in fondamentali studi su Livio[2], sebbene si sia osservato che lo storico non poteva aver letto il passo delle *Res Gestae* e, da ciò, si sia concluso che le sue parole non farebbero intenzionale allusione ad Augusto[3].

Al di là dell'assonanza, credo si possa invece ipotizzare che Livio, 'tramite' Evandro, dica anche di Augusto. Pur senza entrare in merito alle 'simpatie' di Livio verso Augusto e farne necessariamente un '*supporter*' dell'imperatore[4], si possono riscontrare dei parallelismi tra la figura di Evandro – come presentata dallo storico – e quella dell'imperatore. E si tratta, a mio avviso, di aspetti colti in un momento cruciale della conquista del potere da parte di Ottaviano. Naturalmente è difficile dire se quella di Livio costituisca una 'istantanea' intenzionalmente scattata per dire di Augusto o, invece, una 'panoramica' in cui l'imperatore viene involontariamente colto; ma, nell'ombra di Evandro, si intercetta Augusto e, certamente, la fotografia doveva rivelarsi utile all'imperatore, in quanto ben collocata nel quadro, da lui prediletto, della diffusione di modelli riferiti alle leggende che avvolgevano gli albori della Roma che egli rinnovava e, addirittura, rifondava.

2. Affinità di valore di *auctoritas* nelle comparazioni svolte in Liv. 1.7.8 e in *R.g.* 34.3

In primo luogo, vorrei evidenziare la somiglianza del valore semantico che *auctoritas* assume in entrambi i passi.

---

[2] R.M. Ogilvie, *A Commentary in Livy books 1-5*, Oxford, 1965, p. 58.

[3] Così R. von Haehling, *Zeitbezüge des Titus Livius in der ersten Dekade seines Geschichtswerkes*, Stuttgart 1989, p. 54; ma v. B. Mineo, *Tite-Livre et l'histoire de Rome*, Paris, 2006, p. 156.

[4] L. Ross Taylor, *Livy and the Name Augustus*, in *The Classical Review*, 32, 1918, p. 159 e s.

In proposito va anzitutto ricordato che sembrano ormai del tutto superati i dubbi che riguardavano l'integrazione di *R.g.* 34.3 che, in precedenza, portavano vari editori – sulla base della versione greca, ove si legge l'espressione *αξιώματι* – a scegliere *dignitate* in luogo di *auctoritate*[5]. L'integrazione è stata operata grazie alle lettere *VCTO* lette su uno dei frammenti ritrovati ad Antiochia di Pisidia e riferito con pieno consenso al paragrafo in questione[6].

Se dunque è certo che in entrambi i passi si debba leggere la parola *auctoritas*, in questa sede si può sottolineare che essa assume, in ambedue, una valenza analoga.

Qui basterà osservare che il termine *auctoritas*, al contrario dello 'statico' *dignitas*, si connota 'dinamico'[7] e non sembra avere il valore 'integrativo' che vi è abitualmente e prevalentemente connesso in ambito giuridico[8], ma quello autosufficiente e creativo che, più sovente, si riscontra fuori dagli schemi giuridici tecnici.

---

[5] È anzi da dire che la ricorrenza, una seconda volta, di *αξιώμα* nella versione greca in corrispondenza del § 7.2 latino induce a renderne nuovamente la traduzione con la parola *auctoritas*, talché si potrebbe leggere questo tratto nel modo seguente: *primum auctoritatis locum in senatu habui*, in luogo di: *primum dignitatis*… Certamente, di primo acchito, il ragionamento posto alla base di questa seconda integrazione sembra convincente: identica parola greca, identica parola latina. Tuttavia, *αξιώμα* non è termine di valenza precisa e determinata (ne è appunto prova che, fino al ritrovamento del frammento con la stringa *VCTO*, prevaleva, per il § 34.3, la traduzione *dignitas* accolta da Mommsen) e addirittura manca, in lingua greca, un termine per esprimere con precisione il latino *auctoritas*. È interessante che anche in Dione Cassio si alternino le rese latine in *dignitas* e in *auctoritas*, v. M.-L. Freyburger-Galland, *Aspects du vocabolaire politique et institutionelle de Dio Cassius*, Paris, 1997, p. 59 e s. All'indeterminatezza della parola *αξιώμα* va poi aggiunto che, in via generale, si riconosce che la versione greca delle *Res Gestae* corrisponda a quella latina solo in termini approssimativi e sicuramente non letterali. Anche al di là di evidenti omissioni e di palesi varianti del testo greco rispetto a quello latino, si rileva che il primo non è una traduzione rigorosamente fedele del secondo (in tale senso, ad esempio, G.G. Belloni, *Le "Res Gestae Divi Augusti". Augusto: il nuovo regime e la nuova urbe*, Milano, 1987, p. 42 ss.). Ed è anche da ricordare un altro dato piuttosto condiviso: la versione in lingua greca costituisce una traduzione di un documento pensato e composto in lingua latina (e forse una traduzione neppure redatta a Roma, ma affidata a 'esperti' provinciali bilingue).

[6] Sul ritrovamento del frammento, sulla sua collocazione nel § 34.3 e sulla ampia ricezione negli studi della ricostruzione *auctoritate*, v. C. Lanza, *Auctoritas Principis*, I, Milano, 1996, p. 23 ss.

[7] Questa connotazione 'dinamica' è stata evidenziata soprattutto dagli studi di Heinze e di Staedler che hanno inoltre riconosciuto una connessione – non solo nell'ambito del diritto privato – tra *auctoritas* e *auctor* e tra *augere* e *augurium*: R. Heinze, *Auctoritas,* in *Hermes*, LX, 1925, p. 349; E. Staedler, *Zum Rechtsbegriff des Augustischen auctoritas Mon. Ancyr. 34*, in *ZSS*, LXIII, 1943, p. 385.

[8] In ogni trattazione istituzionale, vengono rammentate l'interposizione dell'*auctoritas* da parte del tutore nei confronti degli impuberi e delle donne e la funzione di garanzia espressa nella vendita dal *mancipio dans* all'*accipiens* e se ne riscontra un ruolo attivo, ma integrativo. Similmente, anche in ambito di diritto pubblico, *auctoritas* conserva valore efficiente e integrativo: l'*auctoritas patrum* ne è l'esempio più nitido. Credo quindi che si possa affermare che, in ambito giuridico, la caratterizzazione quantomeno principale di *auctoritas* (e delle

Per limitarsi a pochi esempi, non è un quid integrativo, ma fondante l'*auctoritas* su cui si basano istituti introdotti per opera di singoli giuristi: così, quando leggiamo: *idque auctoritate Galli Aquilii factum est* (relativamente a soluzioni offerte per l'istituzione ereditaria *detracta certa re*, come riferita da Licinnio Rufino[9]), subito ci avvediamo che ad *auctoritas* è assegnata una valenza 'creativa' e non meramente 'integrativa' e siamo pertanto indotti a renderla con la parola moderna 'autorevolezza'.

Fra i moltissimi altri esempi che potrebbero essere addotti a favore di quest'accezione, uno interessante e forse trascurato, è offerto in ambito linguistico, là dove *auctoritas* è connessa alla nozione di *Latinitas*[10] e dove è presentata come l'ultimo dei criteri, sicuramente attivi e non complementari, cui ricorrere *in regula loquendi*[11]. Varrone vi intravede anche un quid di sacralità: ci si accosta all'*auctoritas* – egli dice – '*ad modum ad aram sacram*'. Essa – aggiunge poi – non contiene alcun elemento razionale o naturale o determinato dall'uso, ma è recepita sulla base della *lectio veterum* che, peraltro, risulterebbe inspiegabile agli stessi *veteres*[12]. Come si vede, *auctoritas* non viene definita, ma è presentata come un quid autofondante – un ultimo criterio di per sé bastevole – attivo, creativo, connotato da sacralità e certamente non integrativo.

Mi pare indubbio che, così nel tratto liviano come nel passo delle *Res Gestae*, *auctoritas* abbia il valore da ultimo richiamato e ciò, benché in Livio la comparazione sia svolta con *imperium*, mentre quella – indiretta – delle *Res Gestae* sia operata con *potestas*, dunque, almeno apparentemente, in raffronto a entità giuridiche differenti.

---

parole a questa connesse o imparentate) si risolva nell'"*integrare*' attivamente. Si tratti di atti privati, pubblici o di diritto sacro, l'*auctoritas* si esercita verso qualcosa che deve essere completato *ex ante* o *ex post*: manifestazione di volontà, garanzia di per sé accessoria a un negozio di vendita, delibera di un'assemblea – mediante ratifica successiva o autorizzazione preventiva –, inaugurazione di chi sia stato designato re, scelto quale sacerdote o eletto magistrato. L'*auctoritas* è concepita come attivamente integrativa e si potrebbe addirittura ricordare che anche alcune notissime qualificazioni del principato augusteo – prima quella di Arangio-Ruiz – sembrano fare perno su questa valenza della parola.

[9] D. 28.5.75 (74) (*Licin. Rufin. l. 2 reg.*).

[10] Quint. *Inst.* 6.1.

[11] Varr. *Incert. sedis Fragm.* 82.

[12] Varr. *Incert. sedis Fragm.* 82.

A tale proposito si deve rammentare la minoritaria interpretazione che esplica l'uso in *R.g.* 34.3 di *potestas*, in luogo di *imperium*, restringendo cronologicamente la portata del passo agli anni 27-23 a.C., quando non sarebbe stato ancora individuato il termine *imperium* per designare il potere imperiale che verrà assegnato nel 23[13]. Va, però, avvertito che questa interpretazione fa leva sull'espressione '*post id tempus*' che sicuramente indica quale *dies a quo* l'assunzione del nome di Augusto nel 27 a.C.[14], ma che essa sembra anche presupporre che il § 34.3, pur collocato nella parte finale delle *Res Gestae*, sia stato dettato a ridosso del 27 e non più rivisitato. Se cadono queste condizioni va altrove ricercato il motivo per cui la parola *imperium* – ammesso che sia stata ritenuta poco idonea tra il 27 e il 23 a.C.[15] – non sia stata successivamente sostituita alla parola *potestas*. Invero è difficile ipotizzare che, scrivendo o rivedendo questo tratto delle *Res Gestae*, acquisiti (e reiterati) i poteri del 23, Augusto ne volesse limitare la portata a quel solo arco temporale.

Le argomentazioni potrebbero persino essere capovolte. Si potrebbe infatti pensare che, dopo il 23, usando, in luogo di *imperium*, *potestas* – parola di portata più ampia – l'imperatore volesse far riferimento a una situazione che lo faceva comunque diverso e non 'pari' rispetto ai magistrati *cum imperio*. In altri termini, dirsi pari nell'*imperium* – dopo il 23 e, ancor più, dopo il dodicesimo e il tredicesimo consolato

---

[13] F. Gallo, *L'uomo e il diritto (in proposito di una "rivalutazione" di Augusto)*, in *SDHI*, LI, 1985, p. 231, nt. 47: «Augusto ha più *auctoritas* di tutti, ma (*autem*) potere magistratuale eguale a quello dei colleghi (come si sa, a partire dal 23, nell'*imperium proconsulare maius et infinitum*, come nella *tribunicia potestas* a vita, non ebbe colleghi).»

[14] In *R.g.* 34.1: '*In consulatu sexto et septimo*' si fa riferimento alle vicende degli anni 28 e 27, ma – con '*post id tempus*' – solo all'anno 27.

[15] Si potrebbe, però, dubitare che la parola *imperium* fosse poco idonea a indicare il potere che tradizionalmente – e dunque anche dopo il 27 e prima del 23 a.C. – spettava ad Augusto in qualità di console così come ai di lui colleghi nella magistratura. Si potrebbe, piuttosto, considerare che dirsi pari nell'*imperium* in quegli anni non avrebbe costituito una formale menzogna. Rimango, tuttavia, convinto che il § 34.3 sia stato redatto molto dopo gli avvenimenti del 27 e del 23 a.C. e anche dopo il dodicesimo e tredicesimo consolato. Mi sembra anzi che proprio il consolidamento dell'*imperium* cui – nelle *Res Gestae* – l'imperatore non fa cenno possa, insieme alla nota ritrosia ad assumere ruoli magistratuali, aver indotto Augusto a mascherare con nome meno 'violento' il potere – '*post id tempus*' – malvolentieri e raramente detenuto nelle forme della costituzione repubblicana.

– avrebbe costituito un'affermazione troppo netta e, sul piano sostanziale, troppo limitativa.

Senza, però, entrare in temi tanto complessi, qui più preme osservare che, nel tratto delle *Res Gestae*, la parola *auctoritas* non ha sicuramente la valenza 'integrativa' che, in precedenza, si è rammentato essere quella prevalente nelle accezioni giuridiche[16]. *Auctoritas* è qui, invece, supremazia, superiorità, autorità assoluta e non un quid integrativo. È la personale supremazia derivata dal *consensus omnium*. Grazie ad essa Augusto determina le sorti della *res publica* dopo averla restituita all'*arbitrium senatus populique* Romani.

Il rapporto tra il consenso ottenuto da Augusto e la sua *auctoritas* sembra farsi ancora più nitido leggendo il § 34.1 delle *Res Gestae* alla luce di una recente proposta di integrazione. Infatti, se in precedenza la lezione: '*per consensum universorum potitus rerum omnium, rem publicam ex mea potestate in senatus populique* Romani *arbitrium transtuli*' portava inevitabilmente a porre in contrasto il consenso con un atto consistente nell'impadronirsi del potere (in cui è implicito l'uso della forza), le proposte di correzione del '*potitus*' in '*potens*'[17] o anche in '*potiens*'[18] consentono di armonizzare lo 'spontaneo' consenso con una situazione in cui l'imperatore è, proprio grazie a questo, 'padrone' *rerum omnium*. Il consenso universale si traduce così, senza iati, nell'onnipotenza. E l'*auctoritas*, derivata dal consenso, diviene essa stessa il potere del *princeps*.

---

[16] *Supra* nt. 8.

[17] P. Botteri, *L'integrazione mommseniana a Res Gestae 34,1 e il testo greco*, in *ZPE*, 144, 2003, p. 262. Per una compiuta e discussa cronistoria dell'integrazione, v. O. Licandro, '*Restitutio rei publicae*' *tra teoria e prassi politica. Augusto e l'eredità di Cicerone*, in *AUPA*, 58, 2015, p. 98 ss.

[18] Ipotesi già formulata da W. Seyfarth, *Potitus reum omnium. Ein Beitrag zur Deutung der RGDA, Kapitel 34*, in *Philologus*, 101, 1957, p. 305 ss. e ora ripresa su altre basi e con nuove argomentazioni paleografiche da F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps, dal divi filius al Cristo. Augusto e le maschere del potere*, Roma, 2013, p. 95 ss. Anche il '*potiens*', pure coniugazione del verbo '*potiri*' come il participio '*potitus*', darebbe, similmente al '*potens*', il senso statico del possesso dell'onnipotenza in luogo della dinamica di una conquista. In punto, v. Licandro, '*Restitutio rei publicae*'…, cit., p. 101.

Analogamente, nel passo di Livio, il potere di Evandro non è basato sulla forza, ma è anch'esso costituito dal consenso riconosciutogli. Nell'episodio riguardante Ercole, Evandro interviene, senza armati ed emblemi di potere, in virtù dello spontaneo consenso che gli deriva dalle sue benemerenze e dalla sua origine divina[19]. Si ricorre a lui come al capo riconosciuto della popolazione di quei luoghi: egli governa, appunto, *magis auctoritate quam imperio*.

Costituirebbe un'interpretazione possibile assumere che Evandro si avvalesse della sola *auctoritas* e, in nessun modo, dell'*imperium*: si legge un *magis quam* che potrebbe anche essere inteso come: 'piuttosto che' o 'in luogo di' escludendo con ciò l'uso dell'*imperium*. Ma pure interpretando *magis quam* nel senso più piano e non negando che Evandro si avvalesse nel *regere (ea) loca* 'anche' dell'*imperium*, sicuramente si afferma che il suo maggior strumento di governo consisteva nell'*auctoritas*.

È certo che, anche qui, *auctoritas* non è integrativa di altro – e dello stesso *imperium* – ma essa stessa è il potere o il principale potere che permette di *regere (ea) loca*. Stando alla lettera, semmai, potrebbe essere *imperium* a costituire qualcosa di suppletivo o di integrativo. *Auctoritas* e *imperium* sono correttamente contrapposti e, se *imperium* è termine più definito rappresentando il potere di comandare avvalendosi di forza, *auctoritas* è, come in Varrone, meno precisabile, ma non per questo vago nella sua essenza di natura carismatica e personale.

Si può quindi osservare che, nei due passi, *auctoritas* è potere basato sullo spontaneo consenso e che ha qualità superiore e diversa sia rispetto alla *potestas* magistratuale di cui si parla nelle *Res Gestae*, sia rispetto all'*imperium* di cui si dice in Livio a proposito di Evandro. In entrambe le fonti, la parola non corrisponde al senso che assume nella valenza giuridica prevalente, ma indica un carisma derivato dai meriti e dalla benevolenza divina.

---

[19] *Infra* § 3.

3. Evandro, l'Augusto del primo libro delle Storie di Livio?

L'analogia della valenza di *auctoritas* in entrambi i passi considerati costituisce un dettaglio significativo dell'"istantanea' di Livio. Ma essa deve essere coordinata con altri elementi e inquadrata alla luce di alcune somiglianze che l'Evandro dello storico presenta con la figura di Augusto.

Va anzitutto rammentato che Liv. 1.7.8 si inserisce nel tratto riferito all'episodio che ha quali protagonisti Ercole e, appunto, il leggendario Evandro. Si tratta di una digressione (1.7.4-7.15) che, a prima vista, non appare giustificata, inserita com'è dopo il racconto della fondazione della città, dell'uccisione di Remo e della fortificazione del Palatino (1.7.1-3). La digressione si conclude, in 1.7.14-15, col cenno all'affidamento – che verrà attuato secoli dopo – del culto di Ercole ai servi pubblici e con la precisazione che questo fu il solo culto straniero adottato da Romolo. L'inserto spazia dunque cronologicamente da tempi mitici a vicende occorse sul finire del IV secolo a.C. e, solo a partire da 1.8, si riprende a parlare della Roma appena fondata e a descriverne l'assetto costituzionale e le sorti.

La lunga parentesi dedicata a Evandro e all'origine del culto di Ercole (si fa cenno della profezia, secondo la quale l'*Ara Maxima* verrà onorata dal popolo più potente della terra) induce, di primo acchito, a pensare agli onori e all'importanza che l'imperatore vi restituirà. Ma ritengo che essa meglio si giustifichi se collocata nel periodo in cui Livio inizia la sua opera, il medesimo in cui Ottaviano va acquistando il potere assoluto. La più probabile datazione dell'inizio del primo libro delle *Storie* è, infatti, posta tra il 27 e il 25 a.C sulla base di Liv. 1.19.3, dove l'imperatore è già chiamato Augusto e dove non viene menzionata la seconda chiusura del tempio di Giano. Augusto è, dunque, già Augusto all'inizio dell'opera liviana. La scelta – che sappiamo meditata, se non addirittura sofferta – di questo nome si era già compiuta ed era prevalsa su quella di *Romulus*, al quale si era pensato e che probabilmente lo stesso imperatore desiderava assumere per evidenziare il suo ruolo di nuovo

fondatore di Roma[20], ma cui – facilmente in quanto nome di re e, come tale, evocativo di avversione nella mentalità romana[21] – si rinunziò.

In via generale, si potrebbe certo osservare che l'intero primo libro delle *Storie* è, per molti profili, 'pensato' in chiave augustea e che, se è un dato piuttosto condiviso quello che tutta l'opera liviana sia in molte parti influenzata – si pensi alle vicende di quelle finali[22] – dal gradimento dell'imperatore, è indubbio che i paragrafi iniziali del primo libro siano mirati a ricongiungere i miti e le leggende fondanti le origini di Roma a quelli riguardanti la *gens Iulia*.

In questi paragrafi si giunge persino, con evidente imbarazzo dello stesso Livio, a tracciare leggendarie linee che adombrano l'ascendenza diretta della gente non solo dalla stirpe di Enea, figlio di Venere, ma anche dal puro sangue troiano di Ascanio-Iulo, figlio – in questa versione solo profilata e poco creduta – non già della latina Lavinia, ma di Creusa, la prima moglie di Enea[23]. Ciò farebbe l'*origo* della *gens Iulia* superiore, anche per questa diversità, a ogni altra gente Romana e più di ogni altra, quindi, predestinata a guidare le profetizzate sorti della città. L'*origo* di Roma viene così ricondotta a quella di Augusto e a questa sovrapposta.

---

[20] Svet. *Aug.* 7.4 attesta che *Romulus* fu nome ipotizzato da alcuni senatori, ma che – *Munacii Planci sententia* – fu scelto quello di *Augustus*. Dio Cass. 53.16.4-8 riferisce che *Romulus* sarebbe stato inizialmente il nome fortemente desiderato dall'imperatore, poi convintosi che esso avrebbe dato luogo al sospetto di aspirare al regno. Su questi passi, v. le acute osservazioni di C. Gatti, *Augusto e le individualità divine*, in «*La parola del passato. Rivista di Studi classici*», 4, 1949, p. 257.

[21] V., ad esempio, E. Manni, *Romulus e parens patriae nell'ideologia politica e religiosa romana*, in «Il mondo classico», 4, 1934, p. 105 ss.; ad avviso di R. Syme, *The Roman Revolution*, Oxford 1952, p. 313 ss., tra i motivi che inducevano a rifiutare di rifarsi alla figura e al nome di Romolo, vi sarebbero anche gli episodi negativi del fratricidio da lui commesso (è forse da porre in relazione al desiderio di Ottaviano la più edulcorata versione della morte di Remo offerta da Liv. 1.7.2?) e anche della stessa sua uccisione ad opera dei senatori; per la discussione di queste conclusioni, v. Gatti, *Augusto e le individualità*…, cit., p. 258, ivi per ulteriori richiami bibliografici.

[22] Di recente sulle vicende del libro CXXI, ma con sguardo all'intera opera di Livio, v. L. Canfora, *Augusto figlio di Dio*, Bari, 2015, p. 465 ss.

[23] Livio non vuole lasciare dubbi sulla discendenza da Enea e da Venere di *Iulus*, da cui la *gens Iulia* deriva il proprio nome (1.3.2), ma lo storico giustifica – non senza un certo imbarazzo – l'impossibilità di identificare con certezza *Iulus* con il figlio avuto da Enea da Lavina ovvero con Ascanio avuto da Creusa, allegando l'estrema risalenza degli episodi che riferisce. V. anche *infra* nt. 36.

Quanto, però, si legge nel § 7 del primo libro suggerisce un ancor più specifico collegamento con la ricerca del consenso che Augusto ha in atto negli anni della sua ascesa al potere, gli stessi – si è detto – in cui Livio dà inizio alla sua opera.

Vi sono, infatti, alcune peculiari somiglianze tra la figura di Evandro, come presentata nel § 7 del primo libro delle *Storie* e il ruolo che *princeps* sta assumendo.

Stando alla versione recepita dallo storico, Evandro è il figlio di Carmenta cui si riconnette una capacità profetica antecedente alla venuta in Italia della Sibilla. Augusto – come altrove ho avuto modo di osservare – sta divenendo il signore degli oracoli[24] grazie a un processo che è in corso già prima della vittoria su Marco Antonio con l'ingresso nel Collegio dei *quindecemviri sacris faciundis*, deputato alla custodia e all'interpretazione dei libri oracolari[25] e che si concluderà, dopo l'assunzione del pontificato massimo, con il trasferimento dei libri sibillini dal tempio di Giove capitolino a quello di Apollo sul Palatino.

Evandro non è un re: *Evander… regebat* (*ea*) *loca* è una circonlocuzione per evitare di chiamarlo re, pur attribuendogliene i poteri. Come ho ricordato, il dibattito relativo al nome da assegnare ad Ottaviano si era già realizzato quando Livio intraprende il primo libro delle *Storie* e una delle cause che aveva portato ad escludere che fosse chiamato novello Romolo consisteva nell'odiosità, nel sentire romano, della parola *re*. Evandro è prima di Romolo, di Evandro non si dice che fosse re, ma – appunto – che egli *regebat ea loca… auctoritate magis quam imperio*.

---

[24] E. Bianchi, *Augusto e l'utilizzazione carismatica delle tradizioni religiose. Una contestualizzazione frammentaria*, in G. Negri – A. Valvo (a cura di), *Studi su Augusto in occasione del XX centenario della morte*, Torino, 2016, p. 18 e s.

[25] F. Guizzi, *Augusto. La politica della memoria*, Roma, 1999, p. 87, nt. 3 per l'assunzione di questa e di altre cariche sacerdotali.

Quali sono i luoghi governati da Evandro? Il racconto liviano ha, quale teatro, il Palatino, il luogo che, per eccellenza, è quello di Augusto[26]; il luogo dove è situata la leggendaria grotta del *Lupercal* in cui furono allevati Romolo e Remo, ma anche il luogo di nascita e di abitazione di Augusto; il luogo dove – in onore di Ercole e proprio ad opera di Evandro – si introduce il primo culto straniero e il luogo dove l'imperatore ne ha introdotto uno – sostanzialmente nuovo – a favore del panellenico Apollo già negli anni in cui Livio inizia la sua opera.

Evandro è dunque un uomo religioso e ben voluto dagli dei come dimostra anche il fatto che egli subito – ed egli solo – riconosca la natura non umana di Ercole. E Augusto fa di una religiosità, quantomeno esibita, un elemento fondamentale del proprio carisma[27]. Entrambi corrispondono più che alla figura greca dell'eroe a quella, tipicamente romana, dell'uomo prediletto dagli dei per propria *virtus*[28].

Evandro e Augusto sono dunque accomunati da un tratto di religiosità e dall'essere benvoluti dagli dei.

Evandro introduce alcuni *sacra* che saranno poi mantenuti da Romolo. È Evandro che istituisce nel Lazio i *Lupercalia*[29] e, appunto, il culto in onore di Ercole[30]. Evandro ha dunque competenze e poteri riguardo ai *sacra*, tanto da somigliare egli stesso a un sacerdote. L'imperatore intraprende la sua opera di restaurazione (riforma?) religiosa subito dopo la vittoria di Azio e, con il nome di '*Augustus*'[31], egli

---

[26] Il Palatino diviene, con Augusto, il centro di ogni potere: in proposito, v. M. Strothmann, *Augustus – Vater der res publica –Zur Funktion der drei Begriffe restitutio – saeculum – pater patriae im augusteischen Prinzipat*, Stuttgart, 2000, p. 62 ss.

[27] Bianchi, *Augusto e l'utilizzazione carismatica*…, cit., p. 30 ss.

[28] Su questa profonda differenza, v. M.A. Levi, *Il ciclo religioso augusteo e il superamento delle guerre civili*, in M. Sordi (a cura di), *I santuari e la guerra nel mondo classico*, in *CISA, Contributi dell'Istituto di Storia antica*, 10, 1984, p. 182 e s.

[29] Liv. 1.5.1-2: forse è da collegare con la politica religiosa di Augusto anche il giudizio di licenziosità qui dato da Livio ai *Lupercalia* che, com'è noto, saranno severamente regolamentati dall'imperatore.

[30] Liv. 1.7.10-12.

[31] In Latino, il nome è tanto carico di valenza religiosa – l'avverbio '*auguste*' vale anche 'religiosamente', 'piamente' – da poter esser impiegato solo per ciò che ha natura santa o divina e da poter essere persino riconnesso all'*augurium* che precede la fondazione di Roma. Paul., *s.v. Augustus* 2.1 L.: *Augustus locus sanctus ab avium gestu, id est quia ab avibus significatus est, sic dictus; sive ab avium gustatu, quia aves pastae id ratum fecerunt*. Svet.,

diventa il *sacerdos* per eccellenza[32], così che l'assunzione di ogni effettivo sacerdozio, incluso – molti anni dopo – il pontificato massimo, servirà solo a completare questo suo ruolo[33].

In proposito è interessante qualche breve notazione sul piano lessicale: Evandro è detto da Livio *venerabilis vir*[34]. Nella versione greca delle *Res Gestae* – in corrispondenza di 34.3, dell'intitolazione, di 21.1 e di 35.1 e, ancora, nell'*Appendix* – in luogo di *Augustus* si legge *Σεβαστός* che, anzitutto, vale 'venerabile'. Evandro è poi addirittura definito *venerabilior*[35] per via della sua discendenza divina per parte di madre e, di Ottaviano, in aggiunta alle leggende che congiungono la sua *gens* a Enea[36], si vocifera pure di una discendenza divina diretta indicandone il padre addirittura in Apollo[37].

In Liv. 1.7.9, si leggono gli aggettivi *amplior* e *augustior*, suscitati in Evandro stesso dal portamento e dalla figura di Ercole: *habitum formamque viri aliquantum ampliorem augustioremque humana intuens*. Il loro accostamento ha un riscontro nelle parole di Svetonio quando afferma che il nome *Augustus* costituisce un *quid* di 'più grande' – *ampliore cognomine* – rispetto a quello di Romolo che a Ottaviano era stato proposto[38]. Si noti anche che Romolo stesso, in Liv. 1.8.2, è definito *venerabilis* come

---

Aug. 7.2, cita anche un verso di Ennio: …*quod loca quoque religiosa et in quibus augurato quid consecratur augusta dicantur, ab auctu vel ab avium gestu gustuve, sicut etiam Ennius docet scribens: Augusto augurio postquam inclita condita Roma est.* V. Varr. *R.R.* 3.1.1.

[32] Bianchi, *Augusto e l'utilizzazione carismatica*…, cit., p. 41 e s.

[33] L'elencazione di *R.g.* 7.3 dei sacerdozi rivestiti segue l'ordine gerarchico. Certa è l'assunzione nel Collegio augurale tra il 43 e il 37 e in quello dei *quindecemviri sacris faciundis* tra il 37 e il 35. Del Collegio dei pontefici, Ottaviano, fece parte – giovanissimo – già in vita di Cesare (Vell. 2.59.3), ma questa carica non figura naturalmente nell'elenco fornito in 7.3. V. Guizzi, *Augusto*…, cit., p. 87, nt. 3.

[34] Liv. 1.7.8: …*venerabilis vir miraculo litterarum, rei novae inter rudes artium homines, venerabilior divinitate credita Carmentae matris, quam fatiloquam ante Sibyllae in Italiam adventum miratae eae gentes fuerant.*

[35] Liv. 1.7.8, *supra* nt. 34.

[36] Svet. *Iul.* 6.2. La discendenza da *Iulus* figlio di Enea (e da Venere) della *gens Iulia* era già stata messa in rilievo da Lucio Giulio Cesare (v. Serv. *ad Aen.* 1.267; cf. *Origo gent. Rom.* 15.5). Sul mito che connette la stirpe discesa da Enea alla *gens Iulia*, v. M. Bettini, *Un'identità troppo compiuta. Troiani, Latini, Romani e Iulii nell'«Eneide»*, in «Materiali e discussioni per l'analisi dei testi classici», 5, 2005, p. 77 ss.

[37] Svet. *Aug.* 94.4: *Augustum natum mense decimo et ob hoc Apollinis filium existimatum. Eadem Atia prius quam pareret somniavit, intestina sua ferri ad sidera explicarique per omnem terrarum et caeli ambitum. Somniavit et pater Octavius utero Atiae iubar solis exortum.*

[38] Svet. *Aug.* 7.2.

Evandro e *augustior* come Ercole. Sembra quindi difficile non cogliere una linea di continuità tra Evandro, Romolo e *Augustus-Σεβαστός*.

Ancora: Evandro è un innovatore: introduce la scrittura *inter rudes homines*, civilizza cioè le genti su cui governa. E, per Livio, chi più di Augusto poteva essere l'innovatore dell'intero assetto politico e costituzionale romano e l'artefice della pacificazione e della civilizzazione?

Che Livio abbia scritto degli albori di Roma culturalmente condizionato dalla nuova Roma che Augusto stava rifondando è persino ovvio, così come è naturale trovare nello storico corrispondenze con la cultura propagandistica del tempo. Ritengo, però, a fronte delle 'coincidenze' rilevate e dell'analoga valenza di *auctoritas* di cui si è detto, che si possa andare oltre e che si possa ipotizzare che lo storico abbia raffigurato Evandro prendendo a modello il ruolo che, proprio in quegli anni, l'imperatore andava assumendo. Se questa 'fotografia' sia stata scattata con precisa intenzione è, ovviamente, impossibile da dimostrare, ma mi pare certo che tra l'Evandro dello storico e Ottaviano, proclamato Augusto, corrano analogie tali da indurre a credere che Livio abbia – consapevolmente o meno – operato una sovrapposizione tra i due personaggi e che l'espressione '*auctoritate magis quam imperio regebat loca...*' di 1.7.8 – sia essa intenzionale o meno – costituisca un'allusione ad Augusto.

Keywords: Augustus, Evander, auctoritas, potestas, imperium.

Abstract: We consider the assonant expressions contained in Liv. 1.7.8 and in *R.g.* 34.3. We point out some similarities of places and circumstances and it is hypothesized that the figure of the mythical Evander may have been traced by taking the model Augustus.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Annamaria Manzo

Ricercatore confermato di diritto romano e diritti dell'antichità, Università della Campania 'L. Vanvitelli'

Quinto Elio Tuberone e il suo tempo*

SOMMARIO: - 1. L'ordito di una storia. - 2. Tuberone e Cicerone: le ragioni di uno scontro. - 3. Gli anni del consenso. - 4. Una 'polemica' a distanza. - 5. Il *sermo antiquus*: indizio di una continuità ideologica?

1. L'ordito di una storia

Cogliere, con sicurezza, negli ambiti assai articolati della storia giuridica tardo-repubblicana il 'tempo' di Quinto Elio Tuberone non appare un fine facilmente perseguibile. Le fonti che lo riguardano non riportano anni e date, talvolta tramandano un giudizio. Tuttavia, qualche ipotesi, elevabile a gradi non del tutto incerti di probabilità può, forse, essere cautamente formulata.

In base ad una testimonianza di Quintiliano, sappiamo che Tuberone era *iuvenis* quando militò, con il padre Lucio Elio, nel partito pompeiano prendendo le armi contro Cesare nella pianura di Farsalo[1]. Doveva essere ancora molto giovane quando, nel 46 a.C., promosse l'accusa di *perduellio* contro Quinto Ligario, difeso da Cicerone[2]. È noto poi che lavorò con Ofilio (*familiarissimus Caesari*) per un periodo non breve[3]. Aulo Gellio attesta, infine, la dedica di un suo libro ad Oppio, un cesariano

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] Quint., *Inst. Or.* 11.1.80: *Tubero iuvenem se patri haesisse*, su cui oltre alla nt. 18.

[2] Cicerone, *pro Lig.* 3.9, definisce il suo avversario adolescente: *Nimis urgeo; commoveri videtur adulescens (scil. Tubero). Ad me revertar. Isdem in armis fui.*

[3] Per F.M. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 2ª ed., Napoli, 1994, p. 93 e ss., p. 100 e ss., il termine *familiaris*, che non è «un suggestivo reperto del vocabolario pomponiano», in quanto è usato almeno due volte anche da Cicerone (*ad fam.* 7.7.1-2 e 7.8.1-2), esprime l'aspirazione di alcuni giuristi di legarsi al potere. In generale su Aulo Ofilio, v. P. BIAVASCHI, *Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra repubblica e principato*, Milano, 2011, *passim*, con ampia rassegna della precedente letteratura. Sui rapporti di Quinto Elio Tuberone con Ofilio, v. Pomp., *lib. sing. Ench.* D. 1.2.2.46, oltre al paragrafo 1, cfr. anche Pomp., *lib. sing. Ench.* D. 1.2.2.44. Circa il tipo di accusa rivolto da Tuberone a Ligario, oltre alla nt. 17.

che scriveva ancora sotto Augusto[4]. Si può perciò, senza eccessivi rischi, segnare i limiti iniziali e finali del suo arco cronologico partendo da una ventina d'anni prima di Farsalo e terminando intorno al primo periodo di Ottaviano[5]. Oltre a queste considerazioni, indubbiamente generiche, non c'è alcuna notizia sicura. Eppure, se i testi non consentono la precisa determinazione di date, permettono, però, di seguire l'ordito di una storia. Essa passa attraverso una complessa trama di legami, di ambienti, che va indagata per comprendere il ruolo svolto dal giurista nel non distinto orizzonte politico e culturale di quei tempi.

Prendo le mosse da:

Pomp., *lib. sing. Ench.* D.1.2.2.46: *Post hos quoque Tubero fuit, qui Ofilio operam dedit: fuit autem patricius et transiit a causis agendis ad ius civile, maxime postquam Quintum Ligarium accusavit nec optinuit apud Gaium Caesarem. Is est Quintus Ligarius, qui cum Africae oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permisit nec aquam haurire, quo nomine eum accusavit et Cicero defendit: exstat eius oratio satis pulcherrima, quae inscribitur pro Quinto Ligario. Tubero*

---

[4] Gell., *noct. Att.* 6.9.11: *Aelium quoque Tuberonem libro ad C. Oppium scripto «occecurrit» dixisse, Probus adnotavit et haec eius verba apposuit: «Si generalis species occecurrerit»*. Sempre da Gellio (*noct. Att.* 14.2.20), si apprende che egli compose un'opera intitolata *Praecepta super officio iudicis*, sebbene sia ignoto il contenuto: *Sed de his – inquit – et ceteris huiuscemodi iudicialis officii tractatibus et non posthac, cum erit otium, dicere quid sentiamus conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis quae nuperrime legi, recensebimus*. Sul punto v. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae supersunt*, vol. I, Leipzig, 1896-1901, rist. 1985, p. 364 e ss. Su C. Oppio v. pure S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, vol. II, Roma-Bari, 1966, rist. 2011, p. 445 e ss. Quanto al Tuberone ricordato in *noct. Att.* 1.22.7, si tratta dello stoico amico di Panezio e nipote dell'Emiliano: così M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani,* Roma-Bari, 1971, p. 72 e s., *contra* D. NÖRR, *Pomponius order "Zur Geschichtsverständnis der römischen Juristen"*, in *ANRW*, 2, 15 (1976), tr. it., M.A. Fino - E. Stolfi (a cura di), *Pomponio o «dell'intelligenza storica dei giuristi romani». Con una nota di lettura di A. Schiavone*, in *RDR*, 2 (2002), p. 192; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 80 (1977), p. 263; F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano e il «ius civile in artem redigere»*, in *SDHI*, 46 (1980), p. 281 e ss., p. 373 e ss. e la replica di M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed., Roma-Bari, 1982, p. 284 e ss. Condivide Bretone, A. GUARINO, *Tuberone e Tuberone*, in *PDR*, vol. V, Napoli, 1984, p. 66 e ss. e D. MANTOVANI, *Cicerone storico del diritto. Atti del XIII Colloquium Tullianum, Milano 27-29 marzo 2008,* in *«Ciceroniana»* N.S. 13 (2009), p. 359 e ss.

[5] Fonti in W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2ª ed., Graz–Wien–Köln, 1967, p. 37; cfr. E. KLEBS, *Aelius*, n. 156, in *PW*, vol. I, 1, 1893, p. 537 e s. Non si hanno notizie del suo *cursus honorum*. Uno studio abbastanza completo sulla sua opera giuridica, è stato compiuto da C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani,* in *Rendiconti Istituto Lombardo*, serie II, 18 (1885), p. 900 e ss., ora in *Opere*, (a cura di E. Albertario), vol. II, Milano, 1929, p. 25 e ss. Più di recente su Tuberone v. V. SCARANO USSANI, *Tuberone e la lingua*, in *Ostraka*, 12 (2003), p. 89 e ss.; ID., *Una figura emblematica. Q. Elio Tuberone nell'Institutio oratoria*, in *Acta concordium*, 8, suppl. a *"Concordi"* 3 (2008), p. 55 e ss. e, da ultima, A. BOTTIGLIERI, *Maximi viri. Sulla 'scientia iuris' tra il IV e il I sec. a.C.*, Torino, 2017, p. 71 e ss., che rivolge l'attenzione soprattutto a Tuberone 'esperto di diritto privato'.

doctissimus quidem habitus est iuris publici et privati et complures utriusque operis libros reliquit: sermone etiam antiquo usus affectavit scribere et ideo parum libri eius grati habentur[6].

Pomponio mostra di essere a conoscenza tanto della questione di Ligario quanto dell'orazione di Cicerone, e riconduce se non l'inizio, senza dubbio la scelta di Tuberone di dedicarsi essenzialmente (*maxime*) agli studi di diritto, alla sconfitta oratoria da questi subìta, ad opera dell'Arpinate, nel processo contro Ligario[7]. Fu uomo dottissimo, continua l'autore dell'*Enchiridion*, sia nel campo del diritto pubblico che del diritto privato, anche se, a causa dell'arcaico linguaggio, *parum libri eius grati habentur*[8].

Queste informazioni vanno integrate con altre desumibili proprio dall'orazione tenuta da Cicerone in difesa di Ligario perché da esse, in modo più ampio, è possibile ricostruire l'ambiente e le ragioni di uno scontro.

Preliminarmente è opportuno tracciare un profilo, sia pure schematico, di quella vicenda e dei suoi protagonisti.

---

[6] Il testo, in qualche punto, non è in ordine come, ad esempio, per *patricius* in luogo di *patronus*: la correzione è del Mommsen. In generale, sul problema critico dell'*Enchiridion* pomponiano e, in particolare, sulla *successio auctorum*, della vastissima letteratura mi limito a ricordare F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it., Firenze. 1968, p. 300 e ss.; D. NÖRR, *Pomponio o dell'intelligenza storica*, cit., p. 167 e ss.; M. BRETONE, *Tecniche*, 2ª ed., cit., p. 209 e ss.; E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 261 e ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, 2ª ed., Torino, 2017, p. 153 e ss., p. 369 e ss.; F. NASTI, *Pensiero greco e giuristi romani: ricerche sull'Enchiridion di Pomponio*, in A. Schiavone (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, 2017, p. 161 e ss. Sulla conoscenza, da parte di Pomponio, delle opere di Cicerone, v. le osservazioni di M. BRETONE, *ivi*, p. 11 e ss.; p. 183 e ss. Critico circa la possibilità di uno studio organico e sistematico di Pomponio dell'opera ciceroniana è D. NÖRR, *ivi*, p. 185 e ss.

[7] L'uso dell'avverbio *maxime*, induce a credere che il giurista svolgesse attività giuridica anche prima del processo contro Quinto Ligario.

[8] Pomponio usa il verbo al presente e, quindi, fa riferimento alla scarsa fortuna dell'opera di Tuberone all'epoca degli Antonini; non si può, però, escludere che le cose stessero un po' diversamente nell'età precedente, anche in considerazione del fatto che il nostro è ricordato con una certa frequenza da Celso: sul punto v. oltre alla nt. 49. Sulla valutazione pomponiana di Tuberone, diffusamente V. SCARANO USSANI, *Tuberone*, cit., p. 91 e ss.

Quinto Ligario, originario della Sabina e appartenente all'ordine equestre[9], era forse parente di quel P. Ligaro Afranio fatto uccidere da Cesare nel 46 a.C.[10]. Nel 50 a.C. fu inviato in Africa come legato del propretore C. Considio Longo; nel frattempo a Roma scoppiava la guerra civile. Allo scadere dell'anno di carica, il governatore lasciò la provincia nelle mani di Ligario il quale[11], molto vicino a P. Atta Varo, collaborò con questi contro Cesare, ostacolando lo sbarco di Lucio Elio Tuberone in Africa[12]. L'ultima circostanza trova conferma in:

Caes., *bell. Civ.* 1.31.2-3: *Tubero, cum in Africa venisset, invenit in provincia cum imperio Attium Varum; qui ad Auximum, ut supra demonstravimus, amissis cohortibus protinus ex fuga in Africam pervenerat atque eam sua sponte vacuam occupaverat dilectuque habito duas legiones effecerat, hominum et locorum notitia et usu eius provinciae nactus aditus ad ea conanda, quod paucis ante annis ex praetura eam provinciam obtinuerat. Hic venientem Uticam navibus Tuberonem portu atque oppido prohibet neque adfectum valetudine filium exponere in terra patitur, sed sublatis ancoris excedere eo loco cogit.*

Dunque Varo non consentì a Lucio Tuberone nemmeno lo sbarco del figlio malato e lo costrinse a levare le ancore e ad allontanarsi da quei luoghi. Dal frammento non si evince, però, né il ruolo di Ligario né un giudizio su Lucio Tuberone. Più interessante è:

---

[9] Cic., *pro Lig.* 11.32: *In Q. Ligario conservando multis tu quidem gratum facies necessariis tuis, sed hoc, quaeso, considera, quod soles. Possum fortissimos viros Sabinos, tibi probatissimos, totumque agrum Sabinum, florem Italiae ac robur rei publicae, proponere. Nosti optime homines. Animadverte horum omnium maestitiam et dolorem.*

[10] Cfr. Caes., *bell. Afr.* 64.1; Cic., *ad Att.* 13.44.3.

[11] Cic., *pro Lig.* 1.2: *Q. enim Ligarius, cum esset nulla belli suspicio, legatus in Africam C. Considio profectus est, qua in legatione et civibus et sociis ita se probavit ut decedens Considius provincia satis facere hominibus non posset, si quemquam alium provinciae praefecisset.* Cfr. Schol. Gron. 291 Stangl. C. Considio Longo aveva lasciato la provincia per porre la sua candidatura al consolato: cfr. F. MÜNZER, *Considius*, n. 2, in *PW*, vol. VI, 1, 1990, p. 2267; T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. II, New York, 1951-52, rist. 1986, p. 250.

[12] Cfr. E. KLEBS, *Attius*, n. 32, in *PW*, vol. II, 2, 1896, p. 2256; P. ROMANELLI, *Storia delle province dell'Africa*, Roma, 1959, p. 114. Secondo A. CRISTOFORI, *Note prosopografiche su personaggi di età tardo repubblicana*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 90, (1992), p. 55 e ss., forse Vario e Ligario si opposero all'arrivo di Tuberone perché la sua posizione, nel conflitto tra Cesare e Pompeo, non era ancora chiara, e poteva «in qualche modo danneggiare la causa pompeiana», ma si trattava di ingiustificati timori, considerata la nota evoluzione degli eventi.

Cic., *pro Lig.* 7.21-22: *Tuberonis sors coniecta est ex senatus consulto, cum ipse non adesset, morbo etiam impediretur; statuerat excusari. Haec ego novi propter omnis necessitudines, quae mihi sunt cum L. Tuberone: domi una eruditi, militiae contubernales, post adfines, in omni vita familiares; magnum etiam vinculum, quod isdem studiis semper usi sumus. Scio Tuberonem domi manere voluisse; sed ita quidam agebant, ita rei publicae sanctissimum nomen opponebant, ut, etiam si aliter sentiret, virorum tamen ipsorum pondus sustinere non posset. Cessit auctoritati amplissimi viri, vel potius paruit: una est profectus cum eis, quorum erat una causa. Tardius iter fecit, itaque in Africam venit iam occupatam. Hinc in Ligarium crimen oritur vel ira potius. Nam, si crimen est voluisse, non minus magnum est vos Africam, arcem omnium provinciarum, natam ad bellum contra hanc urbem gerendum, obtinere voluisse quam aliquem se maluisse. Atque is tamen aliquis Ligarius non fuit; Varus imperium se habere dicebat, fascis certe habebat.*

Dal lungo brano riportato, emergono due aspetti particolarmente significativi. Il primo è dato dall'effettiva responsabilità di Varo nella vicenda d'Africa, il secondo dall'iniziale incertezza di Lucio Tuberone nell'accettare l'incarico assegnatogli dal senato[13]. Impossibilitato a sbarcare nella provincia, Tuberone, con il figlio Quinto, cercò rifugio in Macedonia presso Pompeo[14], al fianco del quale combatté fino alla disfatta di Farsalo, avvenuta il 9 agosto del 48 a.C. In prosieguo di tempo, i due Tuberone si riavvicinarono a Cesare e ne ottennero il perdono[15]. Nel 46 a.C., quando Ligario era già in esilio[16], Quinto Elio Tuberone promosse contro di lui l'accusa di *perduellio* per essersi alleato con Giuba, re della Numidia, contro Roma[17]. Sempre da

---

[13] Sul *cursus honorum* di Lucio Elio Tuberone, v. E. KLEBS, *Aelius*, n. 150, *PW*, vol. I, 1, 1893, p. 534; T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates*, vol. II, cit., p. 182, p. 186, p. 191; ID., *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. III, Supplement, Atlanta, 1986, p. 4; A. CRISTOFORI, *Note prosopografiche,* cit., p. 137.

[14] Cicerone, in altri luoghi dell'orazione, non manca di sottolineare che, di fronte all'oltraggio ricevuto, i due Tuberone si sarebbero dovuti recare da Cesare e non da Pompeo: cfr. Cic., *pro Lig.* 8.25; 9.27.

[15] Cic., *pro Lig.* 5.15: *Quam multi enim essent de victoribus qui te crudelem esse vellent, cum etiam de victis reperiantur! Quam multi qui cum a te ignosci nemini vellent, impedirent clementiam tuam, cum etiam hi quibus ipsis ignovisti nolint te esse in alios misericordem!*

[16] Caes., *bell. Afr.* 89.2: *Id adveniens potitur, deinde Hadrumetum pervenit. Quo cum sine mora introisset, armis frumento pecuniaque considerata Q. Ligario C. Considio filio qui tum ibi fuerant vitam concessit.*

[17] Secondo V. SCARANO USSANI, *Tuberone*, cit., p. 89 e nt. 9 e ID., *Una figura emblematica*, cit., p. 56 nt. 9, probabilmente si trattava di un'accusa di *imminuta maiestas* oppure *de vi*, sebbene «non possa del tutto escludersi l'ipotesi che fosse basata sulla *lex Hirtia de Pompeianis* o addirittura si debba considerare il procedimento una "procédure extra-judiciaire", dando rilievo all'espressione "*novum crimen*", utilizzata da

Quintiliano si deduce agevolmente che il giovane Tuberone non si lasciò sfuggire l'occasione per coniugare, con l'accusa contro Ligario, la difesa sua e del padre entrambi 'colpevoli' di essere stati, in un recente passato, molto vicini a Pompeo[18]. Cesare, che presiedeva il tribunale in base ai suoi poteri di *dictator*, benché in un primo tempo fosse fermamente intenzionato a pronunziare un giudizio di condanna, fu poi convinto dalla sapiente oratoria di Cicerone ad assolvere l'imputato[19].

L'accusa di aver militato con i pompeiani viene rivolta da Cicerone a Tuberone in uno dei punti più concitati della *Ligariana*:

Cic., *pro Lig.* 3.9: *Quid enim, Tubero, tuus ille destrictus in acie Pharsalica gladius agebat? Cuius latus ille mucro petebat? Qui sensus erat armorum tuorum? Quae tua mens, oculi, manus,*

Cicerone (*Pro Lig. 1.1)*», in ogni caso, osserva successivamente l'A., l'intento di Tuberone era quello di presentare Ligario «come un traditore della repubblica». Su questi temi cfr. pure A.M. DE MICHELI, *Su due processi dell'età di Cesare. I processi di Ligario e Deiotaro*, in M. Bianchini - G. Viarengo (a cura di), *Studi in onore di F. De Marini Avonzo*, Torino, 1999, p. 145 e ss.

[18] Quint., *Inst. Or.* 11.1.80: *Tubero iuvenem se patri haesisse, illum a senatu missum non ad bellum, sed ad frumentum coemendum ait, ut primum licuerit a partibus recessisse: Ligarium et perseverasse et non pro Cn. Pompeio, inter quem et Caesarem dignitatis fuerit contentio, cum salvam uterque rem publicam vellet, sed pro Iuba atque Afris inimicissimis populo Romano stetisse.* Secondo A. BOTTIGLIERI, *Maximi viri*, cit., p. 73, il primo obiettivo che Tuberone cerca di perseguire è quello di sottrarre il padre alla responsabilità della partecipazione alla guerra. È questo «il senso della prima parte del testo di Quintiliano, allorché si fa riferimento ai compiti di Lucio Elio: l'acquisto di provvigioni di frumento e il sottrarsi, non appena possibile, dal parteggiare per Cesare o Pompeo. Nella seconda parte del brano, Tuberone tenta di liberarsi da un'accusa precisa: quella di aver militato con i Pompeiani. Egli respinge questa accusa: la guerra civile è per lui una *contentio dignitatis* tra Cesare e Pompeo», mentre la colpa di Ligario consiste nell'aver preso posizione per il re Giuba, nemico del popolo romano. Certamente, come non manca di sottolineare l'A., la testimonianza riflette la profonda ammirazione di Quintiliano nei confronti di Cicerone, ma ciò non ne indebolisce il valore. Approfondita analisi della figura di Tuberone nell'*Institutio Oratoria,* in V. SCARANO USSANI, *Una figura emblematica*, cit., p. 55 e ss., secondo cui il retore spagnolo, oltre a sottolineare l'inferiorità tecnica dell'avversario dell'Arpinate, mette in evidenza anche «caratteristiche di sicuro non poco deteriori sul piano etico» che, pertanto, lo rendono molto diverso dal modello di *vir bonus dicendi peritus*. Esprime qualche riserva sul motivo per cui Lucio Tuberone fu mandato in Africa, R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and the Augustan Principate*, Johannesburg, 1967, p. 143.

[19] Così Plut., *Cic.* 39.7· ἐπεὶ δ᾽ ἀρξάμενος λέγειν ὁ Κικέρων ὑπερφυῶς ἐκίνει, καὶ προὔβαινεν αὑτῷ πάθει τε ποικίλος καὶ χάριτι θαυμαστὸς ὁ λόγος, πολλὰς μὲν ἱέναι χρόας ἐπὶ τοῦ προσώπου τὸν Καίσαρα, πάσας δὲ τῆς ψυχῆς τρεπόμενον τροπὰς κατάδηλον εἶναι, τέλος δὲ τῶν κατὰ Φάρσαλον ἀψαμένου τοῦ ῥήτορος ἀγώνων, ἐκπαθῆ γενόμενον τιναχθῆναι τῷ σώματι καὶ τῆς χειρὸς ἐκβαλεῖν ἔνια τῶν γραμματείων. τὸν δ᾽ οὖν ἄνθρωπον ἀπέλυσε τῆς αἰτίας βεβιασμένος. Quanto a Ligario, non nutrì alcun sentimento di gratitudine nei confronti di Cesare, tant'è vero che partecipò alla congiura di Bruto: cfr. Plut., *Brut.* 11; App., *bell. Civ.* 2.113. Fu poi ucciso durante il secondo triumvirato: cfr. App., *bell. Civ.* 4.22.

ardor animi? Quid cupiebas, quid optabas? Nimis urgeo; commoveri videtur adulescens. Ad me revertar. Isdem in armis fui.

Lucio e Quinto Tuberone combatterono dunque nelle file pompeiane. Cicerone è un testimone attendibile soprattutto per i legami assai stretti che ebbe col padre del giurista e che è opportuno, adesso, cercare di ricomporre.

2. Tuberone e Cicerone: le ragioni di uno scontro

Più volte, nella *pro Ligario*, l'Arpinate mette in evidenza la comunanza di studi e i rapporti di stretta familiarità (forse di parentela) che lo legano a Lucio Tuberone. Egli fa spesso uso di termini quali *propinquus*, *propinqua cognatio*, *affinis*, che inducono a ritenere intense le relazioni tra i due uomini[20]. Inoltre, non è senza significato il rilievo che il tono dell'orazione è tenuto su un piano misurato e, anche quando l'attacco personale è portato con decisione e talora con durezza, esso viene poi mitigato da notazioni positive e da giudizi di valore non ostili all'avversario[21]. Ciò, del resto, trova conferma in:

Cic., *ad Att.* 13.20.2: *Ad Ligarianam de uxore Tuberonis et privigna neque possum iam addere (est enim pervulgata) neque Tuberonem volo offendere; mirifice est enim* φιλαίτιος.

La lettera è databile, seguendo il comune orientamento, alla metà dell'anno 45 a.C., dunque pochi mesi dopo lo svolgimento del processo. Si noti come l'Arpinate oppone un rifiuto all'amico, che gli offriva un argomento pungente, perché non intende offendere Tuberone, del quale conosce l'estrema suscettibilità. Emerge anche

---

[20] Sui rapporti tra Lucio Tuberone e Cicerone v. Cic., *pro Lig.* 1.1: *Novum crimen, C. Caesar, et ante hunc diem non auditum propinquus meus ad te Q. Tubero detulit;* 3.8: *Atque haec propterea de me dixi ut mihi Tubero, cum de se eadem dicerem, ignosceret; cuius ego industriae gloriaeque faveo vel propter propinquam cognationem*; 5.12: *Novi enim te, novi patrem, novi domum nomenque vestrum*; 7.21: *Haec ego novi propter omnis necessitudines quae mihi sunt cum L. Tuberone: domi una eruditi, militiae contubernales, post adfines, in omni vita familiares.*

[21] P. GAGLIARDI, *Il dissenso e l'ironia. Per una rilettura delle orazioni "cesariane" di Cicerone*, Napoli, 1997, p. 51 e ss. e nt. 6, parla, in proposito, di 'aria paterna' assunta dall'Arpinate nei confronti del giovane Tuberone.

qui una sorta di cautela che è spiegabile solo con la saldezza dei rapporti che intercorrevano tra i due uomini.

Tuttavia, la natura di questi legami non può essere ricondotta semplicemente ai rapporti familiari o alla comune attività politica. Essa ebbe radici più profonde che si possono rintracciare nell'ambito delle attività culturali dei due esponenti del partito pompeiano[22].

Un dato che non può essere considerato estrinseco, è costituito dalla profonda conoscenza che Cicerone mostra di avere di Quinto Elio Tuberone 'il vecchio', giurista che egli definiva *durus, incultus*, *horridus*, amico dell'Emiliano e deciso avversario dei Gracchi[23]. Cicerone ne fa uno dei protagonisti del *De re publica*, nonostante il fatto, altamente probabile, che questo personaggio non fu certo tra i *leaders* dell'ambiente scipionico. La spiegazione di questa singolare circostanza può essere rintracciata nella possibilità che l'Arpinate fosse in possesso di fonti affidabili, le quali potevano essergli fornite dall'opera di Lucio Elio Tuberone. A questo proposito va rilevato che la data del *De re publica* cade tra la primavera del 54 e l'anno 51 a.C. e che l'opera fu preceduta da un intenso scambio epistolare col fratello Quinto. Si noti pure che Lucio Tuberone era stato legato di Quinto per circa tre anni e doveva perciò avere con lui buona amicizia[24]. È dunque assai probabile che le numerose notizie che Cicerone mostra di possedere su Tuberone 'il vecchio' gli siano pervenute dall'opera di Lucio Elio Tuberone.

---

[22] Cic., *pro Lig.* 4.10: *Atque in hac causa non nihil equidem, Tubero, etiam tuam, sed multo magis patris tui prudentiam desidero, quod homo cum ingenio tum etiam doctrina excellens genus hoc causae quod esset non viderit*; 5.12: *Studia generis ac familiae vestrae virtutis, humanitatis, doctrinae, plurimarum artium atque optimarum nota mihi sunt*; 7.21: *Domi una eruditi.* Sulla cultura accademica di Lucio Tuberone v. E. KLEBS, *Aelius*, n.150, cit., p. 537.

[23] Cic., *Brut.* 31.117: *Et quoniam Stoicorum est facta mentio, Q. Aelius Tubero fuit illo tempore, L. Pauli nepos; nullo in oratorum numero sed vita severus et congruens cum ea disciplina quam colebat, paulo etiam durior; qui quidem in triumviratu iudicaverit contra P. Africani avunculi sui testimonium vacationem augures quo minus iudiciis operam darent non habere; sed ut vita sic oratione durus incultus horridus; itaque honoribus maiorum respondere non potuit. Fuit autem constans civis et fortis et in primis Graccho molestus, quod indicat Gracchi in eum oratio; sunt etiam in Gracchum Tuberonis. Is fuit mediocris in dicendo, doctissumus in disputando.* Su Quinto Elio Tuberone, amico di Panezio e membro del circolo degli Scipioni, v. F.M. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, cit., p. 73 e ss.

[24] Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates*, vol. II, cit., p. 198.

Una testimonianza utilissima, in tal senso, si può ricavare da:

Cic., *ad Quint. frat.* 1.1.10: *Quamquam legatos habes eos qui ipsi per se habituri sint rationem dignitatis suae; de quibus honore et dignitate, et aetate praestat Tubero, quem ego arbitror, praesertim cum scribat historiam, multos ex suis annalibus posse deligere: quos velit et possit imitari.*

La lettera, risalente agli inizi del 59 a.C., contiene una serie di suggerimenti di Cicerone al fratello, proconsole in Asia e, fra essi, vi è quello di utilizzare i legati e, in particolare, Lucio Elio Tuberone, al quale l'Arpinate attribuisce la possibilità, in quanto storico, di scegliere *ex suis annalibus* modelli da imitare.

È importante sottolineare il fatto che, già in quella data, Lucio Tuberone era ben noto come scrittore di Annali. Cicerone doveva conoscerli bene e non è ardito credere che si trattasse di un materiale di tradizione familiare se il riferimento ai 'modelli di dignità' non è semplice affermazione retorica[25].

L'esame delle fonti consente dunque di ottenere un elemento assai rilevante che consiste nella saldezza dei legami tra Cicerone e Lucio Elio Tuberone.

3. Gli anni del consenso

Gli intrecci, le tensioni, il tono vibrante, le accuse e le difese e, più in generale, il tessuto stesso dell'orazione in difesa di Ligario hanno, però, un loro intrinseco valore poiché non si deve dimenticare che quella che si ha davanti non è una qualsiasi orazione di Cicerone ma costituisce, al di là dell'occasione del processo, un punto di riferimento preciso nel corso del pensiero politico ciceroniano e, al contempo, la prova di una svolta[26]. Solo tenendo ferma questa valutazione, si potranno bene

---

[25] Sul forte senso di appartenenza di Tuberone nei confronti della sua famiglia, v. oltre ai paragrafi 4 e 5.

[26] La *pro Ligario*, con la *pro Marcello* e la *pro rege Deiotaro*, è una delle cosiddette orazioni cesariane, espressione del pensiero politico ciceroniano, negli anni immediatamente successivi alla battaglia di Farsalo. A partire dal 47 a. C., come osserva E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda repubblica*, Napoli, 1954, p. 351, era iniziato «il tentativo di riconciliazione con Cesare attraverso gli elementi moderati della sua *pars* e, contemporaneamente, la ripresa dei contatti con gli ottimati e con i più giovani e transigenti pompeiani, disposti all'accordo con il vincitore». Le orazioni cesariane, continua l'A., *ivi*, p. 357, rappresentano «il maggior

intendere i temi della polemica politica che emergono, qua e là, in tutto l'arco del discorso. Del resto, le tracce di questa svolta si colgono, più ancora che nella lettera ad Attico precedentemente esaminata[27], in:

Cic., *ad Att.* 13.12.2: *Ligarianam praeclare vendidisti. Posthac quicquid scripsero, tibi praeconium deferam*[28].

È noto che l'orazione fu pubblicata solo parecchi mesi dopo lo svolgimento del processo. Cicerone, infatti, vi lavorò a lungo, certamente consapevole dell'importanza politica di quest'opera, consultandosi con Attico[29]. Si può agevolmente supporre che l'amico, abile mediatore tra i gruppi dirigenti della politica romana, abbia avuto un ruolo determinante nel renderla pubblica. L'orazione rappresentava un momento centrale della 'grande illusione' ciceroniana che sarebbe durata fino al maggio del 45 a.C., epoca in cui, fallita o meglio snaturata l'*epistula ad Caesarem* per il decisivo intervento dell'*entourage* cesariano, Cicerone si renderà conto del fatto che il progetto egemonico del dittatore gli sottraeva ogni possibile ruolo[30]. Ma nell'epoca in esame, lo slancio si potrebbe dire 'filo-cesariano' di Cicerone, sorretto dall'opera paziente di Balbo e di Attico, era ancora vitale. La *pro Ligario* lo testimonia. Perciò le ragioni di quello scontro di cui si è andati alla ricerca sono qui,

---

tentativo teorico di ridurre la *clementia* cesariana ed il suo programma entro i limiti costituzionali, piegandola agli ideali morali e politici sempre auspicati dal nostro e agli schemi del *consensus omnium bonorum*».

[27] Cic., *ad Att.* 13.20.2, sopra al paragrafo 2.

[28] Cfr. Cic., *ad Att.* 13.19.2: *Ligarianam, ut video, praeclare auctoritas tua commendavit. Scripsit enim ad me Balbus et Oppius mirifice se probare ob eamque causam ad Caesarem eam se oratiunculam misisse.*

[29] Su quella che ancora Pomponio (D. 1.2.2.46, sopra al paragrafo 1) definisce *oratio satis pulcherrima*, v., tra i molti, G. WALSER, *Der Prozess gegen Q. Ligarius im Jahre 46 v. Chr,* in *Historia*, 8 (1959), p. 90 e ss., nonché lo studio di K. KUMANIECKI, *Der Prozess des Ligarius*, in *Hermes*, 95 (1967), p. 434 e ss.

[30] Nel maggio del 45 a.C., Cicerone finì di scrivere una lettera a Cesare in cui gli rivolgeva consigli ed elogi (Cic., *ad Att.* 12.40.2, usa il termine greco συμβουλευτικὸν), ma poiché i più stretti collaboratori del dittatore gli richiesero numerose modifiche, egli decise di non spedirla e di distruggerla. Cic., *ad Att.* 13.27.1: *De epistula ad Caesarem, nobis vero semper rectissime placuit ut isti ante legerent. Aliter enim fuissemus et in hos inofficiosi et in nosmet ipsos, si illum offensuri fuimus, paene periculosi. Isti autem ingenue, mihique gratum quod quid sentirent non reticuerunt; illud vero vel optime, quod ita multa mutari volunt ut mihi de integro scribendi causa non sit*; 13.28.2: *De epistula ad Caesarem, iurato mihi crede, non possum; nec me turpitudo deterret, etsi maxime debebat.* 13.31.3: *De epistula ad Caesarem* κέκρικα. Cfr. pure *ad Att.* 12.51.2, 52.2, 13.1.3.

in questo gruppo dirigente battuto, teso a riorganizzare le sue fila e pronto a confrontarsi con il nuovo centro del potere.

Di questo centro del potere, Quinto Elio Tuberone faceva già parte. È vero, Pomponio sembra affermare che il passaggio di Tuberone al diritto, avvenuto dopo la *Ligariana*, sarebbe coinciso con un preciso orientamento, proprio perché il giurista scelse come suo maestro Aulo Ofilio, molto legato a Cesare. Tuttavia, si può affermare che il consenso al dittatore dovette verificarsi anche prima del 46 a.C., coronando un disegno articolato e complesso.

Sotto questo aspetto, l'orazione di Cicerone in difesa di Ligario è esemplare: emerge, con decisione, la natura dello scontro che non è tra due pompeiani, ma tra l'oratore e il suo avversario che si muove, con autorità, nell'area del potere cesariano. È qui il senso dell'orazione. Ma le tracce del consenso si colgono anche nel testo di Quintiliano: mi riferisco, in particolare, all'idea della guerra civile intesa come *contentio dignitatis* tra Cesare e Pompeo[31].

Ad una prima lettura, l'impressione è che Tuberone voglia accentuare l'amicizia e attenuare la contrapposizione tra Cesare e Pompeo. Il problema è, però, più complesso e su di esso occorre soffermarsi per ben comprendere la nascita e il ruolo di una posizione politica tesa a raccogliere le fila dell'élite culturale tardo-repubblicana.

---

[31] Cfr. S. MAZZARINO, *Il pensiero storico*, cit., p. 397 e M. BRETONE, *Tecniche*, 2ª, cit., p. 18 e ss., che si basano prevalentemente sul famoso testamento di Cesare in favore di Pompeo: Suet., *Iul.* 83.1: *Quintus Tubero tradit heredem ab eo scribi solitum ex consulatu ipsius primo usque ad initium civilis belli Cn. Pompeium, idque militibus pro contione recitatum*. Per R. SYME, *La rivoluzione romana*, tr. it., Torino, 1962, p. 55, ciò che stava più a cuore a Cesare era il suo onore, il suo prestigio «tutti sommati nella parola latina *dignitas*. […] Piuttosto che cedere su questo punto fece ricorso alle armi»; cfr. Caes., *bell. Civ.* 1.9.2: *sibi semper primam fuisse dignitatem vitaque potiorem*. Questa *dignitas* va intesa, secondo A. FRASCHETTI, *Giulio Cesare*, Roma-Bari, 2005, p. 71 e ss., come un sistema di valori in cui «convergono la difesa del proprio rango, l'acquisizione di un'alta posizione politica e dunque dei privilegi che ne conseguivano». In generale sul complesso tema della *contentio dignitatis*, sempre fondamentale K. RAAFLAUB, *Dignitatis contentio. Studien zur Motivation und politischen Taktik im Bürgerkrieg zwichen Caesar und Pompeius*, München, 1974, *passim*.

L'idea della concordia cesariano-pompeiana, non può, con riferimento a Tuberone, essere interpretata come espressione di una equivalenza di giudizi sui due uomini. Dal testo di Quintiliano si ricava agevolmente l'idea della salvezza della repubblica voluta da entrambi i protagonisti della guerra civile; ma non va dimenticato che essa nasce dopo Farsalo, quando cioè il regime pompeiano aveva ricevuto il colpo decisivo[32]. Il tema della concordia che Tuberone riprende nel notissimo frammento relativo al testamento di Cesare è, quindi, un tema cesariano ed è difficilmente collegabile alle posizioni pompeiane[33]. Del resto, esso era stato tra i principali motivi della propaganda del dittatore, svolta con accortezza soprattutto da Oppio, al quale Tuberone aveva dedicato, non a caso, un'opera, e da Pollione, che sosteneva l'originaria amicizia tra Cesare e Pompeo[34].

---

[32] Per A. BOTTIGLIERI, *Maximi viri*, cit., p. 73, il tentativo di riproporre quelle posizioni culturali avviene dopo la conquista del potere da parte di Cesare e «perciò il cosiddetto "disegno conciliativo" ha, al suo fondamento, il consolidato spostamento della fascia culturale filo pompeiana nel campo cesariano». La crisi dell'ideologia pompeiana è bene espressa da E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano*, cit., p. 109 ss.

[33] Suet., *Iul.* 83.1, sopra alla nt. 31. Sulla lunga storia dell'ideologia romana della *concordia ordinum*, v. E. LEPORE, *Il pensiero politico romano del I secolo*, in A. Momigliano – A. Schiavone (a cura di) *Storia di Roma*, vol. II, *L'impero mediterraneo, 1. La repubblica imperiale*, Torino, rist. 1990, p. 860. Per Plutarco, *Caes.* 13.5, non fu la discordia, ma la concordia tra Cesare e Pompeo a dare vita alle guerre civili: οὐ γάρ, ὡς οἱ πλεῖστοι νομίζουσιν, ἡ Καίσαρος καὶ Πομπηΐου διαφορὰ τοὺς ἐμφυλίους ἀπειργάσατο πολέμους, ἀλλὰ μᾶλλον ἡ φιλία, συστάντων ἐπὶ καταλύσει τῆς ἀριστοκρατίας τὸ πρῶτον, εἶθ' οὕτως καὶ πρὸς ἀλλήλους διαστάντων. Che i propositi di concordia non avessero trovato eco nell'animo di Pompeo è tesi sostenuta da F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, vol. III, Napoli, 1973, p. 199.

[34] La tendenza storica di Quinto Elio Tuberone volta ad accentuare l'amicizia più che la contrapposizione tra Cesare e Pompeo, fu poi svolta da Asinio Pollione, storico di tutt'altra formazione: così S. MAZZARINO, *Il pensiero storico*, cit., p. 397. In ogni caso, che la *concordia* sia tema cesariano è provato dal 'manifesto' di Cesare nella lettera di Oppio e Balbo a Cicerone: Cic., *ad Att.* 9.7A.1-2: *Nos si id quod nostro iudicio Caesarem facere oportere existimamus, ut, simul Romam venerit, agat de reconciliatione gratiae suae et Pompei, id eum facturum ex ipso cognovissemus, <non desineremus> te hortari ut velles iis rebus interesse, quo facilius et maiore cum dignitate per te, qui utrique es coniunctus, res tota confieret; aut si ex contrario putaremus Caesarem id non facturum et etiam velle cum Pompeio bellum gerere sciremus, numquam tibi suaderemus contra hominem optime de te meritum arma ferres, sicuti te semper oravimus ne contra Caesarem pugnares. Sed cum etiam nunc quid facturus Caesar sit magis <sit> opinari quam scire, non possumus nisi hoc, non videri eam tuam esse dignitatem neque fidem omnibus cognitam ut contra alterutrum, cum utrique sis maxime necessarius, arma feras, et hoc non dubitamus quin Caesar pro sua humanitate maxime sit probaturus. Nos tamen, si tibi videbitur, ad Caesarem scribemus ut nos certiores faciat quid <in> hac re acturus sit. A quo si erit nobis rescriptum, statim quid sentiamus ad te scribemus et tibi fidem faciemus nos ea suadere quae nobis videntur tuae dignitati, non Caesaris actioni esse utilissima; et hoc Caesarem pro sua indulgentia in suos probaturum putamus.* Sull'azione dei cesariani moderati cfr. le considerazioni di R. SYME, *La rivoluzione*, cit., p. 70 ss.; A. LA PENNA, *Sallustio e la «rivoluzione romana»*, Milano, 1968, p. 117. Su Pollione e il suo atteggiamento v. ancora S. MAZZARINO, *ivi*, p. 397 e ss.

La scelta di Ofilio, giurista 'cesariano'; i contatti, non episodici, con Oppio che, insieme con Balbo, Pansa e Irzio, svolgeva un'abile opera di convinzione in ambienti culturali esitanti o neutrali; la concordanza con Pollione, contro cui pure si era misurato a Farsalo, sono atti non incerti che provano come gli anni vissuti da Tuberone, a partire dalla crisi post farsalica fino alla morte del dittatore, possono bene essere intesi, nei confronti dell'ambiente cesariano – e di Cesare stesso – come gli anni del consenso[35].

4. Una 'polemica' a distanza

Un altro testo è ora utile valutare con attenzione. Si tratta di:

Gell., *noct. Att.* 14.8.1-2: *Praefectum urbi Latinarum causa relictum senatum habere posse Iunius negat, quoniam ne senator quidem sit neque ius habeat sententiae dicendae, cum ex ea aetate praefectus fiat quae non sit senatoria. M. autem Varro in IIII epistolicarum quaestionum et Ateius Capito in coniectaneorum VIII, ius esse praefecto senatus habendi dicunt; deque ea re adsensum esse Capito Varronem Tuberoni contra sententiam Iunii refert: «Nam et tribunis – inquit – plebis senatus habendi ius erat, quamquam senatores non essent ante Atinium plebiscitum».*

Il ricordo gelliano è incentrato su un'interessante polemica, che travalicando un pur ampio arco di tempo, vede fronteggiarsi le opinioni di M. Giunio Congo Graccano[36] e quelle di Tuberone e Varrone. Il tramite, evidentemente, è costituito dai *Coniectanea* di Capitone, opera certamente letta da Gellio[37].

---

[35] Come osserva F.M. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, cit., p. 100, tra i giuristi cominciò a farsi strada l'idea che il prestigio scientifico non fosse «separabile da una sorta di nuova *dignitas*, costituita dalla *familiaritas* con chi detiene il potere».

[36] Su Giunio Congo Graccano v. Lucil., *Carm.* 595-596; Cic., *de or.* 1.256, *pro Plan.* 58; Plin., *nat. hist.* 33.36. In merito all'identificazione del Graccano con il Giunio Congo citato da Cicerone, v. part. B. ZUCCHELLI, *Un antiquario romano contro la "nobilitas": M. Giunio Congo Graccano*, in *Studi Urbinati*, 49, N.S. (1975), p. 109 e ss., con ampia rassegna della precedente letteratura. Differenziano, invece, i due personaggi, J. POUCET, *Recherches sur la légende sabine des origines de Rome*, Louvain-Kinshasa, 1967, p. 339; D. MUSTI, *Tendenze della storiografia romana e greca su Roma arcaica. Studi su Livio e Dionigi di Alicarnasso*, in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica* 10 (1970), p. 48 nt. 45.

[37] Cfr. A. BOTTIGLIERI, *Maximi viri*, cit., p. 78.

Per quanto riguarda i termini del problema, essi possono essere colti nella possibilità che abbia o meno il *praefectus urbi Latinarum causa relictum* di convocare il senato[38]. Le motivazioni del Graccano, tese a perseguire una limitazione dei poteri del *praefectus urbi*, appaiono abbastanza rigorose; più specioso sembra, invece, l'argomento di Varrone e Capitone. Quest'ultimo, stando a Gellio, riferisce che Varrone concordava con Tuberone il quale, contro il parere di Giunio Graccano, motivava l'opinione favorevole ad attribuire tale potere al *praefectus urbi Latinarum causa relictum* adducendo che anche i tribuni della plebe avevano il diritto di presiedere il senato, pur non essendo, fino al plebiscito Atinio, senatori[39].

Ma quali erano i motivi dell'opposizione di Tuberone? È certo che la funzione del *praefectus urbi* subisce, dopo la morte di Giuno Graccano sostanziali modifiche[40]. Ma il dato che rimane caratteristico di questa carica, consiste nel fatto che essa è, costantemente, una promanazione di colui che detiene il potere, ossia il re in età arcaica, i magistrati *cum imperio* o il *princeps* nelle età successive. Nella visione ideologica e per così dire 'democratica' di Giunio Congo Graccano, così come si è tentato, a mio parere, con successo di valutarlo[41], il *praefectus urbi* non poteva incontrare facilmente le simpatie di questo giurista. Lo sforzo che egli forse aveva compiuto nei libri *de potestatibus*, e che comunque resta testimoniato da Gellio, doveva essere quello di

---

[38] Sulle *feriae Latinae* e sul culto di *Iuppiter Latiaris*, cfr. P. CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, Torino, 1965, p. 169 e ss. In particolare sul *praefectus urbi* in età repubblicana, v. X. PÉREZ LÓPEZ, *Il «praefectus urbi» repubblicano e la sua proiezione nella tarda Repubblica e nel Principato*, in *RDR,* 12 (2013), p. 2 e ss. con fonti e letteratura.

[39] Non si può escludere che le motivazioni di Capitone, raccolte da Gellio nell'ultima parte del brano, appartengano allo stesso Tuberone.

[40] Nel 46 a.C., Cesare creò un collegio di prefetti che dovevano amministrare, in sua assenza, la città: Suet., *Iul.* 76.2: *tertium et quartum consulatum titulo tenus gessit contentus dictaturae potestate decretae cum consulatibus simul atque utroque anno binos consules substituit sibi in ternos novissimos menses, ita ut medio tempore comitia nulla habuerit praeter tribunorum et aedilium plebis praefectos que pro praetoribus constituerit, qui apsente se res urbanas administrarent*; cfr. anche Dio Cass. 42.51.3, 43.28.2. In generale sul *praefectus urbi* sempre fondamentale TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 3ª ed., vol. I, rist. Graz, 1952, p. 661 e ss.; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordung und Staatspraxis der römischen Republik. II. Die Magistratur*, München, 1995, p. 274 e ss.

[41] Così H. BARDON, *La littérature latine inconnue,* vol. I, *L'époque républicaine*, Paris, 1952, p. 145 e ss.; F. SINI, *Interpretazioni giurisprudenziali in tema di inviolabilità tribunizia (A proposito di Liv. 3,55, 6-12)*, in *Ius antiquum - Drevnee Pravo*, 1 (1996), p. 80 e ss., il quale ritiene che l'opera di Giunio Graccano, che affrontava il tema del contenuto e della gerarchia dei poteri nella Roma repubblicana (cfr. Cic., *de leg.* 3.48-49), fu composta «con l'intento neppure tanto celato, di fornire un supporto storico-giuridico alle teorie politiche dei *populares*».

circoscriverne la potestà, e mi sembra che il testo lo provi, riconducendolo alle sue dimensioni originarie[42]. Del tutto diversa, a giudicare dalla testimonianza gelliana, l'idea di Quinto Elio Tuberone dal quale ci si sarebbe attesi, in accordo con i suoi privilegiati moduli arcaici, orientamenti differenti. Ma per ben comprendere il significato politico della presa di posizione di questo giurista, occorre tener presente che Cesare creò, nel 46 a.C., un collegio di *praefecti*, riesumando dunque quest'antica figura, con scopi e funzioni nuovi e come rappresentanti del proprio potere[43]. Ciò non poteva essere ignoto a Tuberone, sia perché si trattava di un avvenimento recente, sia per la sua competenza in materia di diritto pubblico e per le sue conoscenze storiche[44]. Il prendere una tale decisione implica che il giurista si collocava nettamente nell'orbita cesariana e in modo strumentale. Infatti, che senso poteva avere in un periodo di tempo in cui alcune posizioni di Giuno Congo Graccano potevano essere decisamente superate da nuove realtà politiche e giuridiche, riproporre i termini di una polemica? La verità è che, dopo la *Ligariana*, Tuberone operò una scelta di campo

---

[42] Il *de potestatibus* si articolava in sette libri che trattavano, in ordine di decrescente importanza, le singole magistrature repubblicane. L'argomento dell'opera era affine a quella di Sempronio Tuditano, ma diversa era la prospettiva in quanto, come osserva P. CATALANO, *La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)*, in *Studi in onore di G. Grosso*, vol. VI, Torino, 1974, p. 678, Giunio Graccano non guardava «alla titolarità del potere studiato (*magistratus*) bensì alla sua natura, al suo contenuto (*potestas*). Ciò doveva avere varie implicazioni. In primo luogo, le *potestates* magistratuali erano così, studiate congiuntamente alle *potestates populi*, ed era quindi più facile porre in evidenza la derivazione di quelle da questa, cioè il fondamento popolare dei poteri magistratuali». Sul punto cfr. anche M. BRETONE, *Tecniche*, 2ª ed., cit., p. 14; F. SINI, *Interpretazioni giurisprudenziali*, cit., p. 83 e ss.

[43] Sopra alla nt. 40. Perplessità in merito al fatto che tale collegio fosse composto da *praefecti*, potrebbero nascere dalla diversa terminologia riscontrabile in Dione Cassio (42.51.3, 43.28.2), tuttavia si è generalmente inclini a ritenere che questa fosse la qualifica del collegio: cfr. G. VITUCCI, *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale*, Roma, 1956, p. 16; X. PÉREZ LÓPEZ, *Il praefectus urbi repubblicano*, cit., p. 9 e nt. 52. Non v'è dubbio, invece, che nel 45 a.C., furono creati i *praefecti feriarum Latinarum*, la cui nomina diede luogo anche a controversie giuridico-costituzionali.

[44] Com'è noto, Quinto Elio Tuberone fu anche autore di un'opera storica; difficilmente, infatti, si può sostenere la vecchia ipotesi diretta ad attribuire al padre, Lucio Tuberone, i pochi frammenti rimasti e che sono stati ordinati da H. PETER, *Historicorum Romanorum reliquiae*, 2ª ed., vol. I, Leipzig, 1914, p. 199 e ss., il quale, però, non considera Gell., *noct. Att.* 6.9.11, su cui sopra, alla nt. 4. In due di essi, dovuti a Livio (4.23.1) e a Svetonio (*Iul.* 83.1), si legge il prenome Quinto e anche Dionigi dimostra di conoscerlo bene (1.80.1). Ciò non significa escludere che il giurista abbia rielaborato materiale preesistente, dovuto al lavoro del padre, ma le sue *Historiae* ebbero comunque un carattere originale ed autonomo. Peraltro, non si trattò di un lavoro breve, considerato che Nonio (*sv. luxuriebat* p. 481) attesta l'esistenza di un quattordicesimo libro delle Storie di Quinto Tuberone. Se a questa considerazione si aggiunge il dato gelliano (7.3.1), in base al quale si deduce che ancora nei libri ottavo e nono il giurista si occupava delle vicende di M. Attilio Regolo, si può giungere alla ragionevole conclusione che l'opera fosse ampia e coprisse un cospicuo arco di tempo.

precisa: a seguito di quell'infelice esperienza oratoria, egli non optò per il diritto in una prospettiva isolazionistica, ma preferì legarsi abilmente all'ambiente cesariano. Il frammento di Gellio pone, però, un ulteriore interrogativo: qual è il senso di una polemica con Giunio Congo Graccano in una materia che, per i suoi stretti legami con le modificazioni della realtà politica, ben poco poteva dare al contrasto tecnico-giuridico? In altri termini, il rinverdirsi di una *querelle* tra il nuovo cesariano e l'uomo dei Gracchi doveva avere motivi profondi che non sono dissociabili dall'antico contrasto che aveva opposto il vecchio Tuberone, *civis constans et fortis et in primis Graccho molestus*[45], a Giunio, *qui ab amicitia eius Gracchanus appellatus est*[46].

A ben guardare, non può non cogliersi nella polemica di Tuberone 'il giovane' nei confronti del Graccano una continuità con i temi della più antica polemica politica di Tuberone 'il vecchio' nei confronti dell'uomo dei Gracchi.

A chiarimento di quanto intendo sostenere, propongo la lettura del seguente testo di Cicerone:

Cic., *de am.* 37: *Tiberium quidem Gracchum rem publicam vexantem a Q. Tuberone aequalibusque amicis derelictum videbamus. At C. Blossius Cumanus, hospes familiae vestrae, Scaevola, cum ad me, quod aderam Laenati et Rupilio consulibus in consilio, deprecatum venisset, hanc, ut sibi ignoscerem, causam adferebat, quod tanti Ti. Gracchum fecisset, ut, quidquid ille vellet, sibi faciendum putaret.*

Dal frammento emerge innanzitutto un giudizio positivo dell'Arpinate nei confronti di Tuberone 'il vecchio' che fu costretto ad abbandonare Tiberio Gracco *rem publicam vexantem*, sottraendogli così (e a buon diritto secondo Cicerone) la propria amicizia. Ma ciò che è ancora più interessante è la contrapposizione che vi è tra il giusto atteggiamento di questo giurista e quello di Blossio di Cuma[47], fedele fino

---

[45] Cic., *Brut.* 31.117, sopra alla nt. 23.
[46] Plin., *nat. hist.* 33.10.
[47] Tiberio Gracco era stato allievo del filosofo Blossio di Cuma e del retore Diofane di Mitilene: cfr. Plut., *T. Gracc.* 8.6. L'orientamento democratico del pensatore trova conferma nel fatto che, dopo la morte di

all'ultimo ed anzi ispiratore di Tiberio Gracco. Il cambiamento di parte del giovane Tuberone aveva avuto, dunque, almeno un precedente illustre che certamente non doveva essergli ignoto. Le due vicende si saldano così in una comune dimensione perché certo sarebbe difficile cogliere, in quell'uomo degli Scipioni, un atteggiamento moralistico disgiunto da una reale scelta di campo politico. La polemica, riprodotta nei confronti di Giunio Graccano a distanza di tanti anni acquista perciò un valore importante: è la testimonianza di una unità familiare riconosciuta, segno che il giurista intende porsi nel solco di una tradizione che vuole difendere e nella quale, a sua volta, trova le motivazioni ideologiche per le sue scelte certamente non troppo tormentate.

5. Il sermo antiquus: indizio di una continuità ideologica?

Torniamo ora al già esaminato Pomp., *lib. sing. Ench.* D.1.2.2.46 e, segnatamente, all''accusa' di arcaismo linguistico rivolta dal giurista adrianeo a Tuberone.

A ben guardare, il *sermo antiquus* appare una scelta voluta del giurista, non il risultato di precedenti modelli di linguaggio: dice infatti Pomponio *affectavit scribere*[48]. Nel giudizio pomponiano esso rappresenta il limite alla popolarità e, forse, anche all'*auctoritas* del giurista.

Vi è poi un altro dato da considerare. È noto che Tuberone è citato prevalentemente da Celso[49], giurista poco incline alla lode 'accademica' e anzi spesso

---

Tiberio, egli raggiunse Aristonico in Asia e quando questi fu sconfitto dai Romani, si tolse la vita: cfr. Plut., *T. Gracc.* 20.7.

[48] Pomp., *lib. sing. Ench.* D.1.2.2.46, sopra al paragrafo 1. In proposito V. SCARANO USSANI, *Tuberone*, cit., p. 91, osserva che le scarsissime testimonianze del pensiero giuridico di Quinto Elio Tuberone non «consentono di verificare la completa attendibilità della notizia pomponiana», ma proprio l'estrema esiguità dei testi pervenuti «può comunque essere interpretata come non trascurabile indizio della sua veridicità».

[49] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2ª ed., vol. II, rist. Roma, 2000, p. 378 e ss. Di tredici citazioni e frammenti tuberoniani, cinque derivano da Celso: Cels., 19 *dig.* D. 32.43; Cels., 19 *dig.* D. 33.10.7.1-2; Ulp., 71 *ad Sab.* D. 7.8.2.1; Ulp., 29 *ad ed.* D. 15.1.5.4; Ulp., 20 *ad ed.* D. 45.1.72 pr. e ciò induce alcuni studiosi ad ipotizzare che Celso avesse letto direttamente le opere di Tuberone: in tal senso C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti*, cit., p. 2 e p. 26; F.P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 122 e nt. 18; V. SCARANO USSANI, *L'arcaismo di Iuventius Celsus*, in *Ostraka*, 14 (2005), p. 79 e ss., *contra* A. BOTTIGLIERI,

dedito al commento bruciante su antichi o contemporanei 'colleghi'[50]. Al contrario, nei confronti di Tuberone egli mostra stima e rispetto, e anche nei casi in cui è costretto a dissentire da alcune sue posizioni giuridiche, lo fa a malincuore[51]. Si noti che Celso è certamente il tramite delle citazioni ulpianee di Tuberone, mentre probabilmente il tramite utilizzato da Celso sarà stato costituito dai *Coniectanea* di Ateio Capitone[52]: non è dunque senza significato che gli ambienti intellettuali adrianei abbiano rivalutato Tuberone, certamente non disprezzando, ma avendone piena consapevolezza, la sua ricerca linguistica.

La considerazione celsina di Tuberone va quindi avvertita nel quadro di un ambiente intellettuale che si poneva con attenzione problemi di linguaggio; e se Celso è ben orientato nei confronti dell'opera di Tuberone, vuol dire che ne ha accolto con finezza e attenzione i temi di fondo e le forme espositive.

Questo quadro, peraltro assai indiziario, pone comunque un'ipotesi di lavoro precisa: la scelta linguistica di Tuberone non fu, come pure potrebbe sembrare, un modello di snobismo *ante litteram*, ma è strettamente legata con le concezioni ideologiche e giuridiche del giurista per il quale il linguaggio è una scelta, non certo gusto raffinato per ardite esperienze letterarie[53]. Il recupero di modelli stilistici arcaici è il filo che serve a collegare Tuberone con i suoi predecessori e, nello stesso tempo,

---

Maximi viri, cit., p. 76 ss., la quale esclude questa possibilità e ritiene che Celso «abbia assunto referenze testuali anche da Capitone».

[50] Cfr. F. WIEACKER, *Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura* 13.1 (1962), p. 1 e ss.; M. BRETONE, *Tecniche*, 2ª ed., cit., p. 194 e ss., p. 205; V. SCARANO USSANI, *ivi*, p. 83 e ss.

[51] Come in Cels., 19 *dig.* D. 33.10.7.1-2. In proposito F.P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, cit., p. 122, osserva: «Celso ammette ch'egli è attratto dal rigore razionale, e, forse emotivamente, sollecitato dalla specifica logica di Tuberone (*ratio*), oltre che dalla prestigiosa personalità di lui (*auctoritas*), ma qui egli purtroppo deve schierarsi con Servio».

[52] Sopra al paragrafo 4.

[53] V. SCARANO USSANI, *Tuberone,* cit., p. 94, ritiene che Tuberone, nell'uso della lingua, seguì l'esempio di Tucidide, tanto nelle opere storiche quanto in quelle giuridiche. In tal senso, richiama Cels., 19 *dig.* D. 33.10.7 e, segnatamente, la determinazione della nozione di *suppellex* del giurista, ricondotta dallo studioso al modello tucidideo che, a suo giudizio, «doveva decisamente contribuire a legittimarne le scelte arcaizzanti in materia di lingua e di stile, in piena coerenza con la sua figura di tipo tardoannalistico». Anche l'uso della forma di perfetto *occecurrit* (Gell., *noct. Att.* 6.9.11), «costruita imitando la lingua greca» è, per Scarano Ussani, *ivi*, p. 92, un ulteriore indizio a suffragio della sua tesi.

lo pone al riparo dalle tensioni sociali nelle quali - e qui egli pare assai esitante - trova l'occasione temprata di una scelta.

Il giurista, e lo storico, si pone come autorevole mediatore del pensiero elaborato dai propri predecessori. Vi è dunque, a mio avviso, un'unità ideologica della famiglia dei Tuberone che peraltro le fonti letterarie testimoniano sovente con ammirazione. Molto significativo, in tal senso, è:

Val. Max 4.4.8-9: *Quid Aelia familia, quam locuples! XVI eodem tempore Aeli fuerunt, quibus una domuncula erat eodem loci, quo nunc sunt Mariana monumenta, et unus in agro Veiente fundus minus multos cultores desiderans quam dominos habebat in que circo maximo et Flaminio spectaculi locus. Quae quidem loca ob virtutem publice donata possidebant. Eadem gens nullum ante scripulum argenti habuit quam Paulus Perse devicto Q. Aelio Tuberoni genero suo quinque pondo argenti ex praeda donaret: taceo enim quod princeps civitatis filiam ei nuptum dedit, cuius pecunia tam ieiunos penates videbat. Qui ipse quoque adeo inops decessit, ut, nisi fundus, quem unum reliquerat, venisset, unde uxor eius dotem reciperet non extitisset. Animi virorum et feminarum vigebant in civitate, eorum que bonis dignitatis aestimatio cunctis in rebus ponderabatur. Haec imperia conciliabant, haec iungebant adfinitates, haec in foro, haec intra privatos parietes plurimum poterant: patriae enim rem unus quisque, non suam augere properabat pauper que in divite quam dives in paupere imperio versari malebat. Atque huic tam praeclaro proposito illa merces reddebatur, quod nihil eorum, quae virtuti debentur, emere pecunia licebat, inopiae que inlustrium virorum publice succurrebatur.*

Lo scrittore latino ricorda la modestia di questa famiglia e mette in rilievo il fatto che Emilio Paolo Macedonico, *princeps civitatis*, diede in sposa la figlia a Q. Elio Tuberone[54], pur conoscendo la sua condizione di estrema povertà. Se ancora al tempo di Valerio Massimo resisteva la tradizione dei Tuberone come famiglia legata alle

[54] Si tratta del padre di Quinto Elio Tuberone 'il vecchio': cfr. F.M. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, cit., p. 75.

antiche tradizioni e gelosa dei propri severi costumi morali, vuol dire che questo era un motivo di fondo della loro storia.

E del resto come non cogliere nella definizione pomponiana i modelli, sia pure più attenuati e sfumati del giudizio che Cicerone dava sul 'tipo' di oratoria di Tuberone 'il vecchio', *durus*, *incultus*, *horridus*[55]?

Vi è quindi un alto grado di probabilità che il giurista avversario di Cicerone abbia voluto consapevolmente vivificare i legami con il suo antico passato, in una sorta di continuità ideologica e storica, oltre che culturale, privilegiando nell'impianto stilistico e nel linguaggio arcaizzante, le linee tematiche dei Tuberone.

Keywords: Quinto Elio Tuberone, oratio pro Ligario, sermo antiquus.

Abstract: The research aims to examine on Quinto Elio Tuberone "the young", trying to recompose the vicissitudes of life, cultural and political bounds. The A. starts from Pomponio's speech, lib. sing. ench. D. 1.2.2.46 and it integrates information here included along with other deduced from the well-know speech held by Cicerone in defense of Quinto Ligario, accused by Tuberone of crimen perduellionis. The speech, with all the intricacies, its tension, vibrating tone, represents a key moment of Ciceronian political thought and it brings out the polemic tone between Cicero, symbol of a defeated leading group, but aimed at reorganizing him components and ready to confront with the new power's center, and Tuberone, his opponent, who is already part of this center of power.
The sermo antiquus, of which Pomponio speaks and which remembers, both in a tempered and nuanced way, the Cicero's view about the "type" of speech made by Tuberone "the old", looks, for the A., a choice wanted by the lawyer who wants to put along the lines of a family tradition that he wants to defend and in which he find the ideological motivations for his political choices, undoubtedly not a lot tormented.

[55] Cic., *Brut.* 31.117, sopra alla nt. 23.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Anna Bellodi Ansaloni

Professore Associato di Diritto romano, Università di Bologna

*Il processo di Gesù: dalla flagellazione alla crocifissione.**

SOMMARIO: - 1. Premessa. Certezze e ipotesi intorno alla flagellazione di Cristo. - 2. I resoconti evangelici della flagellazione. - 2.1 Marco (15,15) e Matteo (27,26). - 2.2 Giovanni (19,1). - 2.3 Luca (23,16 e 22). - 2.4 Il luogo della flagellazione. - 3. La flagellazione come epilogo processuale. - 4. Gli 'incidenti' processuali. - 5. Il *revirement* di Pilato. - 6. Conclusioni: i due giudizi.

1. Premessa. Certezze e ipotesi intorno alla flagellazione di Cristo

Nel dibattito inesausto sul processo contro Gesù la flagellazione fatta eseguire dal prefetto della Giudea Ponzio Pilato viene tendenzialmente considerata come un passaggio interinale, propedeutico al supplizio finale, tale da non porre interrogativi di rilievo e, conseguentemente, da non suscitare aspettative sul piano della ricostruzione storica e dell'interpretazione testuale[1].

Tuttavia, se è costante negli interpreti l'assenza di dubbi sulla paternità della flagellazione di Gesù, pena appartenente anche alla tradizione romana[2], deliberata e

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] La letteratura sul processo di Gesù è sterminata. Per non appesantire eccessivamente il presente contributo, si rinvia, oltre alla letteratura citata nel corso del lavoro, alla nota bibliografica (che, sia pur non recentissima, rimane comunque di base) curata da M. Miglietta in *Il processo contro Gesù*, in F. Amarelli- F. Lucrezi (a cura di), Napoli, 1999, cui mi permetto di aggiungere il mio *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Nicosia*, vol. I, Catania 2007, pp. 443 ss. Una panoramica delle principali opinioni discusse in dottrina è in F. Arcaria, *Idee vecchie e nuove sul processo contro Gesù*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 8 (2006-2007; pubbl. 2008), pp. 306 ss. Sul tema, di recente, *adde* M. Miglietta, *Il processo a Gesù tra generi letterari e 'nuove frontiere'. Annotazioni storico-giuridiche*, in V. Barsotti (a cura di), *Arte e diritto. Seminario conclusivo del Dottorato in Scienze Giuridiche. Firenze, 27 maggio 2016*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN) 2017, pp. 45 ss.; A. Schiavone, *Ponzio Pilato. Un enigma tra storia e memoria*, Torino, 2016-2017, e la recensione di M. Brutti, *L'incontro tra Pilato e Gesù (brevi note su un libro recente)*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, nuova serie, 8 (2017), pp. 569 ss.

[2] Gli studi sulla *flagellatio* nel mondo greco-romano hanno messo in luce come *flagellare* abbia la stessa radice semantica di *flagitium* (*flag-*), termine che nella Roma arcaica veniva adoperato nel senso di 'vendetta': una vendetta, però, caratterizzata da un rituale speciale – l'impiego della frusta (*flagellum*, *flagrum*) – che recava in sé un significato di tipo magico. La flagellazione, nasce con il duplice valore di atto propiziatorio (o di malaugurio) e punitivo-espiatorio, teso a ripristinare la violazione di un equilibrio. In sostanza, quindi, si trattava di una "vendetta messa in atto da chi riteneva di essere stato oggetto di un'ingiustizia". Così E. Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e Roma*, Milano, 1991, pp. 174 ss., 222 ss. L'A. riporta anche il caso di "colui che anticamente inseguiva a colpi di frusta chi lo aveva danneggiato" evidenziando come il gesto fosse finalizzato ad "attirare sul suo capo una fatale rappresaglia". La studiosa conclude in questi termini: "Il *flagitium* … poteva effettivamente essere una vendetta di carattere rituale. La *occentatio* e la *flagitatio* compiute innanzi alla porta

fatta infliggere *iussu iudicis*, secondo un *iter* decisionale che trova in Pilato il *dominus* indiscusso[3], si registrano incertezze relativamente alla collocazione processuale e, di conseguenza, alla base giuridica ed alla motivazione della decisione attinente al castigo.

Gli stessi evangelisti, peraltro, pur partecipando tutti – con varie sfumature – dell'idea che la flagellazione si collocò in un momento intermedio tra l'interrogatorio davanti a Pilato e la sentenza finale, sembrano fornire resoconti non univoci circa la funzione della stessa, che viene comunque registrata quale fatto accessorio e non entra

---

dell'offensore … presentano delle analogie con riti quali l'assedio alla porta del debitore (in uso tra l'altro anche fra gli ebrei) o l'ancor più drastico suicidio per vendetta." In tema (oltre al fondamentale studio sul *flagitium* di E. Volterra, *Flagitium nelle fonti giuridiche romane*, in *Archivio Giuridico*, 111 (1933), pp. 39 ss.) vd. anche B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Milano, 1998, p. 252. Inoltre, *flagitium* è, ad esempio, il termine che Cicerone impiega per indicare l'evento derivante dal *malum carmen* (*de rep.* 4.10.12); Orazio, poi, sembra alludere al *fustuarium supplicium* contro i poeti autori di *carmina mala*, in un passo dove gli studiosi leggono, invece, proprio il riferimento alla flagellazione a morte (*Ep.* 2.1, 152-155): E. Cantarella, *I supplizi*, cit., pp. 228 ss. Da tale passo A.D. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano. I Età repubblicana*, Milano, 1979, pp. 100 ss., ritiene attestata l'esistenza di una legge *ad hoc*. In conclusione, sin dalla sua genesi la flagellazione, quale opzione punitiva, passa attraverso l'applicazione di un meccanismo basato sull'antico sistema predecemvirale del taglione, venendo ad assumere accanto al significato originario di 'magia contro una persona o contro dei beni' quello di 'reazione'. Sotto il profilo della repressione criminale, la *flagellatio* è pena *ad coercitionem corporis*, incidente sull'onorabilità del condannato, comunemente impiegata in funzione di *castigatio* nei confronti dei servi e degli *humiliores*, in aggravamento delle modalità esecutive della *fustigatio* riservata ai liberi. V. D. 48.19.6.2 (Ulp. 9 *de off. proc.*); D. 48.19.7 (Call. 6 *de cogn.*); D. 48.2.6 (Ulp. 2 *de off. proc.*); D. 48.19.10pr. (Mac. 2 *de publ. iud.*); D. 1.15.4 (Ulp *l. sing. de off. praef. urb.*). In argomento si rinvia a A. Lovato, *Corporis coercitio (III-VI secc.)*, in *IAH*, 5 (2013), pp. 20 ss.; v. anche L. Rodríguez Ennes, *Algunas cuestiones entorno a la verberatio*, in *SDHI*, 79 (2013), pp. 883 ss.

[3] L'importanza del dato si coglie considerando che la flagellazione era una punizione praticata nell'antichità anche in Israele: "Se il colpevole merita la flagellazione, il giudice lo farà stendere per terra e lo farà fustigare in sua presenza…" (*Deut.* 25,2-3). Vedi sul punto C. Cohn, *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico*, trad. it. G. Zagrebelsky, Torino, 2000, p. 246, n. 34. I sinottici riportano diversi passi in cui lo stesso Gesù evoca la flagellazione ebraica, praticata nelle sinagoghe per ordine dei tribunali sinedriti (Mt. 10,17 e 23,34). In *Acta* 5,41 gli apostoli interrogati dal Sommo Sacerdote verranno flagellati (*caesis* - *δείραντες*) e poi rilasciati, ed andranno in giro contenti di essere stati giudicati degni di subire oltraggi per il nome di Gesù (*pro nomine Iesu contumeliam pati* – *ἀτιμασθῆναι*). In questo caso, è probabile che si sia trattato di una 'battitura' di carattere dissuasivo, più che di una vera e propria punizione per le condotte in spregio al divieto di predicare nel nome di Cristo. Invece, nelle cosiddette 'profezie della passione' Gesù anticipa le modalità della propria morte, includendo riferimenti espliciti alla flagellazione, collocandola in una fase davanti all'autorità romana. Vedi Mc. 10,33-34 ed il corrispondente Mt. 20,17-19 ove Gesù, parlando ai propri discepoli sulla via per Gerusalemme, predice lucidamente i processi che lo vedranno di fronte ai Giudei ed ai pagani. La 'profezia' attribuisce la condanna a morte al processo sinedrile (*damnare*) e in sequenza riporta la consegna ai pagani, gli oltraggi (scherni, sputi), la flagellazione (resa nel testo latino dal verbo *flagellare* e nel testo greco dal verbo *μαστιγόω*) e l'esecuzione capitale. Analoga previsione si legge in Lc. 18,32-33 che espone la sequenza di oltraggi davanti alle *gentes* con qualche differenza: scherni, insulti, sputi, flagellazione ed infine l'uccisione; qui gli insulti e la flagellazione, nel testo latino resi dal medesimo *flagellare*, trovano differenti verbi nel testo greco: *ὑβρίζω* e *μαστιγόω*. Sulle profezie della Passione lucide restano le pagine di J. Blinzler, *Il processo di Gesù*, trad. it. M.A. Colao Pellizzari, Brescia 1966 (rist. 2001), pp. 395 ss., che riporta "la loro forma tradizionale alla comunità che ricordava la passione come un fatto storico".

se non di sfuggita nel quadro delle varie scene[4]. La struttura narrativa neotestamentaria che ripercorre la sequenza del processo criminale svoltosi davanti a Pilato non pare concorde, come vedremo, in merito al collegamento tra la flagellazione e la decisione ultima che chiude la vicenda con la pena capitale, lasciando così inevaso l'interrogativo sulla ragione di questa ulteriore afflizione del Cristo[5].

Sulla base delle fonti antiche (giuridiche, letterarie e testamentarie) che hanno restituito eterogenei esempi di *flagellatio*, rispecchiandone le plurime forme e finalità, gli studiosi hanno variamente diversificato le ipotesi in merito al ruolo e alla funzione che lo strumento ricoprì nella vicenda evangelica[6].

Perlopiù accantonata l'idea che vede un esempio di flagellazione impiegata come strumento di tortura dalla finalità inquisitoria, funzionale ad estorcere una confessione di colpevolezza[7], gran parte degli studiosi, di diversa specializzazione, ha ritenuto che questo caso di *flagellatio* illustri una consueta applicazione di pena

---

[4] A fronte della esemplarità della crocifissione, destinata a restare simbolo universale delle sofferenze di Cristo, la flagellazione rimane fatto minore, mera punizione assommante significati circoscritti. "È stata compiuta la nuova liturgia cosmica. Al posto di tutti gli altri atti cultuali subentra la croce di Gesù come l'unica vera glorificazione di Dio, nella quale Dio glorifica se stesso mediante Colui in cui Egli ci dona il suo amore e ci attrae in alto verso sé": così J. Ratzinger-Benedetto XVI, *Gesù di Nazareth. Dall'ingresso in Gerusalemme fino alla risurrezione*, trad. it. I. Stampa, Città del Vaticano, 2011, p. 249. C.M. Martini, *I racconti della passione*, Brescia, 1994, p. 143, annota che "alcuni eventi della Passione, pure gravissimi come la flagellazione, sono messi un po' nell'ombra o sono menzionati di passaggio". Significativamente, lo scomunicato biblista francese A. Loisy, incline a destituire di fondamento numerosi passi evangelici, non dedica neppure un passaggio alla flagellazione nella parte in cui si occupa del processo di Gesù nel suo *La Nuissance du Christianisme*, (Paris, 1933, qui consultato nella traduzione italiana di P. Serini, *Le origini del cristianesimo*, Milano, 1964), pp. 108 ss.

[5] Senza qui entrare nelle complesse problematiche legate alle fonti storiche non cristiane sul Cristo, e rinviando alla letteratura già citata in nota 1, si può osservare come anche testi extraevangelici riportino la condanna capitale, senza specifico riferimento alla flagellazione: ad es., Giuseppe Flavio, *Ant*., 18,63-64 (c.d. *Testimonium Flavianum*), riferisce solo della 'condanna alla croce' da parte di Pilato, mentre nella versione antica russa del *Bellum Iudaicum* (II.9.3), in una parte andata persa nel testo greco, si parla di 'crocifissione e di grande derisione' da parte dei Giudei; Tacito, *Ann*., 15,44,3, scrive semplicemente del supplizio (*Tiberio imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio adfectus erat*); nel Talmud babilonese (*bSanh* 43a) si evocano la 'lapidazione' e la morte per 'impiccagione'.

[6] Un'accurata descrizione delle modalità esecutive della flagellazione si legge in J. Blinzler, *Il processo*, cit., pp. 293 ss.

[7] Per una ricostruzione della tortura con scopi inquisitori, attuata anche mediante *flagellatio*, v. A. Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna, 2011.

accessoria alla crocifissione[8], come normale forma di ulteriore e brutale accanimento verso il condannato, utile anche per accelerarne la morte[9].

Josef Blinzler, autore di uno dei più approfonditi studi sulla vicenda giudiziaria di Gesù, ha interpretato la flagellazione del Cristo come una pena autonoma e alternativa rispetto all'esecuzione capitale. Secondo il biblista tedesco, infatti, Pilato "avrebbe provato ripugnanza all'idea della crocifissione, e così si decise per la flagellazione, nella speranza che gli Ebrei si sarebbero accontentati di questa pena draconiana e avrebbero receduto dalla loro pretesa". Ma si ferma di fronte alla ricerca

---

[8] Parla di un'usuale punizione di accompagnamento della condanna capitale D. Liebs, *Vorsorglich Gekreuzigt. Der Prozess Jesu, 7. April 30 n. Chr.*, in *Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike*, München 2007, p. 101: "Die der eigentlichen Hinrichtung vorgeschaltete Geißelung war übliche Begleitstrafe der Kreuzigungsstrafe". Rigetta l'idea della flagellazione come pena indipendente E. Cantarella, *Fatto flagellare Gesù, lo diede nelle loro mani, affinché fosse crocifisso (Matth. 27, 26): il supplizio*, in F. Amarelli – F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contro Gesù*, cit., pp. 216 s.; M. Miglietta, *Riflessioni intorno al processo a Gesù*, in *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Napoli, 2011, p. 30 e n. 83, precisa (accogliendo l'impostazione generale di Santalucia) che tale pena precede l'esecuzione capitale a partire dall'epoca post-repubblicana. Tra gli altri, v. R. Pesch, *Il processo a Gesù continua*, 2ª ed., trad. it. G. Gillini, Brescia, 1993, p. 67: "la flagellazione fu il primo atto in adempimento della crudele pena di morte romana"; ne coglie il carattere di "preliminare alla crocifissione" R. Fabris, *Gesù di Nazareth. Storia ed interpretazione*, 6ª ed., Assisi, 1999, p. 302; richiama il consueto 'rituale' J. Roloff, *Gesù*, trad. it. P. Massardi, Torino, 2002, p. 116; per A. Destro – M. Pesce, *La morte di Gesù. Indagine su un Mistero*, Milano, 2014, p. 128, "la tortura e la flagellazione erano pene normali per certi crimini gravi". Già E. Renan, *Vie de Jésus*, Parigi, 1863, p. 257, precisava che "La flagellation était le préliminaire ordìnaire du supplice de la croix. Peut-être Pilate voulut-il laisser croire·que cette condamnation était déjà prononcée, tout en espérant que le préliminaire suffirait". Anche A.N. Sherwin–White, *Roman Society and Roman Law in the New Testament*, Oxford, 1963, spec. pp. 27 s., privilegiando le versioni dei sinottici, osserva come "the synoptic writers thus get their technicalities right in this small matters – the severe beating accompanies the capital sentence, and the lighter whipping goes with the proposed act of *coercitio*". Queste posizioni trovano ulteriore sostegno nei Vangeli apocrifi, nei quali la flagellazione compare come pena decretata da Pilato contestualmente alla crocifissione: si veda in particolare Vang. Nicod., gr. 'A', 9,5: "Il tuo popolo ti ha condannato come re; perciò io ho decretato: prima di tutto che tu sia flagellato, secondo gli ordinamenti dei miei pii imperatori, poi che tu venga appeso in croce nell'orto in cui sei stato arrestato…". Il Vangelo di Gamaliele, poi, presentando Pilato cristiano, fa apparire la flagellazione come frutto dell'inganno degli Ebrei, che avevano fatto credere al prefetto che, se lo avesse punito in quel modo, essi lo avrebbero lasciato andare. Sulla 'inevitabilità' e, al contempo, sulle 'insidie' della lettura degli apocrifi rinvio a M. Miglietta, *Rapporti tra autorità nella Palestina d'epoca tiberiana: particolarità e conferme relative al processo a Gesù in fonti apocrife*, in *Cultura Giuridica e Diritto Vivente*, *Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino*, V.1 (2014), in http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv/article/view/392. Interessanti osservazioni sono svolte anche in G. Agamben, *Pilato e Gesù*, Roma, 2013, specialmente pp. 15 e 34.

[9] Cfr. D. 48.19.8.3 (Ulp. 9 *de off. proc.*): …*quamvis plerique dum torquentur deficere solent*. V. Lovato, *Coercitio*, cit., pp. 24 s. Nutrita è la serie di esempi di flagellazione accessoria alla pena di morte, o a pena più severa, basti qui il rinvio a Giuseppe Flavio (*Bellum* 2,14,9 # 306-308; 5,11,1 # 449; 7,6,4 # 200-202), Sen., *De cons. ad Marciam* 20,3; Livio, *Storia* 33,36,3; Philo, *In Flaccum*, 10,75. V. anche Svet., *Nero* 49,2 (*Nudi hominis cervice inseri furcae, corpus virgi ad necem caedi*), ove si attesta che era diffusa la pratica di aggravare la pena di morte, infliggendo al reo la flagellazione che poteva prolungarsi fino all'uccisione.

del fondamento del castigo: "con quale *crimen leve* Pilato abbia motivato l'ordine di eseguire la flagellazione o se addirittura questa motivazione vi fu, noi non sappiamo"[10].

In tal senso si pronuncia Gustavo Zagrebelsky, che considera la flagellazione di Gesù come una delle strade alternative tentate dal prefetto per evitare la condanna capitale, "una sorta di compromesso in vista di rilasciare Gesù" con il Sinedrio ma che non poteva riuscire perché la richiesta del supremo tribunale ebraico "non prevedeva subordinate". Tuttavia, il costituzionalista constata che si trattò di "un plateale castigo di cui non si capisce il fondamento ma di cui è evidente l'intenzione: muovere a compassione e quindi placare la folla"[11].

Questo tentativo, secondo Giorgio Jossa, almeno nei Vangeli di Luca e Giovanni, avrebbe chiaramente la finalità "di evitare la condanna a morte", costituendo quindi un "modo per chiudere il processo" che il prefetto ordina di eseguire perché "pensa che la folla possa accontentarsi di questa soluzione"[12]. Ancor più incisivo il Miglietta, laddove qualifica "la flagellazione quale estremo conato di dare soddisfazione al popolo"[13].

Sulla stessa linea si colloca uno dei maggiori esegeti americani del Novecento, Raymond Brown, il quale da un lato ravvisa nella narrazione di Marco e Matteo elementi che inducono a credere che i due evangelisti ritenessero la flagellazione parte

---

[10] J. Blinzler, *Il processo*, cit., pp. 295 s. (sulla flagellazione pp. 293 ss.).

[11] G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige!" e la democrazia*, Torino, 1995, pp. 65 ss. Anche il giusromanista spagnolo Federico F. De Buján vede nella flagellazione un inutile tentativo di placare i Giudei, culminante nel celeberrimo *Ecce homo*: "Pilato cree que esta condena aplacaría a la masa enloquecida de los judíos …Al término de la flagelación Pilato, presentándolo de nuevo, dice: *Ecce homo* (Jn. 19,5)" (*Introducción*, in F. Amarelli – F. Lucrezi (ed.), *El Proceso Contra Jesús,* p. LXV, Madrid 2002, traduzione spagnola del volume *Il processo contro Gesù* sopra citato). V. anche del medesimo autore *Jesús callaba. La renuncia al proprio derecho*, Madrid 2004.

[12] G. Jossa, *Il processo di Gesù*, Brescia 2002, pp. 115 ss. Su questa via, valorizzando l'apparente reticenza del prefetto romano a sancire la condanna a morte, si è giunti ad affermare che l'evento "ha dell'incredibile: Pilato compie un ultimo salvataggio. Fa flagellare Gesù… Un tentativo di applicazione, si direbbe oggi, di pena alternativa": P. Pajardi, *Il processo di Gesù*, Milano, 1994, p. 109, spec. pp. 94 ss. Per un'analisi di quest'opera si veda M. Miglietta, *Il processo a Gesù di Nazareth*, in *I.N.R.I.*, cit., pp. 177 ss.

[13] M. Miglietta, *Processo a Gesù tra generi letterari*, cit., p. 58.

della pena della crocifissione, ma coglie, dall'altro, la diversità del resoconto giovanneo laddove la violenta punizione appare un castigo minore con cui Pilato sperava di accontentare i Giudei, inducendoli a cessare l'accanimento contro un Gesù innocente, "una forma di patteggiamento che cerca una sentenza meno grave"[14].

Posizione originale esprime lo studioso ebreo Chaim Cohn, il quale pur escludendo l'idea della flagellazione probatoria finalizzata ad estorcere una confessione (Gesù aveva infatti già dichiarato la propria regalità: Gv. 18,37), afferma che Pilato fu mosso dal fine di indurre il condannato ad "esprimere rammarico e pentimento e a promettere di rinunciare per l'avvenire a ogni pretesa regale"[15]. Il castigo sarebbe stato comminato in conseguenza della celebre domanda "*Quid est veritas?*" che Pilato, secondo la narrazione giovannea[16], rivolge a Gesù prima della condanna: "per mostrare a Gesù quanto relativa e mutevole sia la verità … Pilato … fece il tentativo di modificare la concezione della verità professata da Gesù. Se non era riuscito con le parole a convincerlo che al mondo non esiste alcuna verità assoluta, forse sarebbe riuscito con la frusta". In sostanza, il passaggio punitivo rappresenterebbe una "pena adeguata a una spacconata dimostratasi inoffensiva e priva di importanza"[17]. Inoltre, Cohn ipotizza che probabilmente Gesù non fu

---

[14] R.E. Brown, *La morte del Messia. Un commentario ai Racconti della Passione nei quattro Vangeli*, 2ª ed., trad. it. A. Nepi- S. Venturini, Brescia 2003, *passim*, spec. pp. 118, 894, 933. Lo studioso riscontra altresì la maggiore vicinanza del racconto lucano a quello di Giovanni, che a questo proposito si distanzia dai primi due sinottici (non solo per il fatto che la flagellazione non risulta poi narrata), e vi attribuisce una funzione differente da quella riferita, invece, da Marco e Matteo.

[15] C. Cohn, *Processo e morte* …, cit., pp. 236 ss. Un'accurata disamina del volume in M. Miglietta, *Gesù e il suo processo 'nella prospettiva ebraica',* ora in *I.N.R.I.*, cit., pp. 205 ss. Coglie la funzione di prevenzione speciale della flagellazione anche J.M. Ribas Alba, *El proceso a Jesús de Nazaret. Un estudio histórico-jurídico*, Granada 2004, p. 427: "Pilato … pudo intercalar esta medida, como una forma de prevenir al acusado para que evitara en el futuro el tipo de conducta que había provocado su detención; y, en segundo lugar, como un modo de satisfacer la demanda de los sanedritas".

[16] Gv. 18,38.

[17] C. Cohn, *Processo e morte*, cit., p. 239. In quest'ottica l'A. accosta l'episodio al metodo di interrogatorio che Plinio il Giovane, governatore di Bitinia, espone a Traiano nel famoso rescritto in *Ep.* X, 97, allorché la prima preoccupazione era quella volta all'ottenimento di una dichiarazione di abiura, sufficiente ai fini della liberazione. Ma nel passo Plinio evidenzia che questa prima fase avveniva sotto minaccia di morte (*supplicium minatus*) e senza uso di torture. Su questa fonte qualche riflessione anche in A. Bellodi Ansaloni, *Riflessioni sulla condotta processuale*, cit., pp. 482 s., ove si sottolinea come Plinio riferisca all'imperatore di aver proceduto a giustiziare i cristiani a fronte della loro *pervicacia et obstinatio* nel rifiuto di non abiurare. Il binomio si riferisce ad

sottoposto a questa tortura "in modo così pesante come era la prassi romana abituale, in caso di persone accusate di *laesa maiestas*, ma tanto lievemente e superficialmente che non restarono segni esteriori visibili. Gesù può aver ricevuto qualche colpo o qualche frustata, non però con lo scopo di estorcergli più ampie confessioni di colpevolezza, ma esclusivamente per costringerlo o indurlo a esprimere rammarico e pentimento e a promettere di rinunciare per l'avvenire a ogni pretesa regale" [18].

A conclusioni analoghe accede, in un recente volume, Aldo Schiavone, il quale motiva argomentando che in caso contrario Gesù non sarebbe stato "in grado di rimanere in piedi, e, più tardi, di riprendere con lucidità il dialogo con Pilato"[19].

Pesante o lieve che sia stata, rimane comunque il dato che la flagellazione venne inflitta per una ragione tutt'altro che chiara[20].

---

atteggiamenti ritenuti - di per sé – meritevoli di severa punizione e che si riflettono in maniera diretta sulla sfera della *maiestas*, quale presupposto del rifiuto di venerare l'immagine dell'imperatore e gli dei romani.

[18] C. Cohn, *ivi*, p. 245, rileva una "inspiegabile omissione" nei racconti della Passione, ovvero la mancanza della descrizione degli effetti della flagellazione. Se altri studiosi hanno variamente spiegato tale asserita 'lacuna narrativa' talora con l'intento 'tendenzioso' degli evangelisti di non caricare di colpe i romani, oppure come forma di pudica minimizzazione delle sofferenze del Cristo, oppure ancora perché i dolorosi effetti erano fin troppo notori, l'A. dà una personale spiegazione, arrivando ad ipotizzare, dal suo punto di vista ebraico (come recita il titolo dell'opera), che dopo la flagellazione "Gesù ...era incolume e il suo aspetto esteriore immutato". Secondo lo studioso, dunque, non è Pilato a voler suscitare compassione nei Giudei verso Gesù, ma l'evangelista "anelava a suscitare la perpetua compassione dell'universo": intento riuscito posto che l'iconografia sacra si è assai soffermata sull'immagine del Cristo sanguinante e sofferente per le frustate ricevute. Lo studioso conclude, quindi, scegliendo la via del rifiuto di una flagellazione pari a quelle ordinariamente inflitte ai rei di *maiestas*. Non può però omettersi che il coinvolgimento di Simone di Cirene nel portare la croce verso il Calvario depone per una forte debilitazione di Gesù. Interessanti spunti esegetici sul punto in M. Inghilesi, *L'incontro fra Gesù e Pilato. Processo al processo e teologia di Giovanni 18-19*, Bologna, 2012, pp. 288 ss., il quale osserva: "i sinottici sono comunque concordi che la croce … l'ha portata il Cireneo, segno questo che la tortura di Gesù può essere stata davvero devastante per il suo corpo; per Giovanni, invece, Gesù avrebbe avuto le forze sufficienti per portare la croce, segno che la fustigazione non fu pesantissima". L'A., peraltro, ritiene che Gesù fu sottoposto in realtà alla più leggera fustigazione sulla scorta del verbo *μαστιγόω* in Giovanni 19,1, riscontrato dalle predizioni delle passioni in Mt. 20,19, Mc. 10,34 e Lc. 18,33.

[19] *Ponzio Pilato*, cit., p. 140. Adesivo M. Brutti, *L'incontro tra Pilato e Gesù*, cit., p. 577, il quale considera la flagellazione una mossa politica, rivelatasi inutile, per soddisfare gli accusatori.

[20] L'indeterminatezza dei racconti neotestamentari ha dato libertà anche alla letteratura. Esemplarmente, il celeberrimo 'romanzo nel romanzo' contenuto in M.A. Bulgakov, *Il maestro e Margherita*, inserisce la flagellazione come estemporanea reazione punitiva di Pilato a fronte del modo con cui a lui si rivolge l'Imputato appellandolo 'buon signore" (cap. 2). R. Graves vi dedica solo poche righe della sua corposa ricostruzione storico-letteraria (*King Jesus*, 1946, qui citata nella ed. Penguin Classic 2011, p. 340) raccontando che Gesù, dopo la decisione di Pilato, fu condotto nei quartieri militari romani ove "underwent the preliminary scourging wich is inseparable part of crucifixion".

In questa direzione, dunque, si muove questo studio, alla ricerca delle connessioni tra *flagellatio* e *crucifissio*. Anticipando alcune conclusioni, a chi scrive pare che le due pene possano costituire l'aspetto esecutivo di due distinti giudizi, scaturiti da due procedimenti che i resoconti evangelici restituiscono come tra loro susseguitisi ed intrecciatesi in maniera apparentemente coesa ed indistinta, ma che una lettura in filigrana può tentare di scindere. In altri termini, la ricostruzione che qui si offre vede l'anomala sovrapposizione di due processi e di due decisioni, ove la seconda si aggiunge alla prima nel volgere di poche ore[21].

Questa ipotesi appare confortata soprattutto dalle narrazioni di Giovanni e di Luca, nelle quali la vicenda appare inquadrata in termini più dinamici, ma appare compatibile anche con i più sintetici testi di Matteo e di Marco, i quali forniscono solo un rapido cenno alla flagellazione.

Le quattro testimonianze richiedono una sia pur rapida lettura.

2. I resoconti evangelici della flagellazione

Anzitutto, la flagellazione di Cristo è attestata come avvenuta da tre evangelisti: il solo Luca annuncia il ricorso ad uno strumento di 'correzione', ma tale intenzione non viene poi riferita come attuata. Per il resto, le sequenze neotestamentarie presentano vari elementi comuni: la flagellazione viene situata in successione dopo la mancata collaborazione di Gesù all'interrogatorio del prefetto di Roma[22] e prima della

---

[21] Del resto, appare comunemente accettato tra gli esegeti neotestamentari il dato per cui i racconti evangelici sono come 'appiattiti', senza una reale dimensione temporale. Gli avvenimenti sono infatti tendenzialmente riportati seguendo un filo conduttore che non è tanto l'effettivo rispetto storico quanto l'intento teologico che determina l'estrema essenzialità e rapidità del racconto della Passione, in tutto proteso verso il drammatico epilogo del Golgota. "Così, non solo la Passione nel suo insieme, ma anche vari episodi particolari vengono presentati come conformi alla Scrittura e rispondenti alla decisione divina… L'adattamento alla Scrittura viene notato dagli Evangelisti in parte con espressi riferimenti a quei passi, in parte col tacito adattamento stilistico dei loro resoconti a quei testi": J. Blinzler, *Il processo*, cit., pp. 403 s. V. anche *infra*.

[22] E.P. Sanders, *Gesù. La verità storica*, trad. it. M. Sampaolo, Milano, 1999 (ed. orig. 1993), p. 277, antepone, invece, la flagellazione all'interrogatorio: "Pilato accolse l'incriminazione proposta da Caifa, fece flagellare Gesù e lo interrogò brevemente, e, poiché le risposte non furono del tutto soddisfacenti, lo mandò alla croce senza secondi pensieri." Per l'analisi del comportamento processuale non collaborante di Gesù v. A. Bellodi Ansaloni, *Riflessioni sulla condotta processuale*, cit., pp. 443 ss. (v. anche *infra*).

consegna per l'esecuzione capitale, risultando intrecciata alla vicenda della liberazione di Barabba.

2.1. Matteo (27,26) e Marco (15,15)

Matteo e Marco si presentano unanimi nel collocare la flagellazione nel passaggio finale del resoconto processuale, unitamente alla notizia della consegna di Gesù per l'esecuzione della crocifissione[23]:

[23] Si annota che la generale opinione degli esperti considera il Vangelo di Marco come il più antico dei quattro (viene fatto risalire intorno agli anni 60-75 d.C.), e pertanto il resoconto del processo ivi contenuto costituì l'archetipo di riferimento ai successivi racconti di Matteo e Luca, mentre il Vangelo di Giovanni, che non si uniforma allo schema cronologico dei sinottici, è molto più tardo. Vanno altresì ricordati il problema dell'unità narrativa in merito ai racconti evangelici della Passione, a partire dall'arresto di Gesù nel Getsemani fino alla sepoltura, e il dibattito esegetico, spinoso, sull'interdipendenza tra i sinottici e l'indipendenza della narrazione giovannea. Il tema è molto ben delineato da R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., pp. 58 ss., 83 ss., il quale avvisa il lettore che gli stessi evangelisti potrebbero aver avuto probabilmente una differente comprensione di ciò che costituiva la Passione del Signore, come evidenziato dalla struttura di ogni Vangelo. Nella tradizione cristiana primitiva, a livello preevangelico, esisteva infatti almeno una sequenza dei fatti principali della morte di Gesù, che collegava la cena all'arresto, alla condanna, alla crocifissione e alla sepoltura. Su questa sequenza, che serviva da canovaccio per la predicazione kerigmatica e il memoriale liturgico, venivano raccontate storie su personaggi e avvenimenti della Passione. In particolare, questo materiale tradizionale si incanalò nel racconto di Marco, al quale Matteo attinse a profusione, aggiungendo elementi tratti da un filone di racconti popolari, patrimonio esclusivo di quest'ultimo (si ipotizza quindi che il suo uditorio, in prevalenza pagano o giudeo, avesse una buona conoscenza degli usi giudaici, come si capisce ad esempio dall'episodio di Pilato che si lava le mani). Il racconto di Matteo presenta inoltre un carattere fortemente antigiudaico che si coglie, tra l'altro, dal dato che le autorità giudaiche sono presentate come particolarmente inique, dalla folla dei Giudei che, pilotata dai sacerdoti e dagli anziani, richiede la crocifissione e, infine, dal popolo che si accolla la responsabilità della morte di Gesù con la drammatica frase "il suo sangue ricada su di noi e sui nostri figli" (27,25). Anche Luca attinse da Marco, ma più liberamente, unendovi tradizioni orali: ad esempio, completa il quadro marciano con la notizia che i capi dei sacerdoti elencano tre capi d'accusa (23,2), mentre Pilato ne considera uno solo per l'istruttoria e chiede: "Sei tu il re dei Giudei?"; segue l'aggiunta lucana della *remissio ad Herodem*. Con riferimento all'episodio che qui si affronta, il Brown rileva (*ib.*, p. 98) che l'omissione lucana più seria è quella della flagellazione, degli scherni e del maltrattamento dei soldati romani al termine del processo. In realtà, Luca sposta gli scherni dei Giudei dalla fine del processo davanti al sinedrio (così come in Marco) alle procedure notturne nel cortile, prima del processo del mattino e gli scherni dei soldati romani al momento della croce (23,36). Questo montaggio però ha causato problemi, come il fatto che Luca non si accorge che non narra della flagellazione, lasciando così inadempiuta la profezia riferita in 18,32-33 (omissione definita, *ib.*, n. 82, una 'goffaggine'). Giovanni non utilizzò nessuno dei sinottici (è anzi assai improbabile che Giovanni conoscesse il Vangelo di Matteo: *ib.,* p. 116), ma, pur condividendo l'ossatura generale di Marco, scrisse il suo racconto della Passione utilizzando una tradizione indipendente, rivelando grande abilità drammatica nell'organizzare le scene unitamente al messaggio cristologico (*ib.,* pp. 103 ss.). Secondo lo studioso (*ib.,* pp. 116 ss.), numerose sono le affinità che inducono a pensare a un rapporto esclusivo tra Giovanni e Luca: tra queste, il fatto che Pilato propone la flagellazione come sorta di compromesso per rilasciare Gesù (Gv. 19,1 e 4; Lc. 23,22).

Matteo 27,26: *τότε ἀπέλυσεν αὐτοῖς τὸν Βαραββᾶν, τὸν δ ’Ιησοῦν φραγελλώσας παρέδωκεν, ἵνα σταυρωθῇ.*

Tunc dimisit illis Barabbam, Iesum autem flagellatum tradidit eis, ut crucifigeretur.

Allora rimise in libertà per loro Barabba e, dopo aver fatto flagellare Gesù, lo consegnò perché fosse crocifisso.

Marco 15,15[24]: *ὁ δ Πιλᾶτος βουλόμενος τῷ ὄχλῳ τὸ ἱκανὸν ποιῆσαι ἀπέλυσεν αὐτοῖς τὸν Βαραββᾶν, καὶ παρέδωκεν τὸν ’Ιησοῦν φραγελλώσας, ἵνα σταυρωθῇ.*

Pilatus autem volens populo satisfacere dimisit illis Barabbam et tradidit Iesum flagellis caesum ut crucifigeretur.

Pilato, volendo dare soddisfazione alla folla, rimise in libertà per loro Barabba e, dopo aver fatto flagellare Gesù, lo consegnò perché fosse crocifisso.

I due evangelisti, dopo aver descritto l’interrogatorio di Pilato, riferiscono la decisione del prefetto di procedere alla liberazione di Barabba ed alla consegna di Gesù, “già flagellato”[25] (*φραγελλώσας* - *flagellatum/flagellis caesum*) per la crocifissione.

L’espressione letteraria di ambedue accenna velocemente all’evento, racchiuso in un’unica parola interclusa tra la liberazione di Barabba e la consegna[26], così segnando l’avvio della fase esecutiva della condanna finale[27]: l’inciso rappresentato dal participio passato *φραγελλώσας* (*flagellatum*) consente peraltro di collocare la sanzione in un momento distinto e precedente rispetto al momento della consegna per la crocifissione, comunque riferibile ad espressa disposizione di Pilato.

---

[24] L’edizione di riferimento è il *Novum Testamentum graece et latine*, 11ª ed., (app. critico A. Merk S.J.), Roma, 1992. Per il testo italiano si propone la recente traduzione di *La Sacra Bibbia della CEI* (*editio princeps* 2008), Lavis, 2009.

[25] La traduzione CEI “dopo aver fatto flagellare Gesù” attribuisce al participio passato una consequenzialità alla decisione di Pilato che però non sembra ricavabile così nettamente dal testo originale.

[26] “Alquanto goffamente” Marco pone la flagellazione tra “consegnò Gesù” e “perché fosse crocifisso”: così R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., p. 961.

[27] Dopo gli oltraggi, infatti, iniziò subito la *via crucis*.

Lo stile rapido e conciso qui adottato ha indotto gran parte degli interpreti a ritenere *flagellatio* e *crucifissio* collegate così strettamente al punto da configurare la prima come propedeutica alla seconda, presentando l'evidenza di un binomio punitivo conosciuto alla prassi, volto a rendere più sicuro e celere il conseguimento della morte sulla croce[28].

Tuttavia, la proposizione finale *ἵνα σταυρωθῇ* - *ut crucifigeretur* pare riferita al solo verbo 'crocifiggere', rimanendone escluso il verbo 'flagellare', con totale autonomia sintattica del participio passato rispetto al verbo principale *παρέδωκεν*, esprimente la consegna[29], collegato alla finale introdotta da *ἵνα*. La costruzione sintattica, dunque, non risulta incompatibile con una lettura che spezzi il collegamento tra le due pene: la consegna ai soldati, infatti, appare finalizzata non all'esecuzione della flagellazione ma alla sola crocifissione.

A parere di chi scrive, Marco e Matteo nel riferire la notizia della flagellazione, forse in mancanza di dati precisi sulle ragioni e sui tempi di essa o forse perché comunque secondaria rispetto al messaggio finale, scelgono una formula neutra che, descrivendo Gesù già flagellato da Pilato e poi consegnato per l'esecuzione capitale, lascia generico ed indistinto il momento (oltre che il motivo) di tale pena (del resto, teologicamente assorbita nel *supplicium* capitale). I due testi, quindi, sembrano non escludere che la punizione sia avvenuta in un momento precedente la sentenza di

---

[28] In tal senso v. per tutti J. Blinzler, *Il processo,* cit., p. 305, il quale, peraltro, coglie il dato per cui non si può pensare il participio "flagellato" (*φραγελλώσας*) strettamente connesso alla finale "perché fosse crocifisso", altrimenti l'evangelista avrebbe scritto "perchè fosse flagellato e crocifisso".

[29] Elemento comune a tutti i Vangeli è il verbo *παρέδωκεν* (*tradidit* - consegnò), aoristo di *παραδίδωμι*, che descrive ciò che Pilato fece di Gesù: laddove gli evangelisti intendono la consegna di Gesù perché venisse condotto alla crocifissione (*ἵνα σταυρωθῇ* - *ut crucifigeretur*) utilizzano il medesimo verbo *παραδίδωμι*. In tutti, dunque, è espressivo della conclusione del processo e della condanna finale con cui Pilato manda a morte Gesù. G. Jossa, *Il processo*, cit., p. 108, scrive che il verbo "non esclude in nessun modo l'esistenza di una condanna formale, può ritenersi anzi una semplice parafrasi per indicare la condanna". Assai dettagliata e densa di significati è l'analisi dei diversi usi teologici di *παραδίδωμι* in R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., *passim*, spec. p. 721, pp. 963 ss.: il verbo – sottolinea il biblista –, pur appartenendo al linguaggio teologico dei Vangeli, che sono racconti popolari e non verbali processuali, presuppone comunque una sentenza. In Gv. 18,35 Pilato, mentre interroga Gesù, gli dice: "… i Giudei ti hanno consegnato a me": anche qui ricorre *παραδίδωμι* (*παρέδωκάν σε*), significativo dell'intento degli accusatori di mandarlo a morte.

condanna, prima della decisione di consegnare Gesù ai soldati per la crocifissione, mentre una flagellazione intesa come accessoria e preparatoria della pena capitale presupporrebbe, logicamente e giuridicamente, come già pronunciata la sentenza di morte.

In ogni caso, rimane quantomeno oscura la connessione tra *flagellatio* e ordine di crocifiggere.

2.2. Giovanni (19,1)

Assai ricco di spunti è il Vangelo di Giovanni, ove la flagellazione apre il capitolo 19.

Nella parte di interrogatorio in precedenza esposta, il Gesù giovanneo aveva confessato di essere *rex*[30] e si era appellato alla verità, ricevendo la sprezzante battuta di Pilato "*Quid est veritas?*" (18,38). In immediata successione, il prefetto era uscito verso i Giudei e aveva dichiarato: "*Ego nullam invenio in eo causam*", così esprimendo una valutazione di innocenza di Gesù rispetto alle accuse.

Il capitolo 18 si concludeva poi con l'acclamazione popolare sul *privilegium paschale* a favore di Barabba (Gv. 18,39-40), episodio che, in maniera analoga ai primi due Vangeli sinottici, si delinea come giuntura tra la fine della prima parte dell'interrogatorio di Gesù e la ripresa del dibattimento, mero tentativo di Pilato di negoziare la liberazione di Gesù nell'ambito della consuetudinaria liberazione pasquale.

[30] Gv. 18,37: …*Respondit Iesus: "Tu dicis quia rex sum ego…".*

Nel capitolo 19, tuttavia, non viene ripresa la vicenda di Barabba (il cui epilogo qui rimane implicito)[31],, ma Giovanni introduce gli ultimi momenti della Passione[32]:

Giovanni 19,1: *Τότε οὖν ἔλαβεν ὁ Πιλᾶτος τὸν Ἰησοῦν καὶ ἐμαστίγωσεν.*

Tunc ergo adprehendit Pilatus Iesum et flagellavit.

Allora Pilato fece prendere Gesù e lo fece flagellare.

In stretta sequenza rispetto alla flagellazione, l'evangelista colloca poi le angherie inflitte da parte dei soldati romani: la corona di spine, gli scherni, le derisioni del 'gioco del re', gli schiaffi[33]. Infine, Gesù, incoronato e coperto da veste rossa, viene pubblicamente esposto da Pilato ("*Ecce homo*":19,5) il quale, a fronte delle grida della folla, ribadisce la sua valutazione di innocenza (19,6), derivandone però un risultato opposto a quello plausibilmente perseguito: il prefetto, infatti, sarà fatto oggetto di ancor più pressanti e convincenti richieste di morte.

La scena, a questo punto, rientra all'interno del pretorio, dove Gesù viene interrogato nuovamente da Pilato. Il processo poi riprende all'esterno, sul litostroto,

---

[31] L'avvenuta liberazione di Barabba, quindi, è informazione restituita solo dai Vangeli sinottici. V. anche Lc. 23,25. Per tutti L. Bove, *"Chi volete che vi liberi, Barabba o Gesù?" (Matth. 27, 17): il privilegium paschale*, in F. Amarelli – F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contro Gesù*, cit., pp. 197 ss.

[32] Sortendo così l'effetto psicologico di descrivere un Pilato che decide "sotto pressioni": R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., p. 959.

[33] Gv. 19,2-3. Tutto ciò sembra far parte di un 'rito' militare romano. Si ricorda che durante la festa romana dei Saturnali era uso estrarre a sorte un prigioniero e travestirlo da re per burla prima di giustiziarlo: v., tra gli altri, G. Rosadi, *Il processo di Gesù*, 10ª ed., Firenze 1949, p. 396 n. 20; R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., pp. 973 ss., 984 ss.; G. Ravasi, *I Vangeli della Passione*, Milano, 2004, pp. 69, 84 s. G. Jossa, *Il processo,* cit., p. 117. J. Blinzler, *Il processo*, cit., p. 300, bolla l'umiliante mascheratura del Cristo come una "sconveniente buffonata della soldataglia", tollerata da Pilato solamente "perché sperava, presentando Gesù nel suo costume grottesco, di convincere la moltitudine che egli era assolutamente inoffensivo". In quest'ottica, dunque, lo studioso legge l'*Ecce homo*: "non è innanzitutto un appello all'umanità…a Pilato qui importa soprattutto dimostrare l'innocuità del supposto pretendente al trono; egli si aspetta che alla vista di quella caricatura di re la folla prenda sul ridere anche la pretesa al trono, come pure l'accusa su di essa fondata". Ma questo, commenta P. Baima Bollone, *Gli ultimi giorni di Gesù*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 62, fu il secondo errore di Pilato (il primo fu porre l'alternativa con Barabba, così mettendo sullo stesso piano un innocente e un colpevole).

ove il prefetto risulta seduto *pro tribunali* e, di fronte all'*escalation* di richieste e di ricatti da parte dei Giudei, finisce per cedere consegnando l'Imputato:

Giovanni 19,16: *Τότε οὖν παρέδωκεν αὐτὸν αὐτοῖς ἵνα σταυρωθῇ.*

Tunc ergo tradidit eis illum ut crucifigeretur.

Allora lo consegnò loro perché fosse crocifisso.

Gli *incipit* dei versetti 1 e 16 segnano il ritmo degli avvenimenti (Gv. 19,1 *τότε οὖν – tunc ergo*; 19,16: *τότε οὖν – tunc ergo*). I due avverbi temporali, espressivi di svolte importanti del racconto, sembrano scandire un'apprezzabile distanza cronologica tra i due eventi: prima la flagellazione (19,1: *τότε οὖν ... ἐμαστίγωσεν*), poi la condanna, implicita nella consegna per la croce (19,16: *τότε οὖν ... παρέδωκεν*)[34].

Dal racconto del quarto evangelista emerge dunque chiaramente che l'ordine della *flagellatio* viene impartito in una fase ancora lontana dal momento in cui l'eventualità di arrivare alla crocifissione dell'Imputato prende corpo: l'esito mortale non è ancora evocato, mentre la fatale richiesta del '*Crucifige*' verrà espressamente formulata solo nel versetto 19,6 (poi reiterata al versetto 19,15).

Ciò che appare significativo è che secondo il testo giovanneo la flagellazione[35] viene praticata dopo l'audizione davanti a Pilato, a conclusione di una fase che pare presentare gli elementi di un (primo) giudizio. All'esito di un primo inconcludente interrogatorio[36] e del vano tentativo di definire il caso con un atto di clemenza, Pilato

---

[34] Anche l'interinale presentazione del Cristo umiliato alla folla è ritmata dal medesimo avverbio temporale.

[35] Nella versione greca del *flagellavit* giovanneo ricorre l'aoristo del verbo *μαστιγόω*, sinonimo del corrispondente *φραγελλόω* dei primi due Vangeli, ma espressivo di un'azione non condotta con il *flagellum* e quindi più vicino alla fustigazione. Afferma R.E. Brown, *La morte del Messia,* cit., p. 963: "La varietà di termini utilizzati … per lo stesso tipo di castigo rivela che non c'era un vocabolario fissato con precisione; infatti in Mc. 10,34 e Mt. 20,19 Gesù predice che i pagani lo frusteranno (*mastigûn*), ed essi effettivamente lo flagellano (*phragellûn*)".

[36] Si annota che per le domande e le risposte dell'interrogatorio si alterna il verbo *εἶπον* con *ἀποκρίνω*, verbo tecnico per il contesto del giudizio (18,34-36). Sui verbi impiegati in questi punti dagli evangeli v. *infra*.

'apprende' Gesù e lo fa flagellare[37]: *adprehendit Pilatus Iesum et flagellavit* (Gv. 19,1). La flagellazione viene preceduta dal gesto dell'*adprehendere* (nel testo greco reso con *ἔλαβεν*)[38], evocativo di un 'impossessamento' quasi fisico del prigioniero da parte del governatore[39].

La duplice letterale riferibilità a Pilato sia dell'apprensione sia della flagellazione[40], che pare avvincere il giudice all'azione materiale eseguita dai soldati (che compaiono nel versetto seguente), e quindi alla sua responsabilità, suggerisce la possibilità di attribuire all'*adprehensio* un significato collegato all'azione processuale. Se infatti si rilegge lo sviluppo delle fasi introduttive del processo, facendo attenzione ai verbi di azione impiegati, si nota che nell'*adprehensio* culminano i passaggi relativi all'incardinamento del caso davanti al magistrato[41]: Gesù viene 'condotto' dai Giudei, 'consegnato' a Pilato, da questi prima 'respinto' poi 'chiamato', 'interrogato', poi 'preso' e 'flagellato'. Tali azioni, oltre all'andamento scenico, esprimono anche significati di carattere giuridico e processuale così individuabili: presentazione e consegna dell'arrestato al giudice, tentativo di declinare la competenza, chiamata a giudizio, assunzione della causa in decisione, esecuzione della pena. Questa sequenza pare dunque contenere, di per sé, gli elementi essenziali di un procedimento penale.

---

[37] Anche in questo luogo la traduzione CEI sembra aggiungere qualcosa al testo originale: Pilato 'fa flagellare', mentre nel testo originale 'flagella'.

[38] Ulteriormente, si nota che quando Giovanni (19,1) intende esprimere l'apprensione del prigioniero finalizzata alla flagellazione usa *λαμβάνω* (*ἔλαβεν* - *adprehendit*), mentre laddove si riferisce alla 'consegna per la croce' usa *παραδίδωμι* (*παρέδωκεν* - *tradidit*), così come i sinottici.

[39] Tale contatto *corpore corpori* contrasta simbolicamente e plasticamente con il gesto del lavarsi le mani di Mt. 27,24 con il quale il governatore manifesta platealmente di non volere farsi carico del caso; in Giovanni, invece, Pilato si 'sporca' le mani con l'*adprehensio* dell'Imputato. Ma anche nel racconto di Matteo la lavanda delle mani si pone in forte contrasto con il sangue del Cristo di cui, invece, i Giudei dichiarano farsi carico (27,25).

[40] Anche dal punto di vista stilistico la frase giovannea efficacemente accosta giudice e Imputato (*Pilatus Iesum*), aggiungendo in forma chiasmica il verbo *adprehendere* accanto a Pilato e a Gesù il verbo *flagellare*.

[41] In Gv. 18,28 i Giudei 'conducono' (*adducunt*) Gesù nel pretorio, senza entrare in esso; Pilato deve quindi 'uscire' all'aperto (18,29: *Exivit ergo Pilatus ad eos foras*) per chiedere quale accusa 'portassero' (*quam accusationem affertis?*) e in questa sede viene formalizzata la *traditio* dell'Imputato (18,30: *si non esset hic malefactor non tibi tradidissemus eum*); Pilato tenta di rifiutare il procedimento (18,31: *accipite eum vos et … iudicate*) ma, su insistenza dei Giudei, 'rientra' nel pretorio e 'chiama' (18,33: *introivit … et vocavit*) Gesù, dando inizio all'interrogatorio.

Nel racconto giovanneo, dunque, la flagellazione viene disposta in un momento in cui la condanna a morte non appare *in mente iudicis*, se non come sanzione da scartare[42], dato che rende possibile intravvederne il carattere di pena autonoma[43], epilogo di un autonomo segmento processuale

2.3. Luca (23,16 e 22)

Il racconto lucano è l'unico dei quattro resoconti che prospetta la flagellazione come pena preannunciata da Pilato ma poi non eseguita e, infine, sostituita dalla condanna alla crocifissione[44]. La prospettazione della punizione da parte del prefetto compare in due luoghi dell'Evangelo (Lc. 23,16 e 22): il primo annuncio avviene davanti ai capi dei sacerdoti e alla folla, dopo aver dichiarato due volte (23,4 e 14) agli accusatori che in quell'uomo, condotto davanti a lui come "agitatore del popolo" (23,2 e 5), in realtà non ha trovato "nessuna delle colpe" di cui è accusato, così come non ne aveva trovate Erode (23,6-12).

La dichiarazione con cui riscontra l'innocenza dell'Imputato avviene pubblicamente, *convocatis principibus sacerdotum et magistratibus et plebe*, e il prefetto ha cura

---

[42] Di "sostituzione" parla G. Rosadi, *Il processo di Gesù*, cit., pp. 395 s., affermando che "Giovanni anticipa di poco la flagellazione facendoci intendere che Pilato voleva dapprima sostituirla alla croce, ma poi, data l'insistenza dei Giudei, ne fece una preparazione; Luca non fa che restringersi alla duplice proposta della flagellazione come d'un gastigo che fosse fine a se stesso". Infatti questo evangelista non parla più della sanzione nel momento in cui Gesù è abbandonato in balìa dei Giudei (*ib.*, n. 16)

[43] Secondo J. Blinzler, *Il processo,* cit., pp. 307 s., nel Vangelo di Giovanni, la cui versione lo studioso considera quella più circostanziata e verosimile, la flagellazione cade con certezza nel tempo precedente la sentenza di condanna e quindi è "inequivocabilmente caratterizzata come pena coercitiva".

[44] Come sopra visto, in Lc. 18,33 Gesù aveva predetto la propria flagellazione. Certo, è fatto notorio che i Vangeli non narrano ogni punto esplicitamente, dominando nei loro autori l'intento apologetico con cui miravano a sottolineare la profezia e la missione divina. Gli esegeti si sono dibattuti sul punto, individuando principalmente due ipotesi che qui riportiamo nella spiegazione offerta da due grandi studiosi: la prima (J. Blinzler, *Il processo*, cit., p. 306) ritiene l'omissione un tentativo lucano per far apparire Pilato in una luce il più possibile favorevole, così da scagionare i romani e rendere mandanti della morte del Cristo i Giudei; la seconda (R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., spec. pp. 25 e 98) tende a considerarla piuttosto una dimenticanza, da leggersi alla luce di ciò che l'evangelista intendeva comunicare e che spesso diverge da ciò che fu scritto. Luca sarebbe quindi stato solo un "redattore disattento: nell'omettere la flagellazione romana, non si è accorto che la profezia dello stesso Gesù sulla propria flagellazione (18,33) resta ora inadempiuta". M. Miglietta, *Riflessioni intorno al processo a Gesù*, cit., p. 30 n. 83, attribuisce l'omissione di Luca all'intento "tematico" dell'evangelista, che "vuole mostrare in Pilato colui che cerca in ogni modo di liberare Gesù, innocente, offrendo al popolo una semplice punizione".

di sottolineare il fatto che l'interrogatorio è avvenuto anch'esso davanti a loro (*coram vobis*: 23,13):

Luca 23,15: ... *καὶ ἰδοὺ οὐδ ν ἄξιον θανάτου ἐστὶν πεπραγμένον αὐτῷ.*

… *ecce nihil dignum morte actum est ei.*

… ecco, egli non ha fatto nulla che meriti la morte.

[16] *Παιδεύσας οὖν αὐτὸν ἀπολύσω.*

Emendatum ergo illum dimittam.

Perciò, dopo averlo punito, lo rimetterò in libertà.

In questo testo, Pilato, dopo aver raccolto l'enigmatica risposta di Gesù (*Tu dicis*: 23,3)[45], dopo aver tentato di trasferire il processo davanti al tetrarca di Galilea, dopo aver affermato più volte l'assenza di motivi per condannare il Nazareno (23,4 e 14-15), conclude dichiarando esplicitamente di non aver riscontrato in lui alcuna colpa meritevole di morte (*οὐδ ν ἄξιον θανάτου* - *nihil dignum morte actum est ei*) e manifesta la volontà di procedere soltanto ad una punizione esemplare per poi liberarlo (*παιδεύσας ... αὐτὸν ἀπολύσω* – *emendatum … illum dimittam*). Con grande chiarezza, dunque, il prefetto pronuncia l'esito della prima inchiesta: Gesù non ha fatto nulla che merita la morte.

Ma qualcosa, sia pur 'non meritevole di morte', ha fatto: questo è l'implicito riconoscimento che pare ricavarsi dalle parole con cui Pilato esclude la pena capitale. L'Imputato, pur non avendo commesso nulla meritevole di morte, avrebbe comunque

[45] La non-risposta di Gesù è analizzata in particolare nelle mie *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato* (già citato *supra*), ove si individua un sostanziale atteggiamento di non collaborazione con l'interrogante, che poté essere percepito quale atteggiamento di disobbedienza e di sfida, idoneo a vulnerare l'*auctoritas* del magistrato e, di conseguenza, anche a porsi come causa o concausa della decisione fatale (v. spec. pp. 454 ss. e 491 s.).

compiuto azioni che non possono rimanere impunite e che quindi legittimano l'inflizione di una punizione che assumerà le forme della flagellazione[46].

I versetti 17-21 del capitolo 23 introducono la questione di Barabba, poi la narrazione di Luca torna nuovamente alla manifestazione del (minore) proposito punitivo iniziale (ancora reso dal verbo greco *παιδεύω* e dal corrispondente latino *corripio*) nuovamente presentato come una sanzione autonoma, indipendente da quella finale, quale esito dell'accertamento richiesto al prefetto:

Luca 23,22: *ὁ δ τρίτον ε πεν πρὸς αὐτούς· Τί γὰρ κακὸν ἐποίησεν οὗτος; οὐδ ν αἴτιον θανάτου εὗρον ἐν αὐτῷ· παιδεύσας οὖν αὐτὸν ἀπολύσω.*

Ille autem tertio dixit ad illos: Quid enim mali fecit iste? Nullam causam mortis invenio in eo; corripiam ergo illum et dimittam.

Ed egli, per la terza volta, disse loro: "Ma che male ha fatto costui? Non ho trovato in lui nulla che meriti la morte. Dunque, lo punirò e lo rimetterò in libertà".

"Per la terza volta"[47] Pilato ribadisce l'assenza di responsabilità in Gesù, quantomeno tali da comportare la condanna a morte; per la seconda volta[48], ripete l'intenzione di punirlo, per poi rilasciarlo.

Si rileva che nel primo annuncio della punizione (versetti 15-16) Luca usa il participio perfetto del verbo *πράσσω*, sottolineando l'idea della (non) azione addebitata all'Imputato; per il secondo (versetto 22) l'aoristo di *εὑρίσκω*, che indica l'avvenuta esplicazione del giudizio soggettivo e personale del magistrato romano.

---

[46] "Punirlo sì, ma a scopo di recupero nella società, vale a dire poi rilasciarlo in libertà; il verbo usato è infatti *παιδεύω* che significa *istruire*, *educare*, *formare*, che nel contesto punitivo assume il significato di *correggere*, *castigare* a scopo di recupero": così M. Inghilesi, *L'incontro fra Gesù e Pilato*, cit., p. 126. Per un'ipotesi sulle azioni apparse meritevoli di una punizione v. *infra*.

[47] Lc. 23,4; 23,14-15 e 23,22.

[48] Lc. 23,15 e 22.

Ma due versetti dopo, a fronte dei Giudei che "insistevano a gran voce, chiedendo che venisse crocifisso" (23,23), la vicenda precipita e si conclude con la fatale decisione[49]:

Luca 23,24: *καὶ Πιλᾶτος ἐπέκρινεν γενέσθαι τὸ αἴτημα αὐτῶν. [25] ἀπέλυσεν δ τὸν διὰ στάσιν καὶ φόνον βεβλημένον εἰς φυλακὴν, ὃν ᾐτοῦντο, τὸν δ Ἰησοῦν παρέδωκεν τῷ θελήματι αὐτῶν.*

Et Pilatus adiudicavit fieri petitionem eorum. [25] *Dimisit autem illis eum, qui propter homicidium et seditionem missus fuerat in carcerem, quem petebant, Iesum vero tradidit voluntati eorum.*

Pilato allora decise che la loro richiesta venisse eseguita. [25] Rimise in libertà colui che era stato messo in prigione per rivolta e omicidio, e che essi richiedevano, e consegnò Gesù al loro volere.

Tra la sentenza capitale (*ἐπέκρινεν* - *adiudicavit*) e la consegna per la crocifissione (*παρέδωκεν* - *tradidit*) della flagellazione non vi è ricordo[50].

Per ora, due considerazioni. La prima è che in questo racconto, al momento del primo annuncio di punizione (Lc. 23,16), non pare ancora formulata alcuna esplicita decisione di condanna a morte[51].

La seconda riguarda la scelta punitiva *ad emendationem* del Pilato lucano, che pur non ricondotta a presupposti ben definiti, consente di escludere, fino a quel momento,

---

[49] Tra i due propositi punitivi di Pilato, nessuno dei quali in questo Vangelo risulta messo in atto, è intrecciata la vicenda della liberazione di Barabba.

[50] Nel processo davanti a Pilato, per la prima pronuncia che ordina la punizione corporale l'evangelista usa il verbo *παιδεύω* (*λαμβάνω* in Giovanni), mentre la (seconda) sentenza, decisiva di morte, viene espressa da Luca (e solo da lui: 23,24) con il verbo *ἐπικρίνω* (è il verbo che comanda la morte) e l'avvio ad esecuzione con il verbo *παραδίδωμι* (così come gli altri tre evangelisti). Ma l'evangelista quando riporta della materiale consegna per l'esecuzione capitale torna ad usare παρέδωκεν: *τὸν δὲ Ἰησοῦν παρέδωκεν τῷ θελήματι αὐτῶν* (Lc. 23,25). Peraltro, quando esprime l'intenzione solamente punitiva di farlo flagellare e poi liberarlo (23,16), Luca non usa *παραδίδωμι*, bensì *παιδεύω* in collegamento ad *ἀπολύω*.

[51] La prima richiesta di morte compare in Lc. 23,18 (*tolle hunc et dimitte nobis Barabbam*); il primo riferimento esplicito alla crocifissione giunge solo al versetto 23,21.

una valutazione che riconosca la configurazione di crimini capitali nelle accuse promosse contro Gesù[52] (Lc. 23,22: *nullam causam mortis invenio in eo*). La preannunciata *emendatio* (che sarebbe dovuta sfociare nel solo *corripiam*) parrebbe dunque, nell'intenzione del prefetto, forma di conclusione della vicenda[53].

2.4. Il luogo della flagellazione

Prima di procedere, occorre soffermarsi su un altro punto, quello del luogo in cui si svolse la flagellazione.

Se, da un lato, si è detto che i sinottici tendono a restituirci il processo di Gesù come un "evento corale, un fatto di massa"[54], dall'altro la ricerca dello specifico luogo in cui fu eseguita la punizione non consente risposte univoche[55].

---

[52] Il crimine per il quale Gesù venne infine condannato, pur non essendo mai esplicitato nei Vangeli, viene additato concordemente dagli studiosi nella violazione della *lex Iulia de maiestate*. Il materiale probatorio acquisito dal prefetto è rappresentato dalle accuse avanzate dai persecutori Giudei, dagli interrogatori di Gesù (sostanzialmente privi di apporti) e dalla circolare vicenda della *remissio ad Herodem*. Peraltro, stando a Marco e a Matteo, i capi d'accusa erano così deboli che si arrivò a convocare persino dei falsi testimoni che però si contraddicevano tra loro (Mc. 14,55-59; Mt. 26,59-61). In tema v. per tutti J. Blinzler, *Il processo*, cit., pp. 245 ss.; W. Fricke, *Il caso Gesù. Il più controverso processo della storia*, trad. it. A. Audisio, Freiburg 1987, pp. 160 ss., 185 ss.; B. Fabbrini, *I capi dei sacerdoti e tutto il Sinedrio cercavano una falsa testimonianza (Matth. 26,59): le accuse e le prove*, in F. Amarelli – F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contro Gesù*, cit., pp. 151 ss.

[53] Il racconto di Luca trova più di una corrispondenza di carattere giuridico in D. 48.19.28.3 (Call. 6 *de cogn.*), ove Callistrato, nello svolgere un'esemplificazione di pene non capitali, incidenti sulla *existimatio* dell'imputato (tra cui la *fustigatio*), riporta il caso degli agitatori popolari (c.d. *iuvenes*) nelle città di provincia, per i quali si prevede, in mancanza di altri e più gravi comportamenti delittuosi, un iniziale trattamento mite basato sull'ammonizione del preside mediante bastonatura, l'interdizione di partecipare agli spettacoli e la liberazione; in caso di recidiva, si prevede l'esilio e, nei casi più gravi, la morte: *Solent quidam, qui volgo se iuvenes appellant, in quibusdam civitatibus turbulentis se adclamationibus popularium accommodare. Qui si amplius nihil admiserint nec ante sint a praeside admoniti, fustibus caesi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur. Quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnumquam capite plectendi, scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint.* Sul passo v. S. Randazzo, "Collegia iuvenum". *Osservazioni in margine a D. 48.19.28.3*, in *SDHI,* 66 (2000), pp. 201 ss., e, di recente, R. Laurendi, *Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I* collegia iuvenum *tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato de cognitionibus D. 48.19.28.3*, in *AUPA*, LIX (2016), pp. 261 ss. (ivi bibliografia). Nel passo, che qui interessa solo per lo schema punitivo che se ne ricava e non per la disciplina specificamente prevista per i *collegia iuvenum*, Callistrato riporta forme di gradazione di interventi repressivi che passano – a dire il vero attraverso distinti e distanziati processi - dall'*admonitio* mediante fustigazione (quale misura coercitiva di prevenzione), all'esilio e alla morte, a seconda dell'*escalation* criminale dell'imputato. Non può non notarsi nel frammento, sicuramente relativo al magistero del *praeses*, il ricorrere dei verbi *admonire*, *dimittere*, *caedere fustis*, e *corrigere* sovrapponibili all'atteggiamento inizialmente clemenziale del Pilato lucano, che puntava al *παιδεύειν* e all' *ἀπολύειν*.

[54] G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige"*, cit., p. 63.

[55] Solitamente, si ritiene che la flagellazione sia avvenuta nella piazza antistante il pretorio, davanti alla folla: v. per tutti J. Blinzer, *Il processo*, cit., pp. 296 s. Nel medesimo luogo, ad esempio, il procuratore Giuseppe

Nella narrazione di Marco, la *flagellatio* precede il triste episodio dello scherno. I versetti 15,1-15 descrivono Pilato che dialoga con la folla verosimilmente all'esterno e poi conclude per la consegna; il versetto 16 ci informa dei movimenti dei soldati che, dopo aver flagellato Gesù, lo portano "dentro il cortile, cioè nel pretorio", ove, convocata la truppa, il Cristo viene rivestito del mantello di porpora, incoronato di spine, oltraggiato[56]. Dopo, i soldati lo riportano fuori *ut crucifigerent eum* (ἵνα σταυρώσωσιν αὐτόν):

Marco 15,20: *καὶ ὅτε ἐνέπαιξαν αὐτῷ, ... καὶ ἐξάγουσιν αὐτὸν, ἵνα σταυρώσωσιν αὐτόν.*

Et postquam inluserunt ei, exuerunt illum … et educunt illum ut crucifigerent eum.

Dopo essersi fatti beffe di lui, … lo condussero fuori per crocifiggerlo.

Secondo questa dinamica narrativa, la flagellazione sembrerebbe dunque avvenuta all'esterno del pretorio. Ma in realtà, l'estrema rapidità della narrazione non consente di individuare con precisione né il tempo né il luogo della flagellazione[57].

Il racconto di Matteo non contiene elementi utili in merito al luogo di svolgimento della prima parte del giudizio, ma, a differenza di Marco che tace sul punto[58], questo evangelista annota che Pilato sedeva *pro tribunali* (27,19).

Floro, circa trentasei anni dopo la morte di Gesù, fece fustigare e poi crocifiggere cittadini ebrei: Flav. Ios., *Bellum*, 2,14,9 ##306-308. D'altronde, come noto, la flagellazione intesa come accessoria alla pena capitale (e quindi collegata al verdetto capitale) veniva eseguita sulla pubblica piazza o lungo la via che conduceva al luogo dell'esecuzione finale, così potenziando al massimo grado l'elevato potere intimidatorio e deterrente della sanzione. La "passeggiata ignominiosa", al pari della flagellazione, poteva essere sia una pena autonoma sia una pena accessoria alla condanna capitale. Tale pesantissima sanzione, che come si inferisce dal nome consisteva in un percorso che il condannato a morte doveva compiere attraverso la città fino al luogo dell'esecuzione, adempiva ad una duplice funzione: da un lato, era volta "a svergognare" il condannato, dall'altro fungeva da "ammonimento a chi, assistendovi, imparava che da determinati comportamenti era bene astenersi": E. Cantarella, *Fatto flagellare*, cit., pp. 218 s.

[56] Mc. 15,16.

[57] Per considerazioni sui caratteri di questa narrazione v. *supra*.

[58] Il racconto marciano è molto più povero di indicazioni spazio-temporali.

Tale indicazione viene fornita però rispetto ad una fase successiva all'interrogatorio in cui Gesù resta silente e alla proposizione della questione del *privilegium paschale* (27,15-17). È il momento in cui Matteo fa comparire in scena la moglie di Pilato, che manda al marito un messaggio[59], *sedente illo pro tribunali* (*καθημένου δε αὐτοῦ ἐπὶ τοῦ βήματος*: 27,19). L'ablativo assoluto latino (come il corrispondente genitivo assoluto greco) indica un'azione che si stava già svolgendo: Pilato era già seduto sulla *sella curulis*, simbolo del potere giurisdizionale romano. L'inizio di un'udienza pubblica e solenne, pertanto, parrebbe riferita ad un momento precedente[60]. In questo quadro, l'evento della flagellazione appare scorrere decontestualizzato, indicato come già avvenuto, secondario elemento di transizione verso il supplizio capitale[61].

Scarsità di dettagli sul punto si riscontra anche nel testo di Luca[62]: Gesù viene condotto senza altra specificazione *ad Pilatum* dai Giudei (23,1); parimenti *ad Pilatum* verrà ricondotto su ordine di Erode (23,11). Il processo risulta avvenire in un luogo imprecisato, pur alla presenza dei capi dei sacerdoti, dei magistrati e del popolo (23,13). Tra i primi pubblici annunci di *castigatio* e la finale *adiudicatio* (23,22) non emergono cambi di luogo e neppure lo sviluppo di ulteriore attività istruttoria, ma solo la crescente insistenza dei Giudei. Si scorgono invero due fasi processuali (23,1-6 e 23,13-25), intervallate dalla *remissio ad Herodem*, delle quali solo la seconda risulta pubblica ed al cui interno si collocano i due tentativi di conclusione con la sola *castigatio*.

---

[59] Sul famoso, e discusso, messaggio di Claudia Procula che metteva in guardia Pilato dall'aver a che fare con Gesù v. spec. J. Blinzler, *Il processo*, cit., pp. 284 s.; R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., pp. 906 ss.

[60] Mt. 27,24.

[61] Rileva A. Demandt, *Processare il nemico*, trad. it. E. Ganni, Torino, 1996 (ed. orig. 1990), pp. 44 s., che agli evangelisti premeva molto sottolineare la partecipazione della folla alla vicenda: pertanto sarebbe da escludere che intendessero andare contro a questa tradizione e dunque parlare di una flagellazione non pubblica. Luca, invece, non parlerebbe della flagellazione per evitare la contraddizione di un processo diviso in due parti, una pubblica e una no.

[62] Luca, che non riporta l'esecuzione della flagellazione, è il più laconico circa il luogo di svolgimento del processo e neppure riferisce la parola pretorio, ma scrive semplicemente che i Giudei "lo condussero da Pilato" (Lc. 23,1).

Molto differente il Vangelo di Giovanni che, ricco di dettagli sui luoghi del processo e sui suoi continui cambi di scena, colloca con sicurezza la flagellazione all'interno del pretorio.

L'apostolo segue e distingue con cura i movimenti del magistrato e dell'Imputato: Pilato è dapprima all'interno del pretorio, dove i Giudei che hanno condotto Gesù (18,28) non entrano "per non contaminarsi". Il prefetto, dopo un tentativo di declinare l'accettazione del caso (o meglio, la *traditio* del prigioniero: *accipite eum vos*), rientra e chiama Gesù all'interno (18,33), ove lo interroga sommariamente prima di tornare all'esterno per proclamarne l'innocenza.

A questo punto, Pilato ordina la flagellazione (19,1) per poi uscire nuovamente esibendo Gesù flagellato e oltraggiato. Il magistrato è pronto a rilasciare Gesù: il processo è finito, la pena è stata eseguita. Facendo condurre fuori l'Imputato[63], proclama perciò agli astanti: "Non trovo in lui colpa alcuna", così esplicitando una decisione con formula assolutoria piena (19,4). Da ciò parrebbe potersi desumere che la flagellazione sia avvenuta all'interno del pretorio[64].

Tuttavia, i Giudei rifiutano con forza di riprendere in carico Gesù, insoddisfatti della flagellazione, pena minore collegabile a un crimine minore. L'insistenza della folla induce il governatore a un supplemento dibattimentale, sempre all'interno del pretorio: "Entrò di nuovo" (e con lui, è da credersi, anche Gesù) e riprende l'esame dell'Imputato: "Di dove sei tu?" (19,9), ovvero lo interroga sulla sua identità di Figlio di Dio, fatto che, come ha appena appreso (19,7), costituisce la vera ragione dell'accusa contro Gesù[65].

---

[63] L'*Ecce homo* di Gv. 19,5 è introdotto in 19,4 dal medesimo verbo *adducere* del versetto 18,28, e seguito in 19,6 del medesimo verbo *accipere* di 18,31, disegnando una scena uguale e contraria a quella della prima *traditio*, come a significare la chiusura dell'*iter*.

[64] Ma effettivamente Gv. 19,1 è scena per la quale non viene precisato il luogo, ma è posta tra due quadri che si svolgono all'esterno.

[65] R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., *passim*, spec. p. 949.

Pilato, peraltro, insiste nel mantenere ed attuare la sua prima decisione: rimettere in libertà Gesù. Ma ancora una volta i Giudei si oppongono e minacciano persino denunce a Cesare: "Se liberi costui non sei amico di Cesare! Chiunque si fa re si mette contro Cesare!" (19,12).

Udite queste parole, Pilato fa condurre fuori (*ἔξω* - *foras*) Gesù[66] e siede *pro tribunali* in un luogo chiamato Litòstroto, in ebraico *Gabbatà* (19,13)[67] per la ripresa cognitoria che condurrà alla decisione capitale.

Con questa precisazione, Giovanni esprime la solennità del momento, sottolineando che il prefetto sta esercitando il potere giurisdizionale. Il dato non è scenografico, ma significativo dell'ufficialità di quanto si sta svolgendo.

La precisione di questo evangelista mostra dunque che Pilato andò a sedersi "fuori", *pro tribunali* in un momento avanzato della vicenda e, soprattutto, di molto successivo alla fase in cui era stata disposta la *flagellatio* (19,1). L'ordine di condurre il prigioniero all'esterno, infatti, viene disposto soltanto una volta compiuti lo strazio del flagello e l'umiliazione dello scherno[68].

Non solo. La narrazione di Giovanni lascia intendere altresì che la flagellazione sia stata eseguita all'interno del pretorio, dato che - se accettato - da un lato contrasterebbe con la sola volontà di soddisfare la folla (speranza che avrebbe richiesto la pubblicità di tutto il percorso punitivo, in piazza o lungo la *via crucis* sino

---

[66] Il Brown, *ivi*, spec. pp. 721, 933, 963, ritiene più probabile la localizzazione di Marco e Matteo, la cui sequenza (Mc. 15, 15-16 e Mt. 27, 26-27), al contrario di quella disegnata da Giovanni, implica che fu eseguita fuori dal pretorio (come nelle flagellazioni riferite in Giuseppe Flavio, *Bellum* 2,14,9 # 308).

[67] Gabbatà non è la traduzione in aramaico del termine Litostroto, ma specifico toponomastico nel quale i linguisti colgono il significato di "altura, luogo elevato". Cfr. M. Inghilesi, *L'incontro fra Gesù e Pilato*, cit., pp. 180, 332 ss.

[68] In Marco e Matteo lo scherno segue la flagellazione, mentre Luca lo presenta come autonomo, senza frustate e segue, anzi, un filo narrativo differente, sostituendolo con un oltraggio davanti a Erode ed un altro sulla croce. Giovanni, invece, colloca lo scherno a Gesù da parte dei romani durante il processo.

al Golgota), dall'altro sarebbe in linea con l'idea di una sanzione satisfattiva di esigenze punitive minimali.

Per concludere: anche le modalità spazio-temporali della flagellazione, come ricavabili soprattutto dal racconto giovanneo, ma non incompatibili con gli altri Vangeli, parrebbero suggerire l'idea che questa flagellazione non venne disposta solo per tentare di placare i Giudei, né in quanto propedeutica alla croce, ma piuttosto a suggello di una (prima) meditata decisione del prefetto. Con essa Pilato intendeva realmente chiudere il caso.

3. La flagellazione come epilogo processuale

Le narrazioni di Luca e Giovanni consentono dunque di ipotizzare che, al termine della prima istruttoria condotta da Ponzio Pilato, il prefetto risultava convinto che i fatti non integrassero eventi così rilevanti per l'ordinamento romano da sanzionarli con pena capitale. Ciò che ai suoi occhi di governatore sembrò meritevole di una punizione minore furono probabilmente non tanto le implicazioni religiose dell'affermazione "si era fatto Figlio di Dio", parole che il romano non poteva considerare penalmente rilevanti, quanto il dato che, anche a causa di tale autoproclamazione di regalità, l'Imputato aveva causato disordini sin dall'arrivo a Gerusalemme: Gesù, pertanto, ben poteva apparire un "agitatore della popolazione" (*subvertentem gentem nostram*: Lc. 23,2), che in un tempo non lontano aveva persino minacciato di distruggere il tempio (Mc. 14,58; Gv. 2,19-22)[69].

I disordini e l'avversione dei sacerdoti per Gesù erano del resto iniziati soprattutto in seguito allo scontro con i mercanti dal tempio[70]. Quest'ultimo episodio,

---

[69] Naturalmente fraintendendo il significato messianico della frase. Interessanti considerazioni sul gesto della purificazione del cortile del tempio da cui scaccia i mercanti in R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., pp. 520 ss., il quale, tra l'altro, scrive che i timori generati dalle minacce di distruzione del tempio di un "profeta apocalittico come Gesù" potevano essere aggravate anche dall'incertezza economica e religiosa cui poteva portare la nuova realtà di cui si faceva latore.

[70] L'episodio è riportato in tutti i quattro Vangeli: Mt. 21,12-17; Mc. 11, 15-19; Lc. 19, 45-48; Gv. 2, 13-22. Nel racconto giovanneo della cacciata dei mercanti dal tempio si sottolinea una particolare circostanza:

inoltre, era avvenuto dopo l'ingresso trionfale in Gerusalemme, che aveva radunato una gran folla osannante Gesù. Tale vicenda poteva plausibilmente essere considerata dal romano un tumulto, una forma di agitazione popolare suscettibile di degenerare[71].

Di certo, l'evento determinò un notevole allarme tra i capi dei sacerdoti e gli scribi al punto che fin da allora, come ricordano tutti gli evangelisti, cercarono il modo di farlo morire. Giovanni, esemplarmente, scrive che i sinedriti, ritrovatisi per

---

l'apostolo scrive che quando trovò nel tempio "gente che vendeva buoi, pecore e colombe e, là seduti, i cambiamonete, Gesù fece una frusta di cordicelle (*quasi flagellum*) e scacciò tutti fuori dal tempio…" (*et cum fecisset quasi flagellum de funiculis, omnes eiecit de templo* - *καὶ ποιήσας φραγέλλιον*: Gv. 2,15). La circostanza presenta qualche simmetria con la finale flagellazione, di cui sembra un'anticipazione, cui verrà sottoposto il Cristo, come se Pilato, informato delle accuse, abbia inteso applicare una sorta di beffardo contrappasso contro quel personaggio che, appena entrato in Gerusalemme, aveva subito provocato disordini. Si noti che il testo latino contiene una sfumatura, assente in quello greco (e nelle traduzioni italiane): Gesù si fabbrica un *quasi flagellum*, dove il '*quasi*' sottolinea l'artigianalità della fattura, ma forse anche la distanza tra lo strumento di Gesù e quello che poi verrà usato dall'autorità romana contro di lui. Ma le analogie non sono finite, se si considera che nel medesimo contesto Gesù farà riferimento alla propria morte e resurrezione adoperando parole oscure su cui verrà costruita l'accusa contro di lui. Di carattere 'terroristico' verrà infatti considerata la frase "*solvite templum hoc et in tribus diebus excitabo illud"* (Gv. 2,19-21: v. anche nel testo), di cui lo stesso evangelista si affretta a fornire l'interpretazione (*ille autem dicebat de templo corporis sui*). Laddove il senso letterale della frase, ed il contesto in cui la stessa viene pronunciata, porta ad avallare l'interpretazione che ne danno i Giudei, allusiva alla distruzione del tempio di Gerusalemme ed alla successiva ricostruzione da parte di Gesù, Giovanni compie subito il collegamento con la sua morte e risurrezione, svelandone così un significato apparentemente nascosto. Infatti, la spiegazione giovannea può essere accettata solo da coloro che abbiano conoscenza di tutti gli avvenimenti successivi (non dimentichiamo che l'episodio del tempio si colloca in una fase iniziale dell'arrivo di Gesù a Gerusalemme): chi ascoltò la frase di Gesù non poté cogliere il significato metaforico che il *Rabbi* attribuiva al termine 'tempio' quale rappresentazione del proprio corpo. Nella fase finale della sua reazione di contrasto ai mercanti, ed in risposta alla provocazione che derivava dalla richiesta di un segno che lo accreditasse, Gesù parla in maniera criptica, formulando un riferimento al tempio, alla sua distruzione ed alla possibilità di farlo risorgere in tre giorni, così mostrandosi disinteressato a rendere il proprio comportamento comprensibile agli interlocutori presenti (i Giudei, ma anche gli stessi apostoli, che solo dopo la morte e la risurrezione del Maestro capiranno in pieno l'episodio e la natura della sua legittimazione: Gv. 2,22). Per una lettura che enfatizza il carattere sovversivo di Gesù, talvolta sulla base di discutibili esegesi additive o ablative, si veda S. Brandon, *Gesù e gli Zeloti*, trad. it. F. Jesi e M.C. Vidi, Milano, 1982 (ed. orig. 1967), p. 333, che inquadra l'ingresso in Gerusalemme e la cacciata dei mercanti dal tempio all'interno di un disegno rivoluzionario contro l'aristocrazia sacerdotale ebrea, al contempo causa di contrasti con i dominatori romani. Per quanto l'A. ammetta che "nei Vangeli non si trova nessun accenno a contatti di Gesù con i Romani prima che comparisse davanti a Pilato accusato di sedizione contro Roma", lo stesso afferma: "È anche probabile che i Romani conoscessero già Gesù e il suo operato; infatti la guarnigione romana della fortezza Antonia, che dominava dall'alto il Tempio, osservò sicuramente la zuffa provocata dalla cosiddetta "cacciata dei profanatori dal Tempio", e inoltre gli ufficiali romani del controspionaggio erano stati senza dubbio informati dell'entrata trionfale di Gesù a Gerusalemme…". Critiche su questa impostazione avanzava già G. Vermès, *Gesù l'ebreo,* trad. it. V. Grossi e E. Peretto, Città di Castello, 1983 (ed. orig. 1973), pp. 57 s., che pure afferma "Zelota o meno, Gesù fu senza dubbio accusato, perseguitato e giustiziato come tale". Utili anche le considerazioni di F. Lucrezi, *Sulla lettura materialistica del Vangelo*, in *Labeo* 25 (1979), pp. 47 ss.

[71] Non manca in dottrina chi sostiene che proprio questo ingresso trionfale in Gerusalemme, con l'ammasso di folla, avrebbe infastidito e disgustato Pilato: J. Blinzler, *Il processo*, cit., p. 295 n. 18.

congiurare contro Gesù, dicevano: "Se lo lasciamo continuare così, tutti crederanno in lui, verranno i romani e distruggeranno il nostro tempio e la nostra nazione … Da quel giorno decisero di ucciderlo" (11,48 e 53)[72].

La minaccia di distruggere il tempio fu dunque probabilmente un fattore importante nella decisione del Sinedrio di determinare la morte di Gesù[73], ma così non poteva apparire a un romano: simile questione, come la proclamazione di regalità, forse apparve debole, se non irrisoria, a Pilato, ma probabilmente il prefetto aveva elementi sufficienti per giudicare gli scompigli popolari che gli insegnamenti del *Rabbi* di Nazareth provocavano ogni giorno[74].

Per questo, conclusa la prima e sommaria inchiesta, Pilato esprime una decisione con la quale, nel riconoscere l'innocenza di Gesù rispetto alle imputazioni elevate dal Sinedrio (*ego nullam invenio in eo causam*: 18,38), contestualmente lo ritiene passibile di un'altra pena che, come si legge nell'*incipit* del capitolo 19, è la flagellazione: pena minore in grado di assolvere ad una funzione sia repressiva sia di prevenzione.

La flagellazione, dunque, preordinata alla liberazione di Gesù, chiude il primo giudizio di Pilato[75].

4. Gli 'incidenti' processuali

---

[72] Cfr. Mt. 21,46; Mc. 11,18; Lc. 19,47.

[73] R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., p. 526.

[74] Tra l'altro, infatti, Gesù rivolgendosi a coloro che erano andati ad arrestarlo al Getsemani (capi dei sacerdoti, capi delle guardie del tempio e anziani), dice: "Ogni giorno ero con voi nel tempio" (Lc. 22,53). Le 'provocazioni' di Gesù, quindi, recate con la sua presenza ingombrante e il suo avversato insegnamento ben potevano apparire quotidiane.

[75] In quest'ottica, anche la successiva proposta di liberazione di Barabba trova un tentativo di spiegazione. Agli occhi del governatore romano, a questo punto, Gesù e Barabba appaiono in senso lato accomunati da una pericolosità sociale dello stesso genere: la sottile provocazione nei confronti dei Giudei risiede probabilmente nel verificare quale dei due sia ritenuto più gradito al popolo e, soprattutto, fino a che punto l'*establishment* giudaica sia pronta a spingersi nel reclamare la liberazione di un uomo coinvolto nella resistenza antiromana. Il tentativo di Pilato fallirà doppiamente, poiché il prefetto dovrà liberare l'assassino Barabba (Lc. 23,25) e condannare a morte il pressoché inoffensivo (almeno dal punto di vista dell'ordine pubblico) Gesù. Appunta acutamente A. Schiavone, *Ponzio Pilato*, cit., p. 129: "Pilato, dunque, credeva di aver scelto la persona giusta da contrapporre a Gesù per salvarlo: un sovversivo che i capi del Sinedrio (egli pensava) mai avrebbero risparmiato."

L'*escalation* percorsa dalle decisioni di Pilato, che al lettore interessato agli aspetti teologici appare essenzialmente come la profetizzata crescente e progressiva sofferenza dell'Agnello sacrificale, inizia a configurarsi sotto il profilo storico-processuale come l'espansione di cerchi concentrici che, dalla consegna dell'arrestato al prefetto romano sino all'epilogo, racchiudono ciascuno circoscritte e individuabili fasi giudiziarie, autonome l'una dall'altra, ancorché connesse.

Nella convulsa successione degli eventi di quelle fatidiche ore, i racconti evangelici intersecano ulteriori accadimenti nel corso del processo, per lo più giustificati come tentativi di Pilato di evitare la condanna a morte di Gesù[76], tra i quali spiccano la pericope sulla liberazione clemenziale di Barabba (che appare un 'procedimento nel procedimento'[77]), i plurimi appelli alla folla e, secondo alcuni, la stessa flagellazione[78].

Marco (15,9-14), che riporta il personale convincimento del magistrato circa l'innocenza dell'Imputato ("sapeva infatti che i capi dei sacerdoti glielo avevano consegnato per invidia": 15,10)[79], riferisce dapprima di reiterate domande di Pilato

---

[76] Nota A. Demandt, *Processare il nemico*, cit., p. 40, che nessun evangelista mette in dubbio il fatto che Pilato abbia effettivamente cercato di capire la fondatezza dell'accusa, come attesta l'insistenza nell'interrogare Gesù. Il prefetto anzi, comprese subito molto bene che dietro tali accuse vi erano problemi del tutto locali e religiosi: "sapeva bene che glielo avevano consegnato per invidia".

[77] Un "procedimento speciale", così lo definisce M. Miglietta, "Pilatus dimisit illis Barabbam", in *I.N.R.I.*, cit., p. 109.

[78] È per questa ragione che da sempre gli studiosi si sono posti il problema della valutazione del comportamento di Pilato. Si annota che sulla base di questi plurimi tentativi (cui alludono appunto i sinottici e i primi versetti del capitolo 19 di Giovanni), alcuni scrittori hanno avanzato l'ipotesi di una doppia flagellazione di Gesù. La prima sarebbe quella che vien qui riferita e che avrebbe avuto lo scopo di eccitare la compassione dei Giudei per indurli a lasciare andare Gesù; la seconda sarebbe stata il preliminare solito della crocifissione. A quest'ultima farebbero allusione Mt. 27,26 e Mc. 15,15. Una tale teoria appare inutile ed improbabile. Inutile se non altro perché molti morivano per effetto di una sola flagellazione; improbabile perché ben si può dubitare che un corpo umano potesse sopravvivere a due flagellazioni romane nel medesimo giorno. Inoltre, se la flagellazione fosse stata applicata due volte, riflette il Blinzler (*Il processo*, cit., p. 307), Pilato non si sarebbe poi potuto stupire della rapida morte di Gesù sulla croce (Mc. 15,44). *Adde*, adesivo, R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., p. 963.

[79] Il racconto della Passione nei Vangeli di Marco e Matteo coglie il movente dell'*invidia* che ha determinato le accuse, del quale però non viene spiegata l'origine: Mc. 15,10: *Sciebat enim quod per invidiam tradidissent eum summi sacerdotes* (*διὰ φθόνον παραδεδώκεισαν αὐτὸν*); Mt. 27,18: *Sciebat enim quod per invidiam tradidissent eum* (*διὰ φθόνον παρέδωκαν αὐτόν*). Il termine è espressivo di quella 'malevolenza, astio' che processualmente si può tradurre come 'ostilità preconcetta' che, come peroravano celebri oratori greci e romani, impediva la dovuta necessaria imparzialità di giudizio in chi era demandato a giudicare e che costituisce la base

alla folla per placarla e indirizzarla verso la liberazione di Gesù[80] e, soltanto dopo di esse, dell'ordine di *flagellatio* (15,15). In questa fase si inseriscono le trattative sulla questione di Barabba, che sembrano ingenerare un procedimento incidentale che inizia nel versetto 6 e culmina in 15,15[81].

Similmente Matteo (27,17-25), che, alle plurime domande alla folla e al rilievo dell'*invidia* che ha portato alla consegna di Gesù (27,18) aggiunge il celebre gesto della

---

di ogni *aequum iudicium* (cfr. ad es. Cic., *pro Cluent*. 1; 3; 5; 8; *pro Sulla* 1; 9; 80; 81; Lisia, *I discorsi* 24,1-2; anche Giuseppe Flavio, *Autobiografia* 80, testimonia la difficoltà di "evitare le calunnie prodotte dall'invidia"). Sotto il profilo temporale, in entrambi gli evangeli il riferimento all'*invidia* precede l'ordine di flagellazione (e segue la domanda rivolta alla folla di scegliere tra Gesù e Barabba). Pilato, dunque, sapeva della tendenziosità dell'accusa, basata su *invidia*: tale consapevolezza esprime la personale convinzione del prefetto in merito all'innocenza di Gesù e al drammatico errore giudiziario cui avrebbe condotto. L'*invidia*, tra l'altro, pare saldarsi con il motivo del tutto soggettivo che indurrà il prefetto alla decisione finale e che in Marco consiste nell'intento di "dare soddisfazione alla folla" (*volens populo satisfacere*: 15,15). Questa considerazione non è in Matteo, che dice semplicemente che il prefetto "rimise in libertà per loro (*illis* - ἀυτοῖς*)* Barabba" (Mt. 27,26). In questo Vangelo l'intento di accondiscendere alla richiesta della folla è espresso più succintamente rispetto al racconto di Marco mediante un dativo di vantaggio *illis* - *ἀυτοῖς* (dativo che peraltro compare anche in Mc. 15,15), ma anche qui si rinviene il collegamento con la consapevolezza di ciò che ha determinato l'accusa. Sull'*invidia*, invece, tacciono Luca e Giovanni. Sul punto anche il volume di A. Destro – M. Pesce, *La morte di Gesù*, cit., pp. 131 s., ove si sottolinea che non fu tanto una pura motivazione "religiosa" o teologica a spingere le classi politiche giudaiche a osteggiare Gesù e a consegnarlo ai romani quanto il timore di perdere ruoli e privilegi. I membri degli altri movimenti che si erano opposti a Gesù, d'altro canto, polemizzavano con lui per questioni ben diverse, come la sua pratica di vita, il perdono dei peccati, i modi di osservare il riposo sabbatico, il ripudio. "Verosimilmente – è la conclusione – gli autori dei Vangeli sovrapposero o intrecciarono questi due diversi ordini di motivazioni facendole convergere in un unico quadro e mettendole sullo stesso piano.

[80] Mc. 15,9: …*Vultis dimittam vobis regem Iudaeorum?*; [12] …*Quid ergo vultis faciam regi Iudaeorum?*; [14] …*Quid enim mali fecit?*

[81] S. Brandon, *Gesù e gli zeloti*, cit., p. 17, scrive: "Marco presenta Pilato, un governatore romano, non solo criminosamente debole nella sua incapacità di rendere giustizia, ma anche incredibilmente stupido. Se infatti Pilato avesse avuto veramente intenzione di salvare Gesù, certo non avrebbe potuto far nulla di meglio per mandare a monte il proprio disegno che offrire alla folla degli Ebrei una scelta tra Gesù e Barabba. … Il risultato fu quello prevedibile: inevitabilmente Barabba fu preferito". La presentazione dell'episodio da parte di Marco deriverebbe, dunque, dall'intento di dimostrare che la crocifissione di Gesù, sia pur ordinata dal governatore romano, "fu un tragico errore giudiziario, la cui responsabilità ricade essenzialmente sugli Ebrei".

lavanda delle mani[82] e la collettiva autoassunzione di responsabilità della folla[83]. Soltanto a questo punto, viene impartito l'ordine di flagellare il prigioniero, seguito dalla consegna per la crocifissione (27,26).

Anche qui la vicenda si snoda unitamente alla questione del *privilegium paschale*, che Matteo dapprima introduce storicamente[84] e poi colloca nel processo con una precisazione che merita di essere evidenziata:

Matteo 27,17: *συνηγμένων οὖν αὐτῶν ε πεν αὐτοῖς ὁ Πιλᾶτος· τίνα θέλετε ἀπολύσω ὑμῖν, Βαραββᾶν ἢ Ἰησοῦν τὸν λεγόμενον Χριστόν*;

Congregatis ergo illis, dixit Pilatus: Quem vultis dimittam vobis: Barabbam an Iesum qui dicitur Christus?

---

[82] Il solo Matteo informa che di fronte all'aumentare del tumulto Pilato "prese dell'acqua e si lavò le mani davanti alla folla, dicendo: "Non sono responsabile di questo sangue. Pensateci voi!" (27,24). In linea con quanto qui si sostiene, l'episodio parrebbe segno della consapevolezza di Pilato della rilevanza della pericolosità di Gesù sul solo versante religioso giudaico ma, al contempo, la prosecuzione del processo consente al governatore di allontanare sospetti di sottovalutazione dei fatti. Sul significato, denso di simbologie, del gesto, proprio dell'uso ebraico, del lavarsi le mani è interessante la lettura di R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., p. 937 ss. Il carattere fortemente polemico di esso e la testimonianza unilaterale del solo Matteo sono le ragioni principali per cui molti studiosi lo considerano una sorta di aggiunta leggendaria: storicamente poco verosimile per un prefetto romano, che nutriva oltretutto un certo disprezzo per i semiti, l'abluzione delle mani era infatti un rituale ebraico di discolpa e affermazione di purezza, come riportato in vari passi della Bibbia: v. da ultimo Schiavone, *Ponzio Pilato*, cit., pp.136 ss., il quale afferma che "a un funzionario come Pilato mai sarebbe venuta in mente una simile mortificante stravaganza", rilevando altresì che inoltre, se veramente avesse compiuto quel gesto, Pilato avrebbe poi dovuto rifiutarsi di proseguire il giudizio (come in effetti si legge nel cosiddetto Vangelo di Pietro, ove il prefetto, dopo essersi lavate le mani, si allontana dal luogo del giudizio). Favorevole ad una veridicità storica dell'episodio è invece, tra gli altri, J. Blinzler, *Il processo*, cit., pp. 284 s., il quale, collegando l'abluzione alla scena del monito della moglie del prefetto, ritiene che in tal modo Matteo passi "dalla presentazione storica alla valutazione storico-teologica", ribadendo in due modi l'innocenza del prefetto romano verso questa morte. Del resto, riflette l'esegeta, "a Matteo, che scrive per i cristiani d'origine giudaica, importa moltissimo chiarire bene ai suoi lettori la mostruosa colpa del loro popolo". Si può dunque ammettere senza difficoltà che Pilato abbia compiuto questo gesto tipico dell'uso ebraico "per farsi chiaramente capire da tutti gli Ebrei, che nella maggioranza non comprendevano il greco parlato da lui". Tuttavia, nota infine lo studioso, sotto il profilo della collocazione letteraria, il posto storico della lavanda delle mani sarebbe dopo la narrazione della condanna di Gesù. In tal senso, di recente, è M. Miglietta, *Riflessioni intorno al processo a Gesù*, cit., pp. 47 ss., il quale osserva da un lato che non si può negare in linea di principio che il silenzio sul punto degli altri evangelisti sia elemento decisivo per ritenere che non sia accaduto, dall'altro che si tratta di "un Vangelo scritto 'da un ebreo', neppure coltissimo, 'per gli Ebrei'…per assurdo, a lavarsi le mani è un …Pilato ebreo". Vero o non vero che sia, rimane il dato che nella sensibilità popolare questo gesto è divenuto "creatore di lingua": V. Messori, *Patì sotto Ponzio Pilato?,* Torino, 1992, p. 100 (il quale, peraltro, è favorevole alla veridicità dell'episodio).

[83] Mt. 27,25: *Et respondens universus populus dixit: Sanguis eius super nos et super filios nostros.*

[84] Mt. 27,15.

Perciò, alla gente che si era radunata, Pilato disse: "Chi volete che io rimetta in libertà per voi: Barabba o Gesù, chiamato Cristo?"

L'indicazione temporale *congregatis ergo illis* (*συνηγμένων οὖν αὐτῶν*) potrebbe alludere ad un cambio di procedura: se fino a quel momento il processo a Gesù si era svolto davanti a Pilato "a porte chiuse" (Mt. 27,11: *Iesus autem stetit ante praesidem*), il procedimento incidentale relativo a Barabba si apre invece alla presenza del popolo che, evidentemente, nel frattempo si era riunito all'esterno.

Giovanni colloca la flagellazione dopo la pubblica dichiarazione di Pilato "Io non trovo in lui colpa alcuna" (18,38) e dopo la proposizione dell'alternativa tra Gesù e Barabba: Gesù è rimasto nel pretorio, con la domanda sospesa "*Quid est veritas?*", mentre il prefetto è uscito all'esterno a parlamentare con i Giudei.

Il racconto lucano, d'altro lato, a proposito di incidenti processuali, è l'unico a ricordare la *remissio ad Herodem* (23,7-12)[85], dopo la quale Pilato formula apertamente (*convocatis principibus sacerdotum et magistratibus et plebe*) la sua valutazione, ovvero che non trova in Gesù nessuna responsabilità (23,14; in sintonia con gli altri evangelisti), con ciò motivando la reiterata decisione verso una scelta punitiva 'lieve' (*emendatio*) e la successiva liberazione (23,16 e 22). La questione di Barabba è qui presentata come una situazione dal carattere incidentale quasi subìta *necessitate* da Pilato[86].

Questi plurimi tentativi rivelerebbero, secondo molti studiosi, la volontà degli evangelisti di sciogliere Pilato dalla responsabilità in merito alla morte di Gesù,

---

[85] Manifesta seri dubbi sulla vicenda Schiavone, *Ponzio Pilato*, cit., pp. 122 s. Si veda anche il contributo di M. Miglietta, *Domandò se l'uomo fosse galileo e, venuto a sapere che ricadeva sotto la potestas di Erode, lo fece tradurre presso Erode (Lc. 23,6-7): l'invio al tetrarca di Galilea e Perea* in F. Amarelli- F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contro Gesù*, cit., pp. 105 ss.

[86] Lc. 23,17: *Necesse autem habebat dimittere eis per diem festum unum.* Si noti che nel racconto lucano l'iniziativa volta ad ottenere la liberazione di Barabba scaturisce dai giudei (Lc. 23,18), pur basata su una consuetudine clemenziale del prefetto.

riflettendo, in sostanza, la preoccupazione dei cristiani di mostrarsi rispettosi dell'autorità romana[87].

Alla luce dell'ipotesi che si sta qui formulando, però, la ritrosia del prefetto parrebbe anche sintomo dell'incertezza crescente del romano che, pur avendo adottato con forme rapide e semplificate una prima decisione, è poco convinto della convenienza politica di quell'esito[88] ma, allo stesso tempo, è consapevole dell'immagine di incoerenza che potrebbe conseguire ad un repentino cambiamento nella forma dell'inchiesta (con evidenza preordinato ad una modifica della precedente decisione) e che potrebbe indebolire la sua autorevolezza[89]. Pilato vorrebbe ritenere

---

[87] Tanti sforzi improntati, se non a senso di giustizia, ad umana pietà mal si conciliano peraltro con l'immagine della figura del governatore Ponzio Pilato tramandataci da storici quali Filone Alessandrino e Giuseppe Flavio. Il primo testimonia di una lettera inviata all'imperatore Caligola da Erode Agrippa I ove si descrive Pilato come un uomo "di carattere inflessibile e spietatamente duro"; sotto il cui potere in Giudea dominavano "corruzione, violenze, ruberie, brutalità, umiliazioni, continue esecuzioni senza processo e sconfinata, selvaggia crudeltà" ed i cui atteggiamenti violenti e irrispettosi delle usanze locali destarono persino l'irritazione dell'imperatore Tiberio. Così scriveva nel 41 d.C. Filone (*Leg. ad Gaium* 301, 302), capo della comunità giudaica di Alessandria, sull'amministrazione di Ponzio Pilato in Giudea. Questo ritratto è stato più volte considerato dagli studiosi non attendibile: da ultimo A. Schiavone, *Ponzio Pilato*, cit., pp. 77 s., sostiene che si tratti soltanto dello stereotipo del cattivo governatore, senza alcuna aderenza al personaggio reale. Lo storico Giuseppe Flavio riferisce poi di vari incidenti rivelatori dell'indole feroce e tutt'altro che incline a umana benevolenza di Pilato, il quale in più di una occasione si lasciò andare a provocazioni e a sanguinose manifestazioni di repressione nei confronti dei Giudei (*Bellum* 2,9,2 ## 169-174; 2,9,4 ## 175-177). Appare certo difficile conciliare questa immagine con l'esitazione di un duro prefetto romano che non aveva mai mostrato una linea particolarmente morbida nei confronti dei Giudei.

[88] Occorre in ogni caso tenere presente il fatto che i Vangeli ci raccontano del comportamento di Pilato secondo la loro prospettiva, teologica prima ancora che storica. Si legga ad es. G. Jossa, *Il processo*, cit., pp. 114 ss., il quale ricorda che le preoccupazioni apologetiche sono diverse da Vangelo a Vangelo. In particolare, rileva che Marco non giustifica Pilato né attenua la sua responsabilità (non ricorda nemmeno il primo tentativo di rinvio ad Erode, che invece Luca forse riporta come primo tentativo per salvare Gesù), ma elaborerebbe una "formulazione teologica del senso profondo degli avvenimenti, non un'attenuazione della responsabilità penale di Pilato. Più che al contenuto giuridico dell'azione del prefetto l'evangelista è interessato all'adempimento della volontà divina". W. Fricke, *Il caso Gesù*, cit., p. 217, evidenzia che l'intento principale è sottolineare che "il cristianesimo non è un pericolo per lo Stato: Gesù è politicamente innocuo", e, pertanto, in sintesi, gli evangelisti miravano ad assicurare la sopravvivenza della nuova fede. Su questa linea, G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige"*, cit., p. 52, ritiene che tale atteggiamento sarebbe dovuto anche alla necessità politica delle prime comunità cristiane di non esacerbare i rapporti col mondo romano per poter vivere senza conflitti e fare proseliti. Afferma C. Cohn, *Processo e morte*, cit., p. 240, che il supplizio impiegato contro Gesù del quale parlano i Vangeli, e specialmente quello di Giovanni, deve essere inteso anche sullo sfondo delle conoscenze che gli evangelisti avevano dei coevi processi dei romani contro i cristiani.

[89] La modifica di una decisione giudiziaria assunta dal giudice, ancorché verosimilmente diffusa soprattutto nella prassi pressoché arbitraria dei processi criminali contro i non cittadini nelle province, era comunque evenienza criticabile e insolita. Lo ricorda ancora in epoca più tarda Callistrato in D. 48.19.27pr. (5 *de cogn.*): *Divi fratres Arruntio Siloni rescripserunt non solere praesides provinciarum ea quae pronuntiaverunt ipsos rescindere*… Il problema scaturiva in ordine alla possibilità di consentire una revisione della sentenza in casi di

già chiusa la propria attività sul caso, rappresentando la flagellazione la conclusione della vicenda.

5. Il *revirement* di Pilato

Per motivi che non è dato afferrare con certezza, Pilato manifesta un'iniziale sottovalutazione della sostanza del caso, prospettato con grande aspettativa dalle autorità giudaiche, e, non ritenendo *prima facie* di trovarsi di fronte ad un crimine capitale, intraprende un *iter* cognizionale rapido e minimale[90], culminato nella decisione di disporre la flagellazione e la successiva liberazione.

Le insinuazioni e l'insistenza degli accusatori, che considerarono tale scelta inaccettabile e perfino oltraggiosa, lo inducono però a cambiare atteggiamento e ad instaurare una vera e propria udienza *pro tribunali*, ove disporre della pienezza dei poteri finalizzati alla pronuncia della condanna capitale.

---

sopravvenienza di nuovi elementi probatori. Si veda anche C. 9.47.15 (Diocl. – Maxim.): *Poenam sua dictam sententia praesidi provinciae revocare non licet*. E anche se qui non si può forse parlare tecnicamente di sentenza, certamente è comunque possibile – come nel testo si propone – riconoscere una prima decisione del prefetto, pronunciata come epilogo della prima inchiesta sommaria.

[90] Le narrazioni degli evangelisti lascerebbero anche pensare, in questo caso, ad una forma di *coercitio* inquadrata in un contesto giudiziario, ove si configura come repressiva di un fenomeno criminoso da parte del governatore, non come mero esercizio di poteri di ordine pubblico. Pare, in sostanza, di poter rilevare nel processo di Gesù un esempio dell'evoluzione che la più recente dottrina ha ritenuto di riconoscere e per la quale "la *coercitio* finisce per divenire oggetto di attività cognitoria, separandosi dalla funzione originaria di potere di polizia e identificandosi – almeno in parte – con la repressione *extra ordinem*": A. Lovato, *Coercitio*, cit., p. 21 (al quale si rinvia, oltre che per la bibliografia, anche per l'efficace quadro delle teorie in tema). Sui poteri dei governatori delle province basti qui il rinvio a B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., pp. 52 ss., 186 ss., 227 ss.; Id., *Lo portarono via e lo consegnarono al governatore Ponzio Pilato (Math. 27, 2): la giurisdizione del prefetto di Giudea*, in F. Amarelli – F. Lucrezi, (a cura di), *Il processo contro Gesù*, cit., pp. 85 ss.; Id., *"Praeses provideat". Il governatore provinciale fra "iudicia publica" e "cognitiones extra ordinem"*, in D. Mantovani – L. Pellecchi (a cura di), *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla legislazione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C. – II d.C)*, Pavia, 2010, pp. 69 ss.; C. Venturini, *Nota introduttiva: la giurisdizione criminale in Italia e nelle province nel primo secolo*, in F. Amarelli – F. Lucrezi, (a cura di), *Il processo contro Gesù*, cit., pp. 33 ss.; A. Bellodi Ansaloni, *Riflessioni sulla condotta processuale*, cit., pp. 445 ss. (ivi bibliografia). Sui poteri del *praefectus Iudeae* v. M. Miglietta, "Pilatus dimisit illis Barabbam", cit., pp. 135 ss. La distinzione nell'ambito dello *ius gladii* tra il potere di *animadversio*, inteso come "punire capitalmente" e le minori forme di *coercitio* emerge in numerosi luoghi, soprattutto in testi destinati alla trattazione dei poteri dei governatori provinciali. V. A.D. Manfredini, *Ius gladii*, in *Annali Ferrara*, 5 (1991), pp. 111 s. (*ib*., pp. 103 ss., per una ricostruzione dei rapporti tra *coercitio* e *ius gladii*, ove il secondo abbracciava il potere di repressione mediante l'*animadversio quae vita extorquet* - così Cuiacius, *Opera*, IV, Prati, 1839, col. 121 -, mentre il primo ne era una componente più limitata, ma pur sempre di repressione dei comportamenti riprovati); vedi anche B. Santalucia, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, pp. 215 ss.

La frase che nel racconto giovanneo risulta decisiva nell'indurre repentinamente Pilato a sedersi *pro tribunali* è significativa:

Giovanni 19,12: *ἐκ τούτου ὁ Πιλᾶτος ἐζήτει ἀπολῦσαι αὐτόν· οἱ δ Ἰουδαῖοι ἐκραύγασαν λέγοντες· ἐὰν τοῦτον ἀπολύσῃς, οὐκ ε φίλος τοῦ Καίσαρος· πᾶς ὁ βασιλέα ἑαυτὸν ποιῶν ἀντιλέγει τῷ Καίσαρι.* [13] *Ὁ οὖν Πιλᾶτος ἀκούσας τῶν λόγων τούτων ἤγαγεν ἔξω τὸν Ἰησοῦν, καὶ ἐκάθισεν ἐπὶ βήματος εἰς τόπον λεγόμενον Λιθόστρωτον, ἑβραϊστὶ δ Γαββαθᾶ.*

Et exinde quaerebat Pilatus dimittere eum. Iudaei autem clamabant dicentes: Si hunc dimittis, non es amicus Caesaris; omnis enim, qui se regem facit, contradicit Caesari. [13] *Pilatus autem cum audisset hos sermones, adduxit foras Iesum et sedit pro tribunali, in locum qui dicitur Lithostrotos, hebraice autem Gabbatha.*

Da quel momento Pilato cercava di metterlo in libertà. Ma i Giudei gridarono: "Se liberi costui, non sei amico di Cesare! Chiunque si fa re si mette contro Cesare". [13] Udite queste parole, Pilato fece condurre fuori Gesù e sedette in tribunale, nel luogo chiamato Litòstroto, in ebraico Gabbatà.

Ciò che i Giudei non accettano è la rimessione in libertà (preceduta o meno dalla flagellazione) e si sforzano di spiegare a Pilato che 'farsi Figlio di Dio' (Gv. 19,7) equivale a 'farsi re', condotta lesiva della *maiestas* dell'imperatore ("Chiunque si fa re si mette contro Cesare").

Questa è la leva giuridica che apre la mente del prefetto e lo induce a sedersi *pro tribunali* per celebrare un processo consono alla nuova prospettiva aperta dagli accusatori. Giovanni è fin troppo chiaro nel passaggio "udite queste parole…": l'espressione ripete quella precedente di Gv. 19,8 ("All'udire queste parole, Pilato ebbe ancor più paura") e mostra la progressiva disponibilità del magistrato ad ascoltare le ragioni degli accusatori giudaici fino alla breccia determinata dall'argomento finale.

In sostanza, la frase "*Si hunc dimittis, non es amicus Caesaris; omnis enim, qui se regem facit, contradicit Caesari*" contesta la prima valutazione di Pilato e soprattutto si oppone alla possibilità che Gesù sia liberato. Ma l'argomento sollevato dai Giudei è molto più insidioso e ribalta la situazione, mostrando non solo Gesù come reo di un grave crimine contro Roma, ma paventando una 'connivenza' dello stesso Pilato ove questi non l'avesse duramente perseguito. La duplice prospettazione di non essere 'amico di Cesare' (riferita a Pilato)[91] e di rendersi ostile a Cesare[92] 'facendosi re' (riferita a Gesù), abbina suggestivamente prefetto ed arrestato ed insinua che i tentativi di liberazione del primo agevolino la condotta del secondo: Pilato viene dipinto come sospettabile di correità, di 'intelligenza col nemico'.

In questo contesto, persino la precedente risposta di Gesù "Tu non avresti alcun potere su di me se ciò non ti fosse stato dato dall'alto" (Gv. 19,11) appare probabilmente molto efficace nell'indebolire la resistenza di Pilato, evocando - ancora prima che lo facessero gli accusatori – la subordinazione del prefetto all'imperatore[93].

Gesù rincara questa risposta con un attacco frontale alle autorità ebraiche: "Per questo chi mi ha consegnato a te ha un peccato (*peccatum* – *ἁμαρτία*) più grande", rendendo manifesto agli occhi del giudice il proprio carisma e, probabilmente, la propria pericolosità per l'*establishment* giudaico. Anche queste parole dovettero illuminare nel romano la comprensione della fondatezza dei timori delle autorità ebraiche.

---

[91] La forte ostilità verso la decisione del prefetto di liberare Gesù risalta nel verbo κραυγάζω, urlare (Gv. 19,12), già usato per il "Crocifiggi, crocifiggi!" (19,6): R.E. Brown, *La morte del Messia*, cit., p. 952. Ivi anche un'interessante ipotesi di ricostruzione del significato dell'espressione "amico di Cesare", sulla base di Tac., *Annales* 6,8, come possibile titolo onorifico rilasciato da Seiano, potentissimo vicegerente di Tiberio sino al 31 d.C.

[92] R.E. Brown, *ivi*, p. 953: "Il verbo *antiléghein*, se letteralmente implica un parlare contro, cela un atteggiamento ostile contro qualcuno."

[93] Il riferimento di Gesù viene comunemente inteso dagli esegeti nel senso che "il ruolo di Pilato nel processo gli è stato dato dall'alto, cioè dal Padre" (così R.E. Brown, *ivi*, p. 951), ma il governatore non poté che percepirlo come un inquadramento gerarchico del proprio ruolo.

I successivi *sermones*[94] dei Giudei troveranno quindi un Pilato psicologicamente colpito dall'argomentare di quell'Imputato, ma autenticamente spaventato e probabilmente meno sicuro della non pericolosità di Gesù. Questo lo indurrà a ritornare sui suoi passi ed a rivestirsi della pienezza del potere repressivo criminale. All'astratta possibilità di qualificazione dei fatti sotto il profilo del *crimen maiestatis* e del rischio che la vicenda possa travalicare i confini della provincia, solo ora evidenti in Pilato, consegue la trattazione solenne e pubblica, in funzione del tipo di bene offeso e della pena capitale ad esso riconnessa[95].

In ogni caso, dal punto di vista giudiziario, ciò che successe nell'udienza di Pilato di quel fatidico giorno appare poco lineare sotto diversi profili: più procedimenti, di forme diverse, si susseguono e si sovrappongono, le decisioni del magistrato vengono messe in discussione per finire riformulate in base a rilievi forse più politici che giuridici. Decisamente un *iter* faticoso, pur nell'ampia discrezionalità riconosciuta ai governatori provinciali nell'ambito dei processi criminali nel I secolo d.C.[96].

6. Conclusioni: i due giudizi

---

[94] Le argomentazioni ebraiche vengono qui rese dal termine *sermo* - *λόγος*, che pare richiamare più l'argomentare scientifico e meno l'intimidazione allusiva. R.E. Brown (*ivi*, p. 953) annota che il verbo "*akùein* con il genitivo implica un ascolto attento". Diversamente Luca (23,23) registra il passaggio immediatamente precedente la decisione finale di Pilato descrivendo grida minacciose (*instabant vocibus magnis postulantes ut crucifigetur*). Matteo (27,23) e Marco (15,14) adoperano il verbo *clamare*.

[95] A. Schiavone, *Ponzio Pilato*, cit., p. 155, spiega il cambiamento di Pilato come dovuto alla finale comprensione del progetto di Gesù: "Io credo che, a partire da un certo momento, quello stesso indicato e poi nascosto da Giovanni – *ek toutou* – il governatore abbia collegato in un unico quadro tutti gli elementi, si sia reso definitivamente conto dell'atteggiamento del prigioniero, e si sia persuaso – fortemente suggestionato da lui – a non contrastarne il disegno. Che cioè, da un certo momento in poi, tra Pilato e Gesù si sia stretto come un tacito e indicibile patto che spinse Pilato nella direzione che Gesù riteneva inevitabile. Fu questa specie di intesa, scattata con una forza irresistibile, a determinare l'esito della vicenda."

[96] Come noto, il giudizio penale *extra ordinem*, in particolare nei confronti di un non romano come Gesù, poteva essere condotto liberamente dall'autorità romana fino alla pronunzia finale ed era dominato dalla discrezionalità del funzionario imperiale, ancora più ampia nel caso di un'accusa per *crimen maiestatis*, che nasce da ragioni politiche e riguarda la difesa dell'ordine imperiale. Sul punto v. *supra*. Peraltro, nota R.E. Brown, *La morte del Messia,* cit., p. 961: "nel mantenimento dell'ordine in una provincia come la Giudea il prefetto a malapena consultava i trattati di legge". Sul *crimen maiestatis* v. di recente C. D'Aloja, *Sensi e attribuzioni del concetto di 'maiestas'*, Lecce 2011, pp. 186 ss., con citazione di fonti che mostrano la vaghezza e i labili confini del *crimen* (ivi bibliografia).

È giunto il momento di tirare le fila di quanto sin qui emerso dalla rilettura del racconto della Passione di Gesù che ruota attorno alla flagellazione.

I racconti di Matteo e di Marco, intrecciando le due pene (flagellazione e crocifissione) in maniera apparentemente inestricabile, hanno comunemente indotto gli studiosi a ravvisare entrambe quali proprie del dispositivo conclusivo del processo[97]. Come sopra argomentato, però, la costruzione sintattica in Mc. 15,15 e Mt. 27,26, a discapito della suggestiva vicinanza dei termini impiegati e della rapida successione degli eventi narrati, non impedisce di riconoscere due esiti distinti e successivi, dotati ciascuno di autonomia funzionale e specifica fisionomia processuale.

Il racconto lucano non fa eccezione con riferimento all'esistenza di due decisioni (l'una meramente emendativa - in 23,16 e 22 -, l'altra capitale – in 23,25), ma risulta processualmente più coerente: la non esecuzione della flagellazione mostra come la formale decisione finale per Gesù sia unica, solo quella capitale.

Davanti a Pilato vengono portati capi d'accusa[98], essenzialmente riconducibili a crimini lesivi dell'ordine pubblico, che il magistrato pare sottovalutare. Così come attestato nella prassi provinciale della procedura criminale romana, ciò che si svolge davanti al prefetto assume la fisionomia di un processo *de plano*[99]. Conclusa l'audizione

---

[97] Si discosta dalla "opinión de mayoría", ma proponendo una lettura dei due sinottici integrata dalla "narración joánica…complemento particularmente bien elaborado" lo studioso spagnolo J.M. Ribas Alba, *El proceso*, cit., pp. 426 s.: "nada impide concluir que también para Mateo y Marcos la pena de la flagelación fue independiente: el prefecto dispuso que Jesús fuera flagelado; y después lo entregó para que se cumpliera la sentencia. Por tanto, entre la flagelación y la Cruz tuvo lugar la emisión formal de la sentencia de muerte". Nel suo scritto più recente, *Proceso a Jesús, Derecho, religión y política en la muerte de Jesús Nazaret*, Cordoba, 2013, pp. 262 s., il medesimo A. si esprime con sicurezza in termini di "pena independiente" e, pur considerando la mancanza di informazioni tecniche sufficienti nelle fonti, afferma "estaríamos tentados de concluir que fue el resultado de una primera sentencia pronuntiada por Pilato y luego rectificada".

[98] Lc. 23, 1-2. Sui capi d'accusa v. *supra*.

[99] La procedura *de plano* era prevista per i crimini minori, nel processo criminale delle province, ed era destinata a concludersi, in caso di condanna, con l'inflizione di una pena minore, quale la flagellazione per gli schiavi o la fustigazione per i liberi. Lo scrive, ancora secoli dopo, Ulpiano in D. 48.2.6 (2 *de off. procons.*): *Levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet et vel liberare eos, quibus obiciuntur, vel fustibus castigare vel flagellis servos verberare*. Come già visto *supra*, nella compilazione giustinianea la *flagellatio* è classificata come pena minore (*castigatio*), propria dei crimini di minore gravità (*levia crimina*), per i quali il giurista qui informa della possibilità per il proconsole di adozione di una procedura semplificata, *de plano*, basata su un contraddittorio privo di particolari formalità (sulla distinzione tra *leviora crimina* e *graviora crimina*, specialmente sotto il profilo delle

ed esperita la remissione ad Erode, il magistrato esprime una prima pronuncia con la quale, nel riconoscere l'innocenza dalle colpe più gravi, contestualmente dichiara Gesù passibile solamente di un 'castigo', la flagellazione. La pena minore viene così a configurarsi plausibilmente come un autonomo epilogo in funzione della chiusura del primo procedimento e della conseguente liberazione dell'Imputato[100].

Le insistenze giudaiche, in successione al primo intento punitivo ed in superamento di esso, condurranno però ad un nuovo esame del caso, in forma pubblica, che si concluderà con la pena di morte.

La sequenza giovannea non pare contrastare con quella dei sinottici, di cui presenta tutti gli elementi, ma fornisce una lettura meglio scandita, tale da apparire più attendibile anche dal punto di vista tecnico-processuale[101].

L'apostolo, che è il più preciso nella narrazione di questi eventi, lascia infatti scorgere più chiaramente rispetto agli altri evangelisti due momenti cognitori ben distinti nel tempo e nello spazio, ciascuno scandito dall'interrogatorio dell'indagato: il

---

conseguenze in caso di assenza, v. di recente, anche per la bibliografia, S. Sciortino, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA,* LX, 2017, pp. 185 ss.). I due verbi *audire et discute*re presuppongono comunque lo svolgimento di un'istruttoria e di un contraddittorio che, per quanto semplificati, consentono di collocare la procedura in un ambito giurisdizionale. E in effetti, questo pare proprio il protocollo applicato alla vicenda giudiziaria di Gesù: un'audizione sommaria, rapida e semplificata, al termine della quale il governatore, che aveva riscontrato un crimine non grave, si era determinato per la liberazione, previa applicazione di un castigo consono allo stato dell'Imputato. Non desta pertanto sorpresa che la punizione di Gesù possa essere avvenuta in forza di un crimine la cui prospettazione sia apparsa, in prima battuta, di minore gravità agli occhi del prefetto. A questo si deve forse la benevolenza iniziale del medesimo, in linea con la direttiva attestata dal giurista Marciano che richiama i governatori ad una valutazione equilibrata, ammonendoli ad essere più inclini alla benignità nelle cause meno gravi: D. 48.19.11pr. (Marcian. 2 *de publ. iud.*), ripreso quasi alla lettera da un passo di Paolo in D. 47.9.4.1 (Paul. 54 *ad ed.*), tanto che B. Santalucia, *Studi*, cit., p. 225 n. 228, ipotizza riportasse il testo di una costituzione imperiale. Le semplificazioni procedurali proprie di tale forma di giudizio sono significativamente insite nelle contrapposte espressioni *de plano* e *pro tribunali* che esprimono anche l'altezza da cui giudicava il magistrato: al suolo, nel primo caso, sulla sella curule nel secondo. Vedi spec. L. Wenger, *Noch einmal zum Verfahren de plano und pro tribunali* in *ZSS*, 62 (1942), pp. 366 ss.; R. Düll, *Zum* de plano *Verfahren*, in *ZSS*, 60 (1940), pp. 234 ss.; D. Nörr, *Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp:* interloqui de plano, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, vol. III, Milano, 1983, pp. 519 ss.

[100] A. Schiavone, *Ponzio Pilato*, cit., p. 126, ritiene che Pilato abbia qui formulato solo una "decisione interlocutoria…comunicava un orientamento, non una decisione. Gesù era ancora nel pretorio, e l'inquisizione poteva riprendere in ogni momento come infatti sarà".

[101]Anche A. Schiavone, *ivi,* p. 90, esprime netta preferenza per la versione giovannea, che ritiene comunque coerente ed integrativa delle narrazioni di Marco e Matteo.

primo si esaurisce all'interno del pretorio e termina con l'irrogazione della pena *ad coercitionem corporis*, prodromica alla liberazione (18,28-19,1); il secondo, dopo un supplemento di interrogatorio all'interno, si tramuta in dibattimento pubblico e termina con la consegna per la crocifissione (19,9-19,16).

Giovanni, in tal modo, attribuisce al primo processo una propria ed autonoma conclusione (la flagellazione), collocandolo altresì ad una distanza temporale apprezzabile rispetto al secondo che si concluderà, oltretutto senza che siano stati portati nuovi elementi di prova, con il drammatico finale della croce.

La sequenza dei due giudizi e delle due pronunce, dunque, appare così scandita: la prima inchiesta inizia in 18,28, con la *adductio* di Gesù nel pretorio, vede una decisione assolutoria in 18,38 ("Io non trovo in lui alcuna colpa") e si conclude con l'esecuzione della flagellazione in 19,1: "Allora Pilato fece prendere Gesù e lo fece flagellare".

Tale primo procedimento appare trattato *de plano*, nella plausibile convinzione che si trattasse di un caso minore. Pilato pensa di chiudere la vicenda irrogando un castigo in funzione repressiva ed emendativa, probabilmente volendo sanzionare i disordini causati da Gesù presso il tempio in occasione del suo arrivo a Gerusalemme e, al contempo, ammonire tutti coloro che lo avevano accolto in città.

In sintesi, a chi scrive non pare che la flagellazione abbia avuto lo scopo preminente di accontentare le autorità giudaiche: piuttosto, sembra che tale *castigatio* e, soprattutto, le modalità procedurali che portano ad essa dimostrino come Pilato abbia inizialmente impostato il procedimento in maniera totalmente difforme da quanto voluto dagli accusatori, sia sul versante della qualificazione delle accuse sollevate, sia su quello delle forme di celebrazione del processo. All'esito di un primo, rapido esame, Pilato pare compiere una 'indipendente' valutazione dei fatti e delle prove, determinandosi per una pena molto distante da quella richiesta. Tale imparzialità, in effetti, appare tutt'altro che accomodante o transigente rispetto agli

accusatori e se ne può comprendere la percezione di ostilità che portò alla non accettazione ed all'incremento delle pressioni.

Ma la vicenda non si arresta.

Lo spettro di ulteriori disordini, anche questi ascrivibili alla persona del Nazareno, si materializza nuovamente, ma, soprattutto, subentra in Pilato il timore di venire accusato di non tutelare la *maiestas populi romani*. La frase "Chiunque si fa re si mette contro Cesare" (Gv. 19,12) insinua in lui il dubbio che il qualificarsi "re", ancorché non "*de hoc mundo*" (Gv. 18,36), sia questione che richieda un solenne processo criminale *de maiestate*. Pilato capisce che la sua prima valutazione non era stata adeguata al caso, poco opportuna dal punto di vista politico, forse criticabile sul piano giuridico.

Le pressanti richieste degli accusatori, che pretendono la morte dell'uomo "che si è fatto Figlio di Dio" e non accettano la 'sottovalutazione' manifestata dal magistrato, sortiscono l'effetto voluto, inducendo il governatore ad un comportamento che ci pare sorprendente: la riapertura di un processo che intendeva chiuso (sia pure svolto in termini semplificati) e la cui decisione era stata eseguita, con il prefetto che, per ricominciare il giudizio e giungere ad una seconda soluzione, cambia veste e sede formale, assumendo in forma pubblica l'esercizio del pieno potere giurisdizionale, *pro tribunali*.

L'apertura del secondo *iter* giudiziario[102] è esposta in Gv. 19,9 con il prefetto che, rientrato nel pretorio, formula una nuova domanda di carattere preliminare all'Imputato (*unde es tu*?) destinata a rimanere senza risposta. Il nuovo interrogatorio dopo l'esecuzione della flagellazione segna l'avvio di una nuova *cognitio* che vede in sequenza il cambiamento della sede processuale e un nuovo contraddittorio sulle

[102] L'inconsueto e tautologico andamento circolare del processo si coglie anche dal ritmo narrativo, che vede l'evangelista ricorrere più volte all'avverbio *iterum* - *πάλιν* (Gv. 19,4 e 9).

accuse, culminante con una propria sentenza[103]. Dunque, la seduta *pro tribunali* rappresenta una fase diversa e successiva a quella in cui era stata ordinata la *flagellatio* (19,1).

Pilato tenta ancora debolmente di ribadire la precedente risoluzione di rimettere in libertà Gesù (Gv. 19,14-15), ma le rinnovate intimidazioni dei Giudei che abilmente fanno leva su quello che hanno individuato come lato sensibile del prefetto ("Non abbiamo altro re che Cesare": 19,15), unitamente alla netta richiesta del "*Crucifige!*", determinano rapidamente la fine di questo giudizio ed una nuova, ben diversa, sentenza: *tunc ergo tradidit eis illum ut crucifigeretur* (19,16)[104].

Se nella prima fase processuale Pilato era stato giudice imparziale che, consapevole della tendenziosità dell'accusa (mossa per *invidia*), aveva deciso per l'innocenza dell'Imputato e il solo castigo emendativo, ora, avviando questo nuovo giudizio, è oramai rassegnato, se non intenzionato, a soddisfare gli accusatori e a condannare a morte Gesù: è giudice non più imparziale[105].

Si noti il paradosso: l'assunzione della piena e pubblica veste giurisdizionale, in luogo della prima sede di audizione sommaria, accompagna il passaggio da un giudizio *de plano*, 'di diritto', a un secondo giudizio, *pro tribunali* ma in realtà forse più 'politico', basato su una rilettura dei medesimi fatti alla luce di prospettazioni accusatorie politico-religiose rispetto alle quali Pilato non si era in prima battuta mostrato persuaso. Del resto, anche l'eventuale convinzione personale dell'innocenza

---

[103] Coglie il passaggio fra i due momenti processuali, ma senza prospettare una duplice sentenza, L. Wenger, *Noch einmal zum Verfahren de plano*, cit., pp. 366 ss., seguito da G. Theissen – A. Merz, *Il Gesù storico. Un manuale*, 2ª ed., trad. it. E. Gatti, Brescia, 2003, p. 560, n. 22.

[104] Si è anche detto che Pilato avrebbe potuto disporre un aggiornamento del processo, come prevedeva il sistema romano, ma non lo fece perché ricorrendo al popolo si era ormai precluso questa via: ne esce il "ritratto penoso di un giudice romano violatore del diritto per mancanza di coraggio, di prudenza e di forza di carattere": J. Blinzler, *Il processo*, cit., p. 283.

[105] A. Cincotta, *L'*Affaire *Gesù. Il processo, sincronie, diacronie giuridiche e futuribili scientifici. Suggestioni e ipotesi a proposito di alcuni recenti contributi*, in *Historia et Jus*, www.historiaetius.eu - 11/2017 - paper 21, p. 18, coglie un beffardo moto di rivalsa di Pilato in Gv. 19,22 (*Ὃ γέγραφα, γέγραφα*), ove il rifiuto di modificare il *titulus crucis* sarebbe opposto in base all'immodificabilità della sentenza.

dell'Imputato non poteva verosimilmente avere il sopravvento su ben più pragmatiche considerazioni inerenti al futuro della propria carica e sul timore di una denuncia verso l'imperatore nel caso avesse mantenuto la decisione di liberare Gesù. A questo punto, la convenienza politica non poteva non prevalere[106]. Ai timori per la carriera viene sacrificata la coerenza processuale, così superando la contraddizione di due decisioni sovrapposte e difformi.

L'inflizione della *flagellatio* evidenzia e rispecchia l'epilogo di un primo sommario giudizio di colpevolezza per un *crimen leve* o comunque per violazioni di ordine pubblico non gravi, in questo trovando una congrua base giuridica.

La condanna a morte finale, invece, appare giungere a conclusione di un secondo procedimento in cui Pilato si sconfessa e si corregge sulla base di una valutazione più politica e meno giuridica dei medesimi elementi probatori[107].

Il secondo segmento processuale appare così delinearsi quasi come una forma di 'autotutela' dello stesso magistrato, il quale giunge a valutazioni che, in ogni caso, ben poco hanno a che fare con la ricerca della verità, sulla quale lo stesso Pilato si interrogava. Ma il prefetto "non credeva alla verità tanto da sacrificare ad essa il suo interesse"[108].

---

[106] J. Ratzinger, *Gesù di Nazareth*, cit., p. 220, osserva: "Alla fine, la preoccupazione per la carriera è più forte della paura di fronte alle potenze divine". Si ricorda che l'imperatore Tiberio non puniva nessun crimine più spietatamente della lesa maestà: cfr. ad es. Svet., *Tiberius* 58; Tac., *Annales* 3,38. G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige"*, cit., p. 59, scrive: "in un processo politico la sorte dell'imputato e perfino il sacrificio della sua vita contano infinitamente meno dalla "ragion di stato", quello che qui abbiamo denominato l'opportunismo del potere". Nota, inoltre, J. Blinzler, *Il processo*, cit., p. 310 n. 2, per consolidare l'immagine di un Pilato timoroso di una denuncia presso l'imperatore, che il prefetto aveva sulla coscienza anche parecchi altri punti oscuri in merito ai quali avrebbe avuto ragione di temere un'inchiesta regolare (come la nota vicenda del massacro riportata in Philo, *Legatio ad Gaium* 38 § 301).

[107] Esattamente C. Venturini, *Nota introduttiva*, cit., p. 23, conclude "nel senso dell'esistenza nella realtà provinciale di giudizi criminali difficilmente riferibili ad una precisa tipologia ma provvisti, al contrario, di forme abbastanza varie … dipendenti in modo decisivo da scelte (non importa se commendevoli o meno) del governatore".

[108] Così G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige"*, cit., p. 74.

Proprio perché mancò di ascoltare la verità decise per la seconda volta, e lo consegnò.

Keywords: *Jesus, Trial, Pilate, Scourging, flagellation, crucifixion.*

Abstract: The scourging of Jesus decreed by Pilate, as reported in the four Gospels, is here focused with a view to understanding the grounds for it and the role it played within the Trial.John's narrative, more than Mark's or Matthew's (in Luke the scourging is only announced), shows clearly the steps of a double trial. Meant to put an end to the trial held *de plano* before Pilate, the execution of the scourging was due to castigate the Defendant for a crime not deserving death penalty: an autonomous minor punishment, rather than a punishment ancillary to the crucifixion. Upon insistence of the Jews, the Prefect will go to sit *pro tribunali*, aiming at changing his first, maybe too hasty, decision, thus letting the accusers get their point: the death of the Man.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Rosa Geraci

PhD, Universy of Palermo

At the Borders of Religious Freedom: Proselytism between Law and Crime.*

SUMMARY: - 1. Some remarks about religious freedom in global society. – 2. Behavioral advertising and proselytism. – 3. Aggressive proselytism and apostasy. – 4. Phenomenon of proselytizing in prison, with particular regard to Islamic fanaticism. – 5. Prevailing religion and ban on proselytism in Greece. – 6. Evaluation by ECHR of ban on proselytism. – 7. Conclusions.

1. Some remarks about religious freedom in global society

Because of current intense migratory flows, the coexistence of various religious movements, often very different ones, in our society has increased[1]. This phenomenon is known as 'religious pluralism' and it is not a mere coexistence within the same social sphere of different religious groups, but it implies that before the law all religions have the right to exist, to spread doctrines, to worship, and to gain a recognition of 'special' juridical positions[2].

In fact, today the market of ideas, especially religious ones, is open, highly variable, and constantly enriched by new stimuli. It fosters circulation of ideas, debate, and transmission of values that in a globalized world follows its own rules. But

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] AA.VV., *Fenomeni migratori, diritti umani e libertà religiosa*, a cura di A. Ingoglia – M. Ferrante, Padova, 2017, pp. 12 ss.; A. S. Mancuso, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 2012, n. 32, pp. 1 ss.; F. Cherubini, *Le migrazioni in Europa*, Roma, 2015, pp. 39 ss.; C. Bonifazi, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 1998, pp. 25 ss.

[2] E. Severino, *La ragione, la fede*, Milano, 2009, pp. 20 ss.; S. Sicardi, *Questioni aperte nella disciplina del fenomeno religioso: dalla laicità al sistema delle fonti*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2005, I, pp. 3 – 29; A. Bettetini, *Religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in G. B. Varnier (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli 2004, pp. 163 ss.; F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2003, pp. 68 e 128; G. Barberini, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 2ª ed., Torino, 2001, p. 39; G. Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Bari, 2000, p. 44; G. B. Varnier, *Le problematiche del rapporto Stato-minoranze confessionali*, in V. Parlato - G. B. Varnier (a cura di), *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, Torino, 1992, pp. 7-8; see also S. Ferrari, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in V. Parlato - G. B. Varnier (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, 1995, pp. 19-47; A. C. Jemolo, *Stato e Chiesa in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1971, pp. 330 ss.

freedom of thought cannot exist until every single cult has equal freedom of propaganda and proselytism guaranteed.

In this background, the religious factor is a diriment element and the issue of State secularism represents the focal point of cultural and juridical debate.

Secularism, according to Barbier, is not easy to define and it is characterized by a detached behaviour of the State towards religion. The term secularism can have various meanings[3]. The jurisprudence of the Constitutional Court set forth that it constitutes a 'supreme Principle' of the Italian State, affirming the claim of citizens to have a real autonomy of state from religions and a recognition of equal rights and freedom, with regard to one's own religious belief or atheistic, agnostic, or rationalistic beliefs.

In other words, the idea of secularism, as pointed out in the juridical/constitutional field by the Constitutional Court allows all citizens to freely and publicly worship their faith and to lead a life free from religious obligations and conditionings.

Philosophically, secularism implies equality and liberty of all citizens, and is strictly related to a liberal State model considering its reluctance towards a paternalistic stance[4]. In this sense, in the light of the Kantian principle of self-determination of citizens, regarded as subject to laws they give themselves, also formulated by Rawls and Habermans, some authors consider laity an unswerving requirement in order to avoid political interference from religions that could negatively influence individual autonomy[5].

---

[3] M. Barbier, *La laicitè*, Paris, 1995, pp. 69 ss.
[4] A. Barbera, *Il cammino della laicità*, in www.forumcostituzionale.it, giugno 2004, pp. 3 ss..
[5] J. Habermas, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2004, pp. 16-17; J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993, pp. 36 ss..

The current debate over laity of the State is focused on possible ways a relative neutrality of public institutions can be guaranteed, when facing the religious factor[6]. When religion enters the public sphere, indeed it reflects its effects into the freedom of choice of single persons, and also into civil and political fundamental rights of individuals and groups.

In the current scenario, the multiplication of actors in the religious market and the return of old fundamentalisms cause the regression of separatism and secularism achieved by secular and laic societies in Western Europe. Moreover, the ever increasing processes of globalization, women's emancipation, the deployment of means of communication, the rising movement of people also through a significant return or 'frontier' migrations, lead one to choose faiths other than traditional ones. For example, in several European countries, and especially in France, Buddhism has largely spread. Cultural contamination generates a remarkable individualization of sensitivity about religious affiliation and choices in life that is now uncontrollable and disconnected from traditions and places.

2. Behavioral advertising and proselytism

ICT, together with new means of communication and information processing, are the ground for the development of the so-called behavioural advertisement[7]. It is

---

[6] C. Cardia, *Religione (libertà di)*, in *Enc. giur., Aggiornam.*, vol. II, Milano, 1998, p. 919. See also P. Bellini, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973, pp. 1118 ss.

[7] T.F. Yen - Y. Xie - F. Yu - R. P. Yu, and M. Abadi, *Host fingerprinting and tracking on the web: Privacy and security implications*, in *Proceedings of the Network & Distributed System Security Symposium*, February 2012, http://research.microsoft.com/pubs/156901/ndss2012.pdf, pp. 5 ss.; D. Perito - C. Castelluccia - M. A. Kaafar - P. Manils, *How unique and traceable are usernames?* in *Privacy Enhancing Technologies Symposium,* July 2011, http://planete.inrialpes.fr/~perito/papers/pets11.pdf, pp. 3 ss.; G. Friedland - G. Maier - R. Sommer - N. Weaver, *Sherlock Holmes' evil twin: on the impact of global inference for online privacy*, in *Proceedings of the New Security Paradigms Workshop*, September 2011, pp. 13 ss.; M. D. Ayenson - K. J. Wambach - A. Soltani - N. Good - C. J. Hoofnagle, *Flash cookies and privacy II: Now with HTML5 and ETag respawning*, July 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898390, pp. 6 ss.; A. M. McDonald - L. F. Cranor, *A survey of the use of Adobe Flash Local Shared Objects to respawn HTTP cookies*, January 2011, http://www.casos.cs.cmu.edu/publications/papers/CMUCyLab11001.pdf, pp. 1 ss.; P. G. Leon - B. Ur - R. Balebako - L. F. Cranor - R. Shay - Y. Wang, *Why Johhny can't opt out? a usability evaluation of tools to limit online behavioral advertising. Technical report*, CMU, 2011,

a kind of propaganda based on the analysis of single web user's behaviours, with the aim of being dynamically customized on user's interests, tastes, and political or religious ideas. Through cookie files, behavioural advertising on the web defines a detailed user's profile that will then receive ads. It uses such information to deliver a page tailored to a particular purpose, according to user's behaviours on the Internet.

Behavioural advertising, on one hand could be utilized to campaign for religious beliefs and faiths and, on the other hand, could infringe individuals' privacy and religious rights, especially when it presupposes a personal data processing that can disclose religious and philosophical data with the purpose of sending ads to the user.

Indeed, personal data, disclosing information about religion or philosophical beliefs are regarded as sensitive according to article 8 of Directive 95/46/CE; to

---

http://www.cylab.cmu.edu/files/pdfs/tech_reports/CMUCyLab11017.pdf, pp. 9 ss.; A. Braunstein - L. Granka - J. Staddon, *Indirect content privacy surveys: Measuring privacy without asking about it*, in *Symposium on Usable Privacy and Security*, 2011, http://www.alexbraunstein.com/soups2011.pdf, pp. 4 ss.; M. Fredrikson - D. Davidson - S. Jha - B. Livshits, *Towards enforcable data-driven privacy policies*, in *Web 2.0 Workshop on Security and Privacy*, May 2011, http://www.w2spconf.com/2011/papers/dataDrivenPrivacy.pdf, pp. 11 ss.; S. Guha - B. Cheng - P. Francis, *Privad: Practical privacy in online advertising*, in *Symposium on Networked Systems Design and Implementation (NSDI),* March 2011, http://adresearch.mpi-sws.org/privad-system.pdf, pp. 2 ss.; C. Castelluccia - E. De Cristofaro - D. Perito, *Private information disclosure from web searches (or how to reconstruct users' search histories)*, in *Privacy Enhancing Technologies Symposium*, July 2010, pp. 43 ss.; J. Angwin, *The web's new gold mine: Your secrets*, in *Wall Street Journal*, July 30, 2010, http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703940904575395073512989404.html, pp. 21 ss.; P. Eckersley, *How unique is your web browser?,* in *Privacy Enhancing Technologies*, 2010, volume 6205, https://panopticlick.eff.org/browser-uniqueness.pdf, pp. 1-18; V. Toubiana - A. Narayanan - D. Boneh -H. Nissenbaum - S. Barocas, *Adnostic: Privacy preserving targeted advertising*, in *Proc. NDSS*, 2010, http://crypto.stanford.edu/adnostic/adnostic-ndss.pdf, pp. 13 ss.; A. Janc - L. Olejnik, *Feasibility and real-world implications of web browser history detection*, in *Web 2.0 Workshop on Security and Privacy*, May 2010, http://www.w2spconf.com/2010/papers/p26.pdf, pp. 6 ss.; M. McDonald - L. F. Cranor, *Beliefs and behaviors: Internet users' understanding of behavioral advertising*, in *Proceedings of the Conference on Communication, Information and Internet Policy*, October 2010, http://aleecia.com/authors-drafts/tprc-behav-AV.pdf, pp. 2 ss.; A. Soltani - S. Canty - Q. Mayo - L. Thomas - C. J. Hoofnagle, *Flash cookies and privacy*, August 2009, http://ssrn.com/abstract=1446862, pp. 10 ss.; J. Yan - N. Liu - G. Wang - W. Zhang - Y. Jiang - Z. Chen, *How much can behavioral targeting help online advertising?,* in *Proc. of WWW*, 2009, http://www2009.eprints.org/27/1/p261.pdf, pp. 11 ss.; A. AQUISTI, *Nudging privacy: The behavioral economics of personal information. Security & Privacy*, 2009, http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/acquisti-privacy-nudging.pdf, pp. 7 ss.; A. Narayanan - V. Shmatikov, *Robust de-anonymization of large datasets*, in *Proceedings of IEEE Symposium on Security and Privacy*, May 2008, pp. 16 ss.

article 4, subparagraph 4, letter d of Privacy Code; and according to article 9 of current Regulation, even if in the text the words 'sensitive data' are not used.

Sensitive data need a stronger safeguard because information referring to religious or philosophical beliefs 'concerns the most intimate aspects of an individual' and more importantly 'they can be easily used with the aim of discriminating'. The reinforced protection in the current Privacy Code for sensitive data, included religious and philosophical ones, provides that data processing are legal only if: 1. The data processing Authority gives its authorization (ex article 26, subparagraph 1 of Privacy Code), and 2. A written authorization of informed, specific and free consensus to process data; failure to do so would be illegal (article 23, subparagraph 4).

We need to make a distinction between two kinds of behavioural advertising affecting the religious field in general[8]. The first kind can be defined as sensitive

---

[8] J. R. Mayer - J. C. Mitchell, *Third-party web tracking: Policy and technolog,* in *Proceedings of IEEE Symposium on Security and Privacy*, May 2012, in https://stanford.edu/~jmayer/papers/trackingsurvey12.pdf., pp. 1 ss.; M. Backes - A. Kate - M. Maffei - K. Pecina, *ObliviAd: Provably secure and practical online behavioral advertising*, in *Proceedings of IEEE Symposium on Security and Privacy*, May 2012, http://www.lbs.cs.uni-saarland.de/publications/obliviad.pdf, pp. 1 ss.; E. De Cristofaro - C. Soriente - G. Tsudik - A. Williams, *Hummingbird: Privacy at the time of Twitter* in *Proceedings of IEEE Symposium on Security and Privacy*, May 2012, pp. 4 ss.; F. Roesner - T. Kohno - D. Wetherall, *Detecting and defending against third-party tracking on the web*, in *Symposium on Networked Systems Design and Implementation*, April 2012, http://www.franziroesner.com/pdf/webtracking-NSDI2012.pdf, pp. 7 ss.; B. Krishnamurthy - K. Naryshkin - C. Wills, *Privacy leakage vs. protection measures: the growing disconnect*, in *Web 2.0 Workshop on Security and Privacy*, May 2011, http://www.research.att.com/~bala/papers/w2sp11.pdf, pp. 3 ss.; D. Wetherall - D. Choffnes - B. Greenstein - S. Han - P. Hornyack - J. Jung - S. Schechter - X. Wang, *Privacy revelations for web and mobile apps*, in *Proceedings of HotOS*, May 2011, http://appanalysis.org/jjung/jaeyeon-pub/hotos2011-revelations.pdf, pp. 8 ss.; AA.VV., *Abusing social networks for automated user profiling*, in *RAID*, 2010, http://www.iseclab.org/papers/raid2010.pdf., pp. 5 ss.; S. Guha - B. Cheng - P. Francis, *Challenges in measuring online advertising systems*. in *Proceedings of IMC*, November 2010, http://research.microsoft.com/en-us/um/people/saikat/pub/imc10-ads.pdf, pp. 10 ss.; W. Enck - P. Gilbert - B.-G. Chun - L. P. Cox - J. Jung - P. McDaniel - A. N. Sheth, *Taintdroid, An information-flow tracking system for realtime privacy monitoring on smartphones*, in *Proceedings of the USENIX Symposium on Operating Systems Design and Implementation, Vancouver*, BC Canada, October 2010, http://static.usenix.org/event/osdi10/tech/full_papers/Enck.pdf, pp. 1 ss.; D. Jang - R. Jhala - S. Lerner - H. Shacham, *An emperical study of privacy-violating information flows in JavaScript web applications*, in *Proc. of ACM CCS*, October 2010, http://cseweb.ucsd.edu/~hovav/dist/history.pdf, pp. 7 ss.; J. Gomez, T. Pinnick - A. Soltani, *Knowprivacy: The current state of web privacy, data collection and information sharing*, June 2009, http://knowprivacy.org/report/KnowPrivacy_Final_Report.pdf, pp. 1 ss.; B. Krishnamurthy - C. E. Wills, *Privacy diffusion on the web: A longitudinal perspective*. in *WWW*, 2009, http://www.research.att.com/~bala/papers/www09.pdf, pp. 2 ss.; B. Krishnamurthy - C. Wills, *On the leakage of personally identifiable information via online social networks*, in *Proceedings of the Workshop on Online Social Networks*, August 2009, http://www.research.att.com/~bala/papers/wosn09.pdf, pp. 9 ss.; L. Sweeney, *K-anonymity: a*

behavioural advertising, and uses personal information that can disclose religious and philosophical beliefs of users (sensitive data). The second kind can be defined as common behavioural advertising, as it is based on the processing of not-sensitive common personal data. Within these kinds of advertising, we can identify advertising with religious proselytizing content.

With respect to sensitive behavioural advertising with a content of religious proselytism (for example we can think to a system based on cookies set up to record any possible visit to websites of religious interest), Article 29 Working Party (in its opinion no. 2/2010) has stated that (i) use of sensitive personal data (ex article 8 of EC regulation 95/46), included those data that could reveal religious, 'philosophical or different beliefs, entails serious risks to infringe the personal data of individuals if this type of information is used for the purposes of serving behavioural advertising'; (ii) 'Any possible targeting of data subjects based on sensitive information opens the possibility of abuse'; (iii) 'awkward situations may arise if individuals receive advertising that reveals their religion, sexual preferences or political activity'.

It seems to be reasonable to believe that processing of religious sensitive personal data with reference to propaganda and proselytism towards general web-users cannot renounce to the prerequisites of a written consensus and an Authority's authorization.

Today, behavioural advertisement has not a legitimate base. In such a scenario, worries of Article 29 Working Party are still high, as cited in Opinion no. 2/2010, in relation to 'serious risks for personal data protection' and to embarrassing situations in case of advertising messages revealing religious preferences.

A closer look shows us that both sensitive behavioural advertising with religious content and the right to privacy of personal data, which could reveal religious

---

model for protecting privacy, in *International Journal of Uncertain. Fuzziness and Knowledge-Based Systems*, 2002, 10 (5), pp. 557-570.

and philosophical beliefs, find at least partially their foundation in article 19 of Italian Constitution. Therefore, the contrast between the advertiser who wants to spread a cult of a belief, and the right of a possible individual target to keep the privacy about his/her faith would need a balancing within article 19. This could be guaranteed through a specific, informed, expressed and free consent of the individual.

When examining the second kind of behavioural advertising with religion proselytism content, that is common behavioural advertising, we refer to the processing of not-sensitive personal data for advertising purposes. In this case, the obligation of prior checking, of notification to the Authority in order to profile recipients, and all issues relative to 'cookie law' are still valid. Also for this kind of advertising there is the need of safeguarding the aim of article 19 of Italian Constitution, but as we are not talking about sensitive data, by balancing risks and privacy of recipients of advertising, it seems that a stronger exercise of propaganda freedom of religion will prevail.

3. Aggressive proselytism and apostasy

Religions are experiencing a deep state of uncertainty that produces a crisis of those instruments that have always been used by confessions to limit their presence in society, such as religious punishment for apostasy, schism, heresy, and proselytism, in particular the aggressive one[9].

---

[9] J. Pasquali Cerioli, *Propaganda religiosa: la libertà silente,* Torino, 2018, pp. 36 ss.; C. Lynch - T. B. Schwartz, *Humanitarism's Proselytism Problem,* in *International Studies Quarterly,* 2016, 60, pp. 636-646; L. Vanoni, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare: una sfida per la modernità,* Torino, 2016, pp. 25 ss.; P. Bickley, *The Problem of Proselytism,* London, 2015, pp. 51 ss.; G. 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, pp. 1 ss.; S. Ferrari, *Proselytism and Human Rights,* in J. Witte Jr. - F. S. Alexander (eds), *Chtistianity and Human Rights: An Introduction,* Cambridge 2010, pp. 253-266; D. Loprieno, *La libertà religiosa,* Milano, 2009, pp. 12 ss.; S. P. Ramet, *L'Europa centro orientale tra religione e politica. Cattolici, ortodossi e nuovi missionari dopo il 1989*, Ravenna 2008, pp. 24 ss.; G. Barberini (a cura di), *La politica del dialogo. Le carte Casaroli sull'Ostpolitik vaticana*, Bologna, 2008, pp. 41 ss.; J. Witte Jr., *The Rights and Limits of Proselytism in the New Religious Order,* in T. Bancroft (ed.), *Religious Pluralism, Globalization, and World Politics,* New York, 2008, pp. 105-122; R. Hackett, *Proselytization Revisited in Rights Talk, Free Markets and Culture Wars,* Sheffield 2008, pp. 45 ss.; G. Barberini, *L'Ostpolitik della Santa Sede. Un dialogo lungo e faticoso*, Bologna, 2007, pp. 65 ss.; S. Ferrari - W. Cole Durham Jr. - E.A. Sewell, *Diritto e religione nell'Europa*

The current scenario can be dated back to 1994, ten years after the signature of Corcordat between Italian state and the Vatican when, attempting to strengthen the institutions, Italian politics wanted to bring the traditional relationships between State and Church back up, even if in a more modern form. As we all know, this project failed because of the crisis of the 'First Republic' during which attitudes of abandonment of ecclesial communion spread, in favour of laic or even anti-clerical associations. On that occasion, enhanced ecumenical relationships among Christian Churches had created common initiatives of debate and confrontation with the aim of holding back 'recessive', miracle-mongering, and charismatic religious practices. Nevertheless, bishopric's attention was, and still is, focused on apostasy carried out by those with atheist positions, which could not be faced by prohibiting proselytism.

The relationship between ban on proselytism and the issue of apostasy, which was first observed during the '70s, is currently of concern. Indeed, it is believed that only prohibiting 'any kind of proselytism', and making it a central rule of ecumenical coexistence can avoid a climate of strong concurrency among confessions. By operating a firm stand in favour of the relations among ethnic groups, traditions, and religious affiliation, new and aggressive presences on the market can be countered.

Processes of secularization, consumerism, society of spectacle, and different attitudes towards issues concerning birth, marriage, death, they all put a distance from cults and religious values, if not even making individuals abandon them. This is due

---

post-comunista, Bologna, 2004, pp. 9-30; G. Barberini, *La libertà di religione nel processo di democraticizzazione degli Stati dell'Europa centrale ed orientale,* in S. Ferrari - W. Cole Durham Jr. - E. A. Sewell, *Diritto e religione nell'Europa post-comunista,* Bologna, 2004, pp. 9 ss.; G. Barberini, *Dossier sullo stato giuridico delle confessioni religiose e sull'esercizio della libertà religiosa nei Pesi dell'Europa centro orientale*, in A.G. Chizzoniti (a cura di), *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione europea*, Milano, 2002, pp. 93-132; G. Long, *La "Carta ecumenica" e il proselitismo tra Chiese cristiane*, in *Daimon*, 2002, 2, pp. 286- 314; M. J. Ciáurriz, *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa,* Madrid 2001, pp. 19 ss.; T. Stanhke, *Proselytism and the Freedom to Change* Religion *in International Human Rights Law,* in *Brigham Young University Law Review,* 1999, 1, pp. 251-350; A. FILIPPI, *Identità e proselitismo,* in *Il Regno-attualità*, 1998, 12, p. 422 e ss.; L. Natan, *Proselytism, Change of* Religion, *and International* Human Rights, in *Emory International Law Review,* 1998, 12.1, pp. 477-563; D. A. Kerr, *Mission and Proselytism: A Middle East Perspective,* in *International Bulletin of Missionary Research,* 20, 1, 1996, pp. 12-22; Joint Working Group of the Roman Catholic Church and the World Council of Churches, *Common Witness in Proselytism,* in *The Ecumenical Review,* 1970, 23-1, pp. 9-20.

to the fact that human beings believe they can control life processes, and that life, death and sentimental relationships are values belonging to persons and are available for all individuals.

Complexity of emotional and sentimental relationships builds a rougher, and less safe than in the past, road to religious affiliation. Religion's choice concerns not only 'believing or not believing', but also affiliation from one religion to another. Hence the needs of promoting dialogue with nonbelievers, taking into account their ethical and existential choices.

On their parts, member States, which became weaker after the economic crisis, are slowing down the process of European integration, seeking help of strong and traditional religions in order to maintain a civil society that is going through serious crisis and looking for an identity in which religions play a crucial role.

We are aware that the main concern is to reconsider religious pluralism at the light of democracy, of secularism, and of equality of individuals and religion in an inclusive way.

However, this can be done if lawmakers intervene as soon as possible making a common law. This common law by keeping into account "concrete requests of civil and religious conscience of citizens" that share values, can lay the foundation of pluralism as a "consequence of negotiations and synthesis' in which the State could be an organizing system of reference for the social basis. Thus, the risk that some religions acquire a lobbying position can be avoided.

Contemporary political and juridical philosophy has put forward interesting proposals. A Rawlsian idea of political liberalism and Habermas' procedural perspective of a neutral public space are just among the best-known propositions.

They both have their theoretical roots in Kantian thought, when he deals with the relationship among law, politics and religion[10].

The idea of John Rawls (American philosopher in the liberal tradition) is about the public reason revisited with the aim of attaining what he defines as 'reasonable pluralism' on ethical and religious issues. Rawls believes that the zeal to embody the whole truth (especially the religious one) in politics is incompatible with an idea of public reason. In order to solve disputes and to pinpoint rules of social cohabitation, it is necessary that legislative choices be based on the idea of 'public reason'. Such a principle has to carry the basic theme of justice. It means a reason is public when it is founded on a series of non-authoritarian and not metaphysical argumentations, even moral ones, but on a political basis. As a result, all individuals adopting a neutral standpoint when they abandon any religious or philosophical doctrines can potentially accept such argumentations. Ethical or religious issues can be part of public debate if they are supported by and combined with significant reasons. A democratic 'intersection consent' among free and equal individuals, respecting fundamental rights and freedoms, is required in order to adopt a 'public choice'.

Habermas' philosophy is similar to Rawls'. The German philosopher, in order to attain a deliberative democracy, points at the idea of public space in which citizens behave according to the 'discourse ethics'. With this view, individuals develop a public discourse based on the respect of some instrumental conditions that respect individual rights for the adoption of impartial public choices (presuppositions of discourse and pretention to validity). This ensures impartiality of adopted decisions by introducing generalised reasons and arguments.

---

[10] J. Rawls, *Political Liberalism,* New York, 1993, pp. 54 ss.; J. Habermas, *Tra scienza e fede,* Roma-Bari, 2004, pp. 16-17; J. Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, in *The University of Chicago Law Review*, 1997, 3, pp. 765-807. See also A. Schiavello, *Ragione pubblica o ragione senza aggettivi? Riflessioni critiche sulla nozione rawlsiana di ragione pubblica*, in G. L. Brena (a cura di), *Etica pubblica e pluralismo,* Padova, 2001, pp. 103-136.

Public rules and decisions seem to have an intersubjective validity claim, and therefore, from a moral perspective they need to be observed. Habermas' procedural perspective has the aim of including religious differences within a public debate: an argumentative framework sets valid decisions for individual of all faiths. Such decisions are adopted according to the principle of 'better element'. In his theory, Habermas acknowledges the role of religions in the public sphere as valuable, whether or not they have an institutional representation, regarding them as elements influencing the decision-making process.

Level of democracy and public participation must be extended to all individuals of all religions through mechanisms of collective negotiation in order to settle minimum rules shared by all, respecting principles of democracy, secularism, and equal rights of religious freedom for all citizens.

4. Phenomenon of proselytizing in prison, with particular regard to Islamic fanaticism

Apparently, Islamic world did not let ICT development pass it by, and the newest technologies, such as the Internet, are regarded as one of the most important vehicle for dissemination of ideology because it allows to transform into global something coming from local circles. As a matter of fact, today's generation of terrorists are raised in the most advanced technology of modernity that comes from the western world, where cyberspace is the new way to disseminate not only an ideology but also a style of communication to carry out propaganda and proselytism.

It is not easy to precisely define how many and which are web spaces linked to Jihadist reality and ideology. Indeed, there are a significant number of independent individuals, even if a high degree of interaction among them has been established. Fight against terrorism is problematic also for the juridical configuration of operations that national and international anti-terrorism task forces have at their disposal.

Together with the risks related to telematics data transmission, we need to add surveys carried out in penitentiaries of some European countries, such as Italy, France and United Kingdom, which revealed two alarming phenomena connected to Islamic radicalism.

The first one concerns radicalization of many ordinary criminals, especially those coming from North Africa, that when entering prison did not have a religious inclination, but gradually became extremists, under the influence of already radicalized prisoners.

The second phenomenon, more and more spread, concerns Islamic law (the so-called Sharia) that in prisons is imposed by some groups of fundamentalist inmates.

Radicalization in prison can take place through two channels: through internal osmosis, that is the influence of other prisoners; or through external influence that is by introducing into prisons deviating textbooks or admitting authorized visitors. In fact, it is thought that prisons are a potential breeding ground for fanatical extremists, in particular for former fighters that can leverage weak individuals to select volunteer mujaheddins to be sent to war areas, thanks to a meticulous religious indoctrination[11].

In Italy the 'Report on Information Security Policy' highlighted that in prisons there is an insidious work of indoctrination and recruiting from 'veterans' who are

[11] Prisoner radicalisation is not a recent phenomenon and yet it is an area that is misunderstood and theoretically underdeveloped. Throughout history prisons have served as recruitment centres and headquarters for ideological extremists (such as Joseph Stalin and Adolf Hitler), where they used their time behind bars to develop extremist philosophies and recruit others into their mode of thinking. Some of the most powerful criminal groups, such as the Primeiro Comando da Capital (PCC) in São Paulo, Brazil, and the Commando Vemelho (Red Command) in Rio De Janeiro, Brazil, originated in prisons. Even so, since 11 September 2001 (9/11) several individuals have been radicalised while being incarcerated. For example, prisoner Richard Reid converted to Islam while incarcerated and when released attempted to smuggle explosives on an American airline flight in December 2001.

Research suggests that many prisoners enter prison with little or no religious calling, but over the duration of their incarceration some adopt a faith (e.g. Islam). However, of those who convert to Islam only a very small percentage will turn into radical extremists and an even smaller percentage will go on to join a terrorist organisation. An interesting study conducted by the United States Senate, Committee on the Judiciary, claim that roughly 80% percent of prisoners within America turn to Islam when seeking for faith behind bars. This percentage translates into a prisoner conversion rate of approximately 30,000 yearly.

sentenced for belonging to terrorist networks towards inmates sentenced for drug smuggling or minor crimes. Penitentiaries are in facts a place where single detainees are brought together, thus losing their own identity; all this allows individual and collective processes of jiadism to be promoted.

There is clearly a phenomenon of indoctrination, and through proselytizing activities a weak prisoner approaches a radical religious group. So, firstly fundamentalists approach the inmate, and then they pass to 'brotherhood' or 'familiarization', and to support, counselling or protection. After that religious indoctrination starts, followed by recruiting and final inclusion of the inmate into cells ready to strike once they are outside prison. Actually, apart from the composition of groups within prison cell, according to the law it is possible to have several ways to be in contact with inmates (time out of cell, recreational activities, etc.). During these moments risk factors for order and security measure are high, especially for dissemination of Islamic radicalization and proselytism.

In Italian penitentiaries the risk of proselytizing, aimed at armed struggle, is tangible and as a consequence constantly monitored. In Europe there are some 500 prisoners detained for crimes linked to terrorism; the alarm is stated in a report commissioned by Brussels 'Jihadist radicalization in European prisons' in which emerged that such individuals are militarily trained even to be up against the penitentiary's system. In the report we can read that secret services found out that in prisons extremists 'speak slang and use key-words to transmit information inside and outside the prison'.

According to French sociologist Piotr Smolar, conversions after 11th September 2001 increased thanks to awakening of proselytism among those who had criminal records, and most part of recruiting and conversion took place in prison. In this analysis we can also read that, once out of prison, part of converted individuals are integrated in logistic support structures of Islamic groups or directed to 'highly sensitive jobs', such as airports, telephone switchboards, etc.

In 2003 the Italian Ministry of Home Affairs has created the Committee of Strategic Counter-Terrorism Analysis (C.A.S.A.) after the terror attack in Nassirya to the Italian army. It is an inter-force Board with prevention aims. Among the instruments C.A.S.A. has, we underline prisons' monitoring, which is carried out in cooperation with the Department of Prison Administration, in order to recognize any possible proselytism by those convicted for terrorism, and also the intervention of Intelligence Agencies through their competences and information channels.

You shouldn't underestimate that offering proselytism does not derive from spiritual reasons, but from an attempt of revenge or an answer of contrast towards the hosting system, regarded as discriminatory. This is why prevention of religious radicalization is achieved by solving ethnic and cultural contrasts, together with the increase of instruments and ways of integration and mediation[12].

With this regard, psychosocial research has designed several strategies to reduce contrasts in multicultural environments, so to make peaceful coexistence of different groups easier.

The first, which has an individualistic connotation, is to deny group's belonging in order to facilitate a process that underlines individual characteristics, and not common characteristics of a certain group. Another strategy wishes to join

---

[12] The literature on Islam in prisons is divided into two schools of thought. One side indicates that Muslim groups in prison are breeding grounds for terrorists and the other side indicates that there is no relationship between prisoner conversion to Islam and terrorism. Nevertheless, research shows that religion plays an important role in prison security and rehabilitation. Clear and Sumter (T. Clear - M. Sumter, *Prisoners, prison, and religion*, in *Journal of Offender Rehabilitation*, 2002, 35 (3-4), pp. 125-156) administered self-report questionnaires to 769 prisoners from 12 state prisons and found that increasing levels of religiosity are associated with high levels of in-prison adjustment and are also significantly related to a smaller number of times inmates are placed in disciplinary confinement for violating prison rules. O'Connor and Perreyclear (T. O'Connor - M. Perreyclear, *Prison religion in action and its influence on offender rehabilitation*, in *Journal of Offender Rehabilitation*, 2002, 35, pp. 11-34) also found that as religion intensified prison disciplinary infractions declined. Similarly, Roy (O. Roy, *Al Qaeda in the West as a Youth movement: The power of a narrative*, in *MICROCON Policy Working Paper*, 2008, 2, pp. 4 ss.) argues that it makes more sense to separate theology from violence: *'The process of violent radicalisation has little to do with religious practice, while radical theology, as salafisme, does not necessarily lead to violence'. The 'leap into terrorism' is not religiously inspired, but better seen as sharing 'many factors with other forms of dissent, either political (the ultra-left), or behavioural: the fascination for sudden suicidal violence as illustrated by the paradigm of random shootings in schools (the "Columbine syndrome")'*.

original groups with a new single group built on characteristics and belongings revised by single individuals, so to create a multi-level group formed by members of one's own group and also members of groups perceived in the past as opposed.

Therefore, if heterogeneous categories of prisoners, for instance indigenous and individuals coming from non-EU countries can apparently decrease conflicts, because of lack of uniformity, on the contrary a very strict and exclusive contact especially among Islamic persons can lead to a higher possibility of extremism dissemination. And even more, it is possible that charismatic and religious individuals can become leaders and therefore manipulate fellow believers' mind to the point to push them against the religion and the institutions of the hosting country.

The most appropriate strategy for a multi-cultural environment could be coexistence of groups: the multi-level group does not substitute the original one, but it is added and exists with other groups. This way an individual can at once feel he belongs to both groups. Accordingly an 'institutionalized' Imam, chosen by the Administration, could help controlling the phenomenon and thus reduce the risk of proselytism and distorted use of religion.

5. Prevailing religion and ban on proselytism in Greece

Greek system is highly interesting for ecclesiastical people as it states a peculiar relationship between State and Orthodox Church and recognizes due importance to religious laws[13].

---

[13] H. Alfeyev, *La nozione di territorio canonico nella tradizione ortodossa*, in *O Odigos*, 2006, 3, pp. 10-20; P. Rodoupolos, *Territorial Jurisdiction according to Orthodox Canon Law, Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico,* Budapest, 2002, pp. 207-224; G. Papathomas, *Le Patriarche oecuménique de Constantinople et le statut canonique de la "diaspora" orthodoxe de langue héllenique: le cas de la France*, Atene, 2001, pp. 37 ss.; Id., *Essai de bibliograph pour l'étude des questions de l'autocéphalie, de l'autonomie et de la diaspora*, Atene, 2000, pp. 33 ss.; N. Daldas, *Le statut de la diaspora orthodoxe*, in *Istina*, 1995, pp. 386 ss.; G. Papathomas, *Les differents modalités canoniques d'exercise de la jurisdiction du patriarcat oecuménique de Costantinople*, in *Istina*, 1995, 4, pp. 369 ss.; O. Clement, *Un vicariat extraordinaire du Trone oecuménique en Europe occidentale*, in *Istina*, 1972, 1, pp. 5-16; T. Papadopoulos, *Geographical juridiction and hierarchy Ecumenical Patriarchate*, in *Studies and Documents Relating to the History of the Greek Church and People under Turkish Domination*, Brussels, 1952, pp. 76 ss.

Greek Constitution, while recognizing freedom of religion, declares, by article 3, subparagraph 1, Eastern Orthodox Church of Christ as the prevailing religion and locates an area of absolute prevalence of religion. This territory is the peninsula of Mount Athos, which preserves unaltered its ancient privileged self-governing regime and is spiritually under the supervision of the Ecumenical Patriarchate of Holy Monasteries that forms a sovereign community.

The current system of prevailing Orthodox religion, as outlined in the Constitution, has its roots in the Christian Roman Empire of Byzantium. After the fall of Constantinople, Mehemed II recognized the political power of the Church to the extent that the Patriarch was responsible for all activities of Christian-Orthodox before the Ottoman Empire.

Only after Greek war of Independence against the Ottomans different relationships were arranged. The Constitution of the new Greek state, which was formed in 1827 with Ioannis Kapodistrias, declared the Orthodox religion as State religion, and guaranteed freedom of cult to faithful of other religions.

In 1831 Great Powers established in Greece an absolute monarchy. Otto of Bavaria was chosen as King, together with three regents. He introduced a system by which the State 'took control' of the Church. In 1833, a political decision declared the Greek Church independent, all legislative powers were given to the State, and the king governed the Church.

Article 105 of the Constitution specifically stated that ecclesial administrative powers be exercised by the State. Such relations between Church and State were maintained also in 1844 Constitution, but not specifically adopted in the following Constitutions of 1864, 1911, 1927, and 1952.

The Constitution Chart of 1975, a social-democratic one, was adopted at the end of a seven-year military dictatorship. It regulates relationships between State and

Church and declares the Orthodox religion 'prevailing' religion. Even after 1985 and 2001 revisions, the text has maintained this regulation.

Literally, the juridical meaning of the term 'prevailing' implies the Orthodox religion to be the official religion of Greek State, even if it is not specifically stated, and it is considered with a particular regard that is not bestowed to other religions[14].

The Orthodox Church has a special juridical status, being a public law body. Furthermore, it enjoys preferential legal provisions. For example, constitutional provision ex article 18, §8 guarantees that certain patriarchal properties are exempt from expropriation. Moreover, the text of the Holy Scriptures shall be maintained unaltered. The official translation into any other linguistic forms, without the sanction of the Autocephalous Church of Greece and the Great Church of Christ in Constantinople, is prohibited (art. 3, §3).

Article 3 also states that the Church is autocephalous, exercising its sovereign rights independently of any other church, and is administered by the Holy Synod of Bishops and the Parliament Holy Synod.

The Orthodox Church of Greece acknowledging as its head Our Lord Jesus Christ is indissolubly united in doctrine with the Great Church of Constantinople and every other Church of Christ of the same doctrine. It observes steadfastly, as they do, the holy apostolic and synodical canons and the holy tradition.

---

[14] C. Papastathis-Papathomas, *I epikratousa thriskia,* Salonicco, 2008, pp. 78 ss.; I. Konidaris, *Themeliòdes diatàxis*, Atene, 2007, pp. 11 ss.; I. Konidaris, *Nomikì Theorìa,* Atene, 2007, pp. 41 ss.; G. A. POULIS, *I ischisi ton ieron kanonon*, Atene, 2006, pp. 33-34; G. Karalambaki, *Eleftheria tis thriskeftikis sinidiseos,* Atene, 2005, pp. 27-28; G. Mavria-Panteli, *Ellinika Sintagmatika kimena,* Atene, 2005, p. 82; K. Kostis, *I thriskeftiki eleftheria stin Ellada,* Salonicco, 2004; G. Rallis, *Piniko dikeo,* Atene, 2003, p. 369; M. Korfiatis, *O prosilitismos san energia pou prepei na timorithi stin Ellada*, Atene, 2003, pp. 329-330; G. A. Poulis, *To nomiko agatho prostatevomeno ap'to ekglima tou p.,* Atene-Salonicco, 2000, pp. 47 ss.; E. Kroustallaki, *I eleftheria sinidiseos kei ekfrasis sta astika kai nomika dikastiria,* in *Ta dikeomata tis sintagmatikis eleftheria stin praxi,* Atene-Kommotini, 1986, pp. 69 ss.; A. Loverdos, *Prosilitismos,* Atene-Kommotini, 1986, p. 39.

Article 13 of Greek Constitution guarantees freedom of religious conscience and freedom to worship any religion. Indeed, Greek civil legislation states that proselytism presumes a guilty behaviour of an individual whose activity is regarded as heresy.

And precisely, according to article 198 of Greek penal code, proselytism can be punished for the following:

a) when it aims at attracting proselytes so to have certain religious beliefs that can influence their life or could cause disorders to the political establishment or if they are incompatible with it (art. 149 penal code);

b) when it is carried out by means of coercion (moral or physical violence and threat) with the aim of changing religious beliefs of subjects (art. 195 penal code);

c) when it is carried out by inappropriate means, by promises of monetary remuneration (art. 198 penal code).

Greek Court of Cassation, in the attempt of interpreting the term heretic, in sentence no. 213 of 1904 defined heretics 'those who preach religious ideas, which are openly in contrast with the fundamental principle and with basic dogmas of Christianity'. Examples of such heretical concepts are: 'Mary did not conceived Jesus Christ as a Divine being, but as a human; she did not remain virgin after Christ's birth and she generated other children; miracles described in the gospels never happened'.

The Greek Court of Cassation has provided a more incisive definition of 'heretic' by sentence no. 586 of 1931 in which heretics are 'those belonging to Churches other than the Orthodox one or are followers of other religions'. As a consequence, penal legislator, in order to safeguard the right of freedom of religious conscience, punished activities of proselytism to prevent it 'among religions recognized by the State and among different religious system; thus, avoiding public order disturbances provoked by the mutual exercise of proselytism'.

In Greek legal system, penal offences of proselytism are typical. This means that it is legally not important if the crime is committed or if the used means are qualified for its fulfilment. Moreover, a semantic prerequisite of the idea of proselytism is the intensity of the persuasive (διείσδυση – diìsdisi) action, which must be suitable to affect others' conscience. Persuasive action must be considered as an action that influences other's ideas (επέμβαση – epemvasi) by means of pressures and influences. When pressures and insistence characterize the expression of persuasive actions addressed to heterodox individuals, only then we can talk about convincing action on religious conscience, and therefore about proselytism.

Nevertheless, it is undeniable that specific regulations on proselytism are somehow vague because they haven't been clearly and accurately defined. To sum up, 'the concise and general description of criminal liability of such behaviour poses questions on constitutionality of the concerned provisions, as they are undetermined'.

Jurisprudence and doctrine debate whether laws on proselytism in Greece are constitutional or not, and in particular the provision establishing the right to religious freedom has been going on for many years with ups and downs and it is not possible to duly report it now, as the matter is wide and articulated. Today's Greek situation appears to be quite critical due to the cohabitation of several religious identities and the subsequent safeguard of minorities.

6. Evaluation by ECHR of ban on proselytism

Problems arising from the implementation of norms on proselytism drew the attention of European Court of Human Rights (ECHR) that was asked, for the first time in 1990, to give its judgment in respect of the purported violation of law on proselitysm. The facts concern a Jehovah's Witness who was convicted of proselytism by his country's tribunals in 1988.

The applicant, Mr. Kokkinakis, was born in Crete in 1909, son of an Orthodox family, but in 1936 he joined Jehovah's Witnesses[15]. He submitted that the provision no. 1363 of 1938 was too vague, and potentially allowed police and judicial authority to decide on the matter, to the point that being Non-Orthodox signified living in a permanent ban of freedom of speech. Therefore, according to Mr. Kokkinakis, this kind of situation would impede to anyone the manifestation of religious orientation, in accordance with Greek provisions. For this reason he decided to submit the matter to the Strasbourg Court, believing that he suffered a restriction of his freedom of religion, provided for in article 9 of ECHR. Greek courts (in the first and the second instances, and also the highest court) convicted him of proselytism, whose ban was regulated in 1975 Constitution and concerned all religions, and not only the prevailing one, as provided for in1938 penal system.

Mr. Kokkinakis entered into a discussion with Mrs Kyriakaka, the wife of a cantor of the local Orthodox Church, about religion. Hence, article 9 of ECHR was violated because according to the Court, proselytism itself is not prohibited; on the contrary, article 9 safeguards it. EU laws ban illegal proselytism, and for this case the 'pressing social needs' used by the Greek government to justify the conviction were not present[16].

---

[15] ECHR 25 maggio 1993 *Kokkinakis c/ Greece*, in *Rev. Fr. Dr. Adm.,* 1995, p. 573. See also T. Scovazzi, *L'osso duro del proselitismo,* in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi,* Milano, 2006, pp. 443 ss.; F. Bolgiani - F. Margiotta Broglio - R. Mazzola (a cura di), *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino, Bologna, 2006, pp. 33 ss.; G. Ktistakis, *Thriskeftiki eleftheria kai Evropaiki Simvasi Dikeomaton tou anthropou*, Ed. Atene, 2005, p. 97; F. Margiotta Broglio, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. Margiotta Broglio - C. Mirabelli - F. Onida, *Religioni e sistemi giuridici*, *Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, 2000, pp. 59 ss.; T. Scovazzi, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1994, III, p. 725 ss.; P. Dell'Uomo, *Un nuovo profilo della protezione della libertà di religione in un pronunciamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,* in *Il Dir. Eccl.,* 1994, II, pp. 197 ss.; J. Martìnez Torrón, *Libertad de proselitismo en Europa. A proposito di una recente sentencia del tribunale europeos de derechos umanos,* in *Quad. Dir. Pol. Eccl.,* 1994, I, pp. 69 ss.

[16] In his case, Mr Kokkonakis pointed to the logical and legal difficulty of drawing an even remotely clear dividing-line between proselytism and freedom to change one's religion or belief and, either alone or in community with others, in public and in private, to manifest it, which encompassed all forms of teaching, publication and preaching between people. He criticised the absence of any description of the "objective

With regard to proselytism, the judgment of the case Larissis and others v. Greece, of 24th February 1998, was also used[17]. In the case, three air-force military officers, members of a Pentecostal group, obtained a penal conviction for proselytizing to a number of civilians and subordinates. ECHR delivered the sentence of no violation of article 9 with reference to subordinates, since trying to convert them would result in taking advantage of officers' superior rank. As for the conviction for proselytism to civilians, the Court decided otherwise, as civilians were not under undue pressure in abuse of power. Hence the officers were not in violation of article 9 considered that proselytism was exercised within limits set out by ECHR and by Kokkinakis v. Greece judgment.

The Court, in the comment to the sentence stated that article 9, §1 taken together with article 11 of the Convention, which guarantees freedom of assembly and association, recognizes the right to worship and practice religion in community with others, and to found churches of religious communities. Nevertheless, the Court had previously established some rules of cohabitation between different faiths that are subject to its supervision. Indeed, if on one hand it demands member States to be neutral toward religious phenomena, without passively accepting inter-religious fights, on the other hand requires States, by regulating the religious phenomenon in its collective dimension, to be impartial and neutral. Therefore, the Court deems it appropriate to judge if specific required authorizations must be asked, for example to build a place for worship, in compliance with article 9 §2 of ECHR.

7. Conclusions

---

substance" of the offence of proselytism and pointed to the risk of its "extendibility" by police, given that the relevant Greek legislation included terms like "in particular" and "indirect" proselytism.

[17] M. Parisi, *La sentenza Larissis della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della libertà di religione,* in *Il Dir. Eccl.,* 1999, III, pp. 236 ss.; T. Scovazzi, *Libertà di religione e Testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,* in *Quad. Dir. Pol. Eccl.,* 1994, III, pp. 719 ss.

Somehow the economic crisis, whose force we are not yet aware of, gives rise to concerns over the future and to increasing insecurity. Hence, this can give credence to the illusion that the authoritarian model and a return to original "purity" might be the best way to bring back feelings of security and well-being. Anyway, global communication makes us reconsider several apparently established standards.

It means that the era of closed cultures is over. In a deregulated market, secularism is the fundamental rule, the most important instrument used by governance's practices to ease discussion, cohabitation, and coexistence of different, but equally important, cultural and religious models. Secularism will allow a possible experiential approach, based on diversity rather than on homologation, boosted by a continuous dialogue among different groups and individuals and evaluated according to Law.

In the great project, built by globalized world, religious rights play an important role because they are vehicles for values circulation. In this context, proselytism brings with its ethical pluralism, fostered by ethical relativism, which allows freedom of thought and capability to list all moral principles. We are dealing with a non-belligerent approach even if the existence of religious groups characterised by a strong fundamentalism makes, in my opinion, the resort to a 'new jurisdictionalism' inevitable as it represents an absolute secularity of public powers at every level of institutional autonomy.

In facts, if, on the one hand many countries are experiencing a growing consensus in favour of xenophobic and nationalistic parties, on the other hand mass-murdering terrorism is utilized to stir people's conscience and spurring society to reaction through authoritarian choices. As a consequence, it is necessary to implement a more effective management of the territory so that institutions can become more efficient to guarantee a better standard of life.

Keywords: Religious freedom- proselytism – apostacy - behavioral advertising – globalization - Islamic fanatism.

Abstract: The raise of religious pluralism has a twofold effect, on one hand it widens the number of available and accessible religious options, and on the other it increases the level of tensions and conflicts. Even though religions preach peace, sometimes they provoke wars that are triggered by proselytism. Indeed, today recruitment campaigns in religious market fuel discontent, and yet freedom of religion implies the right to express and to profess a religious message, even for advertising or with a persuasive aim. Logic of the market, by new means of communication and freedom of criticism, influences under many aspect religion, and opens the doors to new forms of religiosity. The present study aims at examining the main critical issues of freedom of religion: the need of freedom of expression and the safeguard from invasiveness or offensiveness of proselytism. This will be achieved by trying to identify balanced boundaries among all 'sacrosanct' needs.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Leonardo Caprara
Dottore di ricerca, Scuola di dottorato in "Persona e ordinamenti giuridici"
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Epikeia e legge naturale in Francisco Suárez* (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Primo filone interpretativo: l'*epikeia* come interpretazione restrittiva della legge. Accoglimento della filosofia platonica. - 3. Secondo filone interpretativo: l'*epikeia* come strumento di correzione o emendazione della legge. Accoglimento della filosofia aristotelica. - 3.1. Lo sviluppo della filosofia aristotelica: Sant'Alberto Magno e San Tommaso d'Aquino. - 4. Il contributo di Francisco Suárez. - 4.1. Il giudizio prudenziale. - 4.2. L'atto di volontà. - 5. *Epikeia* e legge umana. - 6. *Epikeia* e legge naturale. - 6.1. La visione suareziana del diritto naturale. - 6.2. L'esclusione dei precetti della legge naturale dal campo di applicazione dell'*epikeia*. - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Se è possibile scorgere nell'*epikeia* un tema classico della speculazione canonistica e moralistica si deve, tuttavia, registrare che essa costituisce istituto giuridico dai contorni assai incerti sotto il profilo concettuale e funzionale.

Al proposto sono state prospettate molteplici configurazioni che, soltanto per semplicità espositiva, possono sostanzialmente ricondursi a due diverse posizioni interpretative.

2. Primo filone interpretativo: l'*epikeia* come interpretazione restrittiva della legge. Accoglimento della filosofia platonica

Secondo una prima opzione ermeneutica[1] l'*epikeia* è principio giuridico di interpretazione restrittiva della legge positiva[2].

La funzione dell'*epikeia* sarebbe, dunque, quella di esimere il soggetto passivo della norma dal rispetto dell'obbligazione della legge positiva in un caso particolare, e più precisamente, allorquando, sulla base di un giudizio prudente o di una benigna interpretazione[3] della legge in conformità al giusto e al bene, il soggetto obbligato possa ragionevolmente ritenere che il legislatore non abbia inteso comprendere nella legge universale il caso concreto in cui egli si trova. Ciò per realizzare un diritto migliore rispetto quello che deriverebbe dall'applicazione pura e semplice della norma.

L'*epikeia* sembrerebbe essere, dunque, una misericordiosa concessione in favore del destinatario della prescrizione normativa dovuta alla presunta benevolenza del legislatore il quale, se fosse presente, lo dispenserebbe dall'osservanza della legge[4].

Non mancano, tuttavia, accenti fortemente critici nei confronti dell'*epikeia*. I fautori di questa prima soluzione interpretativa, infatti, evidenziano come l'uso indiscriminato dell'istituto possa prestarsi a facili abusi trasformandosi da concessione misericordiosa a deviazione dal vero diritto[5].

Sarebbe dunque preferibile non fare uso di questo "strumento pericoloso" o meglio farne un uso limitato ai soli casi in cui la disapplicazione della norma

---

* Testo ampliato e rivisto della relazione tenuta presso l'Universidad Católica San Antonio de Murcia in occasione della II International Conference "*Justice, Mercy and Law. From revenge to forgiveness in the History of Law*", Murcia, 15 dicembre 2016.

(**)Il contributo è stato sottoposto *a double blind peer review*.

[1] Tra i sostenitori di questa tesi figurano S. ALFONSO, *Theologia moralis*, 1.1., trac 2, n. 201, Roma, 1905, p. 182, che definisce l'*epikeia* come "*exceptio casus ob circomstantias ex quibus certo vel saltem probaliter indicatur legislatorem noluisse illum casum sub lege comprehendi*"; tra gli autori moderni H. NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis*, 28 ed., Lipsia, 1941, Vol. I, n. 160 e, come affermato da F. D'AGOSTINO, *Contributo alla storia dell'idea di equità: Jehan de Gerson e la lotta per il Concilio*, in Angelicum, 48 (1971), pp. 448-449, Jehan de Gerson.

[2] E. HAMEL, *Epikeia*, in AA. VV., *Dizionario enciclopedico di teologia morale (a cura di Leandro Rossi e Ambrogio Valsecchi)*, Roma, 1976, p. 357.

[3] L'espressione "*benigna interpretatio*" con riferimento all'epikeia è utilizzata da P. LAUMANN, *Theologia Moralis*, L. I. 4, 19 n. 2, Venetiis, 1719, I, p. 67.

[4] E. HAMEL, *Epikeia*, in AA. VV., *Dizionario enciclopedico*, op. cit., pp. 357 ss.

[5] *Ivi*, p. 358.

produrrebbe un male minore rispetto a quello che deriverebbe dalla pedissequa applicazione della medesima[6].

Questo filone interpretativo trova fondamento nella filosofia di Platone il quale tratta dell'*epikeia* nelle Definizioni[7], nel Politico e nelle Leggi[8] assimilandola all'indulgenza, ad una concessione misericordiosa ma anche all'equità[9], alla convenienza e alla moderazione. In particolare, nel Politico, Platone consapevole dei limiti delle leggi politiche che, in virtù del loro carattere generale, non possono «*attribuire con precisione a ciascun individuo ciò che gli conviene*»[10], manifesta una viva sensibilità verso il valore della singolarità.

3. Secondo filone interpretativo: l'*epikeia* come strumento di correzione o emendazione della legge. Accoglimento della filosofia aristotelica

Un secondo filone interpretativo ritiene che attraverso l'*epikeia*, la legge umana positiva, in base a criteri prudenziali, possa essere corretta o emendata, secondo i più

---

[6] *Ivi*, p. 359. Cfr. anche E. HAMEL, *L'usage de l'épikie*, in *Studia Moralia*, 3 (1965), pp. 48-49: "*Certains se montrent plutôt réservés; ils insistent sur les dangers d'abus que comporte l'épikie et concluent que cette arme dangereuse ne devrait être utilisée que rarement. C'est une concession miséricordieuse dont il serait plus parfait de ne pas faire usage. Le moins serait le mieux! D'autres en restreignent également l'usage, mais pour des raisons différentes. Ils ne témoignent pas, comme les premiers d'une méfiance spéciale à l'endroit de l'épikie. Mais, frappés par son caractère exceptionnel, ils affirment qu'en pratique les cas où elle s'applique ne peuvent être qu'extrêmement rare*".

[7] PLATONE, *Definizioni*, 412 b, definisce l'*epikeia* come «*disposizione a cedere i propri diritti e i propri interessi; moderazione nelle relazioni; ben ordinato atteggiamento dell'anima razionale riguardo al bene e al male*». Cfr. F. D'AGOSTINO, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973, p. 19; G.M. COLOMBO, *Sapiens aequitas: l'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Roma, 2003, p. 16; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto: Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, p. 30. In alcuni casi, il termine *epikeia* nell'antica Grecia veniva riferito alla decenza e alla modestia (cfr. A. DI MARINO S. J., *L'epikeia cristiana*, in *Divus Thomas*, XXIX (1952), p. 396); in altri casi essa esprimeva la conformità di una situazione o di una persona ad un ordine oggettivo non proveniente dalla creazione o dall'attività umana ma dalla realtà stessa delle cose oppure la possibilità di adattare un parametro astratto ed oggettivo alla realtà degli avvenimenti quotidiani. Con quest'ultimo significato secondo M.T. ROMANO, *La rilevanza invalidante del dolo sul consenso matrimoniale (can. 1098 C.I.C.): dottrina e giurisprudenza*, Roma, 2000, pp. 125, nota n 90, l'*epikeia* "*si ritrova spesso nelle opere di Omero ad esempio nell'episodio di Eumolo [Omero, Iliade, XXIII], a cui Achille riconosce il giusto valore dell'auriga pur essendo arrivato per ultimo nella gara, l'epikeia […] trova la sua fonte […] nel riconoscimento, fatto da Achille, del fatto che egli è oggettivamente il migliore auriga*».

[8] PLATONE, *Leggi*, VI, 757 a ss.

[9] A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epikeia. Teoria, storia e applicazione (I). Dalla Grecia classica fino a F. Suárez*, in *Acta Philosophica*, vol. 6 (1997), fasc. 2, p. 199.

[10] PLATONE, *Politico. Traduzione, introduzione e commento a cura di G. A. Roggerone*, Torino, 1954, p. 78.

alti principi del diritto naturale, quando essa presenti un "*deficit previsionale*" a causa del suo carattere universale[11].

L'*epikeia*, allora, sarebbe uno strumento di correzione del diritto, una parte soggettiva della giustizia, che consentirebbe di applicare la legge positiva secondo il suo vero senso non perfettamente espresso dalle parole.

L'espressione "correzione del diritto", tuttavia, potrebbe indurre a facili fraintendimenti se non correttamente chiarita. Essa non vuole significare modificazione o abrogazione della prescrizione normativa ma, piuttosto, completamento di essa quando, a causa della sua generalità, il suo senso profondo è insufficientemente espresso dalla lettera della legge[12]. È solo in questo senso che alcuni Autori affermano che l'*epikeia* è giustizia ideale che trascende quella legale[13].

Anche i sostenitori della seconda impostazione ermeneutica che si sta analizzando evidenziano i pericoli di abuso dell'*epikeia*: l'uso indiscriminato ed arbitrario di essa potrebbe prestare il fianco all'elusione della norma, all'eccessivo soggettivismo o peggio ancora all'incertezza del diritto. Altri Autori, ritengono invece

---

[11] E. HAMEL, *Epikeia*, in AA. VV., *Dizionario enciclopedico… op.cit.*, p. 358; L. J. RILEY, *The History, nature and use of epikeia in moral Theology*, Washington, 1978, p. 137; J. E. LALANNE, *Los principios del derecho del trabajo*, in *Revista de Derecho*, 11 (2015), pp. 176-177.

[12] L. BARP FONTANA, *La justicia como virtud social*, in *Derechos Humanos México*, 8 (2008), p. 49, sostiene che "*la epikeia es la virtud anexa de la justicia que inclina la voluntad hacia aquello que es justo, interpretando la ley según su espiritu e no según su letra*". Negli stessi termini si esprime anche A. PONCELA GONZÁLEZ, *Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca*, Leòn 2010, p. 59, il quale afferma: "*la corrección, no significa una rectificación o una derogación de la ley, sino un complemento a la misma, hablando con propiedad "un decreto". No viene a suplir un defecto de la ley, sino a completar la naturaleza propia de ley su pretendida "indefinición", o virtualidad, necesaria para que pueda regular las más diversas circunstancias*". Chiarisce bene questo aspetto anche F. D'AGOSTINO, *Appunti per una teoria dell'epikeia*, in *Sapientia*, 2 (1977), p. 136, il quale afferma che "*l'epikeia non vuole negare la legge ma pretende solo in certi casi di correggerla, di attenuarla di renderne maggiormente giusta l'applicazione al caso particolare*". M. C. C. AVENDAÑO, E. SOTA, *Hermenéutica y campo jurídico*, in *Anuario*, 8 (2004-2005), Córdoba 2005, p. 330, sottolineano come l'*epikeia* non comporta una disapplicazione della legge. Non mancano tuttavia Autori che la pensano diversamente. Al proposito si vedano, ad esempio, R. COPPOLA, *La non esigibilità nel diritto penale canonico. Dottrine generali e tecniche interpretative,* Bari, 1992, p. 197 e S. BERLINGÒ, *Lacuna della legge*, in *Stato e Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), febbraio 2008, p. 13, i quali affermano che l'*epikeia* si traduce in una disapplicazione della legge o in un'(auto)esenzione dagli obblighi che ne derivano. Infine, si veda ancora M. IDOYA ZORROZA, *Interpretación y equidad: la virtud de la epiqueya en Suárez*, in *Auctoritas Prudentium*, 5 (2011), p. 53, il quale afferma che l'*epikeia* è una esenzione, interpretazione, o cessazione di una legge umana.

[13] M. D'ARIENZO, L. MUSSELLI, M. TEDESCHI, P. VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Torino, 2016, p. 61.

che il non uso dell'*epikeia* potrebbe condurre ad un vizio di "letteralismo" che condurrebbe all'ingiustizia[14].

Le fonti di questa visione giuridico- morale dell'*epikeia* sono da individuarsi nella filosofia aristotelica.

Ad Aristotele, infatti, va riconosciuto il merito di aver delineato per primo[15], nell'Etica Nicomachea e nella Retorica, la dottrina dell'*epikeia*.

Nel primo testo il filosofo, nel definire l'*epikeia* come correzione e supplemento del giusto legale[16], ne chiarisce anche la funzione che risiede nell'integrare la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in termini generali*: «Quando […] la legge si pronuncia in generale, e nell'ambito dell'azione accade qualcosa che va contro l'universale, è giusto correggere l'omissione, là ove il legislatore ha tralasciato il caso e ha sbagliato perché si è pronunciato in generale; correzione che lo stesso legislatore avrebbe proposto, se fosse stato presente, e avrebbe formulato nella legge, se avesse saputo*»[17].

Nella Retorica, invece, l'Autore specifica che l'*epikeia* «*è il giusto che va oltre la legge scritta*»[18], è strumento che interviene in caso di «*lacuna della legge scritta*»[19] o, come

---

[14] E. HAMEL, *Epikeia,* in AA. VV., *Dizionario enciclopedico*, op.cit., p. 359; *Id. L'usage de l'épikie*, op. cit., pp. 48-49, afferma che alcuni autori patrocinano "*un usage plus étendu de l'épikie. Selon Schilling, par exemple, il ne faut pas limiter l'épikie aux seules circonstances exceptionnelles de la vie civile ou ecclésiastique: l'épikie doit être utilisée régulièrement: elle est une fonction normale de la vie chrétienne. Selon Azpiazu, l'épikie doit nécessairement trouver une large place dans la vie moderne. Ses possibilités d'application, beaucoup plus vastes aujourd'hui qu'autrefois, ne peuvent aller qu'en augmentant. Michiels affirme pour sa part que le champ d'application de l'épikie couvre tous les secteurs de la vie sociale. Lumbreras soutient que les cas où doit intervenir l'épikie sont plus nombreux qu'on le croit ordinairement".*

[15] B. MONDIN, *"Equità"*, in *Dizionario enciclopedico del pensiero di S. Tommaso D'Aquino*, Bologna, 1991, pp. 245 ss.

[16] Per Aristotele l'*epikeia* è correttivo della legge che non può essere mai perfetta (cfr. AA.VV., *Il potere, a cura di Piero Ciardella e Maurizio Gronchi*, Milano, 2007, p. 41) in quanto a causa della sua universalità fallisce in casi particolari (cfr. R. F. BÉGIN, *Natural Law and Positive Law*, Washington, 1959, p. 149).

[17] ARISTOTELE, *Etica Nicomachea, Traduzione, Introduzione e Note di Carlo Natali*, n. 1137b, Bari, 2003, p. 215. M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995, pp. 251 ss., nel commentare questo passo dell'Etica Nicomachea afferma che è lecito usare *l'epikeia "quando la legge si esprime in modo generico ma in concreto avviene un fatto che non rientra in questa generalità, allora è giusto correggere la lacuna; e lo direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente, perché, se avesse previsto il fatto l'avrebbe regolato con la legge*".

[18] ARISTOTELE, *Ars rhetorica* (trad. di Plebe), Bari, 1961, pp. 66 ss.

[19] L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto: Gli itinerari,* op. cit., p. 31.

sostenuto da certa dottrina, è metodo di applicazione della legge non scritta[20] o diritto naturale non ancora formulato in una legge positiva[21].

Sembra allora chiaro ciò che Aristotele intende affermare: quando la legge, a motivo della generalità, sembra potersi applicare anche a fattispecie da essa non previste né direttamente disciplinate, l'*epikeia*, individualizzando la norma per adattarla alle circostanze del caso concreto, evita l'ingiustizia che si produrrebbe se una condotta venisse regolata o addirittura punita sulla base di una norma sotto la quale in realtà non rientra[22]. In questo senso, dunque, può affermarsi che l'*epikeia* è diritto del singolo caso[23].

Per il filosofo di Stagira, non solo i governanti ma tutti i cittadini equi, benevoli, caritatevoli, clementi possono praticare l'*epikeia* perché in Atene tutti i cittadini sono dei potenziali legislatori[24].

Egli afferma che l'uomo equo è colui che *«non è rigido nell'applicazione della legge dal lato delle severità, ma è indulgente, sebbene possa invocare la legge dalla sua parte»*[25], che non

---

[20] V. FROSINI, «*Equità*», in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 71.

[21] O. ROBLEDA, Miscellanea *Comillas*, XV, 1, 1951, p. 261. Al proposito C. L. RICHARD, J. J. GIRAUD, "*Epikeia*", in *Dizionario universale delle scienze ecclesiastiche*, Vol. 4, Napoli, 1845, p. 326, affermano che "*L'epikeia è un'interpretazione della legge che ne modera la severità e che la corregge in qualche modo. È un giusto temperamento della legge che ne mitiga il rigore in considerazione di alcune circostanze particolari del fatto. È un giusto ritorno al diritto naturale che deve essere preferita alla disposizione della legge allorché la questione da giudicare non è espressamente prevista dalla legge stessa*" mentre M. KOLACINSKI, *Dio fonte del diritto naturale. Linee di dibattito tra teologia morale e filosofia del diritto*, Roma, 1997, p. 194, sostiene che "*il problema del conflitto tra il diritto naturale universale e la realtà umana mutevole viene risolto con l'istituto dell'epikeia*".

[22] A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epikeia*, op. cit., pp. 203-204, il quale afferma che "*Si potrebbe aggiungere che […] tale ingiustizia normalmente provoca, in colui che la subisce, dolore, disagio o malcontento, e così il dolore, il disagio o il malcontento possono essere segno dell'ingiustizia. Ma, in senso rigoroso, l'epikeia è una virtù che permette di agire con giustizia in quei casi, e non un semplice espediente per evitare l'osservanza di una legge solo perché tale osservanza risulta difficile*".

[23] M. I. GARRIDO GÒMEZ, *Criterios para la solucion de conflictos de intereses en derecho privado*, Madrid, 1991, p. 136; P. FEDELE, *Equità canonica*, in AA. VV., *Enciclopedia del diritto (a cura di C. Mortati e S. Pugliatti)*, Volume XV, Milano, 1958, p. 148. Al proposito si veda anche J. FUCHS, *Theologia moralis generalis*, Roma, 1963, p. 137, il quale afferma che l'*epikeia* procede "*non secundum sola verba legis, sed secondum eius verum sensum, relate ad realitatem casus concreti*". Si veda anche M. V. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El problema de las lagunas. Rasgos distintivos y razones de las peculiaridades de las lagunas canónicas*, in *Anuario De Derecho Canónico*, 4 (2015), p. 180.

[24] G. VIRT, *Moral Norms and the Forgotten Virtue of Epikeia in the Pastoral Care of the Divorced and Remarried,* in Melita Theologica, 1 (2013), p. 20.

[25] ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, op. cit., n. 1138b, p. 217.

bada, dunque, alla lettera della legge, ma allo spirito del Legislatore[26]. Per Aristotele è meglio «*preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale*[27]*; infatti l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge; è l'arbitrato è stato inventato proprio […] per dar forza all'equità*»[28]. Attraverso l'*epikeia*, come afferma Prümmer, *«homo se constituit arbitrum legis et quasi proprium legislatorem»*[29].

2.1. Lo sviluppo della filosofia aristotelica: Sant'Alberto Magno e San Tommaso d'Aquino

All'elaborazione scientifica del concetto di *epikeia* hanno contribuito, sviluppando la filosofia aristotelica, anche due dottori della Chiesa, Sant'Alberto Magno e San Tommaso d'Aquino.

Sant'Alberto nella *Super ethica commentum et quaestiones*, afferma che l'*epikeia*, in quanto espressione della giustizia legale e del diritto naturale, dirige e corregge la legge positiva quando essa è deficitaria a causa della sua universalità affinché l'azione posta in essere sia più conforme non solo al senso profondo della legge ma anche alla vera giustizia[30].

---

[26] Su questa scia vi è anche chi ha definito l'*epikeia* come virtù della responsabilità umana (cfr. J. GIERS, *Epikie und Sittlichkeit. Gestalt und gestalteandel einer Tugend*, in AA. VV., *Der Mensch unter Gottes Anruf un Ordnung. Festgabe Muncker*, Dusseldorf, 1958, pp. 51-67) o come virtù della libertà di coscienza (cfr. B. HAERING, *Problemi attuali di teologia morale e pastorale*, Roma, 1965, pp. 279-290). A quest'ultimo proposito D. BILOTTI, *Le ragioni dell'ordinamento canonico come contributo critico alla scienza giuridica laica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (*www.statoechiese.it*), n. 2/2013, in nota 19, p. 5, rinviene nell'*epikeia* l'antecedente logico-giuridico delle prime forme di obiezione di coscienza e di disobbedienza religiosamente motivate.

[27] È dal V secolo a.c. in poi l'*epikeia* ha assunto in Grecia un significato giuridico morale nel senso di criterio per risolvere i contrasti al di fuori delle rigide regole del diritto superando cioè quello che era il diritto del singolo per giungere ad un compromesso esterno al diritto stesso. Comincia così l'attività arbitrale basata sul criterio dell'*epikeia* che si affianca a quella del giudice. Al proposito si veda M. T. ROMANO, *La rilevanza invalidante del dolo*, op. cit., p. 126, nota 93.

[28] ARISTOTELE, *Ars rhetorica*, (trad. di Plebe), Bari, 1992, libro III, 11, p. 67. Sui legami tra *epikeia* e arbitrato A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epikeia. Teoria, storia e applicazione (I). Dalla Grecia classica fino a F. Suárez*, in *Acta Philosophica*, vol. 6 (1997), fasc. 2, p. 207, afferma che Aristotele sembra considerare l'*epikeia* "*non più come direzione del giusto legale, ma come fonte giuridica suppletiva idonea a colmare le lacune dell'ordinamento legale, in stretto legame con l'arbitrato*".

[29] D. PRÜMMER, *Manuale Theologiae moralis secundum principia S. Thomae Aquinatis*, I, n. 231, IV ed.

[30] ALBERTI MAGNI, *Opera Omnia*, tomo XIV, pars I, *Super Ethica Commentum et Quaestiones*, Vol. I, a cura di W. Kübel, Münster, 1968-1972, p. 379: "*Iustitia enim legalis regulatur in suis operibus secundum praecepta legis,*

Il fondamento dell'*epikeia* risiede secondo il *Doctor universalis* nei limiti del carattere universale della legge nel suo confronto con la varietà delle azioni umane. E in ciò per sant'Alberto l'*epikeia* è super-giustizia[31], è applicazione della *recta ractio* ai casi particolari, ausilio per l'uomo per comprendere il vero senso della legge: l'essere cioè questa posta da Dio come via per la sua salvezza[32].

Questa finalità dell'istituto giustifica per Sant'Alberto, da un lato, l'uso dell'*epikeia* sia con riguardo alle leggi umane[33], sia con riguardo alla legge divina positiva[34] ma non con riguardo alla legge naturale in quanto "*jus naturale, quod secundum naturam rei justum est et ubique eamdem habet potentiam*"[35] e, dall'altro, il fatto che tale uso non sia riservato al giudice, al legislatore o all'operatore giuridico ma è concesso all'uomo virtuoso *tout court*[36] che vive una situazione nuova nella quale si rende necessario il ricorso a criteri di giudizio che non coincidono con quelli legali.

Anche San Tommaso dedica ampio spazio al tema dell'*epikeia* nel Commento alle *Sententiae* di Pietro Lombardo, nel Commento all'Etica Nicomachea e nella *Summa Theologiae*, definendola come il modo di ubbidire più profondamente alla legge, anche

---

sed ubi lex deficit in particularibus casibus, quae universaliter promulgata est ad plura respiciens, epieikes quis operatur rectum per seipsum et supplet defectum legis".

[31] F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epikeia nel Medioevo latino, op. cit,* p. 72, afferma: "*Quando Alberto chiama superiustitia l'epikeia, mostra di aver […] acquisito il concetto di epikeia come quello della virtù di sintesi, che chiude la dialettica tra l'universalità della legge, e la particolarità non universalizzabile*".

[32] ALBERTI MAGNI, *Opera Omnia*, tomo XIV, pars I, *Super Ethica Commentum et Quaestiones*, Vol. I, a cura di W. Kübel, Münster, 1968-1972, p. 384, laddove Sant'Alberto afferma: "*ex nimia variatione temporum et locorum legalia praecepta ad finem legislatoris servare non possunt: et in his superjustus qui epieikes vocatur elicit quod melius est ad finem legislatoris, praeceptum legis non attendens, sed finem praecepti, animo semper habens commune rationis principium quod est, quod ad finem aliquem institutum est, contra finem illum observari non debet".*

[33] ALBERTI MAGNI, *Opera Omnia*, Parigi, 1894, Lib. V Ethicorum, p. 451, fa questo esempio: "*se la legge proibisca agli stranieri scalare i muri della città. Se un tiranno si accinge ad assediarla, lo straniero che possiede la virtù dell'epikeia, non esiterà a scalare i muri se, per questo mezzo, può riuscire ad uccidere il tiranno; ed allora, non sarà punito, ma ricompensato del suo atto. Sebbene compiuto contro la lettera della legge, questo atto è in piena conformità col suo scopo ultimo della legge che è di proteggere i cittadini*".

[34] E. HAMEL*, L'usage de l'épikie,* op. cit., p.52. S. Alberto a questo proposito richiama l'episodio biblico di I Macc. 2, 34-41 in cui Mattatia decide di combattere il nemico anche se questi gli darà l'assalto in giorno di sabato "*Noi combatteremo contro chiunque venga a darci battaglia in giorno di sabato e non moriremo tutti come sono morti i nostri fratelli nei nascondigli*" che avevano deciso di non combattere in giorno di sabato. Dice Sant'Alberto: se essi non avessero combattuto anche in giorno di sabato sarebbero morti tutti.

[35] ALBERTI MAGNI, *Opera Omnia*, tomo XIV, pars I, *Super Ethica Commentum et Quaestiones*, I vol. a cura di W. Kübel, Münster, 1968-1972, p. 385.

[36] F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epikeia nel Medioevo latino*, op. cit., pp. 62-63.

se la si viola formalmente[37], purché così facendo si possa realizzare l'intima volontà della norma e non la prescrizione esterna.

Per il *Doctor angelicus,* l'*epikeia* costituisce il più alto esempio di esercizio delle facoltà etiche dell'uomo nella quotidiana prova di responsabilità morale cui lo sottopone la sua esistenza calata nella temporalità[38]. Essa è una virtù della giustizia grazie alla quale è possibile agire *praeter verba legis*[39] superando, con spirito colmo di *benignitas* e misericordia cristiana, le difficoltà della legge umana o divina (in quest'ultimo caso se Dio non ha previsto eccezioni alla legge) che a causa della sua universalità non può prevedere tutti i possibili casi che possono verificarsi nella realtà[40].

In tal senso, l'*epikeia* costituisce «*superior regula humanorum actuum*»[41] perché essa, come affermano taluni Autori[42], rettifica la legge per dirigere la condotta umana nel senso del diritto naturale e del bene comune.

San Tommaso, tuttavia, è consapevole che l'uso indiscriminato dell'*epikeia* può facilmente trasformarsi in abuso e, per tale ragione, ha inteso circoscriverne l'impiego attraverso la previsione di una serie di limiti[43].

---

[37] *Ivi*, p. 101.

[38] *Ivi*, p. 107.

[39] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, art. 2.

[40] G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Tra celeste e terrestre: il diritto canonico nella personale coniugazione di Gabriele Molteni Mastai Ferretti*, Soveria Mannelli, 2002, pp. 68-69: "*Tommaso ritiene che la legge positiva sia un mero strumento che prevede sotto forma di fattispecie astratte ipotesi di comportamento umano riferite all'id quod plerumque accidit". Ciò significa che la legge non può prevedere tutti i casi possibili soprattutto quegli eventi che si verificano molto raramente e che presentano quindi tratti del tutto eccezionali*".

[41] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, art. 2. La definizione è citata tra i tanti in G. M. COLOMBO, *Sapiens aequitas*, op. cit., p. 147, nota 72 e P. D. GUENZI, *Inter ipsos graviores antiprobabilistas. L'opera di Paolo Rulfi (1731ca.-1811) nello specchio delle dispute teologico-morali del secolo XVIII*, Cantalupa (TO), 2013, p. 313. L'espressione è utilizzata anche da R. ERGENTER, *Ueber die Bedeutung der Epikie in sittlichen Leben*, in Philosophisches Jahrbuc, 53 (1940), pp. 1125-127.

[42] A. BETTETINI, Intervento al Meeting di Rimini nel corso della sessione intitolata "*La sfida del discorso di Ratisbona e la lezione di Eugenio Corecco*", agosto 2012, in www.meetingrimini.org, spiega bene questo aspetto affermando che "*L'epikeia, […] appare come superior regula, in quanto per giudicare casi speciali presuppone e trascende il diritto positivo, richiamandosi direttamente ai principi di più alto livello, ma sempre nell'ambito della ragione pratica e della ratio boni*".

[43] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, art. 1.

Il primo è costituito dalla "*iustitiae ratio*"[44] che trova il fondamento nell'uomo in quanto persona e in quanto artefice della giustizia. Per l'Aquinate la giustizia può avere piena realizzazione solo quando l'uomo riconosce l'altro e a lui si commisura con mitezza e condiscendenza, clemenza nel punire, perdono delle offese, inclinazione a non esigere quello cui si ha diritto a detrimento della carità[45].

Ciò spiega come, anche per San Tommaso, l'*epikeia* è parte della soggettiva giustizia perché l'intervento dell'uomo è necessario «per fare giusta la situazione concreta da lui sperimentata»[46] attraverso il contemperamento di due opposte esigenze: da un lato, quella altruistica ed egualitaria di proteggere non i propri interessi ma le tendenze della carità; dall'altro, quella di mitigare la severità della norma non attuando ciò che riesce amaro al prossimo.

Il secondo limite è costituito da "*bonum commune*"[47]. Il fine esistenziale dell'uomo secondo S. Tommaso è la *beatitudo* realizzabile con la vita comunitaria. Il bene della comunità è il parametro essenziale per il ricorso all'*epikeia* per evitare qualsiasi tentazione individualistica e privatistica.

In funzione del bene comune si spiega anche l'ultimo dei limiti di cui si diceva. Secondo l'Aquinate spetta al *superior* (e non dunque all'uomo *tout court*) giudicare se si dà il caso di applicare l'*epikeia*. Tuttavia, l'uso dell'*epikeia* diviene obbligatorio per chiunque quando, non potendosi ricorrere al superiore, si presenti un caso urgente rispetto al quale l'applicazione della legge conduce a risultati cattivi o addirittura peccaminosi con evidente nocumento al bene comune.

3. Il contributo di Francisco Suárez

---

[44] A. RODRÍGUEZ LUÑO, *L'epicheia nella cura pastorale dei fedeli divorziati risposati*, in *L'Osservatore Romano*, 26 novembre 1997, afferma che gli *altiora principia* a cui deve ispirarsi l'atto epikeietico sono *«ratio iustitiae»* e il bene comune.

[45] A. DI MARINO S. J., *L'epikeia cristiana*, op. cit., p. 424.

[46] F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epieikeia nel Medioevo Latino,* op. cit., p. 107.

[47] A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epikeia. Teoria, storia e applicazione*, op. cit., pp. 219-220.

È Francisco Suárez che, nel periodo dell'Ultima Scolastica (1550-1620), dà con la sua opera più importante, il "*Tractatus de legibus ac Deo legislatore*"[48] (1620), un contributo decisivo allo sviluppo e all'elaborazione della dottrina sull'*epikeia*.

Il pensiero del filosofo di Granada, infatti, costituisce il *trait d'union* tra i due filoni teorici di cui si è dato conto.

Per Suárez, come per S. Alberto e S. Tommaso, il fondamento dell'*epikeia* è da individuarsi nel carattere generale della legge la quale non può essere giusta in tutti i casi essendo le cose umane contingenti e soggette a cambiamenti innumerevoli che il legislatore non può prevedere.

Nonostante ciò, come si vedrà nel prosieguo, Suárez si allontana molto dalla teoria tomistica dell'*epikeia*.

Infatti, se anche per Suárez l'*epikeia* è un correttivo della legge, essa svolge tale funzione sempre e solo secondo la presumibile intenzione o benignità del legislatore[49].

Nell'atto di *epikeia* Suárez scorge due elementi costitutivi[50] entrambi necessari: il giudizio prudenziale, cioè un atto interpretativo in chiave correttiva della norma (elemento di direzione), a cui segue l'atto di volontà di agire *contra verba legis* (elemento di realizzazione)[51].

3.1. Il giudizio prudenziale

Attraverso il giudizio prudenziale si giudica che un atto non rientra nella previsione legale; l'atto epikeietico non è, dunque, un atto di giurisdizione ma un

---

[48] Nel prosieguo l'opera sarà citata anche solo come "*De Legibus*".
[49] E. HAMEL, *L'usage de l'épikie*, op. cit., p. 62.
[50] *Ibidem.*
[51] J. CRUZ CRUZ, *Reconducción práctica de las leyes a la ley natural: la epiqueya*, in *Anuario Filosófico*, 1 (2008), pp. 169-173: "*Nell'epikeia possiamo trovare due classi di principi: uno di direzione e l'altro di realizzazione. Il principio direttivo dell'epikeia è il discernimento chiamato gnome da Aristotele il principio di realizzazione è la giustizia*".

giudizio dottrinale e, pertanto, interpretativo[52]. Se ciò è vero allora è legittimo domandarsi in cosa si differenzia l'*epikeia* dall'interpretazione della legge.

Pur non identificandole puramente e semplicemente, Suárez afferma che tra l'interpretazione della legge e l'*epikeia* esiste un rapporto di genere a specie[53]. Il tratto differenziale tra interpretazione ed *epikeia* propriamente detta va individuato, secondo il Dottore Esimio, nel fatto che la prima ha un campo di applicazione più ampio di quello che è proprio della seconda. Se l'*epikeia* è un tipo di interpretazione non si può dire che tutti i casi di *epikeia* sono casi di interpretazione della legge, né che tutti i casi di interpretazione della legge sono casi di *epikeia*.

La legge può essere interpretata per vari motivi "*authoritative",* dal legislatore (interpretazione autentica) o, "*doctrinaliter*", dai giuristi. Si pensi, ad esempio, al caso dell'interpretazione letterale volta a individuare il senso delle parole impiegate dal legislatore per chiarire le espressioni polisemantiche, oscure o ambigue della legge. Si pensi ancora all'interpretazione logica volta ad individuare l'intenzione del legislatore o all'interpretazione teleologica che dà un peso prevalente allo scopo (*telos*) per il quale la norma è stata emanata. In tutti questi casi non si avrà *epikeia* ma solo interpretazione[54]. L'*epikeia*, infatti, presuppone l'interpretazione della legge ma non si ferma ad essa. L'atto epikeietico, infatti, pur avendo un campo di applicazione più limitato rispetto alla mera interpretazione della legge, è caratterizzato da un *quid pluris* rispetto a quest'ultima quanto al risultato finale.

---

[52] E. HAMEL, *L'usage de l'épikie*, op. cit., p. 62; R. COPPOLA, *Epieikeia et aequitas canonica: sources matérielles de l'ordre juridique canonique*, in *Studia canonica*, 1999 (vol. 33/1), p. 119.

[53] Non tutti gli Autori sono concordi su tale impostazione. M.G. COLOMBO, op. cit., p. 193 ad esempio ritiene che *epikeia* ed interpretazione della legge siano due istituti radicalmente diversi: "*l'interpretazione […] ha per obbiettivo di precisare il senso e la portata della legge. Nel caso dell'epikeia, invece, anche se impropriamente viene definita come un'interpretazione benigna, la legge è conosciuta in modo preciso e così la necessità della sua applicazione.; è solo l'intervento di un principio superiore di diritto naturale o di una congettura sull'intenzione del legislatore che fa venir meno tale applicazione in una determinata situazione*".

[54] Cfr. M. IDOYA ZORROZA, I*nterpretación y equidad: la virtud de la epiqueya en Suárez*, in Auctoritas Prudentium, 5 (2011), pp. 53-54.

Al proposito Suárez afferma che *epikeia* è "*solo quella per mezzo della quale interpretiamo che la legge, per il suo carattere di generalità, viene meno in un caso particolare: cioè che la legge, emanata in termini generali, in qualche caso particolare viene meno, sicché non può essere osservata in tale caso senza ingiustizia*" e prosegue, citando Aristotele, che "*l'*epikeia *è un correttivo del giusto legale, perché si interpreta che non si deve osservare la legge nel caso in cui sarebbe un errore pratico applicarla, il che andrebbe contro la giustizia o l'equità naturale. Per questo si dice che è un adattamento della legge*". Pertanto, mentre l'interpretazione intende spiegare una legge che è oscura nei suoi termini, l'*epikeia* invece la corregge «*in casu in quo esset error practicus illam servare et contra iustitiam et aequitatem naturalem*".

L'*epikeia* è, dunque, nel contempo interpretazione, esenzione e cessazione di una legge umana.

A questo punto però, onde evitare fraintendimenti, risulta opportuno tratteggiare gli elementi differenziali dell'*epikeia* rispetto ad altri istituti ad essa affini vale a dire l'equità canonica e la *dispensatio*.

Una delle principali cause di confusione quando si parla di *epikeia* dipende dal fatto che molti Autori, anche moderni, usano indifferentemente i termini "*epikeia*" ed "*equità*" per indicare due realtà che, a ben vedere, sono molto diverse tra loro[55].

Il principale criterio discretivo tra *epikeia* ed equità è individuato da Suàrez nel fatto che il campo di applicazione esclusivo della prima è il foro interno mentre l'equità riguarda il foro esterno[56].

---

[55] D'Angelo, citato in A. DI MARINO S. J., op. cit., p. 397, afferma che *epikeia* ed equità etimologicamente corrispondono e che l'equità presso gli scolastici significa *epikeia*. G. D'ANNIBALE, *Summa theologiae moralis*, IV ed., I, n. 231, definisce l'*epikeia* come una specie di equità; V. DEL GIUDICE, *Privilegio, Dispensa ed Epikeia nel Diritto Canonico*, in AA.VV., *Scritti in memoria del Prof. Francesco Innamorati*, Perugia, 1932, p. 274, afferma che *epikeia* ed equità sono la stessa cosa. Dello stesso parere è anche M. RHONHEIMER, *Legge naturale e ragione pratica: una visione tomista dell'autonomia morale*, Roma, 2001, p. 447.

[56] R. COPPOLA, *Epieikeia et aequitas canonica: sources matérielles de l'ordre juridique canonique*, in *Studia canonica*, 1999 (vol. 33/1), p. 118.

La dottrina canonistica più recente[57] ha approfondito ulteriormente il tema dei rapporti tra *epikeia* ed equità per meglio individuarne gli elementi comuni e quelli discretivi. Si è affermato che se entrambe manifestano un adattamento del sistema normativo alle particolarità del caso concreto, tuttavia, l'*epikeia* consiste in un giudizio soggettivo privato, l'equità invece consiste in un giudizio oggettivo che implica la stessa regola giuridica; si è detto anche che la prima non è un atto di giurisdizione e che la seconda invece crea nuovo diritto da applicare nel caso concreto; si è inoltre sostenuto che l'*epikeia* tocca le ragioni che inducono il soggetto passivo della legge a sottrarsi lecitamente alle conseguenze dell'inosservanza di ciò che la norma comanda[58] con effetti solo indiretti nel foro esterno, mentre l'equità tempera nel foro esterno i diritti e gli obblighi normativi che fanno capo al soggetto passivo della legge[59]; infine, alcuni Autori individuano il criterio distintivo tra i due istituti nel carattere metagiuridico dell'*epikeia*[60], nel senso che quest'ultimo è istituto dai connotati giuridico- morali mentre l'equità è istituto giuridico puro e semplice che conduce alla creazione di una regola di diritto inedita.

Quanto invece ai rapporti tra *epikeia*[61] e dispensa si può affermare, per un verso, che entrambe sono istituti di *relaxatio legis*[62] con funzione di adeguare le norme generali all'infinita varietà dei casi concreti contribuendo a dare forma alla flessibilità dell'ordinamento canonico e, per altro verso, che entrambe presuppongono un'inottemperanza alla legge in un caso singolo a causa della defettibilità della legge stessa. Non per questo, tuttavia, *epikeia* e dispensa possono essere assimilate l'una

---

[57] *Ivi*, pp. 120-121.

[58] *Ivi*, p. 113.

[59] C. LEFEBVRE, "*Épikie*", in *Dictionnaire de droit canonique*, Vol. 7, Paris, 1953, pp. 371-372.

[60] Nel senso che, come opportunamente afferma G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione,* n. 601, II ed. Cinisello Balsamo (MI), 1993, pp. 447- 448, l'*epikeia* è un principio morale ma anche giuridico.

[61] A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, n. 292, identifica l'*epikeia* con la dispensa.

[62] A. LUCCARONI, *Il diritto nella Chiesa. Sussidio per il corso di introduzione al diritto canonico*, Istituto Superiore di Scienze Religiose "S. Apollinare" Forlì, anno accademico 2011-2012, Forlì, 2011, p. 7; R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Torino, 1989, p. 125; V. DEL GIUDICE, *Privilegio, Dispensa ed Epikeia*, op. cit., pp. 233-234.

all'altra. La dottrina più attenta, infatti, ne ha individuato il criterio distintivo nella diversa provenienza dell'atto epikeietico rispetto all'atto di dispensa. Più precisamente, l'*epikeia* viene applicata dallo stesso soggetto passivo della legge il quale, in un dato caso concreto, si ritiene esonerato dal rispetto della norma, mentre la dispensa promana da un atto del *superior*[63].

3.2. L'atto di volontà

È proprio in relazione all'atto di volontà, che si è detto costituire il secondo elemento costitutivo dell'*epikeia*, che emerge un triplice ordine di differenze tra la dottrina tomistica e quella suareziana.

In primo luogo, per Suárez l'atto di volontà attua la decisione di agire contro la lettera della legge: l'*epikeia*, è dunque per il Dottor Esimio un atto *contra verba legis* e non un atto *praeter verba legis* come, *a contrariis*, sosteneva l'Aquinate[64]. Condividendo questa tesi, attenta dottrina[65] ha sviluppato il pensiero del filosofo di Granada affermando che l'epikeia è "*forza ribelle al diritto positivo e violatrice di esso. Si deve anzi aggiungere che la violazione dell'ordine positivo (umano) si presenta talvolta […] come la condizione necessaria per l'osservanza dell'ordine naturale o divino; e cioè per la reintegrazione di più alte esigenze […] per quanto [esse] non si trovino svolte nelle formule dello "ius humanum*".

In secondo luogo, mentre per San Tommaso l'atto di volontà che spinge il soggetto ad agire (*prater verba legis*) è da ricondirsi alla giustizia, per Suárez invece esso può ricollegarsi anche ad altre virtù[66] - temperanza, fortezza, prudenza - che nel caso concreto possono entrare in conflitto con l'osservanza letterale della legge.

Un'ultima divergenza tra le due dottrine in commento è da ricondursi alla tensione tra la concezione universalistica dell'*epikeia*, patrocinata dall'Aquinate e la

---

[63] E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano, 1997, pp. 205-207; M.G. COLOMBO, op. cit., p. 193.
[64] G. VIRT, *Moral Norms*, op. cit., p. 26.
[65] V. DEL GIUDICE, *Privilegio, Dispensa ed Epikeia*, op. cit., pp. 277-278.
[66] E. HAMEL, *L'usage de l'épikie*, op. cit., p. 63.

visione individualista patrocinato dal Suárez[67]. Se, infatti, per il *Doctor angelicus* la giustificazione ultima dell'*epikeia* si rinviene nel "*bonum commune*", per Suárez, invece, l'*epikeia* è ordinata al bene della persona umana e al valore dell'individuo.

4. *Epikeia* e legge umana

A Suárez va riconosciuto il merito di aver elencato le ipotesi in cui è lecito, attraverso il ricorso all'*epikeia*, correggere le leggi umane purché non si tratti di norme irritanti o inabilitanti. In relazione a quest'ultima categoria di norme, infatti, il ricorso all'*epikeia*, secondo il filosofo di Granada, è da escludersi[68].

Fatta salva questa eccezione, Egli invece considera lecito il ricorso all'*epikeia* in relazione alla legge umana viziata *ex defectu potestatis* o *ex defectu voluntatis*[69].

Nella prima categoria (norme umane viziate *ex defectu potestatis*), Suárez fa rientrare due ipotesi in cui la legge è emanata dal legislatore *ultra vires potestatis*.

Innanzitutto, il ricorso all'*epikeia* non è solo permesso ma addirittura obbligatorio quando ubbidire alla prescrizione di legge sarebbe immorale perché il rispetto della norma indurrebbe il suddito a compiere ciò che è male.

In secondo luogo, il ricorso all'*epikeia* è ammesso da Suárez quando l'obbedienza alla legge non sarebbe immorale ma, in relazione alle circostanze del caso concreto, sarebbe eccessivamente gravosa o ingiusta: il legislatore, infatti, non ha il diritto di trattare in modo servile il destinatario della norma.

Nella seconda categoria (norme viziate *ex defectu voluntatis*), l'impiego dell'*epikeia* è ammesso quando, a causa di circostanze eccezionali, è possibile ragionevolmente

---

[67] *Ibidem.*

[68] G. M. COLOMBO, op. cit., p. 117. Dello stesso parere è anche H. NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis*, Oeniponte-Lipsiae, 1941, vol. I, n. 160, il quale ripropone esattamente la posizione di Suárez in relazione all'inapplicabilità dell'*epikeia* alle leggi umane irritanti o inabilitanti.

[69] E. HAMEL, *Vari tipi di legittimazione in teologia morale*, in AA. VV., *Ortodossia e revisionismo: studio interdisciplinare su processi di legittimazione*, Roma, 1974, pp. 122-123; M. D'ARIENZO, L. MUSSELLI, M. TEDESCHI, P. VALDRINI, op. cit, p. 61.

ritenere che l'autorità, che potrebbe legittimamente pretendere il rispetto della prescrizione normativa, se fosse a conoscenza delle circostanze del caso concreto permetterebbe all'obbligato di agire *contra legem*.

5. *Epikeia* e legge naturale

L'*epikeia* trova applicazione anche rispetto alla legge naturale?

Il problema è di così grande importanza per Suárez da farne oggetto di specifica analisi nel Capitolo XVI del Libro II del *De Legibus*.

Anticipando che il Dottore Esimio dà una risposta negativa[70] al suddetto quesito, risulta opportuno, prima di passare ad esaminare le argomentazioni che Egli espone a favore della sua tesi, accennare alla teoria suareziana del diritto naturale. Solo in tal modo, infatti, si potrà comprendere appieno la ragione per la quale il filoso di Granada ammette l'epikeia per le leggi umane e la esclude per le norme di diritto naturale.

5.1. La visione suareziana del diritto naturale

Suárez definisce le leggi naturali come norme universali, espresse, immutabili e sufficientemente promulgate che procedono dalla volontà del legislatore, che è Dio stesso, e che abbracciano tutti i precetti onesti e necessari perché i costumi possano essere retti, così che le azioni contrarie ad essi sono dissolute e malvagie[71].

Da questa definizione possono trarsi una serie di punti fermi della dottrina suareziana del diritto naturale.

a) La derivazione divina del diritto naturale: Dio come autore della legge naturale

---

[70] E. ELORDUY, *La epiqueya en la sociedad cambiante (teoria de Suárez). Anacronismo y actùalidad de la epiqueya*, in *Anuario de filosofía del derecho*, 13 (1967-1963), p. 243.

[71] F. SUAREZ, *Tractatus*, Lib. II Cap. VII n. 4.

Per il giurista di Granada, solo attraverso un comando (*imperium*) il diritto naturale diventa legge in senso proprio perché, in assenza di esso, la natura umana è normativamente muta[72].

Se questo è vero, allora, la legge naturale richiede la volontà di un'autorità adeguata che la promulghi e tale autorità è individuata da Suárez in Dio quale legislatore che comanda e impone un obbligo[73].

Quindi spetta a Dio, governatore supremo della natura, proibire il male e comandare il bene in quanto solo la volontà divina conferisce al bene e al male che derivano dalla natura delle cose il carattere di obbligazione[74].

Questa centralità dell'immagine di Dio come Supremo Legislatore è una costante del pensiero del Dottore Esimio e appare peraltro evidente già dal titolo che Suárez ha voluto dare alla sua opera principale: "*Tractatus de legibus ac Deo legislatore*".

Suárez concepisce, dunque, il diritto naturale come l'insieme di norme prodotte dalla legislazione divina senza confondere il diritto naturale con le leggi rivelate nelle Sacre Scritture[75].

È proprio in questa derivazione divina che è possibile scorgere la differenza tra la legge umana e quella di natura.

L'origine divina della legge naturale giustifica l'obbligatorietà della medesima, poiché ubbidire ad essa significa ubbidienza alla volontà di Dio.

Quanto all'obbligatorietà delle norme del diritto naturale, tuttavia, Suárez opera una distinzione tra precetti negativi che obbligano "sempre e per sempre", e

---

[72] *Ivi*, n. 11-12.

[73] J. ARNTZ, *Lo sviluppo del pensiero giusnaturalistico all'interno del tomismo*, in AA.VV., *Dibattito sul diritto naturale*, Brescia, 1973, p. 137.

[74] F. SUAREZ, *Tractatus*, Lib. II Cap. VI nn. 8-11.

[75] M. PARADISO, *Il giurista e la fede*, in *Jus-online*, 1 (2016) afferma: "*Il diritto naturale è una realtà ontologica, costitutiva della condizione umana, essendo iscritto da Dio nel cuore dell'uomo; al contempo, esso non è oggetto di rivelazione diretta nelle Sacre scritture, ma va indagato e pazientemente ritrovato dall'interprete col retto uso di ragione*".

precetti positivi che obbligano solo quando un'eventuale omissione dell'atto sarebbe intrinsecamente illecita[76].

Anche le leggi umane sono connotate dall'obbligatorietà, tuttavia, mentre l'obbligatorietà della legge naturale è assoluta in quanto essa è legge perfetta come perfetto è il suo Autore, l'obbligatorietà della legge umana è relativa poiché frutto dell'imperfezione della natura umana contingente, mutabile che si origina nel tempo[77].

b) La conoscibilità delle norme del diritto naturale

Il secondo punto fermo riguarda la conoscibilità dei precetti del diritto naturale.

Le leggi naturali, secondo Suárez, sono conosciute dall'uomo non attraverso la Rivelazione ma attraverso la ragione che Dio gli ha dato fin dall'inizio della creazione e nella quale Dio stesso ha iscritto i propri comandamenti. La ragione è, dunque, il primo libro in cui si possono trovare codificate le leggi del Sovrano Supremo che è Dio[78].

È in questo senso che le norme del diritto naturale sono state promulgate in modo sufficiente. La promulgazione della legge naturale avviene, dunque, mediante la luce della ragione che per via deduttiva ne determina il contenuto.

Quanto al contenuto e alla conoscibilità della legge naturale egli distingue tra[79]: i) precetti che riguardano i principi primi generali della morale (bisogna fare il bene ed evitare il male; non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te…) che sono noti a tutti; ii) principi più determinati e particolari (bisogna osservare la giustizia; Dio va onorato; si deve vivere con temperanza…) anch'essi evidenti che nessuno può

---

[76] F. SUAREZ, *Tractatus*, Lib. II Cap. XIII, n. 4 e n. 7.

[77] A. MARSELLA, *Lezioni di filosofia pratica. Parte Prima. Etica*, Napoli, 1864, p. 94; C. FARACO, *Obbligo politico e libertà nel pensiero di Francisco Suárez*, Milano, 2013, p. 22.

[78] F. SUAREZ, *Tractatus*, Lib. II Cap. VI n. 24; M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, p. 331.

[79] F. SUAREZ, *Tractatus*, Lib. II, Cap. VII, n. 5; Lib. III, Cap. II, n. 3.

ignorare; iii) conclusioni che derivano dai principi attraverso un processo argomentativo o, come afferma Suárez ,"*che si deducono con un evidente ragionamento dai principi naturali ma che non si possono conoscere se non appunto mediante un ragionamento*" . Tra le conclusioni, alcune richiedono un argomentare più semplice e pertanto sono conosciute facilmente da tutti (ad esempio la malizia dell'adulterio o del furto) altre richiedono un processo più articolato e complesso e quindi non son facilmente raggiungibili da parte di tutti (la malizia della fornicazione, dell'usura e della menzogna)[80].

c) L'universalità e l'immutabilità delle norme del diritto naturale

L'ultimo punto fermo che è possibile trarre dalla definizione di diritto naturale di cui si è dato conto al principio di questo breve *excursus* riguarda i caratteri della legge naturale.

La legge naturale secondo Suárez è, innanzitutto, legge universale in quanto comune a tutti gli uomini che possono conoscerla attraverso la ragione che è dote o proprietà della natura umana[81].

Tale universalità, precisa Suárez, vale solo con riferimento ai principi primi della morale non con riferimento ai principi derivati[82].

In secondo luogo, il filosofo di Granada, in piena condivisione del pensiero tomistico[83], afferma che il diritto naturale è immutabile[84] perché le norme

---

[80] B. MONDIN, *Storia della teologia*, Vol. 3, Bologna, 1996, pp. 290 ss.

[81] C. GIACON, *Suárez*, Brescia, 1944, p. 85; G. GALLI, *Storia delle dottrine politiche*, Milano, 2000, p. 76.

[82] A. PANZETTA, *L'uomo tra natura e grazia. Il diritto naturale e la legge della grazia in Pasquale Magli (1720-1776)*, Perugia, 2010, p. 31.

[83] Nel commentare la concezione del diritto naturale dell'Aquinate, R. PIZZORNI, *Diritto, Etica e Religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2006, pp. 276 ss., così si esprime: "*la legge naturale essendo radicata nella stessa natura umana che dovunque è la medesima e della quale esprime esigenze assolute che riguardano l'uomo in quanto uomo, è immutabile non solo da parte dell'autorità (ab extrinseco), ma anche in se stessa (ab intrinseco), come il fine dell'uomo in quanto persona, per cui se mutasse sarebbe contro natura in quanto l'uomo non potrebbe più attuare se stesso e raggiungere il proprio fine".*

[84] G.M. COLOMBO, op. cit., p. 223.

fondamentali del bene e del male esisteranno finché esisterà la natura umana. In quanto immutabili le norme del diritto naturale sono anche inderogabili. Ciò comporta, per un verso che rispetto ad esse non sono ammissibili privilegi o convenzioni in deroga e, per altro verso, che esse costituiscono un confine invalicabile per tutte le azioni umane sia private che pubbliche[85].

L'immutabilità nel senso anzidetto che è necessaria per non sconfinare nell'"*etica della situazione*" appartiene, tuttavia, solo ai principi primi del diritto naturale e non anche alle conclusioni che, invece, possono cambiare in ordine alle circostanze[86].

5.2. L'esclusione dei precetti della legge naturale dal campo di applicazione dell'*epikeia*

Come si è già avuto modo di anticipare, la risposta di Suárez al quesito "*se l'*epikeia *trovi applicazione nella legge naturale*" è negativa: la legge naturale, dunque, non ammette correzione attraverso l'*epikeia*.

È significativo al proposito come il filosofo di Granada, prima di argomentare la propria tesi, passi in rassegna le tesi affermative sostenute da "*quasi tutti gli autori*"[87] che si erano occupati del tema prima di lui cercando di metterne in evidenza le aporie.

Suárez sottolinea, innanzitutto, che tra questi Autori non vi è unanimità di consensi in ordine al soggetto che può fare applicazione dell'*epikeia* rispetto al diritto naturale.

---

[85] C. FARACO, *Obbligo politico e libertà nel pensiero di Francisco Suárez*, Milano, 2013, p. 125.
[86] F. SUAREZ, *Tractatus*, Lib. II, Cap. XIII, n. 4 e n. 7.
[87] F. SUÁREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore (a cura di O. De Bertolis)*, Vol II, Padova, 2008, p. 252.

Infatti, secondo una prima tesi, sostenuta da San Tommaso nel quarto libro del Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo[88], da Riccardo di Middletown[89] e da Pierre de la Palu[90], la legge naturale ammette l'*epikeia* ma, attesa la derivazione divina del diritto naturale, il ricorso ad essa spetterebbe solo a Dio, Supremo Legislatore. Tuttavia, questi Autori, afferma Suárez, usano il termine dispensa e non il termine *epikeia* e i due istituti, come si è detto, sono ben diversi tra loro.

In base ad una seconda opinione, patrocinata da Tommaso de Vio (detto il Caetano)[91], da Domingo de Soto[92] e Martín de Azpilcueta[93], la legge naturale non solo ammette l'*epikeia* ma questa può essere applicata anche dall'uomo, per esempio "*dal Papa o da un'altra persona dotata di un potere analogo*" e ciò perché essa "*è spesso moralmente necessaria […] quindi non è verosimile che Dio l'abbia riservata a sé, ma che l'abbia affidata agli uomini che ha stabilito suoi ministri […] altrimenti Dio avrebbe privato in larga misura gli uomini di una cosa necessaria […] Pertanto se, quando si presenta l'occasione, gli uomini non avessero il potere di interpretare il diritto naturale, anche al di là del suo tenore letterale se la causa lo richiede, gli uomini non saprebbero che cosa fare*"[94].

I contrasti interpretativi che caratterizzano la tesi affermativa non si riscontrano nella tesi negativa sostenuta da Suárez il quale afferma che "*nemmeno Dio può introdurre qualche eccezione nella legge naturale per mezzo […] dell'*epikeia" poiché "*i precetti di questa legge sono proposizioni necessarie che […] non possono venire meno o essere false in alcun*

---

[88] T. D'AQUINO, *Commento alle sentenze di Pietro Lombardo*, Libro IV, Vol IX, dist. 33, q. 1, a. 2, Bologna, 2001, pp. 454 ss., laddove l'Aquinate trattando della poligamia afferma: "*Praeterea, si aliquid est licitum ex dispensatione, hoc non licet nisi illis quibus dispensatio fit. […] ideo illi ex cuius auctoritate lec efficaciam habet, reservatur, ut licentiam praebeat legem praetermittenti in illis casibus ad quos legis efficacia se non extendere debet: et talis licentia dispensatio dicitur*".

[89] R. DI MIDDLETOWN, *Super IV libros Sententiarum Petri Lombardi Questiones subtilissimae*, t. III, libro IV, dist. 33, art. 1, quest. 1.

[90] P. DE LA PALU, *Tertium scriptum super quartum sententiarum*, dist. 33, q. 1, a. 2.

[91] TOMMASO DE VIO, *Commentaria ad Secundam Secundae divi Thomae*, q. 120, a. 1.

[92] D. DE SOTO, *De justitia et jure*, lib. I, q. 7, a. 3, ad. 3, lib. X, q. 3, a. 4

[93] M. DE AZPILCUETA, *Consiliorumsive responsorum libri quinque iuxta quinque libros et titulos Decretalium*, lib. IV, cons. 3, n. 8.

[94] F. SUÁREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore (a cura di O. De Bertolis)*, Vol II, Padova, 2008, pp. 253-254.

caso concreto. Quindi non può mai accadere che per mezzo di qualche interpretazione, sia lecito compiere ciò che da tali precetti è proibito, perché intrinsecamente cattivo, e nemmeno che sia lecito omettere ciò che da quei precetti è comandato, perché necessario per il bene morale"[95].

Chiarita la sua posizione, Suárez compie un'operazione sistematica collocando l'*epikeia* nel più generale *genus* dell'interpretazione. Sul punto si è già ampiamente detto *supra* (§ 3.1), tuttavia si rende qui opportuno aggiungere qualche ulteriore precisazione.

L'Autore afferma che la legge naturale può essere considerata in due modi: in sé stessa e in quanto data per mezzo di una legge positiva[96]. In entrambi i casi, afferma Suárez, la legge di natura ha bisogno, per gli uomini, di chiarimenti e interpretazioni che ne spieghino il vero senso. Infatti, poiché non tutti i precetti naturali sono egualmente noti o semplici da capirsi, l'interpretazione è necessaria per ricercare le condizioni e le circostanze verificandosi le quali un atto è in se cattivo, e dunque proibito dalla legge naturale, ovvero è buono e dunque lecito[97].

Per chiarire questa affermazione il filoso di Granada porta, tra gli altri, l'esempio dell'omicidio: "*nel precetto di evitare l'omicidio, è al massimo grado necessaria l'interpretazione per chiarire che cosa si intenda col termine "omicidio"; perché non qualunque uccisione di un uomo è omicidio proibito dalla legge naturale, ma solo quello compiuto per autorità propria e di propria iniziativa o tramite un'aggressione; ma non l'uccisione che avviene [per ordine della] autorità legittima o per legittima difesa*"[98].

Questa interpretazione, che non è *epikeia*, può e deve essere operata non solo da Dio ma anche dall'uomo da sé o per mezzo dell'interpretazione dottrinale.

Invece nessun precetto naturale considerato in sé stesso ammette *epikeia* propriamente detta.

---

[95] F. SUÁREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore (a cura di O. De Bertolis)*, Vol II, Padova, 2008, p. 254.
[96] *Ivi*, p. 255.
[97] *Ivi*, p. 258.
[98] *Ivi*, pp. 257-258.

Se è vero, infatti, che l'*epikeia* è un adattamento della legge o della giustizia legale, allora non può revocarsi in dubbio che essa non possa trovare applicazione rispetto alla legge naturale, la quale non può essere adattata poiché posta dalla retta ragione che non può mancare di verità. Se in qualche caso, aggiunge Suárez dovesse venire meno "*l'obbligo della legge [naturale], [ciò] non è causa dell'epikeia, ma del cambiamento dell'oggetto […] Tutte le volte in cui sembra che un precetto naturale non obblighi in qualche occasione, significa necessariamente che è cambiato l'oggetto dell'atto.*"[99]

Il Dottor Esimio chiarisce questo concetto con un esempio: "*La legge di natura ordina all'inferiore di obbedire al superiore: ne consegue che in caso di esenzione dall'obbedienza si dà un'eccezione. In forza dell'esenzione l'inferiore cessa di essere tenuto ad obbedire al superiore. Ma questa è ancor meno epikeia […] in questo caso la legge cessa di obbligare per cambiamento dell'oggetto, dato che colui che era inferiore cessa di esserlo a causa dell'esenzione*"[100].

Suárez, tuttavia, ammette il ricorso all'*epikeia* anche con riguardo al diritto naturale in relazione ai precetti di natura affermativa ma solo nei momenti in cui è previsto che essi non obblighino il destinatario della norma. Questa affermazione merita però di essere chiarita.

I precetti positivi del diritto naturale, infatti, non obbligano in ogni circostanza in quanto è necessaria la previa la determinazione del periodo di tempo in cui avranno vigore.

Tale determinazione può avvenire innanzitutto attraverso la ragione naturale e, in questo caso, «*nulla est epiikia, quia nulla est exceptio a lege, nec emendatio praecepti, sed simplex intelligentia illius*» perché non è possibile concepire che vi sia un altro modo di determinare il precetto o la sua cessazione; ma può avvenire anche attraverso la legge umana positiva e allora, in tal caso, l'*epikeia* è ammissibile[101].

---

[99] *Ivi*, pp. 262 e 266.
[100] *Ivi*, p. 260.
[101] *Ivi*, pp. 262-263.

I precetti di natura negativa, invece, obbligano sempre e in ogni circostanza, in quanto mirano ad evitare il compimento di azioni malvagie e ciò anche nel caso in cui siano stabiliti dalla legge umana positiva[102]. Questa caratteristica basta per escludere, secondo Suárez, che tali precetti siano suscettibili di *epikeia* perché "*è impossibile che ciò che è intrinsecamente cattivo divenga buono fermi restando il medesimo oggetto e le medesime circostanze*"[103]. Quello che può capitare in relazione a questo tipo di precetti, come si evince dall'ultima parte dell'affermazione appena riportata, è che l'atto proibito cessi di essere cattivo a causa di un cambiamento dell'oggetto oppure delle circostanze intrinseche. Anche in questo caso, tuttavia, non è possibile parlare di *epikeia* bensì di un atto di conoscenza o di interpretazione dell'oggetto della legge o del suo campo di applicazione.

La possibile obiezione secondo la quale taluni precetti naturali che, in caso di necessità o di un fine estrinseco, non obbligano relativamente ad atti che in via ordinaria sarebbero proibiti dal diritto naturale (ad esempio il precetto che proibisce di contrarre matrimonio con una seconda moglie mentre la prima è ancora viva e il primo matrimonio è stato consumato che non obbliga allorquando la prima moglie è sterile ed è necessario assicurare la conservazione del genere umano), è liquidata sbrigativamente dall'Autore come falsa obiezione in quanto "*fintantoché rimane invariato l'oggetto del precetto naturale negativo, un atto proibito non può essere giudicato lecito per mezzo dell'epikeia, in ragione di una causa, di un fine o di una necessità estrinseci*" e se questo apparentemente accade allora o il precetto in questione non è un precetto di diritto naturale oppure è venuto meno o è cambiato l'oggetto del precetto[104].

---

[102] *Ivi*, pp. 264 ss.
[103] *Ivi*, pp. 263.
[104] *Ivi*, pp. 268.

A conclusione del Capitolo XVI del Libro II del *De Legibus* Suárez si occupa dei precetti naturali per così dire derivati in quanto formulati o determinati da una legge umana.

Tali formulazioni positive, secondo il filosofo di Granada, possono essere corrette per mezzo dell'*epikeia* proprio in quanto posti dal legislatore umano e in relazione all'intenzione di quest'ultimo[105].

Può accadere, infatti, che il legislatore umano abbia emanato una legge impiegando delle clausole generali e senza prevedere o considerare espressamente delle eccezioni. In tali casi l'indeterminatezza ed incondizionatezza dei termini impiegati potrebbero far ritenere al destinatario della norma che un determinato caso concreto sia compreso nell'ambito di applicazione del precetto ma in realtà non vi rientra affatto. Ecco allora che per evitare questi inconvenienti Suárez ammette la necessità di ricorrere all'*epikeia* a fine di interpretare, attraverso un giudizio prudenziale, l'intenzione del legislatore (umano) al fine di vagliare se un determinato caso concreto rientri o meno nella previsione legale.

6. Conclusioni

A Francisco Suárez, va riconosciuto il merito di aver raccolto e sviluppato il materiale scientifico distribuito in numerosi trattati giuridici e teologici elaborati da altri insigni autori che si erano occupati, prima di lui, del tema dell'*epikeia*.

Questo dato potrebbe indurre a pensare che la dottrina suareziana dell'*epikeia* sia meramente ricognitiva o riassuntiva di contrasti dottrinali di cui egli era attivamente partecipe.

---

[105] *Ivi*, pp. 269 ss.

Al contrario, invece, deve registrarsi che il giurista di Granada ha messo a punto una dottrina dell'*epikeia* del tutto originale, completa e risolutiva dei principali aspetti problematici relativi all'applicazione dell'istituto oggetto del presente scritto.

La dottrina suareziana è originale per il contributo che Suárez dà all'inquadramento sistematico dell'epikeia. Il Dottore Esimio la colloca, infatti, nell'alveo dell'interpretazione della legge pur non identificandola puramente e semplicemente con quest'ultima. Questa non completa assimilazione tra *epikeia* ed interpretazione della legge dipende dalla dicotomia campo di applicazione– effetti dei due istituti nel senso che l'interpretazione, ha un campo di applicazione più ampio di quello dell'*epikeia*, mentre l'*epikeia* ha effetti più ampi rispetto all'interpretazione.

L'elaborazione teorica di Suárez, inoltre, ha consentito di marcare le differenze tra l'*epekeia* ed altri istituti giuridici apparentemente ad essa affini. Gli studiosi che si erano occupati del tema prima di Suárez consideravano l'*epikeia* come un istituto giuridico dai contorni indefiniti o addirittura come un "collettore"[106] entro cui far rientrare ogni caso in cui non fosse possibile affermare la liceità di un'azione e quindi, ad esempio, il giudizio concreto del giudice, la dispensa del superiore, l'inosservanza della legge in caso di necessità o di desuetudine[107]. Con il filosofo di Granada l'*epikeia* assume la dignità di istituto giuridico autonomo dotato di un proprio campo di operatività rispetto ad istituti ad esso apparentemente analoghi ma non del tutto assimilabili.

Infine, si diceva che la dottrina suareziana dell'*epikeia* è una dottrina completa. Suárez, infatti, ha approfondito il tema dell'applicazione dell'istituto sia con riferimento alla legge umana sia con riferimento al diritto naturale.

---

[106] D. BONHOEFFER, *Resistenza e Resa. Lettere e scritti dal carcere*, Milano, 1969, utilizza addirittura l'espressione "*tappabuchi*" per riferirsi all'*epikeia*.

[107] F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epikeia nel Medioevo latino*, op. cit, p. 101.

Quanto alla legge umana. Egli ha il merito di aver elencato i casi generali in cui l'*epikeia* può trovare applicazione, mentre per la legge naturale in sé considerata il Dottor Esimio ne ha escluso ogni margine di operatività. Questa diversa impostazione, come si è visto, trova giustificazione nella diversa origine, umana, delle norme di diritto umano e, divina, di quelle di diritto naturale.

Alla luce delle superiori considerazioni è da condividersi quella dottrina che sostiene che con l'imponente sintesi di Suárez si può considerare quasi conclusa l'elaborazione dottrinale che costituirà la base dello studio casistico dell'*epikeia* per molti secoli [108].

Tuttavia, l'aver limitato il discorso ad alcuni grandi pensatori del passato che maggiormente hanno contribuito con il proprio pensiero all'elaborazione scientifica dell'istituto, non deve indurre a pensare che il diritto debba disinteressarsi dell'*epikeia* poiché figura ormai desueta, residuale[109] o da relegarsi al solo campo della morale[110]. Ciò è palesemente smentito non solo dal vigore degli studi sull'*epikeia* che si sono sviluppati nel corso del secolo scorso[111] ma anche dal recente dibattito su possibili nuovi impieghi dell'istituto con riferimento a tutti quei casi in cui la rigidità del sistema legislativo rischierebbe di compromettere insopprimibili esigenze di mitezza e misericordia.

Lo dimostra, ad esempio, il dibattito riaccesosi con la celebrazione dell'ultimo Sinodo sulla famiglia sul possibile impiego dell'*epikeia* nell'ambito dell'accesso ai

---

[108] A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epikeia. Teoria, storia e applicazione*, op. cit., p. 236.

[109] F. D'AGOSTINO, *Appunti per una teoria dell'epikeia*, op. cit., p. 129, afferma: "*I moralisti sono sempre stati inclini a far intervenire l'epikeia in tutti i casi in cui si riteneva che una legge, pur valida, non potesse obbligare moralmente e non fosse possibile ricorrere ad una delle classiche cause di liberatio ab observantia legis quali la dispensa, il privilegio, la desuaetudine o la stessa cessatio legis ob revocationem*".

[110] L. CHIAPPETTA, *Prontuario di diritto canonico e concordatario*, voce *Epikeia*, Roma, 1994, p. 523; C. LEFEBVRE, "*Épikie*", in *Dictionnaire de droit canonique*, Vol. 7, Paris, 1953, pp. 371-372.

[111] Tra i molti si ricordano L.J. RILEY, *Nature and Use of Epikeia*, op. cit.; F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epikeia nel Medioevo latino*, op. cit.; G. VIRT, *Epikie - verantwortlichen Umgang mit Normen. Eine historisch-systematische Untersuchung zu Aristoteles, Thomas von Aquin und Franz Suárez*, Grünewald, Mainz, 1983.

sacramenti per i divorziati e risposati[112]. In queste situazioni si è detto "*non si può parlare di un'oggettiva situazione di peccato senza considerare anche la situazione del peccatore nella sua singolare dignità personale. Per questa ragione non può esserci alcuna soluzione generale del problema, ma solo soluzioni singolari*"[113] soprattutto in un ordinamento com'è quello canonico in cui la misericordia "*è la via che unisce Dio e l'uomo, perché apre il cuore alla speranza di essere amati per sempre nonostante il limite del nostro peccato"*[114].

Ciò dimostra dunque che l'*epikeia* non è istituto privo di utilità pratica neppure ai nostri tempi attesa l'attualità della sua essenza che è quella di mostrare, ieri come oggi, l'intreccio tra legge e misericordia[115] permettendo al diritto di stare al passo coi tempi attraverso l'adeguamento della prescrizione astratta alla realtà concreta[116].

Key words: Francisco Suárez, *epikeia*, interpretation of the law, human law, natural law.

Abstract: This paper is to account for the fundamental contribution offered by Francisco Suárez, with his *De Legibus ac Deo legislatore*, in tracing the clear conceptual and operative boundaries of *epikeia*. In fact, three merits must be recognized to the philosopher: given a clear systematic framing of the *epikeia* in the interpretation of the law; awarded to *epikeia*, through a careful work of conceptual clarification, dignity of an autonomous legal institute with respect to similar figures with which other scholars before him easily confused; studied with methodological rigor the different operation of the institute with respect to human law and natural law. In relation to human law, Suárez identifies the three general cases in which it is possible and lawful to make use of *epikeia*. The theme of the application of *epikeia* to natural law, however, is so important for the philosopher of Grenade to be object of an autonomous discussion in Chapter XVI of Book II of the work cited. The

---

[112] Si vedano, ad esempio, W. KASPER, *Il vangelo della famiglia*, Brescia, 2014, pp. 41 ss.; L. LORENZETTI, *Sinodo – La morale e la pastorale: una nuova visione di Chiesa. Il Vangelo alle famiglie in condizioni difficili*, in *Il Regno*, 2014, 4, pp. 75 ss; C. RUINI, *Il Vangelo della famiglia nell'Occidente secolarizzato*, in chiesa.espresso.repubblica.it, 13 ottobre 2014. Qualche anno prima del Sinodo si era espresso sul tema anche J. RATZINGER, *A proposito di alcune obiezioni contro la dottrina della Chiesa circa la recezione della Comunione eucaristica da parte di fedeli divorziati risposati*, in www.vatican.va, 1 gennaio 1998.

[113] W. KASPER, *Verso il Sinodo. Kasper: ammissione dei divorziati risposati ai sacramenti?,* in www.avvenire.it, 11 luglio 2015.

[114] PAPA FRANCESCO, *Misericordiae Vultus. Bolla di indizione del Giubileo straordinario della misericordia,* Roma, in www.vatican.va, 11 aprile 2015.

[115] Questo aspetto è evidenziato da J. HERRANZ, *Il Diritto Canonico, perché?*, in O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2007, p. 387, il quale afferma che "*L'epikeia […] è un'istituto con il quale la caritas pastoralis del legislatore, del giudice o dell'amministratore ecclesiastico manifesta una volontà di giustizia temperata dalla prudenza, dalla benignità e dalla comprensione verso le singole persone, sempre per il loro bene spirituale*".

[116] In tal senso risulta degna di nota la definizione di *epikeia* data da F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epikeia nel Medioevo latino,* op. cit, p. 296: "*la peculiarità dell'epikeia […] sta nel suo rendere concreta la temporalità del diritto […] la sua proprietà sta nel mediare l'impatto della prescrizione astratta con la realtà concreta, delle norme con l'esperienza umana, dando a questa la misura del tempo del diritto*".

solution proposed by Suárez relating to the relationships between *epikeia* and natural law, as will be seen, is different from the ones proposed by other illustrious authors who preceded him, first of all Thomas Aquinas.

JusOnline n. 3/2018
ISSN 1827-7942

Paweł Malecha

Promotore di Giustizia Sostituto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica

La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido alla luce della normativa canonica vigente e delle sfide della Chiesa di oggi*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il ruolo della chiesa-edificio nell'ambiente urbano e rurale. - 3. L'illustrazione della questione *de qua*. - 4. Il concetto giuridico di chiesa. - 4.1. L'edificio sacro. - 4.2. La destinazione al culto divino. - 4.3. Il diritto dei fedeli di entrare nell'edificio sacro per esercitare soprattutto pubblicamente il culto divino. - 5. La riduzione di una chiesa a uso profano. - 6. Il concetto di gravi cause. - 7. Il bene delle anime. - 8. L'uso non sordido. - 9. Le garanzie per l'uso non sordido. - 10. Alcuni esempi dell'interpretazione di *gravi cause* da parte della Segnatura Apostolica. - 10.1. La soppressione di parrocchie in vista della riduzione di chiese a uso profano. - 10.2. La riduzione di una chiesa a oratorio. - 10.3. La chiusura di fatto di una chiesa. - 10.4. Il fittizio mantenimento della destinazione al culto divino. - 10.5. La riduzione di una o di più chiese a uso profano allo scopo di acquisire fondi per la costruzione di una nuova chiesa. - 10.6. La destinazione di una chiesa al culto divino non cattolico. - 10.7. Casi vari. - 11. Conclusioni.

1. Premessa

In occasione dell'Anno Europeo del Patrimonio Culturale 2018, il Pontificio Consiglio della Cultura, in collaborazione con la Conferenza Episcopale Italiana – Ufficio Nazionale per i Beni Culturali Ecclesiastici e l'Edilizia di Culto – e la Pontificia Università Gregoriana – Facoltà di Storia e Beni Culturali della Chiesa –, ha organizzato un convegno e una conferenza sui beni culturali della Chiesa il 29 e 30 novembre 2018 presso la Pontificia Università Gregoriana.

Nelle due giornate si terranno un convegno aperto a tutti e una conferenza riservata ai direttori degli uffici nazionali per i beni culturali (o omologhi) delle conferenze episcopali dell'Europa, dell'Australia, del Canada e degli Stati Uniti d'America.

Argomenti principali saranno la riduzione di chiese a uso profano non sordido e la gestione integrata dei beni culturali, cui potranno aggiungersene altri.

L'oggetto, invece, di questo studio – vista l'estrema attualità della tematica – sarà soltanto il primo argomento, consistente nella riduzione di chiese a uso profano non sordido, cioè la loro cessazione (can. 1222). Tale questione è di notevole rilievo e attualità, perché molte di esse vengono oggi chiuse di fatto, demolite, vendute, trasformate almeno parzialmente in una sala parrocchiale o in un cimitero, destinate a uso sordido e così via. E ciò è opera spesso delle stesse autorità ecclesiali, anziché di chi avversa la fede. Pertanto, la Chiesa deve tener conto dello *status quo* degli edifici di culto e di altri fattori specifici che incidono sul settore, nonché affrontare le sfide cui si trova di fronte.

In altri termini, la Chiesa deve saper superare le difficoltà e gli ostacoli, piccoli o grandi, che ogni giorno la vita ci riserva: vale la pena leggere ed esser in grado di interpretare tali sfide con la massima attenzione.

Lo scopo di questo contributo è presentare, basandosi sull'esperienza della Segnatura Apostolica, alcune problematiche recenti in merito alla questione in oggetto, mettendo in evidenza non soltanto l'identificazione delle *gravi cause* che consentono la legittima decisione di ridurre la chiesa a uso profano, ma anche alcune fattispecie peculiari in cui tale riduzione avviene.

2. Il ruolo della chiesa-edificio nell'ambiente urbano e rurale

Le chiese-edificio svolgono, in genere, un ruolo di prestigio nell'ambiente urbano e rurale, oltre che una funzione polarizzante in termini urbanistici. Tale ruolo trae le sue origini non soltanto dal valore storico-artistico di cui l'edificio di culto spesso è rivestito, ma innanzitutto dal sentimento religioso legato alle chiese di una popolazione. Infatti, ancora per molte persone, nonostante la secolarizzazione della società odierna, la chiesa-edificio è segno della presenza di Dio e della Chiesa cattolica nel mondo, anzi la chiesa è la casa di Dio. Pertanto, la specificità della chiesa-edificio rispetto agli altri mezzi di cui la Chiesa dispone per la sua missione di salvezza consiste, prima di ogni altra cosa, in una evidente *leggibilità* evangelizzatrice, perché gli edifici di

culto sono indispensabili per mantenere, impiantare o risvegliare la fede in una popolazione.

Soltanto alla luce di quanto detto si possono comprendere le specifiche scelte legislative del Codice in materia, la loro delimitazione, interpretazione e applicazione coerenti, anche in relazione alle sfide della Chiesa di oggi. In tale ottica generale si possono inoltre individuare le ragioni per cui il Legislatore si sforza di salvaguardare e difendere gli edifici di culto.

Infine, un aiuto particolare, per intendere rettamente la questione concernente la riduzione di una chiesa a uso profano non sordido, si ha nelle *Linee guida per la modifica di parrocchie e la chiusura e l'alienazione di chiese*, emesse il 30 aprile 2013 dalla Congregazione per il Clero[1].

3. L'illustrazione della questione *de qua*

Al fine di illustrare meglio la questione che si sta affrontando nel presente contributo, vengono messi in evidenza, a titolo esemplificativo, alcuni dati statistici. Purtroppo, non se ne hanno molti, perché le Conferenze Episcopali Nazionali non li pubblicano.

Tuttavia, si sono trovati i dati riguardanti la Germania, che almeno permettono di dare un'idea circa il preoccupante fenomeno che sta abbracciando sempre più parti del mondo, cioè il gran numero di demolizioni e di riduzioni a uso profano di chiese. È significativo che tutto ciò avvenga oggi tramite le decisioni emesse dalle stesse autorità della Chiesa, piuttosto che, come succedeva in passato, attraverso un'azione dei nemici della fede.

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] Cf. *EV* 29 (2013), nn. 562a-562ii e *Official Documents of the Holy See: Letter from the Congregation for the Clergy and Procedural Guidelines for the Modification of Parishes and the Closure, Relegation and Alienation of Churches*, in *The Jurist* 73 (2013), pp. 211-219.

Ritornando ai dati statistici, risulta che in Germania il numero di chiese ridotte a uso profano è molto elevato. Infatti, dall'anno 2000 fino al 6 ottobre 2017 sono state chiuse più di 500 chiese cattoliche. Va notato che due diocesi in Germania, cioè quelle di Görlitz e di Magdeburg, non hanno dato concrete informazioni al riguardo.

Dai dati ricevuti emerge, comunque, che di tutte le chiese chiuse in Germania, un terzo è stato demolito, gli altri due terzi, invece, sono stati venduti o destinati a un altro uso.

Le cifre non sono però uguali per tutte le diocesi.

Per esempio, nello spazio di tempo suindicato, nella diocesi di Mainz nessuna chiesa è stata chiusa o demolita, in alcune diocesi della Germania meridionale soltanto pochissime, mentre nella diocesi di Essen sono state chiuse 105 chiese, 52 ridotte a uso profano e 31 demolite, e infine in quella di Münster 55 chiese sono state ridotte a uso profano e 24 demolite[2].

Il descritto fenomeno, tuttavia, riguarda non soltanto la Germania, ma anche gli altri Paesi. Anche se non si conoscono i dati statistici mondiali, l'esame di provenienza dei ricorsi contenzioso-amministrativi, giunti negli anni 2013-2017 alla Segnatura Apostolica, permette di individuare i Paesi dove l'avvenimento *de quo* è molto rilevante.

Appare, sempre in relazione alla riduzione di chiese a uso profano, che nel 2013 sono giunti 5 ricorsi dagli Stati Uniti (USA), 1 dai Paesi Bassi e 1 dal Galles; nel 2014 si sono avuti 3 ricorsi sempre dagli Stati Uniti, 2 dai Paesi Bassi e 1 dal Belgio; nel 2015 tutti e 3 i ricorsi sono pervenuti dagli Stati Uniti; nel 2016 sono giunti soltanto

[2] Per quanto riguarda i dati statistici, cf.: Tobias GLENZ, *Kirchenabrisse: "Wir stehen erst am Anfang",* in *http://www.katholisch.de/aktuelles/aktuelle-artikel/kirchenabrisse-wir-stehen-erst-am-anfang.*

2 ricorsi, di cui uno dagli Stati Uniti, l'altro dall'Inghilterra; infine, nel 2017 sono pervenuti 4 ricorsi dal Canada e 3 dagli Stati Uniti[3].

Trovandoci di fronte a un numero alto, sempre crescente, di chiese chiuse, vengono in mente diverse domande di natura pastorale, teologica, giuridica, ecc.

In questo studio, a ogni modo, ci interessa l'aspetto giuridico che, per motivi metodologici, viene limitato, come è stato già detto sopra, soltanto ad alcune rilevanti questioni che la Chiesa di oggi deve affrontare.

4. Il concetto giuridico di chiesa

La nozione di chiesa viene riportata dal can. 1214, che recita: «Col nome di chiesa si intende un edificio sacro destinato al culto divino, ove i fedeli abbiano il diritto di entrare per esercitare soprattutto pubblicamente tale culto»[4]. Ci sono, quindi, tre condizioni giuridiche necessarie, che devono essere presenti sempre contemporaneamente, perché si abbia una chiesa:

a) l'edificio sacro,

b) la destinazione di esso al culto divino,

c) il diritto dei fedeli di entrarvi per esercitare soprattutto pubblicamente tale culto.

Se manca solo una di queste tre condizioni, canonicamente non si ha una chiesa. Si è piuttosto in presenza di un oratorio, o di una cappella privata o di un'altra struttura, che nel linguaggio comune la gente chiama *chiese*. Pertanto, va sottolineato che in questo contributo si sta precisamente trattando delle chiese, così come vengono definite dal diritto canonico.

---

[3] Cf. protocollo della Segnatura Apostolica.

[4] «Ecclesiae nomine intellegitur aedes sacra divino cultui destinata, ad quam fidelibus ius est adeundi ad divinum cultum praesertim publice exercendum».

4.1. L'edificio sacro

La voce *edificio* (*aedes*) non presenta delle difficoltà nell'interpretazione e indica, semplicemente, una costruzione architettonica destinata ad abitazione o ad altro uso pubblico o privato.

Va notato che l'edificio è una costruzione materiale, di carattere stabile, che è attaccata al suolo; pertanto, l'edificio non è una costruzione mobile, come per esempio una macchina che si muove per la strada, una nave che si trova sul mare o un aereo che vola[5].

Il Legislatore, col nome di chiesa, intende, peraltro, un edificio sacro. Nel can. 1214 non si tratta, quindi, di un semplice edificio, ma dell'edificio *sacro* (*sacer*).

In altri termini, non qualsiasi edificio può essere una chiesa, ma solo quello che è sacro.

Tuttavia, la nozione di sacro è molto ambigua e la sua interpretazione desta non poche perplessità nei cultori delle discipline ecclesiastiche, in generale, e nei canonisti, in particolare.

Va innanzitutto osservato che il termine *sacro* appare correlato a *profano* (*profanum*), il quale indica ciò che si trova davanti (*pro-*) al tempio (*fanum*), ossia fuori dall'ambito del sacro. Il sacro si manifesta, quindi, come qualcosa di diverso dal profano, si oppone al profano. Infatti, in una qualsiasi realtà ritenuta sacra si ha una certa rivelazione del divino, e ciò comunque non significa svalutare il profano.

Da quanto appena detto, appare evidente che l'edificio sacro appartiene al popolo di Dio, in mezzo al quale è presente il Signore. Le sue mura, le sue coperture, la sua pianta sono al servizio dell'assemblea; anzi, si può affermare che le sue mura fanno – e non solo materialmente – l'assemblea cristiana, perché la separano da ciò

---

[5] Cf. P. MALECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica. Studio sulle chiese-edifici*, Roma, 2002, p. 29.

che è profano. L'edificio sacro indica, perciò, una costruzione materiale, di carattere stabile, che è sacra, perché in essa si raduna nel nome del Signore il popolo fedele[6].

4.2. La destinazione al culto divino

Affinché un edifico sacro sia una chiesa, occorre che esso non sia destinato a qualsiasi culto, ma soltanto a quello divino che riconosca la superiorità di Dio e, perciò stesso, la dovuta accettazione della Sua volontà. Il cattolicesimo vede tale superiorità naturalmente in un unico, vero Dio, in tre persone uguali e distinte.

Il Codice non definisce il culto divino, ma, basandosi sull'insegnamento del Concilio Vaticano II, fa presente che «nella dimensione della sacra liturgia non si esaurisce tutta l'azione della Chiesa; però se questa dovesse mancare, la Chiesa non adempirebbe pienamente la sua missione che è quella di glorificare Dio e di santificare gli uomini (SC 9; can. 834, § 1)»[7].

Va inoltre precisato che nel caso specifico si tratta del culto divino cattolico, e non invece di qualsiasi culto divino cristiano o di un'altra religione.

Prescindendo da altre distinzioni, il culto divino può essere *pubblico* o *privato*.

Quello pubblico è stato definito nel can. 834, § 2, dal quale risulta che tale culto si ha quando si verificano cumulativamente tre condizioni: il culto viene offerto a nome della Chiesa, da persone legittimamente incaricate e mediante atti approvati dall'autorità della Chiesa.

---

[6] Cf. *ibid.*, pp. 29-35. Va notato che l'aggettivo *sacro* associato all'*edificio* si distingue da quello legato al termine *luogo*, di cui al can. 1205. Infatti, il sacro, di cui al can. 1214, indica un edificio che non è destinato alle attività profane o che non ha nulla a che fare con il mondo profano, ma, al contrario, dove si rivela il divino. Pertanto, il termine *sacro*, di cui al can. 1214, indica una generale e reale destinazione dell'edificio a qualsiasi tipo di attività estranea da quella profana, mentre il *sacro*, di cui al can. 1205, si riferisce alla realtà giuridica.

[7] L.H. ACEVEDO, *Culto (Cultus)*, in C. CORRAL SALVADOR, V. DE PAOLIS, G. GHIRLANDA (a cura di), *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, Cinisello Balsamo, 1993, p. 319.

Se manca solo una delle suddette condizioni, si ha culto privato. In altre parole, il culto privato è quello che l'uomo, in virtù del sacerdozio comune, rende a Dio, mediante atti non riservati dalla Chiesa per il culto pubblico[8].

4.3. Il diritto dei fedeli di entrare nell'edificio sacro per esercitare soprattutto pubblicamente il culto divino

Tale diritto spetta a tutti i fedeli, indistintamente, e distingue la chiesa (can. 1214) dall'oratorio (can. 1223) e dalla cappella privata (can. 1226). Infatti, l'elemento proprio e distintivo di questi edifici si riferisce ai fedeli che hanno il diritto di usarne.

Se detto diritto spetta a tutti i fedeli indistintamente, si ha una chiesa; se invece appartiene a una determinata comunità o un determinato gruppo di fedeli, si ha un oratorio; infine, se riguarda una o più persone fisiche determinate, o una famiglia, si ha una cappella privata.

In conclusione, per quanto riguarda le chiese, va messo in evidenza che i fedeli hanno il diritto di entrarvi sia per esercitare il culto pubblico che quello privato[9].

5. La riduzione di una chiesa a uso profano

Con la riduzione a uso profano, di cui al can. 1222, cessa giuridicamente una chiesa; in altri termini, un edificio di culto non è più chiesa, perché non è più destinato al culto divino. Giova a questo punto notare, come si vedrà anche più avanti, che è costante prassi della Segnatura Apostolica considerare la chiusura di fatto di una chiesa al culto divino (manca una decisione formale) come equivalente a una sua riduzione a uso profano.

Comunque sia, la riduzione di una chiesa a uso profano può avvenire con l'apposito decreto del Vescovo diocesano non soltanto quando una chiesa sia

---

[8] Cf. P. MALECHA, *Edifici di culto*…, cit., pp. 35-37.

[9] Per approfondire la questione in tema, cf.: E. LOHSE, *Restricting the right of the faithful to enter a church for divine worship: law and jurisprudence*, Tesi Gregoriana, Serie Diritto Canonico 104, Roma, 2016.

talmente in rovina che non possa essere né adibita né restituita al culto divino, ma anche per altre gravi ragioni. Infatti, il can. 1222 stabilisce al riguardo:

«§ 1. Se una chiesa non può in alcun modo essere adibita al culto divino, ne è possibile restaurarla, il Vescovo diocesano può ridurla a uso profano non indecoroso;

§ 2. Quando altre gravi ragioni suggeriscono che una chiesa non sia più adibita al culto divino, il Vescovo diocesano, udito il consiglio presbiterale, può ridurla a uso profano non indecoroso, con il consenso di quanti rivendicano legittimamente diritti su di essa e purché non ne patisca alcun danno il bene delle anime»[10].

Non vi è dubbio che la riduzione di una chiesa a uso profano sia di carattere giuridico e rappresenti un'eccezione al principio.

Prescindendo dalla fattispecie di cui al § 1 (essa non desta particolari difficoltà interpretative), la riduzione di una chiesa a uso profano non sordido può avvenire in presenza delle seguenti condizioni:

a) che ci siano gravi cause che suggeriscano la riduzione,

b) che sia ascoltato il consiglio presbiterale diocesano,

c) che venga ottenuto, se del caso, il consenso di coloro che vantano legittimi diritti sulla chiesa,

d) che la riduzione della chiesa non provochi un danno per il bene delle anime,

e) che la chiesa ridotta a uso profano sia destinata a uso non sordido,

---

[10] «§ 1. Si qua ecclesia nullo modo ad cultum divinum adhiberi queat et possibilitas non detur eam reficiendi, in usum profanum non sordidum ab Episcopo dioecesano redigi potest.

§ 2. Ubi aliae graves causae suadeant ut aliqua ecclesia ad divinum cultum amplius non adhibeatur, eam Episcopus dioecesanus, audito consilio presbiterali, in usum profanum non sordidum redigere potest, de consensu eorum qui iura in eadem sibi legitime vindicent, et dummodo animarum bonum nullum inde detrimentum capiat».

f) che il Vescovo diocesano, con decreto, decida la riduzione della chiesa a uso profano[11].

Tra queste condizioni, di maggior rilievo è quella riferita alle gravi cause.

Va notato che nella fattispecie, di cui al § 2, si richiede una grave causa, e non semplicemente una giusta causa, mentre in quella, di cui al § 1, si indica una causa gravissima.

6. Il concetto di gravi cause

Come emerge da quanto finora detto, c'è «una chiara preferenza della Chiesa per la conservazione delle chiese-edificio, a meno che una grave causa non consigli il contrario»[12]. Si tratta quindi soltanto di gravi cause che consiglino (*suadeant*) che una chiesa non sia più adibita al culto divino, non invece di cause che lo esigano.

A norma del prescritto del can. 1222, § 2, il giudizio in ordine alla riduzione di una chiesa a uso profano spetta al Vescovo diocesano. La sua discrezionalità in materia, tuttavia, è molto limitata, poiché solo gravi cause possono giustificarla. Pertanto, la retta interpretazione delle gravi cause è assai importante, affinché la decisione del Vescovo diocesano sia legittima. Purtroppo, la dottrina finora non ha offerto un grande aiuto al riguardo, perché essa stessa non è ben sviluppata.

Un valido sostegno si trova, invece, nelle già menzionate *Linee guida procedurali circa la modificazione delle parrocchie e la chiusura, riduzione e alienazione delle chiese*, emesse il 30 aprile 2013 dalla Congregazione per il Clero, nonché nella giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, che ha avuto modo di trattare nel corso degli ultimi anni non pochi ricorsi contro le decisioni concernenti la riduzione

---

[11] Cf. G.P. MONTINI, *La riduzione ad uso profano di una chiesa. Alcune applicazioni*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 29 (2016), p. 38.

[12] F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, in *Ius Ecclesiae*, 10 (1998), p. 126.

di chiese a uso profano. I principali elementi interpretativi di questa giurisprudenza ultimamente sono stati resi noti attraverso varie pubblicazioni[13].

Risulta che nel ponderare la gravità della causa «si dovrà ovviamente tener conto di tutte le circostanze del caso, come per es. della condizione materiale della chiesa, se cioè abbisogna di gravi riparazioni o meno; della necessità o utilità della chiesa per i fedeli affinché abbiano la reale facoltà di partecipare al culto divino; delle ricorse per riparare o conservare la chiesa»[14].

In altri termini, vengono considerate, per esempio, «in sé sole insufficienti le cause che si riferiscono al "fatto che una parrocchia venga soppressa e che la nuova parrocchia non abbia bisogno della chiesa della parrocchia soppressa"; al "fatto che ci sia un piano globale per il riordinamento delle strutture pastorali"; al "fatto che il consiglio presbiterale abbia dato un parere favorevole"; alla "volontà di favorire l'unità della nuova parrocchia"; alla "giusta promozione della celebrazione domenicale della S. Eucaristia nella chiesa parrocchiale della nuova parrocchia"»[15].

Vengono invece considerate sufficienti le cause in cui «"la condizione pericolante della chiesa era confermata dal giudice civile e il Vescovo non riteneva opportuno onerare i fedeli piuttosto poveri della comunità locale con le spese del restauro della chiesa, mentre a poca distanza c'era un'altra chiesa abbastanza grande per i fedeli della stessa lingua in buona condizione"; in cui si trattava di abbandonare un edificio (palestra) adibito solo in modo provvisorio al culto divino, mentre la nuova

---

[13] Al riguardo in particolare si vedano: C. BEGUS, *Adnotationes in Decreta*, in *Apollinaris*, 85/2 (2012), pp. 445-464 (per quanto concerne le sentenze e i decreti commentati, cf. *ibid.*, pp. 413-443); F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*…, cit., pp. 124-132; ID., *The Reduction of a Former Parish Church to Profane use in the Light of the Recent Jurisprudence of the Apostolic Signatura*, in AA.VV., *Quod iustum est et aequum. Scritti in onore del Cardinale Zenone Grocholewski per il cinquantesimo di sacerdozio*, Poznań 2013, pp. 165-169; G.P. MONTINI, *La cessazione degli edifici di culto*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 13 (2000), pp. 281-292; N. SCHÖCH, *Umnutzung von Kirchen. Kirchenrechtliche Überlegungen zu einem aktuellen Problem*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 173 (2004), pp. 42- 91; ID., *Relegation of Churches to Profane Use (c. 1222, § 2): Reasons and Procedure*, in *The Jurist,* 67 (2007), pp. 485-502.

[14] F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*…, cit., p. 127.

[15] G.P. MONTINI, *La cessazione degli edifici*…, cit., p. 288.

parrocchia disponeva di una chiesa abbastanza ampia e abbisognava della palestra per i giovani della parrocchia; in cui l'eventuale mancata riduzione a uso profano di una chiesa avrebbe potuto permettere a una associazione ecclesiastica parallela di occuparla; in cui vengano in campo questioni di carattere economico»[16].

Non vi è dubbio che in relazione al peso economico in ordine al mantenimento efficiente di una chiesa il giudizio sulla presenza o meno di gravi cause sia lasciato al Vescovo diocesano, perché egli – conoscendo le circostanze di luogo, di patrimonio e di persone –, è in grado di conoscere lo stato reale della causa. Da questo giudizio del Vescovo dipende la legittimità del decreto.

Va infine notato che le ragioni economiche che hanno determinato il Vescovo diocesano alla riduzione di una chiesa a uso profano devono essere attentamente ponderate, poiché altrimenti si rischierebbe una violazione della legge *in decernendo*; infatti, potrebbe mancare la verifica dell'oggettività della gravità delle cause[17].

7. Il bene delle anime

Le gravi cause, come si è detto sopra, possono consigliare la riduzione a uso profano di una chiesa, a meno che – va ora aggiunto – il bene delle anime non ne patisca un danno. Quest'ultima condizione, di cui al can. 1222, § 2, è senz'altro di grande rilievo, anche se nella prassi viene spesso poco trattata dai cultori del diritto canonico e tralasciata anche dall'autorità ecclesiastica.

In altri termini, si decide di ridurre una chiesa a uso profano, valutando solamente l'esistenza o meno delle gravi cause e omettendo, invece, la ponderazione riguardante il bene delle anime. La *mens Legislatoris* è sul punto, tuttavia, molto chiara: una chiesa può essere ridotta a uso profano se lo suggeriscano le gravi cause, purché non ne patisca danno la vita spirituale dei fedeli. Di conseguenza, così come avviene

---

[16] *Ibid.*, p. 288.
[17] Cf. *ibid.*, pp. 288-289.

con l'errore nella mancata o poco attenta ponderazione circa le gravi cause, anche la trascuratezza nell'esame del bene delle anime può causare una violazione della legge *in decernendo*.

8. L'uso non sordido

La chiesa, come richiede il prescritto del can. 1222, § 2, può essere ridotta soltanto a uso profano non sordido. Si tratta nel caso di una richiesta supplementare o di una clausola di salvaguardia, perché nel momento in cui viene emanato il decreto di riduzione di una chiesa a uso profano, di consueto, non è stabilita la destinazione finale della chiesa.

D'altronde, non è neanche previsto che nel decreto di riduzione sia indicata la destinazione finale della chiesa, e ciò vale sia per il Vescovo che riduce la chiesa sia per i fedeli che impugnano il decreto. Pertanto, la clausola *de qua* – come pare – non è una condizione *sine qua non* per la legittimità del decreto di riduzione.

Se, comunque, la destinazione finale della chiesa fosse indicata nel decreto di riduzione, si potrebbero impugnare entrambe le decisioni (riduzione e destinazione), perché il decreto è divisibile. L'autorità che verifica la legittimità potrebbe, quindi, esaminare e decidere della legittimità sia della riduzione della chiesa che della sua destinazione finale[18].

Non vi è dubbio che i fedeli siano di solito molto attenti e sensibili alla definitiva destinazione della chiesa. La richiesta – anche se secondaria – che la chiesa ridotta a uso profano sia destinata a uso non sordido è, infatti, di grande rilevanza. In sostanza, è il sentimento religioso a essere tutelato.

---

[18] Cf. G.P. MONTINI, *La riduzione ad uso profano*…, cit., pp. 53-54.

Viceversa, l'uso non sordido o non indecoroso è quello che non è contrario alla moralità pubblica[19].

In altri termini, l'uso non sordido corrisponde alla dignità di immobili già chiese e poi ridotti a uso profano. La destinazione finale non sordida «intende quindi evitare quelle trasformazioni palesemente stridenti con il precedente utilizzo religioso che possono darsi quando l'edificio di culto dismesso diviene, per esempio, officina, ristorante, pub o night club, casi in cui l'offesa del sentimento religioso dei fedeli diventa ancora più marcata se l'originaria destinazione al culto dell'edificio è immediatamente riconoscibile nella sua struttura architettonica»[20].

Alla luce di quanto detto, l'uso compatibile di una ex chiesa può essere quello culturale, come per esempio il divenire essa sede per biblioteche, archivi, musei e attività artistiche.

Infine, in relazione all'uso non sordido, si pone il problema di come trattare gli altari, fissi e mobili, che, dopo la riduzione della chiesa a uso profano, a norma del can. 1238, § 2, non perdono la loro dedicazione al culto o la benedizione anche se l'edificio sacro in cui si trovano non dovesse avere più tale destinazione. Quest'ultimo aspetto, però, non costituisce oggetto del presente contributo. Viene qui richiamato, infatti, solo a titolo di completamento dell'argomento affrontato in questa sede.

9. Le garanzie per l'uso non sordido

Per salvaguardare l'uso non sordido di chiese ridotte a uso profano, è necessario riferirsi al diritto civile, in ordine alla destinazione dell'ex edificio di culto da parte dell'acquirente e dei successivi aventi causa. A tal fine è obbligatorio inserire nel negozio traslativo della proprietà di chiese dismesse alcune clausole a garanzia dell'uso non sordido; si tratta di un'obbligazione avente a oggetto l'impegno all'uso

---

[19] Cf. F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie*…, cit., p. 130.

[20] C. AZZIMONTI, *Garanzie per l'utilizzo non indecoroso di chiese dismesse*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 29 (2016), p. 60.

non sordido condizionato (se la destinazione dell'edificio fosse modificata, il contratto diventerebbe nullo) o quello sanzionato, per esempio, con una penale[21]. L'efficacia di questi strumenti giuridici è però piena solo in relazione al primo acquirente, difficilmente a quelli successivi. Infatti, sul piano civilistico, in rapporto ai successivi passaggi di proprietà, non esistono strumenti giuridici sicuri e pienamente idonei a difesa dell'uso non indecoroso di ex chiese.

Comunque sia, è importante sforzarsi per collaborare – laddove è possibile – con le autorità civili, affinché le nuove o diverse destinazioni e relative modalità di riutilizzo risultino tali da non far smarrire il significato primario della chiesa. Pertanto, gli interventi legislativi dovrebbero prevedere un uso della chiesa nel tempo coerente con la struttura architettonica.

10. Alcuni esempi dell'interpretazione di *gravi cause* da parte della Segnatura Apostolica

I casi concreti e le loro soluzioni da parte dell'autorità ecclesiastica costituiscono spesso nuove sfide per la Chiesa stessa e, in modo particolare, per la giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Infatti, nelle dinamiche evolutive delle strutture urbanistiche e territoriali, connesse alle profonde trasformazioni della società moderna, va assumendo particolare rilevanza, come si è già accennato, la retta interpretazione di gravi cause che giustifichino la riduzione di chiese a uso profano. Pertanto, al fine di illustrare alcune tendenze odierne in merito alla dismissione di chiese e valutare la legittimità delle soluzioni giuridiche adottate, si presenta ora la questione di cui in parola alla luce della più recente giurisprudenza della Segnatura Apostolica.

10.1. La soppressione di parrocchie in vista della riduzione di chiese a uso profano

[21] Cf., *ibid.*, p. 62.

Non vi è dubbio che i processi canonici riguardanti la modifica di parrocchie e la riduzione a uso profano di chiese siano separati e distinti. Infatti, ogni processo ha la propria procedura, che va seguita con attenzione e correttezza.

Va ribadito che, nel valutare se ricorra o meno la *giusta causa* nel caso di una proposta soppressione di parrocchia (cf. can. 515, § 2) o la prescritta *grave causa* nell'ipotesi di riduzione di chiese (cf. can. 1222, § 2) nonostante gli errori procedurali che talvolta si verificano nella prassi, ogni caso deve essere considerato separatamente[22].

Tuttavia, succede di tanto in tanto che – per evitare dei problemi procedurali – vengono soppresse, attraverso l'unione estintiva, parrocchie in vista della riduzione della chiesa a uso profano.

In altre parole, il Vescovo diocesano prima sopprime le parrocchie, cambiando in pari tempo lo *status* delle chiese ex-parrocchiali che diventano sussidiarie, e soltanto più tardi riduce le chiese sussidiarie a uso profano, ritenendo che esse siano abbandonate e, di conseguenza, versino in cattive condizioni materiali e strutturali. Per la Segnatura Apostolica questi due atti costituiscono un unico atto amministrativo; perciò, la riduzione di chiese a uso profano è avvenuta in modo illegittimo.

Ogni parrocchia può avere solo un centro, cioè solo una chiesa parrocchiale. Non si ravvisa quindi nulla di strano se nel caso di specie le chiese ex-parrocchiali siano state degradate a sussidiarie.

La scelta della chiesa parrocchiale appartiene, invece, alla discrezionalità del Vescovo diocesano ed essa non può costituire oggetto di impugnazione.

Va tuttavia osservato che nulla vieta che le chiese ex-parrocchiali diventino con-parrocchiali, come avviene nel caso di chiese cattedrali e con-cattedrali. Tale

---

[22] Cf. CONGREGAZIONE PER IL CLERO, *Linee guida per la modifica di parrocchie e la chiusura e l'alienazione di chiese*, in *EV* 29 (2013), pp. 378-383, nn. 562a-562e (cf. nota n. 1).

soluzione è volta a difendere senz'altro le chiese ex-parrocchiali, perché in esse vanno mantenute le ordinarie funzioni liturgiche. La Segnatura Apostolica, attraverso la propria giurisprudenza che si fonda su diversi precedenti in materia, cerca di prevenire simili situazioni.

In una causa[23], ad esempio, affrontata dal Supremo Tribunale, sono state soppresse – per mezzo dell'istituto giuridico dell'unione estintiva – due parrocchie territoriali (A e B) e una personale (C), assorbite tutte da un'altra parrocchia territoriale (D).

Due chiese ex-parrocchiali (B e C), con distinto decreto e altra autonoma procedura, sono state ridotte a uso profano. È rimasta quindi solo una chiesa (A) come sussidiaria.

La Segnatura Apostolica, esaminando il ricorso in relazione alla soppressione delle predette parrocchie, per prevenire l'eventuale dismissione nel tempo dell'unica chiesa ex-parrocchiale rimasta, ha deciso non solo circa la soppressione, ma anche sulla tutela della chiesa diventata sussidiaria. Al riguardo, il Supremo Tribunale ha stabilito che quest'ultima deve restare aperta al culto divino in quanto non ridotta a uso profano, che il parroco della parrocchia (D) deve aver cura della pulizia e del decoro (cf. cann. 1220 e 562), nonché, in qualità di amministratore dei beni (cf. cann. 532 e 1279, § 1) e sotto la vigilanza del Vescovo diocesano (cf. can. 1276), deve provvedere alla conservazione dell'edificio sacro e alla vigilanza a che i beni mobili non vadano né distrutti né danneggiati, e, infine, se lo reputa opportuno, deve stipulare contratti di assicurazione (cf. can. 1284, § 2, n. 1).

In casi analoghi[24], la Segnatura Apostolica ha indicato anche gli ulteriori compiti del parroco nella cura di provvedere a dotare la chiesa di un parcheggio, ricordando al contempo che i fedeli, a norma del can. 212, § 2, hanno il diritto di

[23] Cf. prot. n. 48760/14 CA.
[24] Cf. prot. nn. 47343/12 CA e 47366/12 CA.

manifestare ai Pastori della Chiesa le proprie necessità e che l'Ordinario ha il diritto d'intervenire in caso di negligenza dell'amministratore (cf. can. 1279, § 1).

Qualora invece la chiesa, a causa di negligenza o di cattiva amministrazione dei beni, andasse in rovina – come mette in evidenza il Supremo Tribunale –, tale stato dell'edificio non costituirebbe una grave causa ai fini della riduzione della chiesa a uso profano.

10.2. La riduzione di una chiesa a oratorio

La riduzione di una chiesa a uso profano, come si è visto, richiede gravi cause, mentre esse non sono richieste per la sua riduzione a oratorio e, successivamente, dell'oratorio a uso profano.

Talvolta accade che le chiese, a causa della mancanza di gravi cause e onde evitare la richiesta procedura, vengano prima trasformate in oratorio, e poi quest'ultimo venga ridotto a uso profano, nel senso che la riduzione della chiesa a uso profano avviene in due tempi distinti.

La dequalificazione di una chiesa a oratorio, in sé, non è considerata come riduzione a uso profano, a meno che la trasformazione sia avvenuta in vista della riduzione a tale fine. Così, come nel caso appena descritto, si giunge alla riduzione di una chiesa a uso profano con due atti.

Il primo consiste nella trasformazione di una chiesa in oratorio; il secondo nella conversione di un oratorio a uso profano. Ciò consente di evitare la procedura codiciale prescritta al riguardo, nonché rischia di far sorgere un abuso in *fraudem legis*. Tale abuso si ha qualora la riduzione di una chiesa a uso profano avvenga in due tempi distinti, ossia con due atti che richiedono entrambi una giusta causa, al contrario della riduzione di una chiesa a uso profano, la quale richiede una causa grave oltre ad altri

adempimenti[25]. Va messo in evidenza che per la Segnatura Apostolica questi due atti, analogamente a quanto detto in relazione alla soppressione delle parrocchie in vista della riduzione di una chiesa a uso profano, costituiscono un unico atto amministrativo[26]. Ciò vuol dire che la Segnatura Apostolica, trovandosi di fronte a un ricorso avente per oggetto il passaggio a uso profano di un oratorio precedentemente chiesa, richiederà l'applicazione del prescritto del can. 1222, § 2.

10.3. La chiusura di fatto di una chiesa

Non di rado le chiese vengono chiuse di fatto, ossia senza il decreto della competente autorità ecclesiastica.

La chiesa viene semplicemente chiusa, non vengono più celebrate in essa le funzioni religiose e i fedeli non possono più entrarvi.

Dopo qualche tempo, nasce la domanda su quale sia il significato di una chiusura di fatto.

Spesso «si tratta di una via ostruzionistica, sia perché gli interessati non comprendono subito e chiaramente la decisione e i suoi contorni, sia perché a volte avvertono la mancanza di un punto di partenza per contrastare formalmente la decisione espressa nei fatti»[27].

La mancanza di un atto amministrativo è un problema molto grave in cui si manifesta la disparità fra autorità e fedele. Tale mancanza ovviamente può creare difficoltà notevoli. Pertanto la Segnatura Apostolica, al fine di garantire la giustizia, ha elaborato attraverso la sua costante giurisprudenza il principio fondamentale, secondo

---

[25] Cf. G.P. MONTINI, *La riduzione ad uso profano*…, cit., pp. 43-44.

[26] Nel decreto della Segnatura Apostolica dell'8 novembre 2011 si dichiara al riguardo: «reductio ecclesiae prius in oratorium ac dein in usum profanum iure praesumitur unum constituere actum administrativum» (prot. n. 44426/10 CA, p. 2).

[27] G.P. MONTINI, *La riduzione ad uso profano*…, cit., p. 49.

il quale *la chiusura di fatto di una chiesa equivale alla sua riduzione a uso profano*[28]. Infatti, questo principio è di grande rilievo per i fedeli, perché li facilita nella difesa dei propri diritti, qualora si tratti di una chiusura di una chiesa a tempo indeterminato[29], cioè allorché non si preveda nel tempo la sua riapertura al culto divino. A questo punto va ribadito che la riduzione di una chiesa a uso profano è sempre interpretata come qualsiasi cessazione della sua destinazione al culto divino, cioè là dove cessa il culto divino cessa anche la disponibilità dell'edificio di culto per la Chiesa cattolica.

C'è ancora un'altra ragione per cui l'equiparazione della chiusura di fatto della chiesa alla riduzione a uso profano è finalizzata alla difesa dell'edificio di culto. Essa permette, infatti, non solo di evitare abusi da parte dell'autorità ecclesiastica al riguardo, ma anche di fermare un degrado della struttura materiale dell'edificio. Precisamente, con la chiusura della chiesa si potrebbe lentamente creare una situazione deteriore dell'edificio, al punto da legittimare – col passare del tempo – il Vescovo diocesano a ridurre la chiesa a uso profano con un atto formale, a norma del can. 1222, § 1 (la chiesa non può in alcun modo essere adibita al culto divino, ne è possibile restaurarla) o in forza del can. 1222, § 2 (le c.d. gravi cause).

A volte accade che la chiesa di per sé non venga chiusa o ridotta a uso profano, ma di fatto venga utilizzata pochissimo. Ciò si realizza di solito nelle chiese sussidiarie che, allo scopo di evitare delle lamentele da parte dei fedeli, rimangono aperte per esempio due o tre volte all'anno per celebrare la festa del Santo Patrono e/o di un'altra solenne ricorrenza, oppure per officiare di tanto in tanto delle esequie o dei matrimoni. Atteso che la Segnatura Apostolica riconosce la discrezionalità dell'autorità ecclesiastica, come nel caso dell'organizzazione del culto nelle chiese

---

[28] «Iurisprudentia H.S.T. clausuram definitivam ecclesiae eiusdem reductioni in usum profanum semper aequiparat», decreto del Congresso della Segnatura Apostolica del 21 ottobre 2011, p. 3, prot. n. 45232/11 CA.

[29] «Clausura ecclesiae ad tempus indeterminatum, iuxta constantem H.S.T. iurisprudentiam eius reductioni ad usum profanum aequiparatur, si eius reaperitio ad cultum divinum non praevidetur», decreto del Congresso della Segnatura Apostolica del 20 gennaio 2012, p. 1, prot. n. 45242/11 CA.

sussidiarie, e che essa è competente a esaminare della legittimità o meno delle decisioni di detta autorità, è investita quindi dei «ricorsi dei fedeli che lamentano una quasi totale chiusura della chiesa non resta che constatare la mancanza di violazione della legge nell'uso esiguo e limitato della chiesa e rimandare alla discrezione dell'autorità ecclesiastica competente»[30].

Comunque sia, la chiesa viene salvata da un'alienazione e da un eventuale riutilizzo improprio o da una sua distruzione.

10.4. Il fittizio mantenimento della destinazione al culto divino

Una fattispecie a prima vista simile, ma in realtà totalmente diversa, si ha in un altro caso. Infatti, in una causa giunta alla Segnatura Apostolica[31] il Vescovo diocesano ha soppresso una parrocchia e ha ridotto la sua chiesa parrocchiale a uso profano allo scopo di venderla.

Tuttavia, a causa delle lamentele dei fedeli, ha revocato il decreto di riduzione della chiesa a uso profano, trovando in pari tempo un altro modo per venderla.

Effettivamente, il Vescovo ha stipulato un contratto provvisorio condizionato con un'Accademia di Musica, in forza del quale la proprietà della chiesa passava a questo ente, con una clausola che, nell'edificio appartenente ora all'Accademia di Musica solo occasionalmente, ossia pochissime volte all'anno, sarebbe stata celebrata la S. Messa. Così la chiesa sarebbe stata alienata senza la sua riduzione a uso profano. Ma questo modo di agire del Vescovo avrebbe consentito di evitare la procedura codiciale prescritta al riguardo, e avrebbe fatto sorgere un abuso in *fraudem legis*. Pertanto, la Segnatura Apostolica, esaminando inizialmente solo la questione della soppressione della parrocchia, in poco tempo si accorse che la revoca del decreto di riduzione della chiesa a uso profano e poi la sua alienazione condizionata non erano

---

[30] G.P. MONTINI, *La riduzione ad uso profano*…, cit., p. 51.
[31] Cf. prot. n. 52630/17 CA.

giuridicamente fondate, perché la chiesa non era più adibita al culto divino. Per questa ragione la causa, nel Congresso del 19 dicembre 2017, è stata ammessa alla discettazione davanti al Collegio dei Giudici. Dopo la concordanza del dubbio del 16 gennaio 2018, il Vescovo, rendendosi conto della probabile violazione della legge, ha effettuato il recesso dal contratto provvisorio che non si è quindi più perfezionato. La causa sulla riduzione della chiesa a uso profano è stata, di conseguenza, dichiarata finita.

10.5. La riduzione di una o di più chiese a uso profano alla scopo di acquisire fondi per la costruzione di una nuova chiesa

In una causa recentissima[32] il Vescovo diocesano ha ridotto tre chiese a uso profano al fine di acquisire fondi per costruire una nuova chiesa.

Si tratta di una chiesa moderna che, a giudizio del Vescovo, dovrebbe corrispondere alle esigenze del mondo odierno. Questa chiesa è infatti pensata come una multisala destinata non soltanto al culto divino, ma anche alle varie feste parrocchiali, agli spettacoli teatrali, cinematografici o musicali, ecc.

Ma la decisione del Vescovo è stata impugnata dai fedeli. La questione in parola ora dovrà essere affrontata dal Collegio dei Giudici, i quali giudicheranno sul caso che non è mai stato finora elaborato dalla giurisprudenza della Segnatura Apostolica. La fattispecie è quindi nuova per il Supremo Tribunale, il quale dovrà esprimersi sull'esistenza o meno di gravi cause nel caso, ossia se le ragioni che hanno spinto il Vescovo a ridurre tre chiese a uso profano costituiscano gravi cause.

Si tratterà esattamente di indagare e soffermarsi, da un lato, sul raffronto tra la priorità degli investimenti della parrocchia e la volontà del Legislatore, consistente

[32] Cf. prot. n. 52891/17 CA.

nella conservazione di tre chiese, e, dall'altro lato, sulla ricorrenza o meno nella fattispecie del criterio di proporzionalità.

10.6. La destinazione di una chiesa al culto divino non cattolico

Va messo in evidenza il caso in cui la chiesa-edificio passi in mano a una Chiesa cristiana non cattolica (ortodossa o evangelica) o a un'altra religione (islam, buddismo, ecc.).

Si noti che nell'archivio della Segnatura Apostolica si trova un ricorso gerarchico del 28 novembre 2010, attraverso il quale è stata impugnata la decisione del Vescovo diocesano, che aveva donato la chiesa parrocchiale cattolica alla comunità ortodossa serba non cattolica[33].

Nonostante che il ricorso fosse stato trasmesso per competenza alla Congregazione per il Clero e la causa non fosse stata poi proseguita presso il Supremo Tribunale, vale la pena soffermarci sulla questione in oggetto, perché essa è molto rilevante.

Nella fattispecie descritta, con la decisione del Vescovo diocesano cessa il culto divino cattolico, ossia la disponibilità della chiesa-edificio per la Chiesa cattolica[34].

Canonicamente parlando non si ha più una chiesa, di cui al can. 1214. In altre parole, la medesima chiesa è stata ridotta a uso profano non sordido.

Lo stesso però non avviene qualora la chiesa diventi di proprietà di una Chiesa cattolica orientale, perché in questo caso non cessa la destinazione al culto divino cattolico.

10.7. Casi vari

---

[33] Cf. prot. n. 44776/10 VAR. Vedi anche prot. n. 46165/11 CA.
[34] Cf. G.P. MONTINI, *La riduzione ad uso profano*…, cit., p. 43.

Oltre ai casi descritti ci sono anche altre modalità attraverso le quali la chiesa viene destinata a uso profano.

Si pensi, per esempio, alla riduzione parziale di una chiesa a uso profano o alla perdita della sua dedicazione o benedizione.

Nella prima fattispecie il Vescovo decide di ridurre a uso profano solo una parte della chiesa, in modo tale che essa non venga più usata come luogo di celebrazione, di meditazione o di confessione, debba essere separata con un divisorio in muratura dai luoghi destinati al culto divino, e che venga usata – ad esempio – come sala parrocchiale.

A volte la chiesa viene anche ridotta parzialmente in chiesa *cimiteriale*, cioè in quella dove sono effettuate sistematicamente sepolture, dove vengono di solito deposte urne cinerarie (si tratta del c.d. *colombario*). Poiché in tali chiese ordinariamente continua a essere celebrata la liturgia, è difficile parlare della riduzione parziale in uso profano[35].

Nella seconda fattispecie, invece, il Vescovo, a causa della mancanza di gravi cause e onde evitare la richiesta procedura o addirittura per l'ignoranza della legge, con il rito liturgico fa perdere la dedicazione o la benedizione di una chiesa e la destina in seguito a uso profano, in quanto luogo che non è più sacro (cf. can. 1205).

Ma la riduzione di una chiesa a uso profano e la perdita della dedicazione/benedizione sono due istituti diversi.

---

[35] Cf. P. MALECHA, *Riduzione di una chiesa in uso profano non sordido (can. 1222) e perdita della dedicazione (can. 1212). Distinzioni e analogie* (l'articolo sarà pubblicato prossimamente nel libro che verrà edito in onore del Card. De Paolis). Sulle chiese cimiteriali, cf.: T. SCHÜLLER, *Die Umnutzung von Pfarreien zu Grabeskirchen. Kirchenrechtliche Aspekte*, in C. LEONHARD e T. SCHÜLLER (a cura di), *Tot in die Kirche?*, pp. 261-278, Regensburg, 2012.

La perdita della dedicazione/benedizione presenta carattere liturgico, mentre la riduzione a uso profano carattere giuridico; il primo istituto è un provvedimento *dichiarativo*, il secondo ha natura *costitutiva*.

Va anche messo in evidenza come la perdita della dedicazione/benedizione faccia parte della normativa generale, perché riguarda tutti i luoghi sacri, al contrario della riduzione a uso profano, che appartiene alla normativa speciale, in quanto attinente esclusivamente alle chiese[36].

Comunque sia, si tratta delle modalità di destinazione (riduzione) di chiese-edificio a uso profano ancora rare, ma che potrebbero avere sviluppi interessanti in futuro, sia nella prassi sia nella giurisprudenza della Segnatura Apostolica.

11. Conclusioni

Dopo aver cercato di presentare, per sommi capi, la questione sulla riduzione di una chiesa a uso profano non sordido alla luce della normativa canonica vigente e delle sfide della Chiesa di oggi, emerge una chiara preferenza del Legislatore per la conservazione delle chiese-edificio, a meno che una grave causa non consigli il contrario. Pertanto, la Chiesa odierna s'impegna, con la dovuta attenzione, a tutelare gli edifici di culto, a individuare gravi cause in forza delle quali una chiesa non sia più adibita al culto divino, nonché a salvaguardare l'uso non sordido di chiese ridotte a uso profano. Al riguardo, la Chiesa cerca inoltre di sforzarsi a collaborare – laddove possibile – con le autorità civili, affinché le nuove o diverse destinazioni e relative modalità di riutilizzo di immobili già chiese e poi ridotti a uso profano risultino tali da non far smarrire il significato primario della chiesa. Nonostante ciò, l'efficacia di questi strumenti giuridici non sempre risulta sufficiente.

In relazione a quanto detto è, quindi, da tener presente un altro elemento che, anche se non giuridico, appare di grande rilievo. Si tratta della fede del popolo di Dio.

---

[36] Cf. P. MALECHA, *Riduzione di una chiesa*…, cit.

Infatti, finché c'è la fede, il popolo avrà bisogno di chiese-edificio. In conclusione, si può affermare senza ombra di dubbio che il modo migliore per difendere le chiese-edificio nel mondo odierno sia rappresentato dall'incessante sforzo volto a conservare e promuovere la fede.

Key words: Church, profane use, reduction, sordide use

Abstract: according to the norm of c. 1222 (§1) if a church cannot be used in any way for divine worship and there is no possibility of repairing it, the diocesan bishop can relegate it to profane but not sordid use. Moreover, (§2), where other grave causes suggest that a church no longer be used for divine worship, the diocesan bishop, after having heard the presbyteral council, can relegate it to profane but not sordid use, with the consent of those who legitimately claim rights for themselves in the church and provided that the good of souls suffers no detriment thereby. The detriment mentioned in the canon appears to be especially harm that will arise from the very fact that the Church will no longer be used for divine worship. The Author analyzes the concept of Church under canonical law and describes which are the "grave causes" for the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura.