



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca in Diritto, Mercato e Persona
Ciclo XIX
Anno di discussione 2017**

Alle radici della proprietà. L'interazione tra diritto e religione.

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA:
IUS/08**

**Tesi di Dottorato della Dott.ssa FABIANA DAL CIN
matricola 956061**

**Coordinatore del Dottorato: Prof. ssa Carmelita Camardi
Tutore del Dottorando Prof. Andrea Pin
Co-tutore del Dottorando: Prof. Giuliano Brugnotto**

Esame finale anno accademico 2015-2016

INDICE

INTRODUZIONE

1. Diritto e religione: uno studio interdisciplinare.....	5
2. Le diverse forme di interazione.....	11
3. Diritto e religione: quattro tappe storiche fondamentali nella trasformazione della tradizione giuridica occidentale.....	14
4. Il diritto di proprietà. L'evoluzione del concetto nella dottrina sociale della Chiesa.....	18
5. Il diritto di proprietà nella Carta Costituzionale.....	21

CAPITOLO 1

DIRITTO E RELIGIONE: INTERAZIONE TRA DIRITTO E RELIGIONE NELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE.

1. Diritto e religione nell'Impero Romano.....	24
2. Diritto e religione nel diritto canonico delle origini.....	35
3. Diritto e religione nel medioevo: la riforma papale.....	41
4. La nascita dei sistemi giuridici moderni: la codificazione del diritto canonico quale primo sistema giuridico occidentale moderno (<i>Decretum Gratiani e Corpus iuris canonici</i>).....	48
5. Diritto e religione: la Riforma protestante.....	53
5.1 Cenni storici.....	55
5.2 La riforma religiosa e i cambiamenti giuridici.....	57
6. Diritto e religione dall'illuminismo all'età moderna. Cenni storici.....	60
6.1 Illuminismo e religione.....	61
6.2. Il rapporto tra diritto e religione nell'età dei lumi: lo sviluppo della dottrina sociale della chiesa come articolata nelle encicliche sociali.....	63
7. Il ruolo del pensiero cattolico nel diritto e nella politica in Italia.....	65
7.1 L'influenza della religione nella politica italiana.....	67
8. Conclusioni.....	72

CAPITOLO 2

IL DIRITTO DI PROPRIETA' NELLE FONTI CANONISTICHE E NELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA CATTOLICA.

1. Introduzione.....	76
2. Dal nuovo Testamento ai padri apostolici.....	78
3. La proprietà nel pensiero dei Padri della chiesa. San Giovanni Crisostomo.....	82
3.1 La dottrina di sant' Ambrogio	85
3.2. La dottrina di san Agostino	87
4. La proprietà nel pensiero di san Tommaso.....	90
5. Sintesi	94
6. Luigi Taparelli d'Azeglio tra pensiero classico e moderno	96
7. Le encicliche sociali dei papi sul tema della proprietà. Introduzione	98
7.1 La <i>Rerum Novarum</i>	101
7.2 Le encicliche successive.....	105
7.3 Il dialogo tra dottrina sociale della chiesa e Costituzione: gli echi del Codice di Camaldoli nel dibattito in Assemblea Costituente	110
8. Conclusioni.	116

CAPITOLO 3

PROPRIETA' E COSTITUZIONE

1. Introduzione	119
2. Cenni sull'evoluzione storica del diritto di proprietà nel diritto positivo	121
3. La proprietà nel dibattito interno all'Assemblea Costituente. Il compromesso costituzionale	126
3.1. I lavori preparatori in seno alla I Sottocommissione	129
3.2. I lavori preparatori all'interno della III Sottocommissione. Il dibattito sul modello proprietario.....	131
3.3. Dai lavori preparatori all'interno della III Sottocommissione alla formulazione dell'art. 42 Cost.	133
4. Proprietà e riserva di legge	136
5. Proprietà privata e funzione sociale. Un'introduzione.....	138

5.1 La funzione sociale della proprietà privata nello sviluppo dello Stato Sociale. Cenni storici.....	139
5.2 Il dibattito attuale sulla funzione sociale	141
5.3 Funzione sociale della proprietà privata e il dato positivo	146
5.4 Funzione sociale della proprietà privata nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente.....	150
5.5 Funzione sociale della proprietà privata: tentativi definitivi	155
5.6 Le nuove frontiere della funzione sociale della proprietà privata	158
6. L'accessibilità a tutti del diritto di proprietà. Il diritto "alla" proprietà.....	161
7. Proprietà pubblica: i lavori preparatori all'Assemblea Costituente.....	164

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

«*Law without (what I call) religion degenerates into a mechanical legalism. Religion without (what I call) law loses its social effectiveness... it is a dialectical synthesis, a synthesis of opposites*» - Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion*¹.

Sommario: 1. Diritto e religione: uno studio interdisciplinare - 2. Le diverse forme di interazione - 3. Diritto e religione: quattro tappe storiche fondamentali nella trasformazione della tradizione giuridica occidentale - 4. Il diritto di proprietà. L'evoluzione del concetto nella dottrina sociale della Chiesa – 5. La proprietà nella Carta Costituzionale.

1. Diritto e religione: uno studio interdisciplinare.

Tra le numerose sfide che le società giuridiche moderne sono chiamate ad affrontare, una delle più complesse ma allo stesso tempo stimolanti e ricche di suggestioni riguarda l'interazione della religione con il diritto².

Tale sforzo di dialogo letto attraverso le lenti del giurista tradizionale sembra racchiudere in sé un'autentica "missione impossibile"³; esso impone allo studioso del diritto non soltanto di varcare i confini della dimensione propriamente giuridico-normativa – o, se si vuole, della sfera giuridico-formale – entro i quali è

¹ Come si legge in BERMAN H.J., *The Interaction of Law and Religion*, Nashville-New York, 1974.

² Per far capire l'importanza del tema in esame si segnala: WITTE J. Jr., *Dopo la stagione dell'isolamento dritto e religione tornano alleati*, in: <http://www.oasiscenter.eu/it/articoli/religioni-e-spazio-pubblico/2010/12/01/dopo-la-stagione-dell-isolamento-diritto-e-religione-tornano-alleati>, il quale afferma che: «in anni recenti, in Europa e anche negli Stati Uniti si è aperto uno studio delle fonti e delle dimensioni religiose del diritto. Ad esempio, l'associazione delle facoltà americane di giurisprudenza ha una sezione composta da soggetti specialisti in diritto e religione e una sezione di specialisti in diritto ebraico e diritto cristiano. L'*index* dei periodici di discipline giuridiche ha recentemente aggiunto la religione tra i temi sotto i quali gli articoli vengono classificati; gli ordini degli avvocati ricevono regolarmente periodici come il *Journal of Law and Religion* e il *Journal of Church and State*, vi è una lista crescente di monografie, manuali su diritto e religione. Quasi tutte le facoltà di giurisprudenza hanno ora almeno un corso base sulla libertà religiosa e le relazioni Stato-Chiesa. Le stesse facoltà tengono sempre in debita considerazione il contributo delle religioni negli studi di etica giuridica, storia giuridica, giurisprudenza, diritto e letteratura, antropologia giuridica, diritto comparato, diritto dell'ambiente, diritto familiare, diritti umani e altri corsi fondamentali. Diverse Facoltà stanno organizzando programmi interdisciplinari in diritto e religione. In questo modo la religione ha acquistato la stessa "dignità" di altre discipline come l'economia, la filosofia, la letteratura, la storia».

³ FISH S., *Mission Impossible: Settling the just bounds between church and state*, in *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 8, 1997, pp. 2255- 2333.

solito svolgere le proprie analisi, ma anche di sottoporre ad osservazione fenomeni come la religione, tentando di porre in relazione quest'ultima con il sistema giuridico, connettendo così il piano normativo a quello fattuale⁴.

Come vedremo nel primo capitolo, il rapporto tra questi due poli si declina in molteplici sfaccettature che la dottrina giuridica - nazionale ed estera- ha analizzato e scandagliato con metodi e letture diversi⁵.

Affrontando questo tema, John Witte Jr. scrive: «Di fatto, oggi è diventato più chiaro di quanto non fosse nei secoli precedenti che la religione e il diritto sono

⁴ Così in LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 29.

⁵ Qualsiasi pretesa di esaustività nell'elencare autori ed opere dedicate al rapporto tra religione e diritto sarebbe fallace in partenza. Per avere comunque una panoramica ampia e autorevole si veda tra gli studiosi italiani: FERRARI S., *Routledge Handbook of Law and Religion*, New York, 2015; VIOLINI L., *Temi e problemi di diritto pubblico comparato*, Santarcangelo di Romagna, 2014; CONSORTI P., *Law and Religion*, Roma-Bari, 2014; FERRARI S., *Diritto e Religione nella Storia d'Europa. Premesse storiche allo studio del diritto canonico*, Torino, 2012; MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, in materia di libertà religiosa*, Bologna, 2012; MUSELLI L., *Diritto e religione in Italia ed in Europa, dai concordati alla problematica islamica*, Torino, 2011; FERRARI S.-RINALDO C., *Law and Religion in the 21st Century*, Burlington, 2010; DIENI E.-ALBISETTI A.-CASUCCELLI G., *Diritto & Religione Vs. nuovi paradigmi. Sondaggi per una teoria post classica del diritto ecclesiastico civile*, Milano, 2008; VENTURA M., *Law and Religion in Italy*, The Netherlands, 2013; ZAMAGNI S., *L'Economia del bene comune*, Roma, 2007; BARBERA A., *Il cammino della laicità*, in CANESTRARI S., *Laicità e il diritto*, Bologna 2007, pp. 33 ss.; DALLA TORRE G., *Chiesa e Stato nel Sessantesimo della Costituzione*, in D'AGOSTINO F., *Valori Costituzionali. Per i Sessanta anni della Costituzione Italiana*, 2010. Tra gli studiosi esteri, si veda: CRANMER F.-HILL M.-KENNY C.-SANDBERG R., *The Confluence of Law and Religion. Interdisciplinary Reflections on Work of Norman Doe*, Cambridge, 2016; DE GIROLAMI M.O., *The Tragedy of Religious Freedom*, Cambridge, 2013; WITTE J. Jr., *Diritto e protestantesimo, La dottrina giuridica della Riforma Lutera*, Macerata, 2013; LEITER B., *Why Tolerate Religion?*, Princeton, 2012; DOE N., *Law and Religion in Europe: a Comparative Introduction*, Oxford, 2011; HORWITZ P., *The Agnostic Age: Law, Religion, and the Constitution*, New York, 2011; WITTE J. Jr., JOEL A.N., *Religion and the American Constitutional Experiment*, Philadelphia, 2011; SANDBERG R., *Religious Laws*, in SANDBERG R., *Law and Religion*, Cambridge, 2011, pp. 169-182; GARNETT R., *Religious Freedom, Church Autonomy and Constitutionalism*, 57 *Drake Law Review*, 2009, pp. 901 ss.; GREENAWALT K., *Religion and the Constitution, Vol. 2: Establishment and Fairness*, Princeton, 2008; NUSSBAUM M.C., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, 2008; WITTE J. Jr.-ALEXANDER F.S., *Christianity and Law: An Introduction*, Cambridge, 2008; EISGRUBER C.-LAWRENCE G.S., *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge, 2007; BRAGUE R., *The Law of God*, Chicago, 2007; GREENAWALT K., *Religion and the Constitution, Vol. 1: Free Exercise and Fairness*, Princeton, 2006; MENSKI W., *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006; WITTE J. Jr.-ALEXANDER F.S., *The Teachings of Modern Christianity on Law, Politics, and Human Nature (Two Volumes)*, New York, 2006; BERMAN H.J., *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2004; FELDMAN S. M., *Law and Religion: A Critical Anthology*, New York, 2000; TAYLOR C., *L'età secolare*, Milano, 2007; BERG T.C., *The Free Exercise of Religion Clause: The First Amendment*, New York, 2007; BERMAN H.J., *Comparative Law and Religion*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006; M. MCCONNELL M.-MICHAEL W., *Christian Perspectives on Legal Thought*, New Haven, 2001; O'DONOVAN O., *From Irenaeus to Grotius: A Sourcebook in Christian Political Thought*, Grand Rapids, 1999; SCALIA A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997; BERMAN H.J., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983; GILMORE G., *The Ages of American Law*, New Haven, 1977.

due elementi universali dell'esistenza umana, due fonti e sistemi di valori e credenze interdipendenti presenti in tutte le civiltà. (...) Certo, la sfera e la scienza del diritto e della religione si sono trovate, secondo le circostanze, sia a convergere che a contraddirsi l'un l'altro (...)»⁶; sempre il medesimo Autore osserva che vi è un ancoraggio a basi religiose per la costruzione di concetti giuridici. Egli afferma che: «La realtà dominante nella maggior parte delle aree e delle culture del pianeta, secondo molti studiosi, è interrelazione dialettica di diritto e religione. Ogni grande tradizione religiosa si sforza di confrontarsi con il diritto cercando un equilibrio tra il razionale e il mistico, il profetico e il sacerdotale, l'istituzionale e lo spirituale. Ogni grande tradizione religiosa si sforza di conformare le sue strutture e i suoi processi formali alle credenze e agli ideali dei suoi aderenti. Diritto e religione sono sfere e scienze distinte della vita umana, ma coesistono in un'interazione dialettica, e si richiamano e si fecondano costantemente l'un l'altra. Senza il diritto, la religione scade nel più piatto spiritualismo. Senza la religione il diritto scade nel vuoto formalismo⁷».

Uno dei dati più significativi, però, è che dal rapporto tra queste due realtà è nato un nuovo studio interdisciplinare dedicato alla speculazione della dimensione religiosa del diritto⁸ ed alla dimensione legale della religione, nonché all'interazione

⁶ WITTE J. Jr., *Diritto e religione tornano alleati*, in *L'Osservatore Romano*, 2011, p. 3.

⁷ WITTE J. Jr., *Diritto e religione tornano alleati*, in *L'Osservatore Romano*, 2011, p. 3-4.

⁸ Diritto e religione sono: «an inherent part of the calculus of how a man should live and how a society should run». Queste le parole del Giudice BLACKMAUN H.A., *Foreward*, in WITTE J. Jr., in *Law, Religion, and Human Rights*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 28/i, 1996, p. 3.

tra il diritto e le idee religiose che ritroviamo impresse nelle istituzioni, nelle norme giuridiche⁹ e nelle idee della tradizione giuridica occidentale¹⁰.

⁹ Per quanto attiene la metodologia e lo studio delle norme giuridiche è utile rammentare gli insegnamenti di autorevoli studiosi che hanno individuato, quale elemento basilare e fondamentale per lo studio del diritto: «la consapevolezza carica di realismo della natura delle norme giuridiche, che altro non sono in ultima analisi, se non il prodotto di una serie di leggi complesse prodotte non solo dalle istituzioni preposte alla creazione del testo normativo, ma anche e soprattutto esito dell'azione della collettività chiamata a darvi attuazione, sia con comportamenti privati, sia con sentenze sia tramite l'azione dei pubblici poteri». Cfr. BOGNETTI G., *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena, 2011, p. 7. Le norme giuridiche non devono essere pertanto studiate in ogni branca del diritto – ed in particolare nel diritto comparato - come mere forme letterali materializzazione del precetto di chi detiene (non importa sulla base di quale procedimento) il potere: «storia, tradizione, cultura giuridica, interpretazione e prassi sono tutti elementi che concorrono a comporre il quadro multiforme di quella che viene chiamata comunemente norma e che evidenzia quando essa passa dallo scritto, alla codificazione, alla sua applicazione pratica, strumento di soluzione delle controversie ed opera dei tribunali o di concretizzazione nell'ambito della pubblica amministrazione». Cfr. EBERLE L.J., *The method and role of comparative law*, in *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 8, n. 3., 2009, p. 451. «Se questa concezione è vera in generale per un approccio completo a tutti i settori in cui si articolano gli studi giuridici, esso è tanto più utile nel campo della comparazione, che resta arida e poco significativa se la si affronta a partire da concezioni rigidamente positivistiche». Cfr. VIOLINI L., *op. cit.*, p 1-2.

¹⁰ La locuzione: “tradizione giuridica occidentale”, che appare molto spesso nella letteratura comparatistica, deriva dagli studi di carattere storico provenienti dalla tradizione di *common law* e ha interessato gli studiosi, in Italia, particolarmente quelli di diritto comparato. Il significato di tale locuzione, inoltre, è approfonditamente spiegato nelle parole di BERMAN H.J., *Religious Foundations of Law in the West: An Historical Perspective*, *Journal of Law and Religion*, Vol. 1, n. 1, 1983, pp. 5-43. La locuzione, infatti, secondo lo studioso, nasce più di nove secoli fa in Europa, dove la chiesa cattolica romana stabilì per la prima volta il suo dominio sia sulla politica che sul diritto. Tale termine poi, trova nuova linfa con le quattro grandi rivoluzioni che si sono avvicinate nel tempo nel mondo Occidentale e che hanno modificato i rapporti tra stato e Chiesa. L'autore fa coincidere queste rivoluzioni con: la conversione dell'impero Romano al cristianesimo, la Rivoluzione Papale di Gregorio VII nel 1057, la Riforma protestante ed infine con il movimento illuminista che prese vita a partire dal XVIII secolo. Tale termine non prende in considerazione il solo dato formale del diritto ed anzi abbandona la cd. «normative authority of formal sources of law», per interessarsi delle vicende storiche e culturali che lo hanno plasmato nel corso del tempo. In particolare, parlare di tradizione giuridica occidentale significa ipotizzare un concetto di diritto, non quale corpo di norme, ma come un processo, un'opera, dove le regole acquistano significato solo nel contesto delle istituzioni, delle procedure, dei valori e dei modi di pensiero. In virtù di questa prospettiva più ampia, vanno incluse tra le fonti del diritto non solo la volontà del legislatore, ma anche la ragione e la coscienza della comunità con i suoi usi e costumi. Questa visione del diritto non è la prevalente, ma non è per nulla eterodossa. Si vedano, per un inquadramento generale su tale tematica, proprio in riferimento agli studi comparatistici: SOMMA A., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2014, pp. 169-205; HESPANHA A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 10 ss. In tal senso anche GAMBARO A.- SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1996, p. 52.; ROTONDI M., Voce *Diritto comparato*, in «Novissimo Digesto italiano», Vol. 5, Torino, 1960, p. 825; GIARO T., *Occidente e Oriente nella storia del diritto privato europeo*, in AA. VV., *Diritto privato europeo: fonti ed effetti*, Milano, 2003; nella letteratura meno recente: HOLDSWORTH W.S., *Foreword*, in LÉVY-ULLMAN H., *The English Legal Tradition. Its Sources and History*, London, 1935, pp. VI e ss; MACELDOWNEY J.F.-O' HIGGINS P., *The common law tradition in Irish legal history*, *The Common Law Tradition. Essays in Irish legal history*, Dublin, 1990, p. 13 ss. e WATKIN T.G., *The Italian Legal Tradition*, Aldershot, 1997; GLENN H.P., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2000, pp. XXI ss. e 117 ss. Questa stretta relazione tra diritto e tradizione è messa in luce da: MERRYMAN M., *The Civil Law tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1969, p. 2: «A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about

Per una corretta lettura di questa feconda interazione, lo studioso dovrebbe non prescindere ma andare al di là della concezione positivista del diritto¹¹ e della concezione di religione che ad oggi pervade la mentalità giuridica¹². Infatti, il

the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective»; Vedi anche in questo senso: GLENDON M.A.-GORDON M.W.-CAROZZA P.G., *Comparative Legal Traditions*, 2. ed., St. Paul, 1994, p. 17; si veda anche HALPÉRAIN J.L., *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, p. 134: «la common law a pu être caractérisée comme une tradition historique». Per lo studioso di common law quindi: «history involves comparison» e «comparison involves history». La prima massima è di F. MAITLAND W., *Why the History of English Law is Not Written*, in FISHER H.A.L., *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. 1, Cambridge, 1911, p. 488; la seconda si deve a GORLA G.: Voce *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. 12, Milano, 1964, p. 930 e a ASCARELLI T., *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 12.

¹¹ Secondo il positivismo giuridico l'unico diritto è quello positivo. Il diritto è considerato come un sistema di norme da applicare alle persone e alle società mediante peculiari mezzi formali, processuali e sanzionatori. Il valore giuridico di questo sistema dipenderebbe dalla sua capacità di imporsi di fatto, ricorrendo anche all'uso della forza. In questa prospettiva, il diritto può facilmente essere inteso come una categoria sociale *estrinseca* alle realtà personali e sociali, il contenuto delle norme può essere determinato da mere scelte di politica legislativa, la quale a sua volta dovrebbe rispecchiare il consenso sociale esistente sui valori e sui comportamenti da promuovere e da evitare. Si tratterebbe di valori relativi, pertanto sempre mutevoli e l'enfasi si pone soprattutto sul carattere democratico delle procedure per costituire e modificare il sistema giuridico. Questo modello è largamente presente nella cultura giuridica contemporanea e incide profondamente sulle concezioni correnti del fenomeno giuridico. Inteso così, il diritto viene ridotto a puro mezzo; il suo valore e prestigio sarebbero solo in funzione della finalità a cui serve. Ma secondo una parte della dottrina, soprattutto recente, pone in luce la problematicità della visione positivista del diritto. Le critiche che vengono mosse riguardano il fatto che tale teoria non è in grado di aiutare a comprendere e a vivere adeguatamente la realtà giuridica ed il suo principale difetto consiste nell'astrazione che compie rispetto all'essere integrale del diritto (soprattutto rispetto al suo intrinseco rapporto con la giustizia), impoverendolo radicalmente. Anche voci religiose si sono espresse in tal senso, ad esempio, Giovanni Paolo II si è spesso pronunciato sulla questione: «Un'autentica democrazia è possibile solo in uno Stato di diritto e sulla base di una retta concezione della persona umana» (*Centesimus annus*, n. 46). «Dopo la caduta, in molti Paesi, delle ideologie che legavano la politica ad una concezione totalitaria del mondo – e prima fra esse il marxismo –, si profila oggi un rischio non meno grave per la negazione dei fondamentali diritti della persona umana e per il riassorbimento nella politica della stessa domanda religiosa che abita nel cuore di ogni essere umano: è il rischio dell'alleanza fra democrazia e relativismo etico, che toglie alla convivenza civile ogni sicuro punto di riferimento morale e la priva, più radicalmente, del riconoscimento della verità» (*Veritatis splendor*, n. 101). Il massimo esponente del positivismo classico rimane Hans Kelsen (1881-1973), di cui l'opera di sintesi più importante è *La dottrina pura del diritto*, 2^a ed., ed. ital. a cura di LOSANO M.G., Torino 1990; KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. COTTA S.-TREVES G., Milano, 1963, pp. 21-22. Sull'insieme del suo pensiero, Cfr. ERRÁZURIZ C.J., *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Pamplona, 1986. Si veda anche, GILMORE G., *The Ages of American Law*, New Haven/London, 1977, pp. 110-111; vedi anche, AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832; ID., *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* John Murray, London 1929.

¹² PINO G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in: <http://www1.unipa.it/gpino/11%20positivismo%20giuridico.pdf>. L'autore fornisce un'analisi del dibattito contemporaneo sul positivismo giuridico mettendo in luce i punti della sua struttura teorica che dovrebbero essere ripensati; egli effettua una ricognizione delle istanze antipositivistiche di matrice costituzionalistica (e non) che sono emerse sino ad oggi. Ne sono esempi (durante gli anni '20 e '30) del XX secolo i movimenti dei sociologi del diritto che interpretano la materia in modo da non poterla scindere dallo spirito delle persone che muta con il tempo; tra gli anni '30 e '40, invece emerge il cd. realismo giuridico che fa uso di altre scienze, come la filosofia o l'antropologia per

positivismo giuridico pare aver mostrato aporie ed inadeguatezze in riferimento agli ordinamenti costituzionali del secondo dopoguerra ed è colpito nelle sue fondamenta¹³. Così, la scienza giuridica del nostro tempo (nelle sue molteplici articolazioni e declinazioni) appare consapevole dell'esigenza di volgere lo sguardo al di fuori dell'universo giuridico formale per porre le basi di un fecondo rapporto tra le disposizioni normative, gli istituti giuridici con gli interessi sociali che reclamano protezione e tutela¹⁴.

Infatti, appare forte la convinzione dei giuristi secondo la quale il diritto si presenta come una soltanto delle molteplici dimensioni della convivenza organizzata e che esso abbia incessanti relazioni con le altre. Lo stretto nesso sussistente tra ordinamento giuridico e struttura sociale si pone anzi nel modello di

mettere in dubbio la validità del metodo positivista. Durante gli anni '40-'50 dopo gli orrori del nazismo e della seconda guerra mondiale si sviluppano movimenti che fanno riemergere la visione di diritto naturale. Oppure negli anni successivi, il movimento marxista, femminista o neo-Kantiano. In particolare, il positivismo può essere scisso in due fasi: una scientifica e una filosofica. La prima di queste vede i giuristi occupati a creare un metodo che sia il più possibile rigoroso, quasi scientifico (matematico) e ciò sulla scorta dell'influenza delle scoperte scientifiche avvenute nel corso del XVIII secolo. I giuristi, quindi, intendevano dimostrare che il diritto ha un'autonoma struttura rispetto alle altre scienze, alla teologia, filosofia, politica e economia. La verità di quest'affermazione sta nel fatto che in quel periodo si elaborarono un gran numero di Codici, nuove Costituzioni, enciclopedie giuridiche, testi di diritto. Si veda anche BERNARD COHEN I., *Revolution in Science*, London, 1985; KELLY D. R., *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*, London 1990. La seconda fase definita filosofica scaturisce in una serie di movimenti variamente definiti come positivismo giuridico, giurisprudenza analitica, formalismo legale. La formula che ebbe maggior fortuna fu quella di John Austin in Inghilterra e di Christopher Columbus Langdell i quali riferiscono che il diritto è semplicemente l'uso concreto delle regole e procedure poste dall'autorità e rinforzate dal ruolo delle corti. Vedi AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined, Being the First of a Series of Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, London, 1861; COLUMBUS LANGDELL C., *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1879.

¹³ Osserva SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 2 che lo sforzo del positivismo giuridico imperante nella seconda metà del XIX secolo e nella prima metà del XX secolo «di escludere dal campo della giuridicità ogni riferimento ad elementi di valutazione e di giudizio non deducibili dalle norme poste ed imposte dall'autorità detentrici del potere effettivo di comando, per quanto portato a livelli di elaborazione molto raffinati, può considerarsi oggi complessivamente fallito».

¹⁴ Un esempio: nell'ambito di una riflessione dedicata al tema dei rapporti tra diritto ed intercultura attraverso la prospettiva del principio democratico, è stato osservato che «esiste [...] una ragione normativa per spingere l'indagine, la riflessione e l'amministrazione del diritto fuori del dominio strettamente positivo, legalistico per inoltrarsi in quello culturale, della molteplicità culturale. Può apparire paradossale che per restare fedeli al diritto, ai suoi fini, si sia costretti a fuoriuscire dall'ambito strettamente normativo. Può disarmare, perché si presenta come un compito gravoso ed incerto. Ma la multiculturalità è un fatto. E i fatti non fanno sconti: e qualche volta impongono vincoli di coerenza con i propri principi assai più impegnativi di quanto si sarebbe potuto immaginare nel presceglierli» in RICCA M., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, p. 44.

Stato costituzionale contemporaneo¹⁵ come autentica cifra della conformazione complessiva del sistema¹⁶.

In connessione con la concezione del diritto positiva, molti studiosi ritengono che il diritto sia l'insieme delle norme e delle statuizioni che insieme governano lo stare insieme in società e che la religione sia solamente un fatto privato, intimo, della coscienza umana. Ma queste concezioni, per gli studiosi che si occupano dell'interazione tra diritto e religione, sono davvero molto limitate e incapaci di comprendere la vicinanza (reale) tra le due sfere.

Ed infatti, in Occidente, dopo l'illuminismo, si pensa al diritto e alla religione come a due fenomeni tra loro autonomi, privi di collegamenti sostanziali¹⁷, in realtà ad oggi si osserva che il diritto dello stato secolare conserva una dimensione profonda della religione e della morale¹⁸ e queste dimensioni non sono solo presenti in molte dottrine di diritto pubblico, privato o penale derivate dalla tradizione cristiana e dal diritto canonico: questa interazione si riflette anche nelle caratteristiche e nelle forme che i sistemi legali hanno assunto nell'Occidente.

In questa sede, perciò, s'intende sensibilizzare il lettore a quest'interazione nonché esaminare quel particolare aspetto del rapporto tra religione e diritto che riguarda l'influenza della religione cristiana nell'elaborazione del dettato costituzionale italiano; in questo senso lavoreremo sulle fonti, sugli atti della costituente e su scritti di giuristi.

2. Le diverse forme di interazione

Queste due dimensioni sono fortemente collegate almeno su tre piani: strutturale, storico e antropologico. Sul piano strutturale i collegamenti tra diritto e

¹⁵ Sul modello di Stato costituzionale, si segnala soltanto HÄBERLE P., *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005 e, nella letteratura italiana, l'ormai classico ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

¹⁶ Sull'appartenenza del fenomeno giuridico al sistema culturale complessivo di una comunità vedi FALZEA A., voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir. Ann.*, I, Milano, 2007, p. 205.

¹⁷ Si pensi, per esempio, che mentre oggi il diritto e la religione sono considerate come due sfere completamente separate, l'Ebraismo ha sempre guardato a questi due fenomeni come a due scienze intimamente connesse e facilmente sovrapponibili, anche se ovviamente non identiche. Così fin dal primo Medioevo, scrittori ebrei utilizzano la parola ebraica *dat* per indicare indifferentemente il diritto e la religione. Si veda BROWN F.D.-DRIVER S.R.-BRIGGS C.A., *A Hebrew and English Lexicon of the Old Testament*, Oxford, 1966, p. 206; NOVAK D., *Jewish-Christian Dialogue*, New York, 1989, pp. 42-56.

¹⁸ Si veda per una panoramica generale del rapporto tra diritto e morale, l'opera di FULLER L.L., *The Morality of Law*, New Haven, 1969.

religione sono dati da quattro fattori. In primo luogo: il rito. Sia le religioni sia il diritto hanno sempre sviluppato una dimensione rituale¹⁹, pensiamo anche ad espressioni come “secondo il rito” e i suoi derivati (“rituale” ed “irrituale”) queste si trovano nei manuali di diritto e di procedura e la ripetizione nel tempo di certi atti (a determinate condizioni) qualifica l’uso e la consuetudine. Ma è soprattutto nella dimensione del processo che la dimensione rituale assume un’importanza centrale; deve essere celebrato con una procedura precisa (come la liturgia) e deve essere fatto in un determinato luogo (tribunale), con certe vesti simboliche, in quanto rito.

Sempre dal punto di vista strutturale diritto e religione sono metodologicamente collegati. Entrambi hanno sviluppato metodi analoghi di interpretare i testi di riferimento e metodi logici di ragionare per analogia e precedenti nonché metodi dialettici e retorici. Similmente, entrambe le dimensioni hanno elaborato modalità di organizzazione e sistematizzazione delle rispettive materie²⁰.

In secondo luogo, si pensi sul piano storico alla tradizione; il diritto si fonda sull’ordine preesistente e solo le rivoluzioni sociali stabiliscono una cesura con il passato; ad esempio il *Code Napoléon* segna una frattura col passato perché vengono aboliti tutti gli usi sociali, tutte le consuetudini che erano state in vigore. La religione, allo stesso modo si fonda sulla tradizione passata. Pensiamo, ad esempio, alla dottrina sociale della Chiesa che si basa sulla Rivelazione e le Sacre Scritture.

In terzo luogo, sul piano antropologico vi è il principio di autorità; questo principio è fondamentale in tutte le religioni ed è presente anche nel diritto. La legge è sempre emanazione di un potere e di una autorità (anche se nel Medioevo si era molto rispettosi anche del diritto che veniva dal basso). Nella Chiesa cattolica c’è il papa considerato vicario di Cristo, che ha un potere assoluto, inoltre, l’autorità può essere costituita anche da una fonte scritta come la Bibbia o il Corano.

¹⁹ Ad esempio, darsi la mano tra contadini alla presenza di testimoni all’interno di una sagra medievale significava siglare un contratto, e così il rito risultava strettamente collegato con la dimensione oggettiva del diritto.

²⁰ Ci si riferisce, per esempio, al metodo dialettico medievale di armonizzazione dei testi giuridici e teologici contraddittori della tradizione che è emerso nel XII secolo con il testo di diritto canonico di Graziano: *Concordia discordantium canonum* datato 1140.

Infine, si pensi, all'universalità: sia la religione che il diritto hanno una vocazione universalistica, nel senso che nascono dall'esigenza di costruire istituti, concetti, norme che valgono rispettivamente per tutta la comunità religiosa dispersa nel mondo o per gruppi, comunità, stati, confederazioni ecc. L'ambizione del diritto, come della religione, è di produrre delle norme che siano sempre più universali.

Horold J. Berman riferisce che: «Queste e altre forme di interazione hanno contribuito a rendere le sfere e le discipline del diritto e della religione dipendenti una dall'altra: di fatto dimensioni una dell'altra. Da una parte, il diritto conferisce alla religione la sua struttura: l'ordine e l'ortodossia di cui ha bisogno per sopravvivere e fiorire nella società. Le strutture giuridiche e i processi – la *Halacha* nell'ebraismo, il diritto canonico nel Cristianesimo, la *Sharî'a* nell'Islam – definiscono e governano le comunità religiose e i rispettivi dogmi e rituali, costumi e morale²¹».

Pertanto, tra diritto e religione vi può essere una relazione dialettica, costantemente sottoposta al reciproco scambio e alla cd. *cross fertilization*²². Testimonianza di questa interazione tra idee teologiche e diritto positivo²³ si rinviene, ad esempio, nell'evoluzione del concetto di persona²⁴, da un lato, e di

²¹ BERMAN H. J., *op. cit.*, p. 12.

²² Il termine *cross fertilization* non riguarda una determinata area disciplinare ma indica il confine, la "zona di ricerca", che si genera tra una disciplina ed un'altra; John Witte Jr. per ciò che a noi interessa introduce questo termine nel suo libro per indicare come nella tradizione giuridica occidentale il diritto e la religione interagiscano a vicenda. Egli scrive: «Law and religion are distinct spheres and sciences of human life, but they exist in dialectical interaction, constantly crossing-over and cross-fertilizing each other» in WITTE J. Jr., *Christianity and Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. I.

²³ PRODI P., *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, p. 401; ALICINO F., *Religione e costituzionalismo occidentale. Osmosi e reciproche influenze*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in *Rivista telematica*, n. 32, 2012, pp. 4-69.

²⁴ In epoca romana questa qualità non era attribuita a tutti gli esseri umani. Non esisteva un concetto universale di persona, bensì diversi gradi di personalità: lo schiavo, il libero, i figli, le donne, gli stranieri, il *pater familias*. È solamente con l'avvento del cristianesimo, e segnatamente con la vicenda di Gesù Cristo, con il quale Dio assume un volto e s'incarna – si fa carne – in un uomo e per la salvezza di tutti gli uomini, che inizia il processo di progressiva universalizzazione dello *status* di persona. In effetti, la nascita di Gesù e la conseguente rivoluzione cristiana daranno un contributo fondamentale all'affermazione di un nuovo *homo juridicus*, con il quale all'uomo sarà via via riconosciuta una propria personalità, a prescindere dalla sfera sociale di appartenenza. Questa concezione nasce con l'avvento del cristianesimo, passa nel moderno giusnaturalismo, si perfeziona con l'illuminismo settecentesco e si consolida nel secondo dopoguerra. Talché, parafrasando l'art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, a ogni essere umano è oggi conferita una personalità giuridica. Come osserva Roberto Esposito, non bisogna però dimenticare che questo fondamentale principio – inscritto in quasi tutte le Costituzioni occidentali – resta tuttora profondamente segnato "dalla contaminazione con i concetti teologici secolarizzati". Vedi SUPLOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Édition du Seuil, Paris, 2005,

quello di autorità statale, dall'altro²⁵. La religione, e segnatamente quella cristiana, ha portato alla definizione di questi elementi: essa ha in vario modo e con diversi risultati svolto un ruolo di assoluta importanza e influenza negli ordinamenti giuridici occidentali²⁶.

3. Diritto e religione: quattro tappe storiche fondamentali nella trasformazione della tradizione giuridica occidentale

Il primo aspetto che la tematica in esame richiede di affrontare riguarda la dimensione storica dell'interazione tra i due fenomeni, diritto e religione; elenchiamo, così, i quattro periodi storici fondamentali in cui sono avvenuti importanti cambiamenti relativi alle idee religiose dominanti nell'epoca di riferimento.

Si dimostrerà, infatti, come questi eventi storici legati alla dimensione prettamente religiosa abbiano trasformato e avuto un'influenza fondamentale sul diritto e la sua evoluzione, nonostante, ad oggi si tenda a negare l'influenza della tradizione religiosa sul diritto. Si osserverà, quindi, come nell'età contemporanea la tradizione giuridica occidentale abbia importanti connessioni con la religione, in

trad. it. a cura di XIMENA RODRIGUEZ B., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006, pp. 8 ss.; ESPOSITO R., *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007, p. 25.

²⁵ SCHULZ F., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, pp. 158 ss.

²⁶ Nella Lettera ai Romani 13,2 Paolo afferma: «I governanti non sono da temere quando si fa il bene, ma quando si fa il male. Vuoi non avere da temere l'autorità? Fa' il bene e ne avrai lode, poiché essa è al servizio di Dio, per il tuo bene. Ma se fai il male, allora temi, perché non invano essa porta la spada; è infatti al servizio di Dio per la giusta condanna di chi opera il male». Analogo ammonimento nella prima *Lettera di Pietro* (2, 13; 3, 1): «State sottomessi ad ogni istituzione umana per amore del Signore: sia al re come sovrano, sia ai suoi governatori come ai suoi inviati per punire i malfattori e premiare i buoni. Perché questa è la volontà di Dio: che operando il bene, voi chiudiate la bocca all'ignoranza degli stolti (...) I servi siano sottomessi ai padroni con ogni timore, non solo quelli buoni e misericordiosi, ma anche a quelli odiosi (...)E allo stesso modo anche le donne siano sottomesse ai mariti, perché se alcuni non credono alla parola siano guadagnati dal comportamento delle mogli». Da notare che il verbo utilizzato da Pietro (*hypotassamai*) è il medesimo di quello che compare nell'epistola paolina. Ma va anche sottolineato che nella *Lettera di Pietro* la "sottomissione" non si limita alle autorità statali (re, governatori e relativi inviati), ma discende sino all'ambito dei rapporti domestici e familiari (padroni, mariti). Si veda sul punto RIZZI M., *Cesare e Dio. Potere spirituale e potere secolare in Occidente*, Bologna, 2009, pp. 44 ss.

particolare con quella cristiana²⁷ ed è proprio sul piano storico, che si assiste ad un vero intreccio tra queste due realtà²⁸.

I maggiori cambiamenti nella tradizione giuridica occidentale sono quattro: da una parte la conversione dell'Impero romano da una religione politeista ad una monoteista (il cristianesimo nel corso del IV e VII sec). Il secondo periodo risale alla rivoluzione papale o Gregoriana dal tardo XI al XVI sec.²⁹, periodo in cui avviene la separazione tra diritto e religione³⁰; il terzo periodo coincide con la riforma protestante del XVI secolo inaugurata da Martin Lutero a Wittenberg nel 1520 e poi proseguita da altri riformatori protestanti, come Calvino, che intendevano condannare l'avvicinamento della Chiesa alle lusinghe temporali³¹. L'ultimo periodo di cambiamento per la tradizione giuridica occidentale che prendiamo in considerazione è l'avvento dell'Illuminismo durante XVII e XIX secolo.

In tutte queste fasi storiche, il cristianesimo³² costituisce, invero, il motore del processo di formazione del nascente diritto europeo-occidentale che, con forme

²⁷ Ad esempio, per quanto attiene la formulazione dell'art. 7 della nostra Costituzione, è pacifico che la sua formulazione trovi le sue origine nell'enciclica sociale *Immortale Dei* di Papa Leone XIII. In: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_01111885_immortale-dei_en.html, e questo si evince anche dalla lettura dei lavori preparatori della Costituzione. Vedi, in tal senso: SALE G., *Il Vaticano e la Costituzione*, Roma, 2008; PIN A., *Public schools, the Italian crucifix, and the European court of human rights: the Italian separation of church and state*, in *Emory International Law Review*, Vol. 25, 2011, in particolare pp. 112-123.

²⁸ Come già accennato in precedenza il comparatista americano Harold J. Berman ha ricostruito, nei volumi intitolati *Diritto e rivoluzione*, la tradizione giuridica dell'Occidente. Egli sosteneva, infatti, che esiste una tradizione giuridica occidentale fatta di istituti ed idee che si sono evolute e accresciute attraverso il passare dei secoli; in particolare, sono state le sei grandi rivoluzioni sopra accennate che hanno portato alla graduale evoluzione della tradizione legale occidentale. Si veda: BERMAN H. J., *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Grand Rapids, 1993; HUNTER H.O., *The integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*, Bulder, 1996, pp. 49-50; anche altri studiosi di diverse discipline e confessioni religiose si sono cimentati in questi studi con crescente attenzione verso il rapporto tra diritto e religione, si veda: DE COST F.C.-MACPHEARSON L., *Law, Religion, Theology: A Selectie Annotated Bibliography*, West Cornwall, 1997.

²⁹ BRUNDAGE A.J., *Medieval canon Law*, Londra, 1995; sempre del medesimo autore: *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago, 1987.

³⁰ BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione*, op. cit., p. 30. Egli scrive che Papa Gelasio è alla base di questa separazione perché aveva detto: «vi sono due autorità in questo mondo: l'autorità dei vescovi e quella degli imperatori e dei re». Ma l'autorità dei vescovi è più importante di quella dei re: «la responsabilità dei vescovi di fronte a Dio per le persone affidategli è più pesante rispetto a quella del sovrano in quanto costui deve pensare al benessere della società, i vescovi devono occuparsi anche della salvezza delle anime».

³¹ GROSSI P., *L'Europa e il diritto*, Bari, 2006, p. 83. In questo volume l'autore ritraccia i tratti dell'evoluzione dell'esperienza giuridica a partire dal Medioevo sino all'età moderna e post-moderna.

³² Sul punto CARDIA C., *Universalità della funzione petrina (Ipotesi ricostruttive)*, in A.A.VV., *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Torino, 2011, vol. I, p. 96 il quale vede l'universalismo cristiano affermarsi sin dagli inizi perché: «il cristianesimo è una religione universale e locale insieme, diffonde e radica linguaggi e culture ovunque, cancella la distanza tra

diverse e con diversa valenza a partire dal periodo imperiale si attesta nelle singole monarchie territoriali, embrioni dei futuri Stati nazionali.

Come è già stato rilevato in precedenza, l'interazione storica tra diritto e religione è uno dei profili maggiormente dibattuti che ha interessato gli studiosi di *Law and Religion* e che qui si intende sviluppare; dal punto di vista storico, quindi, i cambiamenti e l'evoluzione del diritto in Occidente sono strettamente connessi con questi quattro eventi che hanno comportato cambiamenti epocali per la tradizione religiosa e non solo: quando le idee dominanti, i simboli e i metodi della tradizione religiosa dell'Occidente hanno subito dei mutamenti e delle trasformazioni profonde anche il diritto, di conseguenza, ne rimaneva influenzato e si evolveva³³.

A tutt'oggi il cristianesimo e altre forme di religione diverse dalla cattolica mantengono una dimensione del diritto e una struttura fatta di legalità, che dà alla comunità religiosa dei fedeli il proprio ordine e formazione. Ma vi è di più: nel XX e nel XXI secolo, il cristianesimo rimane comunque un punto di vista critico-intellettuale importante in Europa e negli Stati Uniti.

In particolare, nell'800 con papa Leone XIII la Chiesa Cattolica può dire di essersi ricostruita per un suo utilizzo moderno, lanciando anche un esperimento politico come è quello della Democrazia cristiana in Europa³⁴ ed ha contribuito ad alimentare nuove idee di sussidiarietà³⁵ sia nel Vecchio continente che in America

centro e periferia del mondo». Si veda anche BROWN P., *The Rise of Western Christendom. Triumph and Diversity. A.D. 200- 1000*, London, 2003, trad. italiana di SAMPALO M., *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, Roma-Bari, 2006, p. 5.

³³ In un recente convegno sul tema «*Religion, Werte und Recht*», che si è tenuto presso l'Universität Bayreuth dal Comitato nazionale tedesco di diritto comparato, alcune relazioni di studiosi europei hanno dimostrato, attraverso esempi tratti dalle elaborazioni risalenti alla cd. tarda scolastica (XVI-XVII sec) che nonostante questo sia un filone di pensiero caratterizzato da una forte impronta morale e religiosa, adottava, però, al tempo stesso, anche una visione realistica, non dogmatica, e pertanto aperta a considerare argomentazioni di tipo economico e politico. Inoltre, la relazione del Prof. Reinhard Zimmermann dal titolo «*Kulturelle Prägung des Erbrechts?*» era incentrata sulle conseguenze che la religione e la cultura hanno avuto e potrebbero avere in futuro sulla materia successoria. Infatti, è ben nota l'influenza che la religione cristiana ha svolto nell'epoca dello *ius commune*. Vedi il resoconto della 35. *Tagung für Rechtsvergleichung (10-12 Settembre 2015, Bayreuth)* sul tema *Religione, valori e diritto*, in *Studium Iuris*, 4/2016, pp. 518- 522.

³⁴ BAROCCI P.-PEZZOTTA S., *I cattolici, l'economia, il mercato*, Soveria Mannelli, 2008.

³⁵ Sussidiarietà è: «nella Chiesa Romana, un principio di dottrina sociale secondo il quale tutti i corpi sociali esistono per il bene dell'individuo, così che ciò che gli individui sono in grado di fare, non dovrebbe essere assunto dalla società, e ciò che le piccole società son in grado di fare, non dovrebbe essere assunto dalla società più vaste». In epoca medioevale il principio di sussidiarietà era già stato formulato da s. Tommaso d'Aquino e dalla filosofia scolastica ed era quindi entrato a far parte dell'ordinamento canonico con significato di *subsidium ad ferre*, da parte del potere centrale nei confronti degli individui, precisando i limiti da porre all'azione del primo. Nei tempi recenti, troviamo la formulazione di questo principio nelle encicliche papali a cominciare dalla enciclica

del Nord. La Chiesa, infatti, si è fatta portatrice della denuncia, dopo la Rivoluzione industriale, di situazioni umane degradanti e ha svolto un ruolo attivo nell'esaltazione della persona umana, della sua dignità e del suo lavoro, attraverso vere e proprie associazioni cattoliche, i giornali, e si fa parte attiva soprattutto per quanto riguarda le questioni religiose³⁶, la libertà³⁷, i rapporti tra la Chiesa e le religioni non cristiane³⁸, il matrimonio, la bioetica, il *welfare*³⁹ e l'istruzione⁴⁰. Dai primi timidi movimenti riformatori della Chiesa si è arrivati poi a elaborare un più sofisticato insegnamento cattolico che è confluito nella della cd. dottrina sociale della Chiesa; queste nuove idee hanno aperto la strada per il Concilio Vaticano II⁴¹

Rerum Novarum di Leone XIII; quindi nell'enciclica, *Quadragesimo Anno* di Pio XI del 1931, nell'enciclica *Mater et Magistra* di Giovanni XXIII del 1961, dal l'enciclica *Centesimus Annus* del 1999, che ha riproposto in modo molto forte il tema, sottolineando la degenerazione assistenzialistica del *welfare state*.

³⁶ Vedi *Dignitatis humanae* in: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_it.html e ALBERIGO G., *Storia del Concilio Vaticano II*, Bologna 2006.

³⁷ Vedi *Pacem in Terris*, in: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html.

³⁸ Vedi *Nostra Aetate*, in: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651028_nostra-aetate_it.html.

³⁹ Connesso al principio di sussidiarietà, si faceva strada l'idea che lo Stato avesse il dovere di intervenire se le unità più piccole non erano in grado di provvedere ai loro bisogni. La Chiesa cattolica è stata capace di influenzare il modo di costruzione del *welfare* nazionale direttamente, cioè in forza del radicamento di una certa visione di come debba essere una società buona (del benessere) nella cura degli italiani, indipendentemente dalle loro scelte politiche. I due elementi che caratterizzano in senso cattolico il *welfare* italiano, sono l'impianto del sistema previdenziale, che rimanda ai concetti di responsabilità personale dei lavoratori, di solidarietà all'interno delle categorie e di solidarietà tra le categorie, in modo da costruire una società organica e il principio di sussidiarietà come principio regolatore dell'intervento dello stato. La Chiesa Cattolica nella società italiana negli anni della costruzione del *welfare*, è riuscita a informarne le istituzioni pur in presenza di governi culturalmente lontani o esplicitamente ostili alle posizioni della chiesa e/o della dottrina sociale della Chiesa. Vedi: BASSI A.-PFAU-EFFINGER B., *Sociologia e politiche sociali. Lo spirito del welfare*, Milano, 2012; ARDIGÒ A., *Toniolo: il primato della riforma sociale*, Bologna, 1978; ZAMAGNI V., *I protagonisti dello Stato Sociale italiano prima e dopo la legge Crispi. Povertà e innovazioni istituzionali in Italia dal Medioevo a oggi*, Bologna, 2000.

⁴⁰ Oltreoceano l'influenza del Protestantismo e dei suoi insegnamenti si sono percepiti soprattutto per quanto concerne il diritto, la politica, la società. Nella prima metà del XX secolo, grandi figure protestati come Abraham Kuyper, Karl Barth, Dietrich Bonhoeffer e Rainold Niebuhur hanno tracciato degli studi di diritto e politici provocativi ed innovativi costruiti sul modello della neo Riforma. Ma i loro successori non hanno sviluppato un programma completo. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, molti protestanti Nord americani tentavano di far svanire la loro influenza sulle questioni di diritto e cercavano di focalizzarsi soprattutto su temi di politica generale e sociale come l'aborto, la preghiera nelle scuole, senza sviluppare un programma politico in questo senso o una teoria legale. In tempi recenti si notano, invece, grandi passi avanti. Pensiamo a Mather Luter King il pastore battista che ha combattuto per gli afro-americani. Si veda, più ampiamente BERMAN, H.J., *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2003.

⁴¹ Il Concilio Vaticano II, il 21° Concilio ecumenico della Chiesa cattolica, veniva convocato da papa Giovanni XXIII il 25 gennaio 1959 ed ebbe 178 sedute, delle quali la prima l'11 ottobre 1962

con tutta la sua portata innovativa nel senso di una nuova visione della Chiesa cattolica nei confronti della libertà religiosa, della dignità umana, della democrazia e la sua ambiziosa agenda per modernizzare gli insegnamenti della Chiesa cattolica in ambito politico, del diritto, e sociale.

4. Il diritto di proprietà. L'evoluzione del concetto nella dottrina sociale della Chiesa.

Uno dei temi sempre vivacemente dibattuto tra gli studiosi di diritto, delle scienze sociali ed anche nell'ambito delle diverse ideologie politiche che si sono avvicinate nel corso della storia, (tra movimenti di ispirazione socialista, cristiana o liberale) è quello della proprietà in relazione al suo valore, funzione e natura economica. Ad oggi il discorso sulla proprietà e sui beni è molto ricco di suggestioni sia in ambito accademico sia politico.

Si è scelto così, in questa ricerca, di scandagliare un ulteriore profilo che abbraccia i rapporti tra religione e diritto e che riguarda proprio il tema della proprietà privata poiché, anche il cristianesimo e il pensiero sociale cristiano sin dai primi secoli della sua storia ha dato il suo contributo allo sviluppo del concetto con lo scopo di imprimere un'influenza sulla sua struttura e funzione.

Così nel secondo capitolo utilizzeremo un metodo che lega l'indagine storica con un ragionamento giuridico attento alla dimensione logica, strutturale delle categorie giuridiche⁴² con l'obiettivo di elaborare una lettura profonda del sistema e delle ragioni del diritto di proprietà. In particolare, in quest'analisi che rimane giuridica nel metodo avremo come sfondo la dottrina sociale della Chiesa in quanto, come già enunciato, la nostra prospettiva e l'interesse della ricerca sono la comunicazione tra questa disciplina e il diritto (con l'avvertenza che questo tema, tra quelli affrontati dal magistero sociale, è forse il più studiato, discusso e ancora

e l'ultima l'8 dicembre 1965. Di 2908 tra vescovi e altri titolati a parteciparvi, all'apertura ne erano presenti 2504 provenienti da tutto il mondo.

⁴² Il metodo storico, è un metodo che alcuni studiosi definiscono controcorrente. Gli studiosi ricorrono molto poco all'inquadramento storico, e dall'altra parte, gli stessi storici del diritto criticano chi tende a violare tale "recinto" disciplinare. «Per il giurista di diritto positivo, il metodo storico non può significare né la sostituzione ad altrui competenze disciplinari, e nemmeno un racconto da premettere alla vera ricerca, quella sul diritto vivente. Il metodo storico ha un valore aggiuntivo, se serve per intendere il modo di essere delle categorie giuridiche del diritto (...), che a loro volta non possono non fondarsi sul dato normativo». Cfr. SCOZZAFAVA T.O., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, p. XIII.

controverso⁴³).

Compiremo un breve *excursus* storico sull'evoluzione che il concetto di proprietà ha avuto nel pensiero cristiano, fermando l'attenzione, dopo uno sguardo rivolto al Nuovo Testamento e ai documenti sub-apostolici, sulle maggiori espressioni della patristica⁴⁴ che sono già state oggetto di discussione tra gli studiosi. Di qui, l'opportunità di procedere volgendo lo sguardo ai teologi e canonisti del Medioevo sino a citare le prime encicliche sociali con qualche accenno al diritto naturale in quanto, mentre i Padri della Chiesa non la considerano un istituto di diritto naturale e i canonisti medievali la ritengono contraria alla natura, molti giuristi successivi, invece, concepiscono la proprietà come un'istituzione naturale.

Vedremo come tale percorso ci condurrà a una particolare idea di proprietà che scaturisce dal pensiero cristiano fornendoci importanti informazioni sulla sua natura e funzione. In tale contesto il ruolo svolto dalla Chiesa è importante soprattutto perché è la prima voce critico-intellettuale che si è opposta al concetto di proprietà individualistica e assoluta che i giuristi del XIX e XX secolo hanno trasposto nel linguaggio dei Codici⁴⁵.

Così lo studio sarà condotto secondo la logica del rapporto fra prospettiva individuale e sociale nella configurazione della proprietà, al fine di verificare come il sapiente bilanciamento fra queste due dimensioni si sia cristallizzato nella disciplina costituzionale italiana, *ex art. 42 Cost. (vedi capitolo 3)*.

Lo sguardo, quindi, sarà, rivolto verso il pensiero antico perché ci permette di scorgere come già a quei tempi coesistessero diverse ricostruzioni del rapporto fra individuo e comunità che coinvolgono il diritto di proprietà. Com'è noto, il

⁴³ Oggi la Chiesa cattolica giustifica, ed anzi ritiene la proprietà privata un istituto necessario, ma non bisogna dimenticare che questa posizione è il frutto di un lungo percorso le cui tappe rispecchiano le condizioni e le esigenze sociali, politiche e economiche di ogni tempo.

⁴⁴ Per gli studi di patristica vedi, tra gli altri: AA. VV., *Dizionario patristica e antichità cristiana*, Genova, 1983; SINISCALCO P., *Il cammino di Cristo nell'Impero Romano*, Bari, 1983; BELLINI E., *I Padri della Tradizione cristiana*, Milano, 1982; MARA M.G., *Ricchezza e povertà nel cristianesimo primitivo*, Roma, 1980; AA. VV., *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1977; AA. VV., *Collana dei testi patristici*, Roma; DEL VERME M., *La comunione dei beni nella comunità primitiva di Gerusalemme*, in *Riv. Bibl. Ita.*, 1975, pp. 77-100; BREZZI P., *La composizione sociale delle comunità cristiane nei primi secoli*, in *Sudi e materiali di storia delle religioni*, 1950, pp. 22-55; FRANCESCHINI P.G., *Manuale di patrologia*, Milano, 1919.

⁴⁵ Il diritto di proprietà è ritenuto il principe dei diritti reali che attribuisce al titolare il «diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo», come recita l'art. 832 del Codice Civile vigente che prosegue, però, indicando alcuni limiti all'assolutezza ed esclusività dei poteri del proprietario, che, quindi, non possono dirsi assoluti ed esclusivi («entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico»).

diritto romano definisce la proprietà come *dominium ex iure Quiritum*, quale paradigma della signoria assoluta dell'individuo sulla *res*.

Inoltre, questo bilanciamento fra l'aspetto individuale e quello collettivo della proprietà ha animato anche le discussioni attorno ai diritti naturali sorte nell'ambiente cattolico durante medioevo. L'originaria dottrina cristiana ha diffuso una nuova concezione della vita, orientando l'ordinamento giuridico alla considerazione del bene altrui, alla protezione dei deboli, alla pietà, alla carità e affermando, di conseguenza, l'idea che i limiti alla proprietà fossero espressione del nuovo ideale solidaristico cui la proprietà doveva essere indirizzata.

Nel Cinquecento si afferma nuovamente la centralità dell'individuo e si accentua l'aspetto individualistico della proprietà (illimitata e esclusiva⁴⁶) e la conseguente scarsa considerazione del rapporto del singolo con il resto dei consociati (che caratterizza anche la scienza giuridica dell'Ottocento).

Ma a metà del XIX secolo prende vita una nuova sensibilità con riguardo all'individuo che mette in risalto come il disagio che si espande nel tessuto sociale si sia tradotto, a poco a poco, nella critica al fondamento individualistico dell'ordinamento liberale derivato dalla Rivoluzione francese. Nel Capitolo 3 vedremo come l'idea della dimensione sociale della proprietà si sia cristallizzata nella Costituzione di Weimar e, per questa via, penetrata nell'ambiente giuridico italiano, influenzando tanto la concezione fascista della proprietà quanto il dibattito sulla codificazione civile.

Si tenterà in questo modo, sia pur con uno spirito di sintesi, di tracciare un itinerario di riflessione sul diritto di proprietà⁴⁷ che conduce al dibattito interno all'Assemblea Costituente⁴⁸.

⁴⁶ Lo studio del modello liberale di tutela dei diritti è stato condotto rivolgendo attenzione alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 che ispira l'esperienza italiana dei Codici.

⁴⁷ Per una ricostruzione della riflessione attorno a tale diritto si veda anche MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1966.

⁴⁸ Si ritiene opportuno evidenziare che accanto alla riflessione teorica di orientamento pubblicistico sui diritti di libertà, si sia svolta una parabola parallela nell'ambito della dottrina del diritto civile che ha come riferimento, *in primis*, il *Code Napoléon*, il Codice Civile del 1985 e quello del 1942 che finisce per intrecciarsi con la riflessione costituzionalistica dopo l'entrata in vigore dell'art. 42 Cost.. La bibliografia sul tema del diritto di proprietà è sterminata. Per limitarci ai temi più vicini all'oggetto del nostro studio si veda, per quanto riguardale le opere dei civilisti, (in ordine cronologico): PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, al quale si deve la teorizzazione sistematica della "pluralità" dei tipi di proprietà; RODOTA' S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1960; NATOLI U., *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà ex art. 42 Cost.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969; SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977;

5. Il diritto di proprietà nella Carta Costituzionale.

Il primo dato che appare subito rilevante da una lettura sistematica della costituzione è la perdita di centralità della proprietà, così come articolata nel complessivo impianto costituzionale. Tale collocazione è espressione di un diverso modo di guardare l'individuo (dovuta anche alla centralità del fattore lavoro nella Carta Costituzionale e di conseguenza, dei diritti sociali) (vedi *Capitolo 3*).

Si ha così un superamento dello schema liberale che è stato possibile anche (e forse prima di tutto) modellando diversamente la vita economica attraverso l'affermazione di un sistema economico misto capace di bilanciare le istanze dell'individualismo e quelle della solidarietà, tutelando l'esistenza dei diversi regimi proprietari – quello privato e quello pubblico – che ne sono espressione.

Quindi, l'agire economico deve essere improntato sia al soddisfacimento dell'interesse individuale secondo le regole del mercato sia alla realizzazione di taluni valori sociali.

ALPA G.-BESSONE M., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Padova 1980; MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988; RESCIGNO P., voce *Proprietà* (diritto privato), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1988; SCOZZAFAVA O.T., *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1992; GAMBARO A., *La proprietà privata del sistema della legalità costituzionale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1995; PERLINGERI P., *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997; GALGANO F., *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 1999; MACARIO F., *Art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M., Torino, 2006; CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010; SALVIC., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 2011; per quanto concerne le opere dei costituzionalisti si è fatto riferimento a: MOTZO G.-PIRAS A., *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. Cost.*, 1959; LUCIANI M., *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. Cost.* 1977; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984; ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) AMATO G.-BARBERA A., Bologna, 1984; MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986; SANDULLI A.M., *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Scritti giuridici, Diritto costituzionale*, Napoli, 1990; BALDASSARE A., voce *Proprietà* (diritto costituzionale), in *Enc. Giur.*, Roma, 1991; PALADIN L., *Diritto Costituzionale*, Padova, 1991; ROLLA G., *Manuale di diritto pubblico*, Torino, 2000; MOSCARINI A., *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in *I diritti costituzionali*, (a cura di) NANIA R. e RIDOLA P., Torino, 2001; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova 2003; LUCARELLI A., *Art. 43*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A, OLIVETTI M., Torino, 2006; MADDALENA P., *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, intervento all'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese sul tema "Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale", Lisbona, 8-10 ottobre 2009, ora in www.cortecostituzionale.it; VIGNUDELLI A., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010; BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2013.

Inoltre, la significativa novità introdotta dalla Costituzione è la valorizzazione dell'impronta solidaristica della proprietà; il legislatore non è libero nello svolgere il compito di configurare i modi di acquisto, di godimento ed i limiti della proprietà, dovendosi piuttosto adeguare ai (ed anzi sviluppando i) canoni della «funzione sociale» e della «accessibilità a tutti» previsti in Costituzione.

Attraverso questa nuova disciplina della proprietà, capace di armonizzare l'interesse individuale con quello della comunità, secondo la prospettiva tipica dello Stato sociale, si attua un meccanismo di integrazione e solidarietà. Per tale ragione, la funzione sociale scolpisce l'impossibilità che nello Stato sociale la proprietà sia considerata come diritto illimitato e assoluto.

La funzione sociale, inoltre, traduce, uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale: quello personalista di derivazione cristiana che afferma che al centro dell'ordinamento è posta la persona considerata nel suo valore intrinseco, e gli aspetti della sua vita economica e del suo essere dal punto di vista patrimoniale sono relegati in secondo piano.

Così, se da un lato la funzione sociale della proprietà dà concretezza al principio personalista, dall'altro vuole contribuire a realizzare l'impronta solidaristica del sistema, nell'ambito del diritto di proprietà.

CAPITOLO 1

DIRITTO E RELIGIONE: INTERAZIONE TRA DIRITTO E RELIGIONE NELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE.

Sommario: 1. Diritto e religione nell'Impero Romano - 2. Diritto e religione nel diritto canonico delle origini - 3. Diritto e religione nel medioevo: la riforma papale - 4. La nascita dei sistemi giuridici moderni: la codificazione del diritto canonico quale primo sistema giuridico occidentale moderno (*Decretum Gratiani* e *Corpus iuris canonici*) – 5. Diritto e religione: la Riforma protestante – 5.1 Cenni storici - 5.2 La riforma religiosa e i cambiamenti giuridici - 6. Diritto e religione dall'illuminismo all'età moderna. Cenni storici – 6.1 Illuminismo e religione – 6.2. Il rapporto tra diritto e religione nell'età dei lumi: lo sviluppo della dottrina sociale della chiesa come articolata nelle encicliche sociali - 7. Il ruolo del pensiero cattolico nel diritto e nella politica in Italia - 7.1 L'influenza della religione nella politica italiana – 8. Conclusioni.

1. Diritto e religione nell'impero romano.

Il primo periodo storico che andremo a considerare per l'importanza che ha avuto sul dibattito intorno all'interazione tra diritto e religione da un punto di vista storico, è quello che va dal III al VI secolo d.C. e riguarda la cristianizzazione o meglio la conversione dell'impero romano al cristianesimo. Prima di tale conversione, il diritto romano era applicato in tutto l'impero, che coincide approssimativamente con l'attuale Occidente⁴⁹. Per diritto romano, come sappiamo, intendiamo l'insieme delle norme giuridiche che regolano la società romana antica (in vigore approssimativamente dalla fondazione di Roma).

Nella Roma dei secoli IV-VI iniziavano ad emergere le influenze dei pensatori classici greci ed in particolare della filosofia stoica⁵⁰ che era penetrata

⁴⁹ Per approfondimenti sul diritto all'epoca della prime comunità cristiane si veda: JOHNSON L. T., *Religious Rights and Christian Texts, in Religious Human Rights in Global Perspectives*, Boston-London, 1996, pp. 65-69.

⁵⁰ Si pensi quale esempio alla dottrina della proprietà o al principio del contratto estorto per timore che esisteva nel diritto romano. Esso derivava proprio dall'influenza della filosofia stoica nella giurisprudenza romana. Gli stoici accettavano la massima: «voluntas coacta est vera voluntas», ossia la parte che subisce la minaccia per non perdere la vita volle il contratto. Tale ragionamento veniva fatto proprio anche dal diritto romano. SERGI G., *La teoria generale dei patti e dei contratti in diritto romano. Confrontata con il codice civile d'Italia*, Messina, MDCCCLXXXIV, pp. 67-68.

abbondantemente nel mondo dei giuristi romani⁵¹, anche se la loro non era una vera e propria filosofia, ma era stata considerata più una dottrina morale⁵². Inoltre, anche la dottrina di Aristotele⁵³ non aveva mancato di lasciare le sue tracce⁵⁴.

Tuttavia, il pensiero che più di tutti aveva avuto una grande influenza nell'epoca classica era l'umanesimo stoico, che sottolineava la dignità di ogni essere umano e che più tardi aveva ispirato i moralisti cristiani. In tal modo nell'impero romano si verificava una sorta di contaminazione della teoria generale del diritto e delle sue fonti con la filosofia morale degli stoici⁵⁵, che avevano avuto il merito di tradurre in concetti giuridici i metodi della retorica, dell'interpretazione e del ragionamento e di forgiare concetti giuridici fondamentali come lo stato di natura o le forme di giustizia distributiva e commutativa (concetti sviluppati già da

⁵¹ Come ricorda: VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1985, pp. 401 ss. Lo studioso, infatti, afferma che: «è di particolare interesse conoscere quale sia stata la filosofia dei giuristi romani: solo questo studio ci consente di riappropriarci della valenza autentica delle loro soluzioni ed anche della ragione profonda della fortuna del diritto romano nel mondo moderno, perché è divenuto il diritto del mondo occidentale moderno». Inoltre, l'influenza della filosofia greca sui giuristi romani si riscontra anche dal dato storico della traduzione di molti testi greci in latino. Oltre allo stoicismo anche il platonismo non ha mancato di lasciar tracce. Cicerone si è ispirato a Platone nella sua *Repubblica* e nelle *Leggi*. La sua influenza si sente soprattutto a partire dal III secolo d.C.. Si veda anche per approfondimenti sul tale tema: SCHULTZ F., *I principi del diritto romano*, Firenze, 1946;

⁵² VILLEY M., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1934, pp. 29 ss. e pp. 134 ss.

⁵³ VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, *op. cit.*, p. 60. Il quale afferma che: «il momento in cui il diritto romano si è costruito come sistema scientifico va situato pressappoco all'epoca di Cicerone. L'influenza di Aristotele era allora particolarmente forte. Plobio aveva tramandato i grandi testi della *Politica*, Cicerone, traduce i *Topici*, dedicandoli al giurista Trebazio; le scuole di retorica diffondono le nozioni aristoteliche di giustizia, equità, legge, diritto naturale; gli intellettuali romani del tempo erano inclini all'eclettismo; essi cercavano di istruirsi un po' dappertutto secondo le materie; e solo Aristotele, (...), aveva veramente analizzato il diritto e le sue fonti».

⁵⁴ VILLEY M., *op. cit.*, p. 58.

⁵⁵ Nel trattato *De Re publica* (dedicato al diritto) Cicerone, ad esempio, ha inserito la sua definizione di legge naturale, che ha un netto timbro stoico: «c'è una legge vera che consiste nella retta ragione secondo natura, che si riscontra nella coscienza di ogni essere umano, che è costante ed eterna; coi suoi comandamenti ci chiama ad adempiere ai nostri doveri, con le sue proibizioni allontana il male». Anche alcune definizioni romane del diritto naturale, che ci sono pervenute nel Digesto o nelle Istituzioni di Gaio, hanno un timbro stoico. Sempre in questo senso, VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, *op. cit.*, p. 58.

Aristotele⁵⁶ e Platone⁵⁷). Inoltre, giuristi romani come Gaio o Ulpiano davano vita a delle distinzioni fondamentali nel diritto e nella tradizione giuridica occidentale: quello tra *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*. Lo *ius civile* comprendeva l'insieme delle leggi e procedure che dovevano essere applicate ad una comunità ed in particolare ai cittadini dell'impero Romano; lo *ius gentium* era il complesso delle norme giuridiche fondate sulla ragione naturale comune a tutti i popoli che avevano raggiunto un pari grado di sviluppo⁵⁸ e regolava i rapporti giuridici con gli stranieri tenendo necessariamente conto del diritto delle altre nazioni (era il diritto che si fondava su basi comuni e perciò rendeva possibile la comprensione reciproca⁵⁹). Ed infine, l'ultima distinzione riguardava il diritto naturale⁶⁰, che comprendeva le regole dettate dalla ragione naturale (*naturalis ratio*), applicabili presso tutti i popoli; venivano considerate come il complesso dei precetti di convivenza dettati

⁵⁶ Nell'*Etica Nicomachea* Aristotele discute della giustizia, la più importante delle virtù etiche in quanto derivano direttamente dall'osservanza delle leggi dello Stato, coprendo tutta l'area della vita morale. Come le altre virtù etiche, anche la giustizia implica il giusto mezzo tra eccesso e difetto; tuttavia, in aggiunta rispetto alle altre, essa stabilisce una proporzione tra i membri della società, proporzione che, secondo i fatti e i rapporti sociali considerati, potrà essere geometrica quando si tratta di "distribuire" a chi più merita onori e vantaggi (giustizia distributiva), mentre assumerà una forma aritmetica quando si tratta di riparare a un danno provocato o subito (giustizia retributiva). Ora, entrambe le forme di giustizia non contengono norme sufficienti per consentire la scelta etica nei casi particolari. Nota infatti a tal riguardo la filosofa americana NUSSBAUM M., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, ed. it. a cura di ZANETTI G., Bologna, 2004, p. 555: «Aristotele sostiene che chi tenti di decidere in ogni occasione appellandosi a certi principi generali considerati saldi ed inflessibili è come un architetto che tenti di usare una riga diritta per misurare le complesse curve di una colonna scanalata. Il buon architetto dovrebbe invece prendere le misure con una striscia flessibile di metallo che «si piega alla forma della pietra e non rimane rigida». La buona deliberazione, come questa riga, si adatta a ciò che trova, dimostrando sensibilità e rispetto per la complessità. Non presuppone che la forma della regola governi le apparenze; permette alle apparenze di governarsi da sole e di stabilire se la regola è corretta o meno».

⁵⁷ Il tema della giustizia è il centro di gravità della filosofia di Platone. Precisamente, l'idea di giustizia e l'idea di Bene nella concezione di Platone sono inseparabili poiché la giustizia è il configurarsi delle cose in un ordine globale tale da rispecchiare il Bene. Scrive Platone: in *La Repubblica*: «[...] il campo della somma scienza è l'idea del Bene, in virtù della quale la giustizia e le altre virtù diventano benefiche» (*Repubblica*, VI 504 a). Vero filosofo è soltanto chi si addentra e conosce l'essenza del Bene (*Repubblica* VII 534b-d).

⁵⁸ In particolare, tale complesso di norme sorse a seguito dell'intensificarsi dei rapporti commerciali con popoli stranieri, al fine di regolare i rapporti giuridici tra i *cives* romani e peregrini. Per la disciplina di tali rapporti non era possibile fare ricorso alle norme dello *ius civile*, in ragione del principio della personalità della legge, secondo cui allo straniero non era applicabile il diritto romano in FALCONE G., *Il rapporto tra ius gentium e ius civile e la societas vitae*, Estratto dagli Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo, Vol. LVI, Torino, 2013, pp. 259-275.

⁵⁹ PIZZORNI R., *Il diritto naturale dalle origini a s. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2000, p. 131.

⁶⁰ Secondo VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico moderno, op. cit.*, p. 49, Aristotele è il padre della dottrina del diritto naturale: «infatti, realista e del tutto idealista, Aristotele pratica un metodo fondato sull'osservazione, raccoglie le esperienze degli imperi e delle città del suo tempo ed anticipa il diritto comparato e la sociologia del diritto». Cicerone concepiva la legge naturale come «recta ratio naturae congruens» e assolutamente vincolante per tutti gli uomini e per sempre in CICERONE, *De Republica*, 3.22.

dalla natura a tutti gli esseri viventi e, in epoca giustiniana assumeva il rango di diritto divino⁶¹.

Il diritto romano era quindi il diritto che vigeva nell'impero. Roma doveva essere venerata dagli altri popoli come la città eterna voluta dagli dei e l'imperatore romano doveva essere adorato allo stesso tempo sia come un dio che come re, sia durante i rituali imperiali di corte, sia pubblicamente⁶². Lo stesso diritto romano a volte era stato concepito quale legge e diritto voluto direttamente dagli dei: un diritto immutabile e applicato mediante lo strumento della scienza giuridica utilizzata dai giuristi e dai pontefici imperiali. Inoltre, il culto imperiale non era l'unico culto ammesso, infatti: i popoli e le città conquistate dell'impero potevano mantenere inalterata la loro fede e tradizione, sino a quando queste pratiche fossero rimaste pacifiche e a condizione che questi popoli accettassero i principi di base del culto romano verso l'imperatore.

Così, l'impero mostrava una lunga e soddisfacente tradizione di pace religiosa; i popoli che ne erano stati assoggettati avevano potuto mantenere la propria religione e i conflitti che erano più volte insorti avevano prevalentemente avuto motivazioni politiche e non religiose. In generale, però, nell'impero romano vi era una tolleranza nei confronti delle religioni, a due condizioni: che si accettasse il culto dell'imperatore e che non si credesse in un solo dio. Lo Stato, infatti, voleva poter influenzare anche attraverso le proprie divinità gli usi e i costumi dei popoli sottomessi, sino ad arrivare ad una certa omologazione culturale, giuridica, politica e persino religiosa.

La primitiva chiesa cristiana era contraria a queste leggi ed alla cultura della tradizione romana. Anche se i primi cristiani avevano adottato una serie di istituti giuridici e pratiche romane, non accettavano il culto verso l'imperatore e difficilmente potevano e volevano partecipare ai riti pagani che erano un vero caposaldo per la partecipazione alla vita pubblica di Roma. Imitando così le sofisticate comunità ebraiche, le prime chiese cristiane si organizzavano in maniera del tutto separata dalla società romana e diventavano sempre di più comunità

⁶¹ GAIO, *Instituta*, I, 1 «quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit» Gaio identificava la legge naturale con lo *ius gentium*; Ulpiano, definiva la legge naturale in un altro modo, ossia, «id quod natura omnia animalia docet» *Digesta*, I, 1.

⁶² Il culto imperiale aveva un duplice aspetto: giuramento per la fortuna o per il genio dell'imperatore e sacrificio all'imperatore o per l'imperatore. Si veda in questo senso: SORDI M., *I cristiani e l'impero romano*, Milano, 2004, p. 214.

organizzate ed indipendenti⁶³. Pensiamo per esempio ad uno degli scritti più antichi della religione cristiana, il manuale liturgico della *Didachè*⁶⁴: le prime leggi emanate all'interno di queste comunità ecclesiastiche venivano chiamate leggi canoniche e stabilivano regole sull'organizzazione della chiesa, della vita clericale, della morale cristiana, sulla carità, l'educazione, la famiglia e i rapporti di proprietà.

I primi *leader* cristiani insegnavano ai fedeli a pagare le tasse, a registrare le loro proprietà, ad obbedire ai governanti romani nei limiti imposti dalla coscienza cristiana e dai comandamenti; allo stesso tempo, però, esortavano i loro governanti romani a riformare la legge in conformità degli insegnamenti cristiani che proibivano l'infanticidio, il divorzio e che volevano insegnare la carità,

⁶⁴ L'opinione più accreditata fa risalire l'elaborazione della *Didachè* al 50 d.C.. Questo scritto ha conosciuto nell'antichità un'enorme diffusione ed era ritenuto e citato da molti padri della Chiesa come libro divino, al pari delle lettere di San Paolo. Nel IV secolo la *Didachè* veniva inglobata in una compilazione didattico-liturgica, *le Constitutiones apostolorum*. Le pagine della *Didachè* sono gremite di citazioni e allusioni bibliche sia del Nuovo che dell'Antico Testamento. L'autore (anonimo) non vuole far altro che presentare l'insegnamento di Dio, rivelato nella Sacra Scrittura; egli, però, al contempo rielabora concetti e frasi della Bibbia. Buona parte dell'opera è dedicata a dettare ben precise norme etiche che il cristiano deve osservare: il divieto delle pratiche magiche e superstiziose, il dovere di fare l'elemosina, impone precetti sull'educazione dei figli. Il testo quindi costituisce un documento della prassi liturgica primitiva e fa, inoltre, riferimento alla gerarchia ecclesiastica (vescovi, presbiteri e diaconi), nonché al ruolo dei sacerdoti. Per approfondimenti sul tema si veda: TESSORE D.- QUACQUARELLI A., *Didachè. Prima lettera di Clemente ai corinzi a Diogneto*, Roma, 2008, pp. 5-10. Le caratteristiche fondamentali della religione nell'impero romano, con specifico riferimento alle persecuzioni sono state così riassunte: «i motivi che diedero origine alla persecuzione dei cristiani nell'impero romano furono diversi. La causa principale è da riporsi nella congiunzione intima tra l'organizzazione statale e la religione ufficiale dell'impero romano. In esso la vita ufficiale era strettamente unita, mediante cerimonie religiose, al culto delle divinità romane. Il riconoscimento di queste divinità statali e del culto ad esse attribuito fu richiesto, naturalmente, alle varie nazioni che a poco a poco entrarono nel complesso del vasto impero. Queste nazioni potevano senza difficoltà continuare a prestare il culto alle loro divinità, le quali, anzi, spesso volte trovarono ingresso nel pantheon delle divinità romane; come pure i cittadini romani potevano liberamente, sotto l'influenza del sincretismo religioso dei primi secoli dell'impero, seguire le pratiche dei culti stranieri. Ma, con tutto ciò, il riconoscimento del culto pubblico ufficiale era sempre considerato come espressione della disposizione corretta e patriottica verso lo Stato e fu perciò domandato senz'altro a tutti gli abitanti dell'impero. Questo concetto della manifestazione dei veri sentimenti di patriottismo romano mediante la partecipazione al culto pubblico ufficiale divenne anche più pronunciato con la professione del culto verso gli imperatori a Roma. L'apoteosi di Cesare e di Augusto divenne il punto di partenza del culto dell'imperatore divinizzato, unito con quello della stessa Roma; e questo culto si considerò quasi la religione ufficiale dell'impero, di modo che rifiutarne la partecipazione era considerato come un vero *crimen* contro la divinità e contro lo stato. Tutte le varie nazionalità riunite nell'impero romano avevano accettato questa religione ufficiale né, sotto questo punto di vista, erano mai sorte difficoltà. I Giudei, i quali erano i soli abitanti dell'impero che non partecipavano a questi atti di culto pagano, erano in condizioni di favore eccezionale; la loro religione era stata riconosciuta esplicitamente *religio licita*, ed essi avevano ricevuto privilegi speciali, sotto l'aspetto religioso e nazionale. Ma questa situazione privilegiata non impedì misure restrittive e di persecuzione contro i Giudei, quando questi mostrarono di fare una propaganda religiosa troppo attiva presso concittadini di altra nazionalità, come accadde per esempio sotto Domiziano e sotto Adriano» in KIRSCH G.P., *Persecuzione*, in Enciclopedia Treccani, vol. XXVI, p. 796.

l'educazione e normare l'emancipazione degli schiavi. In risposta a queste embrionali organizzazioni, gli imperatori romani condannavano il cristianesimo come "religione illegale" ed esponevano i cristiani a brutali persecuzioni, anche se il cristianesimo non era un movimento religioso antistatale e non sosteneva né l'anarchia né la disobbedienza alle autorità politiche.

Il rapporto tra cristiani e impero romano diventava così fortemente conflittuale che dal II al IV sec. si susseguivano le persecuzioni dei cristiani in tutto o in parte dell'Impero (a partire dalla metà di questo secolo, con l'imperatore Decio e poi con Valeriano e Diocleziano, si impone una politica generalizzata di persecuzione dei cristiani). Ma la spiegazione di questa prassi nei loro confronti e la ragione ultima del conflitto tra cristianesimo ed impero, al di là delle cause contingenti (il rifiuto dei cristiani di prestare il culto all'imperatore, la riluttanza a compiere il servizio militare, ecc.), andava individuata nel fatto che i cristiani proponevano una concezione di religione incompatibile con quella che era prevalente a Roma⁶⁵.

Infatti, mondo romano, come del resto in larga parte del mondo antico, la religione aveva un carattere prevalentemente pubblico: essa esprimeva il sentimento e l'identità di una collettività nazionale e quindi era un fenomeno che interessava la comunità prima che l'individuo. Non vi era la convinzione che la religione fosse innanzitutto un fatto di coscienza, il frutto di una scelta personale. (non esisteva neppure la moderna idea di libertà di religione, intesa come il diritto spettante a ciascun individuo di adottare, professare, cambiare religione, oppure di non adottare alcuna religione⁶⁶).

⁶⁶ Questa concezione della religione è molto diversa da quella introdotta dal cristianesimo per almeno tre motivi. Per i cristiani la religione è innanzitutto un fatto personale, un rapporto che intercorre tra la singola persona e Dio. È un fatto che riguarda in primo luogo la coscienza di ogni uomo, non la collettività nazionale a cui si appartiene (e qui sta una differenza importante con l'ebraismo, che concepisce la religione come l'appartenenza al popolo eletto da Dio). In secondo luogo, la religione è un fatto universale, non nazionale: non c'è il Dio diverso per ogni popolo, il Dio cristiano parla a tutti gli uomini. In altre parole, non c'è più il Dio dei greci, quello dei romani e quello degli ebrei ma un solo vero Dio, quello cristiano, a cui tutti i popoli e le nazioni debbono prestare il proprio culto (ed anche questo elemento differenzia cristianesimo ed ebraismo, che intende la religione in primo luogo come l'alleanza tra Dio ed un popolo particolare, Israele). Infine, il cristianesimo ha una concezione monoteistica della religione, ereditata dall'ebraismo: "non avrai altro Dio fuori di me" è, nella tradizione cristiana, il primo dei comandamenti. La religione romana riconosce invece una pluralità di divinità, a cui ciascuna persona è libera di prestare il proprio culto (purché lo presti, una volta che è stato divinizzato, anche all'imperatore).

Per tale ragione, le persecuzioni⁶⁷ nascevano dal fatto che i romani, a partire dalla propria concezione di religione, non riuscivano a comprendere come questi rifiutassero di fare sacrifici all'imperatore. Nessuno chiedeva ai cristiani di rinnegare il proprio Dio: ad essi si chiedeva semplicemente di aggiungere al culto del proprio Dio quello dell'imperatore; ma loro, a partire dalla propria concezione

⁶⁷ Epistola X, 96 di Plinio a Traiano sui processi: *contra Christianos*. Il rescritto di Traiano, ossia la risposta dell'imperatore, indirizzata a Plinio, governatore di una provincia, aveva però validità in tutto l'impero. In NERI C., https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/1465_2014_378_20192.pdf. Plinio a Traiano. «È mia abitudine, signore, riferirti tutto ciò che è per me motivo di dubbio. Chi, infatti, meglio di te potrebbe liberarmi dalle incertezze o illuminare la mia ignoranza? Non intervenni mai ai processi dei Cristiani: non so, di conseguenza, che cosa e fino a che punto si sia soliti punire o si sia soliti inquisire. E sono anche non poco indeciso sul fatto di dovere porre un discrimine d'età, o di potere considerare i giovani non diversamente dagli adulti; o se si debba perdonare a chi si pente, o se a chi fu veramente Cristiano non giovi desistere dall'esserlo; se si debba punire il solo nome, anche in mancanza di un delitto, o i delitti insieme al nome. Nel frattempo, con coloro che mi venivano denunciati come Cristiani, mi sono comportato in questo modo: ho domandato loro se fossero Cristiani; i confessi li ho interrogati di nuovo e di nuovo ancora, una terza volta, minacciandoli della pena capitale; a questa ho ordinato fossero condotti quelli che perseveravano. Non nutro dubbi, infatti, sul punto che, qualunque fosse l'oggetto della confessione, si dovesse punire la caparbietà e l'inflessibile ostinazione. Vi furono altri affetti da analoga pazzia, che, in quanto cittadini di Roma, ho deciso di fare ricondurre in città. Diffondendosi poi la colpa, come solitamente accade, al solo parlarne accaddero non pochi casi particolari. Mi fu presentato un atto anonimo di denuncia, contenente i nomi di molte persone. Ho ritenuto opportuno lasciare liberi quelli che negavano di essere, od essere stati, Cristiani, dato che, alla stregua del mio esempio, invocarono gli dei e fecero offerte di incenso e vino alla tua immagine, che per ciò avevo comandato fosse portata assieme alle statue dei numi, maledicendo, per di più Cristo, cosa a cui è notorio non si riesce in alcun modo a costringere i veri Cristiani. Altri, indicati da un delatore, ammisero di essere Cristiani, e poi negarono: no stati, ma poi avevano smesso di esserlo, taluni da un triennio, altri già da più tempo, qualcuno persino da vent'anni. Pure costoro venerarono la tua immagine e i simulacri degli dei e maledissero Cristo. Affermavano, d'altra parte, che loro colpa ed il loro errore fosse consistito nell'abitudine di radunarsi in giorno stabilito, prima del sorgere del sole, e intonare preghiere a Cristo, come se fosse un Dio, e impegnarsi con un giuramento di fedeltà non a commettere un qualche delitto, ma, al contrario, a non porre in essere furti, ruberie, adulterio, a mancare di parola, né a rifiutare, una volta che se ne fossero stati richiesti, l'affidamento di cose in custodia; dopo ciò, erano soliti separarsi e trovarsi di nuovo a mangiare, ma un cibo del tutto comune e innocuo; avevano poi cessato questi stessi comportamenti a seguito del mio editto, in cui, secondo i tuoi ordini, avevo vietato le associazioni. Tanto più ritenni necessario indagare su cosa vi fosse di vero, anche con la tortura, su due an-celle, sedicenti ministre. Ma nulla trovai, se non una perversa, sfrenata superstizione. Per questo, sospeso il processo, ricorro al tuo consiglio. La cosa, infatti, mi è parsa meritevole di una consultazione, soprattutto in ragione del numero degli accusati: molti, infatti, di ogni età, grado e sesso sono e saranno processati. E il contagio di questa superstizione è corso non solo per le città, ma anche per i villaggi e per le campagne; vi si può, mi pare, porre termine e rimedio. Certo è abbastanza noto come si sia ricominciato a frequentare i templi ormai deserti, e a ripetere i sacrifici solenni da molto tempo, ormai, abbandonati, a vendere la carne delle vittime, di cui sino ad ora molto raramente si trovava un compratore. Da ciò è facile dedurre quanto grande numero di persone possa correggersi, se sia data opportuna occasione di penitenza. Traiano a Plinio I cristiani e l'Impero romano (I-IV secolo) Hai agito come dovevi, o mio Secondo, nell'esaminare le cause di coloro che ti furono denunciati come Cristiani. Non si può, infatti, stabilire una norma che valga indifferentemente in ogni caso, quasi che abbia, di per sé, carattere di assoluta certezza. Non debbono essere ricercati: se, invece, sono denunciati o accusati, devono essere puniti, in modo, nondimeno, che chi abbia negato di essere Cristiano in maniera evidente, ovvero supplicando i nostri dei, ottenga perdono in ragione della sua penitenza, anche se sia stato sospetto in passato. Le denunce anonime non devono essere prese in considerazione in ordine ad alcun delitto. Sarebbe, infatti, cosa di pessimo esempio, e, d'altronde, non all'altezza dei nostri tempi.

monoteistica della religione, non potevano accedere a questa richiesta, e così il loro rifiuto di adorare l'imperatore veniva interpretato dalle autorità politiche romane nell'unico modo che ad esse pareva sensato: come un atto di sedizione ovvero un attacco allo Stato da reprimere per garantire l'ordine pubblico⁶⁸.

Le persecuzioni finivano nel IV Secolo, con l'Editto di Milano del 313 d. C. firmato da Costantino⁶⁹ con cui veniva garantita a tutti i sudditi dell'Impero la libertà di adottare e professare la religione di loro scelta e, in particolare ai cristiani la piena libertà di religione e di culto, senza preferenze statali per alcuna religione in particolare. Ma tre secoli di persecuzione lasciavano una traccia importante sul modo in cui la comunità cristiana concepiva i rapporti con lo Stato. Lungo tutto questo arco di tempo, infatti, essa doveva darsi una struttura e un'organizzazione autonoma: non potendo ricorrere ai tribunali dello Stato, i cristiani dovevano creare un proprio sistema giudiziario, non potevano contare sul sostegno economico del potere politico e quindi dovevano inventare un autonomo sistema di finanziamento. Essi non potevano condividere la concezione del matrimonio e della famiglia prevalente nel diritto romano e così dovevano dare vita ad un proprio diritto di famiglia. Tutto ciò accentuava, inevitabilmente, l'autonomia e l'indipendenza della comunità cristiana⁷⁰ rispetto al mondo romano ed alle sue istituzioni⁷¹.

⁶⁸ *Atti dei martiri di Scillio* (fine II sec.) in GILIBERTI G., *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, 2001, p. 15. «1. Essendo consoli Presente (per la seconda volta) e Claudiano, sedici giorni prima delle calende di agosto a Cartagine, dopo aver trascinati in tribunale Sperato, Nartzalo e Cittino, Donata, Seconda e Vestia, il proconsole Saturnino disse: potrete meritare l'indulgenza del nostro imperatore se ritornerete a sani propositi. 2. Sperato disse: Non abbiamo mai fatto del male, né mai abbiamo dato opera ad alcuna iniquità; mai abbiamo portato ingiuria, ma maltrattati abbiamo reso grazie: e perciò teniamo in onore il nostro imperatore. 3. Il proconsole Saturnino disse: E noi siamo religiosi e semplice è la nostra religione; noi giuriamo per il genio del nostro imperatore e porgiamo suppliche agli dei per la sua prosperità: ed è ciò che anche voi dovete fare. 4. Sperato disse: Se ascolterai tranquillamente ti dirò un mistero di innocenza. 5. Il proconsole Saturnino rispose: Non porgerò le mie orecchie a te che inizi a dir male della nostra religione; piuttosto giurate per il genio del nostro imperatore. 6. Sperato disse: Io non riconosco l'impero di questo secolo, ma servo quel Dio che nessun uomo ha visto né può vedere coi suoi occhi. Non ho commesso alcun furto: se acquisto qualche cosa pago l'intero prezzo, perché conosco il mio Signore, che è l'imperatore dei re di tutti i popoli».

⁶⁹ O' DONOVAN O. - LOCKWOOD O'DONOVAN J., *From Irenaeus to Grotius: A Sourcebook* Michigan-Cambridge, U.K., 1999, pp. 1 ss. L'autore si riferisce a tale evento come: «a chronological turning point, that of the Constantinian turn of the fourth century, the moment at which, with dizzying suddenness, the church ceased to be persecuted set of the catacombs and became the at first a favored, and then the established, religion of the empire. The significance of that moment continues to excite reflection and disagreement». Gli autori, inoltre, riferiscono che la parola "Costantinianism", «has gained new currency in recent years as a term of criticism in contemporary debates about the posture of Christian faith in society».

⁷⁰ Mc. 12,13-17; Mt. 22,15-22; Lc. 20,19-26 «Date a Dio ciò che è di Dio, date a Cesare ciò che è di Cesare»

⁷¹ Nel 313 le chiese e i monasteri venivano aggiunti alla lista delle associazioni che avevano la capacità di ricevere donazioni o legati così come quella di avere proprietà e diritti contrattuali in

Dal 380 d. C. le cose cambiavano ed il cristianesimo diventava la religione di Stato con l'Editto di Tessalonica dell'imperatore Teodosio.

L'impero romano era ormai inteso come un unico corpo universale, incarnazione di Cristo sulla terra e che aveva creato tutte le persone e tutte le cose. L'imperatore, a sua volta, era visto come capo supremo del diritto romano sia della sfera spirituale sia di quella temporale. Inoltre, il diritto romano era visto come lo strumento più puro che univa la legge naturale e la moralità cristiana. Questa nuova convergenza tra tradizione cristiana e diritto romano consentiva alla Chiesa di imprimere la sua influenza sul diritto romano. Infatti, il riconoscimento legale da parte dell'impero del Cristianesimo aveva contribuito alla sua espansione in tutto l'Occidente.

In particolare, per ciò che qui interessa, è importante rilevare come nei grandi testi legislativi di diritto romano che si sono pervenuti, il Codice Teodosiano e il *Corpus Iuris Civilis*, ritroviamo gli insegnamenti cristiani che riguardano in particolare i sacramenti, le pratiche sessuali, la carità, l'educazione, la condivisione dei beni⁷².

In questa nuova realtà in cui vi era stato il riconoscimento del cristianesimo come religione dell'impero, caratterizzata da un'iterazione tra religione e diritto, vedeva comunque il potere spirituale della Chiesa subordinato a quello temporale del diritto romano, ossia dell'imperatore Costantino. Il clero, le proprietà della Chiesa erano tutte soggette al potere imperale che le proteggeva. Del resto gli imperatori romani convocavano i sinodi e i concili, nominavano, disciplinavano e rimuovevano il clero. Questo fenomeno di subordinazione della Chiesa al potere temporale dello stato dopo la cd. svolta costantiniana, prende il nome di *cesaropapismo*⁷³. A tale subordinazione della religione cristiana alla legge secolare

generale ed il diritto di agire come persone giuridiche attraverso i loro rappresentanti. Inoltre la legislazione di Giustiniano riconosceva le associazioni filantropiche, gli ospedali, ospizi, asili, orfanotrofi, case per i poveri mantenendo un diritto generale di supervisione in capo al vescovo della diocesi.

⁷² In particolare si farà strada il principio, estraneo alla tradizione romana, per il quale il giudice deve applicare la legge scritta e la legge è contenuta in un solo libro, esente da contraddizioni. Se queste sembrano esserci, spetta al sapiente dimostrare che sono apparenti. La fondamentale rilevanza del testo scritto, derivata dalla tradizione ebraica antica (che riconduceva l'individuazione delle regole di condotta al libro della Legge), entra nella tradizione patristica (che doveva tra l'altro coordinare l'Antico e il Nuovo Testamento, non sempre pienamente coincidenti) e diventa poi elemento fondamentale della tradizione giuridica europea

⁷³ In particolare, a Costantinopoli, si affermò una vera e propria forma di cesaropapismo, cioè di ingerenza e controllo dell'autorità imperiale e statale sulla materia religiosa e sulla gerarchia ecclesiastica, con conseguenze storiche di lunga durata. Quanto alla storiografia cattolica, è bene

dell'impero, si opponevano figure ecclesiastiche importanti come il Vescovo Ambrogio di Milano⁷⁴, Papa Gelasio⁷⁵ e Papa Gregorio Magno. Secondo queste figure religiose, i due poteri, entrambi voluti da Dio, erano reciprocamente indipendenti, nel senso che ciascuno doveva agire, nella sua sfera, senza interferenze da parte dell'altro: nel secolo è il sacerdote a seguire le leggi dell'imperatore, ma nelle cose della religione accade il contrario.

L'idea che l'ordine civile e quello religioso costituiscono due gerarchie distinte, pur ispirate a valori coincidenti, caratterizzava la tradizione giuridica europea rispetto alle altre civiltà (per esempio, l'ebraica) ove tale distinzione non esisteva. Il legame tra le due istituzioni era comunque molto stretto: non era un caso perciò, in questo quadro, che i pontefici usano per risolvere anche le questioni interne alla chiesa il diritto romano. Proprio a papa Gregorio Magno si deve così l'ultima traccia del *Digesto*, prima che questo testo scomparisse dalla vita giuridica dell'Occidente per più di quattro secoli. In un'istruzione data al suo incaricato mandato in Iberia nel 603 a dirimere una controversia, papa Gregorio indicava tra le norme da usare per risolvere il caso appunto alcuni passi del codice e uno del *Digesto*, citato e trascritto con precisione, a riprova del fatto che la curia romana probabilmente ne custodiva una copia integrale.

Come anticipato, dal IV secolo in poi, la legislazione imperiale recepiva comunque principi ed istituti nuovi, in parte derivati dalla tradizione greco-ellenistica e in parte ispirati ai valori del cristianesimo. Alcuni storici hanno definito «diritto romano cristiano⁷⁶» il filone legislativo postclassico ispirato a principi di umanità; altri ritengono invece che molte disposizioni di carattere umanitario possano essere derivati da apporti culturali di altro segno, ad esempio di origine stoica. Si tratta comunque di novità importanti: l'attenuazione del regime aspro

precisare che c'era una forte critica al cesaropapismo e tale dottrina prendeva il nome di "papocesarismo", cioè la monarchia pontificia e l'uso strumentale dei poteri dello Stato. Ambrogio da Milano, nei suoi rapporti soprattutto con l'imperatore Teodosio dava un contributo importante e decisivo a questa dottrina. Vedi più approfonditamente: GALAVOTTI E.-ESPOSITO L., *Cristianesimo primitivo. Dalle origini alla svolta costantiniana*, 2011, pp. 5-8.

⁷⁴ Ambrogio, vescovo di Milano, nel 390, esclude dalla comunione l'imperatore Teodosio che aveva ordinato una rappresaglia nei confronti degli abitanti di Tessalonica ove un funzionario imperiale era stato ucciso. Solo dopo aver pubblicamente riconosciuto il suo errore e aver chiesto perdono, l'imperatore venne riammesso in Chiesa.

⁷⁵ Papa Gelasio I, in una lettera indirizzata nel 494 all'imperatore Anastasio ed in un trattato di poco successivo, definì impero e papato *dignitates distinctae*, rispettivamente intese alla tutela dell'ordine temporale e al conseguimento della vita eterna.

⁷⁶ Si riferisce di un diritto romano cristiano, BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1952;

della patria *potestas*, cioè gli amplissimi poteri che il diritto romano attribuiva al padre di famiglia; la limitazione del diritto, in precedenza estesissimo, di vendita dei figli; la punizione degli abusi del padre e la tutela della successione, restringendo a casi estremi la diseredazione. Venivano tutelati anche gli schiavi mediante il divieto di dividere le famiglie vendendo uno dei coniugi, e favorendo l'acquisto da parte degli schiavi stessi della loro libertà, sia per concessione del padrone sia riscattandola con i propri guadagni (varie forme nuove venivano introdotte per le 'manomissioni' e le 'affrancazioni'). Nel matrimonio si limitavano le cause di scioglimento unilaterale (anche se non si arrivò mai, nonostante le insistenze della Chiesa, a negare l'idea romana che il matrimonio nascesse con il consenso). Si migliorava anche la condizione della donna, che veniva tutelata nella successione e negli altri suoi diritti economici. Anche l'amministrazione della giustizia subiva importanti trasformazioni. Con l'ampliamento dei poteri del giudice, infatti, processo civile si trasformava gradualmente in un complesso di atti scritti in cui le prove non erano più lasciate alla libera valutazione del giudice; si stabiliva, invece, una graduazione di attendibilità della testimonianza, in base alla regola sul numero dei testi o alla condizione personale del teste. In questi secoli storia religiosa e civile, come si è accennato, furono talmente legate che era impossibile prescindere dalle istituzioni ed influenze della Chiesa⁷⁷.

⁷⁷ Questa concezione del diritto continuava a essere centrale e a svilupparsi in tutto l'Occidente, anche dopo la caduta dell'Impero Romano nel 476, ed in particolare presso le numerose popolazioni Germaniche. Il diritto germanico si traduce soprattutto con il diritto feudale. Questo diritto non ha unità, poiché appartiene a numerose popolazioni germaniche che possiedono ognuna un diritto particolare: franchi, longobardi, burgundi, angli e sassoni, visigoti e normanni ecc. Il diritto germanico si distingue da quello romano in diversi punti essenziali: a) il diritto germanico si fonda sulle consuetudini e non sull'autorità del legislatore; b) il diritto germanico non distingue la funzione della persona, e per questo, la maggior parte delle funzioni pubbliche sono ereditarie; c) il diritto germanico, infine, dà molta importanza ai vincoli personali e questo spiega il posto d'onore dei giuramenti, della responsabilità collettiva, del castigo e della riconciliazione SKA J.L., *Diritto biblico e democrazia occidentale*, in *La Civiltà Cattolica*, Quaderni 3685-3690, 2004, pp. 12 ss.. Si è parlato di diritto feudale dal XII al XIX secolo e tale espressione era ricollegata alle relazioni tra signore-vassallo e tra affittuari e dipendenti. Il termine feudalesimo veniva coniato solo nel XIX secolo. Si veda HERLIHY D., *The Hhistory of Feudalism*, New York, 1970; DUBY G., MANDROU R., *Storia della civiltà francese*, Milano, 1990. Invece, per una panoramica sulla storia del cristianesimo nell'età feudale, si veda: DE LUCA G., *Il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*, Firenze, 1839; DE ROSA G., *Tempo religioso e tempo storico. Saggi e note di storia sociale e religiosa dal Medioevo all'età contemporanea*, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 1998; VIOLANTE C., *Chiesa feudale e riforme in Occidente (sec. X-XII)*, 1999.

⁷⁷ Le leggi del re dei Sassoni, Alfredo il Grande, riprendono nel loro preambolo i Dieci Comandamenti, poiché riaffermano il valore delle leggi di Mosè e proseguono con un riassunto degli Atti degli Apostoli

In conclusione, in questo paragrafo si è inteso mettere in luce come la conversione dell'impero romano al cristianesimo abbia prodotto significativi cambiamenti anche nell'evoluzione del diritto romano stesso. Proprio per tale ragione questa è la prima tappa fondamentale per comprendere l'interazione tra *Law and Religion*.

2. Diritto e religione nel diritto canonico delle origini.

Il diritto canonico⁷⁸ è stato ritenuto da molti studiosi il primo sistema giuridico occidentale moderno. Fin dai primi secoli dopo Cristo può essere individuato un vero e proprio diritto della Chiesa⁷⁹.

Nonostante, come vedremo nel paragrafo successivo, il diritto canonico sia stato ridotto a sistema solo tra il 1050 e il 1200, non vi è dubbio che esista un ordine giuridico della Chiesa sin dalle origini⁸⁰. Le fonti del diritto canonico della Chiesa erano: 1) i precetti ricavabili dalla Sacra Scrittura, in particolare, la Bibbia (dalla quale la chiesa ricava l'autorità dei Dieci Comandamenti e di molti altri principi morali, formulati come ordini divini⁸¹); b) lettere dei Padri Apostolici⁸² e altri scritti

⁷⁸ FANTAPPIÈ C., *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, 2011. Il diritto canonico si chiama così dal termine *kanon*, che significa «regola». Questo termine venne usato dall'inizio del sec. IV per designare le decisioni dei Concili (nel primo Millennio quelli ecumenici ebbero tutti luogo in Oriente e la lingua era il greco). Il termine *kánon* venne poi usato anche per designare le leggi della Chiesa, distinguendole da quelle emanate dall'imperatore che si chiamavano *lex* (plur. *leges*), termine latino corrispondente al greco *nomos*. L'autore offre nel suo testo una ricostruzione del diritto canonico. In particolare, per quanto attiene le caratteristiche fondamentali di tale diritto, ci appare opportuno segnalare che: lo scopo del diritto canonico non è solo quello di regolare le relazioni interne alla comunità dei fedeli, ma è finalizzato in ultima istanza a guidare i fedeli verso la trascendenza che per ciascun fedele significa il paradiso, la beatitudine celeste, la felicità eterna, il ricongiungimento di sé con Dio e con gli altri nella pienezza di comunione. Quindi è un ordinamento che per sua natura è rivolto e tende verso l'Alto. Accanto alla dimensione trascendente, nel diritto canonico ve n'è un'altra che sembrerebbe opposta ma in realtà ne costituisce il suo risvolto necessario: la dimensione della storicità. Come avremo modo di vedere, il diritto canonico si caratterizza per una peculiare concretezza: la norma va sempre calata in rapporto alla persona che ha un nome e una storia che sono diversi da quelli degli altri. Ma la persona è qualcosa che vive, come la Chiesa, nella storia ossia dentro un tessuto concreto fatto di altre persone, di condizioni di vita, di strutture e culture proprie di una società e di un'epoca. Trascendenza e storicità sono i due poli dialettici della stessa dimensione della vita dell'uomo.

⁷⁹ Non abbiamo ora la pretesa di offrire una vera e propria «storia del diritto canonico». Cercheremo semplicemente di ricordare alcuni punti significativi nello sviluppo del diritto canonico che ci aiuteranno a comprendere meglio le diverse questioni che vengono dibattute in questa ricerca.

⁸⁰ Questo periodo, detto delle origini o *pregraziano* va dal I all'XI secolo.

⁸¹ La Bibbia, inoltre, trasmetteva la fede in un ordine universale governato da Dio quale legislatore e giudice supremo.

⁸² Tra le lettere dei padri apostolici ricordiamo: Lettera di Barnaba, Lettera di Clemente, Lettera di Ignazio di Antiochia, Lettera a Diogneto, Lettere di San Paolo, Lettere ai Corinzi.

cd. liturgici (ad esempio, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, la *Didache*⁸³).

In particolare, è possibile ricavare da tre testi in particolare l'interazione tra diritto e religione nel diritto canonico delle origini, in particolare nella Bibbia⁸⁴. Ci riferiamo al libro dell'Esodo: i riferimenti sono i capitoli: 21:12⁸⁵, 22:19⁸⁶, 21:1-21:2⁸⁷, e ai capitoli 22:20- 23:12⁸⁸, che indicano una serie di regole per tutelare i deboli, come le vedove, gli orfani, i poveri e gli stranieri, o i versetti che si riferiscono agli schiavi (21.2⁸⁹). In particolare, per quanto riguarda la schiavitù, questi versetti assumevano una grande rilevanza, dal momento che anche gli schiavi potevano essere visti come persone e come tali potevano potenzialmente essere liberi: per esempio, il versetto 21:20 affermava che «Se uno percuote il suo servo o la sua serva col bastone sì che gli muoiano fra le mani, il padrone dev'esser punito»: così gli schiavi non erano più concepiti solo come “cose parlanti”, con le quali il proprietario poteva fare ciò che voleva.

Si nota qui una connessione tra l'idea di giustizia, carità, e pietà verso i soggetti più deboli ed inferiori che risulta molto importante per lo sviluppo successivo del diritto: questa connessione, infatti, permetteva un'evoluzione del diritto nel senso di uno sviluppo della persona umana. Ma vi è di più: la connessione tra la protezione dei più deboli e il diritto, sembrava preparare la strada per la successiva istituzionalizzazione, attraverso i contributi a vedove e orfani, del *welfare* e dell'assistenza sanitaria dello stato e del diritto all'educazione.

⁸³ Tra gli altri scritti liturgici vi sono la *Didascalia* e le *Constitutiones Apostolorum* che contenevano molte norme ecclesiastiche di condotta destinate a servire come base delle sentenze ecclesiastiche. Per commenti ed indicazioni bibliografiche si veda, tra gli altri: KLEIST J.A., *The Didachè*, Westminster, 1948; FERME B.E., *Introduzione alla storia delle fonti del diritto canonico*, Roma, 1998, pp. 47-48; ID., *Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Roma, 1998.

⁸⁴ In particolare, per quanto attiene gli studi di *Law and Religion* nel diritto canonico delle origini ed in particolare nella bibbia si veda WELKER M., *Law and Religion in the biblical canon*, in FERRARI S., *Routledge Handbook of Law and Religion*, op. cit., pp. 17-27.

⁸⁵ Che recita: «Chi percuote un uomo sì ch'egli muoia, dev'esser messo a morte».

⁸⁶ *Chi s'accoppia con una bestia dovrà esser messo a morte.*

⁸⁷ Che recitano rispettivamente: «Or queste sono le leggi che tu porrai dinanzi a loro; Se non le fa queste tre cose, ella se ne andrà senza pagamento di prezzo».

⁸⁸ Che così recitano: «Chi offre sacrifici ad altri dèi, fuori che all'Eterno solo, sarà sterminato come anatema; Per sei giorni farai il tuo lavoro; ma il settimo giorno ti riposarai, affinché il tuo bue e il tuo asino possano riposarsi, e il figliuolo della tua serva e il forestiero possano riprender fiato».

⁸⁹ *Se comprì un servo ebreo, egli ti servirà per sei anni; ma il settimo se ne andrà libero, senza pagar nulla.*

Ci sono anche altri capitoli contenenti regole giuridiche minimali⁹⁰, in cui la prima proposizione indica il tipo di offesa che è possibile arrecare a taluno e la seconda proposizione indica, invece, quali sono le conseguenze giuridiche di un determinato comportamento; queste regole vengono chiamate anche leggi apodittiche⁹¹ che sono leggi sacre che vengono proclamate con autorità divina presso i santuari e che non necessitano di alcuna motivazione in quanto sono veri e propri comandamenti di Dio⁹². Secondo molti studiosi, questi versi del Libro dell'Esodo contengono dei racconti con l'indicazione di regole giuridiche minimali, che indicano in modo astratto i tipi di conflitti che potevano avvenire tra i consociati e la relativa sanzione⁹³: quindi un insegnamento ripetuto e testato viene elevato a modello di regolamentazione giuridica⁹⁴. Ogni sanzione poi è differente; il furto di animali è punito con sanzioni differenti a seconda dell'animale rubato, mangiato o venduto (Esodo 22:01⁹⁵), e differenze vi sono anche in tema di omicidio (Esodo 21:12- 22:02,-22:03⁹⁶). Questi casi sono caratterizzati da diversi livelli di compensazione dell'offesa e ciò ha probabilmente anche un effetto deterrente, in conseguenza proprio della pena (per esempio, omicidio e omicidio colposo avevano pene diverse, 21:12 e seguenti⁹⁷). In ogni caso, l'idea di legge che formula precisi

⁹⁰ In particolare ci si riferisce ai capitoli dell'esodo 21:33 e 21:35 i quali recitano rispettivamente: «Se il bue d'un uomo perisce il bue d'un altro si ch'esso muoia, si venderà il bue vivo e se ne dividerà il prezzo; e anche il bue morto sarà diviso fra loro; Se uno apre una fossa, o se uno scava una fossa e non la copre, e un bue o un asino vi cade dentro. C'erano, poi, altre regole che distinguevano a seconda della tipologia di animale».

⁹¹ Cfr. WEINFELD M., *Deuteronomy and Deuteronomical Chool, The Origin of the Apodictic Law, Vetus Testamentus*, Oxford, 1972.

⁹² Nell'Antico Testamento esistono serie di comandamenti apodittici, che consentono di farsi un'idea dell'aspetto etico della religione. Si pensi ad esempio, al decalogo culturale dove si trovano prescrizioni culturali: proibizione di adorare altri dei, prescrizioni sulle festività e i sacrifici.

⁹³ Cfr. BOECKER H.J., *Law and Administration of Justice in the Old Testament and Ancient East*, Minneapolis, 1980, il quale parla di questi enunciato del Libro dell'Esodo come "caustic law".

⁹⁴ SCHWIENHORST-SCHONBERGER L., *Das Bundesbuch (20,22-23,33) Studien zu seiner Entstehung und Theologie*, Berlin, 1990.

⁹⁵ "Se uno ruba un bue o una pecora e li ammazza o li vende, restituirà cinque buoi per il bue e quattro pecore per la pecora".

⁹⁶ Il primo versetto recita: *Chi percuote un uomo si ch'egli muoia, dev'esser messo a morte*; il secondo: "Se il ladro, colto nell'atto di fare uno scasso, è percosso e muore, non v'è delitto d'omicidio; il secondo versetto recita: *Se il sole era levato quand'avvenne il fatto, vi sarà delitto d'omicidio. Il ladro dovrà risarcire il danno; se non ha di che risarcirlo, sarà venduto per ciò che ha rubato*".

⁹⁷ Per esempio si vedano i seguenti versetti tratti dal libro dell'Esodo: «Chi percuote un uomo si ch'egli muoia, dev'esser messo a morte. 21:13 Se non gli ha teso agguato, ma Dio gliel'ha fatto cader sotto mano, io ti stabilirò un luogo dov'ei si possa rifugiare. 21:14 Se alcuno con premeditazione uccide il suo prossimo mediante insidia, tu lo strapperai anche dal mio altare, per farlo morire. 21:15 Chi percuote suo padre o sua madre dev'esser messo a morte. 21:16 Chi ruba un uomo sia che l'abbia venduto o che gli sia trovato nelle mani dev'esser messo a morte. 21:17 Chi maledice suo padre o sua madre dev'esser messo a morte. 21:18 Se degli uomini vengono a rissa, e

obblighi giuridici si rinviene nella famosa “*Legge del Taglione*” (Esodo 21: 23-25): in caso di particolari ferite nei conflitti fisici, all'autorità incaricata di amministrare la giustizia viene istruito: «se ne segue danno, darai vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, scottatura per scottatura, ferita per ferita, contusione per contusione⁹⁸». In ogni caso, però, queste punizioni per la cessazione dei conflitti non raggiungevano il livello di una vera e propria regolamentazione giuridica.

A partire dal III secolo, alle lettere e agli scritti canonico-liturgici, si affiancano altri due tipi di fonti: gli scritti dei Padri della Chiesa (Ambrogio, Agostino, Girolamo) e i canoni dei primi concili.

Per quanto attiene gli scritti dei padri della Chiesa queste non sono vere e proprie fonti normative, anche se è stato attribuito loro tale valore (in particolare ad alcuni enunciati di carattere morale contenuti in queste fonti). Mentre, per quanto attiene le decisioni dei Concili o dei Sinodi (chiamati *canones*⁹⁹), questi assumono subito grande importanza nel sistema giuridico della Chiesa¹⁰⁰.

uno percuote l'altro con una pietra o col pugno, e quello non muoia, ma debba mettersi a letto, se si rileva e può camminar fuori appoggiato al suo bastone, colui che lo percosse sarà assolto; soltanto, lo indennizzerà del tempo che ha perduto e lo farà curare fino a guarigione compiuta».

⁹⁸ La formula " occhio per occhio, dente per dente " è stata intesa come espressione di un pensiero di vendetta e rappresaglia. Tuttavia, la formula taglione aveva lo scopo di limitare le dinamiche violente di vendetta. In WELKER M., *The Power of Mercy in Biblical Law*, in *Journal of Law and Religion*, 29(2), 2014, pp. 225-235. In particolare si veda, in questo senso, SCHMID K., *The Genesis of Normativity in Biblical Law*, in WELKER M.-ETSELMULLER G., *Concepts of Law in the Sciences, Legal Studies, and Theology*, Tubingen, 2013, il quale scrive: «The point is to limit that mechanism of vengeance triggered by a particular harm, and to allow for the survival of those concerned... The escalation of revenge... should be prevented through use of the talion. Therefore, one could paraphrase the talion formula as: Only one life for a life, only one eye for an eye, only one tooth for a tooth».

⁹⁹ La parola greca *kanon*, originariamente significava bastoncino, poi unità di misura ed infine regola o norma, e iniziava così ad acquistare il significato giuridico tecnico di diritto promulgato da un sinodo, da un concilio ecumenico o da un singolo vescovo. Le raccolte di canoni conciliari più antichi sono: la *Prisca (o Itala)* e *Syntagma canonum*.

¹⁰⁰ Si tratta dei concili ecumenici (assemblee di Vescovi che avevano competenza in materia di fede, morale, disciplina, organizzazione ecclesiastica). I primi Concili ecumenici erano quelli del Nord Africa, di Arles (313) Nicea (325) Costantinopoli (381) Efeso (431) Calcedonia (451). I concili Nord-africani statuivano quale doveva essere il destino dei cristiani non osservanti. Un altro importante Concilio era quello di Arles nel 314 d.C. che sanciva che nessuna poteva essere ribattezzato. A Nicea, i vescovi esercitavano poteri ben più ampi, tra cui quello di confermare le vecchie consuetudini (ad esempio il canone 4 riguardava l'elezione dei vescovi e il canone 6 preservava le prerogative delle sedi vescovili dei patriarchi di Alessandria e Anatochia), di abrogare consuetudini precedenti (come il canone 15 che aboliva l'usanza dei vescovi, presti, diaconi itineranti) e di promulgare nuove norme per le nuove situazioni (come, ad esempio, il canone 18 che si occupa del ruolo liturgico dei diaconi ed il canone 17 che dispone un nuovo battesimo dei pauciani che desideravo tornare alla Chiesa). Invece il concilio di Calcedonia prescriveva per ogni diocesi un economo (il canone 26 obbligava ogni chiesa che ha un proprio vescovo ad avere anche un economo, scelto dal clero, che amministri i beni sotto l'autorità dello stesso vescovo, in modo tale che non siano vescovi che amministrino i beni senza economo e i beni della Chiesa non vengano

A partire dal IV-V secolo, il pontefice interviene nella vita delle comunità locali con propri provvedimenti (le *decretales*) di carattere normativo ed amministrativo; quindi, insieme ai *canones* le *decretales* rappresentano, in quei secoli, il nucleo del diritto canonico. Tra le più importanti *decretales* ricordiamo la *Collectio Dionisiana* (*Corpus Canonum*¹⁰¹) compilata a Roma nel 500 d. C. e riprodotta poi in varie versioni, delle quali una detta Adriana. Un'altra importante collezione è l'*Hispana*, elaborata in Spagna nel VIII secolo e attribuita a Sant'Isidoro di Siviglia¹⁰², inoltre, hanno diffusione a partire dal VI-VII secolo fino alla metà del IX, i c.d. Libri penitenziali, contenenti annotazioni o tabelle che indicano le trasgressioni con le correlate penitenze da infliggere: Penitenziale *Columbani* o Penitenziale del venerabile Beda.

Le fonti appena citate provano, quindi, che all'interno della comunità cristiana esistono già dai primi secoli d.C., delle autorità costituite che emanano e applicano norme in materia di morale, di fede, di disciplina e di struttura e organizzazione ecclesiastica. Ma c'è da rilevare che nessuna di queste riflette l'esistenza di un sistema giuridico, vuole o pretende di essere universale e completa.

Nelle prime compilazioni, i contenuti sono disposti in ordine cronologico e mescolano le regole giuridiche con precetti morali, dottrine teologiche e formule liturgiche anche se molte riguardano problematiche afferenti al diritto. Per esempio, si regolano le finanze, il patrimonio ecclesiastico oppure la nomina delle autorità ecclesiastiche, le procedure per la soluzione delle controversie all'interno del clero, le sanzioni disciplinari, le relazioni tra l'autorità ecclesiastica e secolare, i delitti nonché le relazioni matrimoniali e familiari.

Le norme ecclesiastiche, sia in Oriente che in Occidente, sono anche fortemente influenzate dal diritto romano vigente; i concetti e le norme del diritto

dilapidati). Cfr. SCHROEDER H.J., *The Disciplinary Decrees of the General Councils*, St. Louis, 1937, pp. 8-58. Agli inizi del VI sec., Giustiniano decretava: «riceviamo gli insegnamenti religiosi di questi sinodi (Nicaea, Costantinopoli, Efeso e Calcedoni) come sacre scritture e osserviamo i canoni emanati da esse come legge». Da quel momento in poi si tenevano altri quattro Concili ecumenici generali in Oriente Costantinopoli II (553), Costantinopoli III (680), Nicaea II (787), Costantinopoli IV (869).

¹⁰¹ Redatta intorno al IV secolo era una raccolta di canoni e decretali composta dal monaco Dionigi il Piccolo.

¹⁰² Uno degli scopi principali dell'autore era quello di combattere la soggezione dei vescovi alle autorità secolari e agli arcivescovi legati al potere secolare. L'*Hispana* rappresentava così un'anticipazione delle prime compilazioni di canoni, perché i testi, benché sistemati ancora cronologicamente sono anche suddivisi in alcuni titoli per materia. Si veda, in generale. FOURNIER P. - LE BRAS G., *Historie des collections canoniques en Occident*, Parigi, 1931; VON HOVE A., *Prolegomena ad Codicem Iuris canonici*, Roma, 1945.

romano classico e post-classico continuano ad esistere specialmente in materia di proprietà, eredità e contratti¹⁰³. Gran parte del diritto romano, infatti, ha carattere religioso: si pensi, per esempio, che il termine latino *lex* viene fuso con la parola canone nella parola *nomocanones* che è il titolo delle raccolte promulgate periodicamente dagli imperatori bizantini in Oriente i quali combinano norme laiche ed ecclesiastiche¹⁰⁴; ma anche in Occidente le norme in materia ecclesiastica sono emanate frequentemente da re ed imperatori (gli imperatori franchi affermavano di aver ereditato l'eredità imperiale di Roma sulla Chiesa) e si ritiene che la Chiesa sia portatrice di diritto romano. Vi sono leggi ecclesiastiche, un ordine giuridico interno alla Chiesa, ma nessun sistema completo di diritto, ovvero nessun corpo autonomo e completo di principi giuridici e di procedure ecclesiastiche nettamente differenziato dalla teologia o liturgia¹⁰⁵.

In conclusione, il primo sistema giuridico occidentale è rappresentato proprio dal nuovo sistema di diritto canonico della Chiesa cattolica romana che si divide in diritto antico (i primi testi e canoni) e in diritto nuovo (legislazione, dalle decisioni ed interpretazioni dei testi e canoni degli autori del tempo). Di conseguenza, al dilagare di questi sistemi, i regni d'Europa iniziano a creare propri

¹⁰³ Le compilazioni di Giustiniano e dei suoi successori in Oriente comprendevano un gran numero di disposizioni imperiali sulla liturgia e teologia, così come il potere ecclesiastico.

¹⁰⁴ Molto spesso questi testi vengono trascurate dagli studiosi di diritto canonico. Si veda l'opera di MONTREUIL G.A.B., *Nomokanon in Fifty Titles*, Paris, 1843, pp. 217; ID. *Nomokanon in Fourteen Titles*, Paris, 1848, p. 481; FRESHFIELD E.H., *Roman Law in the Later Roman Empire*, Cambridge, 1932. Infatti l'esistenza di numerose leggi ecclesiastiche ha condotto molti studiosi a mettere in dubbio la tesi di Rudolph Sohm, un famoso storico del diritto tedesco secondo cui il "vecchio diritto canonico" della Chiesa era essenzialmente di natura sacramentale e che, solo dopo il Decreto di Graziano, il diritto canonico diventava veramente giuridico. Lo storico sosteneva che prima del XXII secolo la Chiesa fosse solamente una comunità spirituale non giuridica. SOHM R., *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, Leipzig, 1914. In senso contrario a Sohm, si veda KUTTNER S., *Some Considerations on the Role of Secular Law and Institution in the History of Canon Law*, Oaks, 1950, p. 356. Il quale afferma: «l'intreccio di spirituale e materiale, l'aspetto corporativo della chiesa è vecchio quanto la chiesa stessa e (...) si fonda sulla duplice natura di essa quale comunità spirituale e società corporativa allo stesso tempo (...). Sohm non si accorge dell'operatività dell'elemento giuridico del primo diritto canonico in parte a causa del suo rifiuto del dualismo di base, ovvero, dell'esistenza dell'elemento sacramentale e giurisdizionale del diritto della chiesa primitiva ed antica». Ed aggiunge: «il contrasto che Sohm avrebbe dovuto sottolineare era quello tra due diversi modi di pensiero giuridico, ad esempio tra la razionalizzazione dialettica del dodicesimo secolo e il tradizionalismo lineare dei primi secoli». KUTTNER S., *op. cit.*, afferma che: «l'intreccio del diritto ecclesiastico con la liturgia e la teologia era così forte che apparentemente a nessuno venne in mente di enucleare l'aspetto giuridico e di trasformarlo in un sistema. Infatti, nelle raccolte di leggi ecclesiastiche che furono compilate prima del tardo undicesimo secolo, le norme giuridiche erano interamente mescolate con i precetti (e i non-precetti) del culto e della fede».

¹⁰⁵ Come vedremo nel paragrafo successivo, la riduzione a sistema delle leggi della Chiesa è avvenuto nel tardo XI e nel XII secolo e tale sistemazione era strettamente collegata alla Rivoluzione Pontificia.

sistemi giuridici laici e nascono città con proprie istituzioni giuridiche e politiche che danno origine a un nuovo tipo di diritto cittadino.

3. Diritto e religione nel medioevo: la riforma papale.

Il secondo periodo storico che ci interessa analizzare è quello che va dal 1075 al 1112, in cui avviene la rivoluzione pontificia, chiamata anche la *reformatio*¹⁰⁶ di Papa Gregorio VII¹⁰⁷; questo evento, infatti, è stato parte e frutto di una profonda trasformazione della società Occidentale.

Tale rivoluzione è definita transnazionale perché avvenuta in ogni parte d'Europa nell'interesse del clero e sotto la guida del papa contro la dominazione imperiale, regia e feudale¹⁰⁸. Prima dell'XI secolo in Europa occidentale il diritto non era concepito come un sistema unitario, un "corpo" di regole; tale carattere non sistematico delle norme era direttamente collegato alle condizioni politiche, economiche e sociali dominanti, incluso il carattere prevalentemente locale delle comunità tribali. Ciascun popolo aveva il proprio ordinamento giuridico, che comprendeva gli atti emanati di volta in volta dalle autorità centrali, imperiali e regie, insieme ad un numero considerevole di norme non scritte sia laiche che ecclesiastiche (consuetudini). Non esistevano scuole di

¹⁰⁶ Un'altra espressione utilizzata per indicare la stessa epoca è "Lotta per le investiture" e sottolinea la lotta del papato per strappare all'imperatore e ai sovrani il potere di investire i vescovi con i simboli della loro autorità. Ma è stato ritenuto che anche questo slogan non offra un'idea adeguata delle dimensioni della trasformazione rivoluzionaria, che molti storici hanno considerato essere la prima importante svolta nella storia europea e che alcuni hanno riconosciuto come l'inizio dell'età moderna. Alcuni studiosi riferiscono che: «erano in gioco la libertà delle due sfere, del sacro e del profano da cui si sprigionò un'energia ed una creatività analoghe a quelle di un processo di fissione nucleare». Il concetto di Rivoluzione pontificia come momento fondamentale di rottura della continuità storica della Chiesa e come la prima delle grandi rivoluzioni della storia occidentale veniva introdotta da ROSENSTOCK-HUESSY E., *Die europaischen Revolution*, Stuttgart, 1933. Si veda anche TELLENBACH G., *Libertas, Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites*, Stuttgart, 1936, pp. 111 e 164 che afferma: «il movimento di liberazione della Chiesa dal controllo regio e laico in genere, costituì una grande rivoluzione nella storia universale e che il papa Gregorio VII si trovò ad una delle maggiori svolte- forse unica dal punto di vista spirituale- della storia della cristianità occidentale (...). Egli aveva uno spirito rivoluzionario; la semplice riforma, nel senso comune del termine non poteva soddisfarlo».

¹⁰⁷ Maitland chiamava questo periodo: "secolo giuridico" ritenendo il XII secolo in cui si formava la tradizione giuridica occidentale in MAITLAND F. W., *The History of English Law before the time of Edward I*, Cambridge, 1911.

¹⁰⁸ Tutte le rivoluzioni del XVI secolo - Riforma Protestante in Germania, la Rivoluzione francese e Russa - ad eccezione di quella americana erano dirette in parte contro la Chiesa cattolica romana (o ortodossa in Russia) e tutte trasferivano grosse porzioni del diritto canonico dalla Chiesa allo Stato nazionale, secolarizzandolo. In questo modo tutti i sistemi giuridici, sia ecclesiastico che secolare, creati dopo la riforma papale, contengono elementi costitutivi di questi due sistemi che finivano nel diritto secolare di tutte le nazioni europee.

diritto o testi autorevoli che indicassero le categorie giuridiche fondamentali come i delitti, i contratti, la proprietà ed altri che costituiranno poi gli elementi di base dei sistemi giuridici occidentali. Il dato che più di tutti ci interessa sottolineare, è che il diritto “laico” ed ecclesiastico non erano affatto separati: in particolare, sia nella sfera ecclesiastica sia in quella laica mancava una netta separazione del diritto da altri processi di controllo sociale¹⁰⁹. Come vedremo, verso la fine dell’XI secolo e durante il XII e XIII si verificava in Europa occidentale un mutamento fondamentale nel diritto, dovuto a mutamenti sia politici che intellettuali e il diritto veniva separato dal resto.

In politica emergevano forti autorità centrali, sia ecclesiastiche che secolari, il cui controllo si estendeva attraverso funzionari da quelle centrali a quelle locali. In collegamento con questo fenomeno nascevano una classe di giuristi di professione (magistrati e avvocati) e le prime università europee, dove per la prima volta veniva insegnato il diritto come un corpo distinto e sistematico di conoscenze: come una scienza all’interno della quale le singole decisioni, norme e leggi scritte erano studiate in maniera obiettiva e spiegate alla luce di principi generali propri di quel sistema. Prendevano vita così le prime facoltà di giurisprudenza¹¹⁰ dedicate alla stesura dei primi trattati giuridici: vi era, infatti, la volontà di ridurre il diritto ad un corpo unico attraverso la sistematizzazione della grande massa di materiale giuridico ereditata. La scienza giuridica occidentale, quindi, in quel periodo era

¹⁰⁹ Il diritto laico non era separato, per esempio, dalla consuetudine tribale, locale e feudale comune o da quella della casa reale o imperiale. Allo stesso modo il diritto ecclesiastico permeava tutta la vita della Chiesa e anche questo era soprattutto locale, regionale o consuetudinario e non scritto e proveniente da un’autorità centrale.

¹¹⁰ Verso la fine dell’XI secolo, i testi di diritto romano recentemente ritrovati venivano copiati e iniziavano a essere studiati in varie città, sia in Italia che altrove. gli studenti si riunivano e assumevano ogni anno un professore perché spiegasse loro tali testi. come noto, un professore in particolare, passato alla storia come Irnerio, che iniziava a insegnare in Italia settentrionale, a bologna, nel 1087 circa acquisiva una grande fama, così studenti da tutto l’Europa si radunavano intono a lui. HASKINS C., *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge, 1927, p. 199 riferisce che: «Ci furono anche altri centri di studi giuridici prima di Bologna, come Roma, Pavia e Ravenna e giuristi bolognesi c’erano anche prima di Irnerio, in particolare Pepo, “luminosa e splendente stella di Bologna”, che si trova forse nel 1065 e certamente nella decisione di quel caso in cui riaffiora per la prima volta il Digesto di Giustiniano (...) purtroppo, fu Irnerio che finalmente separò il diritto dalla retorica e gli conferì lo status di una materia di studi autonomi, non più fondata su estratti e schemi, ma sui testi del *Corpus Iuris*, il complesso dei quali poteva essere utilizzato per spiegarne le singole parti» si veda anche RASHDALL H., *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1936, pp. 87-267; KNOWLES D., *The Evolution of Medieval Thought*, New York, 1962, pp. 153-184; COING H., *Handbuch der Quellen und Literatur der neuren europaischen Privatrechtsgeschichte*, Munchen, 1973, pp. 39-128. A Bologna nel XIII secolo c’erano 10.000 studenti. SORBELLI A., *Storia della Università di Bologna, Il Medioevo: sec. XI-XV*, Bologna, 1944, p. 209.

influenzata principalmente dalla università che servivano a consolidare il carattere transnazionale della scienza giuridica occidentale¹¹¹ oltre che a dare al diritto stesso una terminologia e un metodo transnazionali¹¹². Ed è proprio il metodo giuridico che veniva insegnato nelle università europee a rendere possibile la costruzione di sistemi giuridici estranei alle diverse consuetudini e leggi preesistenti. Le tecniche di armonizzazione, unite alla fede in un corpo ideale di norme e ad una struttura integrata di principi giuridici, rendeva possibile l'inizio della sintesi del diritto canonico e poi di quello feudale, urbano, commerciale e regio.

Anche a prescindere dalle università, la Chiesa aveva da tempo insegnato che tutto il diritto umano doveva essere comparato alla, e valutato secondo la legge divina e morale; a ciò i giuristi delle università aggiungevano il concetto di diritto umano ideale, il diritto romano dei testi di Giustiniano, che, insieme alla Bibbia, agli scritti dei Padri della Chiesa, alle decretali pontificie e dei concili e ad altri testi sacri, fornivano i principi giuridici di base e i modelli per sottoporre a critica e valutazione le norme giuridiche e le istituzioni esistenti.

La combinazione del fattore politico e culturale-intellettuale favoriva la creazione dei sistemi giuridici occidentali e in molte città d'Europa, nascevano città ciascuna con le proprie istituzioni giuridiche e politiche, le quali davano origine ad un nuovo tipo di diritto cittadino. Comparivano anche i primi sistemi di diritto

¹¹¹ KNOWLES D., *Evolution of Medieval Thought*, Oxford, 1962, pp. 80-81, scrive: «Per trecento anni, dal 1050 al 1350, e soprattutto tra il 1070 e il 1170, tutta l'Europa istruita formò una singola unità culturale indifferenziata. Tra Edimburgo, Palermo, Mainz o Lund e Toledo, chiunque, da qualsiasi città o villaggio, poteva ricevere un'istruzione in qualsiasi scuola e diventare un prelado o un funzionario in qualunque chiesa, tribunale o università da nord a sud, da est a ovest. È l'epoca di Lanfranco di Pavia, Bec e Canterbury, di Anselmo d'Aosta, di Vicario di Tommaso d'Acquino (...). in questo periodo gran parte dei più famosi scrittori, pensatori ed amministratori raggiunse una grandissima fama e portò a termine la parte più significativa del proprio lavoro lontano dalle terre d'infanzia e giovinezza. Per di più, negli scritti di molti di essi, non si rinviene alcuna particolarità nel linguaggio, nello stile o nel pensiero che riveli la loro provenienza. Vero è che stiamo parlando di una piccola minoranza di persone istruite, alla quale non appartenevano né le generalità dell'aristocrazia terriera, né molti monarchi e solo alcuni vescovi. Il mondo della Chiesa e dello Stato era spesso scosso da scismi e da guerre, mentre il grosso della popolazione, saldamente legato alla terra, non conosceva niente che fosse al di là dei campi e delle foreste del proprio piccolo angolo. Tuttavia, a livello della letteratura e del pensiero, c'era un insieme di parole, forme e concetti dai quali tutti attingevano e che tutti ugualmente dividevano. Se avessimo solo le opere scritte senza i nomi degli autori non saremo in grado di attribuirli ad alcun paese o popolo in particolare».

¹¹² Si pensi, infatti, che i laureati delle facoltà di giurisprudenza ritornavano ai loro paesi, o si trasferivano in altri, dove diventavano giudici ecclesiastici o laici, avvocati, consulenti legali di autorità ecclesiastiche, regie e cittadine e di signori feudali o funzionari amministrativi di vario tipo. Dal momento che essi avevano a che fare con il diritto canonico, potevano utilizzare direttamente i lor studi universitari e, quando, dovevano utilizzare il diritto secolare, applicavano la terminologia e il metodo del diritto romano e canonico che avevano studiato.

feudale¹¹³ e in questo contesto non vi erano in gioco solo fattori politici o intellettuali, ma anche sociali, economici e religiosi. Come abbiamo precedentemente accennato, infatti, la creazione di sistemi giuridici moderni costituiva una risposta al cambiamento rivoluzionario avvenuto all'interno della Chiesa. Infatti, Ildebrando, nel 1070, diventato papa Gregorio VII¹¹⁴, rendeva il movimento di riforma della Chiesa ostile all'autorità imperiale e nel 1075 dichiarava la supremazia politica e giuridica del papato su tutti i cristiani e quella giuridica del clero su tutte le autorità secolari; proclamava anche l'assoluta supremazia del papa nelle questioni temporali, compresa l'autorità di deporre imperatori e re¹¹⁵ (e procedeva alla deposizione dell'imperatore Enrico IV). La

¹¹³ Le relazioni giuridiche feudali (signore-vassallo) e del maniero (signore-contadino) venivano ordinate secondo un sistema e si sviluppava un nuovo diritto mercantile per fare fronte alle necessità dei commercianti impegnati nel commercio da città a città, da regione a regione e da nazione a nazione.

¹¹⁴ BENNET R.F., *Church, State, and Christian Society*, London, 1959, pp. XIV-XV riferisce che Gregorio si era ben preparato a salire sul trono papale: aveva svolto un ruolo molto attivo nel corso del pontificato di Papa Nicola II e di Alessandro II. Inoltre, nel 1073, all'età di cinquant'anni era pronto ad utilizzare quell'enorme volontà, orgoglio ed autorità personale per cui era conosciuto. Un altro studioso ha descritto Gregorio come: «un uomo con un irresistibile senso della propria missione, il quale imponeva le proprie idee con una severità che intimoriva ed una persistenza eroica, incurante delle conseguenze per se stesso e per gli altri e che aveva, a dir poco, la tempra di un rivoluzionario» LEYSER K.J., *The Polemic of the Papal Revolution*, in *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford, 1965, p. 53. Ad esempio, una volta diventato papa, Gregorio non si avvide di utilizzare tecniche rivoluzionarie per raggiungere i propri obiettivi, ad esempio, nel 1075 ordinava a tutti i cristiani di boicottare i sacerdoti che vivevano in concubinato o che erano sposati e di non riconoscere le funzioni sacre o di altro tipo. Come risultato dell'opposizione a questo decreto scoppiavano rivolte nelle chiese, con pestaggi e lapidazioni di coloro che si opponevano al matrimonio. MORRISON K.F., *Tradition and Authority in the Western Church, 1300-1400*, Princeton, 1969: «i decreti di Gregorio contro la simonia ispirarono resistenze in tutta Europa (...). una reazione simile incontrarono i decreti sul celibato ecclesiastico. nel 1059, il tentativo fatto da Pietro Damiano di mettere in vigore il celibato ecclesiastico a Milano condusse ad una sollevazione popolare e il clero romano sotto Stefano IX considerò la castità ecclesiastica "vana e frivola". quando il vescovo di Brescia lesse il divieto di Nicola II sul matrimonio del clero, i suoi sacerdoti lo picchiarono a morte. I decreti di Gregorio incontrarono la stessa risposta. Nel Sinodo di Parigi si fece avanti un abate a difesa dei divieti di Gregorio, e l'arcivescovo di Rouen lo cacciò fuori dalla sua chiesa a sassate. Il clero di Cambrai era in aperta ribellione. Situazioni simili si verificarono in alcune chiese tedesche».

¹¹⁵ Alcuni studiosi riconducono l'estensione dell'autorità della Chiesa sulle questioni temporali a quattro principali argomenti: a) in primo luogo, questa nuova competenza è stato visto come una semplice estensione dell'autorità tradizionale della chiesa di governare i sette sacramenti - battesimo, confermazione, penitenza, dell'eucaristia, il matrimonio, l'ordinazione, e l'estrema unzione. b) In secondo luogo, i leader della Chiesa rivendicò tale potere sulla base delle rivendicazioni giurisdizionali sulla famosa delegazione di Cristo all'apostolo Pietro: E io ti darò le chiavi del regno dei cieli; e tutto ciò che avrai legato in terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che avrai sciolto in terra sarà sciolto nei cieli"? A Pietro vengono consegnate le chiavi, cioè i pieni poteri, il governo totale (chi tiene le chiavi di casa è padrone di casa e ne ha il pieno dominio) per cui l'Apostolo può legare e sciogliere, proibire e permettere, condannare e assolvere, dare ordini e fare leggi"(Matteo 16:19) Secondo la tradizione medievale, Cristo aveva conferito a San Pietro due chiavi del paradiso. Attraverso la successione apostolica, il papa e il suo clero avevano ereditato ereditato da Pietro le facoltà per definire la dottrina e la disciplina della chiesa contemporanea. I canonisti hanno creduto che quest'eredità abbia conferito al papa ed al suo clero un potere legale,

Chiesa così aveva funzioni amministrative e giudiziarie, registrava i cittadini attraverso il battesimo e li tassava, li arruolava per le crociate ma allo stesso tempo si occupava dell'educazione, aiutava i bisognosi attraverso chiostrri, monasteri, cappelle, fondazioni e corporazioni¹¹⁶. Gregorio riteneva la superiorità della Chiesa come un fatto che non ammette discussioni ed arriva in tal modo a riconoscere lo Stato come una "deroga della Provvidenza¹¹⁷" favorendo, di conseguenza, la prospettiva di una separazione fra i due ordini, religioso e civile¹¹⁸.

Così, durante gli ultimi decenni del XI secolo, il partito papale iniziava a cercare negli scritti riguardanti la storia della chiesa un fondamento o fonte

un potere di fare e di far rispettare le leggi canoniche. L'argomento delle chiavi, tuttavia, potrebbe essere facilmente esteso anche a tutte le cose umane. In terzo luogo, scrittori medievali hanno sostenuto che il diritto canonico della Chiesa è la vera fonte dell'equità cristiana – e "la madre di giustizia". Infatti, il diritto canonico era flessibile, ragionevole e giusto, in grado sia di piegare il rigore di una regola al caso individuale attraverso dispense e ingiunzioni. Inoltre, il diritto canonico dava particolare attenzione alle persone svantaggiate - le vedove, gli orfani, i poveri, i disabili, mogli vittime di abusi, bambini abbandonati, maltrattati, servi e simili. Esso ha fornito loro le ragioni per avanzare le loro pretese nei tribunali ecclesiastici e la facoltà di testimoniare contro i loro superiori senza il loro permesso, nonché gli strumenti per ottenere aiuto e riparo da abusi. Infine, il diritto canonico ha fornito un metodo per cui il singolo credente potrebbe essere riconciliato con Dio e il prossimo, infatti, i tribunali decidevano su questioni legali ma anche morali. Questo è stato uno dei motivi per l'enorme popolarità e il successo dei tribunali ecclesiastici in gran parte del mondo cristiano medievale. In quarto luogo, alcuni scrittori hanno rielaborato la teoria tradizionale delle "due spade" a sostegno della superiorità della Chiesa sul potere temporale. Nella sua forma alta medievale, la teoria delle due spade ha insegnato che il papa è stato il vicario di Cristo in terra, e ai la pienezza della sua autorità. Questa autorità è stata simboleggiata nelle "due spade" che ritroviamo nella Bibbia (Luca 22:38), una spada spirituale e una spada temporale: i sacerdoti amministrano i santi misteri mentre l'imperatore fa le leggi, incluse quelle ecclesiastiche (i re e gli imperatori franchi erano spesso stati legati all'appoggio dei papi e avevano e avevano riconosciuto la loro autorità e quella in generale dei vescovi in materia di fede, ciononostante, gli imperatori franchi e, nei secoli X, XI, quelli tedeschi, così come i francesi e spagnoli, di fatto controllavano i vescovi anche nelle questioni di dottrina religiosa, così come avevano fatto gli imperatori bizantini. Inoltre, investivano il clero delle insegne dei loro incarichi ecclesiastici: gli imperatori franchi e i monarchi conferivano ai vescovi l'anello pastorale e tutto ciò che simboleggiava la loro autorità episcopale). Cristo aveva metaforicamente consegnato queste due spade al più alto essere nel mondo umano - il Papa, vicario di Cristo. Il clero, il papa esercitavano quindi la spada spirituale attraverso la definizione di norme di diritto canonico per il governo di tutta la cristianità. Il clero, tuttavia, erano troppo santo per maneggiare la spada temporale. Essi quindi delegavano questa spada temporale all'autorità inferiore a quella spirituale: imperatori, re, duchi. Queste figure dovevano promulgare e far rispettare le leggi civili in modo coerente con il diritto canonico e in base a tale teoria due spade, diritto civile era per sua natura inferiore al diritto canonico, la giurisdizione civile era subordinata alla giurisdizione ecclesiastica. Anche se ciascuno di questi quattro argomenti ha avuto i suoi detrattori, tutti concordano con la circostanza che la chiesa avesse un'autorità molto ampia, anche nella materia temporale. Le autorità ecclesiastiche hanno emesso un flusso costante di nuove leggi canoniche attraverso *decretali* papali. Il papa inviava i suoi legati, che potevano esercitare una serie di poteri giudiziari e amministrativi in nome del papa.

¹¹⁶ La Chiesa medievale era, «il primo vero stato in Occidente». Cfr. MAITLAND F.W., *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁷ BERMAN H.J., *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, *op. cit.*, pp. 134 ss. e pp. 190 ss. Sul punto anche TELLENBACH G., *Libertas. Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites*, Stuttgart, 1936, pp. 151 ss., e pp. 164 ss.

¹¹⁸ LEGENDRE P., *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique*, Paris, 1964, pp. 4 ss.

giuridica a sostegno della supremazia papale su tutta la società secolare. Il partito papale incoraggiava gli studiosi ad elaborare una scienza del diritto che offrisse una base di lavoro per condurre a buon fine questi piani. Ma nello stesso tempo, anche il partito imperiale iniziava la ricerca di testi antichi per giustificare la propria causa contro l'usurpazione papale; in ogni caso, non esisteva alcun tribunale di fronte al quale l'autorità papale e quella imperiale potessero avanzare le loro pretese e questo era uno dei principali elementi che aveva condotto alla rivoluzione. Così Gregorio VII reagiva a tale situazione scrivendo un documento, il *Dictatus Papae*¹¹⁹, rivolto all'imperatore Enrico IV, con il quale si esigeva la subordinazione dell'imperatore e dei vescovi imperiali a Roma.

In tale situazione la reazione dell'imperatore Enrico VI di Sassonia non si fece attendere e rispondeva con una lettera¹²⁰, per tutta risposta Gregorio VII lo scomunicò e depose. Enrico nel 1077 si recò come penitente a Canossa dove il papa

¹¹⁹ Le proposizioni così recitavano: I «Quod Romana ecclesia a solo Domino sit fundata.»; II «Quod solus Romanus pontifex iure dicatur universalis.»; III «Quod ille solus possit deponere episcopus vel reconciliare.»; IV «Quod legatus eius omnibus episcopis presit in concilio etiam inferioris gradus et adversus eos sententiam depositionis possit dare.»; V «Quod absentes papa possit deponere.» VI «Quod cum excommunicatis ab illo inter cetera nec in eadem domo debemus manere.»; VII «Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere, novas plebes congregare, de canonica abbatum facere et e contra, divitem episcopatum dividere et inopes unire.»; VIII «Quod solus possit uti imperialibus insigniis.»; IX «Quod solius papae pedes omnes principes deosculentur.»; X «Quod illius solius nomen in ecclesiis recitetur.»; XI «Quod hoc unicum est nomen in mundo.»; XII «Quod illi liceat imperatores deponere.»; XIII «Quod illi liceat de sede ad sedem necessitate cogente episcopos transmutare.»; XIV «Quod de omni ecclesia quocumque voluerit clericum valeat ordinare.» XV «Quod ab illo ordinatus alii ecclesie preesse potest, sed non militare; et quod ab aliquo episcopo non debet superiorem gradum accipere.»; XVI «Quod nulla synodus absque precepto eius debet generalis vocari.»; XVII «Quod nullum capitulum nullusque liber canonicus habeatur absque illius auctoritate.»; XVIII «Quod sententia illius a ullo debeat retractari et ipse omnium solus retractare possit.»; XIX «Quod a nemine ipse iudicare debeat.»; XX «Quo nullus audeat condemnare apostolicam sedem appellentem.»; XXI «Quod maiores cause cuiscunque ecclesie ad eam referri debeant.»; XXII «Quod Romana ecclesia nunquam erravit nec imperpetuum scriptura testante errabit.»; XXIII «Quod Romanus pontifex, si canonicè fuerit ordinatus, meritis beati Petri indubitanter efficitur sanctus testante sancto Ennodio Papiensi episcopo ei multis sanctis patribus faventibus, sicut in decretis beati Symachi papae continetur.»; XXIV «Quod illius precepto et licentia subiectis liceat accusare.»; XXV «Quod absque synodali conventu possit episcopus deponere et reconciliare.»; XXVI «Quod catholicus non habeatur, qui non concordat Romane ecclesie.»; XXVII «Quod a fidelitate iniquorum subiectos potest absolvere.» in K. HOFMANN, *Dictatus Papae*, Paderborn, 1933, pp. 11 ss. Ora generalmente si ritiene che le ventisette proposizioni fossero l'indice di un testo successivo, in FLICHE A., *La riforma gregoriana e la riconquista della cristianità*, Torino-Cinisello Balsamo, 1972.

¹²⁰ Enrico IV scriveva così: «Enrico, re non per usurpazione ma per volontà di Dio, a Ildebrando, al momento non papa, bensì falso monaco» e finiva: «Voi, pertanto, condannato con questa maledizione e dal giudizio di tutti i nostri vescovi e dal nostro, andatevene e lasciate la sedia apostolica che avete usurpato. Lasciate che qualcun altro salga al trono di San Pietro. Io, Enrico, re per grazia di Dio, vi dico, insieme con tutti i nostri vescovi: Andatevene, andatevene per essere maledetto nei secoli (...) e dato che, come avete proclamato pubblicamente, nessuno di noi è stato sinora vescovo, così d'ora in poi, non sarete più papa» in TIERNEY B., *The Crisis of Church and State 1050-1300*, Toronto, 2004, pp. 59-60.

lo assolve e ritira la scomunica e la deposizione, ma nel 1078 Gregorio emanò un decreto in cui affermava: «Decretiamo che nessuno tra il clero riceverà l'investitura per una diocesi, abbazia o chiesa dalle mani di un imperatore o di un sovrano o di un qualsiasi laico, maschio o femmina. Se nonostante ciò, osi accettarla, sappia che una tale investitura è priva dell'autorità apostolica e che egli sarà soggetto a scomunica fino a quando non avrà adeguatamente espiato¹²¹». Così scoppiava la guerra civile (Lotta per le Investiture¹²²) tra il partito pontificio e quello imperiale che durava sino al 1122, quando veniva raggiunto un compromesso definitivo per mezzo del Concordato di Worms¹²³. In virtù del concordato l'imperatore garantiva che i vescovi e gli abati sarebbero stati liberamente eletti solo dalla Chiesa e rinunciava al diritto dell'investitura con i simboli spirituali dell'anello e del pastorale. Da parte sua il papa concedeva agli imperatori il diritto di presenziare alle elezioni e di intervenire nel caso in cui sorgevano dispute¹²⁴. I concordati lasciavano al papa un'autorità estremamente ampia sul clero ed un potere considerevole anche sui laici: senza la sua approvazione il clero non poteva essere ordinato, il papa stabiliva le funzioni e i poteri dei vescovi, dei preti, dei diaconi e degli altri funzionari ecclesiastici, poteva creare nuove diocesi, dividere e sopprimere quelle vecchie, trasferire e deporre vescovi; il papa era, quindi, la somma autorità in materia di fede e religione e lui solo poteva concedere l'assoluzione da tutti i peccati particolarmente gravi, canonizzare santi e distribuire

¹²¹ Decreto tratto dalle *Epistole* di Gregorio VII.

¹²² «Come abbiamo prima accennato con la lotta per le Investiture, emergevano questioni politiche fondamentali, e come noto riguardava il potere degli imperatori e dei monarchi di investire i vescovi ed il clero con le insegne dei loro incarichi. Al di là di questo il problema consisteva nell'obbligo di fedeltà e nella disciplina del clero dopo l'elezione e l'investitura. L'impero e i regni erano amministrati soprattutto dal clero, e la lotta, quindi, riguardava la natura stessa dei poteri, ecclesiastico da un lato, e imperiale o reale dall'altro and anche qualcosa di inverso, di più profondo della politica: ovvero, la salvezza delle anime. Prima l'imperatore (o re) era chiamato vicario di Cristo, colui che avrebbe pagato di persona per le anime di tutti gli uomini nel Giudizio Universale. Ora, il papa, prima detto vicario di San Pietro, si proclamava l'unico vicario di Cristo, non con la relativa responsabilità per le anime di tutti gli uomini nel Giudizio finale», in BERMAN H.J., *op. cit.*, p. 104.

¹²³ In Inghilterra e Normandia nel 1107 abbiamo il Concordato di Bec che aveva determinato una tregua temporanea, ma la questione non veniva risolta del tutto fino al martirio dell'Arcivescovo Thomas Becket nel 1170.

¹²⁴ In Inghilterra e Normandia, secondo l'accordo di Bec del 1107 anche il Re Enrico I aveva consentito alle libere elezioni, sebbene dovevano tenersi in sua presenza, e aveva rinunciato all'investitura per anello e pastorale. Inoltre, come succedeva in Germania, era previsto che avrebbe ricevuto l'omaggio e la fedeltà prima e non dopo la consacrazione.

indulgenze¹²⁵. Sui laici il papa governava in materia di fede e morale, così come in varie questioni civili quali il matrimonio e le successioni.

Così anche in questo periodo, gli avvenimenti storici richiamati ci fanno comprendere come questi siano lo strumento per dimostrare ancora una volta la relazione tra religione e diritto.

4. La nascita dei sistemi giuridici moderni: la codificazione del diritto canonico quale primo sistema giuridico occidentale moderno (*Decretum gratiani e Corpus iuris canonici*).

Strettamente collegata alla Rivoluzione Pontificia era la riduzione a sistema delle leggi della Chiesa, avvenuta nel tardo XI secolo e nel XII. Fin dal 1050, proprio ai primordi del movimento riformista, veniva pubblicata una raccolta di canoni e di altri testi: la *Collectio dei 74 titoli* che risaliva alle decretali dei primi pontefici e concili romani, le Raccolte di Anselmo da Lucca, del Cardinale Deusdedit e di altri importanti riformatori. Nel periodo successivo alla morte di Gregorio VII e prima di Graziano apparivano molte altre collezioni. Infatti, negli anni attorno al 1090 le opere di Ivo di Chertres costituivano il primo sforzo di rappresentare l'intero diritto della Chiesa in una forma coerente (si tratta dell'opera *Panoramia*). Il rifiorire di studi giuridici testimonia il sorgere di un gruppo compatto di canonisti, ma anche l'importanza che i capi della Rivoluzione pontificia attribuivano al diritto canonico.

Ma la spinta a favore della raccolta delle leggi raggiungeva il suo culmine nel 1140, nel grande trattato del monaco bolognese Graziano¹²⁶; come anticipato, prima dell'XI secolo non c'erano stati trattati o raccolte che mettevano insieme le leggi della Chiesa in un solo libro e, in quelle che già esistevano, le leggi (*canones*) erano disposte semplicemente in ordine cronologico. In questo periodo, invece, avveniva la raccolta in un *corpus* unico di migliaia di insegnamenti etici e legali

¹²⁵ Il papa, secondo, LE BRAS G., *op. cit.* pp. 333-334: «governava sulla Chiesa intera. Egli era il legislatore universale ed il suo potere era limitato solo dal diritto naturale e dal diritto positivo (vale a dire, il diritto divino contenuto nella Bibbia e nei documenti analoghi della rivelazione). Egli convocava i concili generali, li presiedeva ed era necessario il suo benestare per l'efficacia decisioni conciliari. Egli metteva fine alle controversie attraverso le decretali, interpretava il diritto e concedeva privilegi e dispense. Le cause più importanti delle quali non ci fosse stata la decisione finale, erano riservate al suo giudizio. Prima del 1075 non vi era traccia di alcuni di questi poteri».

¹²⁶ Sulla vita e le opere di Graziano, si veda, KUTTNER S., *The Father of the Science of Canon Law*, in *The Jurist*, 1941, pp. 2-19.

tratti da costituzioni apostoliche, scritti patristici e di diritto romano cristianizzato del primo millennio, che confluivano nel c.d. *Concordia discordantium Canonum* (*Decretum Gratiani* scritto nel 1140¹²⁷). Il *Decretum*¹²⁸ (un'opera di più di 1.400 pagine¹²⁹) rappresentava il primo trattato giuridico completo e sistematico dell'Occidente; l'obiettivo di Graziano era quello di raccogliere l'intero diritto di una certa comunità all'interno di un corpo unico, in cui tutte le parti interagivano fino a formare un tutt'uno: il sistema del diritto canonico poggiava sulla premessa che il diritto non è un corpo morto, ma è sempre in crescita e in evoluzione¹³⁰, tant'è che egli distingueva tra diritto antico e nuovo. Uno dei principi fondamentali

¹²⁷ Il *Decretum Gratiani* si presentava agli studenti bolognesi come uno strumento didattico nato per guidarli nel difficile compito di riconoscere le qualità del materiale normativo vigente e di saperne dare una lettura ed applicazione "attuale". La stessa struttura dell'opera articolata in *Distinctiones* e *Causae* è inequivocabile in quanto a finalità: il *magister* accompagnava i propri discepoli nell'individuare i problemi di natura giuridica (Canoni discordanti), tanto teorici che pratici, li aiutava con l'apporto delle *Auctoritates*, fornendo criteri di 'verifica' dell'applicabilità reale delle Norme al caso in questione; un parere del Maestro ("*dictum Gratiani*") poteva intervenire a completare il quadro ed offrire efficaci prospettive di soluzione. Il *Decretum Gratiani* tuttavia da strumento di docenza di natura giurisprudenziale, si trovò ben presto ad assumere (vista la sua estensione: 3.458 *capitula*, nei testi manoscritti) la funzione di *Ius consolidatum* rispetto alla disciplina canonistica del primo millennio cristiano: «*terminus ad quem e terminus a quo*».

¹²⁸ Brevemente, si rammenta che prima del *Decretum* di Graziano nel 1012, Burcardo di Worms, realizzava un'ampia collezione detta *Decretum*. Circa cinquecento pagine ordinate non cronologicamente, ma secondo varie categorie, fra le quali: episcopato sacerdozio, chiese, battesimo, eucarestia ecc. Egli non distingueva tra diritto e teologia e non cercava di proporre alcuna teoria espressa del diritto, ma esponeva semplicemente senza commentarli, testi biblici, i canoni dei concili ecumenici e locali, le decretali pontificie e le norme contenute in vari penitenziali e in altre fonti. Successivamente nel 1095, Ivo, Vescovo di Chartres, era l'autore di una collezione simile, chiamata anch'essa *Decretum*, seguita pochi anni dopo da una seconda, detta *Panoramia*. Entrambe comprendevano un maggior numero di commenti rispetto a tutte quelle precedenti e coprivano un'area più vasta, incluso un gran numero di norme in materia di furto, alcuni tipi di transazioni, possesso, sentenze e una serie di altre materie. Nel prologo del suo *Decretum* Ivo proclamava il proprio sforzo di riunire le norme ecclesiastiche in un corpo unico. Graziano di basava sull'opera di Ivo, teneva presente anche tutte l'opera dei glossatori del diritto romano, soprattutto quella di Irnerio. CHODOROW S., *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century: The Ecclesiology of Gratian's Decretum*, Berkeley, 1972, pp. 2-3.

¹²⁹ Struttura dell'opera in KUTTNER S., *Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law*, Latrobe, 1960. La prima parte comprendeva 101 classificazioni (*distinctiones*), delle quali le prime venti analizzavano e sintetizzavano affermazioni autorevoli riguardanti la natura del diritto (divino, naturale, umano, della Chiesa, del principe, scritto e consuetudinario), le varie fonti e la relazione tra i diversi tipi di diritto, mentre le successive 81 vertevano sulla giurisdizione dei vari uffici ecclesiastici e su altre norme relative al personale ecclesiastico. Le categorie di Graziano erano, d'altra parte più funzionali di quelle che erano state precedentemente utilizzate dalla letteratura giuridica. Nella seconda parte del suo lavoro egli enuncia 36 casi specifici e complessi (*causae*), suddivisi in *quaestiones*, analizzati presentando le fonti patristiche, conciliari e pontificie a favore e contrarie, conciliando dove possibile, le contraddizioni o lasciandole irrisolte. Nella terza parte ritorna la forma delle *distinctiones*.

¹³⁰ Contrariamente a quanto si sostiene, STEIN P., *Legal Evolution*, New York, 1980, p. ix, il concetto di evoluzione giuridica non veniva inventato da E. Burke o F. von Savigny o la scuola stoica del diritto, ma si trattava di un postulato di base dei giuristi- e non giuristi- occidentali a partire dal tardi IX e XII secolo in avanti, prima nella sfera ecclesiastica e poi in quella laica.

affermati dal Decreto era quello secondo cui le leggi e le costituzioni dei principi sono subordinate alle *leges* ecclesiastiche¹³¹. Inoltre, esponeva la teoria secondo cui la consuetudine era gerarchicamente subordinata al diritto naturale e anche a quello scritto sia secolare che ecclesiastico¹³².

Tale teoria è uno dei più rilevanti e importanti risultati raggiunti dai canonisti medievali perché, a quei tempi, la maggior parte del diritto Occidentale era consuetudinario: la gran parte delle norme giuridiche erano vincolanti non perché promulgate dall'autorità politiche, ma perché si trattava di prassi ritenute vincolanti dalla comunità in cui vigevano e il diritto scritto era piuttosto scarso. Inoltre, quest'ultimo si presentava in gran parte come enunciazione di una consuetudine preesistente ed in tale contesto la teoria di Graziano forniva la base per estirpare quelle consuetudini che non erano conformi alla ragione e alla coscienza. Venivano elaborati così criteri per determinare la validità della consuetudine: la sua durata, l'universalità, l'uniformità di applicazione e la ragionevolezza¹³³.

Inoltre, nel *Decretum* grande importanza rivestiva il diritto naturale e la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo: tale distinzione veniva identificata con quella tra *lex*, nel senso di diritto scritto e *ius*, ovvero sistema di giustizia del diritto in modo che il primo doveva essere subordinato al diritto naturale; questa soggezione veniva rafforzata dal dualismo del diritto ecclesiastico e secolare. Inoltre, anche le leggi della Chiesa erano sottoposte al vaglio di conformità del diritto naturale; «le leggi, sia ecclesiastiche che laiche, se provate contrarie al diritto naturale, devono essere del tutto eliminate¹³⁴». Ma solo raramente, tuttavia, qualcuno si trovava nella posizione di poter affermare che una legge ecclesiastica era contraria al diritto naturale, giacché il papa era non soltanto il legislatore supremo della Chiesa, ma anche il vicario e rappresentante di Cristo sulla terra. Il testo di Graziano era considerato parte del continuo divenire giuridico

¹³¹ *Decretum*, Dist. 10, c. 1, Parte II.

¹³² *Decretum*, Dist. 11, Parte I. CHODOROW S., *op. cit.*, p. 97 riferisce che: «Graziano guardava prima di tutto il potere politico dell'autore di una legge o di un principio giuridico per collocarla all'interno della gerarchia».

¹³³ Secondo LE BRAS G., *Canon Law, in The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, 1926, pp. 325-326: «i canonisti distinsero i principi di validità eterna dagli elementi variabili del diritto, suggeriti da particolari circostanze sia di tempo che di spazio o di persone, che sarebbero stati illogici in presenza di altre condizioni. Ciò comportò il riconoscimento della relatività delle norme ed offrì una tecnica per armonizzare le contraddizioni».

¹³⁴ Così scriveva Graziano, *Decretum*, Dist. 9, c. 1.

e riceveva immediatamente il suo riconoscimento quale fonte autoritativa di diritto canonico e oltre ad avere un posto a fianco ai testi giuridici romani, era oggetto di studio nelle scuole di diritto europee, veniva citato come autorità dai papi, concili e tribunali ecclesiastici.

Infine, per sintetizzare, i caratteri del *Decretum* sono: la periodicizzazione de diritto in *ius novum* e *ius antiquum*, la sintesi e l'integrazione dei due in una struttura unica e la concezione dell'intero corpo del diritto come qualcosa che vive nel tempo, in un processo in continuo divenire.

Il *Decretum* veniva poi integrato da glosse e riassunti degli studiosi, ma anche da decisioni giudiziali, dalle collezioni papali, conciliari, e commenti¹³⁵. Tutti questi testi erano stati successivamente integrati nei cinque volumi che compongono il *Corpus Iuris Canonici*¹³⁶ pubblicato nel 1580.

¹³⁵ Ad esempio Papa Alessandro III emanava più di settecento decretali che sono giunte fino a noi, e molte di queste erano decisioni di cause, ovvero norme giuridiche che costituivano la necessaria applicazione delle decisioni. Papa Alessandro III e Papa Innocenzo III, convocavano nel 1179 e nel 1215 il terzo e quarto Concilio Lateranense e da questi concili emergevano centinaia di nuove leggi. Nell'ultima decade del XII secolo e nel primo decennio del XIII venivano preparate cinque grandi compilazioni sistematiche di decretali, infine, nel 1234, sotto Papa Gregorio IX, appariva una collezione onnicomprensiva di decretali, composta da circa duemila sezioni, che riassumeva e sistematizzava il lavoro di quasi un secolo. Insieme al *Decretum* le Decretali di Gregorio IX restavano il corpo fondamentale de diritto canonico della Chiesa cattolica romana fino all'adozione del Codice di diritto canonico.

¹³⁶ Il *Corpus Iuris Canonici* nasce dall'attività editoriale privata J. Chapuis, che nel 1505 raccolse sotto l'unico titolo di "*Corpus Iuris canonici*" il *Decretum Gratiani*, il *Liber Extra* (una raccolta di decretali emanate da Papa Gregorio IX), il *Liber Sextus* (una raccolta di decretali di Papa Bonifacio VIII), le *Extravagantes Johannis XXII*, le *Clementinæ* e le *Extravagantes Communes*. Oltre a questi testi fondamentali del diritto canonico classico, c'erano alcune glosse autorevoli, commentari e *summae*, fra cui le più importanti sono la *Summa* di Ugucione, e la *Glossa ordinaria* di Giovanni il Germanico. Alcuni hanno sostenuto che il nuovo sistema di diritto canonico fosse la progenie del diritto romano giustineano e che la grande codificazione fosse modellata su quella che originò il *Corpus Iuris Civilis*. Ma tali affermazioni non appaiono corrette, nel senso che la parentela del diritto canonico va ricercata non con il diritto romano della Bisanzio de VI secolo, bensì con il c.d. diritto romanistico, rivissuto e trasformato, della cristianità occidentale dell'XI e XII secolo. Tuttavia, nonostante ciò, l'idea che il diritto canonico sia stato in qualche modo modellato sul diritto romano determina alcuni gravi fraintendimenti. Infatti, la comparazione tra i due è ostacolata dal fatto che il diritto canonico era il diritto positivo della Chiesa, mentre il diritto romano non era il diritto scritto di nessuna comunità politica particolare dell'Occidente. Il diritto romano era il diritto positivo dell'imperatore romano di Bisanzio. Studiosi come RODHES R.E, *Ecclesiastical Administration on Medieval England: The Anglo-Saxons Reformation*, Notre Dame, 1977, p. 66, affermano invece che: le descrizioni canonistiche del modo di operare del diritto, le loro speculazioni teoretiche sulla natura del diritto, il loro modo di classificare le leggi scritte per materia o per fonte era mutato direttamente o indirettamente dai giuristi romani». Egli cita come esempio il primato del Papa che, egli afferma: «assunse la sua forma giuridica della *plenitudo potestatis* attraverso l'analogia con il ruolo dell'imperatore nel diritto romano». Altri studiosi, invece, come BERMANN H.J., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, op. cit., p. 242 affermano che «naturalmente è vero che i canonisti si basavano in parte sui testi romani che si riferivano alla supremazia dei *princeps* allo scopo di giustificare la supremazia del papa quale principe della Chiesa. Tuttavia, proprio le speculazioni teoretiche sulla natura del diritto e sulla pienezza del potere mancavano nel *Corpus Iuris* e furono invece introdotte dai canonisti».

Questo nuovo e complesso sistema giuridico della Chiesa attirava gli studiosi medievali di teoria politica e di diritto. I risultati più originali delle nuove elaborazioni provenivano da giuristi medievali come Giovanni di Salisbury o Baldo degli Ubaldi; tra i teologi medievali troviamo filosofi come, Tommaso d'Aquino e Guglielmo di Ockham. Questi studiosi riclassificavano le fonti distinguendo tra: (1) la legge eterna divina; (2) le leggi naturali della Bibbia, della ragione e coscienza; (3) le leggi canoniche positive della chiesa; (4) le leggi civili positive emanate dall'imperatore, re, principi, duchi o autorità feudali (5) le leggi comuni di tutte le nazioni e popoli; ed infine (6) le consuetudini della comunità locali e sviluppavano inoltre regole durature per la risoluzione dei conflitti tra questi tipi di leggi.

I canonisti medievali sviluppavano, inoltre concetti fondamentali come quello di sovranità o rappresentanza, nonché nozioni di diritto commerciale e societario con l'introduzione di concetti come personalità giuridica¹³⁷, associazioni private, fondazioni ecc. In particolare, elaboravano un complesso reticolato di concetti che oggi noi definiamo diritti, libertà, poteri, immunità, protezione. Nel dettaglio, le leggi della Chiesa indicavano i diritti spettanti al clero e le regole per i propri tribunali: regole che definivano le proprie dottrine e liturgie, per eleggere e rimuovere il clero. Essi hanno inoltre elaborato una serie di regole che prevedevano esenzioni sulle proprietà ecclesiastiche dalla tassazione civile, nonché il diritto del clero di controllare e utilizzare le proprietà della Chiesa, senza interferenze da parte delle autorità secolari. Queste regole hanno inoltre garantito l'immunità del clero dal processo civile, il servizio militare e la testimonianza obbligatoria, definivano poi i requisiti per partecipare alle elezioni dei vescovi, abati, e altri membri del clero. Altre regole canoniche indicavano i diritti spettanti ai poveri, alle vedove e bisognosi. Infine, il diritto canonico definiva anche i diritti dei mariti e mogli, genitori e figli, padroni e servi all'interno del nucleo familiare.

Queste formulazioni canoniche dei diritti e delle libertà avevano un contraltare nel diritto tardo medievale. Tra le fonti ovviamente degne di nota vi è la *Magna Carta* (1215), rilasciata dalla Corona Inglese per volere della chiesa e i baroni d'Inghilterra. La *Magna Carta*¹³⁸ aveva garantito che: «In primo luogo (...),

¹³⁷ GROSSI P., *L'ordine Giuridico Medievale*, op. cit., p. 56.

¹³⁸ Secondo FROSINI T.E., *La Magna carta e i suoi eredi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2015, pp. 1153-1158: «La Magna Carta rappresenta il primo documento del costituzionalismo, primo documento a cui si fa riferimento per individuare le origini del costituzionalismo inteso sostanzialmente come tecnica delle libertà. E' vero che la storia della Magna

che la chiesa inglese sarà libera, e avrà i suoi diritti integri e le sue libertà inviolate; e così vogliamo che sia osservati(...)» e «abbiamo anche concesso a tutti gli uomini liberi del nostro regno (...) tutte le libertà sotto elencate, che saranno possedute e mantenute da loro e dai loro eredi, per parte nostra e dei nostri eredi»¹³⁹.

La Magna Carta indicava poi una pletora di diritti e libertà che venivano concessi a tutti gli uomini inclusi il diritto di proprietà, il matrimonio, la successione, la libertà dal servizio militare e la libertà di pagare i propri debiti e le tasse dalla proprietà. Questa carta dei diritti diventava uno stimolo e prototipo importante su cui primi rivoluzionari moderni dell'illuminismo, sia cattolici che protestanti, basavano e giustificavano le loro rivolte contro le autorità tiranniche.

5. Diritto e religione: la Riforma protestante.

Il terzo periodo che prendiamo in considerazione in questo percorso volto ad indagare l'interazione tra diritto e religione nella tradizione giuridica occidentale, è quello della Riforma Protestante¹⁴⁰ che Martin Lutero accende in Germania nel 1517 ed a cui poche istituzioni della Chiesa sopravvivono a causa della notevole incidenza sociale e politica che ha avuto nell'Europa del

Carta è più complicata di quel che appare, perchè in fondo è la lotta dei privilegi dei feudatari non l'affermazione dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, però siccome in quel testo scritto in latino vi fu appunto l'esigenza di far riconoscere alcune libertà, a cominciare dall'*habeas corpus*, allora la si individua come momento genetico del costituzionalismo. E' da lì il primo seme che venne gettato sul quale poi è cresciuta fiorente la flora del costituzionalismo a cominciare in Gran Bretagna dal Petition of Rights, il Bill of Rights e gli altri documenti del Medioevo, fino se vogliamo alla più recente Carta dei diritti fondamentali europei, che è comunque un derivato della Magna Carta».

¹³⁹ *The Statue of Large of England and of Great Britain from the Magna Carta to the Union of The Kingdoms of Great Britain and Ireland*, EYRE G.-STRAHAN G., London, 1811, I:I; si veda anche HELMHOLZ R.H., *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge, 1990; WITTE J. Jr., *A new Magna carta for the early modern common law: an 800th anniversary essay*, in *Journal of Law and Religion*, Vol. 30, 2015, pp. 428-445. L'autore esamina l'influenza della Magna Carta nello dei diritti e delle libertà nella tradizione di common law anglo-americana, soprattutto nel XVII secolo. La Magna Carta è stata l'ispirazione per i giuristi inglesi del XVII secolo, come Sir Edward Coke, o come John Lilburne, e ispirò anche i nuovi diritti e le nuove libertà che si andavano ad affermare nelle colonie americane in particolare nel *Corpo delle libertà del Massachusetts* realizzati da Nathaniel Ward nel 1641, che ha anticipato molte delle formulazioni dei diritti costituzionali del XVIII e XIX secolo in America.

¹⁴⁰ Come scrive WITTE J. Jr., *Diritto e Protestantismo. La dottrina giuridica della Riforma Luterana*, Macerata, 2013, p. 1: «iniziò come una rumorosa chiamata per la libertà della Chiesa dalla tirannia del papa, libertà dei laici dall'egemonia del clero, libertà della coscienza dalle limitazioni del diritto, Libertà al cristiano! È stato il motto aggregante della prima Riforma Luterana che ha spronato in egual misura teologi e giuristi, chierici e laici, principi e contadini a denunciare le autorità della Chiesa e le sue strutture legali, con uno zelo senza precedenti».

Cinquecento e nei secoli successivi¹⁴¹ (la riforma protestante viene inaugurata con l'apposizione delle Novantacinque tesi sulla porta della chiesa di Wittenberg e il rogo di tutti i libri di diritto canonico nel 1520¹⁴²).

¹⁴¹ LADNER G., *The Idea of Reform. Its Impact on Christian Thoughts and Action in the Age of the Fathers*, Cambridge, 1959; SPITS L.W., *Reformation*, in *Dictionary of the History of Ideas*, New York, 1973, pp. 60-69; BERMAN H.J., *Law and Revolution*, *op. cit.*, pp. 85 ss e 574 ss; Il termine *reformatio* nella tradizione giuridica occidentale assume il significato di rinnovamento, rigenerazione dell'individuo e della comunità. Tale termine ricorre spesso negli scritti classici greci e romani, ma anche nelle glosse e commenti dei padri della Chiesa e scrittori medievali. In particolare, il termine compare negli scritti cristiani durante la cristianizzazione dell'Impero nel IV e V secolo, sotto l'Imperatore Carlo Magno. Il termine ricompare, successivamente, con la rinascita della Chiesa guidata da Papa Gregorio VII, nel periodo chiamato "Riforma Gregoriana". Tale espressione, poi, torna in auge durante il movimento conciliare della Chiesa nel primo Quattrocento a partire dalla pace di Costanza nel 1415 e l'intero periodo a partire dal XII secolo è stato definito Età della Riforma. Si parla, invece, di riforma giuridica dell'ordine politico a partire dalla *Reformatio Sigismundi* del 1438 che riguardava una serie di riforme che coinvolgevano la vita spirituale e secolare, la tradizione e il diritto in Germania e in altre zone dell'impero. Inoltre, sono da ricordare le riforme legali tra il XV e XVI secolo, in alcune città e territori tedeschi dell'impero; si tratta di firme giuridiche che avevano lo scopo di mettere fine agli abusi della Chiesa nell'abito del diritto, della politica e della gestione dei beni. Teologi e professori di diritto avevano pubblicato complessivamente più di cento importanti trattati di diritto, diffondendo le loro idee per tutta la Germania. Alcuni dei giuristi che avevano preso parte alla Riforma prendevano posto nei Tribunali locali in qualità di giudici e notai, o nei consigli locali come segretari e consulenti legali e utilizzavano le nuove leggi. Inoltre, giuristi e teologi protestanti, su richiesta dei tribunali, corti civili o concili esprimevano importanti consigli legali (*Consilia*) che successivamente venivano raccolti e pubblicati, per poi diventare importanti testi giuridici. Si veda KOCK K., *Studium Pietatis*, p. 139; HAALK W., *Die Rostocker Juristenfakultät als Spruchskolegium*, in *Wissenschaftliche Zeitschrift der Universität Rostock*, 1958, pp. 401-414 ss.; EBEL W., *Studie über ein Goslarer Ratsurteilbuch des 16. Jahrhunderts nebst einem Goslarer Unkundenhang*, Schwarts Göttingen, 1961, p. 388. I tribunali civili consultavano regolarmente le Facoltà di legge e, a volte, le facoltà di teologia, delle università evangeliche locali utilizzando quella che era chiamata la procedura di trasmissione degli atti – i tribunali inviavano la documentazione scritta di casi che sollevavano difficili questioni giuridiche e morali alle Facoltà, le quali a loro volta discutevano il caso e presentavano giudizi e opinioni che venivano molto spesso, considerate vincolanti per i tribunali-.

¹⁴² «Il 10 Dicembre del 1520, davanti ad un gruppo di suoi studenti e colleghi dell'Università di Wittenberg, Martin Lutero bruciava i libri di diritto canonico e quelli di teologia sulla cui base poggiava il diritto canonico medesimo. Venivano bruciati i testi fondamentali: *Decretum* di Graziano, i quattro libri più recenti delle leggi papali che formavano il *Corpus iuris canonici*, la Summa angelica, la Bolla papale che minacciava la scomunica di Lutero. Il 5 Giugno 1520, Papa Leone X emetteva, *Exurge Domine*, la Bolla che condannava tutte le speculazioni di Martin Lutero in quanto eretiche, scandalose, offensive, tentatrici e ripugnanti la verità cattolica. Con la Bolla il Papa concedeva a Lutero sessanta giorni di tempo dal recapito per ritrattare e ritornare nel gregge cattolico, così il 10 Dicembre 1520 Lutero faceva il falò, bruciando così il suo ultimo ponte con Roma». Cfr. MIRBT C., *Quellen zur Geschichte des Papsttums und des römischen Katholizismus*, Tubingen-Leipzig, 1901, pp. 183-185; BOHMER H., *Luther und der 10. Dezember 1520*, in *Luther-Jahrbuch*, 1920, pp. 7-53 e ERITSCH E.W., *Martin-God's Court Jester. Luther in Retrospect*, Philadelphia, 1938, p. 38. Si veda, inoltre NAPHY W.G., *La rivoluzione protestante. L'altro cristianesimo*, Milano, 2010, pp. 29-32 e 42-43: «Fin dai primi tempi della Riforma si erano sviluppati due differenti tipi di quello che sarebbe stato chiamato *Protestantesimo*. Sono tradizionalmente conosciuti come *magistrale* (altri dice: *magisteriale*) e *radicale*. Con il primo termine s'intende un movimento strettamente legato alle autorità secolari [le istituzioni politiche, che esercitano il potere nel *secolo*, cioè nel mondo terreno] e ai magistrati, da cui appunto la parola. Il secondo tipo, quello dei riformatori *radicali*, rifiutò invece gran parte delle strutture sociali ed economiche esistenti e mirò a una riorganizzazione della cultura e della società. [...] Le due etichette sono utili; ma [...] le due ramificazioni venivano dalla medesima radice: il rifiuto luterano di quella tipologia d'istituzioni e di quelle modalità per l'ottenimento della salvezza eterna incentrate sulla mediazione del rapporto con Dio. L'obiettivo polemico di Lutero era, infatti, quel genere di

La Riforma produceva effetti sociali, politici e giuridici enormi: dalla soppressione del clero e della gerarchia ecclesiastica (e dei patrimoni della Chiesa cattolica), a un modo nuovo di vivere le professioni (il cristiano può tradurre in pratica il Vangelo solo attraverso la propria attività quotidiana), al riconoscimento dell'autorità politica (Lutero era un convinto sostenitore della tesi secondo cui l'autorità di un sovrano proveniva da Dio che aveva concesso il potere ai principi affinché, in un mondo corrotto dal peccato, mantenessero l'ordine con la forza e imponessero con la spada il rispetto della Sua legge¹⁴³). La Riforma luterana si diffondeva rapidamente in Germania e in altri paesi europei e si trasformava da riforma religiosa a riforma del diritto e degli ordinamenti statuali, determinando il passaggio dal Medioevo all'Età moderna, con la conseguente emancipazione dell'autorità civile dalla soggezione del potere della Chiesa.

5.1 Cenni storici.

Qualche notazione storica appare utile per comprendere l'ambiente culturale in cui si muovevano questi cambiamenti che interessavano sia la religione che il diritto e i suoi istituti.

L'universalismo religioso, retaggio della tradizione medievale, dopo una lunga crisi protrattasi per oltre un secolo cadeva sotto i colpi della Riforma protestante che scoppiava nell'area germanica all'inizio del secolo XVI e che prendeva avvio dalle tesi di Martin Lutero. Lo scontro con Roma e con il papato segnava una cesura nettissima rispetto alla realtà religiosa medievale, così l'adesione di un gran numero di principi e di città tedesche alla Riforma protestante dava vita a un'esperienza giuridica sempre più distante da quella dell'Età di Mezzo.

religiosità per cui la salvezza di tutti i fedeli avrebbe dovuto dipendere da un ristretto manipolo di *religiosi di professione* (preti, monaci, suore, cardinali, vescovi e papi). Aveva dichiarato che gli individui dovevano leggere e interpretare autonomamente la Bibbia e che, in ultima analisi, ognuno era responsabile (entro la propria coscienza) delle proprie credenze. La salvezza sarebbe stata garantita individualmente alle singole persone dalla Grazia di Dio, con la fede come intermediaria. Entrambe le tipologie di Protestantismo dovevano condividere questo nucleo fondante; le differenze risiedevano nelle pratiche con cui esso doveva venire messo in atto...] Lo spartiacque tra le due correnti riguardava pure l'interpretazione di termini come *società e comunità*».

¹⁴³ Uno dei punti centrali della teologia luterana riguardava la diretta relazione dell'individuo con Dio. La comunità cessava di essere indispensabile ai fini dell'esperienza religiosa. Il risultato era il rifiuto di tutto il diritto canonico cattolico, da parte di Lutero, mentre lo Stato, in moltissimi campi, sostituiva la Chiesa e legiferava al posto suo. Si veda più ampiamente: LUTERO M., *Scritti politici*, trad. it. di SAIJA P., Torino, 1978, p. 328, p. 506; GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 33-34 e 88-89.

La critica luterana si appuntava, in primo luogo, sulla cd. vendita delle indulgenze: prassi largamente diffusa in ambito ecclesiastico da Papa Leone X e che comportava la remissione dei peccati a chi, pentendosi, compiva opere particolarmente meritorie; secondo Martin Lutero quell'ignobile e scandaloso mercato del perdono praticato dal clero era il segno evidente della crisi dei valori cristiani che investiva le gerarchie ecclesiastiche e che richiedeva un deciso intervento; egli sosteneva che gli infiniti meriti scaturiti dal sacrificio di Cristo avevano aperto la strada alla salvezza degli uomini, indipendentemente da qualsiasi intercessione e mediazione del clero. La salvezza degli uomini dipendeva esclusivamente dalla loro fede e dalla loro capacità di aderire al messaggio contenuto nelle Sacre Scritture e soltanto queste ultime dovevano essere considerate come l'unica fonte di Verità, senza che fosse necessaria per la loro interpretazione la funzione mediatrice del clero. A ciascun fedele era concesso di poter attingere ai testi sacri di prima mano, senza dover ricorrere all'interpretazione delle gerarchie ecclesiastiche.

Con la critica nei confronti delle tradizionali gerarchie ecclesiastiche, il pensiero di Lutero riscuoteva notevole successo dal quale emergeva un nuovo modello di Chiesa basato su una struttura 'democratica' e non verticistica, più vicina alle esigenze del popolo di Dio e più aperta nei confronti di quest'ultimo. Il mito della Chiesa universale, fortemente alimentato durante i secoli del Medioevo, crollava sotto i colpi della Riforma ed il quadro europeo sino a quel momento dominato da quella visione si trovava a dover fronteggiare una straordinaria spinta capace di agire con effetti dirompenti sul piano spirituale e religioso¹⁴⁴.

¹⁴⁴ In questo quadro, nel 1438, in Francia, la Prammatica Sanzione di Bourges, emanata da Carlo V, sanciva l'autonomia della Chiesa francese dalla Chiesa di Roma. Il cd. *Gallicanesimo*, determinava, di fatto, l'emancipazione del Regno di Francia dal Papato. Rompendo una tradizione millenaria, il Re di Francia sottraeva al Papato ed avocava definitivamente a sé la nomina diretta dei Vescovi del proprio Regno. Il vincolo che continuava ad unire la Chiesa francese a quella romana riguardava esclusivamente le questioni spirituali. In Inghilterra, invece, effetti ancor più rilevanti aveva il cd. Atto di supremazia, che nel 1534 determinava un vero e proprio scisma della Chiesa d'Inghilterra dalla Sede Apostolica Romana e la definitiva nascita della Chiesa Anglicana. Del tutto separata da quella di Roma, la nuova Chiesa faceva capo direttamente al Re e, per lui ad un vicario generale, l'Arcivescovo di Canterbury. Il Sovrano avocava a sé ogni potere in materia spirituale: era in suo potere il reprimere, l'emendare, il condannare, l'esaminare ogni sorta di abuso, errore o eresia fosse stata commessa in Inghilterra. Pur restando invariati alcuni elementi tipici del credo cattolico, alcune sensibili innovazioni riguardavano altresì la dottrina. L'abolizione del culto dei Santi e della Vergine Maria interveniva a differenziare, anche sotto il profilo religioso e spirituale la nuova Chiesa. L'esperienza francese e quella inglese rappresentavano, pur con le sensibili differenze che le caratterizzano, modelli di riferimento d'indiscutibile rilevanza. Esse assumevano, infatti, valore esemplificativo della transizione dalla visione universalistica religiosa di stampo medievale alla

In ogni caso, l'effetto della Riforma Luterana era la disgregazione dell'unità religiosa nel continente europeo che spingeva l'Imperatore Carlo V a cercare una pacificazione generale con la Pace di Augusta nel 1555 in cui veniva affermato che: *cuius regio, eius religio*: agli Stati e alle città era consentito scegliere la confessione da imporre ai sudditi e di espellere i dissidenti¹⁴⁵. Veniva così conferita larga autonomia ai principi tedeschi che godevano di pieni poteri in materia amministrativa, giudiziaria, militare, fiscale e crollava l'idea di una monarchia universale ed estesa a tutta la cristianità europea.

5.2 La riforma religiosa e i cambiamenti giuridici.

In un primo momento, Lutero e i suoi seguaci¹⁴⁶ non avevano alcun interesse per i problemi legati alla legge e al diritto¹⁴⁷. I riformatori tedeschi, infatti, concepivano la Chiesa come una comunità puramente spirituale che doveva attingere la propria linfa vitale solo e direttamente dal Vangelo, ripudiando l'apparato formale del diritto canonico che il papato aveva elaborato a partire dal

diversa, e non meno complessa, dimensione statale caratterizzata dalla centralità dell'esperienza monarchica ed assolutistica: svolta epocale nel mondo, ed ancor più, nell'universo giuridico.

¹⁴⁵ Si ricordi che la Riforma Luterana non coinvolgeva solo la Germania ma si sviluppava anche in altri Stati Europei: Svezia, Danimarca, Norvegia, Paesi Bassi, Svizzera dove ampia era stata l'Influenza di Calvino che predicava la dottrina della predestinazione secondo la quale la salvezza deriva non dalla fede né dalle opere buone, ma soltanto da Dio, il quale lo concede a quelli che Egli ha predestinato secondo la sua volontà imperscrutabile. Altresì nelle assemblee calviniste si formava una sorta di democrazia diretta dove i pastori o ministri di culto venivano eletti direttamente dalla stessa comunità dei fedeli e non, come nelle comunità protestanti, ai principi sovrani dei singoli Stati. Poco successo aveva in Francia e in Italia. Cfr. CALVINO G., *Istituzione della religione cristiana*, a cura di TOURN G., trad. di MUSACCHIO M.-TOURN G., Torino, 1983, p. 1101.

¹⁴⁶ In particolare, per l'interazione tra diritto e religione, si prendano a riferimento gli scritti e il pensiero di giuristi evangelici come Filippo Melantone, Johannes Eisermann e Johann Oldendorp. Questi, a differenza di Lutero, non enfatizzavano la distinzione tra i due regni ma mettevano in luce proprio la cooperazione tra le due sfere; enfatizzavano il ruolo e l'uso della Bibbia come guida per la vita nel regno terreno e come più alta fonte del diritto per la vita terrena; mentre Lutero parlava in modo frammentario e ambiguo del valore legale del Vangelo, questi giuristi evangelici davano grande importanza a Dio e ai Dieci comandamenti e alla sue disposizioni essenziali. Ad esempio, il comandamento "Non rubare" era all'ordine del diritto di proprietà. Ciascuno dei tre giuristi, inoltre, sviluppava delle teorie autonome. Oldendorp elaborava la teoria dell'equità cristiana, secondo la quale il compito del giudice cristiano non era solo quello di applicare la lettera della legge utilizzando i ragionamenti propri del diritto civile, ma doveva anche applicare lo spirito della legge, utilizzando gli strumenti della preghiera, della meditazione e della lettura delle Scritture.

¹⁴⁷ Uno dei più famosi aforismi di Lutero sul diritto è: «I giuristi sono cattivi cristiani». Inoltre egli affermava: «Del Vangelo i giuristi non sanno nulla, e quindi sono giustamente esclusi da ciò che concerne il divino». E ancora: «C'è un'eterna lotta e un'eterna guerra tra giuristi e teologi (...) Ogni giurista è un buono a nulla, o un esperto di nulla».

Decreto di Graziano¹⁴⁸. Lutero iniziava a riflettere sulle tematiche della politica, del potere del diritto solo a partire dal 1525, cioè dal momento della grande rivolta dei contadini tedeschi¹⁴⁹. Egli descriveva il diritto come una selva di confusione: di fronte alla grande massa di leggi della sua epoca si arrendeva, cercando di progettare adeguate riforme giuridiche, proclamando la superiorità del diritto civile a quello canonico e del diritto locale su quello imperiale e parlando anche della necessità di confezionare leggi sulla base delle caratteristiche delle realtà politiche locali¹⁵⁰.

Il nuovo orizzonte politico e religioso produceva così rilevanti conseguenze sul piano giuridico: l'affermazione di uno Stato moderno, fondamentalmente laico ed accentrato implicava una gestione politica autocratica ed esclusiva. In altri termini, nella nuova dimensione politica lo Stato era chiamato ad essere il produttore esclusivo ed autoritario del diritto. La *lex*, frutto della volontà sovrana, era chiamata a diventare l'unica ed indiscutibile fonte del diritto; all'infuori dell'ambito legislativo qualsiasi altra fonte del diritto, per poter dirsi giuridicamente rilevante, richiedeva un formale atto di ricezione da parte del Sovrano. L'ordinamento giuridico, lungi dal continuare a porsi come autentica riserva di norme da conservare ed interpretare ad opera di giuristi e sapienti, si imponeva quale frutto della volontà assoluta di un sovrano capace, nei confini del proprio Regno, di legiferare, ossia di produrre norme giuridiche cogenti per i propri sudditi. Così il sovrano detentore del potere riteneva necessario organizzare una direzione centralizzata degli affari pubblici creando una rete di suoi fidi e diretti collaboratori strutturati secondo uno schema gerarchico.

Allo stesso modo, anche il potere professionale e corporativo dei giuristi, fino a quel momento del tutto autonomo ed indipendente dall'autorità, risultava nel processo di riorganizzazione complessiva dello Stato assorbito nella nuova

¹⁴⁸ PELIKAN J., *Spirit versus Structure. Luther and the Institutions of the Church*, New York, 1968, p. 5 ha formulato uno delle metafore più utili per comprendere la Riforma Luterana paragonandola all'oscillazione di un pendolo, prima dalla struttura allo spirito e poi dallo spirito alla struttura. Questa è l'immagine utilizzata da Pelikan per descrivere la doppia riforma della Chiesa Tedesca e riassume anche la doppia riforma del diritto tedesco

¹⁴⁹ In quella occasione egli precisò che, secondo il capitolo 13 della *Lettera ai romani* dell'apostolo Paolo, tutti i poteri mondani esistenti provengono da Dio che li ha istituiti a vantaggio dell'umanità per tenere a freno i peccatori.

¹⁵⁰ Lutero però scrisse semplicemente che: «sarebbe stato sufficiente avere governanti saggi, intenti a procedere fianco a fianco con la Sacra Scrittura» in WITTE J. Jr., *Diritto e Protestantismo*, op. cit., p. 53.

dimensione e veniva ricondotto all'apparato pubblico e sottoposto alle dipendenze ed al controllo del Sovrano; il potere dei giuristi veniva istituzionalizzato finendo per operare, per lo più, all'interno di organismi facenti capo all'organizzazione statale. In questo quadro, una rilevanza centrale assumevano i *Grandi Tribunali*, ossia i tribunali centrali e le grandi corti di giustizia al cui interno sedevano magistrati che erano tecnici del diritto capaci di svolgere funzioni giurisdizionali e dotati del potere di amministrare la giustizia in nome del Sovrano.

Così, la Riforma luterana introduceva modifiche profonde non solo per la religione¹⁵¹, ma anche per il mondo giuridico, passando così da Riforma teologica a riforma del diritto e dell'ordinamento dello Stato. Possiamo affermare che era proprio questa combinazione tra riforme teologiche e giuridiche a rendere la Riforma luterana tanto forte quanto resistente nel tempo¹⁵².

Infine, è da rammentare che la separazione tra stato e Chiesa avvenuta nel periodo della Riforma non divideva allo stesso tempo la tradizione giuridica occidentale dalle sue radici cristiane. Il diritto canonico continuava a far parte della tradizione di *common law* e *civil law* nonostante la condanna serrata da parte dei primi riformatori verso il diritto della Chiesa, anzi proprio questi facevano riferimento al diritto canonico medievale nei loro scritti ed insegnamenti¹⁵³. Nelle

¹⁵¹ La riforma del XVI secolo apportava fondamentali cambiamenti nella vita spirituale della Germania: riduceva i sacramenti, rinnovava il simbolismo spirituale, trasformava il culto collettivo e la musica congregazionale, dava nuovo rilievo al pulpito e al sermone, ampliava la catechesi e l'istruzione religiosa. Inoltre, metteva un freno alle proprietà e ai privilegi della Chiesa, respingeva la venerazione dei santi non indicati dalla Bibbia e il culto dei morti. Metteva al bando il pagamento delle indulgenze e delle decime sul patrimonio dei defunti, scoraggiava i pellegrinaggi religiosi e riducevano il numero delle festività, nonché alleggeriva le regole spirituali riguardanti cibo e vestiario. Veniva riformata la disciplina ecclesiastica, l'amministrazione della Chiesa e molto altro.

¹⁵² Cfr. WITTE J. Jr., *Diritto e Protestantismo*, op. cit., p. 19.

¹⁵³ Se pensiamo al matrimonio, infatti, i riformatori facevano riferimento ad argomenti tratti dalle Scritture e dalla storia. In particolare, trovavano dei precedenti per le leggi sul divorzio e nuove nozze nella legge mosaica del Deuteronomio, 24,1 (che concedeva il divorzio per immoralità) e in vari decreti degli Imperatori romani cristiani, in particolare il Codice Teodosiano, il Codice di Giustiniano e le *Novellae*. Nel Vangelo, invece, il divorzio era ammesso solo per ragioni di adulterio e solo come speciale eccezione alla disposizione generale «Non osi separare l'uomo ciò che Dio ha unito». Le leggi di Mosè e quelle di Roma avevano concesso lo scioglimento del matrimonio per altre ragioni oltre l'adulterio e l'abbandono. Vedi *Codice Teodosiano* 3.16.1,2; *Codice di Giustiniano* 5.17.8,9,10. Il divorzio per mutuo consenso, concesso dall'Imperatore Anatasio nel 497, veniva rigettato circa quarant'anni dopo nella *Novella di Giustiniano* 117.8-14. Si veda anche TREGGIARI S., *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991, pp. 435 ss; GRUBB J.E., *Law and Family in the Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford, 1995, pp. 203 ss; Marco, 10,2-12; Luca 16,18; Matteo, 5, 31-32, 19,3-19. San Paolo aveva accennato inoltre alla Prima Lettera ai Corinzi, 7, 15 che il divorzio poteva essere consentito per abbandono: «Ma se lo sposo o la sposa non credente vuole andarsene, lo si lasci andare; in queste circostanze il fratello o la sorella non sono soggetti a vincoli. Dio ci ha chiamati per prima cosa a stare in pace».

regioni cattoliche dell'Europa Orientale, come in Francia, Spagna, Portogallo, Italia ed in molti altri paesi Latini e nelle colonie dell'America del Nord, il clero cattolico e i canonisti continuavano ad avere ed a esercitare una grande influenza sul contenuto e il carattere del diritto statale. Tale tendenza si manifestava successivamente in modo palese durante il Concilio di Trento e successivamente nei moderni concordati e costituzioni che assicuravano alla Chiesa Cattolica una serie di privilegi in molte nazioni e nelle loro colonie.

6. Diritto e religione dall'illuminismo all'età moderna. Cenni storici.

Il quarto periodo che prenderemo in considerazione è quello che va dall'età dei Lumi (tra il XVII e XIX sec.) all'età moderna. In particolare l'Illuminismo rappresenta un periodo fondamentale che si concretizza in un movimento non unitario ma che si sviluppa in una molteplicità di correnti ideologiche differenti che si muovono in diverse discipline e ambiti accademici, sia in Europa Occidentale sia nel Nord America. Per quel che interessa ai nostri fini questo movimento si concentra sul dibattito e sul rapporto tra Dio e l'Uomo dopo che la Riforma Protestante aveva rotto in modo dirimpente l'unità religiosa dell'Europa

6. Cenni storici.

All'inizio del Settecento l'Europa era "religiosamente divisa". Da una parte l'Italia, la penisola iberica e la Francia che erano cattoliche, dall'altra Inghilterra e i paesi scandinavi che erano stati riformati. La pace di Westfalia del 1648 fissava la situazione confessionale nel Sacro Romano Impero, dove cattolici, luterani e calvinisti dovevano vivere rispettando le varie fedi esistenti ma ciò non significava assolutamente la fine delle tensioni e dell'intolleranza dal punto di vista religioso, visto il perdurare delle persecuzioni e delle espulsioni¹⁵⁴. Così per le confessioni non cristiane gli spazi erano estremamente ristretti, comunque controllati dalla Chiesa cattolica.

Il movimento illuministico, fortemente critico verso il passato, si caratterizzava per una forte volontà di fondare nel presente una società diversa alla

¹⁵⁴ Cfr. TORTAROLO E., *L'Illuminismo. Ragioni e dubbi della modernità*, Roma 1999, pp. 19-20.

luce del primato di una nuova politica fondata sulla ragione. Nella sostanza, il potere dei sovrani non poteva più essere giustificato con le ragioni tradizionalmente addotte, di carattere religioso (il potere derivava da Dio) o militare (il potere come frutto di un diritto generico di conquista del potere da parte di una dinastia), ma poteva essere giustificato solo perché in grado di realizzare il benessere di quanti si erano a esso assoggettati volontariamente.

L'illuminismo si differenziava così dall'epoca precedente; nel Medioevo la ragione era limitata da Dio stesso mentre per l'Illuminismo i limiti della ragione erano imposti dalla ragione stessa e si assisteva così ad un vero e proprio uso pubblico della ragione "con spirito educativo di liberazione"¹⁵⁵. Proprio in questo secolo emergeva una filosofia che aveva come presupposto un processo di emancipazione razionale dell'uomo dovuta anche ai progressi delle scienze fisiche, al dominio sulla natura e alla formazione dello Stato. Da ciò scaturiva il radicale e assoluto rifiuto verso la Chiesa cattolica, con la sua intolleranza universale e i suoi dogmi inaccettabili per la ragione.

6.1. Illuminismo e religione.

Il rapporto tra illuminismo e religione può essere riassunto nell'affermazione che «l'Illuminismo è la critica della religione¹⁵⁶». I punti fermi del movimento illuminista sono: la fine del potere culturale della Chiesa Cattolica e la completa libertà religiosa. La religione era concepita come un grande inganno

¹⁵⁵ Vedi AA.VV., *Lezioni di filosofia*, vol. 2, *Da Galileo a Hegel*, a cura di PASTORE A., Torino, 2000, p. 278; FELTRI F. M.-BERTAZZONI M. M.-NERI F., *I giorni e le idee*, vol. I, *Dal Trecento al Seicento*, Torino, 2002, pp. 176-178, 196-199 e 224-228.

¹⁵⁶ SCHNÄDELBACH H., *L'Illuminismo e la critica della religione*, in *Rivista di filosofia*, Bologna, 2005, pp. 1 ss. Il aule riferisce che: «per lungo tempo si era soliti parlare con disprezzo degli illuministi rimproverando loro non solo la fede ingenua nella ragione e la presunta banalità del pensiero utilitaristico, ma anzitutto l'ateismo». Tra coloro che identificano l'illuminismo con la critica della religione vi è Hegel, in HEGEL F., *Phänomenologie des Geistes*, in *Werke in zwanzig Bänden*, Suhrkamp Frankfurt am Main, 1970, vol. III, pp. 391 ss., trad. it. di DE NEGRI E. con il titolo *Fenomenologia dello spirito*, Firenze, 1973, vol. II, p. 77 ss.. La tesi secondo cui l'Illuminismo è prima di tutto critica della religione è stata sostenuta, dopo Hegel, anche da molti altri autori: Ludwig Feuerbach e alla sua diagnosi della religione come auto-alienazione dell'uomo. Nel medesimo senso, si pensi, a Karl Marx «la critica della religione [...] è il presupposto di ogni altra critica (...)». MARX K., *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung*, in *Marx-Engels Gesamtausgabe*, Berlin, 1982, vol. I/2, pp. 170-71, trad. it. di PANZIERI R., in *Opere*, Roma, 1976, vol. III, pp. 190-191. Si pensi, anche ad Auguste Comte e Max Weber secondo i quali, nel medesimo senso dei precedenti autori, esiste una stretta connessione tra illuminismo e critica della religione. Vedi WEBER M., *Gesamtausgabe*, vol. I/17: *Wissenschaft als Beruf Politik als Beruf*, a cura di MOMMSEN W.J. e SCHLUCHTER W., Tübingen, 1992, pp. 109-10, trad. it. di ROSSI P. con il titolo *La scienza come professione*, in *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, 2001, pp. 38-39.

sostenuto da sacerdoti per mantenere il popolo nell'ignoranza e nella superstizione e dall'esistenza di diverse religioni positive derivava l'intolleranza e il fanatismo¹⁵⁷.

L'atteggiamento che si faceva strada tra i filosofi illuministi era il deismo, ossia la credenza nell'esistenza di un Dio, ordine supremo della natura, solo sulla base di argomentazioni razionali, rifiutando ogni forma di rivelazione poiché questa teorizzazione religiosa poteva essere raggiunta solo attraverso l'esclusivo uso della ragione e della coscienza morale. In questo senso si poteva parlare di una forma di laicizzazione della società, con un ruolo decisivo che veniva giocato dalla società borghese e dal popolo. Il deismo riduceva la religione all'affermazione dell'esistenza naturale di Dio: «le pratiche esteriori cedono il passo al culto interiore¹⁵⁸». In quest'ottica, l'aspetto più radicale dell'Illuminismo era la critica e il rifiuto di ciò che era trascendente; la tendenza generale dell'Illuminismo era dunque il tentativo di togliere agli uomini la paura, di spingerli verso l'autogoverno, di renderli padroni di sé stessi. Questo fine poteva essere raggiunto solo facendo cadere il maggiore ostacolo verso questo progresso: la religione. Si diffondeva così una religione naturale in cui ragionevolezza e anti-dogmaticità erano i requisiti fondamentali, accanto alla tolleranza¹⁵⁹.

In conclusione, possiamo affermare che con il lento e doloroso tramonto

¹⁵⁷ Cfr. ROSSI P. (a cura di), *Gli illuministi francesi*, Torino, 1991, p. XXI. Il quale riferisce che: «La religione è necessaria ai popoli per combattere ogni forma di fanatismo, di superstizione e di pregiudizio: liberata da tutto ciò che gli altri mettono al posto delle virtù, priva di riti superstiziosi e di sottigliezze dottrinali, essa andrà diritta al suo vero scopo, che è la pratica dei nostri doveri. [...] Una volta istituita questa religione, tutti saranno obbligati per legge a sottomettervisi perché essa non è fondata sull'autorità degli uomini, niente vi contrasta con l'ordine delle cognizioni naturali, nulla è rivolto ad altro che al bene della società, né in essa è confuso alcun dogma inutile alla morale, alcun oggetto di pura speculazione. La conseguenza di ciò è che Dio è utile agli uomini per la loro felicità: la religione non servirà più di strumento alla tirannia degli uomini di chiesa e alla vendetta degli usurpatori» in *Scritti politici di Jean Jacques Rousseau*, a cura di ALATRI P., *Lettere Scritte dalla Montagna, Prima lettera*, pp. 864-865.

¹⁵⁸ BRITO E., *Filosofia della religione*, Milano, 1993, p. 26.

¹⁵⁹ Hegel definisce l'illuminismo, soprattutto quello francese, un movimento essenzialmente religioso con cui i *philosophes* proseguirono la Riforma luterana in una forma differente. Per lui la Riforma e l'illuminismo furono dei contributi allo stesso obiettivo, ossia, la libertà spirituale dell'uomo: «Quello a cui Lutero aveva dato origine era *in nuce* la libertà dello spirito» in HEGEL G.W. F., *Fenomenologia dello spirito*, op. cit., p. 649. Tra i cd. filosofi della religione vi è Locke che respinge le forme ecclesiastiche e dogmatiche del culto, ma predica l'ideale supremo della tolleranza e accetta la necessità della rivelazione, dove risulta essenziale la parola di Cristo, comprensibile a tutti. A Locke e al suo *Saggio sull'intelletto umano* del 1690 è legata la riflessione deista e atea del periodo illuminista: «la ragione è il giudice adatto, la Rivelazione, anche se può, acconsentendo, confermarne le affermazioni, comunque non può in questi casi negare i suoi decreti». Vedi LOCKE J., *Saggio sull'intelletto umano*, a cura di ABBAGNANO M., Torino, 1971, p. 9.

della cristianità medioevale iniziava per la Chiesa cattolica una lunga fase di difficile ambientamento nella civiltà moderna, intimamente segnata e profondamente caratterizzata da un processo di secolarizzazione dei diversi ambiti della convivenza civile e dei saperi¹⁶⁰, nonché di laicizzazione della politica e delle istituzioni pubbliche, specialmente in seguito alle due grandi rivoluzioni, francese ed americana di fine '700¹⁶¹.

6.2 Il rapporto tra diritto e religione nell' età dei lumi: lo sviluppo della dottrina sociale della chiesa come articolata nelle encicliche sociali.

Gli insegnamenti dell'Illuminismo trasformavano molti sistemi legali occidentali. Le nuove idee aiutavano ad elaborare nuove previsioni costituzionali e a determinare la separazione Stato-Chiesa; venivano elaborati a livello di procedure nuovi metodi, nuovi comportamenti venivano penalizzati, venivano elaborate nuove leggi di diritto commerciale, contrattuale e privato con riguardo al diritto di proprietà e al diritto delle successioni. Si assisteva alla graduale rimozione delle discriminazioni basate sulla razza, la religione, la cultura e il genere; molti stati occidentali elaboravano codici nuovi di diritto pubblico e privato, trasformavano i curricula delle loro facoltà e modificavano radicalmente le professioni legali.

Si registrava una nuova fede nel diritto e una nuova fede nelle teorie positiviste che facevano eclissare le teorie che davano alla religione e alla Chiesa un posto di primo piano. Le teorie positivistiche del tardo XIX secolo procedevano in due direzioni: una scientifica ed una filosofica. La rivoluzione scientifica di Copernico e Newton che aveva ispirato il modo di fare diritto a quel tempo aprivano la strada ad un movimento scientifico del diritto che cercava di dimostrare la sua autonomia dalle altre discipline. A dimostrazione di ciò si iniziavano a produrre nuovi codici di leggi, nuove costituzioni, enciclopedie legali, dizionari, testi di

¹⁶⁰ Sulla complessa categoria della secolarizzazione, si segnala qui: LÜBBE H., *La secolarizzazione. Storia e analisi di un concetto*, Bologna, 1970; PRODI P., *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992; MARRAMAO G., *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Torino, 2005. Su rapporto tra Chiesa cattolica e secolarizzazione, MENOZZI D., *La Chiesa cattolica e la secolarizzazione*, Torino, 1993.

¹⁶¹ Sulle rivoluzioni francese ed americana di fine '700 come eventi storici da cui hanno tratto vita le prime costituzioni moderne, vedi, tra i tanti, FERRARA G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, pp. 73 ss., ove si sottolinea come tali rivoluzioni abbiano trasferito «il costituzionalismo dalla filosofia alla storia, dal progetto politico alla norma giuridica».

legge e questo poteva avvenire soltanto grazie all'attività razionale del legislatore: era quindi lo Stato l'unico soggetto in grado di avviare un concreto processo di riforma che adeguasse il diritto positivo alle norme naturali attraverso lo strumento della legge.

In ogni caso, l'illuminismo appare creare una cesura con il passato, in quanto le nuove norme e leggi sembrano completamente scevre di qualsiasi influenza legata alla tradizione religiosa, in particolare cristiana.

Solo nel XIX, alcuni filosofi e giuristi¹⁶² adottano un approccio interdisciplinare e studiano il diritto in interazione con altri sistemi, come l'economia, la scienza, la letteratura, la psicologia, la sociologia e l'antropologia dimostrando come il diritto e la religione si combinino a vicenda tanto da rimanere concettualmente in relazione anche dal punto di vista contenutistico delle materie che trattano (ad esempio, la persona, la società, i contratti, i crimini, giustizia); le due discipline vengono ritenute anche metodologicamente connesse: infatti, combinano e utilizzano metodi ermeneutici simili nell'interpretazione dei testi giuridici.

Nel XX secolo e nel primo XXI la presenza del cristianesimo in Occidente tornava ad essere forte grazie all'opera di Papa Leone XIII e i suoi successori; la Chiesa Cattolica iniziava a ricostruirsi per un uso moderno e l'utilizzo degli insegnamenti religiosi, politici e giuridici di Tommaso d'Aquino, che confluivano nella cd. dottrina sociale della Chiesa. La società civile e il movimento c.d. neotomista, insieme ad altri movimenti cattolici, aiutavano a lanciare un'esperienza politica chiamata Democrazia Cristiana in tutta Europa (*vedi Par. 3.1.*) e a sviluppare nuove teorie, come la sussidiarietà, sia nel Vecchio continente che in

¹⁶² Nuove filosofie del diritto sempre più secolarizzate sono venute alla ribalta nel tardo XVIII e XIX secolo. Vi era, infatti, la presenza contemporanea di positivisti legali come John Austin e Christopher Columbus Langdell che sostenevano che la fonte del diritto stava nella volontà del legislatore. Vi erano teorici del diritto naturale come Immanuel Kant e Adam Smith secondo i quali la fonte del diritto era la ragione pura. Vi erano i cd. giuristi storici come Friedrich Carl von Savigny e Otto von Gierke che sostenevano che la fonte ultima della legge erano gli usi e costumi del popolo e la sua sanzione finale era la condanna comune. Le correnti positiviste, naturaliste, e le filosofie legali degli storici del diritto vivevano insieme in quel periodo nella moderna accademia giuridica occidentale. Cfr. TIERNEY B., *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1625*, Cambridge, 1982; PERRY M., *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge, 2007; TIERNEY B.-ALEXANDER F.S., *The Teachings of Modern Christianity on Law, Politics, and Human Nature*, New York, 2006-2007.

America. Iniziavano anche a svilupparsi nuove dottrine sul diritto naturale ad opera di filosofi come Jacques Maritain, Emmanuel Mounier e dei loro discepoli.

Il rinnovato movimento cattolico segnava la strada per il Concilio Vaticano II degli anni '60, con la sua inedita visione sulla libertà religiosa, sulla dignità umana, sulla democrazia e la sua ambiziosa agenda che aveva l'obiettivo di modernizzare gli insegnamenti della Chiesa Cattolica sul sistema del diritto, della politica, e degli insegnamenti sociali che andavano ad essere incorporati nella moderna dottrina sociale della Chiesa¹⁶³.

Ad oggi, nella tradizione giuridica occidentale, il diritto contiene numerosi riferimenti alla morale e alla dimensione religiosa e ciò non si riflette solo nelle materie del diritto pubblico, privato, penale ma si riflette interamente nei sistemi legali dell'Occidente; come scriveva Lon L. Fuller ogni sistema legale richiama ad una "morale interna"¹⁶⁴ un insieme di attributi che si esprimono nell'idea di giustizia e correttezza o, come affermava Harold J. Berman, ogni sistema legale ha un *inner sanctity*¹⁶⁵.

7. Il ruolo del pensiero cattolico nel diritto e nella politica in Italia.

L'interazione tra religione e politica in Italia è un aspetto particolare di quella che fino ad ora abbiamo descritto in generale come la dimensione e l'interazione tra diritto e religione; questo è un tema su cui si sono misurati studiosi nazionali e internazionali¹⁶⁶ ed in cui pare esserci una peculiarità tutta italiana

¹⁶³ Gli insegnamenti, invece che provenivano dalla religione protestante sul diritto, la politica e la società, sono molto più sviluppati e avevano maggior seguito negli Stati Uniti d'America che in Europa. Nella prima metà del XXI secolo, rappresentanti della religione protestante come il prete Battista Martin Luther King dava vita al movimento per i diritti civili teso a realizzare l'uguaglianza politica e civile degli afroamericani. Un altro movimento importante era quello dei diritti dei cristiani in America (1970-1990), una campagna politica e culturale costruita per rivitalizzare la religione nella sfera pubblica, le famiglie, la riforma della scuola. Inoltre, i protestanti sono stati coinvolti in campagne per la riforma della famiglia, diritti umani, protezione dell'ambiente, e *welfare*.

¹⁶⁴ FULLER L.L., *The Morality of Law*, New Haven, 1969.

¹⁶⁵ BERMAN H.J., *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, 1993.

¹⁶⁶ Tra gli studiosi internazionali che si sono occupati del tema, si veda, tra gli altri: BARNES S.H., *Representation in Italy: Institutionalized Tradition and Electoral Choice*, Chicago, 1977; SASSOON D., *Contemporary Italy. Politics, Economy and Society since 1945*, Harlow, 1986; ALLUM P., *Uniformity Undone: Aspects of Catholic Culture in Postwar Italy*, *Culture and Conflict in Postwar Italy*, Basingstoke, Macmillan, 1990; TARROW S., *Maintaining Hegemony in Italy: The softer they rise, the slower they fall!*, in PEMPEL T., *Uncommon Democracies. The One-Party Dominant Regimes*, Ithaca and London, 1990; HANLEY D., *Christian Democracy in Europe: a comparative perspective*, London, 1994. KALYVAS S.N., *The Rise of Christian Democracy in Europe*, Ithaca and London, 1997; DONOVAN M., *Workshop on Church and State in Europe: the*

rappresentata da una presenza della Chiesa Cattolica molto forte e pervasiva nella dimensione pubblica del Paese¹⁶⁷. Proprio questa peculiarità legata al contesto italiano ha fatto emergere diverse questioni e problematiche connesse al rapporto tra politica e religione¹⁶⁸. Nei paragrafi che seguiranno si prenderà in considerazione una di queste questioni, in particolare quella della presenza e del ruolo dei cattolici (cd. cattolicesimo politico) nella vita dello Stato¹⁶⁹.

Chimera of Neutrality. Church and State in Italy: beyond christian democracy, Copenhagen, 2000, <https://ecpr.eu/Events/PanelDetails.aspx?PanelID=2236&EventID=46>; DONOVAN M., *The Italian State: No Longer Catholic, No Longer Christian*, W. EUR. POL., 2003 <http://www.highbeam.com/doc/1G1-100727750.html>; GINSBORG P., *A History of Contemporary Italy: Society and Politics, 1943-1988*, MacMillan, 2003; Sempre dello stesso autore si veda: *Italy and Its Discontents: Family, Civil Society, State, 1980-2001*, MacMillan, 2001. Tra gli studiosi nazionali si veda: JEMOLO A.C., *Church and State in Italy, 1850-1950*, Oxford, 1960; LOMBARDO A., *DC e questione nazionale*, Milano, 1981; BAGET BOZZO G., *Cattolici e Democristiani*, Milano, 1994; BECCHI A., *Democrazia cristiana e idea nazionale: la memoria e il progetto*, Storia Contemporanea, XXV(6), 1994; BRUNELLI G., *La scommessa perduta sul partito cattolico*, Bologna, XLIV No. 358, 1995; PACE E., *L'Unità dei cattolici in Italia. Origini e decadenze di un mito collettivo*, Milano, 1995; DIAMANTI I., *L'identità cattolica e comportamento di voto. L'unità e la fedeltà non sono più virtù*, in CORBETTA P., *A domande risponde*, Bologna, 1997; GARELLI F., *Religione e chiesa in Italia*, Bologna, 1991; del medesimo autore: *Una nuova stagione per la Chiesa e i cattolici in Italia?*, XLIII No. 354, Bologna, 1994; *Cattolici senza partito*, il Mulino XLV No.367, Bologna, 1996; *Forza della religione e debolezza della fede*, Bologna, 1996; GIOVAGNOLI A., *Il partito italiano. La democrazia cristiana dal 1942 al 1994*, Roma-Bari, 1996; MAGISTER S., *La Chiesa e la fine del partito cattolici*, CACIAGLI M.-KERTZER D.I., *Politica in Italia*, Bologna, 1996; MARGIOTTA BROGLIO F., *Laici e cattolici. Ruini e gli "utili" steccati*, in *Corriere della Sera*, 4 Gennaio 1996; RICCARDI A., *Il cattolicesimo della Repubblica*, in SABBATUCCI G. - VIDOTTO V., *Storia d'Italia*, vol. 6: *L'Italia Contemporanea*, Roma, 1999.

¹⁶⁷ «Oggi le dinamiche tra politica e religione (tra Stato e formazioni religiose) dovrebbero essere considerate in una dimensione che tenga conto dei processi di globalizzazione economica e culturale che interessano il nostro Paese. Ci si chiede, infatti, come debba comportarsi lo stato in una società sempre più plurale, in cui accanto ad una religione maggioritaria vi sono sempre più religioni e tradizioni minoritarie, nonché gruppi laici o di non credenti. Così, alcuni studiosi nazionali, avvertono comprensibilmente, la necessità, per assicurare la più ampia protezione della libertà religiosa, della messa in discussione di tutti quei regimi di favore apprestati verso alcune chiese, organizzazioni, confessioni, nella prospettiva di uno spazio pubblico orientato alla neutralità, dove i poteri pubblici non ignorano la centralità della religione come fatto sociale ma non si identificano con alcune particolari forme di credenze». Cfr. VENTURA M., *Creduli e Credenti. Il decimo di Stato e Chiesa come questione di fede*, Torino, 2014.

¹⁶⁸ Una di queste questioni riguarda la laicità dello stato, un'altra la cd. religione civile ossia la denuncia e la carenza di valori e riferimenti che aiutano gli italiani a sentirsi una nazione e indica anche la difficoltà di realizzare questo *ethos* collettivo anche a causa del ruolo svolto in Italia dalla religione maggioritaria. Vedi GARELLI F., *Religione e politica in Italia: I nuovi sviluppi*, in *Quaderni di sociologia. Religione e politica in Italia: le sfide nell'epoca del pluralismo*, 2014, pp. 9-26.

¹⁶⁹ Si veda per un inquadramento generale del ruolo della politica nella religione: AA. VV., *Quale futuro politico per i cattolici?*, Torino, 1997; FORMIGONI G., *L'Italia dei cattolici*, Bologna, 1998; SCOPPOLA P., *La democrazia dei cristiani. Il cattolicesimo politico nell'Italia unita*, Roma-Bari, 2005; BINDI R., *Quel che è di Cesare*, Roma-Bari, 2005; GIOVAGNOLI A., *Chiesa e democrazia*, Bologna, 2011; DIOTALLEVI L., *L'ultima chance. Per una generazione nuova di cattolici in politica*, Soveria Mennelli, 2011. Inoltre, in Italia, emerge ciclicamente il dibattito sulla presenza dei cattolici in politica perché anche ad oggi il mondo cattolico mantiene una sua vivacità culturale ed esprime punti di vista critico intellettuali su diverse questioni. Si deve notare che molti lamentano questo deficit di coinvolgimento politico, altri, invece, auspicano per il bene della nazione, il declino del coinvolgimento dei cattolici in politica. Vedi: DE BORTOLI F., *La missione dei cattolici*,

7.1 L'influenza della religione nella politica italiana.

L'influenza della religione nella politica in Italia iniziava sul finire della Guerra Fredda¹⁷⁰. In tale periodo, infatti, l'Italia giocava il ruolo di attore nella lotta (della c.d. Alleanza Atlantica) contro il comunismo ed era proprio tale avversione a costituire il cuore della campagna elettorale del partito della Democrazia Cristiana e del suo successivo successo¹⁷¹ (dal Dicembre 1945 fino al 1981 ogni primo ministro apparteneva a questo partito). Il nuovo partito nasceva sulla base di uno stretto rapporto con il Vaticano e grazie ad un'iniziativa sostenuta direttamente dalla Santa Sede – in particolare a opera del sostituto della Segreteria di Stato, monsignor Giovanni Battista Montini – e da parte dell'episcopato italiano¹⁷². L'inserimento della DC nella vita politica del Paese era dovuto al legame con una Chiesa che godeva di una presenza capillare nella società italiana, della fiducia della popolazione italiana maturata durante la guerra, oltre al fatto che rivestiva il ruolo di interlocutore privilegiato degli Alleati, in particolare, degli americani.

In tale contesto l'Italia si trovava a dover affrontare una situazione in cui la società ha il timore di perdere le proprie tradizioni, identità ed origini, cosa che portava a riscoprire il ruolo della religione nella politica italiana proprio per non perdere il legame della società con le sue radici cristiane.

Inoltre, si rammenta l'importanza che la dottrina sociale della chiesa assumeva in quel periodo¹⁷³; il Papa affermava che tutti, compresa la politica,

Corriere della Sera, 17 Ottobre 2011, il quale scrive: «Il Paese ha bisogno dei cattolici. La ricostruzione civile e morale non sarà possibile senza un loro diverso e rinnovato impegno politico (...) si reputa che i cattolici possano «ravvivare lo spirito comunitario, la voglia di partecipazione, gettare un seme di impegno per gli altri». Essi sono portatori di una cultura inclusiva, che non divide e frantuma la società. Ha il senso del limite all'azione politica e della presenza dello Stato nella vita dei privati. Sono qualità importanti. Apprezzate da tutti. Anche da noi laici». In senso contrario GALLI DELLA LOGGIA E., che afferma: «se il sistema politico non ha bisogno di un partito cattolico, viceversa di una voce cristiana, e dunque anche cattolica, di un'iniziativa politica alta che rechi il segno di quell'ispirazione, l'Italia ha sicuramente bisogno» ,*L'irrilevanza dei cattolici*, in *Corriere della Sera*, 25 Giugno 2012.

¹⁷⁰ Vedi, PALADIN, L., *Per una storia costituzionale dell'Italia Repubblicana*, Bologna, 2004 che descrive il periodo tra il 1945 e il 1948.

¹⁷¹ Nel 1948 la DC otteneva il 48,5 % dei voti. DONOVAN M., *Workshop on Church and State in Europe: the Chimera of Neutrality. Church and State in Italy: beyond christian democracy*, Copenhagen, 2000, <https://ecpr.eu/Events/PanelDetails.aspx?PanelID=2236&EventID=46>.

¹⁷² Si veda: RICCARDI A., *Il "partito romano"*, Brescia, 1984 e GIOVAGNOLI A., *La cultura democristiana. Tra Chiesa cattolica e identità italiana*, Roma-Bari 1991.

¹⁷³ Man mano che si profilava la fine della guerra e la difficile fase della restaurazione sociale e politica dei paesi coinvolti, il papa dell'epoca, Pio XII si riferiva alla democrazia quale forma

dovevano attenersi con convinzione perché teoria sociale autosufficiente e superiore a qualsiasi altra¹⁷⁴. Questa fiducia incondizionata verso la dottrina sociale della chiesa riposava sul fatto che il principio personalista a cui si rifaceva era in grado di assicurare la dignità e la libertà della persona e di realizzare l'uguaglianza tra gli uomini dopo gli orrori delle due guerre che avevano portato ad una crisi di civiltà dovuta all'abbandono dei principi sociali cristiani¹⁷⁵. Infatti, era proprio la crisi del dopoguerra che rafforzava nel Papa la coscienza della propria responsabilità morale tracciando per tutti la via della ricostruzione. Lo faceva servendosi dei moderni mezzi di comunicazione, attraverso i radiomessaggi alle folle che facevano superare alla parola del pastore gli stretti confini vaticani, rivolgendosi così direttamente alle coscienze di tutti gli uomini, cattolici e non¹⁷⁶.

È utile, in tale contesto, offrire una panoramica dello sviluppo del movimento cattolico negli anni precedenti all'elaborazione della Carta fondamentale.

Il movimento cattolico, infatti, irrompeva nella scena pubblica, attraverso l'assunzione di importanti responsabilità sia nelle istituzioni, sia nel dibattito riguardante i gravi problemi politici e soprattutto sociali che l'Italia post fascista era costretta ad affrontare. L'irrompere dei cattolici nello scenario politico,

politica del nuovo ordine nel Radiomessaggio natalizio ai popoli del mondo intero del 1944. L'esperienza del totalitarismo, sia di destra che di sinistra, doveva essere superata e il papa affermava che i popoli chiedevano la democrazia: «perché edotti da un'amara esperienza, si oppongono con maggior impeto ai monopoli di un potere dittatoriale, insindacabili ed intangibile, e richiegono un sistema di governo, che sia compatibile con la dignità e la libertà dei cittadini». Il Pontefice mirava a mettere in luce non tanto la forma democratica in sé, quanto la difesa dell'uomo che era il soggetto, il fondamento ed il fine di ogni ordinamento sociale e politico. Tale apertura però non doveva tradire lo spirito che animava il papa e la Chiesa in generale su queste affermazioni; egli si muoveva, infatti, nel solco della tradizione cattolica, la quale non rinunciava ad affermare che uno Stato democratico doveva basarsi sulle solide verità del cristianesimo e del diritto naturale, uniche garanzie della dignità della persona e soprattutto la Chiesa non accettava l'idea di vedersi posta sullo stesso piano di ogni altra espressione socio-culturale. Vedi: *Radiomessaggio natalizio ai popoli del mondo intero*, del 24 Dicembre 1944 in SALE G., *Pio XII e la democrazia. Il radiomessaggio di natale 1944*, Milano, 2005, pp. 237-238, 249, 431-444; ACERBI A., *Chiesa e Democrazia. Da Leone XIII al Vaticano II*, Milano, 1991, pp. 199-250. Vedi anche: *Salutari e direttive ai laureati e agli universitari di Azione Cattolica*, 7 Gennaio 1949, in *Dis. Rad. VII*, p. 333 in cui Papa Pio XII affermava: «I cattolici posseggono nelle verità della loro fede, negli insegnamenti della Chiesa, nel loro programma sociale, una tale ricchezza di forze positive e costruttive, che non hanno bisogno di prenderle quasi in prestito da altri».

¹⁷⁵ FRIGATO S., *La difficile democrazia. La dottrina sociale della Chiesa da Leone XIII a Pio XII (1878-1958)*, Torino, 2007, pp. 139 ss. L'autore afferma che: «si riconoscevano al magistero pontificio un'autorità dottrinale universale al di sopra di ogni contingenza storica e geografica. Autorità ancor più stimata per il compito di origine divina e di spiegare infallibilmente la parola diretta di Dio».

¹⁷⁶ ALLIEVI S., *L'Islam che cambia. E non cambia*, in *Un cantiere senza progetto. L'Italia delle religioni. Rapporto 2012*, Roma, 2012, p. 104.

antecedente l'elaborazione della carta costituzionale negli anni '40, coglie di sorpresa la vecchia classe politica incline a ritenere che il cattolicesimo italiano fosse inesorabilmente destinato a giocare un ruolo marginale relegato alla sfera privata dello spiritualismo e del culto liturgico-confessionale dei singoli¹⁷⁷.

Ma in realtà durante il ventennio fascista il movimento cattolico si sviluppa e attrae linfa all'interno delle Università e dei loro movimenti intellettuali (FUCI – Federazione Universitaria cattolica Italiana e Movimento Laureati di Azione Cattolica), sedi queste di studi da parte di molti giovani intellettuali cattolici (tra cui Giuseppe Dossetti) dei temi inerenti la dottrina sociale della Chiesa, sotto la guida di Mons. Montini e delle teorie dello *jus publicum ecclesiasticum externum*, nonché della tradizione cattolico liberale e delle sollecitazioni culturali provenienti d'Oltralpe della filosofia personalista e comunitaria di J. Maritain e di E. Mounier¹⁷⁸. Questi movimenti e studi dei giovani cattolici andarono poi ad alimentare il grande dibattito culturale che si sviluppò sulle riviste cattoliche (tra cui *Studium*, *Azione Fucina*, *Vita e Pensiero*, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*) in merito ai lineamenti dello Stato costituzionale che si intendeva edificare dopo la vicenda bellica proponendo un sistema di principi che avrebbe trovato spazio poi nella Carta Costituzionale.

Inoltre, in quegli anni la questione sociale ed economica entrava a pieno titolo tra l'oggetto di studi da parte della FUCI e del Movimento Laureati e questo grazie all'impulso che diedero due importanti encicliche sociali che abbiamo già avuto modo di rammentare in questo capitolo, quali la *Rerum Novarum* di Papa Leone XIII e la *Quadragesimo Anno* di Papa Pio XI che non mancavano mai di sottolineare quale fosse il fine a cui doveva tendere l'economia: la felicità dell'uomo in termini certo materiali, ma anche spirituali¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Riferisce così CAMPANINI G., *op. cit.*, p. 399.

¹⁷⁸ Sull'influenza di Maritain nel pensiero cristiano si faccia riferimento a: CAMPANINI G., *La sinistra cattolica, Maritain e Mounier*, in *Civitas*, n. 1/1976, pp. 34 ss.; ELIA L., *Maritain e la rinascita della democrazia*, in PAPINI R., *Jacques Maritain e la società contemporanea*, Milano, 1978, p. 227; AA.VV., *Umanesimo integrale e nuova cristianità*, Milano, 1988, pp. 172 e 174; PIZZOLATO F., *op. cit.*, pp. 69-94.

¹⁷⁹ TORRESI T., *Sergio Paronetto e i temi d'economia nella Fuci degli anni Trenta*, Intervento alla Giornata di studi in occasione del centenario della nascita di Sergio Paronetto, LUISS Guido Carli – Roma, 18 febbraio 2011, pp. 4 ss. L'ordine sociale cristiano delineato dalla *Quadragesimo Anno* è un ordine sociale che: «non può ignorare la vita futura promessa all'uomo. Sebbene scopo precipuo della società civile sia quello di occuparsi degli interessi terreni, pure essa non deve dimenticare la meta ultima dell'umanità. L'uomo non è creato per la società ma la società per lui e tutte le teorie del socialismo e del nazionalismo che tendono a subordinare il bene dell'individuo a quello dello stato sono contrarie all'ordine sociale cristiano, come contrario a questo sarebbe anche un

Ripercorrendo le principali tappe storiche, nell'età della prima Repubblica, il cattolicesimo e la Chiesa influenzavano, come abbiamo accennato sopra, la politica italiana attraverso il partito della Democrazia Cristiana che ha dominato ininterrottamente lo scenario politico dal 1948¹⁸⁰ al 1992. La Democrazia Cristiana rappresentava la Chiesa Cattolica sia all'Assemblea Costituente¹⁸¹ sia poi in Parlamento. Nella pratica però la DC non era il braccio della Chiesa in Assemblea poiché i componenti del partito richiedevano e rivendicavano la propria autonomia dai vescovi e da Roma; nonostante questa rivendicazione possiamo notare che alcuni articoli della Costituzione contengono e riprendono quanto affermato della dottrina sociale cristiana elaborata al tempo. I cattolici, infatti, portavano nella nuova Carta fondamentale la loro sensibilità in diverse materie: tra cui la tutela della famiglia, degli organismi intermedi (anche a livello istituzionale), libertà religiosa e di coscienza, e come vedremo anche nella parte c.d. economica della Carta¹⁸². Sull'attività che veniva svolta dal gruppo cattolico alla costituente¹⁸³, sul contributo alla redazione degli articoli della Costituzione e sul confronto giuridico e culturale con gli altri gruppi si veda il III Capitolo; basti qui ricordare che, ad esempio, le

individualismo meta di sè stesso». MONTINI G.B., *Educazione ed economia*, in *Azione Fucina*, n. 10/1930, pp. 14 ss.

¹⁸⁰ La vittoria politica del partito della Democrazia Cristiana veniva salutato da Papa Pio XII e dai cattolici italiani come la vittoria dell'”armata di Cristo” sull'Angelo delle Tenebre, ma anche come il trionfo del Vicario di Cristo. Vedi ODDONE A., *La Civiltà Cattolica*, I, 1949, pp. 125-137; II, 1949, pp. 369-379, III, 1949, pp. 337-349; IV, 1949, PP. 21-23 e pp. 235-246.

¹⁸¹ LOCKE R.M., *The Demise of the National Union in Italy*, in *45 Indus. & Lab. Rel. Rev.*, 1992, pp. 229-231.

¹⁸² Vedi in questo senso: SALE G., *Il Vaticano e la Costituzione*, Milano, 2008, p.3. Vedi, inoltre, TRAMONTIN S., *La Democrazia cristiana dalla Resistenza alla Repubblica*, in MALGERI F. (ed.), *1943-1948. Le origini della DC dalla Resistenza alla Repubblica*, Roma, 1987, pp. 118-124; CASELLA M., *Cattolici e Costituente. Orientamenti e iniziative del cattolicesimo organizzato (1945-1947)*, Napoli, pp. 287-354.

¹⁸³ Per una descrizione dell'attività svolta dai cattolici in sede costituente si: CAMPANINI G., *Fede e politica 1943-1951. La vicenda ideologica della sinistra DC.*, Brescia, 1977; POMBENI P., *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)* Bologna, 1979; ID., *La Costituente. Un problema storico-giuridico*, Bologna, 1995; RUFFILI R., *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente. I. L'area liberal-democratica. Il mondo cattolico e la Democrazia Cristiana*, Bologna, 1979; DE SIERVO U., *Scelte della Costituente e cultura giuridica. I. Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna, 1980; TROTTA G., *Giuseppe Dossetti. La rivoluzione nello stato*, Firenze, 1996; ALBERIGO G., *Giuseppe Dossetti. Prime prospettive e ipotesi di ricerca storica*, Bologna, 1999; SALE G., *De Gasperi, gli USA e il Vaticano all'inizio della guerra Fredda*, Milano, 2005; ELIA L., *Alcide De Gasperi e l'Assemblea Costituente*, in *Astrid-Rassegne*, XV, 2005.

origini dell'art. 7 della Costituzione vengono fatte risalire alla Lettera Enciclica di Papa Leone XIII *Immortale Dei*¹⁸⁴ che aveva ispirato i Padri Fondatori¹⁸⁵.

Negli anni della ricostruzione la Santa Sede era molto interessata allo svolgimento dei lavori costituzionali tant'è che le autorità vaticane avevano chiesto ai padri della Civiltà Cattolica di preparare un testo (una sorta di mini-Constituzione), sulle materie più importanti che toccavano ad esempio il tema della religione e i rapporti Stato-Chiesa da far conoscere ai relatori della DC. In alcune materie la Seda Sede interveniva direttamente e pubblicamente con l'Azione Cattolica per segnalare le materie di rilevanza costituzionale che stavano a cuore ai cattolici italiani¹⁸⁶ e questi interventi da parte del Vaticano miravano «unicamente allo scopo di ottenere che la futura Costituzione fosse conforme ai dettami dell'etica cristiana, agli insegnamenti della Chiesa e alla tradizione del nostro popolo italiano nella sua grande maggioranza cattolico»; si chiedeva che la tradizione e la dottrina cattolica diventassero, «elemento essenziale e primario del carattere, della civiltà e della grandezza della Nazione¹⁸⁷».

Nel 1950 Amintore Fanfani rinforzava l'indipendenza del partito dalla chiesa cattolica ed esempio di tale richiesta di autonomia dalla Chiesa si rinveniva nella strategia di partito che era stata quella di stringere un'alleanza e formare una coalizione con il partito marxista tra il 1944-1947, nonostante l'opposizione della destra cattolica e di Papa Pio XII. Successivamente la DC avviava una coalizione con il PSI per consolidare maggiormente la sua posizione al governo e questa strategia aveva permesso di abbattere il muro tra cattolici e non cattolici, cattolici-socialisti. In quegli anni iniziavano anche a fiorire nuovi problemi sociali: in diversi

¹⁸⁴ Vedi FINOCCHIARO F., *Diritto Ecclesiastico*, Bologna, 2003, pp. 102 ss.. Vedi anche Corte Costituzionale, 11 Aprile 1989, n. 203, Par. 4 e PIN A., *Public Schools, the Italian crucifix and the European Court of Human Rights: the Italian Separation of Church and State*, 25 *Emory International Law Review*, 2011, in particolare, pp. 120-127.

¹⁸⁵ CALZARETTI F., *La Nascita della Costituzione: Le Discussioni in Assemblea Costituente a Commento degli Articoli della Costituzione*, NASCITACOSTITUZIONE.COM, <http://www.nascitacostituzione.it/costituzione.htm>.

¹⁸⁶ SALE G., *Il Vaticano e la Costituzione*, op. cit., pp. 30-31, in particolare, nota 3 e 4.

¹⁸⁷ Il documento vaticano in *L'Assistente Ecclesiastico*, XVI, 1946, p. 146 prosegue: «L'intenzione del'On. Dossetti era di sottoporre il suo lavoro alla segreteria di stato i primi giorni di questa settimana, perchè la discussione era prevista per la settimana ventura. purtroppo, però, è stata anticipata a domani sera alle ore cinque, perché l'on. Merlin, relatore democristiano su le libertà politiche, ha telegrafato che per forza maggiore non potrà essere a Roma per Martedì. Domattina l'On. Dossetti ornerà in Segreteria per ricevere le opportune direttive. Nella stessa mattina egli deve, infatti, incontrarsi e trattare in merito con l'altro relatore sui medesimo problemi, il demolaburista, On. Cevolotto» Cfr. GIOVAGNOLI A., *Le organizzazioni di massa dell'Azione Cattolica*, in RUFFILI R., *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, op. cit., p. 263.

paesi d'Europa si passava da un'economia a prevalenza agricola ad un sistema fortemente industrializzato con conseguenze evidenti sullo stile di vita della società e degli individui.

La Chiesa in questi anni, a differenza del partito, accentuava il suo isolamento perché non si trovava a suo agio in una società in pieno sviluppo economico che stava attraversando un processo di secolarizzazione, disancorandosi dai principi cristiani¹⁸⁸. Ma i primi anni Sessanta erano segnati da un ruolo più dinamico della dirigenza democristiana, che tentava di spingere i cattolici italiani a dissociarsi da posizioni conservatrici, in campo culturale, sociale ed economico, e da un clima nuovo di fiducia e di speranza nella società civile.

Ci basti qui sapere che nel corso di queste vicende cambiava anche nuovamente il rapporto tra Chiesa e DC¹⁸⁹. In ogni caso c'è da rilevare che nel secondo dopoguerra, appoggiando la DC, la Chiesa si era fatta carico, seppure indirettamente, delle sorti dello Stato italiano (a differenza del primo dopoguerra, quando il disinteresse dell'istituzione ecclesiastica per la fragile democrazia post-bellica aveva favorito l'avvento del fascismo¹⁹⁰).

8. Conclusioni.

Dalla fondazione del moderno Stato italiano, la Chiesa cattolica in Italia ha avuto un legame forte con la politica e i governi che si sono succeduti nel tempo, grazie al partito della democrazia Cristiana. Attraverso i rappresentanti politici del partito il Vaticano ha avuto un'influenza nella sfera pubblica in grado, soprattutto in sede costituente di incidere significativamente sui processi legislativi e

¹⁸⁸ Vedi, per approfondimenti: LOMBARDI R., *Vigilia di mobilitazione*, in *La Civiltà Cattolica*, IV, 1947, pp.15-26 e pp. 222-223, pp. 406-416; sempre del medesimo autore, si veda, *Rilievi sulle forze cattoliche in Italia (Per una mobilitazione generale)*, in *La Civiltà Cattolica*, II, 1947, pp. 385-392; si veda anche: MARTINA G., *Storia della Chiesa. Da Lutero ai giorni nostri: l'età del liberalismo*, Morcelliana, 1995, pp. 249-251. Secondo alcuni studiosi, la solitudine è il prezzo che la Chiesa e il Papa devono pagare per non cedere al compromesso con le nuove tendenze culturali. Cfr. RICCIARDI A., *Il potere del papa. Da Pio XII a Giovanni Paolo II*, Roma, 1988, p. 30 che scrive: «Pur affermando con vigore mai prima raggiunto le ragioni dell'uomo la Chiesa restava isolata anche sul piano culturale e sociale, in maniera tanto più chiara quanto più ci si allontanava da periodo della guerra».

¹⁸⁹ Si veda DIOTALLEVI L., *L'ultima chance. Per una generazione nuova di cattolici in politica*, Soveria-Minnelli, 2011 e CECCANTI S., *Al cattolico perplesso. Chiesa e politica all'epoca del bipolarismo e del pluralismo religioso*, Roma, 2010.

¹⁹⁰ Ruini affermava: «ha insistito con forza sull'unità politica dei cattolici, motivandola [...] più che con la necessità di difendere il sistema democratico, con il dovere di salvaguardare e promuovere alcuni fondamentali contenuti etici ed antropologici».

decisionali dello Stato¹⁹¹. La Chiesa direttamente non produce più diritto ma attua un intervento sociale nella pratica creando così un impatto potente nelle maglie del diritto.

Fino a poco tempo fa questo ha significato un ruolo politico diretto del Vaticano nella vita del Paese a causa del quale i rapporti tra Chiesa e Stato hanno subito una serie di trasformazioni. Inizialmente la Chiesa, era un potere “territoriale” che aveva cercato di rafforzare la propria struttura interna cercando di organizzare la società al di là dello stato e contro di essa. Più tardi, ha sfidato sia ideologicamente e organizzativamente la crescita del socialismo moderno collaborando con lo Stato stesso sperando di convertirlo ai propri fini. Più tardi ancora, con Mussolini, si alleava con lo Stato, pur mantenendo una certa autonomia. Dopo la caduta del fascismo, la Chiesa aveva cercato di riempire il vuoto lasciato, dando però spazio anche ai partiti politici e successivamente, nel 1948, la Chiesa sembrava dominare lo Stato con il trionfo della Democrazia Cristiana. Tuttavia, nel corso degli anni successivi era diventato sempre più chiaro che la DC non era più espressione politica della Chiesa¹⁹². Da quando l'Italia ha avuto un sistema politico democratico, la Chiesa (sempre con qualche variazione interna) aveva supportato il partito della DC, anche dopo che il Concordato Chiesa-Stato è stato rivisto nel 1984 (Giovanni Paolo II ha riaffermato lo stretto rapporto della Chiesa con la DC a Loreto 1985).

Ora che la DC si è sciolta vi è stata la scomparsa di un canale privilegiato con lo Stato e la Chiesa, l'Italia si trova a dover fare i conti con un pluralismo politico cattolico. Nonostante il fallimento dei tentativi di salvare la DC e il fallimento del PPI per ristabilire un partito cattolico efficace, non si può dire che vi è una mancanza di volontà nel mondo cattolico di essere protagonista del mondo politico. Il rapporto tra cattolicesimo e Stato democratico continua così ad essere una questione dibattuta e la Chiesa continua ad avere un rapporto complesso che la lega a filo doppio con la politica.

Alcuni studiosi parlano di una vera e propria paralisi del rapporto tra politica e religione segnalando in alcuni “indicatori” le avvisaglie di questo fenomeno:

¹⁹¹ Si veda, per riflessioni filosofiche sullo sviluppo del rapporto Stato-Chiesa in Italia e sull'evolversi della cd. età post-secolare, l'opera di HABERMAS J., *La voce pubblica della Religione*, Reser, 2007, pp. 6-8.

¹⁹² BRUNELLI G., *La scommessa perduta sul partito cattolico*, Bologna, XLIV No.358, Marzo-Aprile 1995, pp. 237-243.

l'incapacità di adottare una profonda riforma dei Patti Lateranensi del 1929, in particolare per quanto attiene i culti ammessi; l'incapacità di rinforzare l'art. 8, comma 3 della Costituzione sulle intese; l'incapacità di prevedere delle regole precise per i Mussulmani in Italia e le profonde contraddizioni nei casi che concernono diritto e religione (vedi *Lautsi*)¹⁹³.

¹⁹³ VENTURA M., *Law and Religion in Italy, op. cit.*, p. 145.

CAPITOLO 2
IL DIRITTO DI PROPRIETA' NELLE FONTI CANONISTICHE E NELLA
DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA CATTOLICA.

Sommario: 1. Introduzione - 2. Dal nuovo Testamento ai padri apostolici - 3. La proprietà nel pensiero dei Padri della chiesa. San Giovanni Crisostomo – 3.1 La dottrina di sant’Ambrogio – 3.2. La dottrina di san Agostino – 4. La proprietà nel pensiero di san Tommaso – 5. Sintesi – 6. Luigi Taparelli d’Azeglio tra pensiero classico e moderno – 7. Le Encicliche sociali dei papi sul tema della proprietà. Introduzione – 7.1 La *Rerum Novarum* – 7.2 Le Encicliche successive - 7.3 Il dialogo tra dottrina sociale della chiesa e costituzione: gli echi del Codice di Camaldoli nel dibattito in Assemblea Costituente – 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Uno dei temi sempre vivacemente dibattuto tra gli studiosi di diritto, delle scienze sociali ma anche nell’ambito delle diverse ideologie politiche che si sono avvicinate nel corso della storia, (tra movimenti di ispirazione socialista, cristiana o liberale) è quello della proprietà in relazione al suo valore, funzione e natura economica.

La proprietà è uno degli istituti che ha suscitato maggiormente l’interesse non solo dei giuristi ma anche delle dottrine filosofiche, sociali¹⁹⁴ ed economiche. Inoltre, la diversa tutela giuridica apprestata a questo diritto è uno degli elementi che caratterizza diversi sistemi sociali e costituisce lo spartiacque di diverse concezioni dello Stato. Per tale motivo essa è stata definita, con un efficace allegoria, il “*Rubicone del diritto*”¹⁹⁵. Chi attraversa questa linea di demarcazione deve accettare una serie di importanti corollari, riguardanti, in vario modo e misura, il sistema economico e giuridico.

Ad oggi il discorso sulla proprietà e i beni è molto ricco di suggestioni sia

¹⁹⁴ Una ricostruzione storica del profilo filosofico della proprietà è rinvenibile in GARNSEY P., *Thinking about property From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, 2007. Già nell’antichità i filosofi si interrogavano sulla necessità di un simile diritto ed a Platone che contestava l’opportunità che i governanti avessero proprietà private, poiché esse li avrebbero distolti dal perseguimento del bene pubblico, si opponeva Aristotele, secondo il quale, invece, l’abolizione della proprietà privata era in conflitto con la natura umana e avrebbe creato liti e discordie, che avrebbero minato il quieto vivere civile. Nel solco tracciato dai due pensatori muovevano i loro passi i “grandi” del pensiero occidentale come, Moro, Campanella, Locke, Hume, Kant e Marx.

¹⁹⁵ ITALIA V., *Scritti scelti*, Milano, 2009, p. 107; MAGRI G., *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Riv. Dir. civ.*, 2014, pp. 1403-1428.

in ambito accademico sia politico; tuttavia, il presente capitolo d'indole storica ferma l'attenzione sui principi del cristianesimo cercando di ricostruire il cammino lungo il quale si dipana il pensiero sociale cristiano dai primi secoli della sua storia. Lo scopo è quello di far comprendere sia la struttura che la funzione del diritto di proprietà, a ragione dell'influenza che il Cristianesimo ha esercitato nell'evoluzione della società fin dall'antichità.

In questo capitolo metteremo in luce, ancora una volta, una peculiarità di questa ricerca, ossia l'utilizzo di un metodo che lega l'indagine storica con un metodologia propria dell'indagine giuridica¹⁹⁶, con l'obiettivo di elaborare una lettura profonda del sistema e delle ragioni del diritto di proprietà. In particolare, in quest'analisi, che rimane giuridica nel metodo, avremo come sfondo la dottrina sociale della Chiesa in quanto, come già enunciato, la nostra prospettiva e l'interesse della ricerca è la comunicazione tra tale dottrina e il diritto. Così, è da questo angolo visuale che guardiamo la questione proprietaria (con l'avvertenza che questo tema, tra quelli affrontati dal Magistero sociale, è forse il più studiato, discusso e ancora controverso¹⁹⁷).

Svolgeremo un breve *excursus* storico sull'evoluzione che il concetto di proprietà ha avuto nel pensiero cristiano, fermando l'attenzione, dopo uno sguardo rivolto al Nuovo Testamento e ai documenti sub-apostolici, sulle maggiori espressioni della Patristica¹⁹⁸ che sono già state oggetto di discussione tra gli studiosi. Di qui, l'opportunità di procedere volgendo lo sguardo ai teologi e canonisti del Medioevo sino a citare le prime Encicliche sociali con qualche

¹⁹⁶ Quello storico è un metodo che alcuni studiosi definiscono controcorrente. Gli studiosi ricorrono molto poco all'inquadramento storico, e dall'altra parte, gli stessi storici del diritto criticano chi tende a violare il "recinto" disciplinare. «Per il giurista di diritto positivo, il metodo storico non può significare né la sostituzione ad altrui competenze disciplinari, e nemmeno un racconto da premettere alla vera ricerca, quella sul diritto vivente. Il metodo storico ha un valore aggiuntivo, se serve per intendere il modo di essere delle categorie giuridiche del diritto (...), che a loro volta non possono non fondarsi sul dato normativo». Cfr. SCOZZAFAVA T.O., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, p. XIII.

¹⁹⁷ Oggi la Chiesa cattolica giustifica, ed anzi ritiene la proprietà privata un istituto necessario, ma non bisogna dimenticare che questa posizione è il frutto di un lungo percorso le cui tappe rispecchiano le condizioni e le esigenze sociali, politiche e economiche di ogni tempo.

¹⁹⁸ Per gli studi di patristica vedi, tra gli altri: AA. VV., *Dizionario patristica e antichità cristiana*, Marietti, Genova, 1983; SINISCALCO P., *Il cammino di Cristo nell'Impero Romano*, Bari, 1983; BELLINI E., *I Padri della Tradizione cristiana*, Milano, 1982; MARA M.G., *Ricchezza e povertà nel cristianesimo primitivo*, Roma, 1980; AA. VV., *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1977; DEL VERME M., *La comunione dei beni nella comunità primitiva di Gerusalemme*, in *Riv. Bibl. Ita.*, 1975, pp. 77-100; BREZZI P., *La composizione sociale delle comunità cristiane nei primi secoli*, in *Sudi e materiali di storia delle religioni*, 1950, pp. 22-55; FRANCESCHINI P.G., *Manuale di patrologia*, Milano, 1919.

accenno al diritto naturale in quanto: mentre i Padri della Chiesa non la considerano un istituto di diritto naturale e i canonisti medievali la ritengono contraria alla natura, molti giuristi successivi, invece, concepiscono la proprietà come un'istituzione naturale.

Senza voler qui anticipare le conclusioni, vedremo come tale percorso ci condurrà ad una particolare idea di proprietà, che scaturisce dal pensiero cristiano fornendoci importanti informazioni sulla sua natura e funzione. In tale contesto il ruolo svolto dalla Chiesa è importante soprattutto perchè è la prima voce critico-intellettuale che si è opposta al concetto di proprietà individualistica e assoluta che i giuristi del XIX e XX secolo hanno trasposto nel linguaggio dei Codici.

2. Dal nuovo Testamento ai padri apostolici.

In primo luogo, è utile avvertire il lettore che nelle concezioni del cristianesimo antico è vano ricercare teorie economico-sociali simili a quelle che conosciamo noi oggi sul diritto di proprietà¹⁹⁹. Appare opportuno segnalare che, sebbene sia inopportuno parlare per gli autori cristiani antichi di una problematica economico-sociale della proprietà privata nel senso moderno dell'espressione, negli antichi testi cristiani si trovano dichiarazioni di principi a carattere etico-religioso ricche di conseguenze sul piano della pratica e applicabili nelle varie situazioni storiche²⁰⁰.

È da notare come anche i Padri della Chiesa non siano legislatori, economisti o sociologi ma dei moralisti che seguono gli insegnamenti evangelici e fanno affermazioni etiche e religiose, insegnando norme di carattere generale. Il loro pensiero rientra così più propriamente nel campo della filosofia e della morale che del diritto: anche quando alcuni padri toccano l'aspetto giuridico di alcune

¹⁹⁹ A riguardo afferma un profondo conoscitore dei testi patristici GIORDANI I., *L'idea sociale nelle encicliche*, in *Figure del Movimento cristiano sociale in Italia*, Roma, 1952, pp. 35-36: «La patristica, senza contenere un sistema economico sociale-politico che non ci poteva essere in un'epoca in cui i problemi si ponevano diversamente e soprattutto in maniera diversa, contiene elementi di una perenne rivoluzione sociale che nel linguaggio dei Padri si sintetizza nella comunicazione e comunione dei beni terreni».

²⁰⁰ Si veda in questo senso ORABONA L. *Cristianesimo e proprietà. saggio sulle fonti antiche*, op. cit., anche in: http://www.paginecattoliche.it/Tutto_in_comune.htm. Per esempio, facendo riferimento al Vangelo, questo testo non deve essere considerato un testo di economia o sociologia: esso trascende ad una dimensione superiore i problemi economico-sociali ignorarli e affida la soluzione all'intima coscienza individuale, capace di produrre un rinnovamento politico-sociale se si attuano le "norme" cristiane in esso contenute.

questioni, ciò avviene in una prospettiva filosofico-morale. Questo, però, non significa dimenticare l'influenza esercitata dai Padri della Chiesa e quindi dalle dottrine cristiane sull'evoluzione del diritto romano in tema di proprietà. È proprio nell'ambito di idee morali che il loro pensiero influisce nella determinazione di nuove prassi, che sono sempre all'origine di un'evoluzione delle norme giuridiche²⁰¹.

Tornando ai testi, il Vangelo non presenta una teoria organica e unitaria della proprietà privata e lo stesso vale anche per altri documenti: i documenti subapostolici e gli scritti dei Padri della Chiesa²⁰². Nel Nuovo Testamento e nella letteratura patristica si possono rinvenire accenni accidentali all'argomento ma tali riferimenti, seppur occasionali, sono notevoli sia per ampiezza che per importanza, nonché per la rilevanza delle questioni sollevate. In questo paragrafo, quindi, abbiamo scelto tra queste opere quelle che ci appaiono più significative e rilevanti in quanto documentano, meglio di altre, l'evoluzione della dottrina nel tempo allo scopo di accertare quale concetto i Padri hanno della proprietà.

Il Vangelo ci dice che a quell'epoca i primi cristiani di Gerusalemme tentano di dare una concreta realizzazione all'insegnamento di amore di Gesù, vivendo fraternamente uniti, con la libera e spontanea vendita dei loro beni, il cui ricavato serve a dare a ciascuno l'occorrente alla vita. Gli insegnamenti di Gesù, per quanto attiene la proprietà privata, non toccano mai il problema di ripartire al meglio e con giustizia i beni terreni, non definiscono il fondamento del diritto di proprietà, e

²⁰¹ Tale teoria però non è esente da critiche. Per esempio, TROELTSCH E., *Le dottrine sociali delle chiese e dei gruppi cristiani*, Firenze, 1969, p. 64, non prende in considerazione questo processo e mentre afferma di non sapere fino a che punto può essere attribuito all'influsso della Chiesa antica l'attenuazione del rigido concetto romano della proprietà, afferma che questa influenza non si è mai realizzata. Ma altri autori tra cui ORABONA L., *Cristianesimo e proprietà. Saggio sulle fonti antiche*, Roma, 1964, pp. 16-17 afferma che: «per quanto attiene il problema strettamente economico, nel pensiero cristiano e nell'orientamento della legislazione civile s'incontra una certa corrispondenza nel senso che nelle leggi cristiane sembrano quasi riecheggiare i precetti evangelici, per esempio per ciò che concerne l'esaltazione della povertà e il buon uso della ricchezza, le conseguenze dell'arricchimento ingiustificato, l'introduzione di limiti nell'esercizio de diritto e la stessa innovazione di una dottrina intorno all'abuso del diritto che comincia a venir denunciato. Uguali limitazioni s'incontrano nelle leggi degli imperatori cristiani circa il valore e la estensione del diritto di proprietà privata (...) si è parlato di disintegrazione della proprietà causata dal pensiero cristiano, la quale troverebbe conferma anche nel linguaggio dei Padri della Chiesa e poi nella stessa legislazione post-classica, in quanto, sia patristica che diritto non indicano più la proprietà con il termine dominium, ma con quello di possesso (...) e tale nuova concezione non poteva non avere le sue ripercussioni sulla legislazione civile».

²⁰² L'unica eccezione è per Clemente Alessandrino, il quale verso la fine del II secolo, commentando il passo evangelico del giovane ricco, pone la questione della ricchezza a oggetto di un trattatello che è considerato la prima opera di etica cristiana.

neppure si oppongono ad essa. Dalla sua predicazione scaturiscono, tuttavia, importanti insegnamenti sull'atteggiamento che si deve tenere intorno al possesso e all'uso dei beni; i suoi insegnamenti richiamano, inoltre, il pericolo insito nel possesso delle ricchezze che sono viste come qualcosa di demoniaco, che rende difficile al ricco l'ingresso nel regno dei cieli (come si evince dal Vangelo di Marco 10, 23-28).

Gli insegnamenti di Gesù non sono di opposizione alla ricchezza in sé, ma prende posizione in tema di attaccamento ai beni terreni condannando ogni forma di avarizia; non si pronuncia in modo esplicito circa il riconoscimento e la liceità di possedere beni in proprio, ma non si oppone al diritto di proprietà né lo condanna: ma esso sembra presupposto in altre circostanze, come quando parla di poveri e bisognosi e impone il dovere di soccorrerli con elargizioni²⁰³.

Per quanto riguarda gli Atti degli Apostoli vi sono due brani in due capitoli distinti che trattano questo tema: il primo riguarda la condizione di vita della primitiva comunità di Gerusalemme, dove la carità espressa nella comunione dei beni riesce ad offrire anche una via concreta per la soluzione dei problemi sociali. In questa società i fedeli hanno tutto in comune, vendono i loro beni e portando il ricavato ai piedi degli apostoli, che li distribuiscono secondo necessità²⁰⁴; il secondo brano riguarda la distribuzione delle terre e delle case e afferma che: «Quanti, infatti, erano possessori di terreni o di case, vendendoli portavano il prezzo delle cose vendute e lo deponavano ai piedi degli Apostoli e si distribuiva a ciascuno secondo che ne avesse bisogno²⁰⁵». In questi brani l'abbandono dei beni è rappresentato quale condizione per raggiungere uno stato perfetto di vita spirituale.

La comunione e la partecipazione dei beni ai poveri non fa parte di un programma economico ma è considerata «un servizio d'amore (...). Comportarsi in quel modo non è una condizione obbligatoria per partecipare alla società, bensì la naturale conseguenza di un sentimento d'amore, di un'elevazione religiosa che

²⁰³ Il riferimento è ai passi del Vangelo di Marco 14, 7; Matteo 6, 1-4; Luca 14, 13-14; Luca 6, 35; Luca 12, 33; Luca 19, 8. Vedi anche ORABONA L., *I passi neotestamentari sulla comunione dei beni nel commento dei Padri della Chiesa*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Napoli*, 1958, pp. 77-100.

²⁰⁴ *Atti* 2, 42-47 e 4, 32-37 vedi anche in. BORI P.C., *Chiesa primitiva*, Brescia, 1977.

²⁰⁵ *Atti degli Apostoli* IV, 32-35. In questo brano si racconta, inoltre che: «la moltitudine di quelli che credevano formavano un cuor solo e un'anima sola e nessuno di essi pretendeva avere come e proprio e a solo suo vantaggio niente di ciò che possedeva; ma essi ponevano tutto in comune (...) così che tra essi non v'era nessun indigente».

porta a considerare con occhio nuovo anche la proprietà e quanto ad essa è connesso²⁰⁶».

Ulteriori espressioni che ripetono concetti di comunione dei beni si rinvencono spesso nei primi autori cristiani e sono presenti anche in alcuni documenti sub-apostolici della fine del I secolo. Questi atti sono la *Didachè* (Dottrina dei codici apostolici), l'*Epistola* di Barnaba e la *Lettera a Diogneto*.

Nella *Didachè* si legge: «Ad ognuno che ti chiede dà e non richiedere, perché a tutti vuole che si dia, il Padre, dei suoi doni. Beato chi dà secondo il precetto (...) Guai a chi prende (...) e non ha bisogno». E più avanti vi è l'invito a non allontanarsi da chi versa in necessità, a mettere in comune con il fratello tutte le cose senza dire che sono proprie perché i cristiani devono spartirsi le cose mortali²⁰⁷.

Nell'*Epistola* di Barnaba si ritrova lo stesso invito a considerare comune ciò che è corruttibile, a non stimare nulla come proprietà privata e a mettere tutto in comune con il prossimo. Quindi, In entrambi gli scritti ritroviamo gli stessi concetti di comunanza e identiche affermazioni che concernono la proprietà privata e si esalta una sorta di destinazione universale e sociale dei beni, in nome della fratellanza cristiana.

Nella *Lettera di Diogneto* (un breve scritto II secolo) si trova l'affermazione intorno ai cristiani che come cittadini hanno tutte le cose in comuni agli altri; le cose concesse all'uomo sono di proprietà di Dio creatore, vero proprietario dei beni terreni che sono concessi all'uomo in uso amministrativo²⁰⁸.

Come vedremo nei paragrafi successivi, i passi e le opere presi brevemente in esame ha degli elementi comuni ai padri successivi del IV secolo. In particolare, ciò che emerge da questa dottrina è una visione di solidarietà umana che, pur non distruggendo il diritto della proprietà privata, ne riduce fortemente il valore a favore del bene comune.

3. La proprietà nel pensiero dei Padri della chiesa. San Giovanni

²⁰⁶ BREZZI P., *Fonti e Studi di Storia della Chiesa*, Milano, 1962, p. 142.

²⁰⁷ *Didachè*, I, 1-6.

²⁰⁸ *Lettera a Diogneto*, X Capitolo.

Crisostomo.

Nell'opera di Giovanni Crisostomo, padre della Chiesa orientale, non vi è alcun riferimento specifico al tema della proprietà; ma nella grande mole dei suoi scritti ritroviamo, in modo non omogeneo, questo argomento, che viene inserito nelle prediche sull'elemosina, la cupidigia, l'avarizia, l'arroganza, intese quali cause che danno origine all'ingiustizia sociale.

Nonostante la grande quantità di fonti sul Crisostomo, si può ricondurre il suo pensiero ad una visione unitaria e si rileva che Crisostomo si schiera contro le ricchezze e la proprietà privata²⁰⁹; il problema della proprietà, della sua origine, della sua legittimità e del suo uso non sono mai staccati dai concetti di comunanza soprannaturale, di elemosina, di carità, di fratellanza e solidarietà umana e di padronanza divina dei beni terreni; questi ultimi concetti giustificano l'idea di comunanza dei beni e quest'ordine, secondo Crisostomo, è superiore a quello fondato sulla proprietà privata e indica una serie di beni della natura che Dio partecipa in parte uguale agli uomini: «altre cose Iddio fece comuni, i bagni, le città, le piazze, i passeggi pubblici ed è da osservare come le cose comuni non sorgano contese (...) Qualora, invece, uno tentasse di tirare da parte qualche cosa e la facesse sua propria, allora sorge la discordia, come se la natura stessa non potesse sopportare che noi messi in tanti modi insieme da Dio, da noi stessi gareggiassimo a dividerci, a separarci nel prendere per sé, e a dire il “mio” e il “tuo”, questa fredda parola; allora infatti la lotta, allora l'impensabile. Ma dove ciò non si verifica, non sorge contesa né ambizione: perciò questa condizione più di quella ci è toccata in sorte, ed è secondo natura²¹⁰». Questo programma viene ripreso dal passo degli Atti degli Apostoli, che egli parafrasa specificando che nessuno ritiene alcuna cosa come sua, ma tutto è comune: «il “mio” e il “tuo”, questa fredda parola che porta infinite guerre sulla terra, era stata eliminata da quella santa Chiesa e abitavano la

²⁰⁹ BREZZI P., *Breve storia del cristianesimo*, Napoli, p. 91. Crisostomo scriveva: «Non richiamo quelli che possiedono case, terre, denaro (...); ma voglio che queste cose siano possedute lecitamente e decorosamente (...) in modo da usarne e non abusarne. Non è certo cattiva la ricchezza, ma il suo illecito uso (...). Non incrimino i ricchi, né le ricchezze, ma il cattivo uso delle ricchezze (...) perciò si chiamano possessi affinché noi li possediamo e non essi noi. Non è cattiva la ricchezza (di cui possiamo servirci a beneficio dei bisognosi), non la ricchezza è cattiva, ma il voler avere di più, l'avidità (...) una cosa è l'avarico un'altra cosa è il ricco». In altri suoi scritti indaga la relazione tra colono e proprietario terriero, il quale appare più crudele dei barbari nel modo di comportarsi verso i contadini.

²¹⁰ In *Ep. I ad Tim. Hom.* 12, 4 PG 62, 564.

terra come gli angeli e il cielo. I poveri non malvolevano i ricchi, non essendovi poveri, perché tutte le cose erano comuni (...). Ci si asteneva allora dal dominio del proprio denaro che era messo in mezzo senza poterne discernere l'origine (...). Voi non solo non avete fatto niente di simile a quello dei vostri padri, che vendevano le loro sostanze e proprietà e ricchezze e avevano tutto in comune, ma avete perduto anche i banchetti fatti insieme²¹¹».

Alla base della sua teoria si trova l'idea di Dio, padrone assoluto delle cose create²¹² che non sono dell'uomo che le ha solo ricevute in eredità e non può tenerle come proprie ma deve distribuirle ai più poveri attraverso l'elemosina²¹³. Secondo questa concezione l'uomo è considerato un mero amministratore dei beni. In un suo passo il Padre della Chiesa afferma: «Ma non è del Signore la terra e la pienezza di essa? Se dunque le nostre cose sono del comune Signore, quindi, sono pure dei nostri conservi: infatti le cose del Signore sono comuni²¹⁴». Egli ricorre spesso all'immagine del mondo considerato come una città comune agli uomini e ricollegandosi a questi e appellandosi all'esempio della Chiesa, condanna l'ineguaglianza fondata sulla distinzione tra ricchi e poveri e si richiama agli uni e

²¹¹ In *Dictum pauli, oportet haereses*, 2 PG 51, 255. Il brano continua con l'illustrazione dell'antica costumanza della chiesa circa la mensa comune e successivamente contiene una calda esortazione alla cura dei poveri. L'autore conferma che il mio e il tuo sono delle mere parole perché tutto, l'aria, la terra, la materia è del creatore. In BENIGNI U., *Storia della Chiesa*, Milano, 1915, p. 286.

²¹² Egli afferma: «di Dio sono tutte le cose, non dell'uomo, anche se questi le ha ricevute in eredità paterna; potrà egli ritenerle come cose sue? No, anche per quanto ha ereditato dal proprio padre, si tratta di beni dei poveri, affidategli per una larga distribuzione in opere di bene e di misericordia: non perché ti è stato comandato di dare come attingendo da cose tue penserai che essi sono beni tuoi; non pensare che siano tuoi dal momento che al povero doni cose sue».

²¹³ In *Matth. Hom.* 77, 4-5- PG 58, 707. Il passo recita: «non perché ti è stato comandato di dare come attingendo da cose tue penserai che essi siano beni tuoi; non pensare che siano tuoi, dal momento che al povero doni cose sue». I medesimi concetti ritornano in un altro scritto in cui ripete: «amministriamo cose non nostre anche se le abbiamo dal Padre» in *Ioh. hom.* 80, 3, PG 59, 436. In un altro brano ancora, ponendo il caso di colui che possiede il denaro e non la virtù si legge che in tal modo si rinuncia ad avere ciò che è degli altri e che in realtà si ha in deposito: «Le cose essendo degli altri, il non renderne parte diventa un furto, come testimoniano le Scritture, in quanto non solo il rubare l'altrui, ma anche il non partecipare i proprio beni agli altri, anche ciò costituisce furto, voler avere di più, sottrarre; poiché non hai fatto le solite offerte hai rubato ciò che è del povero: i ricchi possiedono cose dei poveri, anche se le loro sostanze provengono da eredità paterna, anche se in qualsiasi altro modo hanno raccolto il denaro: Dio l'ha concesso non per il lusso, ma per distribuirlo a chi ne ha bisogno. È degli altri ciò che uno possiede senza libertà di uso e di frutti, e infatti, come si potrebbe pensare che siano proprie le cose che giammai si sopporterebbe di distribuire agli altri e di comunicarle in parte ai bisognosi? Nelle cose di questa terra non vi è assoluta proprietà, ma piuttosto un uso, perciò sull'esempio di quanto avviene in natura, in cui tutte le cose sono comuni agli animali e nessuno possiede più dell'altro, mettendo a disposizione quella ricchezza che è di più, rendiamo utili le cose superflue» In ps. 48, 17 hom. 2, 4 PG, 55, 517 (Par. 3, col. 516).

²¹⁴ In *ep. I ad Tim. Hom.* 12, 4 PG 62, p. 563.

agli altri avendo essi in comune tante cose tra cui l'origine²¹⁵.

Quello che gli sta a cuore non è tanto la condanna dei ricchi, ma il far diventare benestanti anche i poveri. A tal fine invita i ricchi a dare almeno la metà o la decima parte dei loro redditi: quindi non si tratta di abolire la proprietà, bensì di assicurarne una parte anche ai non proprietari, in base al noto principio dell' "uso amministrativo" dei beni, che da Dio sono dati perché l'uomo da buon amministratore li renda comuni ai poveri. Il punto centrale della sua dottrina è racchiuso nell'affermazione che: «all'inizio fu stabilito per noi più il possesso comune che la proprietà privata e che perciò il possesso in comune è più secondo natura».

Il suo pensiero ci pare innovativo e sembra rivendicare quello che od oggi è il cd. carattere sociale o funzione sociale della proprietà. Inoltre, l'autore pone l'attenzione sull'uso dei beni, soprattutto quando sono male destinati per affermare che Dio li ha concessi all'uomo non per le sue orge, bensì per il proprio sostentamento e per quello dei poveri. Lo stesso concetto è ripetuto in vari passi, in cui viene sempre indicato, anche quando si fa riferimento al possesso di case e terre, un uso giusto e limitato, non da egoista, a beneficio dei bisognosi. Una funzione preminente è assegnata all'elemosina e rimprovera aspramente gli avidi e gli avari, quelli che non sono mai contenti dei loro averi e vanno oltre il possesso di ciò che costituisce il necessario alla vita.

In vari passi del Crisostomo, inoltre, ci sono concetti che fanno riferimento ai diversi modi di giudicare la provenienza della proprietà, secondo i quali si distingue se l'origine di questa è fondata sull'eredità, sul lavoro, sull'ingiustizia o avarizia²¹⁶. Pertanto, egli riconosce legittimo il possesso dei beni che sono

²¹⁵ Egli scrive: «tu, pur essendo ricco, sei nato dallo stesso fango, figlio d'uomo l'uno come è figlio d'uomo l'altro (...) La terra per tutti è madre nutrice (...), mensa comune e comune città e sepolcro. È comunanza di cose disposte da Dio, in quanto tutte le cose vuole che noi possediamo in comune, e questo si raggiunge per mezzo della carità, mettendo a disposizione degli altri le nostre sostanze: la carità rende i beni di ciascuno comuni a tutti; tale è la carità: distrugge ogni ineguaglianza». Secondo Crisostomo quest'ordine risponde ad un preciso disegno divino che escogita ogni mezzo per inculcarci la carità: «dando a tutti un capo comune, Adamo, facendo in modo che avessimo reciprocamente bisogno perché sono le comuni necessità che maggiormente generano le condizioni di socialità: abbiamo bisogno degli altri a noi inferiori anche nelle cose che concernono la vita: il ricco non può fare a meno del povero, più di quanto questi non possa prescindere da quello». In *Loc. cit.* PG 61, 292. L'omelia continua illustrando nel paragrafo successivo le condizioni di vita di un'ipotetica città dei ricchi contrapposta alla città dei poveri.

²¹⁶ Crisostomo ribadisce tale concetto quando dice che: «molti hanno le ricchezze dall'ingiustizia e l'arricchimento viene presentato come conseguito per mezzo degli inganni del negoziare, con gli accaparramenti delle cattive annate o con l'usura». Un esempio di arricchimento per mezzo del

guadagnati con l'attività lavorativa.

Nei passi considerati nel loro insieme ed organicità la posizione assunta dal Padre della Chiesa è quella di un principio di proprietà provata che, pur essendo posto in termini di etica religiosa, non manca di prospettare notevoli conseguenze nel campo dell'economia e della socialità: tale principio, pur non essendo del tutto abolito, rimane notevolmente limitato a favore di una funzione sociale.

3.1 La dottrina di sant'Ambrogio.

Sant' Ambrogio vive e opera nel IV secolo; il suo contributo è fondamentale perché il suo *De Officiis ministrorum* è una delle poche opere di etica della Chiesa del periodo antico²¹⁷. Per quanto concerne la questione proprietaria anche il suo pensiero non si trova racchiuso in un trattato specifico, né risulta organicamente esposto in alcuno scritto; esso si ricava dai principi espressi su ricchezza e i beni in generale in opere quali il *De Tobia* in cui denuncia il peccato di usura e nel *De Nebuthe* che prende dalla Bibbia il personaggio Nabot, umile e modesto uomo, ucciso per aver difeso il diritto di proprietà contro il re Achab e in qualche passo è possibile riscontrare anche espressioni in cui la proprietà privata è messa in relazione con il diritto naturale²¹⁸.

lavoro è la figura di Giacobbe del quale Crisostomo dice: «Fu ricco, è vero, ma lo fu in ricompensa del suo lavoro» in *Prima Epistola paolina a Timoteo*.

²¹⁷ Lo dottrina sociale di San Ambrogio è stata oggetto di studio e critiche, in particolar modo, in relazione alla proprietà a proposito della quale non è mancato chi ha creduto di aver scoperto nel suo pensiero un atteggiamento di vero comunismo. Viene scritto che il Padre della Chiesa, avendo mal compreso il concetto di proprietà, era giustamente degno di condanna, giacché sembrava raccomandare la comunione dei beni. Inoltre, vi è qualche studioso che afferma che sant'Ambrogio ha negato il diritto di proprietà. Cfr. THAMIN R., *Saint Ambroise et la morale chretienne au IV siècle, Etude comparée des traités*, Parigi, 1985, p. 281. Altri studiosi affermano che san Ambrogio è il primo dottore socialista. Cfr. AMATI A., *Nuovi studi su S. Ambrogio: la proprietà*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Scienze e Lettere*, Milano, 1897, p. 781. Recentemente, invece, altri affermano che: «il passaggio dalla comunanza alla proprietà privata si dovrebbe ad un atto violento, d'usurpazione. Un furto (...) e secondo sant' Ambrogio, poiché in natura tutto è comune, la proprietà, sovvertendo questo carattere di comunità, è cosa antinaturale». Cfr. GIORDANI I, *Il messaggio sociale di Gesù*, in *I grandi Padri della Chiesa*, Milano, 1947, pp. 114-115. Similmente è stato affermato che Ambrogio nel *De officiis ministrorum* proclama: «che la terra per divino comandamento è comune possesso di tutti gli uomini e che solo il diritto comune è naturale, mentre il diritto privato è sorto dall'usurpazione» Cfr. MARCHESI C., *Storia della letteratura latina*, Milano, 1952, p. 454.

²¹⁸ Questa, in realtà, non è una vera novità per quanto riguarda la patristica, se si considera che accenni e riferimenti alla legge naturale, espressi anche a proposito della proprietà si incontrano anche negli scritti dei Padri anteriori. Con i Padri Occidentali questi pensieri tornano con rigore e acquistano un linguaggio vicino a quello giuridico. Ciò è testimoniato nell'opera di Ambrogio in cui è assegnata alla natura la fonte del diritto comune, mentre il diritto privato deriva dall'uso e consuetudine. Sembra che si celi qui una contrapposizione tra la legge positiva e la legge naturale

Egli considera legittimo l'acquisto e la trasmissione dell'eredità, condanna l'usura, ribadisce all'uomo la sua funzione di amministratore, non di padrone dei beni e lo vincola a rimanere contento del proprio nonché a far buon uso della ricchezza, specialmente con le opere di elemosina; egli riconosce esplicitamente il diritto di proprietà, senza dimenticare la comunanza d'origine, che è invocata per legge di natura. Nel suo *De Nebuthe*, infatti, egli scrive: «la terra è stata creata come un bene comune per tutti, per i ricchi e i poveri, perché allora, o ricchi, vi arrogate un diritto esclusivo sul suolo? Quando aiuti il povero, tu ricco non gli dai il tuo, ma gli rendi il suo. Infatti, la proprietà comune che è stata in uso a tutti, tu solo la usi. La terra è di tutti, non solo dei ricchi, dunque quando aiuti il povero tu restituisci il dovuto, ma non elargisci il tuo dono²¹⁹». Questo è un richiamo alla giustizia che pare potersi realizzare attraverso il principio della destinazione universale dei beni, ma tale principio non esclude il diritto di proprietà che è un mezzo per attuare il dono dei beni all'intera comunità umana²²⁰. La comunanza è un concetto molto frequente nelle sue opere; in vari passi ed in diversi tempi valorizza il donare ai poveri come una forma di giustizia, in considerazione del fatto che :«Iddio nostro Signore volle che questa terra fosse comune possesso di tutti gli uomini e che a tutti se ne amministrassero i frutti; ma l'avidità distribuì i diritti dei possessi (...) onde, per poter legittimare ciò che si possiede in proprio, occorre assicurare agli altri almeno il necessario (...), infatti, in comune a tutti furono dati gli elementi, sono egualmente aperte a ricchi e a poveri le bellezze del mondo (...) e il donare diventa un atto di giustizia perché si divide con quelli che non posseggono, sapendo che

pare che secondo quest'ultima non sia riconosciuto il diritto di proprietà. Questa concezione si presenta comune anche ad altri Padri della Chiesa, anche posteriori ad Ambrogio, ad esempio, San Girolamo.

²¹⁹ Come scrive PALANQUE J. R. nel suo studio: *Saint Ambroise et l'Empire Romain. Contribution a l'histoire des rapports de l'église et de l'Etat a la fin du quatrième siècle*, in *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, 1934, pp. 243 ss. «Ambrogio e i Padri non predicano la sovversione dell'ordine stabilito, la divisione delle terre, il saccheggio delle ricchezze; ma, in mezzo alla società corrotta dal peccato originale, proclamano forte il principio della realtà primitiva, voluta da Dio, al fine di riabbassare l'orgoglio e la cupidigia dei ricchi». Difendere i poveri dalla rapacità dei ricchi, è ciò che interessa ad Ambrogio. Egli non discute la legittimità della proprietà privata, ma contrasta l'idea che il ricco sia ricco per natura, e che possa rapinare impunemente con la violenza i miseri averi di chi ha solo il necessario per vivere. Colpendo nei suoi scritti e nelle sue omelie i ricchi, Ambrogio diventa non l'avversario del diritto di proprietà, ma il difensore dei fragili beni dei poveri. Come è contro natura il collettivismo forzoso, che non rispetta la natura decaduta dell'uomo, così è contro natura un sistema dove l'abbondanza di alcuni avviene a prezzo della fame degli altri.

²²⁰ Cfr. RAVASI G., *La solidarietà nasce con Adamo*, intervento "Fede, cultura e società", tenutosi il 6 Febbraio all'Università Corvinus di Budapest nel corso della tappa ungherese del Cortile dei Gentili, e riportato per stralci in, *l'Osservatore Roman*, 6 Febbraio 2014, p. 4.

tutte le cose Dio dà in comune a tutti (...)»²²¹. Rimane inammissibile il monopolio dei beni che un gruppo di pochi intende possedere con esclusione degli altri, i quali pur ne hanno diritto per volontà di Dio e che esprime in alcuni brani del *De Officiis* nei quali afferma che non aiutare equivale ad andare contro natura²²².

Interessanti del suo pensiero sono anche le critiche ai ricchi, mai contenti del proprio, infiammati sempre e avidi delle cose del prossimo, desiderosi dei possedimenti del vicino e con tali avvertenze inizia l'opera che si divide in diciassette capitoli e che colpisce aspramente l'avarizia, allo scopo di risolvere il problema dell'oppressione subita dai poveri, rivolgendo un pressante appello alla donazione intesa come dovere di restituzione di ciò che a loro appartiene. Nell'*Expositio Evangelii secundum Lucam* circa la destinazione d'uso dei beni, afferma che inutilmente raccoglie ricchezze chi non sa servirsene e viene condannato non già chi possiede ricchezze, in quanto non è il censo, ma il sentimento che genera la colpa²²³.

In conclusione, secondo sant'Ambrogio al diritto di proprietà privata è assegnata una funzione sociale e la sua idea di comunanza delle cose deriva dal diritto naturale quale manifestazione della volontà di Dio. Quindi, egli non nega la proprietà privata ma muove una critica alla legge positiva quando essa considera tale diritto in senso assoluto²²⁴. È possibile affermare che uno dei dati più rilevanti della dottrina del Padre della Chiesa è l'importanza assegnata alla natura quale fonte del diritto comune, e nelle sue opere si cela una contrapposizione tra legge positiva e legge di natura; pare che secondo quest'ultima non sia riconosciuto il diritto di proprietà²²⁵.

3.2. La dottrina di san Agostino.

In conclusione prenderemo in considerazione le opere di un altro Padre della

²²¹ *De Officiis*. II, 9, 9, pl, 315.

²²² Ciò corrisponde anche al concetto di giustizia: «che dà a ciascuno il suo, non rivendica l'altrui e sa dimenticare il proprio utile a pro del bene comune ed è resa vana quando desideriamo di aumentare le sostanze, di accumulare denaro, di occupare con possedimenti le terre, di sovrastare in ricchezze (...) In che modo, infatti, può essere giusto colui il quale desidera di togliere all'altro ciò che cerca per sé?». Cfr. *De Off. Min.*, 1, 28, 137 PL 16, 63.

²²³ *Exp.ev.sec. Luc.* 8, 85.

²²⁴ ORABONA L., *Cristianesimo e proprietà. Saggio sulle fonti antiche*, op.cit., p. 151.

²²⁵ CARLYLE R.A., *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, trad. it., Bari, 1956, pp. 119-127.

Chiesa antica: san Agostino²²⁶; la sua produzione letteraria è ricchissima e per quanto concerne il tema della proprietà privata san Agostino non ha lasciato alcuna trattazione specifica destinata all'argomento ma dalle sue opere, concepite nel loro insieme, è possibile estrapolare il suo pensiero su questo tema²²⁷.

Innanzitutto cercheremo di comprendere se anche in Agostino vi sono quelle idee di uguaglianza e comunione dei beni terreni che si trovano nei Padri anteriori e quale valore abbiano e come devono essere interpretate, per passare poi ad esaminare la sua concezione della proprietà privata e ciò che egli pensa circa l'origine, la natura e i limiti di essa. Inoltre, bisogna accertare se l'autore, faccia scaturire il diritto di proprietà privata dal diritto di natura o dalle leggi positive.

Nelle sue opere si rinvengono i concetti di comunismo e di uguaglianza, come nei padri anteriori, secondo i quali le liti, le inimicizie, le discordie, le guerre, i tumulti esistono per le cose che gli uomini possiedono da soli e non per quelle che si hanno in comune, come l'aria e la luce del sole. La conclusione a cui giunge Agostino è quella di togliere le cause che danno vita alla discordia attraverso il distacco dal possesso privato. Agostino dà anche il via ad un esperimento di vita monastico che ci porta a riconoscere in lui una tendenza a vedere le cose preferibilmente messe in comune²²⁸. Sulla scia dei Padri anteriori Agostino, per quanto attiene il tema della proprietà, riconduce a Dio la padronanza assoluta dei beni, dalla quale scaturisce per l'uomo l'obbligo di un loro uso amministrato a

²²⁶ Si vedano, tra gli altri, i contributi di: BRUCCULERI A., *Il pensiero sociale di S. Agostino*, Roma, 1945; TROELTSCH E., *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani*, Firenze, 1949, p. 464; GIORGIANNI V., *Il concetto del diritto e dello Stato in S. Agostino*, in *Il pensiero Medievale*, Padova, 1951; RONDET H., *Richesse et pauvreté dans la predication de saint Augustin*, in *Revue d'ascétique et mystique*, 1954; BREZZI P., *I fondamenti filosofici del diritto e dello Stato in S. Agostino*, in *S. Agostino e le grandi correnti della filosofia contemporanea*, Tolentino, 1956.

²²⁷ In particolare si fa riferimento alle conclusioni che si ricavano dagli scritti contro i Donatisti, che difendevano in quel tempo i loro beni confiscati dallo Stato e da alcune testimonianze che si ricavano da quei forti attacchi a lui rivolti contro l'eresia pelagiana, secondo la quale, fra l'altro, il ricco per entrare nel regno dei cieli doveva disfarsi di tutti i suoi beni. In polemica con i pelagiani, il suo pensiero circa la proprietà era esposto da Agostino in una lettera indirizzata ad Ilario di Siracusa, con la quale rivolge esplicita richiesta di chiarimenti in materia.

²²⁸ POSSIDIO, *Vita di S. Agostino*, PELLEGRINO M., Alba, 1955, p. 52 scrive sull'esperimento monastico di Agostino e dice che: «egli stesso ancora pagano e all'età dei trent'anni, aveva pensato di fare insieme con alcuni amici, progettando un'esistenza pacifica, libera dalle preoccupazioni materiali, in cui i beni di ciascuno fossero messi in comune, tutti i patrimoni fusi in uno solo, di modo che in base ad atti di sincera amicizia l'uno non fosse proprietario di questo e l'altro di quello, ma tutte le sostanze fossero unite in una sola, ogni cosa appartenendo a tutti e a ciascuno. Un valore di vero comunismo non si può attribuire neppure a tutto questo magnifico progetto così ben organizzato che, a causa delle difficoltà intravviste circa l'eventuale approvazione da parte delle donne e rispettive mogli svanì, rovinò e fu accantonato; ciò comprova che quella comunione dei beni non era fondata sull'intima convinzione dell'uguaglianza dei diritti di ciascuno».

favore dei più bisognosi; anche per lui il ricco è un intestatario provvisorio di beni di cui Dio rimane il vero proprietario, che obbliga a farne buon uso.

Nel *De Civitate Dei* afferma che l'uomo non ha potuto creare nulla, il vero padrone è Dio: «che è fonte e creatore di tutte le cose, in lui è ogni potere sul cielo e sulla terra, suo è quanto l'uomo possiede e ciò che non è in nostro possesso, in modo che di ogni bene si può chiamare un dono del cielo e ciò vincola l'uomo a renderne possibile il godimento anche ai poveri per mezzo di atti di bontà e misericordia e di carità²²⁹»

Inoltre, egli esprime anche il dovere etico di ogni cristiano di servirsi dei beni secondo il principio del buon uso. Così, la proprietà privata, per essere esercitata con vera e piena legittimità giuridica, deve contenere il carattere etico della giustizia, per il quale davanti a Dio si può ritenere proprietario dei beni solo colui che sa bene usarne e ciò che è mal posseduto diventa degli altri, cioè di coloro che se ne fanno servire in senso etico. Piuttosto che riferirsi alle norme di diritto positivo, egli tiene presente un altro ordine di cose, quello divino, diverso dall'umano; ma le sue parole certamente valgono almeno indirettamente una critica del modo in cui le leggi umane regolano i rapporti di proprietà.

Agostino si schiera a favore del diritto di proprietà ripetendo che la proprietà dei beni non è un male se viene usata bene, e afferma che Dio non ha condannato le ricchezze, ma ha vietato di preferirle a quelle spirituali e celesti. Questi concetti ritornano poi in altri scritti, ma un vero piccolo trattato sulla proprietà può essere considerata la Lettera che Agostino invia a Ilario di Siracusa in cui riconosce la legittimità della proprietà privata invocando l'autorità dell'Antico e Nuovo Testamento²³⁰.

Gli studiosi, inoltre, si sono chiesti se Agostino giustifichi la proprietà privata per diritto umano o divino. In un passo, sul commento al Vangelo di Giovanni, limita la discussione al diritto umano che sarebbe il solo competente in tema di proprietà privata, in quanto, secondo il diritto divino, il mondo tutto è di Dio, che fa i poveri e i ricchi da una stessa terra, la quale sostiene entrambi: ma il

²²⁹ *De Civitates Dei*, 20, 2, PL 41, 660.

²³⁰ La chiesa andava ormai definendo il problema e giudicava eretici quelli che si dichiaravano ostili al diritto di proprietà privata come i cd. apostolici, a proposito dei quali lo stesso Agostino nel trattato sugli Eretici riferisce che non ammettono la proprietà privata; egli li bolla di arroganza perché separandosi dalla Chiesa, sostengono che non si possono salvare quelli che possiedono quei beni ai quali essi hanno rinunciato.

significato ultimo del suo pensiero, comunque, vuole mettere in luce il duplice ordine che esiste: divino e umano, secondo cui uno può rivendicare il diritto alla proprietà privata.

In ogni caso il pensiero di Agostino in rapporto alla proprietà privata rimane nell'ambito della tradizione fissata dai Padri anteriori a riguardo del diritto naturale e del diritto positivo, attribuendo la proprietà privata al secondo; inoltre, neppure a lui sono estranee le idee di comunanza dei beni ed anzi egli le ha correttamente attuate con la fondazione di comunità monastiche, nelle quali viene a realizzare quegli stessi ideali di perfezione che risalivano all'età apostolica.

4. La proprietà nel pensiero di san Tommaso d'Acquino.

In questo paragrafo prenderemo in considerazione il pensiero tomista sul diritto di proprietà poiché, a quel tempo, in pieno accordo con la politica pontificia san Tommaso innesta nell'esperienza giuridica le indicazioni cristiane²³¹.

San Tommaso tratta il tema della proprietà privata dei beni (*proprietas possessionum* o *dominium*) in diversi luoghi della sua opera più matura: la *Summa Theologiae*²³², un'opera teologica che ha di certo impresso un'influenza importante su tale concetto.

San Tommaso, occupandosi di questioni giuridiche, restaura la nozione rigorosa di proprietà privata che deriva dagli insegnamenti di Aristotele e dal diritto romano, contro il comunitarismo dell'altro Medioevo²³³.

²³¹ Cfr. VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007, p. 131.

²³² In SAN TOMMASO D'ACQUINO, *Summa Theologiae*, q. 66, a. 1-2. In tale opera è possibile rilevare una conoscenza del Digesto Giustineano e dei primi frammenti del *De iustitia et iure*. Egli cita Ulpiano e menziona gli scritti di Celso e Gaio. Vedi la *Summa Theologiae*, 2-2, q.57, a.3: *ius gentium est quo omnes gentes utuntur* dal D.1.1.1.4. (Ulpiano libro primo institutionum); *illud omnibus animalibus, hoc solum hominibus inter se commune est* dal D.1.1.1.3. (Ulpiano libro primo institutionum); q.58, a.1: *perpetua et constans voluntas ius suum unicuique tribuendi* dal D.1.1.10 pr. (Ulpiano libro primo regularum); nella Summa 2-2, q.57, a.1: *ius est ars boni et aequi* dal D.1.1.1pr. (Ulpianus libro primo institutionum); ed infine, sempre nella Summa, STh 2-2, q. 57, a.3: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium* dal D.1.1.9 (Gaius libro primo institutionum).

²³³ Cfr. VILLEY M., *op. cit.*, p. 150, egli afferma che «L'ossatura della dottrina tomista non è mai stata ammainata nell' Europa moderna, anzi, la sua presenza è rimasta sempre costante nel mondo universitario e periodicamente illustri autori: Vicotria, De Soto, Leibniz, l'hanno riportata in auge. Fino alla fine dell'*Ancien Règime* l'opinione più diffusa nel mondo giuridico è stata giusnaturalistica e senza questa presenza non avremmo mai conosciuto né la Dichiarazione Francese dei diritti dell'uomo e del cittadino (...)».

Infatti, nel suo trattato di teologia morale, esamina la giustizia, i peccati contro questa virtù e i casi di danni inferti al prossimo sulle cose, così la *quaestio* 66 dedicata al furto e alla rapina comincia dalla disamina del possesso e della proprietà negli articoli I e II.

Nel primo articolo si domanda se sia naturale per l' uomo il possesso delle cose esteriori²³⁴. Nel secondo, invece, si domanda se l' uomo possa lecitamente possedere una cosa qualsiasi come propria, ossia, se sia lecito per gli uomini avere una proprietà privata²³⁵. Quindi, si chiede se il possesso dei beni sia naturale per l' uomo e la risposta che egli dà è negativa. Afferma che le cose create appartengono unicamente a Dio e l' uomo non ha potere sulla loro natura e aggiunge che l' usurpazione di simile facoltà sfiora l' essenza del peccato originale²³⁶.

Per quanto attiene ai beni, l' Aquinate li intende in due modi: da un lato egli si focalizza sulla natura di essi che non è soggetta al potere dell' uomo e dall' altro lato considera il loro uso, distinguendo fra uso e consumo dei beni.

Per quanto riguarda la sfera dell' *usus*, l' uomo non deve considerare i beni terreni come propri, bensì come comuni e darli via facilmente, quando gli altri ne hanno bisogno. Egli afferma che: «Iddio, il quale signoreggia sulle cose, ha messo sotto i piedi degli uomini tutto ciò che fa parte della natura perché ha fatto di essi lo scopo della creazione²³⁷». Così l' uomo padroneggia naturalmente sui beni e grazie alla sua ragione e volontà può servirsi di essi per il proprio vantaggio come se fossero creati proprio per lui²³⁸. Quindi, richiamandosi ad un' argomentazione fatta propria anche da Aristotele afferma che il possesso dei beni è cosa naturale per l' uomo in quanto i beni anche se non creati dall' uomo possono servire ad appagare i suoi bisogni cogenti. Il teologo si pone poi un altro problema, ossia, si chiede se sia lecito avere in proprietà dei beni; infatti, sembra che sulla base del

²³⁴ SAN TOMMASO D'ACQUINO, *op. cit.*, q. 66, art. 1.

²³⁵ SAN TOMMASO D'ACQUINO, *op. cit.*, q. 66, art. 2.

²³⁶ L' ammonizione di Tommaso verso l' appropriazione di numerosi beni suggerisce il caso evangelico del ricco agricoltore. La campagna gli aveva dato un buon raccolto e, ritenendosi essere il padrone della situazione, ragionava tra sé: «Che farò, poiché non ho dove riporre i miei raccolti? Farò così: demolirò i miei magazzini e ne costruirò di più grandi e vi raccoglierò tutto il grano e i miei beni. Poi dirò a me stesso: Anima mia, hai a disposizione molti beni, per molti anni; riposati, mangia, bevi e datti alla gioia» (Luca 12, 17-18).

²³⁷ Cfr. SAN TOMMASO D'ACQUINO, *Salmo* 8,7.

²³⁸ San Tommaso fa riferimento alla soluzione dell' *utilitas* esaminando la relazione tra lo *ius gentium* e lo *ius naturale*, riconosce che nella società uno resta come *servus* a disposizione d' un altro, certamente non sulla base della *naturalis ratio*. In certi casi, invece, ciò può essere giustificato con riguardo all' *utilitas*. L' Aquinate qui richiama le idee aristoteliche, *Politica*, 1254a-b.

diritto naturale tutti i beni siano in comune perché nel complesso si rivelano utili allo sviluppo degli uomini e all'appagamento delle necessità.

Tommaso risponde che da un lato la proprietà non è naturale per l'uomo e che la divisione si effettua soltanto sulla base delle regolamentazioni, ossia dello *ius positivum*²³⁹ secondo il quale il trattenere dei beni in proprietà è necessario per la vita degli uomini in base a tre argomenti che si richiamano all'*utilitas*. Infatti, egli sostiene che ognuno ha una cura migliore delle proprie cose. Secondariamente regna un maggiore ordine sociale giacché ognuno da solo deve sforzarsi di conquistare i singoli beni a lui necessari. Se ognuno senza differenza dovesse assicurarsi ogni cosa si verificherebbe disordine. Infine, tra gli uomini regna una maggior pace²⁴⁰ quando ognuno si accontenta del suo; l'esperienza mostra come i grandi conflitti scoppiano per i beni posseduti in comune o indivisibilmente. Dunque, la necessità della proprietà per la vita dell'uomo ha la sua fonte nell'utilità del riconoscimento del diritto a possedere beni: esso non sgorga dalla natura, ma è positivo per la società se il possesso di fatto ottiene la tutela giuridica²⁴¹.

Così il teologo si schiera a favore della tutela della proprietà privata per assicurare una maggiore pace sociale perché ogni proprietario dovrebbe usufruire del proprio nella consapevolezza d'una ipoteca sociale, che grava sui beni che in forza dello *ius positivum* gli sono toccati²⁴². Ogni proprietario dovrebbe rendersi

²³⁹ Un esempio lo offre un altro brano della *Summa theologica*. Cfr. SAN TOMMASO D'ACQUINO, *op. cit.*, q. 57, a.3.

²⁴⁰ Tommaso riconosce che da quando il peccato originale ha introdotto nella condizione umana l'orgoglio, l'egoismo, l'avarizia, la violenza, l'unica soluzione realistica è quella della proprietà privata. I suoi argomenti non fanno riferimento ai diritti della persona, come avviene nel moderno personalismo cattolico, ma esclusivamente a esigenze di ordine sociale: l'appropriazione individuale può facilitare il raggiungimento dello scopo, che è la destinazione dei beni materiali a tutti gli uomini, garantendo allo stesso tempo la pace sociale.

²⁴¹ Gli argomenti menzionati non sono nuovi. Sono già apparsi nella *Politica* di Aristotele, nel corso della critica all'opposizione di Platone contro la proprietà nonché contro l'idea espressa nella *Repubblica*, dell'introduzione della comunione dei beni. Le ragioni per le quali la proprietà privata dei possedimenti è senz'alcun dubbio utile all'uomo e alle comunità: «Primo quidem, quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid quod sibi soli competit quam aliquid quod est commune omnium vel multorum [...]. Alio modo, quia ordinatius res humanae tractantur si singulis immineat propria cura alicuius rei procurandae, esset autem confusio si quilibet indistincte quaelibet procuraret. Tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est. Unde videmus quod inter eos qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius iurgia oriuntur».

²⁴² SAN TOMMASO D'ACQUINO, *op. cit.*, q. 66, a. 1. San Tommaso chiarisce che l'appropriazione privata dei beni avviene «secondo l'umano accordo, che appartiene al diritto positivo; quindi la proprietà delle cose possedute non è contro il diritto naturale, ma si aggiunge al diritto naturale per una attività della ragione umana».

conto che egli è solo un amministratore dei beni affidatigli dal Creatore²⁴³.

Inoltre, uno dei punti centrali del pensiero di Tommaso, che verrà poi ripreso dal Magistero della Chiesa è il tema della custodia del creato, il c.d. *dominium umile*. Inoltre, matura in questo periodo l'idea di bene comune: «il bene comune è il fine delle singole persone che vivono in una collettività²⁴⁴» che non tollera differenze, che non accetta conflitti o asimmetrie nei vantaggi economici che turbano un ordine etico già dato e che è dentro ad un ordine naturale superiore. In particolare, sono cose sottratte agli usi lucrativi e ritenuti delle situazioni inalienabili secondo i meccanismi dello scambio e del negozio giuridico.

Riteniamo, quindi, che con san Tommaso d'Aquino si ha un'attenuazione della condanna del possesso individuale dei beni, egli giudica la proprietà legittima anche se non originaria o naturale perchè motivata dall'aspirazione umana alla buona amministrazione dei beni ricevuti in dono dal Creatore²⁴⁵.

Nel periodo in cui vive san Tommaso esiste una corpo notevole di discussioni teologiche sull'origine della proprietà²⁴⁶, ma tra queste non è emerso

²⁴³ SAN TOMMASO D'ACQUINO, *op. cit.*, II-II, q. 66, a. 2. «È lecito che l'uomo possieda cose proprie, ed è anche necessario alla vita umana, per tre motivi: primo, perché ognuno è più sollecito ad aver cura di ciò che compete a lui solo, piuttosto che di ciò che è comune a tutti, o a molti; perché ognuno, fuggendo la fatica, lascia all'altro la cura di ciò che appartiene alla comunità [...]. Secondo, poiché le cose umane vengono amministrate più ordinatamente se ai singoli rimane la cura di ciò che devono amministrare: invece ci sarebbe confusione se chiunque dovesse curare ogni cosa senza distinzione. Terzo, poiché in questa forma lo stato dell'uomo si conserva più pacifico, finché ciascuno è soddisfatto nelle sue cose; mentre osserviamo che tra quelli che possiedono qualcosa in comune e senza divisione, frequentemente sorgono diverbi». Vedi anche CASILE A., *Educare alla custodia del creato*, in AA. VV., *Custodire il creato. Teologia, etica e pastorale*, Bologna, 2013, p. 19.

²⁴⁴ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologie, Op. cit.*, II-II, 58. egli affermava che: «il bene comune di una società o di una comunità politica non è la somma dei beni individuali». Vedi anche MACINTYRE A., *God, Philosophy, Universities. A selective History of Catholic Philosophical Tradition*, Maryland, 2011, p. 88.

²⁴⁵ Vedi LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *Possesso e proprietà nel pensiero di san Tommaso*, in: <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2005/Longchamps2.pdf>.

²⁴⁶ Tra i teologi che si sono occupati del tema in quel periodo si ricorda: per quanto attiene gli scritti francescani Alessandro di Hales, *Summa theologica*, Quaracchi, 1938, p. 348 descrive la proprietà privata come stato della natura umana corrotta; Duns Scoto, *Opus Oxoniense* a cura di VIVES L., Parigi, 1891, pp. 265, 270-271, sostiene che la comunione della proprietà all'inizio era un precetto di diritto naturale, e che tale precetto era stato revocato da Dio dopo il peccato di Abramo; Bonaventura e altri teologi francescani, il cui pensiero è ben espresso in GROSSI P., *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, pp. 287-355. Vedi SCHOLZ R., *Aegidius Romanus. De ecclesiastica potestate*, Weimar, 1929, pp. 11-13, 70-75, 103-111 e BLEIENSTEIN F., *Johannes Quidort von Paris. Über königliche und papstliche Gewalt*, Stuttgart, 1969, pp. 96-97. Quest'ultimo sosteneva che la proprietà veniva acquistata con il lavoro; si ricorda, infine, Bonagrazia da Bergamo e papa Giovanni XXII che avevano punti di vista opposti. Per il primo si vedano gli scritti di OLIGER L., *Fr. Onagratia de Bergamo et eius Tractatus de Christi ed apostolorum paupertate*, in *Archivium Franciscanum historicum*, 1929, pp. 292-335 e 487-511 e TARELLO G., *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, in *Università degli Studi di*

alcun consenso²⁴⁷, tuttavia, dalla speculazione del teologo emerge che il possesso e non la proprietà privata deriva dal diritto naturale e non mette in dubbio la necessità di tutelare tale istituto sebbene sia considerato qualcosa di artificiale, un'aggiunta al diritto naturale escogitata dalla ragione.

5. Sintesi.

Le teorie classiche cristiano-patristiche sulla proprietà sono invero le più varie²⁴⁸ ma molti dei Padri della Chiesa considerano la proprietà privata “contro natura²⁴⁹”, rinviano all'imperfezione dell'istituto nonché alla sua esplicita condanna come in Agostino e in Crisostomo²⁵⁰ che considerano la proprietà privata qualcosa di innaturale; essa non deriva né dalla natura né dalla volontà di Dio ma dal peccato e ritengono che senza questo, si sarebbe realizzato un ordinamento sociale ed economico di comunione di beni perfetto rispetto al sistema fondato sulla proprietà

Genova. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 1964, pp. 338-448. Tale dibattito assumeva una certa importanza, in quanto, nel Seicento questi temi assumevano importanza centrale negli scritti dei grandi teorici del diritto naturale, così nelle opere di Grozio, di Pufendorf e di Locke.

²⁴⁷ TIERNEY B., *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta 1997; trad. it. di OTTONELLI V., *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, 2002, p. 214.

²⁴⁸ Nei Paragrafi precedenti abbiamo preso in considerazione le opere di: Giovanni Crisostomo, San Ambrogio e San Agostino. Tra i padri della chiesa occidentale-latina, si ricordi anche San Girolamo. Nel suo pensiero è del tutto estranea la questione del diritto naturale ma per quanto attiene il tema della proprietà privata, anche nella sua opera ritroviamo dei riferimenti. Girolamo asserisce che padrone assoluto dei beni è Dio, il quale li dà all'uomo in amministrazione, come a un gerente nella casa di un ricchissimo signore, rendendolo colono e ospite del mondo, perché per breve tempo si serva di quanto possiede. Da ciò deriva che non sono nostre le cose che possediamo, ma avendole Dio create per tutti, bisogna darle in uso anche ai fratelli in Dio, che devono essere chiamati uguali, senza differenze tra ricchi e poveri. Non sono degli uomini le cose che essi possiedono ma a loro è stato affidato un compito di distribuzione. Quindi, la proprietà vera e propria dei beni spetta a Dio e, quindi, l'uomo ne viene a perdere ogni titolo. In altri passi egli attacca fortemente la ricchezza, sostenendo che non si può diventare ricco senza spogliare il povero e che insieme con il ricco siede il diavolo. Una testimonianza a favore della proprietà si può trovare nelle idee con cui Girolamo esprime le nozioni intorno al furto e parla della sua gravità: è condannato alla stregua dell'omicidio e dell'adulterio; viene giudicato una colpa sia il grande che il piccolo furto. Richiami al pensiero di Gerolamo si trovano in GIORDANI I., *Il Messaggio sociale di Gesù, I grandi Padri della Chiesa*, Milano, 1947; BARBIERI G., *Fonti per la storia delle dottrine economiche*, Milano, 1958. Tra gli altri padri della Chiesa che in questa sede si è deciso di tralasciare vanno, però, ricordati: Lattanzio e Gregorio Niseno.

²⁴⁹ BRUNI L., *Economia come impegno civile: relazionalità, benessere ed economia di comunione*, op. cit., p. 230.

²⁵⁰ GIOVANNI CRISOSTOMO, *In dictum Pauli, Oportet haereses*, 2.PG.51, 255. Egli afferma che: «per i beni comuni non si lotta mai, ma c'è sempre pace, mentre appena uno tenta di attirare a sé qualche cosa e di appropriarsela, scoppiano zuffe, quasi, che la natura stessa s'indigni di vederli competere dove Dio ci unisce, e competere per separarci, per tirare a noi i beni e appropriarci a dire il Tuo e il Mio, questa fredda parola: qui scoppia il contrasto, qui sorgono le inimicizie».

privata²⁵¹. Questi teologi dettano, inoltre, limiti estremamente rigidi all'accumulazione dei possedimenti e affermano che la proprietà privata riposa solo sul diritto positivo e la convenzione umana²⁵². Specialmente san Giovanni Crisostomo e sant'Ambrogio nel *De officiis* contestano la tesi secondo cui l'appropriazione privata dei beni è inscritta *ab origine* nella natura umana²⁵³.

In conclusione, quindi il cristianesimo delle origini, con i Padri della Chiesa riconoscono che la proprietà è innaturale, perché in natura è tutto comune ed è dall'avidità che è cominciata la divisione e l'accaparramento dei beni. Essi non negano in radice il diritto alla proprietà privata ma le loro posizioni sono tese a ribadire l'atteggiamento di distacco che deve essere operato rispetto ai beni terreni.

San Tommaso nella sua *Summa Theologiae* ha ripreso la dottrina dei padri decretando che i beni materiali devono servire a tutta l'umanità e ne ha fatto il punto di partenza per la propria dottrina della proprietà. In un primo articolo (II-II, 66,1), egli stabilisce che: «È naturale all'uomo il possesso delle cose fuori di lui, non certo quanto alla loro natura, che è soggetta esclusivamente al potere di Dio, ma quanto al loro uso per la sua utilità». Quindi egli afferma che nessuno per sua natura è proprietario. In un secondo articolo (II-II, 66,2), s. Tommaso si chiede in che modo i beni materiali possano servire maggiormente al bene comune, preoccupandosi

²⁵¹ All'origine dell'appropriazione individuale vi è la *cupiditas*, riscattata moralmente soltanto dalla *caritas* che garantisce anche ai poveri il diritto d'uso della natura che Dio ha originariamente attribuito agli uomini senza distinzione. Infatti, affermano che in quanto creatore, Dio è l'unico vero e assoluto Signore di tutte le cose, che distribuisce la terra e i mezzi di sussistenza agli uomini perché ne usino per vivere, e mantiene su questi mezzi il totale dominio e chiederà un giorno conto alle sue creature di quanto ha loro affidato. L'uomo non è che un semplice usufruttuario o amministratore responsabile del suo patrimonio e non può dissiparlo a suo capriccio, è, invece, tenuto a impiegarlo a vantaggio proprio e della sua comunità. La ricchezza ha un valore di mezzo, perché ordinata alla conquista di un dono più prezioso: il regno celeste Cfr. SPIAZZI R., *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Bologna, p. 183.

²⁵² In NITTI F.S., *Il socialismo cattolico*, in ID., *Scritti di economia e finanza*, Bari, 1971, pp. 277-278. L'autore sosteneva che i Padri affermavano che in principio tutto è comune e che la distinzione tra il mio e il tuo è opera del Maligno: ma allorché nel secolo XIII la ricchezza si accumula nelle mani del clero, gli scrittori cristiani abbandonano le vecchie posizioni e sostengono apertamente il diritto di proprietà».

²⁵³ *De officiis* 1, 28, 132. Spiega Ambrogio: «Loro [Cicerone e i moralisti pagani] fanno consistere la giustizia nell'usare ciascuno, come beni comuni, quei beni che sono comuni, e come beni propri i beni privati. Ma nemmeno questo è secondo natura. La natura infatti profuse a tutti i suoi doni. Perché Dio comandò che tutto si producesse a comune beneficio di tutti e che la terra fosse in certo qual modo comune possesso di tutti. La natura ha dunque generato il diritto comune, l'usurpazione ha generato il diritto». In un altro passo *dell'Expositio in Psalmos*, Ambrogio ripete che la spartizione delle proprietà dei singoli non è stata compiuta dalla natura per volere di Dio, ma si è prodotta in base a fatti contingenti, per soddisfare l'avidità di possesso che segna lo stato di natura decaduta dopo il peccato originale, «Il Signore Dio nostro ha voluto che la terra fosse comune possesso di tutti gli uomini e che i frutti di essa si somministrassero a tutti, ma l'avidità del possesso ne ha distribuito i diritti».

soprattutto di stabilire il modo più efficace per amministrarli.

Secondo la sua formulazione, la proprietà privata è una «inventio humana», cioè «una soluzione umanamente ragionevole». Per questo egli non considera il diritto alla proprietà privata come supremo diritto naturale, bensì solamente come diritto secondario ed evidenzia che i beni devono essere amministrati come fossero privati.

6. Luigi Taparelli D’Azeglio tra pensiero classico e moderno.

In questo paragrafo poniamo la nostra attenzione sull’opera del gesuita Luigi Taparelli d’Azeglio del 1840 intitolata “*Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*”; in questo manuale la proprietà privata²⁵⁴ è ritenuta un prolungamento della persona senza alcun riferimento allo stato di natura²⁵⁵.

L’opera del gesuita è utile ai nostri fini perché, come vedremo, le idee che ritroveremo nella *Rerum Novarum* di Leone XIII riprendono quanto espresso dal Taparelli nella sua opera in tema di proprietà: egli si discosta dalla concezione tomista della proprietà ed afferma l’indipendenza dell’individuo.

Così, la proprietà privata a parere del gesuita non nasce da motivi legati alla pace e all’ordine di una comunità politica, bensì, in modo immediato, dalla stessa natura umana. Alla luce di tali osservazioni, Taparelli fonda il diritto di proprietà privata sull’idea di un diritto soggettivo, che egli identifica nel cd «diritto d’indipendenza. Tale diritto viene definito come «potere irrefragabile di operare il proprio bene a norma del proprio giudizio senza esserne ragionevolmente impedito, è ciò che appellarsi diritto d’indipendenza²⁵⁶». Tale diritto è illimitato e il gesuita aggiunge che «questo diritto, questo potere irrefragabile secondo ragione, fin dove si stende? È facile il comprenderlo: la tendenza al bene essendo nell’uomo per sé illimitata non può aver limiti se non dalla materia dei suoi dritti che può mancare, o dai dritti altrui che possono incrociarle il cammino²⁵⁷». Per precisare ulteriormente

²⁵⁴ TAPARELLI D’AZEGLIO L., *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, 2 voll., Edizioni della «Civiltà Cattolica», Roma 1949. Vedi anche ARAMANDO B., *Il concetto di proprietà nel padre Taparelli*, Pinerolo, 1960.

²⁵⁵ In quegli anni si andava assistendo ad una riviviscenza degli studi sull’Aquinata, sulla spinta anche di specifici pronunciamenti papali. Si fa riferimento all’Enciclica *Aeterni Patris*, del 4 Agosto 1879, del Pontefice Leone XIII, allievo del Gesuita, nel periodo in cui quest’ultimo fu rettore del Collegio Romano.

²⁵⁶ TAPARELLI D’AZEGLIO L., *op. cit.*, p. 186.

²⁵⁷ TAPARELLI D’AZEGLIO L., *op. cit.*, p. 186.

i termini della questione Taparelli distingue un diritto di avere o di usare dei beni esterni (cd di conservazione) e un diritto di escludere gli altri dai propri possessi²⁵⁸ (cd diritto d'indipendenza) e scrive: «Da questi due diritti nasce da se stesso il diritto di escludere, poiché primo col diritto di conservazione io posso prenderne i mezzi; secondo, presili con questo diritto io li ho; dunque pel dritto d'indipendenza non posso esserne privato²⁵⁹».

Il Gesuita, se da un lato concepisce il diritto di proprietà come diritto illimitato e considera un'ingiustizia qualsiasi sua limitazione, dall'altro lato si appella al dovere del cristiano di esercitare la beneficenza a vantaggio dei poveri. «Lo dice la natura, lo ripete la carità, lo dimostra la filosofia, lo sente per istinto il criterio naturale: se Dio ha voluto la proprietà indefinitamente aumentabile, la ha voluta a condizione che indefinitamente, e a proporzione dei veri bisogni, si ripartisse quasi da sé medesima, ad irrigare ed aumentare tutte le piante di questa vigna coltivata dal padre universale di famiglia: e la giusta proporzione di questa distribuzione sta appunto in quella legge evangelica: - Date il superfluo: date quod superest²⁶⁰».

L'unico limite del proprietario è il dovere di beneficenza che viene sancito da Dio e obbliga il cristiano a donare agli altri; quindi non è posto alcun limite giuridico all'accumulazione delle ricchezze e alla loro equa distribuzione. Così, secondo il gesuita solo una società cristiana in cui vige il precetto della carità, può dirsi una società giusta. Taparelli, infatti, afferma espressamente che «melior est conditio possidentis»: la «causa radicale e filosofica» di tale affermazione sta tutta «in quel principio di carità che forma l'anima della società anche naturale: e che, sublimato dal Redentore ad ordine in conclusione, secondo Taparelli esiste un diritto soggettivo di indipendenza, sul quale è fondato il diritto al privato possesso e che non trova di fronte a sé alcun limite giuridicamente vincolante.

²⁵⁸TAPARELLI D'AZEGLIO L., *op. cit.*, p. 204.

²⁵⁹TAPARELLI D'AZEGLIO L., *op. cit.*, p. 186.

²⁶⁰ *La civiltà cattolica*, III, 1862, p. 152.

7. Le encicliche sociali dei papi sul tema della proprietà privata.

Introduzione.

La dottrina sociale della Chiesa ha le sue radici nelle Sacre Scritture e nella Rivelazione²⁶¹ e può ritenersi il frutto della riflessione della Chiesa sui problemi concreti in cui si imbattono i cristiani²⁶².

²⁶¹ Il riferimento alla Rivelazione è fondamentale perché, per utilizzare le parole di Vittorio Possenti, grazie ad esso: «La Chiesa non si presenta soltanto come garante di un ordine naturale, nel quale leggere un'intenzione divina, ma come portatrice di una «memoria sovversiva», di una tensione escatologica, di un annuncio rispetto al quale ogni ordine umano è inadeguato. Viene così introdotto un principio di non-appagamento o di non- adempimento, che costituisce una molla poderosa verso una società meno ingiusta» in POSSENTI V., *Oltre l'illuminismo. Il messaggio sociale cristiano*, Cinisello Balsamo, 1992, p. 16.

²⁶² Leone XIII parla di filosofia sociale; Pio XI di *sociologia cristiana*, ma il termine *dottrina sociale* si deve a Pio XII ed è stato successivamente definito da Giovanni XXIII nella *Mater et magistra* (nn. 227 - 239). Recentemente è stata introdotta la distinzione tra «insegnamento» e «dottrina» sociale della Chiesa: il primo consisterebbe nell'insieme dei principi morali aventi rilievo sociale e sarebbe di stretta competenza del magistero; la seconda «comprenderebbe anche le indicazioni e le direttive per la realizzazione dei principi nelle situazioni storiche, oggetto del giudizio prudenziale con cui il magistero suggerisce ai cristiani e a tutti gli uomini di buona volontà delle vie di azione» in SPIAZZI R., *Introduzione ai documenti sociali della Chiesa*, Milano 1988, p. XI. Ad esempio, possiamo trovare la convinzione che la Dottrina Sociale della Chiesa è sufficiente a risolvere ogni problema della società nei fondatori del sindacalismo cristiano in Francia. Jules Zirnheld, uno dei fondatori della CFTC, sostiene: «Essere cattolico questo è tutto ed è sufficiente. (...) I tempi stessi erano meno complicati e la parola 'cattolico', e soprattutto la cosa, erano *ampiamente sufficienti a rispondere a tutti i problemi* che si ponevano allora al sindacalismo cristiano nascente, compresa la questione sociale.» in ZIRNHELD J., *Cinquante années de syndicalisme chrétien*, Parigi, 1937. Infine Giovanni Paolo II afferma che: «La Chiesa (...) non propone sistemi o programmi economici e politici, né manifesta preferenze per gli uni o per gli altri, purché la dignità dell'uomo sia debitamente rispettata e promossa ed a lei stessa sia lasciato lo spazio necessario per esercitare il suo ministero nel mondo. Ma la Chiesa è «esperta in umanità» e ciò la spinge a estendere necessariamente la sua missione religiosa ai diversi campi in cui uomini e donne dispiegano le loro attività, in cerca della felicità, pur sempre relativa, che è possibile in questo mondo, in linea con la loro dignità di persone. (...) La dottrina sociale della Chiesa non è una «terza via» tra capitalismo liberista e collettivismo marxista, e neppure una possibile alternativa per altre soluzioni meno radicalmente contrapposte: essa costituisce una categoria a sé. Non è neppure un'ideologia, ma l'accurata formulazione dei risultati di un'attenta riflessione sulle complesse realtà dell'esistenza dell'uomo, nella società e nel contesto internazionale, alla luce della fede e della tradizione ecclesiale. Suo scopo principale è di interpretare tali realtà, esaminandone la conformità o difformità con le linee dell'insegnamento del Vangelo sull'uomo e sulla sua vocazione terrena e insieme trascendente; per orientare, quindi, il comportamento cristiano. Essa appartiene, perciò, non al campo dell'ideologia, ma della teologia e specialmente della teologia morale. L'insegnamento e la diffusione della dottrina sociale fanno parte della missione evangelizzatrice della Chiesa. E, trattandosi di una dottrina indirizzata a guidare la condotta delle persone, ne deriva di conseguenza l'«impegno per la giustizia» secondo il ruolo, la vocazione, le condizioni di ciascuno. All'esercizio del ministero dell'evangelizzazione in campo sociale, che è un aspetto della funzione profetica della Chiesa, appartiene pure la denuncia dei mali e delle ingiustizie. Ma conviene chiarire che l'annuncio è sempre più importante della denuncia, e questa non può prescindere da quello, che le offre la vera solidità e la forza della motivazione più alta». Tale lettura teologica è caratterizzata da un rilevante carattere umanistico, ben sottolineato da Giovanni Paolo II nell'intero sesto capitolo della *Centesimus annus*, dove, per esempio, afferma: «(...) Negli ultimi cento anni la Chiesa ha ripetutamente manifestato il suo pensiero, seguendo da vicino la continua evoluzione della questione sociale, e non ha certo fatto questo per recuperare privilegi del passato o per imporre una sua

Tale riflessione è iniziata già nel periodo antico, con gli Apostoli e proseguita con i Padri della Chiesa, nel Medioevo con i grandi teologi e moralisti (in particolare san Tommaso d'Aquino), fino ai tempi più vicini a noi, quando gli avvenimenti legati allo sviluppo industriale hanno fatto emergere i disagi della questione sociale²⁶³. Così già con le prime Encicliche sociali elaborate dai papi si alimenta l'interazione fra la riflessione dei teologi e della gerarchia e il sentire del popolo che interessa continuamente la vita della Chiesa e il suo magistero in campo sociale.

Questo paragrafo ha lo scopo di offrire una ricognizione delle principali posizioni assunte dalla dottrina sociale della Chiesa in merito al diritto di proprietà privata. Questa analisi è, però, circoscritta alle encicliche sociali dei Pontefici Leone XIII, Pio XI, Pio XII, in quanto, operano prima dell'avvento della Carta Costituzionale.

Dapprima viene preso in considerazione il magistero di Leone XIII sulla proprietà privata in cui si rileva un indubbio progresso della coscienza dei problemi sociali dall'Enciclica *Quod apostolici muneris*, del dicembre 1878. Si nota, leggendo l'Enciclica leonina, che la proprietà privata è ritenuta un diritto naturale dell'individuo che deve essere considerato sacro ma ribadisce, nel contempo, che essa va comunque ed in ogni caso fatta rientrare nell'ordine sociale per cui la sua finalità deve essere di pubblica utilità.

Il cambiamento di orizzonte operato dal pontefice si evidenzia immediatamente perché per la prima volta viene messo in risalto il diritto individuale e il punto di partenza della dottrina della proprietà è ora la persona, in sé (si tratta di un'accentuazione ben diversa da quella data da S. Tommaso).

Tale idea origina dall'opera di Taparelli (*vedi Par. 6*) in cui, ripetiamolo, si afferma l'indipendenza dell'individuo ed anche il bene comune appare come somma di tutti gli interessi individuali; prende piede l'importanza del benessere inteso prevalentemente in senso economico del tenore di vita (secondo le

concezione. Suo unico scopo è stata la cura e responsabilità per l'uomo, a lei affidato da Cristo stesso, per questo uomo che, come il concilio Vaticano II ricorda, è la sola creatura che Dio abbia voluto per se stessa e per cui Dio ha il suo progetto, cioè la partecipazione all'eterna salvezza. Non si tratta dell'uomo «astratto», ma dell'uomo reale, «concreto» e «storico»: si tratta di ciascun uomo (...). Ne consegue che la chiesa non può abbandonare l'uomo, e che «questo uomo è la prima via che la chiesa deve percorrere nel compimento della sua missione (n. 53)».

²⁶³ SPIAZZI R. nella *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Bologna, 1992, ripercorre il cammino storico di tale pensiero partendo dalle origini del cristianesimo. È però innegabile che gli sviluppi più attuali della dottrina Sociale della Chiesa hanno trovato il loro punto di partenza nelle encicliche di papa Leone XIII (1878-1903), soprattutto nella *Rerum novarum* (15 maggio 1891).

motivazioni articolate dal Taparelli, è illogico porre il bene comune al di sopra del benessere privato) e questo perché egli non conosce, o almeno non in maniera approfondita, le opere di s. Tommaso. Inoltre, la società è concepita come insieme di individui, ognuno dei quali cura in primo luogo i propri interessi ed in cui il bene comune è diventato interesse comune.

Questa svolta nella dottrina sociale della chiesa ha come punto di riferimento la realtà, ovvero, in quel contesto l'accendersi del socialismo e del diffondersi del "manifesto del partito comunista" che ha portato poi alla rivoluzione russa.

7.1. La *Rerum Novarum* (1891).

L'Enciclica leonina²⁶⁴ denuncia gli eccessi del capitalismo e condanna²⁶⁵ il liberismo economico²⁶⁶. Leone XIII difende e autorizza la proprietà privata elaborando una visione legata ad un approccio di stampo naturalistico²⁶⁷ e respinge tutte quelle teorie socialiste e collettivistiche²⁶⁸ che mirano all'abolizione della

²⁶⁴ Per i testi del magistero si faccia riferimento alla versione disponibile su: <https://w2.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/index.html>.

²⁶⁵ La *Rerum novarum* sottolinea poi l'esigenza che lo Stato, lungi dal mantenersi neutrale, intervenga per promuovere la pubblica utilità e difendere i più deboli: «I proletari né di più né di meno dei ricchi sono cittadini per diritto naturale, membri veri e viventi onde si compone, mediante le famiglie, il corpo sociale: per non dire che ne sono il maggior numero. Ora, essendo assurdo provvedere ad una parte di cittadini e trascurare l'altra, è stretto dovere dello Stato prendersi la dovuta cura del benessere degli operai; non facendolo si offende la giustizia (n. 27) (...) Il ceto dei ricchi, forte per sé stesso, abbisogna meno della pubblica difesa; i miseri ceti popolari, che mancano di sostegno proprio, hanno speciale necessità di trovarlo nel patrocinio dello Stato. Perciò agli operai, che sono nel numero dei deboli e dei bisognosi, lo Stato deve di preferenza rivolgere le cure e le provvidenze sue». (n. 29). La difesa dei lavoratori è fondata anche sulla consapevolezza della dignità del lavoro e dei lavoratori. Leone XIII richiama i lavoratori al rispetto dei doveri derivanti dal patto stabilito con il datore di lavoro, ma rivendica condizioni di lavoro più umane: «Non è giusto né umano esigere dall'uomo tanto lavoro da farne inebetire la mente per troppa fatica e da fiaccarne il corpo» (n. 34), con particolare riguardo ad all'età, al sesso ed al tipo di lavoro (es. minatori). Anche per quanto riguarda il salario, il papa prende duramente posizione contro la tradizione liberista che avrebbe voluto la sua determinazione lasciata al gioco della domanda e dell'offerta: «Tocchiamo ora un punto di grande importanza e che va inteso bene per non cadere in uno dei due estremi opposti. La quantità del salario, si dice, la determina il libero consenso delle parti: sicché il padrone, pagata la mercede, ha fatto la parte sua, né sembra sia debitore di altro. Si commette ingiustizia soltanto quando o il padrone non paga l'intero salario o l'operaio non presta tutta l'opera pattuita; e solo a tutela di questi diritti, non per altre ragioni, è lecito l'intervento dello Stato. [...] Sia pur dunque che l'operaio e il padrone formino di comune consenso il patto, e soprattutto la quantità del salario; vi entra però sempre un elemento di giustizia naturale, anteriore e superiore alla libera volontà dei contraenti, ed è che il quantitativo della mercede non sia inferiore al sostentamento dell'operaio frugale, s'intende, e ben costumato. Se questi costretto dalla necessità, o per timore di peggio, accetta patti più duri, i quali perché imposti dal proprietario o dall'imprenditore, volere o non volere, debbono essere accettati, questo è subire una violenza contro la quale la giustizia protesta». (n. 36-37).

²⁶⁶ *Rerum Novarum*, n. 2, in cui Papa Leone XIII afferma: «Comunque sia, è chiaro, ed in ciò si accordano tutti, essere di estrema necessità venir senza indugio con opportuni provvedimenti in aiuto dei proletari che per la maggior parte si trovano indegnamente ridotti ad assai misere condizioni, indegne dell'uomo. Poiché, sopresse nel secolo passato le corporazioni di arti e mestieri, senza nulla sostituire in lor vece, nel tempo stesso che le istituzioni e le leggi venivano allontanandosi dallo spirito cristiano, avvenne che a poco a poco gli operai rimanessero soli e indifesi in balia della cupidigia dei padroni e di una sfrenata concorrenza. Accrebbe il male un'usura divoratrice, che, sebbene condannata tante volte dalla Chiesa, continua lo stesso, sotto altro colore, a causa di ingordi speculatori. Si aggiunga il monopolio della produzione e del commercio, tanto che un piccolissimo numero di straricchi hanno imposto all'infinita moltitudine dei proletari un giogo poco meno che servile» in: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

²⁶⁷ Si veda DE ROSA G., *I tempi della Rerum Novarum*, op. cit., p. 357.

²⁶⁸ Alcuni studiosi hanno affermato che La *Rerum novarum* è un documento antisocialista. Leone XIII, infatti, dopo un rapido accenno alla gravità del conflitto sociale e alla necessità di «provvedimenti in aiuto dei proletari» si sofferma a lungo in una polemica coi socialisti. Tale polemica si basa sulla difesa della proprietà privata come «diritto naturale», ed è condotta mediante un'argomentazione astratta e generica, non legata ad un'analisi della concreta situazione economica

stessa. Il Pontefice afferma: «A rimedio di questi disordini, i Socialisti, attizzando nei poveri l'odio dei ricchi, pretendono si debba abolire la proprietà, e far di tutti i particolari patrimoni un patrimonio comune, da amministrarsi per mano del Municipio o dello Stato. Con questa trasformazione della proprietà da personale in collettiva, e con l'uguale distribuzione degli utili e degli agi tra i cittadini, credono radicalmente riparato il male. Ma questa via, non che risolvere la contesa, non fa che danneggiare gli stessi operai: ed è inoltre ingiusta per molti motivi, giacché manomette i diritti dei legittimi proprietari, altera le competenze degli uffici dello Stato, e scompiglia tutto l'ordine sociale. Ed infatti non è difficile a capire, che lo scopo del lavoro, il fine prossimo che si propone l'artigiano, è la proprietà privata. Poiché se egli impiega le sue forze, la sua industria a vantaggio altrui, lo fa per procacciarsi il necessario alla vita: e però col suo lavoro acquista un vero e perfetto diritto non solo di esigere, ma di investire come vuole la dovuta mercede. Se dunque con le sue economie è riuscito a far dei risparmi e, per meglio assicurarli, li ha investiti in un terreno, questo terreno non è infine altra cosa che la mercede medesima travestita di forma e conseguentemente proprietà sua, né più né meno che la stessa mercede. Ora in questo appunto, come sa ognuno, consiste la proprietà, sia mobile che stabile. Con l'accomunare pertanto ogni proprietà particolare i socialisti, togliendo all'operaio la libertà di reinvestire le proprie mercedi, gli rapiscono il diritto e la speranza di trarre vantaggio dal patrimonio domestico e di migliorare il proprio stato, e ne rendono perciò più infelice la condizione. Il peggio si è che il rimedio da costoro proposto è una patente ingiustizia, giacché la proprietà privata è diritto di natura²⁶⁹».

creata dallo sviluppo del capitalismo. Manca infatti completamente nella *Rerum novarum* un'analisi, anche sommaria, del meccanismo della produzione. (...) È evidente inoltre, (...) in tutta l'enciclica, la confusione fra proprietà dei mezzi di produzione e proprietà dei beni di consumo. (...) Sembra (...) che l'intervento statale debba avere, secondo Leone XIII, essenzialmente un fine di difesa dell'ordine. In modo particolare poi egli insiste sul dovere «principalissimo» dei governi di difendere la proprietà privata(...) L'intervento dello Stato dunque è richiesto in termini molto netti, quando si tratta della funzione di difesa della proprietà privata e dell'ordine sociale esistente, e in termini molto vaghi, quando, si tratta dei doveri dello Stato stesso verso i lavoratori. (...) ai cattolici essa (la *Rerum novarum*) dà una direttiva precisa, quella d'intervenire attivamente nel lavoro di organizzazione operaia. Questa direttiva si lega direttamente alla polemica antisocialista che domina tutta l'enciclica: l'intervento dei cattolici in questo campo deve avere essenzialmente lo scopo di contrastare l'azione dei socialisti e in genere delle organizzazioni operaie di classe. D'altra parte la *Rerum novarum* conteneva anche una dose di demagogia sufficiente per apparire agli strati meno avanzati dei lavoratori come un documento progressivo, mentre era in realtà profondamente conservatore» in CANDELORO G., *Il movimento cattolico in Italia*, Roma, 1947, pp. 240-244.

²⁶⁹ *Rerum Novarum*, n. 3-5.

Così Leone XIII, nell'enciclica, mosso dalla preoccupazione di arginare la diffusione della ideologia socialista, condanna l'abolizione della proprietà privata, sostenendo che la comunanza dei beni: «offende i diritti naturali di ciascuno, altera gli uffici dello stato e turba la pace comune. Resti fermo adunque, che nell'opera di migliorar le sorti delle classi operaie, deve porsi come fondamento indiscusso il diritto di proprietà privata²⁷⁰». Il Papa menziona il fatto che Dio ha dato la terra in uso e godimento a tutto il genere umano e che: «non assegnava nessuna parte del suolo determinatamente ad alcuno, lasciando ciò all'industria degli uomini e al diritto speciale dei popoli²⁷¹». Ed aggiunge: «è lecito, anzi necessario alla vita umana che l'uomo abbia la proprietà dei beni perché il diritto alla proprietà affonda la sua origine nella preminenza dell'individuo rispetto alla società: il genere umano (...) riconoscendo che la proprietà privata è sommamente confacente alla natura dell'uomo e alla pacifica convivenza sociale, l'ha sancita mediante la pratica di tutti i secoli²⁷²».

Non bisogna però dimenticare che Leone XIII non fa propria la concezione liberale della proprietà (romana) come *ius utendi et abutendi* e condanna la comunanza dei beni ispirata ai principi del socialismo ma non rimane indifferente alla loro circolazione e fa riferimento alla concezione tomista. Si ricorda che, come scrive Tommaso: «L'uomo non deve possedere i beni esteriori come propri, ma come comuni: in maniera che ciascuno metta a disposizione le cose secondo la necessità degli altri²⁷³». Questo è uno spunto fecondo da cui trarranno ispirazione i suoi successori, tra cui Giovanni Paolo II che, parlando della *Rerum novarum*, osserva: «Il papa è ben cosciente del fatto che la proprietà privata non è un valore assoluto, né tralascia di proclamare i principi di necessaria complementarità, come quello della destinazione universale dei beni della terra²⁷⁴». Tuttavia il diritto alla proprietà privata non viene considerato come assoluto e incondizionato, una sorta di “dogma intoccabile”, ma va subordinato alla destinazione universale dei beni²⁷⁵.

²⁷⁰ *Rerum Novarum*, n. 5.

²⁷¹ *Rerum Novarum*, n. 7.

²⁷² *Rerum Novarum*, n. 8.

²⁷³ *Rerum Novarum*, n. 19. Tale riferimento, è stato criticato come privo di senso storico dal noto moralista DIEZ-ALEGRI J., *La lettura del magistero pontificio in materia sociale alla luce del suo sviluppo storico*, in AA.VV., *Magistero e morale*, Bologna, 1970, pp. 211-256.

²⁷⁴ *Centesimus Annus*, n. 6.

²⁷⁵ «Poiché conosceranno e sentiranno che tutti gli uomini hanno origine di Dio Padre comune conosceranno e sentiranno che i beni di natura e di grazia sono patrimonio comune del genere umano».

L'enciclica, infatti, distingue tra possesso e uso dei beni; altro è il possesso, per il quale è legittima e anzi necessaria la proprietà privata, altro è l'uso. L'originaria destinazione dei beni sulla terra è universale, comune a tutti gli uomini. Dio ha dato la terra a tutto il genere umano perché tutti la usino, ci vivano e possano realizzare la propria vocazione, con un particolare riguardo soprattutto verso i più poveri. E poiché è solo con il possesso e il lavoro che la terra dà i suoi frutti essa riafferma la proprietà privata, che le è tuttavia subordinata come tutti gli altri diritti, i quali servono a favorirne la realizzazione, non a intralciarla. Tuttavia la destinazione universale dei beni e la distinzione tra possesso e uso permettono di leggere la proprietà privata sotto una particolare luce: essa possiede una intrinseca funzione sociale che non spetta solo alla proprietà pubblica ma anche a quella privata che spesso sa rispondere meglio di quella pubblica alle esigenze della proprietà.

Infine, viene esaltato anche lo stato di povertà che è positiva e assume un inestimabile valore se è scelta liberamente; tale concetto è ripreso dai Padri della Chiesa, i quali ricordano che come è povero Cristo, così sono poveri gli apostoli e la Chiesa dovrebbe essere una società di poveri. I Padri della Chiesa in questo campo hanno influenzato l'elaborazione dell'Enciclica, in quanto, la *Rerum Novarum* cita un brano sui doveri dei ricchi, facendo riferimento all'esperienza di vita vissuta da Gregorio Magno (pontefice romano del IV secolo)²⁷⁶.

In conclusione, il diritto di proprietà privata viene sostenuto in vari argomenti, fondamentalmente condensabili in due. Anzitutto la proprietà privata è un diritto naturale legato alla sfera materiale dell'esistenza, diritto alla proprietà di qualcosa di stabile che permetta di provvedere a se stessi e a coloro dei quali siamo responsabili. È per questo che spetta a chi lavora la proprietà del frutto della sua

²⁷⁶ Gregorio, nato nel 540 da una famiglia patrizia di Roma imperiale cede le sue proprietà terriere in Sicilia per la fondazione di numerosi monasteri, e acquisite grandi capacità amministrative nello svolgimento della sua carica civile di *praefectus urbis*, le mette a disposizione dell'opera del riordinamento del patrimonio di San Pietro e riforma così la gestione del patrimonio di tutte le Chiese d'Occidente in modo da rendere i chierici che le amministrano, oltre che testimoni della povertà evangelica, anche difensori e protettori dei lavoratori delle campagne da ogni forma di sopruso pubblico e privato. Prima di Leone XIII, anche Ambrogio dona tutte le sue sostanze ai poveri. Agostino fondeva le suppellettili sacre per sopravvivere agli indigenti. Basilio fonda subito fuori le mura della sua sede episcopale a Casarea la cd. Città Nuova una cittadella di accoglienza per pellegrini, malati, poveri di ogni genere, la quale si presenta come una completa organizzazione assistenziale, Giovanni Crisostomo, nato da una famiglia ricca di Antiochia, rinuncia alla carriera del foro, da cui avrebbe tratto guadagni e onori per dedicarsi alla vita monastica, vissuta nella povertà e nella preghiera. Inoltre dopo aver attaccato la disparità sociale e la cupidigia, pronuncia un discorso contro il lusso implicitamente rivolto contro l'imperatrice Eudossia, la quale è arrivata a sottrarre alla vedova di una condanna una vigna che era l'unica sua fonte di sostentamento. Cfr. GIORDANO F., *I tempi della Rerum Novarum*, op. cit., p. 362.

attività. L'altro è l'argomento personalistico. Quando lavora l'uomo lascia impressa sulle cose un'impronta della sua personalità, del dominio di sé; usa le sue forze e le capacità della sua mente grazie alle quali riesce a "dominare" la terra e a farne la sua dimora. In questo senso la proprietà privata è un modo di riaffermare il primato della persona, il diritto alla propria libertà nei rapporti con le cose.

7.2 Le encicliche successive.

Abbiamo visto presentando la *Rerum Novarum* come Leone XIII sottolinea con forza il carattere naturale del diritto di proprietà privata e che il suo obiettivo è di diffondere il più possibile la proprietà tra i lavoratori (nn. 6, 7, 8)²⁷⁷. Nel 1931, Pio XI, ricorda la grande enciclica di Leone XIII, a quarant'anni di distanza con una nuova Enciclica, detta appunto *Quadragesimo anno* e rivendica con forza l'intervento della Chiesa nella società²⁷⁸.

In quel periodo molti avvenimenti hanno profondamente mutato la realtà economica, sociale e politica in Europa e nel mondo; tra la fine dell'800 e l'inizio del '900 scoppia la prima guerra mondiale a cui è subentrato uno stato di inquietudine sociale e di grandi contrasti nelle masse; vi è stata poi una ripresa che sembra preludere a un nuovo balzo in avanti dei processi di industrializzazione e di democratizzazione. In questo scenario dominano la tecnica e il progresso scientifico, ma vi è anche una fiducia illimitata nelle possibilità di progresso materiale e sociale, ma tutto questo viene radicalmente sconvolto dalla crisi del 1929 e dalla "grande depressione" che la seguì per alcuni anni a cui si aggiunge un dibattito teorico e politico sulla "crisi del capitalismo" ed è stata proprio questa la questione controversa e dai forti aspetti ideologici che viene affrontata nell'Enciclica.

Fatta una breve sintesi del quadro storico in cui si inserisce l'Enciclica, consideriamo ora il suo contenuto. Nell'introduzione Pio XI richiama le sofferenze

²⁷⁷ Un *exkursus* storico sul tema della proprietà privata nella dottrina sociale della Chiesa di veda: AA.VV., *Chiamati a servire il bene comune. Vocazione, cura e impegno civile*, (a cura di) DI BERNARDO M., Roma, 2012, Cap. 6 di FARACE D., *Proprietà privata e bene comune*, pp. 86-96.

²⁷⁸ Egli afferma che: «la Chiesa non vuole né deve, senza giusta causa, inserirsi nella direzione delle cose puramente umane (...) in nessun modo può rinunciare all'ufficio di Dio assegnatole, d'intervenire con la sua autorità, non nelle cose tecniche, per le quali non ha né mezzi adatti, né la missione di trattare, ma tutto ciò che ha attinenza con la morale», in *Lettera Enciclica Quadragesimo anno del SS. Pio XI*, in *Civiltà Cattolica*, 1931, p. 397.

e le tragedie del mondo del lavoro al tempo dell'Enciclica *Rerum Novarum*²⁷⁹ ma L'Enciclica del 1931 porta i segni di un cambiamento e mentre ricorda il documento leonino, ne analizza il messaggio alla luce dei quarant'anni passati. La questione operaia diventa questione sociale, e nello stesso tempo, l'intera società attende l'instaurazione di un ordine sociale internazionale, avviato alla pace sociale, alla convergenza delle parti sociali, verso una economia, più organicamente costituita nella stabilità e nella prospettiva del benessere diffuso.

Per quanto attiene nello specifico il tema della proprietà si riconferma la posizione di Leone XIII sottolineando il duplice carattere, individuale e sociale, della proprietà²⁸⁰. Il Papa afferma, infatti, che chi nega il carattere sociale del diritto di proprietà si espone all'individualismo, mentre chi ne rifiuta il carattere privato cade nel collettivismo ed in ogni caso non dà un diritto illimitato sui beni: «il diritto stesso di proprietà, ovvero l'uso o l'esercizio del dominio, vengono circoscritti dalle necessità della convivenza sociale» (n. 48). Tocca dunque allo Stato vigilare sull'esercizio del diritto di proprietà perché questo non contrasti con le esigenze della comunità «Non aggravare tanto con le tasse [...] Quando poi la pubblica autorità mette così d'accordo i privati domini con le necessità del bene comune, non fa opera ostile ma piuttosto amichevole verso i padroni privati, come quella che in tal modo validamente impedisce che il privato possesso dei beni, voluto dal sapientissimo Autore della natura a sussidio della vita umana, generi danni intollerabili e così vada in rovina; né abolisce i privati possessi, ma li assicura; né indebolisce la proprietà privata, ma la invigorisce²⁸¹». «Non sono neppure abbandonate per intero al capriccio dell'uomo le libere entrate di lui, quelle cioè di cui egli non abbisogna per un tenore di vita conveniente e decorosa; ché anzi la Sacra Scrittura e i Santi Padri chiarissimamente e continuamente denunciano ai ricchi il gravissimo precetto onde sono tenuti, di esercitare l'elemosina, la beneficenza, la liberalità²⁸²».

²⁷⁹ Egli riprende il riferimento alla condizione dei ricchi. *Quadragesimo anno*, n. 3-4, in cui si dice: «classe esigua di numero...essi volevano affidata soltanto alla carità la cura di sovvenire agl'indigenti, come se alla carità corresse l'obbligo di stendere un velo sulla violazione manifesta della giustizia: violazione tollerata non solo, ma talvolta sancita dai legislatori».

²⁸⁰ Dai numeri 44 a 52 della *Quadragesimo anno* ritroviamo le indicazioni del pontefice su questo tema. Vedi: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

²⁸¹ *Quadragesimo anno*, n. 49.

²⁸² *Quadragesimo anno*, n. 50.

Un altro pontefice che tratta del tema della proprietà è Pio XII. Un suo testo pertinente al tema della proprietà si trova nel *Radiomessaggio* del 1° giugno 1941 in occasione del 50° anniversario della *Rerum novarum*²⁸³. C'è un riconoscimento a Leone XIII: quello di aver saputo combattere le ideologie dominanti del suo tempo ed il coraggio di aver posto la Chiesa come vessillo, al di sopra di queste. Qui, in particolare, il Pontefice vuole sviluppare e discutere tre «fondamentali valori» sui quali poggia la vita economica e sociale: la proprietà privata, il lavoro e la famiglia.

Per quanto attiene la proprietà Pio XII ribadisce ciò che ha espresso Leone XIII, ossia, «l'esigenza che i beni, da Dio creati per tutti gli uomini, equamente affluiscano a tutti, secondo i principi della giustizia e della carità». Ogni uomo «ha infatti dalla natura il diritto fondamentale di usare dei beni materiali della terra». Certo «l'ordine naturale, derivante da Dio, richiede anche la proprietà privata, principio necessario, ma tuttavia subordinato allo scopo naturale dei beni materiali²⁸⁴». Viene poi citato un testo della sua Enciclica *Sertum laetitiae*, diretta ai Vescovi degli Stati Uniti dell'America del Nord, in cui si afferma l'inderogabile esigenza «che i beni, da Dio creati per tutti gli uomini, equamente affluiscano a tutti, secondo i principi della giustizia e della carità. Le memorie di ogni età testimoniano che vi sono sempre stati ricchi e poveri; e l'inflessibile condizioni delle cose umane fa prevedere che così sempre sarà²⁸⁵». «Ogni uomo, quale vivente dotato di ragione, ha, infatti, dalla natura il diritto fondamentale di usare dei beni materiali della terra, pur essendo lasciato alla volontà umana e alle forme giuridiche dei popoli di regolarne più particolarmente la pratica attuazione. Tale diritto individuale non può essere in nessun modo soppresso, neppure da altri diritti certi e pacifici sui beni materiali. Senza dubbio l'ordine naturale, derivante da Dio, richiede anche la proprietà privata e il libero reciproco commercio dei beni con scambi e donazioni, come pure la funzione regolatrice del potere pubblico su entrambi questi istituti. Tutto ciò, nondimeno, rimane subordinato allo scopo naturale dei beni materiali e non potrebbe rendersi indipendente dal diritto primo e fondamentale, che a tutti ne concede l'uso». Le norme dello Stato devono tutelare

²⁸³ Vedi in: https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1941/documents/hf_p-xii_spe_19410601_radiomessage-pentecost.htm. Pio XII afferma: «L'Enciclica *Rerum novarum* esprime sulla proprietà e sul sostentamento dell'uomo principi, i quali, col tempo, nulla hanno perduto del nativo loro vigore e oggi, dopo cinquant'anni, conservano ancora e approfondono vivificante la loro intima fecondità».

²⁸⁴ Vedi nn. 7-10.

²⁸⁵ Si cita il n. 34 della *Sertum laetitiae*.

sia «il diritto originario sull'uso dei beni materiali che spetta a ogni uomo, sia il diritto - secondo, ma fondamentale - alla proprietà privata». Quando lo Stato travolge i diritti della persona umana (compreso il diritto di proprietà) mostra di male interpretare - per eccesso - la nozione di bene comune e di «cadere nell'errore di affermare che scopo dell'uomo sulla terra è la società» (mentre la società è mezzo e non fine). Non si tratta, dunque, né di abolire la proprietà privata, né di essere soddisfatti della sua scarsa diffusione e afferma che la ricchezza delle nazioni non consiste nell'abbondanza dei beni, ma nella giusta distribuzione di questi²⁸⁶.

Per ciò che attiene al tema della proprietà nel Radiomessaggio di natale del 24 Dicembre del 1942²⁸⁷, dice che: «difendendo il principio della proprietà privata la Chiesa persegue un altro fine etico-sociale. Essa non intende già di sostenere puramente e semplicemente il presente stato di cose, come se vi vedesse l'espressione della volontà divina, né di proteggere per principio il ricco contro il povero e non abbiente (...). Mira piuttosto a far sì che l'istituto della proprietà privata sia quale deve essere secondo il disegno della Sapienza divina e le disposizioni della natura». Per Pio XII, «Ogni uomo, quale vivente dotato di ragione, ha infatti dalla natura il diritto fondamentale di usare dei beni materiali della terra²⁸⁸» e la dignità della persona umana esige: «l'obbligo fondamentale di accordare una proprietà privata, possibilmente a tutti (...) e attuare la conservazione e il perfezionamento di un ordine sociale, che renda possibile una sicura, seppure modesta proprietà a tutti i ceti del popolo».

In ogni caso il diritto di proprietà trova un limite della destinazione universale dei beni. Ciò è chiaro nelle Encicliche successive, ed in particolare nella *Populorum Progressio*, in cui Paolo VI precisa che: «tutti gli altri diritti, di qualunque genere, ivi compresi quelli della proprietà e del libero commercio sono subordinati alla destinazione universale dei beni²⁸⁹» (n. 22). Giovanni Paolo II è

²⁸⁶ «La ricchezza economica di un popolo non consiste propriamente nell'abbondanza dei beni, misurata secondo un computo puro e pretto materiale del loro valore, bensì in ciò che tale abbondanza rappresenti e porga realmente ed efficacemente la base materiale bastevole al debito sviluppo personale dei suoi membri».

²⁸⁷ Vedi in: https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421224_radiomessage-christmas.html.

²⁸⁸ MELLONI C., *Destinazione Universale dei beni*, in *Aggiornamenti Sociali*, pp. 164-168.

²⁸⁹ Nell'Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium* Papa Francesco nel 2013, parla esplicitamente di: «idolatria del denaro che viene pacificamente accettata e la cui brama del potere e dell'aver non conosce limiti (...). In questo sistema, che tende a fagocitare tutto al fine di accrescere i benefici, qualunque cosa che sia fragile, come l'ambiente, rimane indifesa, rispetto agli interessi del mercato divinizzato, trasformati in regola assoluta».

altrettanto esplicito: «La tradizione cristiana non ha mai sostenuto questo diritto [di proprietà] come un qualcosa di assoluto e intoccabile. Al contrario, essa lo ha sempre inteso nel più vasto contesto del comune diritto di tutti a usare i beni dell'intera creazione: il diritto della proprietà privata come subordinato al diritto all'uso comune, alla destinazione universale dei beni» (*Laborem Exercens*, n. 14). Nella *Sollicitudo Rei Socialis*, n. 42, egli riprende l'immagine di una «ipoteca sociale» che grava sulla proprietà privata, usata per la prima volta nel 1979 in un discorso in Messico.

Se la destinazione universale dei beni limita e inquadra il diritto di proprietà, non si deve pensare che siano per forza in conflitto. Piuttosto, si sostengono l'un l'altro. Così, secondo Pio XII, citato da Giovanni XXIII in *Mater et Magistra*, n. 101, anche il diritto di proprietà dovrebbe diventare universale perché sia rispettato il «diritto all'uso dei beni della terra», che si traduce nell'«obbligo fondamentale di accordare una proprietà privata possibilmente a tutti»²⁹⁰.

Gli altri documenti della dottrina sociale della chiesa che trattano del tema della proprietà sono la *Gaudium et spes*, *Laborem exercens* di Giovanni Paolo II. Egli poco prima della sua morte, a proposito dei frutti del progresso scientifico e tecnico afferma che: «Il bene della pace va visto oggi in stretta relazione con i nuovi beni, che provengono dalla conoscenza scientifica e dal progresso tecnologico. Anche questi, in applicazione del principio della destinazione universale dei beni della terra, vanno posti a servizio dei bisogni primari dell'uomo» (*Messaggio per la Giornata mondiale della pace 2005*, n. 7)²⁹¹.

²⁹⁰ Per Giovanni XXIII è importante che la funzione sociale della proprietà non venga presentata come un gravame imposto da un principio esterno, poiché essa «scaturisce dalla stessa natura del diritto di proprietà» (n. 108) e dunque fa parte della sua definizione. Il principio della destinazione universale dei beni è invece al centro dell'argomentazione sviluppata nel 1997 dal Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace nel documento intitolato *Per una migliore distribuzione della terra. La sfida della riforma agraria*. Dopo aver descritto la situazione dei latifondi nei suoi diversi aspetti, esso fa riferimento al Concilio Vaticano II per dichiarare: «Per la dottrina sociale, il processo di concentrazione della proprietà della terra è considerato come uno scandalo poiché si oppone nettamente alla volontà e al disegno salvifico di Dio, nella misura in cui nega a una grandissima parte dell'umanità il beneficio dei frutti della terra» (n. 27). Giovanni XXIII, nella *Mater et magistra*, sottolinea il carattere sociale intrinsecamente connesso al diritto di proprietà privata (Cfr. n. 126), riafferma l'esigenza di una sua «effettiva diffusione tra tutte le classi sociali» (n. 118) e non esclude «che anche lo Stato e gli altri Enti pubblici possano legittimamente possedere in proprietà beni strumentali» (n. 121).

²⁹¹ Questa declinazione del principio potrà illuminare il dibattito sui «beni comuni» (*global commons*), la cui definizione è materia di controversie in seno alle istituzioni nazionali e internazionali. I cristiani si impegneranno a far prevalere una loro comprensione ampia.

Inoltre, la presa di coscienza da parte della Chiesa dell'importanza etica delle sfide ambientali che si rinviene nel cap. IV dell'enciclica *Caritas in veritate*, in cui Benedetto XVI, esprime in maniera diversa la convinzione che quando affermiamo che Dio ha destinato i beni della creazione a tutti gli uomini, bisogna includere anche le generazioni future (Cfr. n. 48) e amplia così l'orizzonte temporale dell'universalità della destinazione dei beni che rappresenta un passaggio fondamentale per l'approfondimento etico del concetto di sostenibilità (Cfr. n. 50).

7.3. Il dialogo tra dottrina sociale della Chiesa e Costituzione: gli echi del Codice di Camaldoli nel dibattito in Assemblea Costituente.

Le indicazioni e i principi morali ed etici rinvenibili nei documenti religiosi appena richiamati sono rinvenibili nella carta costituzionale.

Tale affermazione non vuole essere una dimostrazione del carattere religioso della carta ma vuole indicare una delle vie di ricerca delle radici (quella cristiana) dalle quali l'atto fondamentale trae origine e sulla quale si fonda la Repubblica.

In questo paragrafo tenteremo di individuare in quali termini la matrice cattolica in seno all'Assemblea Costituente abbia influenzato l'elaborazione delle norme della Carta fondamentale.

Proprio il dibattito Costituente, ha dimostrato come principi religiosi e laici, espressi dalle personalità che hanno dato vita alla Costituzione, abbiano saputo convivere e trovare una sistemazione organizzata all'interno dell'Atto Fondamentale del nostro Paese. Si dimostrerà, quindi, il valore di elementi straordinari, come il Codice di Camaldoli, che ha influito sulle elaborazioni delle disposizioni della nostra carta fondamentale²⁹².

Si evidenzierà così il collegamento che sussiste tra l'art. 42 Cost. e la tradizione del Cristianesimo²⁹³.

²⁹² Sussiste molta bibliografia sul tema, tra la quale i testi di: ROSSINI G., *Democrazia Cristiana e Costituente*, Roma, 1980; CASELLA M., *Cattolici e Costituzione*, Napoli 1987; AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*, Roma, 1997 e, da ultimo, GARANCINI G., *I cattolici e la Costituzione. Segni di una storia di diritti*, Cinisello Balsamo, 2005.

²⁹³ Si veda RUFFILI R., *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente. L'area liberal – democratica. Il mondo cattolico e la democrazia cristiana*, Bologna, 1979; MELLONI A., *La ricerca costituente (1945-1952)*, Bologna, 1994; MALGERI F., *I cattolici italiani e la Costituzione*, Bologna, 1997; CAMPANINI G., *"Dal Codice di Camaldoli alla Costituzione. I cattolici e la rinascita della democrazia"*, in, *Aggiornamenti sociali*, n. 57/2006, pp. 399 e ss..

Con specifico riferimento ai temi dell'economia, le riflessioni del movimento cattolico negli anni precedenti all'elaborazione costituzionale, si concentrano sulla giustizia sociale²⁹⁴ da raggiungere attraverso il diritto al lavoro equamente retribuito e quindi attraverso un giusto salario, inteso sia dal punto di vista di tutela della famiglia che da quello della equa partecipazione ai risultati economici della produzione, nonché nell'istruzione aperta a tutti, nel diritto alla disponibilità di un'abitazione familiare, nelle forme assicurative, previdenziali, assistenziali corrispondenti ai bisogni ed organizzate nell'interesse delle classi lavoratrici e nella partecipazione effettiva di tutte le classi alla vita economica, sociale e politica.

In tale contesto, un documento che rappresenta plasticamente lo sviluppo del movimento cattolico nell'Italia post fascista è il testo *“Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un Gruppo di studiosi amici di Camaldoli”*, meglio noto ora come Codice di Camaldoli²⁹⁵. La sua eco, come vedremo nel Capitolo 3, si sente soprattutto nei lavori della III Sottocommissione che si occupa dei rapporti economici, costituendo il testo base sul quale si sono orientati i democratici cristiani per la stesura delle norme costituzionali.

Nel 1943, infatti, un gruppo di giovani cattolici si riuniva nel Cenobio di Camaldoli²⁹⁶ con l'obiettivo di «scegliere nella ricca miniera della dottrina che è

²⁹⁴ Parla dell'individuazione delle cd. “mete della giustizia sociale” SARACENO P., *Mete della giustizia sociale: monopoli privati e monopoli sociali nella moderna organizzazione industriale*, in *Studium*, n. 5/1944, pp. 103-111.

²⁹⁵ Il documento è elaborato fra il 1943 e il 1945 e pubblicato soltanto a guerra finita, nel 1945, da *Studium*, cioè dall'editrice romana del Movimento Laureati di Azione Cattolica. Usando le parole di TAVIANI P.E., *La svolta di Camaldoli*, in *Civitas*, n. 4/1988, p. 3 esso è emblema del: «momento del definitivo passaggio dalle concezioni e dalle impostazioni della scuola sociale cristiana della fine Ottocento e dei primi del Novecento a quelle ben più realistiche, che tengono conto del mutamento verificatosi con la rivoluzione industriale nell'economia in particolare e, in genere, in ogni aspetto della vita pubblica e privata. L'obiettivo degli estensori del Codice, infatti, era quello di «storicizzare» la dottrina sociale cattolica, guardando con coraggio dentro il magistero, storicizzarne le affermazioni, attribuirgli il loro esatto significato di grandi affermazioni di principio; e allora si sarebbe senza scandalo rilevato che il pensiero espresso nei documenti ufficiali non è spesso esauriente nel senso tecnico-dottrinale; è suscettibile di interpretazioni difformi; si presta a sviluppi tanto necessari quanto divergenti; accenna a problemi la cui soluzione, di estrema importanza pratica, è lasciata ai cosiddetti tecnici e talora anche al semplice buon senso comune».

²⁹⁶ AA.VV., *Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli*, Roma, 1945. Al riguardo, deve rilevarsi che il Codice non rappresentò un momento isolato di riflessione da parte di un gruppo ristretto di giovani intellettuali, ma si inserì nel solco dei documenti elaborati dai cattolici all'indomani della caduta del regime fascista: dalle *Idee ricostruttive della Democrazia Cristiana* di De Gasperi ai documenti del Movimento guelfo d'azione di Piero Malvestiti, ai numerosi programmi elaborati dai cattolici durante la Resistenza (primo fra tutti il «Manifesto» del «Movimento democratico cristiano» redatto nel marzo del 1945, alla vigilia della liberazione, dal giovane Dossetti).

contenuta nel Magistero della Chiesa le enunciazioni che più si attagliano alle concrete situazioni storiche, alle necessità contingenti, alle esigenze psicologiche del momento e di mettere a contatto tali enunciazioni con tutta la complessa problematica che si presenta in concreto a chi consideri oggi la vita economica e sociali ²⁹⁷».

La struttura del Codice comprendeva una parte centrale (un'introduzione dal titolo *Premessa sul fondamento spirituale della vita sociale* in cui si ribadiva la centralità della persona umana) e sette nuclei tematici che includevano i grandi temi su cui si doveva fondare una Costituzione di un paese democratico: lo stato, la famiglia, il lavoro, la destinazione e la proprietà dei beni materiali, la loro produzione e il loro scambio, l'attività economica pubblica, la vita internazionale.

Con riferimento alla parte dedicata alla vita economica, il Codice enunciava vari principi tra cui, per il tema che qui interessa: 1) la dignità della persona umana, la quale esige una bene ordinata libertà del singolo anche in campo economico; 2) l'uguaglianza dei diritti di carattere personale, nonostante le profonde differenze individuali, provenienti dal diverso grado di intelligenza, di abilità, di forze fisiche ecc.; 3) la solidarietà, cioè il dovere della collaborazione anche nel campo economico per il raggiungimento del fine comune della società; 4) la destinazione primaria dei beni materiali a vantaggio di tutti gli uomini; 5) la possibilità di appropriazione nei diversi modi legittimi, fra i quali è preminente il lavoro; 6) il libero commercio dei beni nel rispetto della giustizia commutativa; 7) il rispetto delle esigenze della giustizia commutativa nella remunerazione del lavoro; 8) il rispetto della esigenza della giustizia distributiva e legale nell'intervento dello Stato²⁹⁸.

Date tali premesse è possibile stabilire che sono diversi gli articoli della Parte della Costituzione (relativa ai rapporti economici) che recano il segno dell'influenza del documento menzionato e il diritto di proprietà non fa eccezione.

²⁹⁷ I principali redattori del Codice furono: Giuseppe Capograssi, Ludovico Montini, Gesualdo Nosengo, Sergio Paronetto, Pasquale Saraceno ed Ezio Vanoni. Essi si avvalsero della competenza e della consulenza di due teologi: mons. Emilio Guano, vice assistente del Movimento Laureati di Azione Cattolica, e P. Ulpiano López, gesuita e docente presso l'Università Gregoriana di Roma. I lavori furono seguiti da mons. Bernareggi, vescovo di Bergamo e assistente generale del Movimento Laureati e da mons. Montini, già assistente della FUCI e sostituto presso la Segreteria di Stato della Santa Sede

²⁹⁸ Per una lettura sistematica del Codice di Camaldoli si faccia riferimento al sito web: http://giuseppicapograssi.files.wordpress.com/2012/12/codice_di_camaldoli1.pdf

Le norme di riferimento del Codice di Camaldoli in tema di proprietà sono:
l'art. 61²⁹⁹ sulla proprietà della casa, dell'art. 72 sulla proprietà privata e proprietà

²⁹⁹ Art. 61 del Codice di Camaldoli (La casa, elemento di difesa e di sviluppo della personalità del lavoratore): «La disponibilità da parte del lavoratore di una casa nella quale egli possa vedere degnamente alloggiata la propria famiglia e adempiere adeguatamente al suo compito di capo e di educatore della società familiare e alla quale si senta attratto oltre che dal legame familiare e dalla prospettiva di un sano riposo, anche dalla possibilità di sviluppare la propria naturale operosità in occupazioni alle quali egli sia particolarmente portato, costituisce il mezzo più efficace per tutelare e potenziare la personalità del lavoratore; che l'organizzazione produttiva moderna talvolta mortifica nei propri vincoli livellatori (...)».

collettiva³⁰⁰, l'art. 73 sulla funzione sociale della proprietà³⁰¹, l'art. 77 sulla proprietà della terra³⁰², l'art. 83 sulla trasmissione ereditaria dei beni³⁰³.

³⁰⁰ Articolo 72 del *Codice di Camaldoli*: «I beni materiali, la cui destinazione primaria è chiarita nell'articolo precedente, sono legati per natura all'uomo da due specie di rapporti: a) la proprietà privata, spettante ad una persona fisica, a una famiglia, ad una società volontaria di individui aventi fini privati; b) la proprietà collettiva, spettante allo stato e a persone etico-giuridiche distinte dai privati e aventi finalità generali e durature o di utilità pubblica, quali le comunità intermedie tra l'individuo e lo stato, le università di diritti e di persone, le associazioni professionali e di categoria e simili».

³⁰¹ Art. 73 del Codice di Camaldoli: «poiché la radice stessa della società è costituita dall'uomo come tale, primo soggetto del diritto originario di appropriazione dei beni materiali è la persona singola, che fa propri i risultati del suo lavoro. Tale primato della proprietà privata rispetto alla collettiva deriva inoltre dal fatto che la cura e la responsabilità dell'esistenza, della libertà e del benessere dei membri della società spetta anzitutto alle singole persone e trova il suo principale fondamento nella possibilità di consolidare nel tempo i frutti del lavoro personale. Il diritto di proprietà privata che ne deriva comporta la facoltà di trasferimento ad altro soggetto. Esso trova i suoi limiti naturali nell'eguale diritto di tutti gli uomini e nel dovere di ciascuno di promuovere la giustizia sociale evitando di escludere altri dalla partecipazione ai beni comuni. La proprietà privata così intesa ha pertanto per sua natura un duplice aspetto: personale e sociale. Personale, in quanto costituisce un presidio al libero manifestarsi della persona e della famiglia, e un incentivo allo sviluppo delle facoltà individuali. Sociale, in quanto, contribuendo a stimolare la naturale operosità dell'uomo, favorisce lo sviluppo nello sfruttamento e nella utilizzazione dei beni materiali posti da Dio a disposizione di tutti gli uomini. Le norme giuridiche positive regolanti la proprietà privata debbono tendere non solo a definire e tutelare il diritto dei singoli, ma anche ad assicurare l'adempimento della funzione sociale spettante ai proprietari. Esse possono accordare un uso più o meno circoscritto a seconda delle condizioni ambientali e storiche, a seconda della natura e quantità dei beni che ne sono oggetto e a seconda della persona fisica o giuridica titolare del diritto di proprietà. Norme giuridiche che negassero qualsiasi riconoscimento del diritto di proprietà privata dei beni sarebbero in contrasto colla legge naturale».

³⁰² Art. 77 del Codice di Camaldoli sulla produzione agraria: «L'esistenza e il permanere della piccola impresa agraria familiare condotta dal proprietario del suolo oppure da un affittuario o da un mezzadro, mentre costituisce una forma di produzione rispondente tanto alle esigenze della persona quanto a quelle del bene comune, non contrasta necessariamente con il progresso della tecnica agricola. Infatti quando tali forme di organizzazione della produzione siano assistite da efficienti forme di cooperazione tra i piccoli produttori e siano dedicati mezzi sufficienti all'istruzione professionale esse possono sostenere, a differenza di quanto generalmente accade per la produzione industriale, la concorrenza delle imprese capitalistiche. Ciò sia perché il piccolo imprenditore si dedica a produzioni che richiedono lavoro assiduo, diligente, interessato, sia perché la piccola impresa agricola può in generale superare più facilmente i punti morti delle crisi economiche. La piccola azienda agraria rappresenta quindi oltre che il campo di applicazione di forme tra le più nobili e complete del lavoro umano anche un elemento di stabilità sociale e un organismo tecnico ed economico efficiente: là dove essa può tecnicamente realizzarsi senza diminuire sensibilmente il rendimento della produzione ne ostacolare il progresso agrario, la piccola impresa agraria va tutelata e promossa, e se occorre imposta dalla autorità, sia pure con la gradualità comportata dalle esigenze tecniche di una trasformazione agraria; e ciò specialmente per conseguire la forma più alta rappresentata dalla piccola proprietà coltivatrice che meglio soddisfa le esigenze della persona umana (...)».

³⁰³ Articolo 83 del Codice di Camaldoli: «Dal diritto che ha l'uomo di far propri nel tempo i frutti del suo lavoro e dalla naturale solidarietà che lo lega alla comunità familiare, deriva il diritto di trasmissione ereditaria e di donazione, il quale altro non è, pertanto, che un particolare aspetto del diritto di proprietà. In relazione al fatto che l'uomo ha interessi limitati nel tempo e che, d'altra parte, occorre evitare che la possibilità di ricevere intatto il patrimonio accumulato con il lavoro altrui renda meno sentito, specie in chi già dispone di mezzi materiali, il dovere di assumere la responsabilità di un lavoro, risponde a giustizia che i beni di proprietà privata siano trasmissibili ad altri solo con limitazioni determinate dalla legge (...)».

Questi articoli del Codice di Camaldoli, come vedremo nel Capitolo 3, riecheggiano nella relazione che l'On. Taviani tiene in seno alla III Sottocommissione in riferimento al diritto di proprietà. Basti qui anticipare che la sua relazione si concentra su due punti essenziali: l'anti-individualismo del diritto di proprietà e la concezione della proprietà come garanzia di libertà e strumento di promozione della dignità di ciascuna persona.

Giova qui ricordare che la relazione contiene un'attenta ricostruzione della nozione di funzione sociale, la quale veniva ricondotta "*all'ordine naturale dell'economia*", che non sanciva "*soltanto il diritto di appropriazione privata, ma il diritto di tutti all'uso comune dei beni*". Nella visione di Taviani, infatti, la proprietà privata assume una duplice funzione: personale e sociale. Personale, in quanto a fondamento di essa sta l'esigenza di garantire la libertà e l'affermazione della persona; sociale, in quanto l'affermazione della persona umana non è concepibile al di fuori della società, in quanto è primaria la destinazione dei beni materiali a vantaggio di tutti gli uomini.

In ordine al diritto di trasmissione ereditaria, Taviani propone la sua tutela costituzionale, demandando alla legge la disciplina della successione nell'ambito della famiglia e di quella testamentaria nonché la determinazione della parte delle eredità da prelevarsi dallo Stato. L'obiettivo più significativo del disegno da lui tracciato era la facilitazione del più largo e generale accesso alla proprietà, soprattutto dei beni primari per garantire l'essenziale spazio di autonomia alla persona: la terra e la casa³⁰⁴.

³⁰⁴ Egli propone tale formulazione: «La Repubblica ha il diritto di controllare la ripartizione e l'utilizzazione del suolo, intervenendo al fine di svilupparne e potenziarne il rendimento nell'interesse di tutto il popolo; al fine di assicurare ad ogni famiglia una abitazione sana e indipendente; al fine di garantire ad ognuno – che ne abbia la capacità ed i mezzi – la possibilità di accedere alla proprietà della terra che coltiva. A questi scopi la Repubblica impedirà l'esistenza e la formazione di grandi proprietà fondiari. Il limite massimo della proprietà fondiaria privata sarà fissato dalla legge». Il riferimento è alla *Rerum novarum*, n. 7, "*La terra, per altro, sebbene divisa tra i privati, resta nondimeno a servizio e beneficio di tutti, non essendovi uomo al mondo che non riceva alimento da essi*" e n. 19, "*Ma se inoltre si domandi quale debba essere l'uso di tali beni, la Chiesa per bocca del santo Dottore [San Tommaso] non esita a rispondere che, per questo rispetto, l'uomo non deve possedere i beni esterni come propri, bensì come comuni, in modo che facilmente li comunichi all'altrui necessità. (...) Nessuno, Certo, è tenuto a soccorrere gli altri con le cose necessarie a sé e ai suoi, anzi neppure con ciò che è necessario alla convivenza e al decoro del proprio stato, perché nessuno deve vivere in modo non conveniente. Ma soddisfatte le necessità e la convenienza è dovere soccorrere col superfluo i bisognosi*".

In conclusione egli ritiene che occorra passare dall'individualismo proprietario alla responsabilità sociale della proprietà, rafforzandone il suo valore d'uso rispetto agli interessi meramente egoistici dei singoli.

8. Conclusioni.

Il metodo di far dialogare dottrina sociale della Chiesa³⁰⁵ e categorie costituzionali è stato utilizzato dagli studiosi di diritto³⁰⁶ con riguardo a diverse tematiche; l'insegnamento sociale cattolico, infatti, può essere colto dagli studiosi di fenomeni sociali da un molteplice punto di vista: quale fonte d'ispirazione e di prospettazione di valori metapositivi, da un lato, quale oggetto d'indagine, dall'altro³⁰⁷.

Sotto il primo profilo la dottrina sociale della Chiesa e Costituzione sono considerati due riferimenti fondamentali per il tema del diritto di proprietà: due capisaldi, per il nostro percorso di ricerca, che non appaiono in competizione tra loro e che per molti versi risultano suscettibili di essere integrati ed armonizzati.

Infatti, come approfondiremo meglio nel capitolo 3, riteniamo che nei due testi sia difficile trovare indissolubili elementi di contrasto. Il testo Costituzionale è stato elaborato anche da costituenti cattolici che si sono rifatti e hanno colto le indicazioni del magistero cattolico sino ad allora elaborato e soprattutto perché nel '900 si è realizzata nei sistemi democratici occidentali, dopo i drammatici conflitti

³⁰⁵ VIPIANA P., *Il principio di sussidiarietà verticale*, Milano, 2002, p. 2. In ordine al concetto "dottrina sociale della Chiesa", si è rilevato che esso significa "magistero", "insegnamento", e consiste in un patrimonio di idee, di concetti, di riflessioni accumulati nel corso della storia e organizzati in sistema grazie al prestigio intellettuale di uomini di cultura, di filosofi, di teologi. Riprendendo le parole di Papa Giovanni Paolo II: "La dottrina sociale della Chiesa trova la sua sorgente nella sacra scrittura a cominciare dal libro della Genesi e in particolare, nel Vangelo e negli scritti apostolici. Essa appartiene fin dall'inizio all'insegnamento della chiesa stessa, alla sua concezione dell'uomo e della vita sociale e, specialmente, alla morale sociale secondo le necessità delle varie epoche" (*Laborem Exercens*, n. 3). In questo senso, Cfr. VECCHIO G., *La dottrina sociale della Chiesa*, In Dialogo cooperativa culturale, Milano, 1992, pp. 17-19).

³⁰⁶ DE MARTIN G.C., *Costituzione e "dottrina sociale della Chiesa": due capisaldi per l'impegno politico dei laici cristiani*, (seminario di Argomenti 2000, Todi 26 Febbraio 2001). L'Autore consolida giuridicamente la prospettiva dei rapporti tra dottrina sociale della chiesa e Costituzione, soprattutto per la prospettiva personalista che il costituente ebbe nel 1947. DONATI P. – COLOZZI I., *La sussidiarietà che cos'è e come funziona*, Roma, 2005; MENGONI L., (a cura di) NAPOLI M., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004; PIZZOLATO F., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; SALE G., *Vaticano e Costituzione*, Roma, 2008.

³⁰⁷ MENGONI L., (a cura di) NAPOLI M., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, op. cit., p. 7.

della guerra, «una felice sintesi tra costituzionalismo liberale e personalismo cristiano³⁰⁸».

Tale assunto è avallato dal fatto che se si raffrontano i principi e le linee guida espresse in sede costituente è possibile rinvenire l'insegnamento del magistero sociale, tant'è che talvolta nei due testi gli stessi principi sono espressi con le stesse parole. In questo senso, pensiamo ai riferimenti della centralità della persona umana, al valore delle formazioni sociali a partire dalla famiglia, al riconoscimento della dignità e della libertà degli individui, all'inviolabilità dei diritti umani, al valore del lavoro, al senso delle autonomie territoriali, al significato dell'uguaglianza formale e sostanziale, alle implicazioni sulla sussidiarietà.

Fatte tali premesse, per quanto attiene nello specifico il tema della proprietà, è necessario tenere in adeguata considerazione la variabilità storica della materia proprietaria (anche in relazione ai beni), atteso che più di ogni altro istituto la proprietà è stata interessata da una profonda evoluzione e oggetto di un dibattito culturale vivace, contrassegnato da argomentazioni ricche di suggestioni ideologiche, politiche e sociali³⁰⁹.

Grazie a pensiero sociale cristiano, rappresentato dalle encicliche sociali della Chiesa, durante la rivoluzione industriale, emergeva l'idea che lo Stato dovesse intervenire nell'attività economica dei privati per conciliare i loro interessi con quelli della collettività e per controllarne il corretto esercizio.

In particolare, il magistero sociale negli anni antecedenti alla formulazione della Costituzione, sembra aver avuto un'importanza decisiva in quella che potremo definire la *pars destruens* del sistema proprietario come concepito sino ad allora. Si tratta, infatti, di un diritto concepito fino ad allora come assoluto e individuale, disinteressato della collettività. In tale contesto gli insegnamenti del Magistero forniscono importanti indicazioni per demolire le teorie tradizionali individualistico-liberiste della proprietà, insite nel pensiero ottocentesco.

Così, attraverso la lettura dei principali testi pontifici, dalla *Rerum Novarum* a tutte le encicliche sopra citate comprendere che al diritto di proprietà

³⁰⁸ La citazione è di BARBERA A., in AMATO C., *I beni comuni. Una questione di paradigma r(el)azionale*, Roma, 2014, p. 59.

³⁰⁹ L'evoluzione che ha accompagnato l'istituto nel tempo è assai ampia ed non è quindi possibile trattarla in maniera compiuta in questa sede, altrimenti si rischierebbe di superare l'ambito della trattazione. Si rinvia, pertanto, ad alcune tra le più importanti opere dedicate dalla dottrina alla storia dell'istituto proprietario CAPOGRASSI G., *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1952; GROSSI P., *Proprietà (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988.

privata si è affiancato l'elemento sociale con la finalità di attuare la piena realizzazione del singolo e di migliorare la società nel suo complesso.³¹⁰.

In tal senso le indicazioni della Chiesa, espresse attraverso i documenti religiosi, confluiscono nel pensiero dei democratici cristiani presenti in Assemblea Costituente per la formulazione degli articoli dedicati alla proprietà.

CAPITOLO 3

PROPRIETA' E COSTITUZIONE

³¹⁰ Voce *Proprietà* in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Centro di ricerche per lo studio della dottrina sociale della Chiesa, Milano, 2004, pp. 523-527.

Sommario: 1. Introduzione - 2. Cenni sull'evoluzione storica del diritto di proprietà nel diritto positivo - 3. La proprietà nel dibattito interno all'Assemblea Costituente. Il compromesso costituzionale – 3.1 I lavori preparatori in seno alla I Sottocommissione - 3.2 I lavori preparatori all'interno della III Sottocommissione. Il dibattito sul modello proprietario - 3.3 Dai lavori preparatori all'interno della III Sottocommissione alla formulazione dell'art. 42 Cost. - 4. Proprietà e riserva di legge - 5. Proprietà privata e funzione sociale. Un'introduzione - 5.1 La funzione sociale della proprietà privata nello sviluppo dello Stato Sociale. Cenni storici – 5.2 Il dibattito attuale sulla funzione sociale – 5.3 Funzione sociale della proprietà privata e il dato positivo - 5.4 Funzione sociale della proprietà privata nei lavori dell'Assemblea Costituente – 5.5 Funzione sociale della proprietà privata: tentativi definitivi - 5.6 Le nuove frontiere della funzione sociale della proprietà privata - 6. L'accessibilità a tutti del diritto di proprietà. Il diritto “alla” proprietà - 7. Proprietà pubblica: i lavori preparatori all'Assemblea Costituente.

1. Introduzione.

L'obiettivo di questo capitolo è quello di sviluppare una ricostruzione della disciplina costituzionale relativa al diritto di proprietà, quale diritto economico, nella prospettiva costituzionalistica³¹¹.

³¹¹ La bibliografia sul tema del diritto di proprietà è sterminata. Per limitarci ai temi più vicini all'oggetto del nostro studio si veda: PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, al quale si deve la teorizzazione sistematica della “pluralità” dei tipi di proprietà; RODOTA' S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1960; NATOLI U., *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà ex art. 42 Cost.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969; SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977; ALPA G.-BESSONE M., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Padova, 1980; MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988; RESCIGNO P., voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988; SCOZZAFAVA O.T., *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1992; GAMBARO A., *La proprietà privata del sistema della legalità costituzionale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1995; PERLINGERI P., *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997; GALGANO F., *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 1999; MACARIO F., *Art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino, 2006; CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010; SALVI C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 2011; per quanto concerne le opere dei costituzionalisti si è fatto riferimento a: MOTZO G.-PIRAS A., *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. Cost.*, 1959; LUCIANI M., *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. Cost.* 1977; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984; ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) AMATO G.-BARBERA A., Bologna, 1984; MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986; SANDULLI A.M., *I limiti della proprietà privata nella*

La proprietà è posta all'interno della cd. 'Costituzione economica'³¹² e non tra quei principi fondamentali ai quali deve uniformarsi l'intero ordinamento costituzionale. È proprio da tale collocazione, nella parte dei rapporti economici che, come vedremo, incrina e rompe il monolite della proprietà privata come diritto assoluto.

In primo luogo, verranno presi in considerazione i lavori della Assemblea Costituente (della I e della III Sottocommissione) nell'elaborazione del diritto di proprietà, verificando l'influenza che il pensiero cattolico, ha avuto all'interno dell'elaborazione del dettato costituzionale.

In seguito, si cercherà di rappresentare la dimensione della proprietà privata in ambito italiano attraverso l'inquadramento dell'istituto all'interno del dettato costituzionale, mettendo in risalto le disposizioni previste dai singoli commi. Si tratterà della riserva di legge, dell'accessibilità, della funzione sociale della proprietà e della proprietà pubblica.

Nel primo paragrafo si darà brevemente conto dell'evoluzione del diritto antecedente alla formula elaborata in Costituzione e del passaggio che lo ha visto mutare da diritto naturale a diritto positivo.

2. Cenni sull'evoluzione storica del diritto di proprietà nel diritto positivo.

giurisprudenza costituzionale, in ID., *Scritti giuridici, Diritto costituzionale*, Napoli, 1990; BALDASSARE A., voce *Proprietà* (diritto costituzionale), in *Enc. Giur.*, Roma, 1991; PALADIN L., *Diritto Costituzionale*, Padova, 1991; ROLLA G., *Manuale di diritto pubblico*, Torino, 2000; MOSCARINI A., *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in *I diritti costituzionali*, (a cura di) NANIA R.- RIDOLA P., Torino, 2001; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003; LUCARELLI A., *Art. 43*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M., Torino, 2006; MADDALENA P., *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, intervento all'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese sul tema "Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale", Lisbona, 8-10 ottobre 2009, ora in www.cortecostituzionale.it; VIGNUDELLI A., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010; BIN R.-PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2013.

³¹²LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, Torino, 1991, p. 375; LUCIANI M., *Brevi cenni sulla c.d. "Costituzione economica" europea e sul suo rapporto con la Costituzione Italiana*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Ue*, (a cura di) PANUNZIO S.-SCISO E., Milano, 2002.

In questo paragrafo si ripercorrerà per cenni l'evoluzione che ha vissuto l'istituto nel diritto positivo sino alla sua elaborazione in seno alla Carta Fondamentale italiana³¹³.

Il concetto di proprietà assume un ruolo centrale nel nostro ordinamento e ricorre fin dalle esperienze giuridiche più remote, ossia, dai tempi in cui veniva riassunto dai romani come potere di usare e consumare la cosa entro i limiti consentiti dal diritto (*dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*).

Nel diritto comune la proprietà mantiene la sua unità concettuale, ciò nonostante le particolari esigenze di un'economia di tipo feudale avessero dato luogo alle diverse situazioni giuridiche reali create in relazione alle utilità della *res*. Tale concezione della proprietà viene conservata ed, anzi, accentuata dalla scuola giusnaturalistica fino ad essere inserita fra i diritti fondamentali degli individui in tutte le Costituzioni statali della fine del diciottesimo secolo³¹⁴.

Nella cultura giuridica liberale il diritto di proprietà assume un ruolo centrale; l'art. 544 del *Code Napolèon* del 1804, definisce la proprietà «*droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*» divenendo, in un'ottica giusnaturalistica una sorta di precondizione della libertà, di cui costituisce il complemento necessario. Tant'è vero che alla qualità di proprietario veniva subordinata la stessa titolarità dei diritti politici (ad esempio, il diritto di voto era subordinato al possesso di un determinato censo)³¹⁵. Così, nei testi del XVIII secolo e nelle Costituzioni dello stato liberale il diritto di proprietà era inserito tra i diritti innati della persona. Tale diritto, in quanto, manifestazione della sovranità degli individui non poteva che essere concepito come assoluta signoria sulla cosa, non suscettibile di limitazioni se non in funzione dell'esercizio altrui del medesimo diritto. La proprietà, in definitiva, è considerata diritto inviolabile e sacro e per

³¹³ L'evoluzione che ha accompagnato l'istituto nel tempo è molto ampia ed è quindi impossibile trattarla in maniera compiuta in questa sede, altrimenti si rischierebbe di superare l'ambito della trattazione. Si rinvia, pertanto, ad alcune tra le più importanti opere dedicate dalla dottrina alla storia dell'istituto proprietario CAPOGRASSI G., *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1952; GROSSI P., *Proprietà (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988.

³¹⁴ TAMPONI M.-GABRIELLI E., *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 33.

³¹⁵ VIGNUDELLI A., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, p. 592.

questo considerata espressione di un superiore ordine naturale o di un diritto non scritto preesistente al dato positivo.

In ambito nazionale, lo Statuto Albertino (assolveva al ruolo di costituzione dei rapporti tra l'individuo e lo Stato), del 1848, contempla la proprietà come un diritto fondamentale inviolabile ed emblema della stessa nozione di diritto soggettivo, che deve garantirsi in capo al privato, tant'è che la lettera dell'art. 29 si esprime nel senso che: «*tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili*»³¹⁶. Tali formule esaltavano il ruolo che all'epoca si riconosceva all'istituto proprietario. La proprietà è considerata autentico pilastro dell'organizzazione sociale: stimolo e premio dell'iniziativa privata, fondamento dell'ordine e della sicurezza collettiva, nonché espressione del generale principio di libertà dell'individuo³¹⁷. E proprio per tale ragione, essendo la proprietà privata espressione della libertà del singolo, che tale diritto sarebbe stato considerato, da alcuni, un diritto innato, di natura che i poteri pubblici possono soltanto eccezionalmente comprimere, ma sempre rispettandone la priorità rispetto alla stessa organizzazione statale³¹⁸.

Seguendo la cronologia delle fonti si devono considerare le norme in tema di proprietà presenti nel Codice Civile del 1885 il quale, sull'autorevole scia del sistema napoleonico, aveva posto il diritto di proprietà al centro dell'ordinamento dello Stato liberale.

Questo Codice disciplinava in dettaglio l'istituto. Il Libro II era dedicato “*al regime dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*” e il Libro III si occupava “*dei modi di acquistare e trasmettere gli altri diritti sulle cose*”³¹⁹. Si affermò così una nozione di proprietà come potere assoluto sulle cose, diritto pieno ed intangibile che assicura al proprietario, tra le tante facoltà, il potere di godimento, inteso nel senso di poter sfruttare ed utilizzare la cosa in ogni modo, ed il potere di disposizione, inteso nel senso di potere di alienare, ipotecare, dare in pegno, limitare

³¹⁷ TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, (a cura di) ANELLI F., GRANELLI C., Milano, 2009, pp. 253 ss..

³¹⁸ MOCCIA L., *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 21.

³¹⁹ Si fa riferimento all'art. 436 che dispone testualmente: “*La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti*” e sembra, perciò, riprendere senza grandi innovazioni quanto stabilito dal codice francese in PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 125.

giuridicamente in ogni modo la *res* “*purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti*” (art. 436).

Sin dall'entrata in vigore del codice del 1865 fino alla fine dell'Ottocento, il dibattito intorno al diritto di proprietà si è arricchito di nuovi contenuti in conseguenza, sia della rivoluzione industriale (e il conseguente sviluppo del proletariato³²⁰), sia della diffusione del pensiero socialista e comunista di Marx e Engels e del pensiero sociale cristiano, rappresentato dalle Encicliche sociali della Chiesa.

Così, è in questo periodo della storia che cresce la sensibilità per la dimensione sociale del diritto in generale ed in particolare della proprietà privata, in seno alle correnti di pensiero e movimenti socialista e comunista e, secondo una prospettiva differente, nel pensiero cattolico. Di fronte all'emergere di nuove istanze sociali iniziava a prendere piede una generale insoddisfazione verso la formula (quella del Codice Pisanelli), che portò ad una rimediazione critica del contenuto del diritto di proprietà, come fino ad allora concepito.

All' interno di questo nuovo clima culturale il legislatore del '42 definisce il diritto di proprietà non più come signoria assoluta sulla *res* ma come: “*diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*” (ex art. 832). Fin dalla Relazione al codice civile del 1942, è stata subito chiara l'intenzione del legislatore di abbandonare la concezione individualista ed assoluta del diritto di proprietà che si era affermata nel passato.

Dalla relazione si legge, infatti, che: «*La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e varia quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione*³²¹». Gli interessi della

³²⁰ VILLAIN J., *L'insegnamento sociale della Chiesa*, Milano, 1961, p. 137, rileva che la Chiesa fu indotta ad intervenire a proposito della proprietà da due fatti: gli attacchi alla proprietà delle dottrine socialiste e comuniste e lo sviluppo del proletariato. Questa considerazione vale in particolar modo con riguardo alla *Rerum Novarum* di Leone XIII, anche se la necessità di modificare radicalmente il sistema economico è il presupposto da cui muovono anche le successive encicliche sociali, come fa notare FANAFANI A., *Summula sociale*, Roma, 1956, p. 115. Infatti, Pio XI si trovava, come rilevato da RUMI G., in *Il magistero e il moderno. Tre encicliche sociali: 1891, 1931, 1987*, in *A cento anni dalla Rerum Novarum. Continuità, modernizzazione, etica del progresso*, Milano, 1991, 21, a: «fronteggiare i nazionalismi esasperati, i capitalismo scatenati, il comunismo vittorioso in un solo paese sì, ma terrore e speranza fuori dai confini inaccessibili dell'URSS», Giovanni Paolo II, con la sua *Sollicitudo rei socialis*, interviene in un momento storico nel quale si è avuto un inedito sviluppo economico, sociale e culturale, che “*tuttavia non è lineare né del tutto positivo*”.

³²¹ Relazione al Codice Civile. *Ministero di grazia e giustizia. L'attività del Ministero di grazia e giustizia nell'anno 1941*, Roma, p. 21.

collettività divengono così un condizionamento nei confronti della facoltà del proprietario, al punto da incidere (restringendolo) sul contenuto del diritto di stesso³²².

Le scelte di fondo del legislatore del '42 nella formulazione dell'articolo in esame tenevano conto delle nuove tendenze culturali ed ideologiche che erano emerse e della realtà dell'impresa. Si affermava che il nuovo codice, «non è più imperniato sulla proprietà immobiliare e terriera ma pone al centro dell'attenzione l'impresa, l'attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, la necessità di organizzare la produzione³²³».

In questo modo il legislatore del '42 ha tentato di governare il passaggio da una società in cui la ricchezza era costituita quasi esclusivamente da patrimoni immobiliari e terrieri ad una società in cui la stessa era prodotta, per il tramite della propria attività, da imprenditori e lavoratori subordinati e autonomi³²⁴.

Da qui, il definitivo distacco dalla concezione liberal-ottocentesca di proprietà si avrà definitivamente con la Carta Costituzionale del 1948.

Basti qui anticipare che nella Carta Fondamentale: la proprietà non viene definita, non è più dichiarata inviolabile e non viene più disciplinata tra i principi fondamentali, né fra i diritti di libertà ma è contemplata nel titolo relativo ai rapporti economici nella c.d. Costituzione economica³²⁵, all'art. 42 Cost..

Passata in rassegna, sia pure in termini estremamente contenuti, la storia delle idee e delle norme che hanno fatto da sfondo alla disposizione costituzionale, si deve ora sviluppare una riflessione più specifica volta ad individuare la fattispecie costituzionale del diritto attraverso un'analisi dei lavori preparatori della

³²² Inoltre alla crisi della concezione individualista della proprietà di cui è espressione l'art. 832 c.c. diede un decisivo e nuovo contributo il pensiero sociale cristiano così come esplicitato nell'enciclica sociale di Pio XI, la *Quadragesimo Anno* del 1931, analizzata nel Capitolo II Par. 7.2.

³²³ Cfr. PERLINGERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 66.

³²⁴ Cfr. PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 300. L'autore avvertiva colui che intendeva approcciare allo studio della proprietà che: «non si possono tracciare linee troppo marcate e rigorose, e dall'altra parte si ha appena il tempo di segnare un tratto, che la legislazione in moto lo cancella, rendendo assai difficile il compito sistematico».

³²⁵ Si può fare riferimento alla nota 311 ed in generale per un approfondimento sulla problematica della Costituzione economica si faccia riferimento a: PREDIERI A., *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977; GALGANO F., *La Costituzione economica*, in GALGANO F., *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977; LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; PIZZORUSSO A., *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in AA. VV., *Stato ed economia. Scritti in ricordo di D. Serrani*, Milano, 1984; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992; BOGNETTI G., *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993.

Costituzione, ossia, facendo ricorso ad uno strumento di indagine ermeneutica che consenta, quanto meno, di ridurre l'ambito delle scelte interpretative e delle attribuzioni di senso del testo della Costituzione.

3. La proprietà nel dibattito interno all'Assemblea Costituente. Il compromesso costituzionale.

L'indagine relativa ai lavori preparatori si muove dall'analisi dei documenti³²⁶. Non si tratta tanto dell'analisi e rilettura analitica di quanto elaborato dai Padri Costituenti³²⁷. Lo scopo è, infatti, quello di identificare le questioni di fondo che, nella fase costitutiva della nuova Repubblica si pongono ai costituenti mettendo in luce la connessione tra la sfera culturale in cui si muovono e le diverse ideologie e prospettive che si confrontano al suo interno e le conseguenti scelte normative adottate.

Nell'analisi dell'impianto ideologico dei costituenti la nostra attenzione è rivolta alle posizioni assunte della parte democratico-cristiana³²⁸.

Come noto, in Assemblea costituente la I Sottocommissione si occupa dei diritti politici e civili dei cittadini. Ad essa viene affidato il compito di comporre l'elenco dei diritti riconosciuti e garantiti dal cittadino (inclusi quelli economici)³²⁹; la II Sottocommissione è competente in tema di ordinamento statale, mentre alla III Sottocommissione, che si occupa di rapporti socio-economici, è affidato il compito di tracciare i lineamenti di un ordinamento sociale in grado di tutelare il complesso dei diritti.

³²⁶ Sui lavori preparatori dell'Assemblea costituente in tema di proprietà le principali fonti sono il libro di testo: AA. VV., *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente (1946-1948)*, Camera dei deputati, Roma, 1971; SORACE D., *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974, p. 365 ss.; RODOTA' S., *La proprietà all'Assemblea Costituente*, in *Pol. Dir.*, 1979, pp. 412 ss., poi trasfusa in *Commentario della Costituzione. Rapporti Economici. Art. 41-44*, (a cura di) BRANCA G., Bologna-Roma, 1982, pp. 69-192 ora in RODOTA' S., *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 281-335; il sito internet: www.nascitacostituzione.it e MACARIO F., *Art. 42. Commentario alla Costituzione, op. cit.*, pp. 864 ss..

³²⁷ A quanto scritto in nota 15, aggiunge PUGLIATTI S., *op.cit.*, p. 300 che: «la base verso cui gravita e alla quale si collegano le linee strutturali di un dato istituto è costituita dall'interesse al quale è consacrata la tutela. L'interesse tutelato è il centro di unificazione rispetto al quale si compongono gli elementi strutturali dell'istituto: esso, dunque funge da principio di individuazione».

³²⁸ Vi sono altre ricerche dedicate all'influenza della componente democristiana nell'elaborazione della carta fondamentale. In particolare, per quanto attiene la prima parte della carta costituzionale, si veda: PIZZOLATO F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione Italiana*, Milano, 1999.

³²⁹ L'on. Dossetti rilevava che: «il tema affidato alla I Sottocommissione (diritti e doveri dei cittadini) sarebbe alquanto limitato se da questi diritti e doveri dovessero essere esclusi quelli di natura economico-sociale. La I Sottocommissione pertanto può entrare anche nel merito dei diritti economici, limitatamente ai principi generali, salvo il coordinamento con i lavori dalla III Sottocommissione».

In tale contesto, il dato da rilevare è che all'interno dell'Assemblea si confrontano tre grandi gruppi politici portatori di istanze, di sensibilità e punti di vista profondamente diversi: uno liberale, uno social-comunista, ed uno cattolico³³⁰.

Da questo confronto, la caratteristica più evidente della Costituzione è la sua natura compromissoria³³¹. I padri costituenti sono consapevoli che soltanto una legge fondamentale condivisa da tutti in una nazione tanto lacerata come l'Italia del dopoguerra, avrebbe rappresentato il presupposto essenziale per una futura convivenza democratica.

Il compromesso riguarda proprio le tre culture che si sono confrontate all'interno dell'Assemblea e sebbene numerosi sono i punti di dissenso, su almeno alcune questioni sussisteva una sostanziale unità di posizioni. La prima di queste questioni è l'antifascismo: liberali, cattolici e social-comunisti sono stati, in forme e con modalità diverse, protagonisti della Resistenza e della lotta di liberazione e hanno un obiettivo costituzionale comune: fondare un ordinamento radicalmente

³³⁰ Le elezioni per l'Assemblea Costituente delinearono i contorni del "sistema dei partiti", caratterizzanti la politica italiana nei decenni successivi all'entrata in vigore della Carta Fondamentale: il partito cattolico (Democrazia cristiana), partito di sinistra (Socialista e Comunista) e partiti minori eredi dell'ideologia liberale.

³³¹ In generale, la nozione di compromesso è assai controversa, infatti, secondo alcuni autorevoli autori tra cui FIORAVANTI M., *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana*, 2008, su www.astrid-online.it, p. 1, il compromesso è: «la base legittimante la Costituzione medesima, in quella linea raffigurata come espressione di un felice incontro tra una pluralità di tradizioni politiche e costituzionali»; secondo CHELI E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, p. 25, il momento costituente è stato "occasione d'incontro tra culture diverse impegnate nell'individuazione di valori fondativi comuni"; D'ANDREA L., *Diritto Costituzionale e processi interculturali*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Metro*, Milano, 2010, pp. 12-14. Il quale afferma che: «la costituzione repubblicana del 1948 del nostro Paese è frutto del" patto costituzionale "stipulato tra forze politiche di matrici ideologiche diverse. È dal compromesso alto e nobile tra culture politiche diverse (e potenzialmente antagoniste) che nascono tutte le costituzioni moderne e contemporanee. (...) Naturalmente il compromesso costituzionale non resta chiuso in se stesso: se di compromesso davvero costituzionale si tratta, esso determina le condizioni giuridico-istituzionali (e politiche) di nuove relazioni tra i soggetti politici che quel compromesso hanno stipulato (e, più in generale, tra i diversi attori del sistema), le esige, non potendo altrimenti implementarsi e divenire costituzione autenticamente vigente, le favorisce, stemperando pericolosi utilitarismi delle culture politiche originarie ed allargandone le prospettive in direzione di valori, interessi, istanze dalle stesse lasciati in ombra o affatto ignorati. Anche nei confronti del pluralismo politico, dunque, il diritto costituzionale si conta come prodotto, condizione e fattore di processi interculturali». Vi sono però linee ricostruttive diverse del cd. compromesso costituzionale, per le quali si faccia riferimento a DELLEDONNE G., *La Resistenza in Assemblea costituente nel testo costituzionale italiano del 1948*, reperibile nel sito web: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027582008>, p. 227 che espone la teoria secondo cui: «il compromesso ha rappresentato l'esito di un baratto fra i partiti di massa, ciascuno dei quali sarebbe stato interessato a "portare a casa", in assenza di un confronto di più ampio respiro, disposizioni giuridiche sui temi di dibattito politico (issues) che più gli stavano a cuore: il riconoscimento dei Patti lateranensi, la famiglia e la scuola per i cattolici; la promessa di riforme economiche strutturali per la sinistra, e così via. Lo stesso concetto di compromesso è stato allora visto "nella dimensione negativa della 'non-decisione', che a sua volta è rappresentabile, in questa linea, come l'origine incerta di una Repubblica per questo motivo costituzionalmente fragile».

diverso da quello fascista. I più puntavano alla costruzione di un ordinamento e di una società del tutto nuovi, non solo opposti al fascismo, ma capaci anche di fondare nuovi equilibri. Nonostante la diversità di opinioni sugli obiettivi finali, la comune matrice antifascista delle tre opzioni culturali resta salda e indiscussa.

Un secondo punto comune sta nell'idea della centralità della persona umana. Anche qui le concezioni della 'persona' non coincidono: all'individualismo liberale si oppone il comunitarismo cattolico e l'umanesimo (specificamente) marxiano. Anche qui, però, vi è accordo sul fatto che con la Costituzione sarebbe nato un ordinamento che non avrebbe più conosciuto la subordinazione del singolo e dei gruppi alle esigenze di potenza dello Stato. In ultima istanza, la terza questione è quella dell'unità nazionale territoriale, politica e sociale del Paese ³³².

Nasce così un patto che costituisce (ancor oggi) un quadro di riferimento normativo portatore di valori condivisi, nel quale la larga maggioranza delle correnti culturali e politiche presenti nel paese hanno dichiarato di riconoscersi indipendentemente dalla loro collocazione e dall'assunzione di ruoli di maggioranza di governo o di opposizione. Ed anche nella norma riguardante il diritto di proprietà si ritrovano i segnali di quel compromesso storico in cui è maturata la Carta Fondamentale.

Così, all'interno dell'Assemblea costituente, la matrice liberale, guarda alla proprietà secondo la concezione tradizionale ottocentesca dell'istituto: vede nel diritto di proprietà una manifestazione del fondamentale diritto di libertà individuale ³³³ proponendo un modello proprietario funzionale alla realizzazione dell'economia di mercato ³³⁴.

Gli esponenti dei partiti socialista e comunista sono promotori di un modello costituzionale di proprietà pubblica, appartenente allo Stato, o ad organismi collettivi o cooperative ed erano volti a configurare la proprietà privata, alla quale si sarebbe dovuto assegnare un ruolo residuale, quale strumento della funzione sociale ³³⁵.

³³² LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 2010, pp. 8-12.

³³³ GIAMPIERETTI M., *Commentario breve alla costituzione*, (a cura di) BARTOLE S.-BIN R., Padova, 2008, p. 434.

³³⁴ MOSCARINI A., *Proprietà*, in *Dizionario di diritto pubblico*, CASSESE S., Milano, 2006, p. 4652.

³³⁵ MACARIO F., *op. cit.*, p. 865.

L'ultima corrente, quella cattolica, è favorevole ad assegnare alla proprietà privata il ruolo di espressione della persona umana, frutto del lavoro e del risparmio, e ad una collocazione del diritto tra i diritti fondamentali dell'uomo.

A fronte di tale assetto ideologico-culturale, nessuno si impone e vi è una scelta di compromesso che viene tradotta (anche) nella disciplina della proprietà³³⁶.

Le sottocommissioni che si occupano della proprietà sono la I e la III. Esse affrontano la tematica da prospettive diverse: la prima, individua il nesso fra la proprietà e i diritti fondamentali della persona; la terza, è incaricata di definire la norma con riferimento ai rapporti economico-sociali³³⁷

3.1. I lavori preparatori in seno alla I Sottocommissione

La formulazione della garanzia costituzionale del diritto di proprietà in seno alla I Sottocommissione, avviene il 16 Ottobre 1946.

I lavori prendono il via con una proposta dell'On. Dossetti (della Democrazia cristiana) che propone un testo della norma in cui viene distinto nettamente il regime della proprietà personale, frutto del lavoro e del risparmio e volta a garantire la libertà e l'affermazione della persona e della famiglia, dal regime della proprietà dei beni strumentali³³⁸. La proposta intende, quindi, garantire non tutte le proprietà ma solamente la proprietà che si fonda sul risparmio o sul

³³⁶ CAFAGNA L., *Cavour*, Bologna, 2010. Lo storico osserva che: «tutto ciò che si è costruito in Italia lo si è fatto con le arti, a volte geniali, a volte solo mediocri, della mediazione e del compromesso tra gruppi politici differenti, esprimenti interessi e finalità in posizione tipica di conflitto». Egli parla di: «una straordinaria mobilitazione delle risorse di mediazione che portò nel giro di pochi anni al compimento del processo dell'unità politica del Paese».

³³⁷ FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana con i lavori preparatori*, Milano, 1987, pp. 7 ss..

³³⁷ MARINI F. S., *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, pp. 2209 ss.

³³⁸ Così il testo che fu proposto da Dossetti in I Sottocommissione: «I beni economici di consumo e strumentali posso essere di proprietà dei privati, di cooperative, di istituzioni e dello Stato./ La proprietà privata, frutto del lavoro e del risparmio, viene riconosciuta al fine di garantire la libertà e l'affermazione della persona e della sua famiglia./ Al fine di rendere la proprietà personale in concreto accessibile a tutti e di garantire il coordinamento della vita economica a tutela del diritto alla vita, al lavoro e al benessere per tutti: la legge determina i modi di acquisto e di trasferimento, i limiti di estensione e le modalità di godimento della proprietà privata dei beni strumentali; la legge riserva la proprietà dello Stato, di istituzioni, di comunità di lavoratori o di utenti, determinate categorie di imprese aventi carattere di servizio pubblico o di monopolio di fatto, oppure può trasferire agli enti suddetti, mediante esproprio con indennizzo, la proprietà di determinate imprese o determinati complessi di beni».

lavoro. In queste parole sembra riecheggiare quanto affermato in precedenza dall'Enciclica di Papa Leone XIII, la *Rerum Novarum*³³⁹ (vedi capitolo 2, Par. 7.1).

In questa prima proposta, la linea assunta dai suoi membri è quella di privilegiare il binomio libertà-proprietà e sottolineare le esigenze sociali espresse nella forma del pensiero sociale cristiano. Infatti, le linee essenziali seguite e la cifra prevalente, appare proprio quella dell'elaborazione cattolica (precisata in testi come il Codice di Camaldoli) e in generale del pensiero sociale cristiano. Ciò è evidente soprattutto dal collegamento diretto tra il riconoscimento del diritto della proprietà con la famiglia, lo sviluppo della personalità, la proprietà delle istituzioni e, soprattutto, il collegamento della proprietà con il lavoro e il risparmio.

Nella realtà, però, la formulazione definitiva dell'articolo in esame risulta lontana da questi primi abbozzi e sarà ridimensionata nella successiva elaborazione, per influenza delle critiche sollevate in particolare dall'ala di sinistra dell'Assemblea³⁴⁰.

Infine, questo il testo approvato dalla I Sottocommissione: «I beni economici di consumo e strumentali posso essere di proprietà dei privati, di cooperative, di istituzioni e dello Stato./ La proprietà privata, frutto del lavoro e del risparmio, viene riconosciuta al fine di garantire la libertà e l'affermazione della persona e della sua famiglia./ Allo scopo di rendere la proprietà personale in concreto accessibile a tutti, di coordinarne le attività economiche nell'interesse collettivo e di assicurarne quindi il diritto al lavoro e ad una vita degna per tutti i cittadini, la legge determina i modi di acquisto e di trasferimento, i limiti di estensione e le modalità di godimento della proprietà privata della terra e degli altri mezzi di produzione; riserva la proprietà allo Stato, ad istituzioni, a comunità di lavoratori o di utenti, la proprietà di determinate categorie di imprese aventi carattere di servizio pubblico o di monopolio di fatto; trasferisce agli enti suddetti,

³³⁹ *Rerum novarum*, n. 4: «non è difficile capire che lo scopo del lavoro, il fine prossimo che si propone l'artigiano, è la proprietà privata. Poiché se egli impiega le sue forze e la sua industria a vantaggio altrui, lo fa per procurarsi il necessario alla vita: e però con il suo lavoro acquista un vero e perfetto diritto, non solo di esigere, ma d'investire come vuole, la dovuta mercede» e, n. 8, «Giacché il campo dissodato dalla mano e dall'arte del coltivato non è più quello di prima, da silvestre è divenuto fruttifero, da sterile ferace. Questi miglioramenti prendono talmente corpo in quel terreno che la maggior parte di essi ne sono inseparabili. Ora che giustizia sarebbe questa, che un altro il quale non ha lavorato subentrasse a goderne i frutti? Come l'effetto appartiene alla sua causa, così il frutto del lavoro deve appartenere a chi lavora».

³⁴⁰ RODOTA' S., *op. cit.* pp. 281 ss.

mediante esproprio con indennizzo, la proprietà di determinate imprese o determinati complessi di beni³⁴¹».

Il testo è ricco di riferimenti alla persona, alle condizioni della sua libertà, ed alle possibilità partecipative della sua famiglia. Allo stesso tempo trova spazio il richiamo alla proprietà collettiva, o delle istituzioni, intesa quale modalità originaria di relazione delle persone con la cosa, quale modello anteriore a quello individualistico del proprietario.

Dal testo così elaborato dalla I Sottocommissione emerge solo l'indicazione di alcuni principi generali e si rinvia ai lavori della III Sottocommissione per l'elaborazione della disciplina effettiva della proprietà nella "Costituzione economica".

3.2. I lavori preparatori all'interno della III Sottocommissione. Il dibattito sul modello proprietario.

Nella III Sottocommissione, che dedica al tema cinque sedute, si sviluppa il vero e proprio dibattito circa il modello proprietario, quale modello economico che si pensa di inserire nel testo costituzionale.

Le tre personalità più importanti che si avvicendano nel dibattito relativo nella stesura dell'articolo sono quelle dell'On. Taviani (della Democrazia Cristiana), dell'On. Pesenti (socialista) e dell'On. Fanfani (della Democrazia Cristiana), i quali propongono rispettivamente delle relazioni introduttive. Il primo propone una relazione sul diritto di proprietà. Il secondo si concentra sui rapporti tra proprietà e impresa, sul presupposto che le decisioni di principio in materia proprietaria definiscono il quadro d'insieme all'interno del quale collocare le linee dell'impresa, evidenziando la strettissima connessione tra i due temi e puntualizza che: «non si può trattare la proprietà come istituto giuridico separato dal problema dell'impresa e della libertà di iniziativa privata poiché la disponibilità e l'uso dei beni è indispensabile condizione per l'esercizio dell'iniziativa³⁴²». Il terzo propone una relazione sul controllo sociale dell'economia e tratta della proprietà come:

³⁴¹ Reperibile in: AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori del Assemblea costituente*, op. cit., p. 560.

³⁴² Egli si esprimeva in questi termini: «non c'è differenza tra forma di proprietà e forma d'impresa»; «il concetto d'impresa viene necessariamente a confondersi con quello di proprietà» in RODOTA' S., op. cit., p. 93.

«riserva di beni (mobiliari e immobiliari) con la quale difendersi “dalle altrui offese, pubbliche e private” e quindi non “ come un’arma per offendere, ma come sudo per proteggere la persona dalle offese altrui, pubbliche e private³⁴³ ».

Comunque sia, nelle diverse proposte si mescolano gli aspetti della disciplina della proprietà e di quella dell’impresa. Ma, l’attenzione in seno alla III Sottocommissione viene concertata sulle indicazioni dell’ On. Taviani che riprende il testo formato dal Dossetti e Togliatti, in I Sottocommissione, con un richiamo specifico alla proprietà “*come frutto del lavoro e del risparmio*”, che va collegata alla sua funzione di garanzia per “*la libertà e l’affermazione della persona*”³⁴⁴.

Ma tale concezione non viene accettata dagli altri membri, né, tanto meno, dal Presidente della III Sottocommissione, il socialista On. Ghedini, tant’ è che l’On. Taviani, nella seduta successiva modifica la sua proposta, mediante la presentazione di un testo privo di qualsiasi riferimento alla libertà ed all’affermazione della persona. Importanza centrale, invece, e condivisa da tutti, assume l’esigenza di combattere, con il nuovo testo costituzionale, le proprietà parassitarie, gli egoismi e di proporre una serie di oneri e obblighi, gravanti sul proprietario.

In questo orizzonte assume importanza centrale il rapporto tra modello proprietario e riforma industriale, dal cui rapporto non poteva che emergere un modello proprietario lontano dalla concezione personalistica e promotore dell’idea di partecipazione all’organizzazione e allo sviluppo della vita economica³⁴⁵.

In tale contesto prima, viene data attenzione al sistema proprietario dell’apparato industriale, mentre la proprietà agricola o quella edilizia occupano un ruolo di secondo piano. Poco dopo, però, tale dibattito perde effettività e centralità perché quest’impostazione riguarda solo la struttura industriale e finanziaria rappresentativa della sola realtà del Nord Italia. Per questo la discussione si sposta sul tema relativo alla questione agraria.

La rilevanza assunta dalla questione agraria deriva dal fatto che essa, nascendo da una realtà arretrata e oppressiva, come quella del Mezzogiorno e dell’Italia centrale, era destinata ad incontrarsi con effettive aspirazioni sociali

³⁴³ RACIOPPI F.-BRUNELLI I., *Commento allo statuto del Regno*, vol. II, Torino, 1909, pp.167-170.

³⁴⁴ La sua relazione cerca di recuperare l’impronta giusnaturalistica del diritto di proprietà.

³⁴⁵ Così, MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, p. 445.

attraverso una redistribuzione della terra e di patti agrari più favorevoli al coltivatore, dunque della conquista di immediati vantaggi sociali. Alcuni autori sostengono che: «l'obiettivo di uno o più provvedimenti di ordine generale, da conseguirsi sul terreno politico, trovava una possibilità di convergenza dal basso nella antica "fame di terre" del coltivatore meridionale (...) diversamente, nel settore industriale, i lavoratori avvertivano problemi di occupazione e problemi di salario. Un passaggio di proprietà da privati a Stato non toccava un loro interesse immediato e diretto»³⁴⁶.

Infine, la stragrande maggioranza dei componenti dell'Assemblea Costituente è convinta che il dibattito non possa che tradursi nel riconoscimento costituzionale del diritto di proprietà privata e che la dialettica tra le diverse forze politiche non possa che avere ad oggetto un disegno redifinitorio di un diritto la cui legittimità non può essere messa in discussione³⁴⁷.

3.3. Dai lavori preparatori all'interno della III Sottocommissione alla formulazione dell'art. 42 Cost.

Il dibattito si concentra poi sul tema della funzione sociale e del rinvio al potere del legislatore per stabilire i modi d'acquisto, di godimento e i limiti della proprietà allo scopo di assicurare la funzione e di renderla accessibile a tutti. Per quanto attiene la prima tematica le forze progressiste presenti in Assemblea Costituente, ottengono quale massimo risultato quello di svincolare la proprietà dal modello del diritto soggettivo assoluto e di rinviare al legislatore la definizione del suo contenuto³⁴⁸.

A questo punto la discussione si concentra sulla questione della formula da adottare per ciò che riguarda il riconoscimento della proprietà: se, cioè, questo

³⁴⁶ Così CAFAGNA L., *Note a margine della ricostruzione*, in *Giovane critica*, *op cit.*, p. 78.

³⁴⁷ In tal senso è significativa la dichiarazione dell'On. Togliatti, secondo il quale: «si sta scrivendo una costituzione che non è una costituzione socialista, ma è la costituzione corrispondente ad un periodo transitorio di lotta per un regime economico di coesistenza di differenti forze economiche che tendono a sovrachiarsi le une con le altre. In questo periodo è evidente che la lotta che si conduce non è diretta contro la libera iniziativa e la proprietà di mezzi di produzione in generale, ma contro quelle particolari forme di proprietà privata che sopprimono l'iniziativa di vasti strati di produttori e particolarmente, contro le forme di proprietà privata monopolistiche», in: <http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/01/11-togliatti.htm>.

³⁴⁸ In relazione al rinvio al legislatore, alcuni autori hanno rilevato che questa soluzione costituisce una soluzione compromissoria della tensione logica manifestatasi nell'ambito dell'Assemblea Costituente intorno al modello proprietario. Così, CALAMANDREI P., *op. cit.*, p. XXXV.

riconoscimento dovesse venire dallo Stato, dalla Costituzione stessa o dalla legge. L'opinione di Taviani è netta: «*dev'essere la Costituzione a effettuare tale riconoscimento, intendendosi con ciò che: «la legge non può abolire una qualsiasi proprietà privata. Se una legge facesse questo, sarebbe incostituzionale*³⁴⁹». Egli definisce “*un'esigenza imprescindibile*” per il suo gruppo il fatto che sia lo Stato a riconoscere e garantire la proprietà privata³⁵⁰.

Il testo definitivo, che teneva conto del testo approvato in III Sottocommissione seppur depurato dal riferimento allo Stato circa la garanzia della proprietà recitava (l'art. 38 del Progetto): «*La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo stato, ad enti od a privati./ La proprietà privata è riconosciuta e garantita. La legge ne determina i modi di acquisto, di godimento ed i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti./ Sono per legge stabilite le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria ed i diritti dello Stato sulle eredità./La legge autorizza, per motivi di interesse generale, l'appropriazione della proprietà privata salvo indennizzo*».

La formula viene rimaneggiata, ancora una volta, in Assemblea, in sede di redazione finale, ma non c'è traccia documentale delle ragioni di tale modifica³⁵¹.

Così l'art. 38 del progetto, come modificato, diventerà l'art. 42 della Costituzione.

A differenza dello Statuto Albertino, l'art. 42 Cost., non è inserito tra principi fondamentali dei primi articoli della Carta Fondamentale ma nella Parte I della Costituzione (diritti e doveri dei cittadini), nel Titolo III, c.d. “*costituzione economica*”³⁵².

³⁴⁹ RODOTA' S., *op. cit.*, p. 97. Questa è l'affermazione fatta da Taviani nella seduta del 25 settembre 1946.

³⁵⁰ L'art. 42 sulla proprietà dispone, così, al secondo comma che: «*la proprietà privata è riconosciuta e garantita dallo Stato. La legge ne determina i modi di acquisto e di godimento e i limiti allo scopo di garantire la sua funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*».

³⁵¹ Così dice: “*la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina(...)*”.

³⁵² Circostanza, questa, che vale di per sé a negare all'istituto proprietario ogni riconoscimento in termini di attributo della personalità umana, (a differenza di quanto accadeva nel vigore dello Statuto Albertino). Cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 34. A questo proposito anche Corte Costituzionale, 28 Novembre 1968, n 16 : «Per quanto riguarda l'asserita violazione dell'art. 2 della Costituzione, è da escludere che tra "i diritti inviolabili dell'uomo" si possa far rientrare quello relativo all'autonomia contrattuale degli imprenditori agricoli, che qui si pretende leso, giacché tale diritto, operando nell'ambito di quelli più generali della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà terriera, è specificatamente tutelato, come si è visto, da altre norme costituzionali, le quali autorizzano il legislatore ordinario ad imporre adeguati limiti per soddisfare preminenti interessi di carattere generale e sociale». Altra pronuncia che va in questo senso è quella del 21 Marzo 1969 n 37.

La collocazione sistematica è, quindi, espressione di un nuovo modo, diverso, di guardare l'individuo³⁵³. Secondo parte della dottrina, la collocazione della proprietà nel Titolo III: «esprime chiaramente la polemica nei confronti della Carte Liberali, tradottasi nella separazione del regime costituzionale della proprietà da quello dei diritti della personalità umana³⁵⁴».

Sempre con riguardo alla collocazione sistematica dell'articolo in commento è da notare che lo stesso non si trova in una posizione centrale nemmeno all'interno del Titolo stesso. Si parla, infatti, in questo senso di “degradazione”³⁵⁵ del diritto di proprietà e ciò è avallato dalla circostanza secondo cui la proprietà è garantita solo dopo l'espressa garanzia dei diritti sociali³⁵⁶ quali il diritto al lavoro, alla salute, ad un livello minimo di reddito, alla previdenza sociale, all'istruzione, dai quali prende corpo “un modello di economia” orientato in senso sociale, -di un economia mista- basata sulla concorrenza e la compresenza di attività pubbliche e private e traduce perfettamente il disegno di Stato Sociale³⁵⁷.

Quindi è proprio nel passaggio tra lo Stato liberale a quello sociale che la proprietà privata non rientra più tra quei diritti dell'uomo che la Costituzione definisce come inviolabili e, perdendo la caratteristica d'attributo della persona umana fa parte, al pari di altre posizioni soggettive, all'area dei rapporti economici.

La mancata previsione dell'invulnerabilità della proprietà consente oggi il bilanciamento con altri diritti ed ha permesso alla giurisprudenza costituzionale³⁵⁸ e alla dottrina³⁵⁹ di escludere che fra i diritti inviolabili dell'uomo potesse essere compreso il diritto di proprietà; la proprietà, anzi, cede di fronte ai diritti inviolabili.

³⁵³ ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) AMATO G.-BARBERA, A., Bologna, 1984, pp. 101 ss.

³⁵⁴ BALDASSARRE A., *Proprietà* (diritto costituzionale), in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, p. 7.

³⁵⁵ RESCIGNO P., *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971, p. 35.

³⁵⁶ Sulla matrice storico-politica dei diritti sociali e sulle loro caratteristiche si veda GIORGIS A., *Diritti sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE S., Milano, 2006, p. 1903.

³⁵⁷ In questa prospettiva BALDASSARRE A., *op. cit.*, p. 11 il quale considera il riconoscimento della proprietà privata come funzionale alla garanzia di alcuni valori fondamentali, quali il pluralismo economico-sociale (e pertanto politico), l'autoconservazione e la sicurezza economica e sociale fondata sull'autoresponsabilizzazione individuale, l'autorealizzazione nei rapporti sociali sulla base di uno spazio personale, la produzione di un più elevato grado di ricchezza.

³⁵⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale Corte Costituzionale del 1972, n. 155 con la quale si è visto come le ragioni della proprietà possono ritirarsi in favore della tutela del lavoro: “*in presenza della situazione privilegiata che gli artt. 35 e ss. Cost. assicurano alla posizione del lavoratore coltivatore diretto di un fondo rustico in affitto, la limitazione della libertà del proprietario che vede disciplinato il canone dalla legge non dà luogo a problemi di legittimità costituzionale, invece sussistenti nel confronto con la libertà di iniziativa economica espressa dalla posizione dell'affittuario non coltivatore*” reperibile nel sito www.giurcost.org.

³⁵⁹ Tra i maggiori esponenti di questo pensiero SANDULLI A. M., *La Costituente e la Costituzione*

Così sussiste nel nuovo testo costituzionale vi è una chiara perdita del carattere dell'assolutezza ed esclusività del diritto di proprietà.

4. Proprietà e riserva di legge.

I punti fermi del diritto di proprietà costituzionale sono la riserva di legge e la funzione sociale che sono concetti che difficilmente potrebbero essere trattati separatamente perché intensamente correlati nel testo della Carta Fondamentale. Infatti, alla prima si affida il compito di realizzare la seconda in una dimensione solidaristica e di rapporto con i diritti dei terzi³⁶⁰.

Si è ravvisata però la necessità, per una corretta ed esauriente disamina dei due temi, intesa a rilevare le diverse teorie e dottrine sul tappeto, separarli e trattarli in differenti paragrafi ma senza dimenticare che, come detto, le due nozioni, sono strettamente ed inscindibilmente legate tra loro. Quindi, dopo aver svolto un'analisi sul concetto stesso di proprietà che si è affermato nei dibattiti svolti in Assemblea Costituente è ora utile qui interrogarsi su come la proprietà privata è disciplinata dalla Carta Costituzionale.

L'art. 42 Cost. afferma che la proprietà è pubblica o privata senza specificarne l'intensità della tutela. Proseguendo nella lettura dell'enunciato costituzionale, ci si imbatte immediatamente nell'affermazione contenuta nel successivo II comma dell'art. 42 Cost, secondo la quale la proprietà privata: "*è riconosciuta e garantita dalla legge*" e che è la legge, ovverosia il diritto positivo, la fonte che "*determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti del diritto di proprietà*".

italiana, in *Storia e politica*, 1975, pp. 99-139; NATOLI U., *op. cit.*, p. 34; RODOTA' S., *op. cit.*, p. 332; CHELI E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in on. di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 1791.

³⁶⁰ RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 275, l'autore sottolinea che: «la funzione sociale appare operante, in maniera prevalente, se non esclusiva là dove attorno ai beni economici in proprietà si instauri un rapporto che sollecita l'altrui collaborazione nell'utilizzazione della cosa. È questo il significato della lettura della parola "sociale" pur nei diversi significati che assume nel testo costituzionale. La funzione sociale, per questa via pare destinata ad identificarsi con l'equità dei rapporti sociali nascenti dal rapporto giuridico che si è istituito intorno al bene e correnti tra il proprietario ed uno o più soggetti determinati. Ma così rischia di dissolversi la novità della formula certamente escogitata come si apprende a ripercorrere con vigile pazienza la storia delle idee, con proposito di integrare il dovere nella struttura stessa della situazione reale e di una situazione reale concepita nei termini consacrato dalla tradizione come diritto di escludere gli altri e negazione del prossimo».

La formula scolpita in costituzione indica, quindi, che vi è un rinvio al potere del legislatore di incidere sui modi di acquisto, di godimento e sui limiti della proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

Così, la Costituzione non imporrebbe null'altro che una riserva di legge, per di più relativa. Ciò è in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza Costituzionale secondo cui l'art. 42 Cost., II comma: *"esige unicamente, nel rapporto fra il legislatore e l'esecutivo, che i limiti della proprietà privata non siano lasciati in balia delle autorità amministrative, ma vengano determinati in base alla legge , così da circoscrivere la discrezionalità della pubblica amministrazione"*³⁶¹.

Tale impostazione "svalutativa" non è condivisibile, in quanto risulta contraddetta dai risultati interpretativi a cui si può pervenire analizzando l'art. 42 Cost. nel suo complesso, e nel contesto dell'intero titolo dei rapporti economici in cui è inserito l'articolo. Secondo parte della dottrina, nel nostro ordinamento esiste una garanzia costituzionale della proprietà privata e tale convincimento deriva da una lettura logico- sistematica delle altre norme costituzionali in materia economica che disciplinano diverse forme di proprietà.

Il Titolo III della Costituzione, infatti, non si riduce ad un mero agglomerato di norme che tutelano il lavoratore, che regolano l'attività sindacale, l'iniziativa economica privata, le nazionalizzazioni, le proprietà terriere, la cooperazione dei lavoratori e il risparmio ma consente di verificare che la Costituzione stessa regola e tutela puntualmente particolari forme di proprietà privata: ad esempio le imprese (e le aziende) di cui parlano gli artt. 41 Cost. e 43 Cost., la proprietà terriera specificatamente disciplinata dall'art. 44 Cost.; fino alla proprietà dell'abitazione ed alla proprietà diretta coltivatrice di cui all'art. 47, comma II, Cost.

Tutte queste norme, infatti, permettono di enucleare alcuni principi fondamentali ed unificanti dell'intero settore economico che sta alla base del nostro sistema costituzionale e da cui prende corpo un modello di economia mista orientato in senso sociale, basato sulla concorrenza e la compresenza di attività pubbliche e private dalla quale non possono essere espunti i profili tipici del

³⁶¹ Questo è quanto è stato affermato nelle sentenze della Corte Costituzionale, 2 Marzo 1962, n. 13 e la sentenza della Corte Costituzionale del 14 Maggio 1966, n. 38 reperibili nel sito web: www.giurcost.org.

liberalismo economico, *in primis* la libertà d'impresa e l'appropriazione privata dei beni.

Dall'altro lato, ricondurre la tutela di cui all'art. 42 Cost. alla garanzia della riserva di legge può apparire contraddittorio rispetto alla logica interna della disposizione costituzionale.

Più coerente appare interpretare il disposto dell'art. 42, comma II, Cost. nel senso che alla legge sia demandata non tanto la garanzia, quanto la disciplina dei modi concreti in cui la proprietà si può esplicare³⁶².

5. Proprietà privata e funzione sociale. Un'introduzione.

Giungiamo ora al terreno forse più complesso individuato dalla norma costituzionale. Ci si riferisce alla funzionalizzazione della proprietà privata in senso sociale: l'articolo 42, comma II, Cost. rispetto alla proprietà impone al legislatore di "*assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*".

Obiettivo del presente paragrafo è quello di fornire una ricognizione della nozione di funzione sociale della proprietà, mettendo in risalto, ancora una volta, l'impossibilità di una visione piana rispetto allo schema proprietario. La locuzione "funzione sociale", infatti, pur essendo stata storicamente "*avvolta dalla nebbia dell'ambiguità*³⁶³" ha assunto, dopo l'avvento della Carta Costituzionale, un fondamentale dato normativo (innovativo) dal quale muovere per poter comprendere le evoluzioni del "*terribile diritto*³⁶⁴".

³⁶² GAMBARO A., *La proprietà privata nel sistema della legalità costituzionale*, op. cit., pp. 92-93, considera che il legislatore non si può configurare quale "*signore della fonte del diritto di proprietà*", in quanto ciò risulterebbe palesemente in contrasto con la garanzia costituzionale riconosciuta al diritto stesso.

³⁶³ Nozione ritenuta «equivoca» da molti autori, tra cui, BARCELLONA P., voce *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. Delle Disc. Priv.*, XV, IV ed., Torino, 1997, p. 457; parla della proprietà come: "*espressione di una insanabile contraddizione*"; MARINELLI F., *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere»*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, AA.VV., a cura di TAMPONI M.-GABRIELLI E., op. cit., p. 3.

³⁶⁴ La definizione di proprietà come terribile diritto risale a Cesare Beccaria il quale nel Capitolo XXX della sua opera più nota, affermò che: "*di quella infelice parte degli uomini a cui il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto) non ha lasciato che una nuda esistenza*" in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, nuova edizione riveduta, Parigi, p. 115. L'espressione è stata riportata in auge da Stefano Rodotà come titolo della raccolta dei suoi saggi in materia di proprietà, RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit.. Sull'espressione di Beccaria si è espresso BENTHAM J. in *Principles of the civil code*, I, Edinburgo, 1843, pp. IX ss.: «E' sorprendente che uno scrittore giudizioso come Beccaria possa aver inserito, in un'opera dettata dalla più ragionevole filosofia, un dubbio sovversivo dell'ordine sociale». Egli, poi, sintetizza la necessaria coesistenza della dimensione privata e di quella

La funzione sociale della proprietà si pone come un netto diaframma rispetto a una possibile collocazione della proprietà tra i diritti inviolabili della persona umana. Sul punto, vi è chi nota che: «la ricomprensione della proprietà privata all'interno dei valori della personalità intesi come diritti fondamentali assoluti, sia decisamente incompatibile atteso che a quest'ultimi inerisce una connotazione di incondizionatezza e di primarietà³⁶⁵». In altre parole, è possibile affermare che, considerata la collocazione del diritto di proprietà non tra i diritti inviolabili, è un diritto assoggettato a vari temperamenti³⁶⁶ tra cui campeggia proprio la funzione sociale che è espressa a forti tinte in quanto correlata alla matrice solidaristica che emerge già nei lavori della I Sottocommissione dove si sviluppa la necessità di riconoscere il diritto di proprietà in tale ottica, ancillare, alla realizzazione della funzione sociale³⁶⁷.

5.1. La funzione sociale della proprietà privata nello sviluppo dello Stato Sociale. Cenni storici.

Si noti che il dibattito sulla formula della funzione sociale della proprietà non è stato compiuto per la prima volta in sede costituente. Già prima della Costituzione repubblicana la rilettura in chiave sociale del diritto di proprietà è già stata coltivata presso esperienze giuridiche e filosofiche, anche estere.

Per comprendere il senso del riferimento costituzionale alla funzione sociale non si può, quindi, trascurare il retroterra di natura ideologica. La prevalenza dell'aspetto individuale o collettivo della proprietà si ritrova nel Medioevo nelle vivaci discussioni attorno ai diritti naturali nell'ambiente cattolico³⁶⁸: il punto di riferimento per le diverse ricostruzioni del concetto di diritto naturale è proprio la proprietà. È la tradizione cattolica che riporta la funzione sociale “*all'ordine*

comunitaria affermando che il compito del legislatore è quello di armonizzare l'interesse del singolo e il bene collettivo, al fine della ricerca della «maggiore utilità comune», anche se pur sempre legata ad un modello di economia di mercato.

³⁶⁵ BALDASSARRE A., *op. Cit.*, pp. 10 ss.

³⁶⁶ Tali questioni - in particolare la controversia circa l'equiparazione o meno dei diritti patrimoniali (proprietà, libertà economica) con i diritti umani fondamentali - hanno caratterizzato, anche fuori dai confini italiani, gran parte del dibattito del primo novecento ed è noto come sia negli USA (con la svolta giurisprudenziale del 1937), sia in Germania (con la Costituzione di Weimar) la risposta è stata alla fine negativa.

³⁶⁷ LISSA V., *Riflessioni sulla proprietà e i suoi vincoli*, San giuliano milanese, 2014, pp. 5-6.

³⁶⁸ GROSSI P., *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, *op. cit.*, p. 287.

naturale dell'economia”, e che sancisce “*non soltanto il diritto all'appropriazione privata, ma il diritto di tutti all'uso comune dei beni*³⁶⁹”. Basti qui ricordare che, come abbiamo visto meglio nella speculazione precedente, tale accezione del diritto di proprietà è già stata coltivata dai Padri della Chiesa che ammettevano la proprietà privata, ma solo perché maggiormente conveniente al bene comune e con i limiti del godimento giusto ed equo³⁷⁰ (*vedi capitolo 2, Par. 3.1.*).

Successivamente, tale concezione si è sviluppata nel tardo Medioevo ad opera di filosofi di ispirazione cattolica³⁷¹, ma in termini diversi. Infatti, la tensione profonda tra mondo economico, volto al profitto ed al consumo, e spirito religioso si allenta proprio in questo periodo con il rinascere dei commerci e il fiorire della dimensione economica del vivere. Significativo in questo senso è il pensiero di s. Tommaso d'Aquino³⁷² che riconosce la positività dell'agire umano e afferma l'idea di una destinazione universale dei beni; egli, quindi, pur riconoscendo da un lato il diritto del singolo ad appropriarsi della cosa, dall'altro affermava il contestuale diritto di tutti all'uso comune dei beni³⁷³ valorizzando in questo modo il momento comunitario e collettivo della disciplina dell'appropriazione. L'Aquinate spiega che: «è sensato prevedere il possesso individuale per quanto concerne il potere di acquistare e amministrare le cose che invece rimangono comuni nell'uso, nel senso che devono essere condivise con i bisognosi. La proprietà incontra il limite intrinseco del bene comune, che suggerisce un utilizzo corretto dei beni³⁷⁴». , (*vedi*

³⁶⁹ RESCIGNO P., in AA. VV., *La concezione fascista della proprietà privata, op. cit.*, p. 274.

³⁷⁰ Si esprime in questi termini s. Ambrogio «è ingiusto che il ricco non aiuti il suo simile, principalmente se si tien conto che Dio nostro Signore ha voluto che la terra fosse comune possesso di tutti gli uomini [...]. Siccome ti sei appropriato di parte di quello che fu destinato per tutto il genere umano [...], è giusto che di esso riservi qualche cosa per i poveri, e che non neghi l'alimento a quelli che devi considerare partecipi del tuo diritto» (*In Ps.*, XVIII, serm.VIII, n.22, in PALACIO J. M., *Concetto cristiano della proprietà*, trad. ita. a cura di FANFANI A., Milano, 1937, pp. 36 ss. Sul punto inoltre, ROBERTI M., *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, II, *Proprietà, possesso e diritti sui beni altrui*, Padova, 1935, p. 12.

³⁷¹ PROSPERO M., *Filosofia del diritto di proprietà, Da Aristotele a Kant*, Milano, 2009, pp. 181-193.

³⁷² PROSPERO M., *op. cit.*, pp. 187 e 193 che sottolinea la prospettiva compromissoria del pensiero cristiano trecentesco, ed in particolare dell'opera di s. Tommaso.

³⁷³ RESCIGNO P., voce *Proprietà (diritto privato)*, *op. cit.*, pp. 254 ss. Sul fatto che la funzione sociale della proprietà sia tributaria del pensiero cattolico OURLIAC P., *Propriété et droit rural: l'évolution du droit français depuis 1945*, in *Quaderni fiorentini*, 1976-77, Tomo II, p. 728, nota 9.

³⁷⁴ S. Tommaso afferma, in un noto passo, che «Ciò è anche necessario alla vita umana per tre ragioni: primo, perché ciascuno è più sollecito ad amministrare qualcosa che sia attribuita a lui solo piuttosto che qualcosa di comune a tutti o a molti; perché ciascuno per scansare la fatica abbandona all'altro ciò che interessa la comunità, come avviene quando gli amministratori sono molti; in secondo luogo, perché gli affari umani sonottrattati con maggiore ordine se a ciascuno in particolare incombe la cura di amministrare una cosa, mentre ci sarebbe solo confusione se uno qualunque amministrasse indistintamente qualunque cosa; in terzo luogo, uno stato di pace è meglio conservato

più ampiamente quanto enunciato nel capitolo 2, par. 4)

5.2. Il dibattito attuale sulla funzione sociale.

Vediamo ora come si colora la locuzione “funzione sociale” della proprietà privata a partire dal XIX secolo: dopo, quindi, le due grandi rivoluzioni, quella Francese ed Americana, e il graduale passaggio dallo Stato liberale a quello Sociale.

Il panorama storico, infatti, aveva visto lo «Stato monoclasse»³⁷⁵ condurre all'estremo il dogma dell'assoluta libertà d'iniziativa, legittimando grandi divisioni sociali e economiche³⁷⁶ che davano vita a tensioni e disagi, che si espandevano nel tessuto sociale. La classe che più subiva le ingiustizie consentite dal sistema era quella dei lavoratori salariati, la quale non poteva che prendere di mira proprio quel sistema liberale-borghese-monoclasse che aveva causato le loro disgrazie chiedendone il radicale mutamento. Ed infatti, dalla seconda metà del XIX notiamo che si fa strada una sensibilità diversa da quella liberale con riguardo, sia al rapporto fra individuo e Stato, sia per quanto riguarda il ruolo dello Stato nelle vicende private ed economiche; l'esperienza italiana, tuttavia, era in deciso ritardo rispetto ad altri paesi europei.

Le ragioni di tale ritardo sono dovute alla lenta industrializzazione e alle particolari remore culturali del nostro paese³⁷⁷ ma in questo periodo i mutamenti economici e sociali portano in tutta Europa un nuovo e rinvigorito sviluppo sul piano delle idee pur rimanendo sempre entro lo schema dell' “*individualismo*”

dagli uomini se ciascuno si contenta del proprio. [...] Si deve dunque concludere che la comunanza dei beni è attribuita al diritto naturale, non già nel senso che il diritto naturale ordina che tutto sia posseduto in comune e niente in proprio, ma nel senso che, in diritto naturale, non c'è divisione dei beni, mentre questa si trova piuttosto nell'ordine delle convenzioni umane, che riguardano il diritto positivo. Dunque la proprietà delle ricchezze non è contraria al diritto naturale, ma aggiunta a questo dal genio della ragione umana» in *Summa Theologiae*, IIa, IIe, q.66, a.2, in PALACIO J. M., *op. cit.*, p. 48.

³⁷⁵ GAMBINO S., *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 111, considera che la libertà e l'eguaglianza che avevano segnato l'emancipazione dall'assolutismo si traducono nello Stato liberale in una mera «*parvenza di garantismo*», in quanto i diritti civili non sono altro che «*un patrimonio effimero per un largo strato di diseredati*».

³⁷⁶ Considera GIANNINI M. S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 52, che «per la sua stessa logica lo Stato borghese minava continuamente le proprie basi»: quello Stato, infatti, «era uno Stato di diseguali per definizione e sostanza, malgrado che tutti fossero proclamati eguali dalla legge», di modo che l'affermazione dell'eguaglianza si rivolgeva logicamente al sistema.

³⁷⁷ ALLEGRETTI U., *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, p. 525.

*possessivo*³⁷⁸», scalfito solo sulla fine dell'800.

Proprio in questo momento inizia ad espandersi una rinnovata considerazione per la collettività e le società civile³⁷⁹ ed un ripensamento critico delle concezioni assolutistiche della proprietà privata (cioè una sorta di super-diritto del quale si poteva godere senza limiti).

Addentrandoci nel cuore del dibattito, non si può certo prescindere dai retaggi culturali d'Oltralpe. Il concetto di funzione sociale della proprietà prende vita nel pensiero positivista di alcuni giuristi discepoli di Auguste Comte³⁸⁰, nella «*prospettiva funzionalizzatrice degli istituti fondamentali del diritto civile patrimoniale (proprietà, contratto, impresa)*³⁸¹».

Léon Duguit muove dalla considerazione generale secondo la quale ciascun individuo svolge nella comunità cui appartiene un ruolo specifico ed afferma che il proprietario, che detiene la ricchezza dovrebbe aumentare la ricchezza in generale, avvalendosi del capitale di cui è titolare. In questo senso la proprietà non rappresenterebbe tanto un diritto soggettivo del proprietario ma «*la fonction sociale du détenteur de la richesse*»³⁸². In questo senso il *citoyen* si trasforma in un funzionario della società³⁸³. L'interpretazione di Comte e Duguit sulla *fonction sociale* non trovava terreno fertile e un concreto riscontro in Francia e non s'inserisce nel dibattito culturale e giuridico dell'epoca, né tanto meno sembra che la dottrina, la giurisprudenza e l'ordinamento ne siano stati influenzati³⁸⁴.

Sembra, però, che soprattutto nella fase costituente le idee di un altro filosofo francese, Emmanuel Mounier³⁸⁵, (esponente del personalismo), influenzarono profondamente alcuni costituenti cattolici e contribuirono a creare un vero e proprio terreno comune con i marxisti³⁸⁶. Secondo il pensatore francese, la

³⁷⁸ Espressioni utilizzata da MACPHERSON C.B., *op.cit.*, p. 15.

³⁷⁹ GROSSI P., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

³⁸⁰ Così DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, pp. 147 ss, il quale esponeva l'idea di temperare il diritto soggettivo di proprietà sulla base della solidarietà.

³⁸¹ FERRI G.B., *La formula "funzione sociale" dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, p. 310.

³⁸² DUGUIT L., *op. cit.*, p. 158.

³⁸³ DURKHEIM E., *De la division du travail social* (trad. it.), Milano, 1962, pp. 89-90.

³⁸⁴ FERRI G. B., *op. cit.*, p. 313.

³⁸⁵ I due principali testi di MOUNIER E. sono stati scritti negli anni Trenta in Francia. *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, 1949; ID., *Dalla proprietà capitalista alla proprietà umana*, Brescia, 1947.

³⁸⁶ Mounier stesso dichiara esplicitamente di voler costruire un ponte sul quale credenti e non credenti potessero discutere della proprietà privata e sulla sua legittimità: «esiste una vigorosa teoria

proprietà ricopre il ruolo di diritto naturale, ma (riprendendo la teoria tomista della destinazione universale dei beni): «*un possesso perpetuo, incontrollabile e intoccabile da parte del privato di detta porzione di natura è una deformazione capitalista che non può essere giustificata dal cristianesimo: un numero limitato di persone, infatti, potrebbe esercitare una vera e propria tirannia nei confronti dei più sfortunati*». Mounier non si limita solo a dedurre che sul cristiano siano imposti obblighi della carità: il francese si spinge oltre. Il povero, secondo il suo pensiero, ha un vero e proprio diritto di citazione nei confronti del superfluo posseduto da altri: questo diventa addirittura un diritto di “rivendicazione individuale” a favore dell’indigente in casi di estrema necessità. Nella visione personalista di Mounier, la proprietà ha una duplice funzione, individuale e sociale, ovvero personale e comunitaria e afferma che: «il fondamento della proprietà è inseparabile dalla considerazione del suo uso, vale a dire della sua finalità (...) e la finalità del possesso, dato il carattere originariamente relazionale della persona umana, è il bene comune³⁸⁷».

L’idea prende corpo anche in Germania agli inizi dell’800 e viene sviluppata dal giurista tedesco Otto von Gierke, dal cui pensiero emerge l’idea che la proprietà pur continuando ad essere intesa come istituto giuridico che fornisce al singolo il diritto più pieno non è più immune da limiti e, soprattutto, porta con sé una serie di obblighi connaturati alla sua stessa funzione sociale³⁸⁸.

Anche Karl Renner parla di funzione sociale e pone attenzione ai profili distributivi della ricchezza ed alle conseguenti implicazioni sociali. Egli supera la concezione dell’istituto proprietario come collegato alla libertà dell’individuo (visione tipica di Locke³⁸⁹) e lo pone in una dimensione economica individuandone i limiti nella sua intrinseca funzione sociale³⁹⁰.

cristiana sulla proprietà, ma è stata troppo trascurata, in modo speciale dalla media dei cristiani. E poiché gli interessi economici cercano precisamente di farsene scudo, vogliamo prenderla a materia di questo studio, nella fiducia di impostare il problema in termini sufficientemente chiari per iniziare tra cristiani e non una conversazione che queste pagine si augurano di non chiudere, ma di aprire» in MOUNIER E., *Della proprietà capitalista.*, op .cit, p. 21.

³⁸⁷ MOUNIER E., *Ult. op. cit.* pp. 68 e 443-444.

³⁸⁸ GIERKE O. V., *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlino, 1889, p. 20.

³⁸⁹ Quest’idea si ritrova nell’opera di LOCKE J., *Two Treatises of Government*, in part. *Second Treatises* (edizione di Peter Laslett, Cambridge, 1960; trad. it., *Due Trattati sul Governo*, a cura di Luigi Pareyson, Torino, 2° ed., 1969).

³⁹⁰ Si fa riferimento all’opera di RANNER K., *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Tubingen, 1929, trad. it., *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica: un contributo alla critica de diritto civile*, Bologna, 1981. L’opera è un saggio sulla funzione sociale della proprietà intesa in senso molto moderno per l’epoca.

In particolare, dapprima con Savigny³⁹¹ e poi, in termini affatto differenti, con Hegel e Marx si riaffermano le superiori esigenze della collettività³⁹². La concezione del diritto e dello stato che discende da questa nuova sensibilità prende diverse forme dando vita alla c.d. Scuola storica del diritto³⁹³ e alla corrente del c.d. socialismo cristiano, ma ancor più significativamente feconda il pensiero socialista e comunista che si diffonde fra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento in Europa; le idee che campeggiano andavano da quella del recupero di forme sociali e collettive di proprietà, alla negazione radicale della proprietà privata, ma comune è la critica alla dominante concezione individualistica del regime dei beni.

La sensibilità per la dimensione sociale del diritto e in particolare della proprietà privata, anima non solo il pensiero socialista e comunista, ma, altresì, altri

³⁹¹ Per il Savigny i rapporti privati traggono giustificazione dalle esigenze della vita comune. Il razionalismo, pertanto, aveva errato nel considerare la proprietà del tutto a prescindere dalla considerazione di tale ordine superiore; essa non è fine a sé ma, come tutto il diritto, è condizionata dalla collettività. Savigny oppone all'individualismo la forza della storia, la quale si svolge in seguito ad un intrinseco principio di necessità, indipendentemente dai singoli. Sostituisce al principio finalistico, tipico della concezione liberale, per il quale l'attività libera e cosciente dell'individuo è orientata verso un fine specifico (la sua utilità, la felicità, il bene, ecc), l'opposto principio causale, in virtù del quale prevale l'attività inconscia del soggetto. L'azione dell'uomo non è pertanto limitata solamente dalla considerazione della libertà altrui, ma altresì dalle esigenze di un ordine oggettivo superiore, il quale è individuato dal Savigny nel principio di nazionalità. Allo Stato, poi, spetta un dominio su tutta la natura, di cui i singoli sono dei meri partecipanti; la misura della partecipazione di ciascuno e la sua natura possono essere variamente stabilite dai sistemi di diritto positivo, i

quali ben possono prevedere forme di proprietà individuale e forme di proprietà collettiva.

³⁹² SOLARI G., *Filosofia del diritto privato, II, Storicismo e diritto privato*, Torino, 1971, p. 7.

³⁹³ Per scuola storica del diritto si intende il movimento di pensiero giuridico, nato in Germania nel finire del '700 e la prima metà dell'800 che ebbe come proprio ispiratore e massimo teorizzatore F.C. von Savigny e tra i maggiori esponenti G.F. Puchta, Göschen ed Arndts. Tale movimento ha come caratteristica peculiare la concezione del diritto come prodotto della storia dei popoli. La Scuola propugnò la necessità di uno studio scientifico del diritto, inteso non come un *quid* immutabile e universale (come volevano i giusnaturalisti), ma come il prodotto della vita dei popoli e come tale in continua trasformazione ed evoluzione, a ciò indotto dallo spirito popolare (*Volkgeist*), coscienza sociale che lega tutti i membri della collettività. In quanto diretta espressione della coscienza giuridica del popolo, il diritto non può, secondo gli esponenti della Scuola, essere cristallizzato in un codice destinato a durare nel tempo ma nasce e si sviluppa spontaneamente: prima ancora di essere norma giuridica scritta, esso si svolge nell'animo popolare come consuetudine e *modus agendi*. Compito del giurista è far emergere dal diritto la coscienza di ogni singolo popolo ed erigere quest'ultima a sistema attraverso l'elaborazione scientifica del diritto. Da tali premesse la Scuola sosteneva che la codificazione e l'attività legislativa hanno un'importanza secondaria, dal momento che il legislatore deve esclusivamente badare ad eliminare gli ostacoli che si frappongono allo svolgimento naturale delle istituzioni ed a conferire a queste ultime una veste giuridica, attraverso la pubblica sanzione. Per la negazione dell'esistenza di valori metastorici nel campo del diritto, per l'assolutizzazione del valore storico di quest'ultimo e per l'accento posto sulla necessità di giungere ad un'elaborazione scientifica del diritto, la scuola subì innumerevoli critiche. Fu, tuttavia, proprio da tali elementi che dalla Scuola si originò la *pandettistica*, la cui aspirazione era quella di dar vita ad un sistema preciso, in cui il materiale normativo venisse sottoposto ad un processo di astrazione volto alla generalizzazione di categorie e concetti sempre più estesi e comprensivi, veri e propri dogmi giuridici.

movimenti e correnti di pensiero che pongono analoga attenzione all'elemento sociale e comunitario. Fra questi, di particolare rilevanza ai nostri fini, è la dottrina sociale della Chiesa Cattolica. Il fenomeno religioso è stato davvero fondamentale nel finire dell'800, infatti, se ci chiediamo qual è il soggetto pubblico che si accorge della deriva dello Stato "forte" in termini antagonisti rispetto alla società pubblica e dell'accendersi della questione sociale, la risposta da dare è certamente: la Chiesa³⁹⁴.

Di fronte all'accendersi della questione sociale e soprattutto, al diffondersi del consenso per il pensiero socialista e comunista, l'interesse della Chiesa si sposta sugli aspetti sociali ed anche sulla proprietà³⁹⁵.

Oltre a quanto abbiamo già rammentato nel capitolo 2, Par. 7.1. in riferimento alla proprietà che deve essere osservata facendo riferimento al suo aspetto sociale³⁹⁶, altro nucleo fondamentale del pensiero leonino diventa

³⁹⁴ Sono gli anni di papa Leone XIII (1810-1903) e in quel pontificato accadeva uno dei fenomeni, dal punto di vista del dibattito e delle idee culturali, davvero più rilevante che noi abbiamo di quello storno di tempo: l'enciclica *Rerum novarum*.

³⁹⁵ Dall'enciclica si legge che: «A rimedio di questi disordini [causati dal conflitto fra proprietari e proletari], i socialisti, attizzando nei poveri l'odio ai ricchi, pretendono si debba abolire la proprietà, e far di tutti i particolari patrimoni un patrimonio comune, da amministrarsi per mezzo del municipio e dello Stato. Con questa trasformazione della proprietà da personale in collettiva, e con l'eguale distribuzione degli utili e degli agi tra i cittadini, credono che il male sia radicalmente riparato. Ma questa via, non che risolvere le contese, non fa che danneggiare gli stessi operai, ed è inoltre ingiusta per molti motivi, giacché manomette i diritti dei legittimi proprietari, altera le competenze degli uffici dello Stato, e scompiglia tutto l'ordine sociale» (n. 3); «Il peggio si è che il rimedio da costoro [i socialisti] proposto è una aperta ingiustizia, giacché la proprietà privata è diritto di natura» (n. 5); «Ed oltre l'ingiustizia, troppo chiaro appare quale confusione e scompiglio ne seguirebbe in tutti gli ordini della cittadinanza, e quale dura e odiosa schiavitù nei cittadini. Si aprirebbe la via agli asti, alle recriminazioni, alle discordie: le fonti stesse della ricchezza, inaridirebbero, tolto ogni stimolo all'ingegno e all'industria individuale: e la sognata uguaglianza non sarebbe di fatto che una condizione universale di abiezione e di miseria. Tutte queste ragioni danno diritto a concludere che la comunanza dei beni proposta dal socialismo va del tutto rigettata, perché nuoce a quei medesimi a cui si deve recar soccorso, offende i diritti naturali di ciascuno, altera gli uffici dello Stato e turba la pace comune. Resti fermo dunque, che nell'opera di migliorare le sorti delle classi operaie, deve porsi come fondamento inconcusso il diritto di proprietà privata» (n.12).

³⁹⁶ RAUSCHER A., *Uomo, lavoro, capitale nella dottrina sociale della Chiesa*, in *A cento anni dalla Rerum novarum. Continuità, modernizzazione, etica del progresso*, Milano, 1991, p. 99, ritiene che la concezione individualistica cristallizzata nei documenti rivoluzionari francesi e nel *Code Napoleon* fosse in «grossolana contrapposizione con la visione cristiana della proprietà e dell'ordinamento della proprietà», richiamandosi alla dottrina tomistica secondo la quale l'uomo non è libero nel godere dei beni materiali, ma è piuttosto tenuto a rispondere di fronte a Dio del loro utilizzo; l'Autore sottolinea come la dottrina di S. Tommaso non solo abbia stimolato l'impiego produttivo delle risorse economiche, ma altresì abbia assicurato «l'obiettivo di garantire il sostentamento migliore possibile degli uomini con beni e servizi» sia nel senso di «condividere con i poveri e i sofferenti ciò che per sé stessi è in esuberanza (Superfluum)» sia nel senso di imprimere «la direzione in senso sociale della produzione e della distribuzione». Infatti, il principio fondamentale che animava l'enciclica del 1891 era l'affermazione secondo cui il compito primario dello Stato era di provvedere alla prosperità tanto pubblica quanto privata, superando così la concezione astensionista dello Stato liberale. Vedi anche SALVI C., *La Rerum Novarum 120 anni*

l'affermazione della funzione sociale della proprietà, da attuare in concreto, al fine di attenuare le disparità sociali mediante misure in favore ai meno abbienti ed anche nell'ottica della diffusione della piccola proprietà³⁹⁷.

In particolare, rispondendo alla questione operaia, la funzione principale della proprietà è la difesa dei lavoratori³⁹⁸ e viene considerata dalle classi operaie emergenti come il perno del sistema liberale da superare, finisce per non costituire più il fulcro dell'ordinamento giuridico assumendo sempre più rilevanza il suo aspetto sociale e il suo valore solidaristico.

5.3. Funzione sociale della proprietà privata nei lavori dell'Assemblea Costituente.

Con la Costituzione Repubblicana l'idea della dimensione sociale della proprietà trova la sua definitiva consacrazione. La clausola, lungi dall'essere una formula vuota, è "*bidirezionalmente limitativa*³⁹⁹"; da un lato l'inserzione della funzione sociale nella struttura del diritto soggettivo determina un superamento del modello individualistico ed il necessario contemperamento del diritto del proprietario con quello dei terzi; dall'altro il legislatore non è libero nello svolgere il compito di configurare i modi d'acquisto, di godimento ed i limiti della proprietà, dovendosi piuttosto adeguare ai (ed anzi sviluppando i) canoni della «funzione

dopo, in *Iustitia*, 2011, p. 354, sottolinea come la legittimità dell'intervento dello Stato al fine di «concorrere al benessere dei proletari» sia una delle principali novità della *Rerum Novarum*.

³⁹⁷ Nella *Rerum novarum*, n.14, le disparità sociali sono concepite come una condizione ineliminabile dell'umanità, attenuabili solo mediante l'opera della Chiesa, dello Stato e delle associazioni di lavoratori e padroni. *Rerum novarum*, n. 7, «La terra, per altro, sebbene divisa tra i privati, resta nondimeno a servizio e beneficio di tutti, non essendovi uomo al mondo che non riceva alimento da essi» e n. 19, «Ma se inoltre si domandi quale debba essere l'uso di tali beni, la Chiesa per bocca del santo Dottore [San Tommaso] non esita a rispondere che, per questo rispetto, l'uomo non deve possedere i beni esterni come propri, bensì come comuni, in modo che facilmente li comunichi all'altrui necessità. [...] Nessuno, Certo, è tenuto a soccorrere gli altri con le cose necessarie a sé e ai suoi, anzi neppure con ciò che è necessario alla convivenza e al decoro del proprio stato, perché nessuno deve vivere in modo non conveniente. Ma soddisfatte le necessità e la convenienza è dovere soccorrere col superfluo i bisognosi». *Rerum novarum*, n. 35, «Poiché abbiamo dimostrato che l'inviolabilità del diritto di proprietà è indispensabile per la soluzione pratica ed efficace della questione operaia. Pertanto le leggi devono favorire questo diritto, e fare in modo che cresca il più possibile il numero dei proprietari. Da qui risulterebbero grandi vantaggi, e in primo luogo una più equa ripartizione della ricchezza nazionale».

³⁹⁸ *Rerum novarum*, n. 17, «Principalissimo poi tra i loro doveri [dei padroni] è dare a ciascuno la giusta mercede [...]. Da ultimo è dovere dei ricchi non danneggiare i piccoli risparmi dell'operaio né con violenza né con frodi né con usure manifeste o nascoste; questo dovere è tanto più rigoroso, quanto più debole e mal difeso è l'operaio e più sacrosanta la sua piccola sostanza. L'osservanza di questi precetti non basterà essa sola a mitigare l'asprezza e a far cessare le cagioni del dissidio?».

³⁹⁹ PALADIN L., *op. cit.*, 689.

sociale» e della «accessibilità a tutti» previsti in Costituzione.

Come accennato, questa formula è molto discussa e non pochi problemi ha creato all'interprete circa la sua definizione ed in questo parrebbe confermata la battuta che Einaudi fece in sede costituente: «vedo che l'Assemblea è propensa ad introdurre nei testi legislativi parole le quali non hanno un significato preciso e su cui i commentatori avranno in avvenire ampio campo a discutere» ed aggiungeva «auguri, che in avvenire si riesca a scoprire il significato delle parole che oggi non si conosce⁴⁰⁰».

La scelta, infatti, di introdurre nel testo costituzionale la formula di funzione sociale è stata una scelta di compromesso⁴⁰¹ di una pluralità di tradizioni giuridiche e culturali⁴⁰².

Per comprendere la portata e l'influsso delle idee, soprattutto d'ispirazione cattolica presenti nell'assemblea costituente è utile passare in rassegna i testi elaborati dalla III Sottocommissione.

Nella seduta del 13 Maggio 1946 l'On. Ghidini, parlando come presidente della III Sottocommissione metteva in evidenza come: «la funzione sociale della proprietà ha un posto di primo piano sì che l'interesse sociale della proprietà è o alla pari o preminente sull'interesse individuale o particolare». Partendo da questa premessa, respingeva a nome della Sottocommissione un emendamento dell'On. Corbino il quale affermava che: «la proprietà privata è garantita entro i limiti e

⁴⁰⁰ Di genericità del concetto parlava anche Luigi Einaudi nella seduta antimeridiana del 13 maggio 1947 dell'Assemblea costituente, nella quale affermava: «Il primo emendamento all'articolo 39 da me presentato si limitava a togliere le parole: « in contrasto con l'utilità sociale o ». Ma poiché vedo che l'Assemblea è propensa ad introdurre nei testi legislativi parole le quali non hanno un significato preciso e su cui i commentatori avranno in avvenire ampio campo a discutere, su questo punto preciso non insisto. Avevo già imparato che nelle Costituzioni di oggi si usano indicare principî ed additare indirizzi per l'azione successiva del legislatore. Apprendo ora che, oltre ad indicare principî ed indirizzi per il legislatore futuro, si formulano anche auguri, che in avvenire si riesca a scoprire il significato delle parole che oggi non si conosce».

⁴⁰¹ C'è chi, al contrario, ritiene che il medesimo 'compromesso' sia da valutare negativamente come ' non-decisione ', che a sua volta è rappresentabile, in questa linea, come l'origine incerta di una Repubblica per questo motivo costituzionalmente fragile. Tale valutazione fa emergere i limiti della Costituzione e sostiene dunque la necessità di un'ampia riforma della Costituzione medesima. FIORAVANTI M., sito web: http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-26/13-10-2008/FIORAVANTI_60-Costituzione_2-3_10_08.pdf

⁴⁰² E' incontrovertibile come l'art. 42 Cost. rappresenti una felicissima sintesi - in una logica di alto e ragionevole compromesso, inteso come attenuazione delle contrapposizioni e armonizzazione delle distinzioni - di ideologie e culture differenti, ma radicate nel nostro tessuto sociale e che trovavano il proprio punto di incontro nella critica alla centralità del diritto di proprietà nel sistema ed alla identificazione tra proprietà e libertà, proponendone, con diverse impostazioni e strumenti, il superamento: il pensiero sociale cristiano, il pensiero liberale, il pensiero marxista, il pensiero socialista ed anche, per certi aspetti, il pensiero fascista.

con l'osservanza degli obblighi che l'ordinamento stabilisce anche allo scopo di assicurarne la funzione sociale” dove quell' *anche* indicava chiaramente la volontà di trasformare la funzione sociale da momento caratterizzante l'intera disciplina costituzionale della proprietà in elemento solo eventuale.

Sempre in III Sottocommissione, l'On. Taviani scrive che proprietà viene garantita allo scopo di consentire la libertà e l'affermazione della persona umana. Nell'ottica cristiana l'esistenza di una proprietà privata era garanzia della libertà dell'individuo ma come aveva dichiarato Taviani in Assemblea Costituente: « c'è un diritto naturale di proprietà privata, ma, oltre al diritto naturale della proprietà privata, c'è anche il diritto di tutti all'uso dei beni. Ambedue sono diritti naturali e fondamentali nell'ordine economico della società. Non si può negare né l'uno né l'altro. Ed allora abbiamo che, fissato il principio di diritto generale ed astratto della proprietà privata, la legge positiva lo deve contenere perché la destinazione dei beni della terra all'uso comune è primaria rispetto al diritto di proprietà privata. Quindi la proprietà privata — fermo restando il suo carattere privato — assume una duplice funzione: personale e sociale. Personale, in quanto a fondamento di essa sta l'esigenza di garantire la libertà e l'affermazione della persona; sociale, in quanto l'affermazione della persona umana non è concepibile al di fuori della società, senza il concorso della società, e in quanto è primaria la destinazione dei beni materiali a vantaggio di tutti gli uomini».

Egli propone l'adozione della seguente formula: «(...) Allo scopo di garantire la funzione personale e la funzione sociale della proprietà privata e la possibilità per tutti di accedervi con il lavoro e con il risparmio, la legge determinerà le norme che ne regolano l'acquisto e il trasferimento, i limiti di estensione e le modalità di godimento” e mettendo in evidenza la natura compromissoria di tale formula affermava che: “per tal via viene superata la tradizionale base individualistica della proprietà affermando così un modello nel quale l'interesse sociale è di servizio». La proposta veniva riformulata in corso di discussione, nel senso ancora più esplicito per cui: «l'esercizio del diritto di proprietà non potrà essere in contrasto con gli interessi del lavoro ed i programmi economici dello Stato (o della collettività), in modo da recare pregiudizio alla proprietà altrui, alla

sicurezza, alla libertà, alla dignità umana⁴⁰³».

Di tutto ciò alla fine, nel testo approvato dalla III Sottocommissione il 27 Settembre del 1946, come modificato della seduta del 1° Ottobre del 1946, rimane ben poco: «La proprietà privata è garantita e riconosciuta dallo Stato. La legge ne determinerà i modi d'acquisto e di godimento e i limiti, allo scopo di farle assumere funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

Nella parallela discussione che si svolgeva in I Sottocommissione si parla di necessità che fosse garantita dalla Costituzione quella che Togliatti qualificava: «la proprietà personale, ossia quel minimo di proprietà necessaria per l'esistenza, che permetta di realizzare una dignità effettiva e non astratta della persona». Questa necessità viene trasfusa nel seguente testo approvato dalla I Sottocommissione che proviene da una proposta avanzata da Dossetti e Togliatti: «(...)la proprietà privata, frutto del lavoro e del risparmio, viene riconosciuta al fine di garantire la libertà e lo sviluppo della persona e della sua famiglia. Allo scopo di rendere la proprietà personale accessibile a tutti, di coordinare le attività economiche nell'interesse collettivo e di assicurare quindi in concreto il diritto al lavoro e ad una vita degna per tutti i cittadini, la legge: determina i modi di acquisto e di trasferimento, i limiti di estensione e le modalità di godimento della proprietà privata e della terra e degli altri mezzi di produzione (.)».

L'idea di fondo che animava la formulazione della disciplina sulla proprietà risiede nel fatto che il proprietario avrebbe dovuto (come l'imprenditore) compiere scelte orientate alla creazione di equi rapporti economico—sociali favorevoli e necessari allo svolgimento della persona umana. L'accento è posto, in particolare dai costituenti democratico-cristiani, sulla finalizzazione del diritto di proprietà e lo stesso Moro afferma che: «la formula proposta dallo stesso Dossetti tiene conto di una finalizzazione della proprietà privata che risponde all'orientamento di alcuni commissari». I costituenti democratico-cristiani introducono la teoria del finalismo delle libertà e dei diritti (di derivazione giusnaturalista-tomista) che consiste nell'individuazione di un valore fondativo che orienta e limita la libertà individuale⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Riformulazione presentata da Taviani sulla scorta degli elementi emersi in sede discussione nella seduta del 27 Settembre 1946 della terza Sottocommissione, a partire dalla relazione di Pesenti (Gruppo Comunista).

⁴⁰⁴ PIZZOLATO F., *op. cit.* pp. 99-100 e 121-122.

Il principio finalizzatore⁴⁰⁵ è individuato dai costituenti cattolici nel pieno sviluppo della persona umana, il cui svolgimento ha le caratteristiche della relazionalità e solidarietà con la società, contro un'ottica individualista o totalitarista⁴⁰⁶. I diritti, secondo loro sono funzionali al bene comune che, però, “non è un bene separato, sostanzialmente diverso dal bene dei singoli nella loro qualità di membri del corpo sociale⁴⁰⁷”.

In ogni caso, il testo definitivo, non contiene alcun riferimento alla libertà, alla dignità ignorando, così, totalmente quanto elaborato in I Sottocommissione, ma l'inserimento della formula “funzione sociale” all'interno del testo costituzionale, è espressione di istanze sociali, sicuramente diverse da quelle del modello corporativo, le quali, come abbiamo visto, richiamavano l'idea di bene comune propria della Costituzione di Weimar e della dottrina sociale della Chiesa.

5.4. Funzione sociale della proprietà privata e il dato positivo.

Il superamento dell'aspetto individualistico della proprietà, la perdita di centralità nel sistema costituzionale e l'idea della dimensione sociale della proprietà privata sono stati tradotti per la prima volta in una norma fondamentale nella Costituzione di Weimar del 1919⁴⁰⁸, con l'art. 153 dedicato alla proprietà che

⁴⁰⁵ La finalizzazione e la funzionalizzazione dei diritti e delle libertà sembrano due concetti inconciliabili. Della finalizzazione si è detto mentre per quanto riguarda la funzionalizzazione c'è da rilevare che questa coglie un principio superiore alle libertà, ma estrinseco al sistema delle libertà medesime e, così facendo, più che porre le libertà come scaturenti da una medesima sorgente, le ritiene semplicemente inferiori a un valore altro e quindi di fronte ad esso. BARILE P., *L'affermazione delle libertà democratiche dalla Costituente ad oggi*, in AA. VV., *La Costituzione: i principi, la realtà*, Roma, 1976, p. 60 il quale afferma che: «le libertà vanno intese come finalizzate allo sviluppo della persona e dei gruppi (di qualunque genere, di quelli istituzionalizzati come di quelli spontanei a mio fermo parere) e non viste come funzionali allo sviluppo di un regime, sia esso lo stesso regime democratico».

⁴⁰⁶ SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, pp. 158 e 243-245 secondo il quale: «i diritti fondamentali e i valori ad esso veicolati appaiono come strumenti di integrazione materiale nello Stato, sicché non rilevano tanto nel loro contenuto, quanto nella loro funzione rispetto allo stato stesso. L'etica costituzionale diventa dunque un'etica orientata allo Stato e non allo sviluppo della persona umana. La fissazione dello scopo dello stato e del suo ambito di attività, e della posizione dei suoi membri, non sono affatto esigenze fondamentali in quanto l'esistenza formale e la vita dello stato, come la loro garanzia, sono innanzitutto fini a se stessi e con ciò costituiscono l'unico compito fondamentale. Altrettanto poco importa alla costituzione la posizione del membro cittadino, perché lo stato esiste non grazie a questa posizione e ancor meno grazie a questi diritti, ma in quanto fine a sé stesso».

⁴⁰⁷ TOSATO E., *Corpi intermedi e bene comune*, in AA. VV., *Persona e bene comune nello stato contemporaneo, Atti della XXXVI Settimana sociale dei cattolici in Italia*, Roma, 1965, p. 152.

⁴⁰⁸ Offre uno studio approfondito sulla costituzione di Weimar MORTATI C., *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946 e AMIRANTE C., *Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia*, in *Democrazia e forme di governo. Modelli*

afferitava che: «*la proprietà è garantita dalla costituzione*», ma solo nel capo V (rubricato «*la vita economica*») della parte seconda (dedicata a «*i diritti ed i doveri fondamentali dei Tedeschi*»), dopo la tutela di diversi altri diritti⁴⁰⁹.

Nell'art. 153 si trova la previsione secondo cui il «*contenuto*» e i «*limiti*» della proprietà «*sono fissati dalla legge*», di modo che la proprietà era concepita come un diritto positivo del tutto svincolato da qualsiasi residuo della teorica dei diritti naturali preesistenti all'ordinamento giuridico.

La novità contenuta nella Costituzione di Weimar è il terzo comma dell'articolo 153, secondo il quale «*Eigentum verpflichtet*», «*la proprietà obbliga*» ed il suo utilizzo, «*oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*».

Quindi, abbastanza evidente è l'emancipazione della carta fondamentale weimariana rispetto all'ideologia liberale. La proprietà resta garantita dalla Costituzione, ma ha chiari limiti nella legge, non è più un diritto sacro ed inviolabile e soprattutto obbliga il proprietario a sfruttarla, non solo nell'interesse del singolo, ma anche per il raggiungimento del bene comune.

L'articolo in commento è la prima norma fondamentale ad enunciare la funzione sociale della proprietà; principio attento alla necessità di garantire le istanze solidaristiche connaturali alla nascita dello Stato sociale⁴¹⁰.

Esattamente come avverrà in Italia, con la Costituzione del 1948, la proprietà non è più diritto sacro ed inviolabile del singolo, ma diritto funzionalizzato, oltre che agli interessi del proprietario, al benessere della Nazione.

Rientrando all'interno dei confini nazionali, nel nostro ordinamento, di funzione dei beni parla espressamente l'art. 811 del Codice Civile del 1865⁴¹¹ soppresso ad opera dell'art. 3 del D.lgs. luogotenenziale del 14 dicembre 1944, n. 287 che così recita: «*I beni sono sottoposti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica ed alle esigenze della*

stranieri e riforma costituzionale, a cura di GAMBINO S., Rimini, 1997.

⁴⁰⁹ L'art. 153 Cost. Weimar stabilisce che «*La proprietà è garantita dalla Costituzione. Il suo contenuto ed i suoi limiti sono fissati dalla legge. L'espropriazione può avvenire solo se consentita dalla legge e nell'interesse collettivo. Salvo che la legge del Reich non disponga altrimenti, deve essere corrisposto all'espropriato un congruo indennizzo. Le controversie sorte circa l'ammontare del medesimo devono essere sottoposte al giudice ordinario, a meno che la legge del Reich non disponga altrimenti. Le espropriazioni da parte del Reich di beni dei Länder, dei Comuni e delle associazioni di pubblica utilità sono possibili solo dietro indennità. La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*».

⁴¹⁰ MACARIO F., in commento *sub* art. 42 Cost., *Op. Cit.*, p. 869.

⁴¹¹ D'AMELIO M., *Commentario al Codice Civile. Libro della Proprietà*, Firenze, 1942, p. 13.

*produzione nazionale*⁴¹². La sua cancellazione non è stata accompagnata né da alcuna sostituzione né da alcun dibattito sul fondamento ideologico della Sezione I “*Dei beni nell’ordine corporativo*” né tantomeno da un’analisi o dibattito sul suo fondamento e sulle ricadute in seno all’articolato della Sezione III “*Dei beni immobili e mobili*”. Pare che l’urgenza di abrogare il riferimento all’ordinamento corporativo abbia impedito al legislatore dell’epoca di esprimersi sulla soppressione del riferimento alla “*funzione economica del bene*⁴¹³”.

In epoca a noi più vicina, il concetto di “funzione sociale” è insito nella dottrina del periodo fascista degli anni Trenta⁴¹⁴, che proclama il valore sociale della proprietà e accentua il suo lato secondo l’idea che vi è un interesse superiore dello

⁴¹² LUCARELLI F., *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, di LUCARELLI F., PAURA L., Napoli, 2008, p. 170.

⁴¹³ Vedi Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, punto n. 386 in http://www.consiglionazionaleforense.it/grandi/8-Libro_Terzo_della_Proprieta.pdf. Il libro della proprietà si apre con il titolo “Dei beni” diviso in due capi, dei quali il primo tratta dei beni in genere e il secondo dei beni in relazione alla loro appartenenza allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici. Il primo capo è, a sua volta, diviso in tre sezioni: *Dei beni nell’ordine corporativo*, *Dei beni immobili e mobili*, *Dei frutti*. L’art. 811, dichiarando che i beni sono soggetti alla disciplina dell’ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale, pone in evidenza il criterio fondamentale di distinzione dei beni nel nostro ordinamento, desunto dalla importanza dei beni stessi nell’economia produttiva della Nazione. In tutti i diritti positivi, com’è noto, si ritrova una partizione fondamentale dei beni con riguardo alla differente funzione economico-sociale a cui sono destinati due gruppi di cose: la partizione, cioè, tra una categoria di beni che hanno preminente importanza sociale e una categoria di beni che hanno, più che altro, interesse individuale. Nella disciplina del codice del 1865 la categoria dei beni d’importanza sociale s’identificava con quella dei beni immobili. Con il progredire dell’economia nazionale, con l’intensificarsi delle esigenze della vita sociale e con l’instaurarsi dell’ordine corporativo, questa tradizionale partizione non rende la fondamentale distinzione dei beni quale si desume dalla considerazione della loro odierna disciplina. Essa è tuttora rilevante sotto vari aspetti e perciò è nel codice. Il criterio di distinzione che emerge dall’art. 811 è quello di beni che interessano la produzione nazionale e beni che servono all’uso o al godimento individuale. E’ rispetto ai primi che si esplica la disciplina caratteristica dell’ordinamento corporativo: la loro importanza nella conservazione e nell’accrescimento delle energie economiche della Nazione importa non soltanto maggiori limitazioni dell’autonomia privata, ma obblighi di carattere positivo, conforme all’interesse della collettività, con cui quello individuale deve coordinarsi. Rispetto a tali beni la proprietà assume una configurazione nella quale riescono modificate le note fondamentali di pienezza ed esclusività del diritto dichiarate nella definizione e meglio emerge quell’aspetto di diritto-dovere, pur dichiarato nella definizione stessa (art. 832); la quale, richiamando limiti e obblighi all’ordinamento giuridico in genere, ha riferimento particolare all’ordinamento corporativo per ciò che riguarda i beni che interessano la produzione nazionale. In molti casi l’interesse dell’economia nazionale non oltrepassa la fase di produzione di dati beni e non si estende al successivo uso dei medesimi da parte dei singoli a cui sono acquisiti. In altri casi la disciplina corporativa contempla la circolazione o la distribuzione dei beni: il che pure l’art. 811 esprime richiamando più in generale la loro funzione economica. È evidente il profilo eminentemente economico, che determina tutto un regime speciale dei beni, il quale trova larga espressione appunto nell’ordinamento corporativo, vada distinto altro profilo pur d’interesse sociale, quale si riscontra particolarmente nei beni di demanio pubblico o patrimoniale indisponibili o nelle cose d’interesse storico o artistico, dandosi luogo ad altre distinzioni dei beni che sono di seguito considerate.

⁴¹⁴ Sulla disciplina fascista della proprietà come momento di contatto fra pubblico e privati in. GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari, 2007, pp. 267 ss.

Stato che è superiore alla persona. Così che lo Stato corporativo ha il compito di: “assicurare l’integrazione e il potenziamento delle forze ed iniziative individuali in senso nazionale⁴¹⁵”.

Il riferimento alla funzionalizzazione della proprietà la ritroviamo nelle dichiarazioni VII e IX della Carta del lavoro del 1927⁴¹⁶. La dichiarazione VII non si riferisce alla proprietà ma alla «iniziativa privata nel campo della produzione», affermando che lo Stato la considera come «lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione» e prescrive che «l’organizzatore dell’impresa è responsabile dell’indirizzo della produzione di fronte allo Stato», in quanto «l’organizzazione privata della produzione è una funzione di interesse nazionale».

La formula “funzione sociale della proprietà” è stata inserita, inoltre, nell’art. 18 del Progetto preliminare del Libro delle Obbligazioni del 1936⁴¹⁷, per esservi poi espunta⁴¹⁸.

Infine, a conclusione di questa breve disamina, è da rilevare che anche il codice civile del ’42 ha tenuto presente che la proprietà, trasformatasi ormai da proprietà fondiaria, essenzialmente statica, a proprietà dell’impresa, essenzialmente

⁴¹⁵ GATTI S., *Dalla concezione individualistica alla concezione fascista della proprietà privata*, in AA. VV., *La concezione fascista della proprietà privata*, op. cit., p. 32.

⁴¹⁶ Su cui, in particolare, Cfr. BALZARINI R., *Il concetto di proprietà nello Stato corporativo*, in AA. VV., *La concezione fascista della proprietà privata*, a cura della Confederazione Fascista dei Lavoratori dell’Agricoltura, 1939, pp. 93-94, il quale ritiene che «l’imprenditore e l’aspetto dinamico della proprietà», oggetto della disposizione in parola, «rappresentano precisament quanto v’è di sociale di maggior rilievo e di più altra valutazione» nella disciplina della proprietà.

⁴¹⁷ La Relazione al Re che accompagna il testo definitivo del libro terzo del nuovo codice civile chiarisce che «la nostra dottrina contrappone alla figura del *citoyen* della Rivoluzione francese quella concreta ed emergente del *produttore*, della persona che partecipa attivamente con la propria azione individuale all’azione comune di sempre maggior aumento della potenza e del benessere della Nazione, che è la potenza e il benessere di tutti» (n. 13), giungendo ad affermare che «la proprietà è riconosciuta e protetta perché è considerata come lo strumento più efficace e più utile per la produzione. [...] I beni devono essere diretti alla produzione e il proprietario non può impiegarli ai fini puramente egoistici, ma deve usarli in modo che producano la propria utilità e concorrano al raggiungimento di quei fini unitari» (n. 23).

⁴¹⁸ Le critiche alla sua introduzione si appuntavano principalmente intorno: alla presunta trasformazione di tale diritto soggettivo in interesse legittimo, all’inutilità di una formula il cui significato si sarebbe limitato a riassumere i limiti già presenti nel codice, nonché, al pericolo di una riduzione della certezza del diritto, in conseguenza dell’importanza dell’intervento amministrativo e giurisdizionale che in materia si sarebbe per tal via autorizzato. Queste preoccupazioni portarono allora all’abbandono della proposta di inserire nella lettera della legge un riferimento alla funzione sociale, con la conseguenza di riaffermare il carattere tendenzialmente assoluto della signoria del proprietario. Inoltre vi era il timore da parte del regime fascista che una clausola dal tenore così vago e indeterminato fosse una possibile causa d’insicurezza ed instabilità e che potesse minare alla base l’essenza coercitiva delle norme corporative. Erano dunque problemi di compatibilità con l’ordinamento corporativo a mettere da parte la funzione sociale.

dinamica e attiva, svolge una specifica funzione sociale⁴¹⁹ sia pur sotto un profilo ideologico e giuridico ben diverso da quello assegnatogli poi dalla Costituzione, che consiste nel ritenere che un'accresciuta produzione e circolazione dei beni avrebbe avuto un ruolo fondamentale nel favorire il benessere complessivo della società⁴²⁰.

Il dibattito sulla codificazione del diritto civile del '42 segna un cambiamento di prospettiva, nonostante si sia scelto di non fare alcun espresso riferimento alla funzione sociale della proprietà (solo nella disciplina codicistica del lavoro e dell'impresa l'elemento funzionalistico era declinato nel richiamo, contenuto nell'art. 2104 cod. civ., all'«interesse superiore della produzione nazionale»), si era consolidata l'idea che l'elemento sociale non è una restrizione al diritto illimitato dal proprietario ma piuttosto “la ragione della tutela accordata dall'ordinamento (fascista) alla proprietà” e che “funzione sociale vuol dire che la proprietà deve essere utile alla società”.

Per concludere, La proprietà precostituzionale è il frutto di una lunga evoluzione che ha valorizzato alternativamente il momento individuale e quello collettivo e sociale del diritto; entrambi sono sempre stati necessariamente compresenti nella concezione della proprietà, salvo dare preferenza, nei diversi momenti storici, all'uno piuttosto che all'altro. Così, da ultimo, al trionfo dell'ideologia individualistica borghese tipica dell'Ottocento ha fatto seguito un ridimensionamento della centralità della proprietà privata nell'ordinamento

⁴¹⁹ Di funzione sociale del diritto di proprietà parla già a fine Ottocento CIMBALI E., il quale nel suo, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione vigente*, III ed., Torino, 1885, p. 189, afferma che: «la proprietà oltre che diritto e più che semplice diritto individuale, è altissima funzione sociale» e GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 306 ss. nota che: «nella cultura borghese la proprietà era indifferente a funzioni; aveva soltanto un fine, non aveva una funzione, o almeno questa, se c'era, circolava esternamente e la toccava dal di fuori. Il messaggio dei giuristi degli anni Trenta (primo fra tutti Finzi) era stato invece contrassegnato dal tentativo riuscito di mutare la funzione da dimensione esterna a dimensione interna. E lo strumento era stato l'inversione dell'angolo d'osservazione: protagonista non veniva più ad essere il soggetto ma la cosa, meglio, il bene, la cosa produttiva. La robusta, continua riflessione di Salvatore Pugliatti – che è la più cospicua rimediazione sulla proprietà degli anni del dopoguerra- riafferma con decisione – più di quanto non fosse stato prima fatto dal civilista siciliano- la scelta del punto di vista oggettivo analizzando minutamente le qualità diverse dei beni provocanti diversi statuti e consolidando poi in una sistemazione teorica le intuizioni precedenti».

⁴²⁰ Come ben nota BIGLIAZZI GERI L., *Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, p. 521: «è questo, dunque, il senso del sociale che emerge dalla (codificazione), lo scopo cui sembra tendere la codificazione: il potenziamento della produzione nazionale, che non è certo posta nelle mani della collettività, ma di chi detiene e aziona, utilizzando all'effetto la forza-lavoro, le leve del potere economico».

giuridico fino alla deviazione produttivistica imposta dal legislatore fascista; nella forma, però, l'impronta borghese della proprietà è rimasta impressa nel «diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo» di cui all'art. 832 del codice civile del 1942⁴²¹, senza alcun richiamo alla funzione sociale.

Come vedremo, la sintesi costituzionale riaccenderà di nuova luce questa norma.

5.5. Funzione sociale della proprietà privata: tentativi definitivi.

Come abbiamo visto in precedenza, l'affermazione della funzione sociale della proprietà costituisce ciò che ha radicalmente modificato le caratteristiche del diritto di proprietà introducendo una significativa novità, ossia, la valorizzazione dell'impronta solidaristica della proprietà⁴²² che segna il superamento della concezione individualistica del diritto.

C'è da rilevare, però, che dinanzi alla clausola, la reazione degli interpreti non è univoca. Una parte della dottrina qualifica la formula come oggettivamente complessa⁴²³, sfuggente, ambivalente, quando non addirittura equivoca⁴²⁴. Qualche autore intende la funzione sociale quale limite esterno al diritto di proprietà ed altri, invece, la considerano come limite interno al diritto e all'attività legislativa che è legata, nella scelta di scopi e mezzi, alla realizzazione del fine costituzionale⁴²⁵.

In questo paragrafo cercheremo di mettere in luce (una parte) delle interpretazioni che sono state fornite della formula a partire dal periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione.

⁴²¹ PERLINGERI P., *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Camerino, 2011, p. 65, ragiona di un'ispirazione del codice del 1942 bensì solidaristica, ma di carattere solo produttivo ed economico e non invece personalistico.

⁴²² Sulla funzione sociale come principale novità della disciplina costituzionale della proprietà, PALADIN L., *Il diritto e la funzione della proprietà fondiaria nell'Italia di oggi*, cit., 12.

⁴²³ PERLINGERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, op. cit., pp. 70 ss.. L'Autore nota come la proprietà: «non è soltanto e sempre un diritto soggettivo ma è una situazione giuridica soggettiva complessa, sostanziata appunto di facoltà nell'interesse proprietario...e di situazioni passive per lo stesso proprietario».

⁴²⁴ BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 280. L'Autore afferma che: «La difficoltà di risolvere in un chiaro insieme di proposizioni normative la complessa (e per molti autori equivoca) strategia disposta dal Costituente nell'art. 42 Cost. ma già nell'art. 41 Cost., in materia di proprietà e di iniziativa economica provata, appariva con estrema evidenza nella posizione di chi rifiutava addirittura di porsi il problema della compatibilità sistematica fra la proprietà come diritto soggettivo e la funzione sociale alla quale il Costituente disponeva che la prima potesse, con legge, esser piegata».

⁴²⁵ Queste tesi sono state espresse e riprese, con vario intreccio, da diversi Autori cosicché è difficile stabilire una precisa paternità delle stesse.

Queste interpretazioni della funzione sociale possono definirsi di rottura degli schemi tradizionali e sono volte a condurre il discorso sulla proprietà in una dimensione sociale, che supera la prospettiva individualistica della proprietà.

Una parte della dottrina, infatti, dà rilievo all'inerenza della funzione sociale al contenuto interno del diritto. In base a tale interpretazione la funzione sociale non è un temperamento esterno al diritto di proprietà, ma parte integrante della sua struttura giuridica. Secondo tale teoria non deve essere considerata come una formula riassuntiva dei molteplici limiti che, dall'esterno, il legislatore può imporre all'autonomia dei privati, bensì un elemento caratterizzante la struttura interna dell'istituto. In altri termini, la funzione sociale influisce sullo statuto giuridico della proprietà di determinate categorie di beni, nel senso che impone al legislatore, all'atto di regolamentare le situazioni di appartenenza, di tenere in considerazione anche gli interessi sociali che, nelle specifiche fattispecie, entrano in gioco: in tali casi il legislatore deve realizzare un'attenta ponderazione tra l'interesse individuale e quello sociale in relazione alle caratteristiche dei beni⁴²⁶.

Altri autori giungono a negare addirittura il legame tradizionale tra proprietà privata e diritto soggettivo⁴²⁷ per proporre, in luogo di esso, un potere-dovere da esercitarsi nell'interesse non del titolare ma della società nel suo complesso⁴²⁸ attribuendo un potere al legislatore di conformare il contenuto della proprietà *“quale che sia l'interesse del suo titolare, assumendo come unico punto di riferimento l'interesse sociale della collettività”*⁴²⁹. Ancor più radicalmente, un'altra interpretazione ritiene che l'interesse del privato non sia richiamato neppure implicitamente dall'art. 42, comma II, Cost., dal momento che il legislatore deve attuare il dettato costituzionale al fine di assicurare la “sola” funzione sociale della proprietà⁴³⁰.

⁴²⁶ ROLLA G., *op. cit.*, p. 216.

⁴²⁷ LUCIANI M., *Corte Costituzionale e proprietà privata, op. cit.*, p. 1349: «tanto l'identificazione della proprietà con la libertà, quanto la definizione della proprietà come dominio assoluto risultano fuorvianti proprio in quanto sono irrelate con il concreto evolversi ed essere dei rapporti giuridici e con la realtà storica, inidonee nella loro assoluta immutabilità ad adattarsi ai mutamenti dell'ordinamento giuridico e della società civile, insensibili all'affermazione di nuovi valori ed alla dinamica dei rapporti tra forze politico economiche».

⁴²⁸ RODOTA' S., *Il sistema costituzionale della proprietà, op. cit.*, p. 112 il quale afferma che: «storicamente, il ricorso alla funzione sociale serve ad individuare una dimensione in cui la crescita della compressione dei poteri proprietari per effetto dell'intervento dello stato si accompagna alla consapevolezza che ciò accade per la necessità di realizzare interessi in largo senso pubblici forme diverse da quelle tradizionalmente adoperate».

⁴²⁹ RODOTA' S., *Il terribile diritto, op. cit.*, p. 331.

⁴³⁰ MOSCARINI A., *op. cit.* p. 83.

Questi autori, si riferiscono al proprietario pensandolo come funzionario pubblico nel senso che: «egli è investito di un mezzo economico che deve saper adoperare e che è obbligato ad usare nell'interesse pubblico. La proprietà è diventata un dovere sociale, una funzione sociale⁴³¹». Rispetto a questa tesi c'è da rilevare che la proprietà ha una funzione sociale ma non è solo questo⁴³².

In particolare, qualche autore ha fatto rilevare come la formula “funzione sociale” non sia equivalente né a “pubblico interesse”, né a “interesse generale” ma che, questa sia sinonimo di “conformità ai fini sociali⁴³³” nel senso più ampio del termine, come volti al soddisfacimento del benessere economico collettivo, e anche alla realizzazione di tutte le finalità impresse in Costituzione.

In questa prospettiva si pongono in luce tutti gli elementi di cesura rispetto agli schemi del passato individuando nella funzione sociale non solo la garanzia del diritto del privato che ne legittima l'uso, ma anche un vincolo di scopo posto al legislatore. La formula è considerata concetto-valvola⁴³⁴ (o elastico) capace di incidere sulla tradizionale concezione codicistica dell'istituto e le forme di tale

⁴³¹ In un caso isolato la giurisprudenza costituzionale è sembrata pensare al proprietario come ad un soggetto investito di una funzione di rilievo pubblicistico, mediante l'utilizzo di espressioni che sembrano rivelatrici di un'implicito orientamento del collegio: Corte cost., sent. n. 20 del 1967, laddove la Corte – nel decidere, nel senso dell'infondatezza, avente ad oggetto una disposizione (art. 45, R.D. n. 1443 del 1927) che consente allo Stato di sottrarre al proprietario, senza indennizzo, la disponibilità del suolo sul quale si trovi una cava o una torbiera quando il proprietario non abbia intrapreso la coltivazione della cava o torbiera o non vi abbia dato sufficiente sviluppo – afferma che «la coltivazione delle cave assolve a fini di utilità generale come quella delle miniere; per cui, nel diritto accordato al proprietario del fondo sulla cava che vi affiora, si immedesima una destinazione che lo fa divenire mezzo di realizzazione di un interesse pubblico, e sostanzialmente lo affievolisce». La consolidata giurisprudenza della Corte, tuttavia, si è espressa secondo una prospettiva affatto diversa: cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 252 del 1983, che dichiara non fondate talune questioni relative a diverse disposizioni della cd. legge sull'equo canone che considerano il contratto di locazione come contratto a tempo determinato, facendo cessare il relativo rapporto allo spirare del termine finale pattuito convenzionalmente o stabilito dalla legge, affermando, tra l'altro, che l'art. 42, comma 2, Cost. «non ha, come pure si è sostenuto da una parte della dottrina, trasformato la proprietà privata in una funzione pubblica»; la Costituzione, infatti, «ha chiaramente continuato a considerare la proprietà privata come un diritto soggettivo, ma ha affidato al legislatore ordinario il compito di introdurre, a seguito delle opportune valutazioni e dei necessari bilanciamenti dei diversi interessi, quei limiti che ne assicurano la funzione sociale».

⁴³² Nello stesso senso sembra esprimersi la Corte cost., quando, con la sent. n. 38 del 1959, ragiona delle limitazioni alla proprietà privata derivanti dall'obbligo di osservare le distanze nelle costruzioni (nel caso di specie la q.l.c. risolta dalla Corte con una dichiarazione di infondatezza concerneva, in particolare, l'inciso dell'art. 875 c.c. che consente la comunione forzosa del muro che non si trovi sul confine anche qualora il muro si trovi «a distanza minore della metà di quella stabilita dai regolamenti locali») osservando che esse sono stabilite «anche per fini di interesse generale, che si ricollegano alla funzione sociale della proprietà».

⁴³³ LUCIANI M., *Corte Costituzionale e proprietà privata*, op. cit., pp. 1933-1934.

⁴³⁴ Così PALADIN L., *Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 412, AA.VV., *Enciclopedia del diritto. Annali*. Volume 2, Torino, 2008, p. 193.

incisione potranno variare a seconda dei mutamenti della realtà sociale⁴³⁵, di cui il legislatore di fa interprete, così come rilevato dalla Corte Costituzionale che ritiene mutevole il diritto dominicale coerentemente con le convinzioni e le richieste del momento storico⁴³⁶.

In altri termini, se l'intervento del legislatore, unico interprete delle esigenze sociali, è indispensabile per determinare l'effettivo valore della formula (caso per caso e di momento in momento), ciò non toglie che esso trovi, già, in Costituzione, alcuni elementi guida e cioè alcune indicazioni che, pur se non valgono ad identificare in concreto il significato di detti principi, ne tratteggiano le caratteristiche generali, riducendo la discrezionalità del legislatore che non può pervenire al punto di annullare il contenuto minimo di essa.

Questa ricostruzione, seppure sommaria, appare una conferma del fatto che della funzione sociale non si possa dare una definizione generale ed astratta, ma si possano solo tratteggiare i suoi aspetti più lati. Un'altra indicazione che emerge è quella che ci permette di verificare che il dettato costituzionale inserisce la proprietà e le sue ragioni tradizionali all'interno di quel complesso bilanciamento di principi – non scevro di tensioni e conflitti – da cui nasce la stessa Costituzione.

5.6. Le nuove frontiere della funzione sociale della proprietà privata.

Come abbiamo visto, la proprietà privata nel testo costituzionale è un diritto passibile di compressioni, qualora venga a trovarsi in conflitto con quei diritti inviolabili garantiti come principi fondamentali negli articoli della Costituzione e funzionali al pieno sviluppo della persona umana.

In questo senso, alla luce dei nuovi scenari normativi e sociali, è maturato in tempi recenti il tentativo di ripensare il concetto di proprietà e della locuzione funzione sociale. Si pensi al fatto, che oggi l'architave del nostro sistema economico-costituzionale non trova più il suo baricentro nell'art. 3, comma II,

⁴³⁵ Come argomenta LUCIANI M., *Corte Costituzionale e proprietà privata*, op. cit., p. 1394, afferma: «posto che la Costituzione abbia di mira un modello di società *in fieri*, un dover essere, “sociale” è da intendersi come epifania di una società intiera, vista nel suo pluralismo di insieme, colta dal costituente non solo nella complessità dei rapporti e delle situazioni non omogenee che la compongono, ma anche nel suo (necessario) divenire in funzione dei fini fondamentali tracciati dagli artt. 3 e 4, e ribaditi dall'intera Carta»; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, pp. 1112 ss.

⁴³⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale del 29 Maggio 1968, n. 55.

Cost.⁴³⁷, ma sta nel nuovo art. 81 Cost. che stabilisce il principio di pareggio di bilancio statale. Sembra dunque essersi capovolta la prospettiva d'analisi della proprietà e della funzione sociale; quindi se fino agli anni '90 il diritto costituzionale, in qualche modo funzionalizzava l'azione dei soggetti economici ai valori della persona (dignità umana) e dell'uguaglianza sostanziale, oggi, siamo di fronte ad un modello economico in cui, per poter garantire i diritti sociali, (che sono la caratteristica principale del costituzionalismo del dopoguerra) siamo costretti a bilanciare esigenze inderogabili di tutela della persona e della dignità umana con principi di contabilità pubblica. Anche per tali ragioni (oltre alla crisi economica del 2008) è maturato il tentativo di considerare attentamente forme di proprietà altre, che si pongono al di là del dualismo proprietà pubblica e proprietà privata. In particolare la società civile chiede di “affrontare, in una prospettiva critica nettamente interdisciplinare, la grande questione di come utilizzare al meglio, nell'interesse della collettività i beni e le attività della proprietà, ovvero le risorse che appartengono a tutti noi in quanto cittadini”⁴³⁸ .

In primo luogo, queste istanze si riflettono sull'emergere di una certa “urgenza scientifica” sul tema dei beni comuni. Basti pensare alle più recenti proposte di riforma del Codice Civile⁴³⁹ per la modificazione dello statuto giuridico

⁴³⁷ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del convegno di Roma, 26-27 Aprile 2012, Napoli, 2012, a cura di BENVENUTI M.-ANGELINI F.,

⁴³⁸ Il riconoscimento ufficiale di questa tendenza si ha, anche attraverso il conferimento del premio Nobel per l'Economia nel 2009 alla portavoce in questo campo, la politologa Elinor Ostrom; MATTEI U.-REVIGLIO E.-RODOTA' S., *Introduzione. Materiali per un ripensamento critico in Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di MATTEI U.-REVIGLIO E.-RODOTA' S. p.7.

⁴³⁹ Progetto di disegno di legge delega della cd. Commissione Rodotà istituita presso il Ministero della giustizia, con decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. Come si evince dalla relazione di accompagnamento alla proposta di disegno di legge, «la riforma si propone di operare un'inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va dai regimi ai beni, l'indirizzo della Commissione procede all'inverso, ovvero dai beni ai regimi. L'analisi della rilevanza economica e sociale dei beni individua i beni medesimi come oggetti, materiali o immateriali, che esprimono diversi fasci di utilità. Di qui la scelta della Commissione di classificare i beni in base alle utilità prodotte, tenendo in alta considerazione i principi e le norme costituzionali – sopravvenuti al codice civile – e collegando le utilità dei beni alla tutela dei diritti della persona e di interessi pubblici essenziali». In particolare, è stata prevista «una nuova fondamentale categoria, quella dei *beni comuni*, che non rientrano *stricto sensu* nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati. Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali. Sono beni che soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche. La Commissione li ha definiti come cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché

dei beni pubblici, il referendum abrogativo contro la privatizzazione del servizio idrico del 12 e 13 Giugno 2011 e della campagna sul tema dell'acqua "bene comune"⁴⁴⁰. Inoltre, alla luce della trama Costituzionale, una recente sentenza della Corte di Cassazione resa a Sezioni Unite nel 2011⁴⁴¹, interrogandosi sulla natura demaniale o meno delle valli da pesca della laguna di Venezia ha offerto un grande contributo alla definizione di "bene comune" affermando un principio coerente con il dettato della Carta.

Ad oggi, il problema delle condizioni d'accesso a determinati beni, come l'acqua e l'aria viene ad assumere un rilievo importante in considerazione della scarsità di questi dovuta a vari fattori, tra cui il progresso della scienza e della tecnologia, Questo rende possibili forme d'utilizzazione e di esclusione altrimenti precluse, incrementando la scarsità e il valore economico di tali beni.

al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità. Per tali ragioni, si è ritenuto di prevedere una disciplina particolarmente garantistica di tali beni, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. In particolare, la possibilità di loro concessione a privati è limitata. La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato. La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione».

⁴⁴⁰ È stato proprio con il referendum del 13 Giugno 2011 che i beni comuni hanno assunto particolare centralità nel dibattito scientifico. I promotori del referendum hanno, infatti, individuato proprio nell'acqua il prototipo della categoria "beni comuni". Una relazione del progetto e l'articolato di riforma sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia all'indirizzo: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617. Ai nostri fini assume particolare rilievo il punto 3 lettera c) della proposta secondo il quale sarebbe opportuna la «Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato».

⁴⁴¹ Ci si riferisce alla Sentenza 3665/2011 emessa a Sezione Unite dalla Corte di Cassazione civile. In questa sentenza la corte ha ritenuto opportuno utilizzare questa categoria giuridica per risolvere una spinosa controversia con riferimento alle valli lagunari da pesca di Averto.

6. L'accessibilità a tutti del diritto di proprietà. Il diritto "alla" proprietà.

Il secondo obiettivo finalistico posto dall'art. 42. Comma II, Cost., consiste nella prescrizione rivolta al legislatore di veicolare l'intervento conformativo della proprietà privata al fine di renderla accessibile a tutti. Per quanto concerne questa seconda finalità, l'art. 42, comma II, Cost., dispone che la legge deve determinare i modi di acquisto e di godimento della proprietà allo scopo di renderla accessibile a tutti.

Tale clausola esprime la preoccupazione che la proprietà non si concentri in poche mani: la clausola dell'accessibilità a tutti, infatti, non costruisce solo un limite negativo per il legislatore, nel senso di non poter escludere in assoluto la possibilità di divenire proprietari, ma pone soprattutto un obbligo positivo, quello della maggior diffusione possibile della proprietà privata.

A dire il vero, neppure i costituenti si soffermarono troppo sulla questione, alla quale, in sede di discussione generale era stato dedicato solo un accenno fugace dall'On. Perlinger che giudicava l'espressione "*renderla accessibile a tutti*" troppo generosa ed irrealistica, e, per renderla più realistica, proponeva di sostituirla con la formula "*allo scopo di favorirne la diffusione*". La proposta, che in realtà costituiva soltanto una variante riduttiva di quella della Sottocommissione, venne respinta al pari di un emendamento proposto dall'on. Corbino. L'On. Taviani suggeriva la seguente formula "*possibilità per tutti di accedere alla proprietà con il lavoro e con il risparmio*"⁴⁴².

Tale soluzione si attirava molte critiche poiché si sosteneva l'opportunità di mantenere "*largo lo scacchiere delle fonti delle proprietà, accennando sì alle possibilità sociali, ma non precludendo al novero delle fonti stesse*".

Al posto della proposta dell'On. Taviani, veniva proposto dall'On. Fanfani di adottare l'espressione che poi passa integralmente nel testo costituzionale, (espressione più ampia di quella adottata in I Sottocommissione, il cui testo parlava di "*rendere la proprietà personale in concreto accessibile a tutti*" così aderendo all'impostazione dell'On. Togliatti che aveva messo l'accento proprio sulla

⁴⁴² Sempre Taviani. La formula si ispira al progetto di Costituzione francese del 19Aprile 1946, che all'art. 35 prevedeva che alla proprietà "tout homme doit pouvoir y accéder par le travail et par l'épargne".

necessità di distinguere la proprietà dei mezzi di produzione da quella “dei beni di consumo, cioè quella che potrebbe chiamarsi la proprietà personale”). Fanfani aveva sottolineato la rilevanza che poteva assumere la disponibilità di beni in proprietà come “*garanzia elementare della libertà della persona*”. Ci si chiede così se nel testo approvato vi sia un residuo della concezione liberale di proprietà⁴⁴³.

A questo riguardo già Fanfani si era premurato di escludere che la sua versione del nesso tra proprietà e libertà potesse essere ricondotta alla vecchia tradizione ed anzi egli sosteneva che la collocazione della formula nel sistema costituzionale induceva a ritenere che sia assai più corretta una sua ricostruzione che prendeva le mosse dalle molte ed evidenti sue connessioni con norme che esprimono palesi finalità sociali realizzando il dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale scolpito dell’art. 2 Cost.

In ogni caso è da rilevare che la dottrina non si è soffermata approfonditamente sulla rilevanza ed interpretazione di questa locuzione riducendola talvolta a mera esplicitazione di un principio insito in un sistema economico improntato alle regole del mercato e preferendo la tesi della natura pleonastica dell’indicazione normativa.

Ad ogni modo anche questa locuzione presenta una pluralità di letture.

Una prima tesi fa leva sull’argomento secondo cui tale formula deve essere saldata esplicitamente ed è specificazione di uno dei valori fondamentali del nostro sistema costituzionale: l’art. 3, comma II, Cost. che afferma il principio di eguaglianza sostanziale con un intento redistributivo della ricchezza. Alcuni autori, infatti, affermano che “*l’espressione non è che un’iterazione applicata alla materia della proprietà del principio detto di eguaglianza sostanziale dell’art. 3, comma II, Cost.*”⁴⁴⁴. Il pieno sviluppo della persona non può prescindere dalle condizioni economiche e sociali nelle quali è inserita ed uno degli ostacoli (se non il principale) che si possono frapporre alla possibilità di partecipare concretamente alla vita associata è rappresentato proprio dagli squilibri proprietari, che fanno dell’accesso ai beni un privilegio per pochi.

⁴⁴³ L’obiettivo di rendere accessibile a tutti la proprietà evidenzia, secondo RESCIGNO P., *Per uno studio sulla proprietà, op. cit.*, p. 38, una contraddizione del testo costituzionale, il quale da un lato afferma che la proprietà non può essere motivo di discriminazione davanti alla legge, dall’altro, proprio con il prevedere lo scopo dell’accessibilità a tutti, sembra considerare la proprietà come indispensabile compimento della dignità e della libertà umana. Del resto non è mancata in dottrina la posizione di chi, dopo aver ricollegato la formula dell’accessibilità a tutti della proprietà con l’obiettivo del pieno sviluppo della persona ha poi ritenuto che con ciò la Costituzione ristabilisca il rapporto fra proprietà e persona travisato dal pensiero liberale: così A. LENER, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁴⁴ GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà, op. cit.*, p. 471.

Alla luce dell'interpretazione sistematica tra i due articoli, l'eguaglianza ampia a tutte le categorie sociali la proprietà, in un'ottica di superamento della distinzione tra proprietari e non-proprietari⁴⁴⁵ e di disegnare così un diritto alla proprietà.

Una seconda tesi, invece, ricollega l'accessibilità a tutti ad una equa ripartizione della ricchezza o meglio alle forme proprietarie oggetto di una garanzia speciale, le c.d proprietà favorite, quali la proprietà dell'abitazione, quella diretta coltivatrice e quella azionaria., ex art. 47 Cost. Secondo tale tesi lo statuto della proprietà privata è garantito, specialmente quale proprietà personale, dalla clausola contenuta nell'art. 42, comma II, Cost. sottesa anche alla *ratio* dell'art. 47 Cost., con riguardo alle proprietà favorite.

In tal senso la prescrizione contenuta nell'art. 42, comma II, Cost. comporta l'obbligo per il legislatore di non discriminare alcun tipo di categoria sociale all'accesso all'appropriazione privata di beni economici con particolare favore per determinati tipi di proprietà (abitazione, proprietà diretta coltivatrice, investimento azionario) per le quali vi è un'espressa presunzione di utilità sociale⁴⁴⁶.

Del resto, è evidente come il favore espresso in Costituzione per quelle proprietà invece che per altre si giustifichi secondo una prospettiva storica, che guarda ad esse come espressioni della particolare situazione socio-economica del periodo postbellico.

Secondo un'altra lettura proposta dalla dottrina la prescrizione di una proprietà accessibile a tutti, costituirebbe il fondamento di una riserva di proprietà pubblica su determinati beni riservati allo Stato al fine di assicurarne il godimento collettivo: dunque la nozione non sarebbe tanto strumentale alle esigenze di ampliamento delle possibilità di partecipazione del privato quanto funzionale al mantenimento di sfere di godimento dei beni sottratte all'appropriazione individuale e in grado di assicurarne il godimento collettivo⁴⁴⁷.

Le tre tesi appena proposte che considerano l'espressione immersa in un più ricco quadro di riferimenti ci fanno dedurre che la locuzione "accessibilità a tutti"

⁴⁴⁵ MOSCARINI A., *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in *I diritti costituzionali*, a cura di NANIA R.-RIDOLA P., Torino, 2001, pp. 159 ss. L'autore afferma che: «renderla accessibile a tutti può essere intesa sia nel senso del liberalismo giuridico, cioè come venir meno della preclusione del diritto di proprietà a particolari soggetti giuridici, sia nel senso di un comando per il legislatore di procurare le condizioni per un'equa ripartizione della ricchezza».

⁴⁴⁶ MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., p. 1111.

⁴⁴⁷ CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1968.

non consiste in una locuzione pleonastica e vuota ma che essa assume un significato autonomo, sia per le finalità che indica, sia per la diretta relazione che istituisce tra principio di eguaglianza sostanziale e funzione sociale.

7. Proprietà pubblica: i lavori preparatori all'Assemblea Costituente.

L'art. 42 della Costituzione stabilisce al primo comma che la proprietà è *pubblica*⁴⁴⁸ o *privata*; nel secondo periodo l'articolo specifica che “*i beni economici*

⁴⁴⁸ Sul tema la bibliografia è molto ampia. Si veda, senza alcuna pretesa di esaustività: A. BALDASSARRE A., *Proprietà, Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1992; BARCELLONA P., *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1997, pp. 456 ss.; CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; GROSSI P., *Proprietà (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 226 ss.; GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, pp. 603 ss.; IANNELLI A., *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1980; SALVI C., *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 317; MARINI F.S., *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, (a cura di) POLICE A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione: atti del convegno di studi, Ville Tuscolane, 16-18 Novembre 2006*, Milano, 2008.

*appartengono allo Stato, ad enti o a privati*⁴⁴⁹”. Secondo la Costituzione⁴⁵⁰, quindi, la proprietà pubblica si pone sullo stesso piano di quella privata e costituisce la vera e propria base di avvio per la ricostruzione del significato da attribuire alla materia dei beni pubblici nel quadro del nuovo assetto delineato, nelle linee essenziali, dai principi dettati dalla Carta Fondamentale.

La norma, di cui parte della dottrina ha ravvisato il carattere “meramente classificatorio⁴⁵¹”, o la “sconcertante vacuità⁴⁵²”, oltre all’“oscuro significato⁴⁵³”, esprime in realtà la scelta di fondo del legislatore di imprimere una natura c.d. *mista*

⁴⁴⁹ Sulla *ratio* della norma si veda CERULLI IRELLI V., voce *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, p. 274. Si veda anche CASTORINA E. - CHIARA G., *Beni pubblici*, Artt. 822-830, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER P., diretto da BUSNELLI F. D., Milano, 2008, p. 44, i quali scrivono che la norma «pone una vera e propria clausola generale che non mira unicamente a dare copertura al regime giuridico peculiare per taluni tipi di beni in mano pubblica, ma rappresenta il riconoscimento del valore che la proprietà pubblica possiede in quanto destinata al soddisfacimento di una griglia di qualificati interessi della collettività». Per quanto attiene le interazioni tra primo e secondo comma dell’art. 42 Cost. si veda CAPUTI JAMBRENGHI V., voce *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, pp. 2 ss., secondo l’autore: «la Costituzione sembra contrapporre la proprietà pubblica a quella privata: ma tale bipartizione, che potrebbe apparire sulle prime conseguente ad una scelta politico-giuridica, segue, nel testo dell’art. 42, un enunciato normativo di tipo neutro concernente l’appartenenza (allo Stato, agli enti pubblici e ai privati) dei beni economici. Se la definizione di cui al primo comma trova la sua traduzione in una norma concernente l’appartenenza dei beni economici, v’è da concludere che anche il costituente non ha ritenuto, in definitiva, di poter prendere una posizione molto diversa da quella assunta dal legislatore del Libro III del Codice Civile. Ivi (Artt. 822-830) si prevede che appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici che facciano parte del demanio pubblico o del patrimonio indisponibile alcuni beni economici la cui condizione giuridica non necessariamente gravita nell’ambito della proprietà». La disciplina relativa ai beni pubblici rispecchia, infatti, il substrato storico e culturale di ciascun paese e riflette il modello di Stato e le opzioni politiche e istituzionali di fondo dalla società. Vedi PALMA V.G., *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO P., Torino, 1982, p. 125 che scrive: «Si potrebbe anche dire, spostando lievemente la prospettiva, che attraverso la dimensione demaniale si stabilisce anche e soprattutto nel contesto del c.d. Stato liberale, quanta politicità-socialità è destinata ad emergere direttamente a livello istituzionale, abdicando al ruolo di mero riferimento oggettuale. Deve ritenersi perciò che la “storia della demanialità” coincide in gran parte con quella dello Stato e che, quindi, le due realtà istituzionali sono indissolubilmente congiunte, sia nell’origine che nella loro evoluzione».

⁴⁵⁰ L’enunciato costituzionale, sebbene scarno, appare innovativo rispetto alle prime costituzioni liberali, in quanto pone in evidenza la circostanza che i beni, a prescindere dall’appartenenza, «vivono in un rapporto di funzionalità rispetto al raggiungimento dei fini o interessi della collettività». Scrive così: DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici: dall’appartenenza al fine*, in (a cura di) POLICE A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Ville Tuscolane, 16-18 Novembre 2006*, Milano, 2008, p. 15.

⁴⁵¹ Così MOTZO A. - PIRAS G., *Espropriazione e “pubblica utilità*, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁵² Scrive così COLI U., *La proprietà e l’iniziativa privata*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, *op. cit.*, p. 370. Enfaticamente CASSESE S., *Titolarità e gestione dei beni pubblici: un’introduzione*, in (a cura di) POLICE A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Ville Tuscolane, 16-18 Novembre 2006*, Milano, 2008, p. 3, afferma che: «l’enunciato costituzionale è scarno e lacunoso e un breve cenno della Costituzione ai beni pubblici non basta a dare ad essi uno statuto costituzionale».

⁴⁵³ CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 11.

al sistema economico italiano⁴⁵⁴: fondato sulla compresenza di forme tanto private quanto pubbliche di proprietà. In dottrina c'è chi ha osservato che la disposizione dedicata complessivamente all'istituto della proprietà, «viene a costituire uno dei poli verso i quali l'unità sistematica dell'ordinamento giuridico si specifica nei due grandi rami del diritto pubblico e del diritto privato, senza sciogliersi, anzi riaffermandosi su di una base di maggiore concretezza⁴⁵⁵».

Il comma 1 dell'art. 42 Cost., contiene, infatti, un enunciato normativo la cui funzione non è tanto quello di disciplinare il diritto di proprietà – tale disciplina si rinviene, infatti, nei commi successivi - bensì quella di individuare i sistemi giuridici di appropriazione delle risorse, che caratterizzano il sistema politico-economico che i costituenti andavano a delineare⁴⁵⁶; la norma costituzionale individua così i diversi regimi mediante i quali nel nostro paese sono gestite le risorse.

Nel dettaglio, il dibattito interno all'Assemblea costituente, prende le mosse dalla distinzione tra proprietà pubblica e proprietà collettiva⁴⁵⁷; in particolare tale argomento viene messo in luce dall'On. Taviani che, innanzi alla III Sottocommissione, nell'affrontare la questione delle funzione sociale e dell'accessibilità del diritto di proprietà privata, osserva che per realizzare tali obiettivi «possono non essere sufficienti le norme sul diritto di proprietà privata, e può essere necessario che lo Stato introduca altre norme costituzionali per passare

⁴⁵⁴ Così CERULLI IRELLI V., voce *Beni pubblici*, *op. cit.*, p. 274. Sul punto CASSESE S., *Beni pubblici*, *op. cit.* p. 78 il quale scrive che: «ciò che importa è che sussista quello che in termini economici si chiama “settore privato” accanto al settore pubblico. Le dimensioni del settore privato e le dimensioni del settore pubblico sono indifferenti»; si veda anche: MATTEI U., *Le ragioni di una giornata di studio*, in *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile* (a cura di) MATTEI U.-REVIGLIO E.-RODOTA' S., Roma, 2010, p. 28, il quale scrive: «l'esperienza costituzionale della Repubblica italiana non è come l'esperienza costituzionale di qualsiasi altro Stato. L'Italia, nel grande compromesso del 1948, ha fatto una scelta di economia mista e di economia sociale di mercato, cioè ha fatto una scelta intermedia tra il modello socialista e quello liberale. Tale scelta intermedia si concretizza nel tentativo di elaborare un governo democratico dell'economia, per l'appunto, tramite strumenti misti capaci di dar soddisfazione anche alla nostra avanzata carta di diritti sociali»; NATOLI U., *op. cit.*, p. 29. L'autore osserva che la distinzione contenuta nel comma 1 dell'art. 42 Cost., non può essere considerata meramente descrittiva, ma si riferisce ad una sostanziale differenza di regime dei beni.

⁴⁵⁵ PUGLIATTI S., *op. cit.*, p. 152.

⁴⁵⁶ SCOZZAFAVA T.O., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, p. 138.

⁴⁵⁷ Nella discussione generale emerge l'esigenza, posta in luce dall'On. Domenidò, di introdurre nella nomenclatura costituzionale anche un termine capace di esprimere l'esigenza “di avvento di un quel mondo nuovo” che molti dichiarano di avvertire e che sembra non poter essere racchiuso nella terminologia tradizionale. *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, *op. cit.*, p. 2161. Sulla necessità di guardare al futuro insistevano anche l'On. Ghedini e Assennato. *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, *op. cit.*, p. 2161 e 2147.

alla proprietà collettiva⁴⁵⁸». L'introduzione della proprietà collettiva in Costituzione è propugnata, in particolar modo, da un'articolata proposta dello stesso Onorevole, che afferma che: «la legge avrebbe dovuto introdurre per le imprese e per beni di determinati e delimitati settori dell'attività economica (...) quando lo impongono esigenze del bene comune, al fine di evitare situazioni di privilegio o di monopolio privato e di ottenere una più equa e conveniente prestazione di servizi e distribuzione dei prodotti». Questo riferimento alla proprietà collettiva, sia pur ancora non del tutto definito negli esatti connotati⁴⁵⁹, rivela «qualcosa di nuovo e di diverso rispetto alla tradizionale proprietà di diritto pubblico e alla proprietà demaniale strettamente intesa⁴⁶⁰».

La proposta di Taviani fa emergere un dibattito tra i Costituenti intriso di dubbi, in cui emergono perplessità⁴⁶¹ e vengono fatte controproposte, soprattutto in relazione al fatto che nella legislazione non vi è traccia della nomenclatura “proprietà collettiva”.

Alle osservazioni critiche replica sempre lo stesso Taviani che valorizza, invece, la portata innovativa del termine; così la formula a cui si giunge innanzi la III Sottocommissione è: «i beni economici possono essere oggetto di proprietà privata, cooperativistica e collettiva».

I lavori davanti alla I Sottocommissione procedono in modo parzialmente diverso, infatti, non viene fatto alcun accenno alla proprietà collettiva né nella proposta dell'On. Togliatti: «la proprietà dei mezzi di produzione e di scambio può essere privata, cooperativa o di Stato», né in quella dell'On. Dossetti: «i beni di consumo e strumentali possono essere in proprietà dei privati, di cooperative e di istituzioni». Neppure nel testo concordato ed approvato che così recitava: «i beni

⁴⁵⁸ *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, op. cit.*, p. 2141.

⁴⁵⁹ L'On. Domenidò fa leva sul carattere dinamico della proprietà collettiva, e guarda «all'impresa collettiva quella che meglio esprime il significato di una gestione, il cui fine è rivolto nell'interesse diretto della generalità», in *La Costituzione della Repubblica, Op. Cit.*, p. 2162.

⁴⁶⁰ Queste le varianti alla proposta dell'On Taviani: l'On. Domenidò propone l'inserimento in Costituzione di una previsione che riserva la garanzia della titolarità dei mezzi di produzione tanto in mano privata, quanto in capo alle comunità di lavoratori e alla collettività. «La proprietà può essere individuale, cooperativa e collettiva»; Fanfani esprime l'avviso per cui, a differenza della proprietà privata, sul piano delle modalità di distribuzione, la proprietà collettiva si propone o di non ricavare un profitto, o se profitto ci deve essere per la differenza fra il costo e il ricavo, di non riservarlo a beneficio del gestore, ma di distribuirlo ai singoli partecipanti al processo produttivo e propone la seguente formula: «privata, delle comunità di lavoro, delle collettività», in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, op. cit.*, p. 2161 e 2165.

⁴⁶¹ Dubbi e perplessità sono espressi dagli On. Colitto e Marinaro. Vedi *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, op. cit.*, p. 2162.

economici di consumo e i mezzi di produzione possono essere in proprietà di privati, cooperative, di istituzioni o dello Stato⁴⁶²», compare il riferimento alla proprietà collettiva.

Dall'andamento dei lavori preparatori nelle due Sottocommissioni si evince che il tema della proprietà collettiva è sicuramente preso in considerazione ed è al centro dell'attenzione dai costituenti ma, nella discussione prevale la tesi secondo cui, con il solo riferimento alle due forme di proprietà «si esaurisce tutto quel che può essere detto in proposito⁴⁶³».

È necessario precisare che la formulazione definitiva dell'art. 42 Cost.⁴⁶⁴ viene introdotta presupponendo che l'espressione "proprietà pubblica" sia comprensiva di quella collettiva contrapposta a quella privata di tipo individuale; quindi, la proprietà collettiva se, da un lato, non gode di un esplicito riferimento costituzionale, dall'altro lato, non risulta nemmeno incompatibile con la riserva fissata dai costituenti, d'altra parte la legislazione e gli Statuti di alcune Regioni ad autonomia speciale tutelano forme tradizionali di proprietà collettiva e usi civici⁴⁶⁵.

La proprietà pubblica, insieme ed in parallelo con la proprietà privata, deve contribuire all'unitario disegno di ricostruzione dell'assetto economico e sociale del Paese. È possibile rilevare che vi è l'esigenza di stabilire il principio di permanenza delle due forme di appartenenza proprietaria nel quadro complessivo del sistema di economia mista e nella prospettiva di sviluppo del tessuto socio-economico. Infatti, l'impostazione di fondo all'intero art. 42 Cost. è diretta a porre le basi per la riorganizzazione del sistema economico nazionale – rimessa tanto alle forze del mercato, quanto agli interventi pubblici. Il Costituente si è limitato a scandire quelle connotazioni minimali, ma irrinunciabili per delineare l'astratta

⁴⁶² Tale formulazione però scontava le critiche, ad esempio dell'On. Lombardi che lamenta la mancanza di "uno spiraglio per la proprietà collettiva".

⁴⁶³ Così l'On. Ghidini, in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, op. cit., p. 1679.

⁴⁶⁴ È possibile affermare che anche in quest'espressione contenuta nella norma di cui all'art. 42 Cost., si rinvergono i segni di quel compromesso storico virtuoso in cui è maturata la Costituzione. In seno all'Assemblea Costituente, infatti, accanto alle posizioni liberali, che vedevano, secondo la tradizione ottocentesca, nel diritto di proprietà una manifestazione del fondamentale diritto di libertà individuale, v'era anche la corrente, d'ispirazione marxista, che spingeva per il riconoscimento costituzionale della sola proprietà pubblica, appartenente allo Stato, ad altri enti collettivi o a società cooperative. In senso contrario, è stato sostenuto che "il carattere proprio dell'art. 42 finisce così con l'essere non tanto quello del punto di arrivo di un compromesso, quanto piuttosto lo specchio delle molte ambiguità di quella stagione politica, rispetto alle quali l'unica vera mediazione possibile sembrava quella legata ad una formulazione dell'articolo che non lo irrigidisse in forme tali da farne un ostacolo agli ancora incerti svolgimenti del futuro" RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, op. cit., p. 301; GIAMPIETRETTI M., op. cit., p. 431; MACARIO F., op. cit., p. 865.

⁴⁶⁵ ASSINI N.- MANTINI P., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, p. 232.

configurazione di una struttura di mercato, che si connota per la tendenziale compresenza tanto pubblica, quanto privata nei diversi settori della produzione.

Il costituente opta così, non solo per l'inserimento della duplice previsione concernente la proprietà pubblica e la proprietà privata, ma anche per l'opportunità di introdurre un'apposita copertura costituzionale per lo Stato, potenziale titolare anche di beni economici.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, la presenza pubblica in materia proprietaria «si configura come l'indicazione di strumenti a cui la Repubblica può e deve ricorrere per raggiungere i fini o adempiere agli obblighi che la Costituzione esplicitamente le assegna (...) essendo la presenza pubblica esplicitamente destinata a garantire la realizzazione di fini costituzionali⁴⁶⁶».

⁴⁶⁶ RODOTA' S., *Art. 42, op. cit.*, p. 170.

Bibliografia

- AA.VV., *Chiamati a servire il bene comune. Vocazione, cura e impegno civile*, (a cura di) DI BERNARDO M., Roma, 2012, Cap. 6 di FARACE D., *Proprietà privata e bene comune*, pp. 86-96.
- ALICINO F., *Religione e costituzionalismo occidentale. Osmosi e reciproche influenze*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in *Rivista telematica*, n. 32, 2012, pp. 4-69.
- AMATO C., *I beni comuni. Una questione di paradigma r(el)azionale*, Roma, 2014.
- ARAMANDO B., *Il concetto di proprietà nel padre Taparelli*, Pinerolo, 1960.
- ASCARELLI T., *Premesse allo studio del diritto comparato (1945)*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- BALDASSARE A., voce *Proprietà (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 1991.
- BARALE A., *Il concetto di proprietà nel Pensiero di Taparelli*, Pinerolo, 1960.
- BARBERA A., *Il cammino della laicità*, in CANESTRARI S., *Laicità e il diritto*, Bologna, 2007, pp. 33 ss.
- BARCELLONA P., voce *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. Delle Disc. Priv.*, XV, IV ed., Torino, 1997.
- BAROCCI P., PEZZOTTA S., *I cattolici, l'economia, il mercato*, Soveria Mannelli, 2008.
- BENTHAM J., *Principles of the civil code*, I, Edinburgo, 1843.
- BERMAN H.J., *Comparative Law and Religion*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006.
- BERMAN H.J., *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- BERMAN H.J., *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Grand Rapids, 1993.
- BERMAN H.J., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983, trad. italiana a cura di VINELLO E., *Diritto e rivoluzione: le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 2006.

- BERMAN H.J., *Religious Foundations of Law in the West: An Historical Perspective*, *Journal of Law and Religion*, Vol. 1, n. 1, 1983, pp. 5-43.
- BERMAN H.J., *The Interaction of Law and Religion*, Nashville-New York, 1974.
- BLACKMAUN H.A., *Foreward*, in J. WITTE J. Jr., in *Law, Religion, and Human Rights*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 28/i, 1996, pp. 3 ss.
- BRAGUE R., *The Law of God*, Chicago, 2007.
- BREZZI P., *I fondamenti filosofici del diritto e dello Stato in S. Agostino*, in s. *Agostino e le grandi correnti della filosofia contemporanea*, Tolentino, 1956.
- BRUCCULERI A., *Il pensiero sociale di S. Agostino*, Roma, 1945.
- BRUTTI M., *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini 1976-1977*, 1978, p. 66.
- CAFAGNA L., *Cavour*, Bologna, 2010.
- CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in CALAMANDREI P., LEVI A., Firenze, 1950.
- CALASSO F., *Medioevo nel diritto, I- Le fonti*, Milano, 1954.
- CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010.
- CAMPANINI G., "Dal Codice di Camaldoli alla Costituzione. I cattolici e la rinascita della democrazia", in *Aggiornamenti sociali*, n. 57/2006, pp. 399 e ss..
- CAMPANINI G., *La sinistra cattolica, Maritain e Mounier*, in *Civitas*, n. 1/1976, pp. 34 ss.
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2011, pp. 1061 ss.
- CASELLA M., *Cattolici e Costituzione*, Napoli 1987.
- CASTORINA E. – CHIARA G., *Beni pubblici. Artt. 822-830*, in *Il Codice Civile. Commentario*, (fondato da) SCHLESINGER P. – BUSNELLI F.D., Milano, 2008.
- CATERINI E., *Le funzioni delle proprietà e dei beni*, in *Domenico Rubino, I Maestri italiani del diritto civile, I, Interesse e rapporti giuridici*, a cura di PERLINGIERI P. - POLIDORI S., Napoli, 2009, p. 123 e ss.

- CECCANTI S., *Al cattolico perplesso. Chiesa e politica all'epoca del bipolarismo e del pluralismo religioso*, Roma, 2010.
- CHELI E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978.
- COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*, n. 56, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno 3814, 16 maggio 2009, p. 374.
- COMPORITI M., *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, pp. 307 ss.
- CONSORTI P., *Law and Religion*, Bari, 2014.
- COTTA S., *Il concetto di legge nella 'Summa theologiae' di s. Tommaso d'Aquino*, Torino, 1955.
- CRANMER F., HILL M., KENNY C., SANDBERG R., *The Confluence of Law and Religion. Interdisciplinary Reflections on Work of Norman Doe*, 2016.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984.
- D'ANDREA L., *Diritto Costituzionale e processi interculturali*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Metro*, Milano, 2010, pp. 12-21.
- DALLA TORRE G., *Chiesa e Stato nel Sessantesimo della Costituzione*, in D'AGOSTINO F., *Valori Costituzionali. Per i Sessanta anni della Costituzione Italiana*, 2010.
- DE GIROLAMI M.O., *The Tragedy of Religious Freedom*, Cambridge, 2013.
- DE MARTIN G.C., *Costituzione e "dottrina sociale della Chiesa": due capisaldi per l'impegno politico dei laici cristiani*, seminario di Argomenti 2000, Todi 26 Febbraio 2001.
- DE VITORIA F., *Relectio de Indis. La questione degli Indios*, trad. it. a cura di LAMACCHIA A., Bari, 1996.
- DELLEDONNE G., *La Resistenza in Assemblea costituente nel testo costituzionale italiano del 1948*, reperibile nel sito web: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027582008>.
- DI BLASI F.- HERITIER P., *La vitalità del diritto naturale*, Palermo, 2008.
- DIENI E. - ALBISETTI A. - CASUCCELLI G., *Diritto & Religione Vs. nuovi paradigmi. Sondaggi per una teoria post classica del diritto ecclesiastico civile*, Milano, 2008.
- DIOTALLEVI L., *L'ultima chance. Per una generazione nuova di cattolici in politica*, Soveria-Minnelli, 2011.

- DOE N., *Law and Religion in Europe: a Comparative Introduction*, Oxford, 2011.
- DUGUIT L., *Les transformations gènèrales du droit privé depuis le Code Napolèon*, Paris, 1912.
- EBERLE L.J., *The method and role of comparative law*, in *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 8, n. 3., 2009, pp. 451 ss.
- EISGRUBER C., LAWRENCE G.S., *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge, 2007.
- ELIA L., *Alcide De Gasperi e l'Assemblea Costituente*, in *Astrid-Rassegne*, XV, 2005.
- ELIA L., *Maritain e la rinascita della democrazia*, in PAPINI R., *Jacques Maritain e la società contemporanea*, Milano, 1978.
- ESPOSITO C., *Postilla alla nota a Corte Cost. sentenza n. 123/1957*, in *Giur. Cost.*, pp. 1119.
- FANTAPPIÈ C., *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, 2011.
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana con i lavori preparatori*, Milano, 1987.
- FASSÒ G., *Cristianesimo e società*, Milano, 1956.
- FELDMAN S.M., *Law and Religion: A Critical Anthology*, New York, 2000.
- FERME B.E., *Introduzione alla storia delle fonti del diritto canonico*, Roma, 1998.
- FERME B.E., *Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Roma, 1998.
- FERRARI S., *Diritto e Religione nella Storia d'Europa. Premesse storiche allo studio del diritto canonico*, Torino, 2012.
- FERRARI S. - RINALDO C., *Law and Religion in the 21st Century*, Burlington, 2010.
- FERRI G.B., *La formula "funzione sociale" dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008.
- FINNIS J.M., *On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact*, in *American Journal of Jurisprudence*, 52, 2007, pp. 25-53.

- FINNIS J.M., *Natura e legge naturale nel dibattito filosofico e teologico contemporaneo: alcune osservazioni*, in *Natura e Dignità della Persona Umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto culturale contemporaneo. Atti della VIII Assemblea della Pontificia Accademia per la Vita*, a cura di DE DIOS VIAL CORREA J. - SGRECCIA E., Città del Vaticano, 2003, pp. 80-111.
- FINNIS J.M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford-New York, 1984; trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996.
- FINNIS J.M., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford-New York 1998.
- FIORAVANTI M., *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana*, 2008, su www.astrid-online.it.
- FISH S., *Mission Impossible: Settling the just bounds between church and state*, in *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 8, 1997, pp. 2255- 2333.
- FULLER L.L., *The Morality of Law*, New Haven, 1969.
- GALGANO F., *La Costituzione economica*, in GALGANO F., *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977.
- GAMBARO A.- SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1996.
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Tratt. di Dir. Priv.*, Milano, 1990, p. 114.
- GARANCINI G., *I cattolici e la Costituzione. Segni di una storia di diritti*, Cinisello Balsamo, 2005.
- GARELLI F., *Religione e politica in Italia: I nuovi sviluppi*, in *Quaderni di sociologia. Religione e politica in Italia: le sfide nell'epoca del pluralismo*, 2014, pp. 9-26.
- GARNETT R., *Religious Freedom, Church Autonomy and Constitutionalism*, 57 *Drake Law Review*, 2009, pp. 901.
- GENGA N., PROSPERO M., TEODORO G., *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Torino, 2014.
- GEORGE R.P., *Recent Criticism of Natural Law Theory*, in *American Journal of Jurisprudence*, 41, 1996, pp. 47-61.
- GEROGE R.P., *The New Natural Law Theory: A Reply to Jean Porter*, in *American Journal of Jurisprudence*, 39, 1994, pp. 303-315.
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, p. 454.

- GIAMPIERETTI M., *Commentario breve alla costituzione*, (a cura di) BARTOLE S. - BIN R., Padova, 2008, p. 434.
- GIORDANO F., *I tempi della Rerum Novarum*, a cura di DE ROSA G., Soveria Mannelli, 2002, pp. 355-364.
- GILMORE G., *The Ages of American Law*, New Haven, 1977.
- GLENDON M.A. - GORDON M.W. - CAROZZA P.G., *Comparative Legal Traditions*, 2. ed., St. Paul, 1994.
- GONNELLA G., *La Dc per la nuova costituzione*, in *Atti e documenti della democrazia cristiana*, Roma, 1959.
- GREENAWALT K., *Religion and the Constitution, Vol. 2: Establishment and Fairness*, Princeton, 2008.
- GREENAWALT K., *Religion and the Constitution, Vol. 1: Free Exercise and Fairness*, Princeton, 2006.
- GRISEZ G., *The first principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Thologiae, I-II, Question 94, Article 2*, in *Natural Law Forum*, 10, 1965, p. 175.
- GRISEZ G. - FINNIS J.- BOYLE J., *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford - New York, 1983, p. 283.
- GROSSI P., *Trasformazioni dominicali*, in (a cura di) MATTEI U. - REVIGLIO E. - RODOTÀ S., *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, pp. 97 ss.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1996.
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.
- GROSSI P., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.
- GROSSI P., *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica scolastica*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973
- GROSSI P., *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972.
- GROSSO G., *Formule, schemi e prospettive nell'odierna teoria della proprietà*, in *Diritto dell'economia*, 1957.

- GROZIO U., *De iure belli ac pacis* [1625], *Prolegomena et liber I*; ed. it. *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, trad. it. dei *Prolegomeni* di FASSÒ G., trad. del libro di ARICI F., TODESCAN F., introd. di FASSÒ G., Padova, 2010.
- HOBBS T., *Elementi filosofici: Sul cittadino*, a cura di BOBBIO N., Torino, 1948, p. 61
- HORWITZ P., *The Agnostic Age: Law, Religion, and the Constitution*, New York, 2011.
- IRTI N., *Proprietà e impresa: con particolare riguardo al diritto agrario*, Napoli, 1965.
- ITALIA V., *Scritti scelti*, Milano, 2009.
- JEMOLO A. C., *Garanzia costituzionale della proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1963.
- LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.
- LAVAGNA C., *Basi per uno studio delle figure giuridiche contenute nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.
- LEITER B., *Why Tolerate Religion*, Princeton, 2012.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981.
- LONGCHAMPS DE BÈRIER F., *Possesso e proprietà nel pensiero di san Tommaso*, in: <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2005/Longchamps2.pdf>
- LUCARELLI A., *Art. 43*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino, 2006.
- LUCARELLI F., *La proprietà "pianificata"*, Napoli, 1974, ristampa della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'università di Camerino, Napoli, 2010.
- LUCIANI M., *Brevi cenni sulla c.d. "Costituzione economica" europea e sul suo rapporto con la Costituzione Italiana*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Ue*, (a cura di) S. PANUNZIO, E. SCISO, Milano, 2002.
- LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, Torino, 1991.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. Cost.* 1977.

- LUHMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 2001.
- MACARIO F., *Art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R. - CELOTTO A. - OLIVETTI M., Torino, 2006.
- MACPHERSON C.B., *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, 1982.
- MADDALENA P., *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, intervento all'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese sul tema "Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale", Lisbona, 8-10 ottobre 2009, ora in: www.cortecostituzionale.it.
- MAGRI G., *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Dir. civ.*, 2014.
- MAGRI G., *Quale futuro per la funzione sociale della proprietà? Abbandonare Weimar per tornare a Locke?*, in *Bocconi Legal Papers*, Marzo 2013, p. 1-38.
- MALGERI F., *I cattolici italiani e la Costituzione*, Bologna, 1997.
- MANCUSO V., *Obbedienza e libertà. Critica e rinnovamento della coscienza cristiana*, Roma, 2012.
- MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986.
- MARITAIN J., *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, New York, 1942; trad. it. di USELLINI G. - VIOTTO P., *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, presentaz. di POSSENTI V., Milano, 1977.
- MARITAIN J., *La philosophie morale. Examen historique et critique des grands systèmes*, Paris, 1998 [1960]; trad. it. di PAVAN A., *La filosofia morale. Esame storico e critico dei grandi sistemi*, postfaz. di V. POSSENTI, Brescia, 1999.
- MARITAIN J., *Nove Lezioni sulla Legge Naturale*, a cura di VIOLA F., Milano, 2008, p. 52.
- MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa. rapporto sulla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, in materia di libertà religiosa*, Bologna, 2012.
- MCCONNELL M., MICHAEL W., *Christian Perspectives on Legal Thought*, New Haven, 2001.

- MELLONI A., *L' utopia come utopia*, nell' introduzione a DOSSETTI G., *La ricerca costituente 1945-1952*, Bologna, 1994.
- MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, p. 445.
- MENGONI L., (a cura di) NAPOLI M., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004.
- MENSKI W., *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006.
- MERRYMAN M., *The Civil Law tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1969.
- MONTINI G.B., *Educazione ed economia*, in *Azione Fucina*, n. 10/1930, pp. 14 ss.
- MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.
- MOSCARINI A., *Proprietà*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) CASSESE S., Milano, 2006, p. 4652-4661.
- MOSCARINI A., *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in *I diritti costituzionali*, (a cura di) NANIA R.- RIDOLA P., Torino, 2001.
- MOTZO G. - PIRAS A., *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. Cost.*, 1959, p. 182.
- MOUNIER E., *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, 1949
- MOUNIER E., *Dalla proprietà capitalista alla proprietà umana*, Brescia, 1947.
- MUSELLI L., *Diritto e religione in Italia ed in Europa, dai concordati alla problematica islamica*, Torino, 2011.
- NATOLI U., *La proprietà*, Milano, 1961.
- NATOLI U., *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà ex art. 42 Cost.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969.
- NITTI F.S., *Il socialismo cattolico*, in ID., *Scritti di economia e finanza*, Bari, 1971.
- NOVAK D., *Jewish-Christian Dialogue*, New York, 1989.
- NUSSBAUM M.C., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, 2008.
- O'DONOVAN O., *From Irenaeus to Grotius: A Sourcebook in Christian Political Thought*, Grand Rapids, 1999.

- ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) AMATO G., BARBERA A., Bologna, 1984.
- ORABONA L., *Cristianesimo e proprietà. Saggio sulle fonti antiche*, Roma, 1964.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992.
- PALACIO J.M., *Concetto cristiano della proprietà*, trad. it. a cura di FANFANI A., Milano, 1937.
- PALADIN L., *Diritto Costituzionale*, Padova, 1991.
- PELLERINO G., *L'idea di proprietà. Storia come evoluzione*, Lecce, 2004.
- PERLINGIERI P., *Commento all'art.42 Cost.*, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997.
- PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, ristampa, Napoli, 2011.
- PIN A., *Public schools, the Italian crucifix, and the European court of human rights: the Italian separation of church and state*, in *Emory International Law Review*, Vol. 25, 2011, pp. 97-149.
- PINO G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in: <http://www1.unipa.it/gpino/Il%20positivismo%20giuridico.pdf>.
- PIZZOLATO F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione Italiana*, Milano, 1999.
- PORRO P., *Tommaso d' Aquino. Un profilo storico-filosofico*, Roma, 2012.
- POSSENTI V., *Oltre l'illuminismo. Il messaggio sociale cristiano*, Cinisello Balsamo, 1992.
- PROSPERO M., *Filosofia del diritto di proprietà, I, Da Aristotele a Kant*, Milano, 2009.
- PROSPERO M., *Filosofia del diritto di proprietà, II, Da Hegel a Kelsen*, FrancoAngeli, Milano, 2009.
- PROUDHON P. J., *Che cos'è la proprietà? o Ricerche sul principio del diritto e del governo: prima memoria (1840)*, a cura di U. CERRONI, Roma-Bari, 1967.
- PUGLIATTI S., *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

- PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.
- PUGLIATTI S., *Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, AA.VV., *La concezione fascista della proprietà privata*, a cura della Confederazione fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura, 1939.
- QUADRI G., *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980.
- RAUSCHER A., *Uomo, lavoro, capitale nella dottrina sociale della Chiesa*, in *A cento anni dalla Rerum novarum. Continuità, modernizzazione, etica del progresso*, Milano, 1991, p. 99.
- RESCIGNO P., *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, pp.52 ss.
- RESCIGNO P., *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971.
- RESCIGNO P., *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII.
- RICCOBONO S., *Cristianesimo e diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1911.
- RODOTA' S., *Il terribile diritto. studi sulla proprietà privata*, Bologna, 2013.
- RODOTA S., *Art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982.
- RODOTA' S., *Art. 44*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982.
- RODOTA' S., *La proprietà all'Assemblea Costituente*, in *Pol. Dir.*, 1979, pp. 412 ss.
- RODOTA' S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960.
- ROLLA G., *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, in www.unisi.it.
- ROLLA G., *Manuale di diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2000.
- RUMI G., *Il magistero e il moderno. Tre encicliche sociali: 1891, 1931, 1987*, in *A cento anni dalla Rerum Novarum. Continuità, modernizzazione, etica del progresso*, Milano, 1991.
- SALE G., *Il Vaticano e la Costituzione*, Roma, 2008.
- SALE G., *De Gasperi, gli USA e il Vaticano all'inizio della guerra Fredda*, Milano, 2005.
- SALERNO G., *Art .42*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di

- CRISAFULLI V. - PALADIN L., Padova, 1990.
- SALVI C., *La Rerum novarum 120 anni dopo*, in *Iustitia*, 2011.
- SALVI C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 2011.
- SALVI C., *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986.
- SANDBERG R., *Religious Laws*, in SANDBERG R., *Law and Religion*, Cambridge, 2011, pp. 169-182.
- SANDULLI A.M., *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Scritti giuridici*, II, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990.
- SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Scritti giuridici*, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1990.
- SANDULLI A.M., *La Costituente e la Costituzione italiana*, in *Storia e politica*, 1975.
- SANDULLI A.M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione: origini, funzione, caratteri*, Napoli, 1970.
- SANTORO PASSARELLI F., *Presentazione*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, a cura di SANTORO PASSARELLI F., Padova, 1976.
- SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972.
- SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Libertà economica e proprietà fondiaria*, Roma, 1953.
- SCALIA A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.
- SCOZZAFAVA O.T., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014.
- SCOZZAFAVA O.T., *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1992.
- SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.
- SOMMA A., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletìn Mexicano de Derecho Comparado*, 2014, pp. 169-205.
- SORACE D., *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974.
- SARACENO P., *Mete della giustizia sociale: monopoli privati e monopoli sociali*

- nella moderna organizzazione industriale*, in *Studium*, n. 5/1944, pp. 103-111.
- TAMPONI M. - GABRIELLI E., *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- TAYLOR C., *L'età secolare*, Milano, 2007; T.C. BERG, *The Free Exercise of Religion Clause: The First Amendment*, New York, 2007.
- TAPARELLI D'AZEGLIO L. *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, Palermo, 1840, V edizione dell'ultima riveduta e corretta dall'Autore del 1855, 2 voll., Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma, 1949.
- TARELLO G., *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, Genova, 1973.
- TARELLO G., *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, in *Università degli Studi di Genova. Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 1964, pp. 338-448.
- TAVIANI P.E., *La svolta di Camaldoli*, in *Civitas*, n. 4/1988, p. 3.
- TIERNEY B., *The Crisis of Church and State 1050-1300*, Toronto, 2004.
- TIERNEY B., *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta 1997; trad. it. di OTTONELLI V. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, a cura di MELLONI A., Bologna, 2002.
- TIERNEY B., *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, in «*The Review of Politics*», LXIV (2002), n. 3.
- TIERNEY B., *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1625*, Cambridge, 1982.
- TRIMARCHI M., *I beni e la proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, II ed., a cura di TIZZANO A., Torino, 2006.
- TROELTSCH E., *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani*, Firenze, 1949.
- VASSALLI F., *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, p. 103.
- VENTURA M., *From Your Gods to Our Gods. A History of Religion in Indian, South African and British Courts*, Eugene OR, 2014.
- VENTURA M., *Law and Religion in Italy*, The Netherlands, 2013.

- VIGNUDELLI A., *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010.
- VILLAIN J., *L'insegnamento sociale della Chiesa*, Milano, 1961.
- VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975; trad. it. di D'ETTORE R., D'AGOSTINO F. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, intr. di D'AGOSTINO F., Milano, 1985.
- VIOLA F. – ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, Bari, 2006, pp. 32-33.
- VIOLINI L., *Temi e problemi di diritto pubblico comparato*, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- WATKIN T.G., *The Italian Legal Tradition*, Aldershot, 1997.
- WITTE J. Jr., FERRARI S., *Routledge Handbook of Law and Religion*, New York, 2015, pp. 29-43.
- WITTE J. Jr., *A new Magna carta for the early modern common law: an 800th anniversary essay*, in *Journal of Law and Religion*, Vol. 30, 2015, pp. 428-445.
- WITTE J. Jr., *Diritto e protestantesimo, La dottrina giuridica della Riforma Luterana*, Macerata, 2013.
- WITTE J. Jr. - JOEL A.N., *Religion and the American Constitutional Experiment*, Philadelphia, 2011.
- WITTE J. Jr. - ALEXANDER F.S., *Christianity and Law: An Introduction*, Cambridge, 2008.
- WITTE J. Jr. - ALEXANDER F.S., *The Teachings of Modern Christianity on Law, Politics, and Human Nature (Two Volumes)*, New York, 2006.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.
- ZAMAGNI S., *L'economia del bene comune*, Roma, 2007.
- ZAMAGNI V., *I protagonisti dello Stato Sociale italiano prima e dopo la legge Crispi. Povertà e innovazioni istituzionali in Italia dal Medioevo a oggi*, Bologna, 2000.

Al termine del presente lavoro intendo ringraziare il Professor Andrea Pin e il Professor Giuliano Brugnotto che, sempre disponibili al dialogo e pronti ad incoraggiarmi, hanno guidato la mia ricerca con preziosi consigli, critiche e osservazioni.

Un importante ringraziamento va anche alla Professoressa Camardi che spronandomi a prendere parte a tavole rotonde, workshop, mi ha offerto occasioni di arricchente confronto con studiosi provenienti da ambiti disciplinari diversi dal mio.

Desidero poi esporre la mia gratitudine ai Professori Mark Movsesian e Mark O. De Girolami per avermi dato la possibilità di svolgere una parte significativa delle mie ricerche presso la School of Law della St. John's University di New York.

