

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Note bibliografiche*

---

### “COMMON LAW”, PROCESO JUDICIAL Y ECOLOGÍA DE LA JUSTICIA. REFLEXIONES DE UN CANONISTA A PROPÓSITO DE UN RECIENTE LIBRO

JOAQUÍN LLOBELL

**ABSTRACT:** Se mencionan las diferencias entre el concepto canónico de la “certeza moral” y la “proof beyond reasonable doubt” (la certeza más allá de toda duda razonable) del “common law”. El vigente escepticismo del *common law* acerca de la posibilidad de que la sentencia sea, habitualmente, la “declaración” de la solución justa de una controversia modifica profundamente el concepto del proceso, que tiende a convertirse en un mero “expediente” que zanje el litigio en modo satisfactorio para las partes. Tal planteamiento implica la privatización de cualquier bien controvertido (también en materia penal: el sistema de negociación de los cargos penales) y la sustitución del proceso de derecho público por los medios alternativos de resolución de conflictos (la “alternative dispute resolution”, ADR, típica de los países de “common law”). estas instituciones procesales del *common law* inciden en la concepción metafísica de la potestad judicial, también en el derecho canónico, especialmente, pero no sólo, en los países anglosajones.

**ABSTRACT:** This article treats the differences between the canonical concept of “moral certitude” and the common law concept of “proof beyond a reasonable doubt.” The current skepticism of common law about the possibility of the sentence usually being the “declaration” of a just resolution of a controversy profoundly alters the concept of the trial, which tends to be changed into a mere “expedient” that satisfactorily settles litigation for the parties. This phenomenon implies the privatization of the object of the controversy (even in penal matters there is the system of negotiating penal offenses) and the substitution of the public law process for alternative means of conflict resolution (the “Alternative Dispute Resolution” [ADR] typical in common law countries). These procedural institutes of common law have an impact on the metaphysical conception of judicial power, even in canon law, especially (but not only) in Anglo-Saxon countries.

**PALABRAS CLAVE:** Justo proceso, certeza moral, negociación de los cargos penales, medios alternativos de resolución de conflictos, daños punitivos.

**KEYWORDS:** Due process, Proof beyond a reasonable doubt, Plea bargaining, Alternative Dispute Resolution, Mediation, Arbitration, Punitive damages.

**SUMARIO:** 1. Premisa. – 2. El origen judicial del conocimiento de las normas jurídicas y la motivación de la decisión jurisprudencial. – 3. La posibilidad de objetivar el supuesto fáctico de una relación jurídica (“quaestio facti”) y su parámetro de justicia (“quaestio iuris”): la “certeza moral” del derecho canónico y la “proof beyond reasonable doubt” (la certeza más allá de toda duda razonable) del “common law”. La equivocidad de los términos “evidence” y “proof” para el jurista del “civil law”. – 4. De la “declaración” judicial de la solución justa de una controversia a la “creación” de un “expediente” que la zanje en modo satisfactorio para las partes: la privatización de cualquier bien controvertido (el sistema de negociación de los cargos penales) y los medios alternativos de resolución de conflictos en los países de “common law” (“Alternative Dispute Resolution”, ADR). – 5. La contrapartida publicista de los “punitive damages” (resarcimiento por “daños punitivos”). – 6. Acerca de la laicidad, racionalidad y ecología de los “derechos humanos”: el conocimiento de ámbitos irrenunciables de justicia (trascendente).

## 1. PREMISA

LA lectura de un reciente libro de Tomás Aliste sobre el *common law*<sup>1</sup> es ocasión para volver a reflexionar sobre la justificación de la viable racionalidad de las sentencias judiciales, en particular, acerca de la posibilidad de conocer la verdad con certeza y de justificar la decisión en la motivación de la sentencia, argumentos sobre los que Aliste y yo hemos escrito en otras ocasiones, tratando de demostrar no sólo el *común denominador* del derecho procesal canónico y civil, sino también el positivo influjo del primero sobre el segundo.<sup>2</sup> Ambos somos parcialmente deudores de Michele Taruffo, quien estudia dichas temáticas desde hace tiempo y, con posiciones filosóficas en buena medida inmanentes y positivistas, ofrece, sin embargo, datos y reflexiones que – junto a los autores clásicos del realismo filosófico (Aristóte-

<sup>1</sup> Cfr. TOMÁS J. ALISTE SANTOS, *Sistema de “Common Law”*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2013 (en adelante: ALISTE, *Common law*). Aliste es profesor en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

<sup>2</sup> Cfr. TOMÁS J. ALISTE SANTOS, *La motivación de las decisiones judiciales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011; ID., *Relevancia del concepto canónico de “certeza moral” para la motivación judicial de la “quaestio facti” en el proceso civil*, «Ius Ecclesiae», 22 (2010), pp. 651-671; JOAQUÍN LLOBELL, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Ed. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Zaragoza, 1985; ID., *La certeza morale nel processo canonico*, «Il Diritto Ecclesiastico», 109/1 (1998), pp. 758-802; ID., *Motivación de la sentencia*, en *Diccionario General de Derecho Canónico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. 5, pp. 477-483; etc.

les, Tomás de Aquino, etc.) – han ayudado a Aliste y a mí a una construcción trascendente de la teoría del conocimiento judicial.<sup>3</sup> En estas breves páginas trato de reflexionar sobre la incidencia de algunas instituciones procesales del *common law* en la concepción metafísica de la teoría del conocimiento judicial, también en el derecho canónico, especialmente pero no sólo, en los países anglosajones.

## 2. EL ORIGEN JUDICIAL DEL CONOCIMIENTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JURISPRUDENCIAL

En la presentación a la traducción italiana de un tratado de derecho administrativo Gaetano Lo Castro, canonista y pensador italiano,<sup>4</sup> sostiene que la idea del derecho, como la de la justicia, es universal y a su afirmación cooperan todas las experiencias jurídicas, las cuales demuestran «que no existe derecho sustancial [...] si no “está acompañado” de concretos instrumentos procesales, aptos para hacerlo valer. De modo que se confirma la antigua y tal vez todavía más radical idea, expresada por la civilización jurídica romana en su periodo clásico, de que el derecho vive en el proceso, más aún de que el derecho nace del proceso, lo que implica que la “dimensión procesal” viene a ser condición de la “pensabilidad” del mismo derecho».<sup>5</sup> En efecto, no es casualidad que el más antiguo texto jurídico romano conservado sea la “Ley de las XII tablas” (a. 451 a.C., aprox.), con normas prevalentemente procesales; y que la primera experiencia jurídica del Pueblo judío sea la de Moisés (siglo xv a.C.) administrando justicia como juez (cfr. Éxodo 18,13-26), precedente a la promulgación de la ley (los diez mandamientos: cfr. Éxodo 34,14-28).

Lo Castro se refiere a la génesis de la formalización normativa de cada ordenamiento jurídico. Es decir, ante la experiencia de la injusticia sufrida, la persona humana, superada la fase de la autodefensa, al percibir el evidente riesgo de una reacción igualmente injusta, se dirige al titular de la autoridad de la comunidad de la que la persona es miembro para que, desde su posición preminente e independiente, decida si realmente el demandado lesionó injustamente un derecho del actor y cuál sea el modo justo de resolver tal controversia. Para ello es preciso identificar el bien del que el actor sería

<sup>3</sup> Cfr. MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975 (*La motivación de la sentencia civil*, traducción de Lorenzo Córdoba Vianello, Ed. Trotta, Madrid, 2011); ID., *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Cedam, Padova, 1979; ID., *Aspetti fondamentali del processo civile di “civil law” e di “common law”*, «Revista da Faculdade de Direito da UFPR», 36 (2001), pp. 27-48.

<sup>4</sup> Cfr. GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del diritto*, vol. I: *Del diritto e della sua conoscenza*; vol. II: *Persona e diritto nella Chiesa*; vol. III: *L’uomo, il diritto, la giustizia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, 2011 y 2012, respectivamente.

<sup>5</sup> GAETANO LO CASTRO, *Presentazione a EDUARDO LABANDEIRA, Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè Ed., Milano, 1994, p. VIII. La traducción es mía.

legítimo propietario y por qué la conducta del demandado habría dañado injustamente, o no, dicho bien. Se trata de la germinal reflexión jurídica de cualquier ordenamiento, con la conciencia racional de una cierta objetividad, común a los diversos sistemas jurídicos, de la bondad de lo justo y de la iniquidad de lo injusto. Dicha bondad y justicia “primordiales” son previas y trascendentes al conflicto, de modo que quien decide la controversia no las “crea” sino que se limita a “declararlas” y aplicarlas, gracias a la potestad de jurisdicción de que está dotado el juez. Tales conceptos fueron expresados de modo eficaz por los juristas romanos y acogidos en las “Instituciones” y el “Digesto” de Justiniano (a. 534): «La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. La jurisprudencia es [...] la ciencia de lo justo y de lo injusto» (Inst. 1.1.1). «El [derecho: el criterio de justicia] que una razón natural establece entre todos los hombres y es observada por casi todos los pueblos se llama “derecho de gentes”, es decir, de todas las naciones» (Inst. 1.2.2).<sup>6</sup> La solución justa (declarada por el juez a partir de estos principios jurídicos primordiales) de una concreta controversia alcanza naturaleza normativa vinculante para sucesivos conflictos, bien en cuanto constituye un precedente jurisprudencial vinculante (como sucede en el *common law*), bien porque, formulada en modo abstracto, acabará formando parte de la legislación positiva, según el sistema del *civil law*.

Para que una decisión singular (judicial) pueda desentrañar en qué consiste un determinado bien (un derecho), la titularidad del mismo, el daño injustamente sufrido y el modo de repararlo, de manera que tal sentencia pueda generar un parámetro de justicia para el futuro, dicha resolución debe contener la descripción del problema (la llamada *quaestio facti*) y la pauta que permitirá restablecer la justicia conculcada (la llamada *quaestio iuris*). Es decir, la disposición debe estar adecuadamente “motivada”. Así sucedió en el Derecho Canónico (de la Iglesia Católica) cuando, hacia el año 1140, Graciano compuso su “Decreto” en el que trataba de compilar antiguas decisiones eclesiásticas (y de otros orígenes, como el derecho romano), a veces contrastantes entre sí, para encontrar la racionalidad que permitiera armonizarlas. Sobre la base de esa recopilación los papas sucesivos fueron identificando nuevos supuestos de hecho problemáticos (*quaestiones facti*) a los que ofrecían una eua solución (*quaestiones iuris*) mediante pronunciamientos singulares motivados denominados “decretales”. El jurista catalán Raimundo de Peñafort (a. 1175-1275) sistematizó las decretales posteriores a Graciano y, con sus respectivas motivaciones, fueron “promulgadas” (como precedentes jurisprudenciales formalmente vinculantes) en 1234 por el Papa Gregorio IX en un volumen conocido como el “Libro extra”, haciendo referencia a las

<sup>6</sup> Cfr. ULPIANO, Digesto 1.1.1, 1.1.10 (traducción mía). En este mismo sentido se expresaron Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino (cfr. *Summa theologiae*, 2-2, q. 58, art. 1), etc.

decisiones posteriores (“*extra*”: “sucesivas”) al Decreto de Graciano. A finales del siglo XIII e inicios del XIV fueron promulgadas dos nuevas colecciones de decretales: el llamado “Libro VI”, de Bonifacio VIII (a. 1298), y las “Clementinas”, de Clemente V (promulgadas por Juan XXII en 1317). El Decreto de Graciano y estas tres colecciones de decretales constituyeron, sustancialmente, el *Corpus Iuris Canonici*, es decir, el ordenamiento canónico que, con diversas modificaciones e integraciones, estuvo vigente hasta la promulgación en 1917 del primer Código de Derecho Canónico. Esta prolongada relevancia canónica de las decretales (en cuanto decisiones singulares) como precedentes vinculantes (en sintonía con la expresión *judge made the law*, que sintetiza bien el carácter jurisprudencial del derecho angloamericano<sup>7</sup>), con la elasticidad proveniente de su motivación *in iure* e *in facto*, permite establecer una fuerte analogía entre el sistema de fuentes del derecho de la Iglesia y el del *common law*, como, oportunamente, propone Aliste: «No debemos olvidar que el *common law* es un derecho eminentemente judicial, y que, por ese mismo motivo, la racionalidad procesal de los procedimientos canónicos será fuente inspiradora de la racionalidad procesal del *common law*».<sup>8</sup>

3. LA POSIBILIDAD DE OBJETIVAR EL SUPUESTO FÁCTICO DE UNA RELACIÓN JURÍDICA (“QUAESTIO FACTI”) Y SU PARÁMETRO DE JUSTICIA (“QUAESTIO IURIS”): LA “CERTEZA MORAL” DEL DERECHO CANÓNICO Y LA “PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT” (LA CERTEZA MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE) DEL “COMMON LAW”. LA EQUIVOCIDAD DE LOS TÉRMINOS “EVIDENCE” Y “PROOF” PARA EL JURISTA DEL “CIVIL LAW”

Un sistema de fuentes con fundamento objetivo (en cuanto no relativista), sea de matriz jurisprudencial o legislativa, presupone (con más potencialidad del primero gracias a su mayor elasticidad al aplicar el precedente de modo equitativo) el convencimiento de la capacidad de la inteligencia humana (contra los difundidos “pesimismo cognoscitivos” típicos de las filosofías inmanentes, relativistas, del “pensamiento débil”, etc.) de alcanzar un conocimiento sustancialmente uniforme de la *quaestio iuris* y de la *quaestio facti*, por parte de personas psíquicamente normales y con la adecuada preparación filosófica y jurídica.<sup>9</sup> Resultado de tal capacidad es la posibilidad de alcanzar lo que el derecho canónico denomina “certeza moral”, consistente

<sup>7</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 53-55.

<sup>8</sup> ALISTE, *Common law*, p. 101. Aliste se inspira en JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

<sup>9</sup> Todo ello evidentemente dirigido a la superación del *dubium* jurisdiccional, condición necesaria para la correcta formación del juicio. Sobre esta cuestión, cfr. JORDI NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

en poder excluir «cualquier prudente duda positiva de error» (cuya no exclusión es típica de la “cuasicerteza”), «aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario» (cuya exclusión es típica de la “certeza absoluta”), tanto respecto a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti*.<sup>10</sup> El juez sólo puede “condenar” (civil o penalmente) al demandado cuando las pruebas presentadas por el actor (o por el mismo juez de oficio, pues el ordenamiento canónico sigue el principio inquisitivo: cfr., en particular, el can. 1452<sup>11</sup>) produzcan en el tribunal la certeza moral sobre la culpabilidad (penal o no) de la parte demandada, en aplicación del *favor rei* (cfr. can. 1608). Del mismo modo, el sistema del *common law* reconoce la presunción de inocencia del demandado mientras no se demuestre su culpabilidad (“*innocent until proven guilty*”) y la necesidad de que el juez, para condenar al acusado (en particular en materia penal), alcance la “*proof beyond reasonable doubt*”, la “certeza más allá de toda duda razonable”, que es un concepto equiparable al de la “certeza moral” canónica.

A la vez, como recuerda Aliste, «en el *common law* existe una clara diferenciación conceptual entre los conceptos de “*evidence*” y “*proof*”». Por “*evidence*” se entiende la prueba o las pruebas tendentes a demostrar la veracidad de cuanto afirmado por una parte. Por el contrario, “*proof*” significa que una de las partes ha logrado el resultado pretendido con la “*evidence*” y, por tanto, que ha conseguido producir en el juez la mencionada “*proof beyond reasonable doubt*”, la certeza moral.<sup>12</sup>

4. DE LA “DECLARACIÓN” JUDICIAL DE LA SOLUCIÓN JUSTA  
DE UNA CONTROVERSIA A LA “CREACIÓN” DE UN “EXPEDIENTE”  
QUE LA ZANJE EN MODO SATISFACTORIO PARA LAS PARTES:  
LA PRIVATIZACIÓN DE CUALQUIER BIEN CONTROVERTIDO  
(EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN DE LOS CARGOS PENALES)  
Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN LOS PAÍSES DE “COMMON LAW”  
 (“ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION”, ADR)

La relevancia del concepto sustancial de certeza moral (del *canon law*, del *common law* y del *civil law*) no sólo requiere un planteamiento realista de la teoría del conocimiento. En efecto, aparte de poseer la capacidad de cono-

<sup>10</sup> El concepto de certeza moral pertenece a la tradición canónica y fue tipificado y ampliamente ilustrado por Pío XII en un famoso Discurso a la Rota Romana (1-10-1942, en italiano en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)). Juan Pablo II lo hizo suyo en el Discurso a la Rota Romana del 4-2-1980, cuyo n. 6 recoge el texto de Pío XII (en español en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>11</sup> Ésta y todas las sucesivas referencias a algún “canon” son siempre al Código de Derecho Canónico, 25-1-1983, promulgado por Juan Pablo II.

<sup>12</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, p. 243, nota 4.

cer la verdad, para la operatividad de la certeza moral es necesario afirmar como *prius* lógico la “existencia” de la verdad, ya que *operari sequitur esse* (el obrar sigue al ser). La “cosa justa”, la cosa “verdadera”, la materia sobre la que vierte la pretensión del actor tiene una objetividad inmutable cuando su naturaleza es pública porque tal “cosa”, el bien jurídico sobre el que el juez debe pronunciarse, no es de libre disposición de las partes. Tal vez uno de los ejemplos más evidentes sea el de la condición de delincuente penalmente punible. La “Enmienda 5<sup>a</sup>” (aprobada el 15-12-1791) de la Constitución de los Estados Unidos de América (17-9-1787) sanciona que «a persona alguna [...] se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal». A la vez, sin necesidad de una declaración constitucional al respecto, cuando una persona confiesa haber cometido un delito el tribunal no podrá condenar al autor de la confesión si – siguiendo las pautas del justo proceso (el *due process of law*, ulteriormente previsto por la “Enmienda 14<sup>a</sup>”, aprobada el 9-7-1868, de la Constitución de los EE.UU.) – el tribunal tiene certeza moral de que quien confiesa el delito no lo cometió (aunque se declare culpable para liberar por amor al verdadero delincuente, etc.), o de que quien confiesa sí realizó la acción constitutiva del delito pero es completamente inimputable porque tiene nueve años o sufre una profunda enfermedad mental.

Sin embargo, cuando el objeto de la controversia es un bien privado, del que el propietario puede disponer libremente (como la compraventa de una pulsera de oro), sobre el que se discute si el adquirente pagó al propietario el precio convenido, éste puede renunciar al precio que nunca percibió porque es libre de donar tal bien a quien se presenta ante el tribunal como adquirente. Si el adquirente demanda al propietario porque no le ha entregado la pulsera a pesar de que el adquirente afirme (falsamente) haber pagado su precio, si el propietario “confiesa” libremente haber recibido el precio (cosa no acaecida), el juez, aunque tenga certeza moral de que el adquirente nunca satisfizo el precio convenido, debe condenar al propietario a consignar la pulsera porque la libre confesión judicial (no correspondiente a la verdad pre-procesal) manifiesta en realidad una donación de la que la demanda del actor adquirente cumple las veces de la aceptación de la donación. Es decir, la disponibilidad de las partes respecto al bien objeto del pleito hace que sea objetivamente justo (porque responde a la verdad objetiva) que la cosa cambie de propietario como consecuencia de una simple aceptación de la donación, “disfrazada” de una compraventa realmente insatisfecha por el adquirente, el cual, sin embargo, demanda injustamente al legítimo propietario quien, al confesar (falsamente) haber recibido el justo precio, obliga al juez a condenarle. En definitiva, la confesión judicial en controversias privadas constituye “prueba plena” porque provoca necesariamente en el juez la certeza moral de que el modo justo de resolver la

causa (la “verdad” de la relación jurídica) es “condenar” a quien confiesa ficticia pero libremente.

Estos dos ejemplos son pertinentes tanto en el *common law* como en el *civil law* y en el derecho canónico. En el *canon law* la sola confesión nunca se impone al juez como “la verdad” en las causas sobre bienes públicos (como las penales o sobre la nulidad del matrimonio), mientras que sí lo hace en las causas sobre bienes privados: «§ 1. La confesión judicial de una de las partes, cuando se trata de un asunto privado y no entra en juego el bien público, releva a las demás de la carga de la prueba. § 2. Sin embargo, en las causas que afectan al bien público, la confesión judicial y las declaraciones de las partes que no sean confesiones pueden tener fuerza probatoria, que habrá de valorar el juez juntamente con las demás circunstancias de la causa, pero no se les puede atribuir fuerza de prueba plena, a no ser que otros elementos las corroboren totalmente» (can. 1536). Lo mismo sucede en sistemas del *civil law* como el español, en el cual el art. 406 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 ordena de forma muy clara que «la confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito». <sup>13</sup>

Sin embargo, en el sistema del *common law* (Aliste lo analiza con profundidad<sup>14</sup>) una comprensible, pero tal vez excesiva, búsqueda del “eficientismo” procesal ha comportado, por una parte, la asunción del *adversary system litigation* «como modelo de justicia y marco definitorio de las relaciones entre el tribunal y las partes en el proceso. Las partes procesales se posicionan como adversarios, de ahí que se hable de modelo “adversarial”, y el proceso se concibe como una competición de las partes que pugnan por el triunfo de sus respectivas pretensiones», también en el proceso penal. «El juez se limita a moderar y arbitrar el proceso, sin posibilidad ni capacidad de iniciativa *ex officio iudicis*. Cualquier intervención judicial que merme un ápice el protagonismo procesal de las partes se concibe desde la perspectiva del *adversary system* como una intervención injustificada y fuera del modelo procesal asumido por el *common law*». <sup>15</sup> Esta prohibición al juez de indagar la verdad comporta la absolutización del principio según el cual el juez debe decidir la causa exclusivamente con el material instructorio producido por las partes. Por tanto, si las pruebas presentadas originan una determinada certeza moral (basada en las pruebas presentadas), el juez deberá decidir según tal certeza aunque esté convencido de que dichas pruebas no reflejan la verdad y de que, por tanto, es posible proponer otras pruebas aptas para modificar esa formalista certeza moral. Aliste hace notar cómo para «los juristas de *common law* la *guilty plea* (admisión de culpabilidad) por los hechos delictivos

<sup>13</sup> ALISTE, *Common law*, p. 255.

<sup>14</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, Cap. 8.

<sup>15</sup> ALISTE, *Common law*, p. 230.

efectuada por el imputado bajo determinados supuestos, conduzca directamente al dictado de la sentencia de condena sin necesidad de pasar por la fase de juicio, reduciendo así de forma muy considerable los costes inherentes a la prosecución del proceso y aumentando la eficacia en la resolución de casos criminales»,<sup>16</sup> aunque sea a costa de la justicia de las decisiones.

Esta muy esquemática reconstrucción de la fase instructoria del proceso penal del *common law* comporta la relativización del mismo concepto de verdad y de justicia sobre bienes de naturaleza pública y, por tanto, de no libre disposición de los contendientes, al impedir al juez la búsqueda de la verdad “objetiva” obligándole a aceptar una verdad “formal” procesal que no reconoce como justa.

Por otra parte, en el *common law*, la tutela de la verdad “objetiva” (pública e indisponible) parece ser debilitada todavía más, extremando el relativismo, con el denominado “sistema de negociación de los cargos (penales)” (*the plea bargaining system*). Tras examinar esta institución, Aliste concluye que a través de esta negociación «acusación y acusado convienen en un *agreement* satisfactorio para los intereses de ambas partes, impidiendo que el proceso llegue a conocerse por un jurado. Precisamente, el acuerdo es la nota más característica de este *plea bargaining*, elevándose el consenso de las partes como fin por encima de la búsqueda de la verdad en el proceso penal». <sup>17</sup> Aliste no deja de observar que «los países de *civil law* no están tan alejados del *plea bargaining system*, porque en el seno de sus sistemas procesales albergan instituciones semejantes, como la “conformidad” [cfr. *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de España de 1882, arts. 779.1.5<sup>a</sup>, 787.1 y 801]. No sin razón se ha dicho que la *conformidad* abre las puertas al principio dispositivo en el proceso penal». <sup>18</sup>

Si el utilitarismo a costa de la verdad objetiva tiene estas importantes manifestaciones en el proceso penal, en los otros ámbitos jurisdiccionales puede comportar no ya la pérdida del concepto de verdad y justicia sino, coherentemente, la quiebra de la misma institución del proceso judicial. En efecto, Aliste demuestra con datos apodícticos la progresiva sustitución, en los países de *common law*, del proceso estatal por medios alternativos de resolución de conflictos (“*Alternative Dispute Resolution*”, ADR) y, de modo muy particular, de la *mediación*.<sup>19</sup>

En realidad, la *mediación* es una institución tan antigua como la necesidad de encontrar medios adecuados para resolver injusticias, exigencia que, como hemos señalado, se encuentra en el momento genético de la misma

<sup>16</sup> ALISTE, *Common law*, pp. 254 y 255.

<sup>17</sup> ALISTE, *Common law*, p. 256.

<sup>18</sup> ALISTE, *Common law*, pp. 256 y 257.

<sup>19</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, 283-297. Para el sistema del *civil law*, con particular referencia a Italia, a la distinción entre arbitraje y mediación, etc., cfr. CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, ed. 2, 3 voll., Cedam, Padova, 2012.

conceptualización de las nociones de derecho y de justicia.<sup>20</sup> De hecho, la mediación forma parte fundamental del vigente sistema canónico de tutela de los derechos: «§ 1. Todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, han de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes. § 2. Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes, para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras» (can. 1446). Más aún, los medios alternativos de resolución de conflictos típicos del *common law* tienen evidentes precedentes en las decretales de Gregorio IX (a. 1234) que, entre otras manifestaciones de mediación, dedican a los árbitros el entero título cuarentaitrés del libro primero.<sup>21</sup> Pero en el *canon law* la mediación en las causas sobre bienes públicos sólo puede procurar la recomposición de la justicia objetiva: el perdón de los motivos de separación conyugal (cfr. can. 1152), la sanación (si es posible) del vicio que impidió que la celebración del matrimonio fuera válida (puesto que si la celebración fue válida el vínculo sólo puede ser disuelto por la muerte de uno de los cónyuges: cfr. cans. 1141, 1676), la renuncia a la acción penal (una particular manifestación canónica de amnistía) cuando ya ha sido reparado el daño producido a la víctima y a la comunidad, y además consta la eficaz enmienda del reo (cfr. can. 1341). Fuera de estos supuestos, en las causas de naturaleza pública, el derecho de la Iglesia no admite la mediación, ni el recurso a otras instituciones privadas de solución de conflictos (arbitraje, transacción, etc.: cfr. cans. 1446 § 3, 1715 § 1).

Sin embargo, en el *common law*, el radical relativismo privatista en temas de matrimonio y familia ha comportado no sólo la negación de cualquier límite ecológico a las diversas manifestaciones de convivencia interpersonal (tanto a nivel de “pareja”, como de “filiación”), sino también la renuncia a la estructura procesal pública en favor de la privada *Lawyer supported mediation* (mediación familiar con apoyo de abogado). «Se trata de un medio alternativo muy novedoso e introducido en el Reino Unido desde 2012 para evacuar con eficacia una solución consensuada en los procesos de crisis matrimoniales que conduzcan a la separación y el divorcio de los cónyuges».<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Vide supra* § 2.

<sup>21</sup> Cfr. x 1.43. Las decretales de Bonifacio VIII también dedican al arbitraje el título veintidós del libro primero (cfr. vi 1.22).

<sup>22</sup> ALISTE, *Common law*, p. 287.

5. LA CONTRAPARTIDA PUBLICISTA DE LOS “PUNITIVE DAMAGES”  
(RESARCIMIENTO POR “DAÑOS PUNITIVOS”)

En este contexto en el que la verdad y la justicia quedan sometidos a la voluntad de los particulares, se comprende fácilmente que el sistema haya generado una peculiar institución de protección de la lealtad en las relaciones interpersonales (en especial cuando la parte desleal dispone de un ingente patrimonio económico, producido en buena parte por medio de su perfidia), con independencia de la “bondad” o “maldad” del objeto del pacto, ya que, cuando la absoluta libertad se erige en la norma ética y constitucional prevalente, no es posible calificar de “malo” (o injusto) lo que el sujeto quiere, con el único límite de no violar la libertad del otro. Se trata de los “*punitive damages*”, «una institución característica dentro del derecho de daños del *common law* que no tiene equivalente en el derecho de responsabilidad civil contractual o extracontractual de los sistemas de *civil law*. Podemos definir los daños punitivos como la indemnización económica de carácter extraordinario y ejemplarizante, que el juez impone al causante del daño cuando este ha obrado o ha omitido obrar a través de una conducta calificada como dolosa, de mala fe o especialmente negligente. El resarcimiento del daño causado en esas circunstancias se dirige no solo a reparar e indemnizar el perjuicio sino a castigar a través de la imposición judicial de un plus ejemplarizante indemnizatorio que se suma como gravamen adicional a la indemnización ordinaria en estos casos». <sup>23</sup> Ejemplo emblemático de los “*punitive damages*” es el enorme resarcimiento económico impuesto a empresas de tabaco, no porque fumar sea objetivamente “malo”, ya que (desde una perspectiva coherentemente relativista) nada “es” bueno o malo en sí mismo: es bueno si el sujeto lo quiere y malo si lo detesta. Tal resarcimiento ha sido justificado porque quien ha vendido el tabaco no ha informado con la adecuada claridad al consumidor que fumar daña gravemente su salud y puede producir la muerte. Si el vendedor lo hubiera dicho con claridad, habría actuado lealmente y el fumador no habría podido lamentarse de recibir un daño que aceptó libremente. Lógicamente, tras algunas decisiones judiciales (mediante el sistema del jurado u otro de los previstos en el *common law*<sup>24</sup>) de condena a poderosas empresas, las sucesivas controversias se tramitan por medio de alguno de los ADR. Los iniciales pleitos no utilizaron algún ADR porque tales corporaciones no aceptaban pagar las cuantiosas sumas de dinero solicitadas por los abogados de las víctimas ya que pensaban que los “*punitive damages*” serían de cuantía menor a la que, sin embargo, fueron condenadas.

<sup>23</sup> ALISTE, *Common law*, p. 67.

<sup>24</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, Caps. 6-9, *passim*.

6. ACERCA DE LA LAICIDAD, RACIONALIDAD Y ECOLOGÍA  
DE LOS “DERECHOS HUMANOS”:  
EL CONOCIMIENTO DE ÁMBITOS IRRENUNCIABLES DE JUSTICIA  
(TRASCENDENTE)

Identificar el *common law* con el relativismo ético no correspondería a la verdad. Basta considerar el positivismo legislativo que ha tergiversado profundamente el derecho de “familia” (?) en España. Sin embargo, el análisis de Aliste sobre la absolutización de la actividad procesal de las partes al asumir el *adversary system litigation* como modelo de justicia en el *common law*<sup>25</sup> le permite sostener racionalmente la equivocidad de la «analogía entre jurisdicción y mediación»,<sup>26</sup> equivalencia afirmada, sin embargo, por los propugnadores de los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR), en aquellos ordenamientos (del *common law*) en los que la principal fuente del derecho es el precedente jurisprudencial. Aliste demuestra que «la propaganda dirigida al fomento de los ADR, y muy especialmente de la mediación, ha ido de la mano de toda una serie de falacias entre las que destacan una buena dosis de afirmaciones gratuitas (como una idea de la verdad reducida al consenso) y generalizaciones precipitadas (como la idea de lentitud de la justicia), dirigidas a persuadir a una amplia audiencia sobre las ventajas innumerables de la mediación, al tiempo que se denuncian los tremendos inconvenientes arrastrados por la jurisdicción como medio de resolución de conflictos».<sup>27</sup> El planteamiento criticado por Aliste se funda sobre «un sincretismo metodológico en el que participan un cuerpo heterogéneo de argumentos utilitaristas (principalmente derivados de la metodología del análisis económico del derecho), irracionalistas y emotivistas [...], encubriendo bajo un lenguaje técnico y supuestamente neutro una verdadera perspectiva de análisis económico de la justicia, fruto de un renovado utilitarismo, cuyas consecuencias respecto al mantenimiento del orden constitucional de los estados occidentales son realmente imprevisibles»,<sup>28</sup> ya que erradican del panorama social y jurídico cualquier planteamiento trascendente sobre el que fundar una convivencia positiva (basada en la solidaridad y en la realización de proyectos que superan la propia existencia individual, en beneficio de la familia y de la comunidad) y no sólo negativa, caracterizada por el mero no dañar al prójimo.

El sistema del precedente jurisprudencial, al fundarse en un caso concreto resuelto con los argumentos ofrecidos por los contendientes (según

<sup>25</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 229-232.

<sup>26</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 295-296.

<sup>27</sup> ALISTE, *Common law*, p. 295.

<sup>28</sup> ALISTE, *Common law*, pp. 283-284.

el *adversary system litigation*), posee una mayor y más rápida capacidad de transformación de los bienes antropológicos acogidos por las leyes de rango constitucional de los diversos estados, en la medida en que la tutela de esos bienes constitucionales se demuestre incompatible con el uso absoluto de la libertad del individuo, con tal de que esté en condiciones de hacerla valer personalmente y no se oponga al ejercicio de una libertad de otro sujeto que también pueda ejercerla autónomamente. Piénsese en la interrupción voluntaria del embarazo (que los autores liberales que citaré a continuación denominan, sin eufemismos, “aborto”), que algunos pretenden extender a un tiempo indeterminado sucesivo al parto, como ha sido publicado recientemente en una conocida revista de “ética” médica: «El ser simplemente un ser humano no es una razón en sí misma suficiente para atribuir a alguien el derecho a la vida: [...] el hecho de que un feto sea potencialmente una persona que tendrá (por lo menos) una vida aceptable no es una razón para prohibir el aborto. En consecuencia, sostenemos que, cuando después del nacimiento se verifican las mismas circunstancias que justifican el aborto antes del nacimiento, debe ser permitido lo que denominamos “aborto post-natal”». <sup>29</sup> Reflexiones análogas se encuentran en una sentencia de la Corte de Casación (el Tribunal Supremo) de Italia, con la peculiaridad de que la jurisprudencia de la Casación tiene función nomofiláctica no solo de conservación, sino también de “actualización” de la ley, pudiéndose equiparar sin dificultad al *case law* del *common law*. Dice la sentencia de la Casación: «una consideración racional de la naturaleza del hombre que implique una obligación de vivir es extraña al derecho positivo, salvo en los límites acogidos por normas igualmente positivas (si existieran), ya que el ordenamiento positivo ha elegido como la esencia de los derechos del hombre, antes incluso que su dignidad [...] la libertad del individuo, la cual se auto limita en el contrato social, pero permanece intacta ante uno mismo, legitimando finalmente el no hacer o el rechazar», <sup>30</sup> incluida la vida del feto vivo. <sup>31</sup>

Si por “laicidad” entendemos el respeto del libre razonamiento ajeno que llega, también racionalmente, a conclusiones diversas de las propias y la renuncia a la imposición de las personales certezas, tal laicidad debe aceptar que alguien considere racionalmente probada la condición de la persona humana como criatura de Dios, el cual la ha creado con un preciso fin para

<sup>29</sup> ALBERTO GIUBILINI, FRANCESCA MINERVA, *After-birth abortion: why should the baby live?*, «Journal of Medical Ethics», 2012: <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full> (3-7-2013). Traducción mía.

<sup>30</sup> Italia, Corte de Casación civil, Sección III, Sentencia 2-10-2012, n. 16754, «Ius Ecclesiae», 25 (2013), pp. 561-572, aquí p. 571. Para un comentario, cfr. ALESSANDRO PALMONARI, *Brevi riflessioni sul diritto a non nascere*, en *ibidem*, pp. 572-593.

<sup>31</sup> Al respecto, cfr. TOMÁS J. ALISTE SANTOS, *Tutela judicial efectiva del “nasciturus” en el proceso civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, *passim*.

cuya realización el mismo Dios ha establecido unas normas que la persona humana puede conocer también racionalmente.<sup>32</sup> Sostener el conocimiento racional de Dios, de la religión y de la ley natural es tan “laico” como cuestionarlos. El intercambio de “descubrimientos”, tanto materiales como espirituales (el amor, la belleza, el sufrimiento, el conocimiento de la existencia de Dios, etc.), no es “proselitismo fundamentalista”, sino el modo como la humanidad ha progresado desde sus inicios. Por ello, no supone un atentado a la laicidad ni manifestación de clericalismo reflexionar sobre la ecología trascendente de la justicia a propósito de un libro sobre las principales instituciones del *common law* y el espíritu que las inspira.<sup>33</sup>

Cuando el parámetro de justicia es determinado por el mero voluntarismo, sin algún vínculo trascendente (vínculo que, al menos de momento, funda la mayor parte de los derechos tutelados constitucionalmente y por las más universales declaraciones de los derechos del hombre), se desvanece la racionalidad de la decisión judicial y queda muy mermada la importancia de la certeza moral y de la motivación.<sup>34</sup> El influjo del predominio de la actividad de las partes en el proceso (verdad “subjetiva”), por encima de la verdad “objetiva”, presente en el *common law* también en las causas sobre bienes públicos, llevó a los tribunales de la Iglesia en EE.UU. y, en general, en los países anglófonos a modificar el concepto de certeza moral, al aplicar una ley particular de 1970 para la Iglesia en los EE.UU. sobre las causas de nulidad del matrimonio, ley que fue abrogada por el Código de Derecho Canónico del 1983.<sup>35</sup> En efecto, demostrando la amplitud de la globalización también en ámbito ético y jurídico, la norma 21 de la ley de 1970 sustituyó la

<sup>32</sup> Cfr. la epístola de S. Pablo a los romanos (Rom 1,18-32) y la encíclica *Lumen fidei* del Papa Francisco (29-6-2013), nn. 32-34, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>33</sup> «Es evidente que si se considera el relativismo como un elemento constitutivo esencial de la democracia se corre el riesgo de concebir la laicidad sólo en términos de exclusión o, más exactamente, de rechazo de la importancia social del hecho religioso. Dicho planteamiento, sin embargo, crea confrontación y división, hiere la paz, perturba la ecología humana y, rechazando por principio actitudes diferentes a la suya, se convierte en un callejón sin salida. Es urgente, por tanto, definir una laicidad positiva, abierta, y que, fundada en una justa autonomía del orden temporal y del orden espiritual, favorezca una sana colaboración y un espíritu de responsabilidad compartida» (BENEDICTO XVI, *Discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede*, 11-1-2010, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)). Cfr. CONCILIO VATICANO II, Const. past. *Gaudium et spes*, 7-12-1965, n. 36.

<sup>34</sup> Cfr. ALISTE, *Common law*, pp. 128-136; ID., *Búsqueda de la verdad y necesidad de motivación: elementos claves para una teoría general de la justificación de las resoluciones judiciales*, «Jueces para la Democracia», 73 (2012), pp. 30-47.

<sup>35</sup> CONSEJO PARA LOS ASUNTOS PÚBLICOS DE LA IGLESIA (con funciones en parte similares a las de un “Ministerio de Asuntos Exteriores” estatal), *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septentrionalis*, 28-4-1970, en IGNATIUS GORDON, ZENON GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. 1, Pontificia Università Gregoriana, Romae, 1977, nn. 1380-1428.

exclusión de cualquier prudente duda positiva de error, como característica típica de la certeza moral sancionada por Pío XII en 1942, por la mera prevalencia de las pruebas y de los indicios. Según la ley de 1970 el juez podía sentenciar a favor de quien hubiera vencido en el debate instructorio aunque el mismo juez considerara que tal posición no reflejaba la verdad objetiva. Esta norma comportó, como indicó Juan Pablo II en el citado Discurso a la Rota Romana de 1980, que (de hecho) se introdujera el divorcio en amplios sectores de la Iglesia.<sup>36</sup> Para tratar de erradicar este influjo, todavía presente, del *common law* en el derecho canónico, la Instrucción *Dignitas connubii* sobre las causas de nulidad del matrimonio (25-1-2005) ha reprobado el concepto de certeza moral *ex common law* y ha propuesto de nuevo el genuino concepto canónico: «Para la certeza moral necesaria conforme a derecho no basta el peso prevalente de las pruebas y de los indicios, sino que se requiere también que se excluya cualquier prudente duda positiva de error, tanto en cuanto al derecho como en cuanto a los hechos, aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario».<sup>37</sup>

Aliste sostiene motivadamente que «*civil law* y *common law*, responden a unas raíces culturales comunes, y coadyuvan al mantenimiento de valores irrenunciables de la civilización occidental en un mundo de contextos culturales diferenciables y cada vez más entrecruzados».<sup>38</sup> La existencia de estos valores irrenunciables adquiere una particular solidez cuando, de modo racional, el hombre se reconoce criatura de Dios, dotado de un fin trascendente para cuyo alcance debe respetar las leyes que Dios le ha dado junto con la capacidad intelectual necesaria para conocerlos. Tal horizonte de ética racional implica afirmar que existe el bien (aquello que permite alcanzar el fin) y el mal (aquello que lo impide), evitando, respecto a los derechos irrenunciables, el relativismo. No obstante, aplicando la mencionada “laicidad positiva”,<sup>39</sup> afirmar que es un mal permitir que pueda ser interrumpida de modo directo la vida de un feto vivo no implica alguna intolerancia respecto a quien lo niegue. Calificar de intolerancia la afirmación de la existencia de bienes y males objetivos implica en realidad «la intolerancia en nombre de la tolerancia, [...] lo cual es antidemocrático», usando una expresión del representante de la Santa Sede en la Conferencia de Alto Nivel de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) sobre la tolerancia y la no discriminación, Tirana, 21-5-2013,<sup>40</sup> tal como, en las mismas fechas

<sup>36</sup> Vide supra nota 10. Cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *La certeza morale nel processo canonico*, cit. en nota 2.

<sup>37</sup> Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, Instrucción *Dignitas connubii*, 25-1-2005, art. 247 § 2, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>38</sup> ALISTE, *Common law*, p. 36.

<sup>39</sup> Vide supra nota 33.

<sup>40</sup> En [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/2013/documents/rc\\_seg-st\\_20130528\\_non-discriminazione\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2013/documents/rc_seg-st_20130528_non-discriminazione_it.html). La traducción es mía.

de esta conferencia, está siendo demostrado por la reacción del Gobierno francés ante quienes manifiestan no compartir una determinada ley sobre el derecho de “familia” con evidentes connotaciones éticas. Por otra parte, continuaba el citado diplomático, «si la tolerancia fuera el valor humano y civil supremo, entonces cualquier convicción auténticamente verdadera que excluya otra sería manifestación de intolerancia. Además, si una convicción pudiera equivaler a su contraria, se podría acabar siendo complacientes incluso ante las aberraciones».

Benedicto XVI ha reflexionado mucho sobre el “absolutismo del relativismo”. En estas breves consideraciones sobre la ecología de la justicia que aúna el *common law*, el *civil law* y el *canon law* vale la pena citar uno de los numerosos textos posibles del Papa emérito:

«el relativismo ..., al no reconocer nada como definitivo, deja como última medida sólo el propio yo ...; y, bajo la apariencia de la libertad, se transforma para cada uno en una prisión, porque separa al uno del otro, dejando a cada uno encerrado dentro de su propio “yo”. Por consiguiente, dentro de ese horizonte relativista ..., ... sin la luz de la verdad, antes o después, toda persona queda condenada a dudar de la bondad de su misma vida y de las relaciones que la constituyen, de la validez de su esfuerzo por construir con los demás algo en común. // Para ejercer su libertad, el hombre debe superar por tanto el horizonte del relativismo y conocer la verdad sobre sí mismo y sobre el bien y el mal. En lo más íntimo de la conciencia el hombre descubre una ley que él no se da a sí mismo, sino a la que debe obedecer y cuya voz lo llama a amar, a hacer el bien y huir del mal, a asumir la responsabilidad del bien que ha hecho y del mal que ha cometido. Por eso, el ejercicio de la libertad está íntimamente relacionado con la ley moral natural, que tiene un carácter universal, expresa la dignidad de toda persona, sienta la base de sus derechos y deberes fundamentales, y, por tanto, en último análisis, de la convivencia justa y pacífica entre las personas. // ... La justicia, en efecto, no es una simple convención humana, ya que lo que es justo no está determinado originariamente por la ley positiva, sino por la identidad profunda del ser humano. La visión integral del hombre es lo que permite no caer en una concepción contractualista de la justicia y abrir también para ella el horizonte de la solidaridad y del amor».<sup>41</sup>

El estudio de los elementos esenciales del *common law* y de su sistema de fuentes del derecho requiere una adecuada reflexión sobre la ya citada expresión *judge made the law* para respetar los parámetros objetivos ínsitos en las exigencias de la ecología de la justicia trascendente. El olvido, o el desprecio, de la ecología de esta justicia no positivista produce escenarios sociales y jurídicos similares a los descritos (criticando, con fuertes tintes pesimistas, situaciones muy diversas pero acomunadas por el “absolutismo del positivis-

<sup>41</sup> BENEDICTO XVI, *Mensaje para la celebración de la XLV Jornada Mundial de la Paz* (1-1-2012), nn. 3 y 4, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

mo relativista”) por George Orwell en “1984” (escrito en 1948) o en “Animal Farm” (1945), por Isaac Asimov en su “Trilogía de la Fundación” (1942-1949) o, más recientemente, por Cormac McCarthy en “The Road”, Premio Pulitzer a la narración en el 2007.

Considero importante el libro de Aliste porque, además de describir de modo claro y sintético las principales instituciones del *common law* desentrañándolas para los juristas del *civil law*, examina críticamente los aspectos relativizantes y positivistas, al menos de hecho, de algunas de dichas instituciones. El Autor propone válidas alternativas racionales fundadas, implícita pero claramente, en la capacidad de la inteligencia de reconocer que el hombre ha sido creado por Dios con un fin trascendente para cuya consecución existe un código normativo cognoscible por la razón y realizable, con esfuerzo y la ayuda divina que nunca falta, de los que el hombre es igualmente consciente. La razón también comprende que establecer la propia libertad como principio ético supremo, determinante del bien y del mal, implica que el hombre se autoerija en dios, como refleja la antigua sabiduría clásica con el mito de Prometeo, o como describe el primer libro de la Biblia el pecado original de los ancestros de la humanidad: «se os abrirán los ojos y seréis como Dios, conocedores del bien y del mal» (Génesis 3,4), donde “conocer” equivale e “generar”.

## Recensioni

GIACOMO BERTOLINI, *La simulazione del 'bonum coniugum' alla luce della giurisprudenza rotale*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 316.

1. I canonisti sanno bene come il tema del *bonum coniugum*, studiato dal Bertolini in questa monografia,<sup>1</sup> sia tra i più ardui da affrontare: come esso – soprattutto esso – sia stato capace di fare orientare l'intero diritto matrimoniale verso istanze e realtà di personalismo vero; come, ancora, in questo elemento essenziale del coniugio cristiano possa comunque leggersi la traduzione più immediata dell'insegnamento di *Gaudium et spes*, nr. 48, che nella Chiesa del Cristo il matrimonio è per davvero "l'intima comunità di vita e d'amore coniugale".

I più avvertiti e documentati studiosi del nuovo diritto ecclesiale sanno però anche che sulla identificazione concettuale del *bonum coniugum* non vi sia stata – e manchi tuttora, specie tra autori eccessivamente legati a vecchie impostazioni positivistiche o di esasperato

<sup>1</sup> L'A. aveva già offerto una robusta prova di capacità speculativa nei due volumi su *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*. I. *Il dibattito contemporaneo*; II. *Approfondimenti e riflessioni*, CEDAM, Padova 2008, rispettivamente pp. 277 e 336. I temi studiati dall'A. sono tra i più significativi e innovativi del diritto matrimoniale canonico (profondamente modificato – grazie anche agli stessi – prima nella alta lezione conciliare, poi nella coerente lettura codiciale giovanneo-paolina). Per la loro trattazione l'A. dimostra di saper coniugare la lettura giuridi-

formalismo giuridico – unanimità di consensi: assenza in gran parte dipesa – sia consentito ribadire la ferma convinzione, già avanzata nel mio *Matrimonio canonico e bonum coniugum*. Per una lettura personalistica del matrimonio cristiano, Giappichelli, Torino 1995, specialmente pp. 70 ss. – dalla mancata considerazione che per cogliere precisamente la realtà della persona fatta oggetto nella *deditio* coniugale, occorra preliminarmente individuare quali profili più generali – direi *costituzionali* – la *constituono* persona nell'ordinamento ecclesiale. Derivata inoltre, più specialmente, dal non avere ancora compiutamente avvertito – come ha invece predicato il Maestro divino – che la persona nella Chiesa è prima del suo diritto; o, meglio, che in essa la persona stessa è diritto; che la relazione coniugale, personale, interpersonale, intrapersonale è, essa medesima, *res iusta*; che è da accogliersi convintamente nel diritto ecclesiale, in modo ultimamente definitivo, la lezione sulla persona offerta con continuità di coerenza da un riconosciuto Maestro del diritto canonico

ca dell'ordinamento e dei singoli istituti con quella filosofico-teologica, accompagnata da una continua ricostruzione, critica e puntuale, del Magistero ecclesiale (di quello primaziale e di ogni altro ordinario), e della migliore tradizione canonica, specialmente, della giurisprudenza, nella completezza della sua evoluzione e dei suoi diversi orientamenti; evidente, infine, il costante e – a mio avviso – riuscito sforzo dello studioso di dimostrare come nel diritto della Chiesa, *in apicibus*, Verità e Giustizia debbano sempre armonizzarsi profondamente.

co, così sintetizzata da ultimo: “Solo se ci si fa catturare dall’iniziativa di un Dio che ama sempre per primo e che dalla sua carità sostanzia e alimenta il sentimento di giustizia dei fedeli, ogni persona umana può davvero trasformarsi ed essere trattata come ‘diritto sussistente’ [A. Rosmini], come ‘ius aequissimum’ [P. Grossi]; e così, chi si lascia ‘regolare e misurare’ alla stregua dell’agape divina, in qualche modo può rendersi partecipe della ‘regola e della misura’ (1<sup>a</sup> II<sup>a</sup>, q. 91, a. 2)” (S. BERLINGO’, *Generalia iuris principia* (can. 19), in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www-statoeChiese.it), aprile 2009, p. 7).

È poi sotto gli occhi di tutti gli studiosi con quanta difficoltà e con quali resistenze il principio del *bonum coniugum* sia stato introdotto e riconosciuto nella giurisprudenza, specialmente in quella rotale; e come questo indefettibile elemento essenziale del patto matrimoniale cristiano (can. 1055) debba invece essere sempre voluto nel consenso delle parti (can. 1057); come, tuttavia, esso sia di frequente messo in gioco nel momento patologico della simulazione: come, pertanto, uno studioso che voglia conoscere *funditus* cosa sia il *bonum coniugum* e come esso venga vissuto nella pratica, dei fedeli e giudiziaria della Chiesa, non possa non affrontare, di petto, la completa trattazione di quest’ultima.

Giacomo Bertolini questo ha fatto, con completezza di metodo e di analisi, spiccatamente di quella giuridica,<sup>2</sup> lun-

go tutte le pagine del libro; riuscendo ad incorniciare l’ampia trattazione concettuale sul *bonum coniugum*, illustrata anche con il necessario riferimento alla dottrina teologica e metafisica che ne sostrata (e ne giustifica) la presenza nell’ordinamento matrimoniale canonico, appunto nel quadro dello specifico istituto della simulazione, analizzato nei suoi profili sostanziali e processuali. Scrive infatti a pag. 2: “Questa specifica figura di simulazione parziale [...] più di altri capi di nullità pare collegata al grado di assimilazione del personalismo ed alla raggiunta coscienza che l’essenza del matrimonio non abbia da esser indagata in senso statico, razionalista, volontarista, unilaterale, contrattualista, istituzionalista e giuspositivista-giuscorporalista, ma debba essere intrinsecamente descritta nella dimensione del patto totalizzante *tra persone*, dotate di pari dignità e libertà, tra le quali esiste una dimensione dinamicamente interpersonale ed intrapersonale, caratterizzata dalla complementarità tipica del dimorfismo sessuale, e naturalmente ordinata al bene reciproco, al bene della prole e della famiglia”.

2. Il libro è scandito dall’Autore in tre capitoli, la cui appropriata titolazione testimonia, sin da subito, la chiarezza e la coerenza logica dell’indagine giuridica adottata.

Il primo, destinato alla individuazione dei *Fondamenti di un’antropologia matri-*

<sup>2</sup> Va sottolineato come le considerazioni dell’Autore si mantengano sempre nell’ambito di una riflessione rigorosamente giuridica. Valga ad esempio la precisa conclusione con cui sintetizza l’ampia trattazione teologica e istituzionale dell’Aquinata sul matrimonio (p.7): “L’oggetto del consenso,

dunque, non è inserito in un rapporto sinallagmatico circa diritti estrinseci rispetto ai coniugi, ma è invece costituito dalla stessa unione coniugale nella sua duplice connotazione naturale quanto al genere (unione carnale) e quanto alla specie (unione spirituale), secondo una copresenza di cui a Gn 2, 24”.

*moniale realista* (pp. 1-55), dimostra infatti la consapevolezza di Bertolini di come la nozione di persona, al centro della reciproca donazione coniugale dell'uomo e della donna, non possa sottrarsi al continuo riferimento al duplice orizzonte, sempre presente nel diritto della Chiesa: quello secolare, della giustizia umana, e quello della Salvezza e della costante operatività della Grazia, che assicurano la proiezione di ogni realtà terrena verso il Cielo, verso il regno stesso di Dio.

In sintonia con l'alto insegnamento di Lo Castro, l'Autore si batte così, da un lato per "una civiltà coniugale che riconosca una realista antropologia dell'essere sessuato uomo e donna"; consapevole, dall'altro – sulla scorta dell'insegnamento di Benedetto XVI (p. 52) – che "Il dono dell'amore coniugale è *eros* ed *agape* al contempo, [...] e nondimeno icona del rapporto di Dio con il suo Popolo".

Merito dell'Autore sono la chiarezza con cui mette subito a fuoco il punto centrale nel discorso sul *bonum coniugum*: "Punto di partenza del discorso giuridico sul matrimonio è [...] la *persona* e, per ciò che attiene al matrimonio, è la persona che tramite il coniugio risponde pienamente alla sua *naturale* vocazione di essere in relazione" (p. 8) e la ferma convinzione di come, pertanto, "un personalismo adeguato al diritto matrimoniale canonico pone al centro della *riflessione giuridica* [corsivo mio] le *persone* nella loro dimensione *integrale* (spirito, anima e corpo); persone che si realizzano pienamente solo entrando in relazione, riconoscendo l'altro come soggetto dotato di pari ontologica dignità, e tendendo alla comparte come ad un naturale completamento" (p. 288).

Sarà questo, dunque, il porto d'arrivo dell'indagine che l'Autore si propone, pienamente consapevole che la naviga-

zione dottrinale e giurisprudenziale nel mare increspato del *bonum coniugum* avverrà tra due scogli: "È difatti tutt'oggi sovente registrabile", scrive infatti a pag. 287, "un tratteggio riferimento a diritti e doveri coniugali *estrinseci* rispetto alla *persona* dei coniugi, ove permane la triangolazione coniuge-diritto-coniuge, anziché la centratura sull'*unica* dimensione giuridica della relazione coniuge-coniuge. Per converso, è nondimeno da registrare anche l'opposta tensione a procedere all'abbandono del principio consensualista e della categoria dell'atto giuridico, per aprire all'esclusivo approfondimento psicologico della relazione interpersonale".

3. Sono dense di riflessione e ricche di dottrina le pagine (pp. 3 ss. e *passim*) in cui l'Autore mostra i limiti della vecchia dottrina giuscorporalista (dello *ius in corpus*), del resto tassativamente superata dal nuovo dettato normativo, e di quella giuspersonalista, se esclusivamente riferita allo *ius ad consortium vitae*, porto intermedio, nel periodo del Concilio e dei lavori per la nuova codificazione, di dottrine attrezzate e molto avanzate nonché di una giurisprudenza aperta, verso l'approdo definitivo a una lettura più personale (e spirituale) del matrimonio.

Né Bertolini mostra di ignorare i pericoli di un personalismo agiuridico. "Allo stato attuale di recezione dell'approfondimento antropologico del personalismo coniugale", scrive ad es. a pag. 9, "abbandonare [...] i sicuri parametri giuridici di analisi della validità del consenso, al fine di andare verso l'esclusivo approfondimento antropologico-fenomenologico della relazione coniugale, è operazione di sistema che potrebbe portare con sé una degiuridicizzazione del matrimonio, o comunque una prioritaria sua focalizzazione sulla esclusiva dimensione

del rapporto, sulla scia degli ordinamenti civili, ricadendo così in quell'individualismo che nell'adesione alla scuola personalista si intende invece superare".

Quanto all'Autore appare giustamente decisivo è la nuova identificazione codiciale dell'oggetto del consenso: la *deditio sui ipsius* di ciascun coniuge e la *essenziale* sua *ordinatio* alla coniugalità (*ad bonum coniugum*) e alla genitorialità (*ad bonum prolis*). La nuova realtà concettuale e normativa si proietta pertanto su una nuova accezione di personalismo, di uno più 'autentico', per il quale "il centro della riflessione è la *persona* nella sua dimensione integrale, o meglio è la *persona* che diviene una *coppia*, una nuova *res dualis*, che riconosca pari reciproca dignità e si proietti dinamicamente verso la progressiva integrazione interpersonale. La donazione coniugale è l'unione delle potenze naturali coniugali conferite tramite l'atto del consenso" (pp. 18-19).

Bertolini invoca così (p. 18) "un'adeguata antropologia del matrimonio", capace di porsi in "alternativa al soggettivismo contrattualista, all'istituzionalismo positivista, quanto infine al fenomenologismo personalista puro" e crede di poterla trovare nella "impostazione giuridica personalista fondata sulla metafisica realista".

Non ripercorro qui il persuasivo itinerario, in punto di vera metafisica e di filosofia giuridica, con cui l'Autore approda alla dottrina della conoscenza per *connaturalità* (pp. 21 ss.). Ma concordo con lui, convintamente – si tratta dell'epistemologia di fondo che guida l'intera ricerca ed è la significativa pagina conclusiva del lavoro (p. 298) – che nello studio dei fenomeni giuridici occorra fare sempre "riferimento alla dimensione del diritto che nasce, si autolimita, rinviene finalità naturali e criteri di validità, sul fon-

damento della metafisica della natura dell'uomo e del suo agire".

Nel tipo di conoscenza per connaturalità "ontologia e gnoseologia sono indissolubilmente congiunte"; la legge naturale vi è tale "non soltanto perché radicata nella natura (*elemento ontologico*), ma perché conosciuta naturalmente (*elemento gnoseologico*), per una sorta di connaturalità" (p. 23). Con questa lettura personalista, fondata su una metafisica realista, sta allora che la identificazione concettuale dell'oggetto del consenso matrimoniale e dell'elemento essenziale del *bonum coniugum* non poggia più su diritti estrinseci, ma "sulle *persone* stesse, che si *realizzano* pienamente solo entrando in relazione, tendendo alla comparte come ad un naturale completamento, e costruendo una 'nuova cosa' che è il matrimonio (p. 27)". Sta, specialmente, per il tema che lo occupa, la convincente conclusione di Bertolini (p. 29) che: "L'essenza coniugale non è dunque l'oggetto di un'obbligazione contrattuale (o, in veste giuspersonalista, il diritto al *consortium*), ma l'*unio*, la *relatio praedicamentalis* che la dottrina antica ricondusse all'essenza del matrimonio, la comunione di animi e corpi, la nuova *res dualis*, l'*unio ordinatorum ad unum*, la *maxima amicitia*".

4. Con questa chiara concettualizzazione giuridica dell'oggetto del consenso matrimoniale e con una peculiare sensibilità e attenzione per la realtà umana delle persone che lo esprimono (la *traditio* che si fa *deditio*), non sorprende che l'Autore scriva pagine intense, davvero belle, sull'amore coniugale.

Ci si intenda: mai prive, però, di una puntuale e precisa sua riconduzione alla dimensione giuridica, con cui esso può unicamente essere preso in rilievo nel diritto matrimoniale canonico.

Sin da subito Bertolini affronta l'argomento nella consapevolezza (pp. 33-34) che esso è la *crux interpretum* e ne inquadra la trattazione che ne offre la dottrina in precise categorie giuridiche: come "*causa efficiente* della volontà di donarsi totalmente nell'atto del consenso", come "elemento strutturale ed *essenziale* del patto", oppure quale "desiderio di bene reciproco e dunque *fine*".

L'Autore descrive assai bene (p. 37) le tappe dell'amore, nel loro *crescendo* psicologico verso la realtà più ricca e profonda dell'animo umano, che i nubenti debbono vivere e assumere per una valida espressione del loro volere giuridico: "L'amore, [...] in quanto *concupiscenza* è iniziale inclinazione, in quanto *benevolenza* è già volere il bene dell'altro, in quanto *amore sponsale* è donazione ed accettazione interpersonale nel vincolo, ed infine l'amore dell'uomo e della donna vincolati è principio di operazione dell'orientamento naturale ai fini; dunque né aspetto transeunte esposto al mutevole del concupiscibile, né dimensione da verificare volta per volta nel matrimonio *rapporto*".

Nel patto coniugale si ha invero la trasformazione dell'amore: si tratta (p. 32) dell'*agape*, "di un *dover essere voluto* che viene definito amore di elezione, di benevolenza, ed è atto di *volontà* razionale". Ancora: l'amore sponsale, disinteressato e non egoista, che mentre vuole il bene dell'altro realizza il proprio, comporta qualcosa di più (p. 228), "che si passi all'ulteriore elevazione dell'amore sia attraverso la piena *reciprocità*, sia attraverso la stabile *volontà* tipica dell'*amicizia*, per proiettarsi nel *dono di sé e della propria persona*".

Si realizza in tal modo la *una caro* voluta nel can. 1057, par. 2: si tratta infatti – Bertolini ne scolpisce bene la realtà (pp.

28-29) – della "intimissima dimensione *uniduale* [...] liberamente voluta come dovuta secondo giustizia nel *dono totale* e definitivo di *sé*: atto supremo che supera l'amore di benevolenza stesso".

5. Il secondo e robusto capitolo, *La giurisprudenza*, è il più ampio del libro (pp. 57-174). Appare subito come non si tratti di una semplice lettura descrittiva delle decisioni del Tribunale Apostolico, né di una pur utile sola raccolta di sentenze, magari indicate con criterio cronologico (ma – si annoti a merito dell'Autore – si ha qui la raccolta di *tutta* la giurisprudenza rotale sul punto, edita e non, e delle più significative decisioni di Tribunali ecclesiastici italiani). Si tratta invece di una ricostruzione concettuale raffinata delle categorie giuridiche in cui la giurisprudenza ecclesiastica ha collocato il *bonum coniugum* nelle proprie decisioni: la visione giuscorporalista (pp. 96-101); una accezione e contenuti propri a quella personalista, "onnicomprensiva e compendiosa" (p. 102) di molti contenuti, utili ad assicurare un esito felice del matrimonio, ma inadeguati o insufficienti per cogliere l'essenza del bene dei coniugi. Si trascorre infatti dallo *ius ad consortium* al *mutuum adiutorium* e/o al *remedium concupiscentiae*; dalla completa unione psicosessuale dei coniugi alla individuazione del *bonum* come fine estrinseco del matrimonio o alla sua identificazione con lo stato complessivo della vita coniugale (pp. 102-141). Si perviene infine (pp. 141-174) all'esame delle prospettazioni concettuali consentite dall' "approccio personalista e realista", condiviso e difeso dall'Autore ma per la verità riscontrabile in non molte delle sentenze pronunciate.

Bertolini ha dunque ragione nel denunciare (p. 2) il ritardo con cui la Rota romana "ha cominciato a pronunciarsi

sul capo autonomo di nullità inerente all'esclusione parziale del bene dei coniugi", ritardo in parte giustificato (p. 61) dalla "constatazione che comunque la Rota si [è] occupata in innumerevoli sentenze specificamente del *bonum coniugum* come oggetto di incapacità". V'è infatti nel Giudice rotale – specie in una *coram* Civili dell' 8 novembre 2000 – la consapevolezza della difficoltà della questione (p. 152): "Nostra sententia quaestio de essentialibus elementis bono coniugum inhaerentibus haud omnino soluta est. Infrascripti Auditores itaque nihil aliud facere possunt nisi contributum aliquod afferre ad quaestionem resolvendam". E se anche sembri manifestarsi una interpretazione personalista prevalente, così da potersi delineare "un primo indirizzo giurisprudenziale [...] sul tema" (p. 170), la Rota non offre in realtà "un'evoluzione dottrinale nella successione cronologica delle sentenze" (p. 183). Bertolini ne offre puntualmente (*ivi*) le plausibili ragioni: l'assenza del formale differimento a un Turno ampliato della Rota (*coram quinque* o *videntibus omnibus*) per una superiore e decisiva interpretazione dottrinale.

L'Autore, che ha scolpito con chiarezza le diverse categorie concettuali adottate dalla giurisprudenza rotale (p. 96) e nei principali "precedenti personalisti" di alcuni Tribunali locali italiani (pp. 76-95), può pertanto convintamente affermare, in conclusione (p. 290), che "L'analisi della giurisprudenza rotale in materia di simulazione del *bonum coniugum*, proposta per le singole decisioni [...] ha manifestato eterogeneità interpretativa". Ne fa prova risolutiva la lucida e rapida sintesi che egli ne offre (pp. 290-291): "Sono tutt'oggi presenti le posizioni *giuscorporaliste* che negano una precisa dimensione essenziale all'ordinazione al bene dei

coniugi [...]; quelle che propongono un concetto di *bonum coniugum* quale risultante dalla *somma dei beni agostiniani* [...]; quelle *giuspersonaliste* che ripropongono le storiche impostazioni di analisi del fine personalista come '*ius ad consortium*' [...]; quelle che, pur individuando elementi di specificità del *bonum coniugum* risentono dell'approfondimento della giurisprudenza in materia di *incapacità alle obbligazioni* [...]; quelle che (principalmente le più recenti) pacificamente ammettono che l'*ordinazione al bonum coniugum* sia *elemento essenziale*, che tale ordinazione sia naturale, e che essa possa essere fatta oggetto di autonoma simulazione, ma fanno ancora uso tralattizio dei riferimenti allo *ius ad consortium* [...] o alle *obbligazioni* coniugali [...]; quelle, infine, *spiccatamente personaliste* che conferiscono definitiva autonoma rilevanza all'oramai accolta ordinazione essenziale del coniugio, direttamente fondata sulla *qualità* della totale donazione delle persone".

La preziosa lettura analitica delle singole decisioni studiate, sviluppata con un linguaggio che può talora risultare un po' troppo uniformato a quello forense della giurisprudenza, consente tuttavia all'Autore di segnalare i punti fermi fissati dalla Rota (p. 183): che "l'oggetto del consenso sono le *persone* che si donano in forza della complementarità reciproca e della considerazione della comparte come soggetto dotato di *pari ontologica dignità*, con il quale entrare in *relazione*"; che "il *consenso* non è una prestazione unilaterale di diritti sul corpo o diritti a determinati comportamenti, ma è anzitutto una *donazione* oblativa e un *riconoscimento* dell'altro, al quale si decide di *volere e dovere il bene* [...]; che "Il *vincolo* in giustizia così costituito, tendendo a sua volta al *bene dei coniugi*

quale *fine*, ha una dimensione essenziale e *dinamica* informata dal fine, ossia l'*ordinatio ad bonum coniugum*, nonché la tensione verso la *progressiva* crescita nella comunione dei coniugi. Tale naturale ordinazione, in quanto *elemento essenziale*, può essere esclusa con *simulazione parziale* invalidante".

6. La simulazione è di fatti l'altro angolo prospettico – essendo quello previo, come si è chiarito, la identificazione concettuale di quale ne sia la realtà essenziale – con cui Bertolini tratta il tema del *bonum coniugum*.

Lo sviluppa specialmente nell'ultimo capitolo, *Concettualizzazione delle ipotesi di esclusione del 'bonum coniugum' e criteri probatori* (pp. 175-286), sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale.

Non ripercorro qui l'intero percorso argomentativo dell'Autore, che in queste pagine sembra forse indugiare in qualche ridondante ripetizione argomentativa. Desidero tuttavia segnalare, sia pure in rapida sintesi, le ferme posizioni dottrinali che lo studio della giurisprudenza rotale consente all'Autore in tema di simulazione.

In primo luogo è la chiara percezione di quale sia l'oggetto del consenso simulato *ob exclusum bonum prolis* (cfr. specialmente pp. 214-215 e 51), nella sua duplice dimensione: "quella che escluda la dimensione *duale* della *coppia*, e quella che escluda la naturale proiezione verso una *progressione* della complementarietà della *una caro* che deve abbracciare ogni ambito della persona (intellettivo, volitivo, fisico, spirituale)".

Ne deriva che l'indagine giudiziaria sull'esclusione, oltre che accertarsi della *positività* e della prevalenza dell'atto escludente, dovrà tenere in conto (p. 243) "la *qualità oggettiva* della *relazione*

*interpersonale* e la sua evoluzione, anche indipendente da una specifica volontà di *esclusione* (nel senso tradizionale e letterale di *sottrazione*"); quanto a dire che occorrerà sempre pervenire a una valutazione statica e dinamica del consenso (sul punto, si legga specialmente a p. 284), sì che, in definitiva, "l'attenzione" dovrà essere prevalentemente "portata sull'atto che *pone* il consenso, invece che direttamente su quello che *esclude*" (p. 269).

Sono stimolanti le riflessioni che l'Autore dedica ad una approfondita analisi psicologica e giuridica del consenso e della volontà simulatrice (pp. 242 ss. e, poi, pp. 280-285) e a come quest'ultima si configuri nella realtà (p. 254): "Semplicemente l'*esclusione* è l'*effetto* dell'*unica volontà simulatoria* (causa efficiente), che fa sì che vi sia un *unico* oggetto intenzionale, che oggettivamente non può dirsi veramente coniugale perché a questo si è interamente *sostituito*". In particolare, segnalo come risulti accurato e approfondito lo studio (pp. 252-269) del percorso e dei criteri con cui nella giurisprudenza rotale si è passati da una prima rigorosa richiesta della presenza del solo *positivus voluntatis actus* (cfr. una *coram* Ferraro, 16 ottobre 1994) sino ad adombrare (pp. 260-271) una "interpretazione decisamente evolutiva" della simulazione implicita.

Trovo infine particolarmente equilibrata la posizione assunta dal Bertolini nel delineare i presupposti teorici entro cui collocare l'atto simulatorio: non la "esaltazione razionalista, intellettualista e volontarista del volere" (p. 281) – lo aveva già insegnato, da par suo, la Fumagalli Carulli – e neppure l'"eccesso individualista" di un personalismo per il quale (p. 282) "l'essenza matrimoniale [sarebbe] una realtà meramente fattuale, scissa da qualsiasi dimensione di

dovuto secondo giustizia, o dimensione giuridica inerente alla validità del patto”, ma – in coerenza profonda con i criteri epistemologici di fondo adottati nel libro – nella razionale lettura del *diritto di natura* (pp. 283-284), quanto a dire sulla “dimensione metafisica dell’uomo e dei suoi naturali fini, che costituiscono il presupposto di tutto il sistema giuridico canonico, ed individuano quel *minimo sufficiente* onde ricercare l’esistenza personale, interpersonale, ed intrapersonale del matrimonio (il *bonum interpersonale*)”.

Resterebbe da dire in ultimo, più approfonditamente, dei criteri che dallo studio della giurisprudenza rotale l’Autore ricava sulle modalità dell’indagine istruttoria e sui contenuti della prova della simulazione per esclusione del bene dei coniugi. Mi limito a segnalare qui la sua giusta avvertenza come essi trascorrono sempre tra due estremi: quello della esclusione del *bonum coniugum* o, invece, del *bonum coniugii*; nell’accertamento se, nel caso, si sia avuta una *voluntas simulandi* o una *simulatio voluntatis*.

Si ha dunque a disposizione un libro pienamente riuscito, completo nella trattazione del tema scelto, compendioso della migliore dottrina e studiata analiticamente nell’esame critico della giurisprudenza, tutta ricondotta a chiari schemi concettuali, logici e giuridici; un libro che conferma pienamente, a mio avviso, la fecondità e lo spessore della canonistica laica nel panorama della scienza giuridica contemporanea.

RINALDO BERTOLINO

MASSIMO CATTERIN, *L’insegnamento della religione nella scuola pubblica in Europa. Analisi e contributi di istituzioni europee*, Venezia, Marcianum Press, “Monografie di Diritto Canonico”, 2013, pp. 612.

L’AUTORE, Massimo Catterin, nato a Treviso nel 1971, presbitero diocesano dal 1999, attualmente segretario presso la Rappresentanza Pontificia in Bangladesh, dopo aver conseguito nel 2010 la licenza in diritto canonico presso la Facoltà di diritto canonico “San Pio X” di Venezia, ha proseguito gli studi presso la Pontificia Accademia Ecclesiastica a Roma, conseguendo nel 2012 il dottorato in diritto canonico alla Pontificia Università Lateranense sotto la guida del Prof. Vincenzo Buonomo.

Nel 2013 ha pubblicato questa non breve monografia che ha il pregio di offrire al lettore una panoramica sulla regolamentazione giuridica e i modi di accreditare l’insegnamento della religione nella scuola pubblica nei ventotto Paesi dell’Unione Europea; come pure i principali indirizzi delle politiche educative del Consiglio d’Europa e dell’Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) in merito all’istruzione sulle religioni e altre convinzioni, e il ruolo che la Santa Sede ha svolto in varie fasi di consultazione, in qualità di soggetto di diritto internazionale.

A tale scopo, si serve di una vasta base documentaria di Fonti e di Bibliografia, con ben 42 pagine di titoli di testi giuridici civili, di normativa ecclesiastica, di rapporti informativi e di saggi comparativi, che hanno sicuramente il pregio di aggiornare sulla recente legislazione italiana, vaticana ed europea, prodotta in materia, oltre che sulla vasta letteratura

critica disponibile nelle principali lingue del continente.

La monografia, oltre all'introduzione, è costituita da quattro capitoli.

Nel primo capitolo, l'Autore si serve di quattro categorie nelle quali, con meticolosa precisione, incasella tutti i ventotto Paesi appartenenti all'Unione Europea: l'insegnamento basato sulle scienze teologiche inteso come riferimento alla "Scienza della fede creduta" con metodi propriamente confessionali gestiti dalle Chiese; l'insegnamento basato sulle scienze teologiche e sulle scienze della religione anche questo normalmente confessionale e che distingue chi porta a imparare da credenti partendo da una propria tradizione di fede e chi invece porta a conoscere le tradizioni religiose; l'insegnamento su base di scienze religiose non teologiche a-confessionale; l'ultimo è invece corrispondente all'approccio laico al fatto religioso.

Nel secondo capitolo, l'Autore evidenzia come alcune istituzioni europee, pur avendo più volte dichiarato la loro estraneità all'esperienza religiosa, si sono fatte promotrici di politiche educative che mostrano non solo un interesse verso l'insegnamento della religione, ma anche la ricerca di una sua regolamentazione a favore di un insegnamento a-confessionale. Tale scelta prima di tutto è legata al fatto che l'Euro-ottimismo, dilagato all'indomani della caduta del Muro di Berlino, è rimasto improvvisamente soffocato sotto gli eventi tragici dell'11 settembre 2001, facendo sembrare a molti Paesi occidentali di trovarsi di fronte ad una minaccia globale ed allo spettro di uno scontro tra civiltà o religioni. Ma l'attività politica si è resa necessaria anche a motivo dell'intensificarsi del fenomeno migratorio che ha finito poi per produrre un'ibridazione irriver-

sibile di culture, etnie, tale da far temere l'ingovernabilità.

Dal momento che la scuola resta uno dei luoghi strategici dell'integrazione, dando gli strumenti per saper aprirsi al dialogo con altre culture, anche l'insegnamento della religione ne è coinvolto, non senza conseguenze per i modelli epistemologici.

Questi dunque i motivi che hanno portato la maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea, in una fase di ininterrotto ripensamento che, secondo l'Autore, non può essere liquidato semplicemente per il fatto che la società europea abbia assunto i caratteri di una società multi-etnica e multicultural, ma che chiede un'ulteriore e più approfondita investigazione a partire dai suoi fondamenti individuati negli orientamenti di politica educativa di alcune istituzioni europee.

Nel terzo capitolo, l'Autore dà ampio spazio alla presentazione del Rapporto 2007, scritto al termine di un'indagine promossa dal Consiglio delle Conferenze dei Vescovi in Europa (CCEE) su iniziativa della Conferenza Episcopale Italiana (CEI), dal momento che non ha mancato di aprire prospettive interessanti soprattutto dal punto di vista pastorale, prospettive che vertono sulla necessità di valorizzare il ruolo delle famiglie, l'impegno della Chiesa a migliorare la sua presenza nel mondo della scuola, la convinzione che l'insegnamento della religione debba essere aperto a tutti, al di là delle proprie convinzioni, sempre però nel rispetto della libertà di coscienza, e soprattutto quello che l'insegnamento della religione a contenuto confessionale sia quello meglio rispondente alle esigenze del contesto odierno, perché capace di mettere in dialogo con una religione vivente e significativa.

Prospettive queste, non sottovalutate dal momento che, sia la Congregazione per l'Educazione Cattolica sia lo stesso Papa Benedetto XVI, sono intervenuti più volte sulla questione.

Nel quarto e ultimo capitolo, viene pertanto analizzata la Lettera Circolare 520/2009 della Congregazione per l'Educazione Cattolica, dal momento che fa intravedere i fondamenti giuridici su cui l'insegnamento della religione risulta essere legittimo: si tratta del diritto di ogni uomo all'educazione e alla libertà religiosa, declinabile nel diritto dei genitori di far impartire un'educazione secondo i propri principi e quindi di far impartire un'educazione anche religiosa. Senza dubbio, si tratta di diritti riconosciuti dalle principali Convenzioni internazionali, e che trovano riscontro nelle Costituzioni e nelle legislazioni statuali; sono diritti sui quali la Chiesa cattolica deve continuare il dialogo per non vedere estromessa non solo la sua *Libertas*, ma anche i diritti soggettivi dei suoi fedeli, verso i quali si pone in atteggiamento di protezione e difesa.

Gli interventi di Benedetto XVI, invece, mettono in luce la tendenza di correnti laiciste presenti nelle Organizzazioni stesse, tendenti a voler escludere l'insegnamento confessionale; tendenze che sono senz'altro espressione di una certa cultura relativistica che sta relegando la religione dal suo ambito pubblico verso il privato. Inoltre, di fronte la tendenza di estromettere il valore dell'insegnamento confessionale all'interno del dialogo interculturale, Benedetto XVI ribadisce come detto dialogo debba avere come punto di partenza la consapevolezza dell'identità dei suoi interlocutori. Proprio in questo orizzonte la religione cattolica è una risorsa, perché è una disciplina che ha come specifi-

co la formazione integrale dell'uomo e della sua identità.

Concludendo, dalla lettura di questa quanto mai originale monografia, scritta in una veste grafica chiara e che non presenta errori, si evince che l'Autore, pur nella complessità e nella vastità dell'argomento scelto, ha saputo farsi strumento di indagine in modo chiaro e razionale, rendendo giustizia, una volta tanto, a quanto di pressapochismo e di imprecisione regna, soprattutto negli operatori mediatici, sulla tematica in questione.

L'opera, un vero e proprio "Digesto" del magistero scolastico religioso in Europa, è stata riconosciuta «necessario complemento del Rapporto 2007 a cura di CCEE/CEI sullo stato dell'istruzione religiosa cattolica europea» (cfr. *ERE-news* 2013/4, 110).

FERNANDO CHICA ARELLANO

MASSIMO DEL POZZO, *Il magistero di Benedetto XVI ai giuristi*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2013, pp. 206.

IL volume curato da Massimo del Pozzo, docente di diritto canonico nella Pontificia Università della Santa Croce, è aperto da un'acuta presentazione del Card. Julián Herranz e consta di uno studio di cinquantacinque pagine, seguito dalla riproposizione di cinque discorsi di Benedetto XVI di indole giuridica, tre dei quali in materia canonica (le allocuzioni alla Rota Romana del 2006 e del 2010; il discorso in occasione del venticinquesimo anniversario della promulgazione del nuovo Codice di diritto canonico, tenuto nel 2008) e due sui fondamenti del diritto (il discorso del 2007 ai partecipanti al Congresso sulla legge morale promosso dalla Pontificia Università La-

teranense e quello pronunciato nel 2011 davanti al Bundestag tedesco). Ciascuno di essi è corredato dal relativo commento dell'autore, già apparso sulle pagine di questa rivista. In appendice è posto l'elenco dei principali atti normativi di portata generale emanati da Benedetto XVI (se ne enumerano sedici) e dei suoi più importanti interventi aventi rilevanza giuridico-canonica (sono centottantadue).

Scopo dell'opera è presentare e ricostruire il nucleo del messaggio del Papa emerito ai giuristi, partendo dalla consapevolezza che Benedetto XVI, pur non essendo giurista per formazione e interesse, è un pensatore talmente ricco e profondo da essere in grado di offrire un contributo specifico e originale anche ai cultori del diritto. Da ciò consegue che il suo magistero giuridico si indirizza alle tematiche fondative e generali più che a quelle propriamente canoniche ed è volto soprattutto a difendere la 'verità del diritto' in un'epoca in cui essa rischia di risultare oscurata. È assai significativo in proposito un passaggio della *Lettera ai seminaristi* (18 ottobre 2010): «Imparate anche a comprendere e – oso dire – ad amare il diritto canonico nella sua necessità intrinseca e nelle forme della sua applicazione pratica: una società senza diritto sarebbe una società priva di diritti. Il diritto è condizione dell'amore» (n. 5). Come osserva del Pozzo, «il legato più significativo di Benedetto XVI ai giuristi concerne probabilmente la *spiegazione del fondamento e della radice della giuridicità*» (p. 51). È esemplare, in proposito, lo sviluppo del discorso al Bundestag, finalizzato a proporre alcune considerazioni sui fondamenti dello Stato liberale di diritto. Riprendendo argomenti sviluppati fin dalla sua fondamentale *Introduzione al cristianesimo*, la cui prima edizione ri-

sale al 1968, il Papa emerito osserva che, a differenza di altre religioni, esso non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, ma ha rimandato alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto. Esiste infatti un'armonia profonda fra i due piani, il che presuppone che entrambi si radichino nella Ragione creatrice di Dio. L'intrinseco legame fra diritto e filosofia è il terreno di coltura di quello sviluppo giuridico che, nel corso dei secoli, ha portato l'Europa a riconoscere i diritti inalienabili della persona quale fondamento della comunità umana, della pace e della giustizia sociale. Il dramma del pensiero contemporaneo – evidenza Benedetto XVI – consiste nel prevalere di una concezione positivista e funzionale della natura, incapace di creare ponti verso l'*ethos* e il diritto. Morale e religione vengono relegate nell'ambito del mero soggettivismo e cadono fuori dall'ambito della ragione. Il diritto non si fonda su ciò che è giusto in sé, ma assume un carattere convenzionale, se non addirittura arbitrario. Da questo vicolo cieco si esce soltanto recuperando il rapporto di integrazione e armonia fra natura e ragione. Esso comporta una sorta di 'ecologia del diritto': come è importante la tutela dell'ambiente, così va rispettata la natura dell'uomo. Questi non è soltanto una libertà che si crea da sé. «Egli è spirito e volontà, ma è anche natura, e la sua volontà è giusta quando egli rispetta la natura, la ascolta e quando accetta se stesso per quello che è, e che non si è creato da sé».

Queste considerazioni sviluppate davanti al Bundestag trovano applicazione in campo canonistico soprattutto negli insegnamenti sul matrimonio. Parlando alla Rota Romana, cioè a un tribunale chiamato ad applicare una procedura giudiziaria, egli insiste sull'amore per la

verità, quale fondamentale punto di incontro tra diritto e pastorale. Non può esistere, infatti, azione pastorale feconda se non radicata nella verità. Le assai sbandierate soluzioni pseudopastorali ai problemi delle nullità si radicano – secondo Benedetto XVI – in impostazioni teoriche che oscurano l'essenza stessa del matrimonio, fondata nella natura profonda dell'uomo e della donna. È assurdo, infatti, contrapporre la giustizia alla carità. Nel Discorso alla Rota nel 2007, egli arriva ad affermare: «Amore e diritto possono così unirsi fino al punto da far sì che marito e moglie *si debbano a vicenda* l'amore che *spontaneamente si vogliono*: l'amore è in essi il frutto del loro libero volere il bene dell'altro e dei figli; il che, del resto, è anche esigenza dell'amore verso il proprio vero bene». Tanto nell'ambito generale, quanto in quello specificamente canonistico, «la *ricerca della verità* è l'unico criterio per *coniugare ciò che è giusto con la cura della persona*, il punto di convergenza tra lo strumento tecnico e il servizio umano, la complementare integrazione di forma e sostanza» (p. 71).

La silloge di del Pozzo non solo costituisce un'ottima presentazione sintetica dei contenuti giuridici del magistero di Benedetto XVI, ma spinge anche il lettore ad approfondire la conoscenza diretta dei testi pontifici, recuperando dall'accurato apparato di note i rimandi ad altri interventi nei quali, talora in maniera sviluppata, talora per inciso, è possibile cogliere perle di un pensiero, la cui profondità e acutezza costituisce un tesoro dove attingere in abbondanza.

MAURO RIVELLA

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., *La parola di Dio quale bene giuridico ecclesiale. Il munus docendi della Chiesa*, Roma, EDUSC (Subsidia canonica 7), 2012, pp. 232.

QUESTO volume evidenzia anzitutto due ambiti della ricerche finora condotte dal prof. Errázuriz, docente della facoltà di diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce.

Proprio nel primo numero di questa rivista, apparso nel 1989, egli aveva pubblicato un articolo dedicato alla «dimensione giuridica del “munus docendi” nella Chiesa» (riproposto in questo volume alle pp. 141-156). Con esso l'A. aveva aperto una «linea di ricerca» (p. 9): quello fu il primo di vari contributi su tale tema (a p. 231 troviamo un elenco di «altri scritti dell'autore circa il bene giuridico ecclesiale della parola di Dio», cui vanno aggiunti cinque studi interamente riprodotti in appendice al volume). Complessivamente l'A. ha finora dedicato una monografia e quindici contributi a questa tematica. Ora, questo nuovo studio può essere visto quasi come una sintesi delle ricerche di Mons. Errázuriz in tale ambito.

Inoltre, questo nuovo volume dell'A. costituisce il primo capitolo del secondo volume del *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*. Infatti, da anni il prof. Errázuriz sta realizzando un approccio a diverse aree del diritto canonico a partire dalla nozione di diritto come «oggetto di relazioni di giustizia nella Chiesa» (p. 13). Nel presente volume, l'A. applica all'ambito del *munus docendi* la teoria fondamentale, che egli ha esposto in vari contributi e, in particolare, nel volume *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico* (Milano 2000).

In tale ottica, la Parola di Dio è la *res iusta* dovuta ed esigita nel rapporto sociale intraecclesiale tra soggetti, che sono titolari, rispettivamente, di diritti e di doveri giuridici in riferimento ad essa.

Considerando anzitutto l'oggetto di tale relazione, Mons. Errázuriz indica i «presupposti fondamentali» della giuridicità della Parola di Dio (verità oggettiva, affidamento alla Chiesa e destinazione universale). Essa è oggetto di rapporti, che si possono classificare in base ai soggetti coinvolti nella relazione o secondo le funzioni che integrano il *munus docendi* (conservazione e difesa, approfondimento, diffusione della Parola di Dio). Ancora, vengono segnalate alcune altre caratteristiche fondamentali della Parola di Dio, quali la sua inseparabilità dai sacramenti, dai costumi morali e dalle verità naturali, il suo rapporto con l'ecumenismo e il dialogo interreligioso e la sua adeguazione «alla capacità e alle necessità» dei destinatari. In questo contesto, l'A. fa notare che tale oggetto/bene può essere considerato sotto altre prospettive e che di fatto «nel libro III del Codice si dà un singolare intreccio fra dimensione giuridica, teologica e pastorale» (p. 15), ma ribadisce che la canonistica, pur servendosi di altri approcci alla parola di Dio, deve restare nella sua prospettiva propria «della determinazione e della tutela dei rapporti giuridici esistenti in questo campo» (ibid.).

Passando a considerare i soggetti della relazione giuridica concernente la Parola di Dio, il prof. Errázuriz ricorda anzitutto che «la parola divina costituisce un diritto di ogni persona umana» (p. 23). La Chiesa, istituzione alla quale tale Parola è affidata, ha un dovere giuridico nei riguardi di tutti gli uomini. Esiste però anche un diritto e un dovere di ogni

fedele a partecipare a tale missione. In questo contesto emerge il riferimento al diritto di libertà religiosa, che è la condizione per poter adempiere il dovere di evangelizzazione da parte della Chiesa e di ogni fedele, come pure dell'esercizio dell'obbligo di ogni uomo a cercare la verità. Successivamente l'A. passa a considerare i diritti e doveri fondamentali di ogni fedele nell'ambito del *munus docendi*. Essi vengono enucleati in rapporto alla ricezione della Parola di Dio, alla sua conservazione, al suo approfondimento e alla sua diffusione. In questo modo «si delinea anzitutto l'ambito ecclesiale dell'apostolato personale ed associato dei fedeli» (p. 28). In rapporto alla Gerarchia ecclesiastica, i fedeli sono sia destinatari dell'azione di questa sia sotto certi profili suoi collaboratori. Tale visione fa emergere una vasta gamma di situazioni, che costituiscono una parte importante della vita ecclesiale, anche se non si è soliti considerarle *sub specie iusti*, ma da un punto di vista meramente «pastorale».

Il terzo capitolo considera l'altro soggetto della relazione giuridica che ha come oggetto il bene della parola di Dio: la Chiesa in quanto istituzione, la quale ha il diritto-dovere di conservare, approfondire e diffondere il contenuto della divina rivelazione. Tali funzioni competono principalmente alla Gerarchia ecclesiastica, anche se possono prevedere la collaborazione degli altri fedeli. Mons. Errázuriz si sofferma anzitutto a considerare il magistero della Chiesa, cui compete l'interpretazione autentica della Parola di Dio, ricordando che senza una tale istanza si vanificherebbe il diritto a ricevere la vera parola. Vengono richiamati i vari tipi di magistero, classificati in base al loro grado di certezza/obbligatorietà, al soggetto da cui pro-

manano, al loro oggetto e al loro grado di solennità, e sono indicate le situazioni giuridiche, cioè i diritti e i doveri in rapporto a tale magistero, in particolare quanto all'adesione ad esso. La Parola di Dio, oltre che custodita, va annunciata, e ciò viene realizzato in forma ufficiale dalla Chiesa in quanto istituzione attraverso due principali modalità: la predicazione e la catechesi. L'A. sottolinea, infine, come la Parola di Dio – insieme ai Sacramenti – costituisca «il campo più rilevante e specifico dell'azione del governo ecclesiale» (p. 75). Infatti, la tripla funzione di governo pone atti (leggi, atti amministrativi e sentenze giudiziali) riguardanti la Parola, e, in particolare, l'esercizio del *munus regendi* comprende interventi volti alla sua promozione e soprattutto alla sua tutela.

Il quarto capitolo del volume considera il tema della «formazione cristiana d'indole vocazionale». Dopo essersi soffermato in generale sulla formazione che consente la realizzazione della vocazione propria di ogni fedele, staccandosi dalla sistematica del Libro III del vigente codice (invece, il codice piano-benedettino trattava dei seminari nella parte «De Magisterio»), l'A. approfondisce soprattutto il tema della formazione dei futuri sacerdoti, che ha il suo principale luogo di attuazione nel seminario.

Nell'ultimo capitolo, dedicato all'educazione e alle comunicazioni sociali, Mons. Errázuriz prospetta il rapporto che intercorre fra la Parola di Dio e «le realtà sociali che per natura sono primariamente in funzione della conservazione e della trasmissione della verità», rapporto che «attua in modo paradigmatico il nesso vitale tra fede e ragione» (p. 94). L'A. invita a mantenere chiaro che si tratta di realtà dell'ordine secolare e, allo stesso tempo, a ricordare che

esse possono coinvolgere direttamente la verità di fede, richiedendo quindi un vincolo con la Chiesa istituzione. Di qui la frequente sottolineatura dell'autonomia dei fedeli quando operano nei campi della scuola, dell'università e dei massmedia, ovviamente esercitata sempre nel rispetto della comunione con la Chiesa e il suo insegnamento. Da segnalare, infine, come il capitolo si concluda ponendo la questione *de iure condendo* circa «la tutela della fede e dei costumi nella situazione attuale, creatasi soprattutto con Internet» (p. 136): un campo tuttora aperto e ben poco esplorato.

Il presente volume offre quindi un'originale e densa esposizione del tema del *munus docendi*, fondata sulla visione realista del diritto della Chiesa. Si tratta di un approccio che merita non solo l'attenzione dei cultori del diritto canonico, ma che dovrebbe sempre più ispirare la mentalità ecclesiale quando si considera il rapporto fra la Parola di Dio e il diritto – come pure fra diritto e altri aspetti della vita della Chiesa –, superando visioni riduttive dello *ius Ecclesiae*.

ANTONIO FILIPAZZI

MONTSERRAT GAS AIXENDRI, *Apostasia y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Granada, Editorial Comares, 2012, pp. 324.

IL libro che qui si presenta affronta una delle tematiche di maggiore attualità nello studio della disciplina del fenomeno religioso negli ordinamenti contemporanei. Infatti l'apostasia, ovvero l'uscita volontaria del fedele dalla propria confessione religiosa, rappresenta un aspetto fondamentale del diritto di libertà religiosa ridivenuto oggi molto controverso.

L'Europa, e più in generale l'Occidente cristiano, ha conosciuto nel suo passato il dramma delle guerre di religione, nate dalla Riforma protestante che frantumò l'unità religiosa del continente, dando luogo alla formazione di molteplici comunità religiose e chiese nazionali sorte dal distacco di intere popolazioni dall'unica Chiesa di Roma. Solo nel corso del XX° secolo questa frattura, che diede luogo a profonde rivalità odi e conflitti anche sanguinosi che hanno inciso profondamente sulla formazione politica dell'Europa e del mondo contemporaneo, si è andata progressivamente attenuandosi, grazie al movimento ecumenico e, in ambito cattolico, al Concilio Vaticano II. Furono poi soprattutto gli orrori dei due conflitti mondiali a convincere la comunità dei popoli e delle nazioni della necessità di superare divisioni e conflitti atavici per affermare il primato della persona umana a prescindere dalle sue appartenenze religiose, nazionali, politiche e sociali, edificando attorno ad essa un sistema di protezione consistente nell'affermazione di una serie di *diritti umani fondamentali*, la cui tutela fu affidata a livello internazionale alle Nazioni Unite e, a livello nazionale, ad organi di giustizia costituzionale. È grazie a questa evoluzione che la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948), seguita dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali* (1950) e, più di recente, dalla *Carta dei diritti umani dell'Unione europea* (2000), hanno affermato come primo contenuto del diritto di libertà di coscienza e di religione la "libertà di cambiare religione o credo": libertà fondamentale che accomuna credenti e non credenti e ne sottolinea, al di là delle singole esperienze di vita, la comune appartenenza alla stessa

famiglia umana e la condivisione di una medesima dignità.

Negli ultimi decenni questa acquisizione, che forma parte del nucleo essenziale del diritto alla libertà religiosa e di coscienza e rappresenta un presupposto fondamentale di ogni società pluralista fondata sul rispetto della persona umana, sembra essere rimessa in discussione da una serie di significativi fattori storici e culturali.

Innanzitutto i forti flussi migratori hanno portato, e continuano a portare, in Europa e in altri paesi dell'Occidente, contingenti crescenti di popolazione provenienti da paesi le cui tradizioni religiose, in particolare l'Islam, non ammettono l'abbandono della propria religione da parte del fedele e i cui ordinamenti giuridici, basati sul rispetto della legge religiosa, considerano simili comportamenti come delitti e li puniscono con sanzioni anche corporali fino alla pena di morte. A contatto con gli ordinamenti europei, fondati invece sulla distinzione tra precetto religioso e legge civile, simili pratiche repressive sono destinate ad essere abbandonate. Tuttavia tragici fatti di cronaca testimoniano, oltre alle difficoltà dell'integrazione, la diffusione all'interno di alcune comunità immigrate di atteggiamenti di chiusura, di emarginazione e talora di vera e propria intolleranza nei confronti di quei loro componenti, soprattutto giovani, che con i propri stili di vita o in via più esplicita manifestino l'intenzione di abbandonare la tradizione religiosa di origine, magari per convertirsi ad un'altra fede religiosa, dando luogo al fenomeno delle conversioni clandestine.

In secondo luogo non mancano, all'opposto, correnti culturali che tendono oggi a porre sempre più in discussione l'*universalità* dei diritti umani, sot-

to lineandone piuttosto la *relatività* e la forte dipendenza da presupposti storici, culturali e ideologici propri dell'Occidente cristiano, al fine di superare quella che viene intesa come una sorta di colonialismo culturale dell'Occidente. Si tratta di orientamenti ideologici che operano soprattutto all'interno del dibattito concernente i c.d. nuovi diritti, ossia le questioni bioetiche e quelle di genere, mettendo in discussione concetti chiavi come quello di natura, di sessualità e di cultura. Tuttavia essi, collegandosi con alcuni postulati della teoria marxista, tuttora adottati dagli ordinamenti di alcuni grandi paesi emergenti, tra cui la Cina, tendono ad incidere anche sulla definizione e la natura di alcuni diritti fondamentali, primo fra tutti quello di libertà religiosa, sottolineandone la stretta derivazione dalla cultura borghese dell'Occidente e la loro asserita estraneità rispetto ad una condivisa visione dell'individuo e della società. Con ciò attenuandone il significato e la portata rispetto alle – ritenute – assai più importanti istanze sottese ai diritti sociali e economici. In questa prospettiva il tema della libertà religiosa tende ad essere sottovalutato e quasi rimosso, sia a livello nazionale che internazionale, e gli eventuali conflitti che possono sorgere per una sua scarsa considerazione e tutela, in particolare nelle società multietniche come le attuali, vengono portati ad esempio del carattere violento e pernicioso delle religioni, innescando un circolo vizioso di cui fanno le spese soprattutto le minoranze religiose e i semplici fedeli, lasciati a se stessi ed emarginati in alcuni paesi dalle stesse autorità civili, se non fatti oggetto di persecuzione e di atti di intolleranza dal resto della popolazione.

Come si vede, dunque, il tema della

libertà religiosa, e in particolare quello della libertà di cambiare religione o credo, è di fondamentale importanza negli ordinamenti contemporanei, poiché una sua avanzata tutela è la migliore premessa per prevenire conflitti e tensioni sociali, diversamente quasi inevitabili nel brusco incontro tra culture diverse veicolato dalla globalizzazione, e per assecondare quei necessari processi di integrazione socio-culturale che sono alla base di pacifiche società multietniche.

Il volume di Montserrat Gas pone le migliori premesse, dal punto di vista dell'analisi giuridica, per una corretta comprensione del tema in oggetto. L'analisi è metodologicamente ben impostata e articolata su quattro capitoli, che consentono di cogliere la complessità dell'argomento, al crocevia tra gli ordinamenti confessionali e quelli secolari.

Il primo capitolo (*“La apostasía en los derechos confesionales. Estudio comparativo”*, pp.5-74) propone un'analisi dell'apostasia nelle tre grandi tradizioni religiose monoteiste, soffermandosi inizialmente e con particolare attenzione sulla sua disciplina nel diritto della Chiesa cattolica, ove risulta maggiormente articolata, e poi passando in rassegna il differente regime dell'istituto nelle chiese riformate, nel diritto ebraico e nell'Islam. In nessuna di esse l'apostasia, ovvero l'abbandono da parte del fedele della propria comunità religiosa, è oggetto di un diritto soggettivo del fedele, ma la considerazione ad essa riservata è molto diversa a seconda del concetto di appartenenza religiosa propria di ciascuna tradizione confessionale e del rapporto ivi prefigurato tra ordinamento religioso e ordinamento civile. Si va pertanto dal pieno rispetto di tale scelta nel cristianesimo, pur con gradazioni diverse, in quanto la

libertà dell'atto di fede implica necessariamente e suppone tale possibilità, senza alcun effetto sulla condizione di cittadinanza; alla sua sostanziale irrilevanza nel diritto ebraico, ove l'appartenenza alla comunità è frutto per lo più di una discendenza di sangue che permane anche al di là delle scelte individuali, ma determinando una qualche *deminutio* nell'attribuzione della cittadinanza nell'ordinamento dello Stato di Israele; fino all'Islam, che non conosce la distinzione tra politica e religione e considera i precetti religiosi come parte della legge civile, vietando al fedele l'uscita dalla comunità dei credenti anche con il ricorso a sanzioni estreme di carattere penale (c.d. leggi antiapostasia). Da cui deriva, come osserva l'A., l'impossibilità per gli ordinamenti statali di matrice democratica, fondati sul primato della persona umana, di considerare in termini unitari tale istituto e di farlo oggetto di proprie norme, trattandosi di un atto strettamente confessionale soggetto alle norme della rispettiva confessione religiosa.

Il secondo capitolo ("*El abandono de una confesión religiosa en los ordenamientos estatales*", pp. 75-133), dedicato alla rilevanza dell'apostasia negli ordinamenti statali, analizza innanzitutto il diritto di scelta in materia religiosa, e quindi anche il diritto a cambiare di religione e credo, come contenuto essenziale del diritto di libertà religiosa riconosciuto negli ordinamenti civili. Si passa poi ad esaminare i principali documenti e convenzioni internazionali sui diritti umani che prevedono una sua esplicita tutela, dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948) al *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (1966) e, a livello europeo, la *Convezione europea sui diritti umani* (1950). Specifica attenzione viene riser-

vata alle *Dichiarazioni islamiche sui diritti umani*, rilevando come da esse sia invece assente tale facoltà, conformemente alla peculiare concezione della libertà religiosa e più in generale dei diritti umani ivi adottata, fortemente condizionata da una visione confessionale che non lascia spazio alla libertà dell'individuo se non di conformarsi ai precetti della *Sharia*. Quindi l'A. esamina il diritto a cambiare religione in alcuni ordinamenti giuridici contemporanei, partendo da quello spagnolo, ove esso gode attualmente anche di una specifica e opportuna tutela sul piano penale, volta a sanzionare eventuali comportamenti "consistentes en obligar a «mudar la [religion] que profesas» (art. 522.2 C.P.); si passa poi ad esaminare l'istituto del *Kirchenaustritt* negli ordinamenti tedesco e austriaco, che consiste in una formale dichiarazione del fedele di uscita dalla propria Chiesa disciplinata dal diritto statale e rilevante soprattutto a fini fiscali, frutto di un peculiare sistema di rapporti tra lo Stato e le Chiese; quindi è la volta delle regole previste in materia da alcuni Cantoni svizzeri, ove pure la presenza di una pervasiva disciplina pubblicistica delle comunità religiose, in particolare della Chiesa cattolica, dà luogo all'istituto del *Kirchenaustritt* ma con alcuni tratti peculiari; l'*appartenenza di diritto* ad una comunità religiosa nell'ordinamento italiano, che ha caratterizzato la disciplina statutale delle Comunità israelitiche (R.D. n. 1731/1930) fino ad una pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 239/1984), che ne ha determinato il definitivo superamento; da ultimo viene fatto un cenno anche alle leggi antiapostasia di alcuni paesi, in particolare l'India, mostrando nel complesso come questo fondamentale aspetto del diritto alla libertà religiosa sia tuttora

oggetto di regimi giuridici anche molto differenziati negli ordinamenti statali contemporanei.

Il terzo capitolo (*“Conflictos jurídicos relacionados con el abandono de una confesión religiosa”*, pp. 135-273), il più esteso del volume, passa in rassegna, valutandole criticamente alla luce della dottrina e della giurisprudenza consolidata, le principali ipotesi di conflitti giuridici nascenti dal mutamento di fede o conversione religiosa del singolo negli ordinamenti statuali.

Il primo settore preso in esame è quello della tutela dei dati personali, nell'ambito del quale si è sviluppato l'accesso dibattito – esaminato con prevalente riferimento all'ordinamento spagnolo ma senza trascurare utili elementi di comparazione con l'esperienza italiana e tedesca – derivante dalla pretesa di ottenere la cancellazione dei dati relativi al proprio battesimo o ad altri sacramenti dai registri parrocchiali, ove il diritto alla riservatezza deve trovare un bilanciamento con il principio costituzionalmente tutelato dell'autonomia organizzativa delle comunità religiose.

Un secondo ambito problematico preso in esame è quello della disciplina del *Kirchenaustritt* negli ordinamenti che lo prevedono (Germania, Austria e alcuni Cantoni svizzeri), che ha dato vita ad un interessante dibattito anche in ambito confessionale, ove si è precisato, da parte del Pontificio Consiglio per i testi legislativi (2006), che un conto è l'atto di abbandono della Chiesa come corporazione di diritto pubblico rilevante a fini fiscali (*Kirchenaustritt*), come tale regolato dall'ordinamento statale e destinato ad esaurire in esso i suoi effetti, altro è l'abbandono della Chiesa come comunità di credenti e come tale regolato in via esclusiva dall'ordinamento canonico

(*actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*).

Un terzo ambito esaminato, sia pure in modo più sintentico, è quello del diritto di asilo, il quale può trovare oggi fondamento nel timore reale del soggetto di poter essere oggetto di persecuzione nel proprio paese a motivo della propria conversione ad altra fede religiosa, secondo un orientamento già accolto dalla Corte europea di Strasburgo (*M.B. e altri c. Turchia*, 2010).

Un quarto ambito attentamente esaminato, forse il più delicato, è quello dei conflitti che l'apostasia può determinare nell'ambito dei rapporti familiari, in relazione alla disciplina del matrimonio e alla sua crisi e alla tutela dei minori, per quanto concerne il loro affidamento e la loro educazione da parte dei genitori: tutti aspetti disciplinati negli ordinamenti occidentali prestando la massima attenzione al diritto di libertà religiosa e di coscienza dei soggetti implicati, al principio di parità uomo-donna e all'interesse del minore, che entrano invece in conflitto con i principi del diritto di famiglia proprio dei paesi islamici, rigidamente ispirato alla *Sharia*, la quale fa discendere dall'abbandono della fede islamica la perdita di fondamentali diritti civili anche in materia familiare. D'altra parte, come osserva opportunamente l'A., “los musulmanes afincados hoy en Europa acuden al principio de libertad religiosa para exigir el derecho a regular su vida familiar conforme a los dictados de la propia religión, reclamando la aplicación de la *Sharia* como estatuto personal de sus relaciones familiares” (p. 230), suscitando con ciò un dibattito in molti paesi europei che ha evidenziato il condiviso orientamento a porre il limite inderogabile dell'ordine pubblico nei confronti di eventuali norme e provvedi-

menti stranieri ispirati a principi in materia familiare incompatibili con quelli di uno Stato democratico e pluralista.

L'ultimo ambito preso in considerazione è quello degli effetti del cambiamento di fede religiosa nei rapporti di lavoro. L'A. analizza l'argomento, già molto indagato dalla dottrina, partendo dallo stato giuridico degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche, il cui cambiamento di fede religiosa, se incide concretamente sui contenuti dell'insegnamento e sulla testimonianza di vita, può determinare legittimamente – secondo la giurisprudenza spagnola (e italiana) – il venir meno dell'idoneità canonica, presupposto essenziale per il conferimento di tale incarico, che risponde ad un'istanza di libertà religiosa degli alunni e delle loro famiglie, determinando così la revoca o estinzione del rapporto di lavoro.

In secondo luogo viene esaminato il tema degli istituti di tendenza, ossia quelle organizzazioni (tra cui anche partiti politici e sindacati) che svolgono attività culturali, politiche, di insegnamento o di assistenza secondo un particolare indirizzo ideologico o religioso, la cui tutela trova fondamento, all'interno dell'ordinamento costituzionale spagnolo, nella libertà di impresa e nella libertà di pensiero, di coscienza e di religione dei loro fondatori, come pure di coloro che decidono di avvalersi delle loro prestazioni. È chiaro che – come concorda la dottrina maggioritaria, non solo spagnola, e anche la normativa dell'Unione europea – l'attività di lavoro svolta in queste organizzazioni, se avente per oggetto mansioni di contenuto ideologico, deve risultare coerente, come previsto contrattualmente, con i valori che ispirano l'istituto. Pertanto anche in questo caso il mutamento di credo

religioso del lavoratore può risultare incompatibile con la prosecuzione del rapporto di lavoro e determinarne una sorta di risoluzione per inadempimento, a salvaguardia non solo della libertà religiosa dei promotori e degli utenti del servizio reso ma anche del pluralismo del sistema educativo o assistenziale nel suo complesso.

A *fortiori* tale principio vale – osserva l'A. – nei confronti degli enti religiosi, cioè delle organizzazioni collegate ad una confessione religiosa e segnate da un fine costitutivo di religione o di culto, che esse perseguono svolgendo anche attività di gestione di scuole università o istituti di assistenza. Per tali enti l'ordinamento spagnolo prevede la possibilità di prevedere apposite “cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias” (p. 254), che giustificano, in caso di apostasia, l'eventuale cessazione del rapporto di servizio a causa della perdita della richiesta qualifica confessionale (ministro di culto, religioso) o della semplice qualità di membro della comunità religiosa a seconda del tipo di prestazione resa dal dipendente. In questo ambito un'ipotesi particolare è rappresentata dal regime delle Università confessionali, nelle quali la tutela dell'identità ideologica dell'istituto può entrare in conflitto con la libertà di insegnamento del docente, e in tal caso è quest'ultima a dover soccombere di fronte alla prima – secondo una famosa decisione della Corte costituzionale italiana (caso *Cordero*, sent. n. 195/1972) – in quanto l'esistenza di università libere è strumento di libertà ed essenziale fattore di pluralismo del sistema educativo.

Da ultimo viene ricordato che l'apostasia può essere anche motivo di obiezione di coscienza in ambito lavorativo,

quando le prestazioni richieste al lavoratore risultino in contrasto con le sue nuove convinzioni in materia religiosa (obiezione di coscienza all'aborto o alla produzione di armamenti) o con specifici obblighi religiosi, come l'osservanza del giorno di riposo settimanale prescritto dalla nuova fede religiosa e diverso da quello generalmente praticato nell'impresa. Si tratta di ipotesi, osserva giustamente l'A., nelle quali si registra una maggiore apertura della giurisprudenza nordamericana, più sensibile alle istanze della libertà religiosa individuale, rispetto al sistema europea, nel quale si tende in questi casi a trovare un giusto bilanciamento tra le ragioni della libertà religiosa e le ragioni dell'impresa, entrambe costituzionalmente rilevanti, e nelle quali assume rilievo anche l'autonomia negoziale delle parti.

Infine nel quarto capitolo ("*Conceptualización jurídica del abandono confesional*", pp. 275-324), quello più impegnativo, l'A. propone una ricostruzione teorica dell'istituto dell'apostasia partendo dalla sua considerazione come esercizio del diritto di libertà in materia religiosa, tutelato dallo Stato, nella sua dimensione non solo individuale ma anche collettiva, di cui sono titolari soprattutto le confessioni religiose, evidenziando innanzitutto come la sua qualificazione negli ordinamenti statali dipenda innanzitutto dal modello di rapporti ivi adottato tra lo Stato e le confessioni religiose. Infatti, mentre nei regimi confessionisti l'apostasia non viene riconosciuta come oggetto di un diritto soggettivo e incide negativamente sui diritti di cittadinanza, negli Stati laici, ispirati alla separazione tra ordine temporale e spirituale, essa viene tutelata come parte del diritto di libertà religiosa e non può produrre effetti contrari al

principio di eguaglianza nel godimento dei diritti civili e politici.

In una prima parte del capitolo vengono criticamente richiamati i principali contenuti e gli aspetti più problematici del diritto a cambiare le proprie convinzioni in materia religiosa negli ordinamenti statali. Tra le altre cose viene opportunamente evidenziato lo stretto nesso, emergente anche nella giurisprudenza europea (cfr. CEDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 1993), che intercorre tra tale diritto e il proselitismo religioso, che ne costituisce un essenziale presupposto. Al riguardo osserva l'A.: "el tratamiento por parte de los Estados del derecho a cambiar de religión deberá ir de la mano con el reconocimiento del derecho a propagar las propias creencias. (...). La posibilidad de difundir las propias ideas religiosas es, en cierto modo, uno de los presupuestos del derecho a cambiar de religión. En la medida en que se permite la libre difusión de credos e ideas religiosas, se están poniendo las bases para la conversión de las personas a otras confesiones" (p. 283). Pur tuttavia, osserva l'A., alcuni paesi continuano a considerare con diffidenza il proselitismo religioso, ponendo ad esso limiti talora immotivati che pregiudicano il carattere autenticamente laico e liberale del loro ordinamento: "un examen cuidadoso lleva a concluir que las reticencias y limitaciones al reconocimiento del derecho a propagar las propias creencias procede de Estados confesionales (incluyendo los Estados «confesionalmente» ateos) o que buscan preservar la unidad nacional protegiendo su identidad cultural y religiosa de injerencias externas" (p. 284). L'orientamento dell'A., del tutto condivisibile, è che lo Stato dovrebbe impegnarsi a rimuovere ogni ostacolo volto a limitare l'esercizio del diritto a cambiare

le proprie convinzioni in materia religiosa, al fine di ampliare lo spazio della libertà religiosa riconosciuta ai cittadini e il pluralismo dell'ordinamento.

Vengono poi esaminate con attenzione, sulla base della migliore dottrina, soprattutto italiana (A.C. Jemolo, P.A. D'Avack, P. Gismondi, C. Mirabelli), che si è occupata dell'argomento, alcune questioni teoriche concernenti il rapporto tra l'apostasia e la libertà religiosa collettiva: come cioè il mutamento volontario di religione possa incidere sulla tutela dell'autonomia confessionale, dando luogo al fenomeno della dissidenza religiosa, e il nesso tra l'apostasia come atto individuale del singolo fedele e l'*appartenenza confessionale*, che costituisce una relazione giuridica la cui disciplina è riservata al singolo ordinamento confessionale e le cui norme, per assumere rilevanza nell'ordinamento statale, devono però risultare in armonia con i principi di libertà in materia religiosa e quindi postulare un'adesione libera del fedele alla confessione, come pure una altrettanto libera facoltà di recedere da essa. L'A. pone altresì in evidenza come, a seguito del processo di secolarizzazione, che ha profondamente inciso anche sulle forme concrete dell'esperienza religiosa, valorizzandone la dimensione soggettiva rispetto a quella istituzionale ("*believing without belonging*"), l'abbandono di determinate convinzioni in materia religiosa o il cambiamento delle stesse non sempre si traduce oggi in un atto di apostasia, che postula una previa appartenenza confessionale, ma può esaurirsi nel foro interno della persona senza dar luogo a manifestazioni di carattere istituzionale.

Questa attenta analisi dell'istituto, che ne pone in rilievo la natura complessa, consente poi all'A. di individuare gli

elementi costitutivi dell'apostasia come atto giuridico: i suoi *soggetti*, quello passivo (la confessione religiosa) e quello attivo, ossia il singolo fedele di cui l'apostasia costituisce un atto personalissimo e che pertanto lo distingue dallo scisma (can. 751 CIC), atto collettivo di rottura del vincolo giuridico con l'autorità ecclesiastica ma che non implica necessariamente l'abbandono dei principi di fede professati dalla confessione religiosa; il suo *oggetto*, che può variare a seconda della confessione religiosa; l'*elemento volontario*, in quanto l'apostasia è necessariamente un atto di autodeterminazione della persona che ha origine nella sua libertà interna; infine la *forma*, in quanto l'abbandono di una confessione religiosa può manifestarsi in vari modi, per via di fatto o tramite un dichiarazione, orale o scritta, ovvero in forma esplicita o implicita.

Quanto agli effetti dell'atto di apostasia, essi vengono esaminati dall'A. distinguendo quelli destinati ad esaurirsi all'interno della confessione religiosa da quelli che invece possono prodursi all'interno dell'ordinamento statale, quando in esso assume rilevanza in via diretta o indiretta l'appartenenza confessionale come presupposto esplicito o implicito di relazioni giuridiche disciplinate dall'ordinamento statale.

Infine l'A. affronta il delicato problema della delimitazione delle sfere di competenza, dello Stato e delle confessioni religiose, nella disciplina dell'atto di uscita da una confessione. L'apostasia viene correttamente qualificata come atto avente natura essenzialmente confessionale, in quanto consiste nell'uscita volontaria del fedele dalla comunità religiosa, e come tale è soggetta alle norme dell'ordinamento confessionale. Tuttavia alcuni paesi, per ragioni stori-

che particolari, presentano tuttora a fini meramente civili una disciplina statale dell'abbandono di una confessione, ponendo quindi la questione della legittimità di una simile normativa. In termini generali la risposta dell'A. è su questo punto negativa: "En nuestra opinión, la regulación estatal de la salida no es algo de directa competencia estatal, sino la respuesta a situaciones históricas y necesidades que se han dado en algunos lugares por motivos específicos. Una hipotética regulación del acto de salida confesional, como del de adhesión, es de alguna manera, entrar en asuntos de la autonomía confesional. El Estado sólo debe garantizar que haya libertad, pero no le corresponde determinar el modo y las formalidades de ejercicio de la misma" (p. 309). In base a tale orientamento, sostanzialmente condivisibile, sono state respinte le due proposte di legge presentate negli ultimi anni in Spagna (2006 e 2009) per introdurre una disciplina statale dell'apostasia, che prevedeva anche la possibilità di ottenere la cancellazione dei dati personali dai registri parrocchiali. Quanto alla rilevanza nell'ordinamento statale delle norme confessionali concernenti tale istituto, per l'A. essa ha luogo mediante le due figure tradizionali del *presupposto* e del *rinvio* formale, attraverso le quali è lo stesso legislatore statale con un proprio atto di autodeterminazione a fare spazio, laddove ritenuto necessario od opportuno, a norme provenienti da altri ordinamenti.

Lo Stato, secondo l'A., potrebbe intervenire a dettare una propria disciplina del recesso confessionale solo in funzione sussidiaria, cioè per assicurare la libertà religiosa laddove vi sia un suo legittimo interesse e la confessione religiosa non preveda una puntuale di-

sciplina al riguardo o addirittura ostacoli l'uscita del fedele dalla sua comunità (p. 316). In altri termini, "si el Estado no puede intervenir en la adhesión, por ser un acto religioso, tampoco debe hacerlo en la salida, a menos que sea necesario determinar el fin de la subjetividad confesional de los ciudadanos y la propia confesión religiosa no prevea esa posibilidad" (p. 324). Questa osservazione, con la quale si conclude il volume, richiede a mio parere una precisazione. Essa può applicarsi a quegli ordinamenti in cui le confessioni religiose hanno uno statuto di diritto pubblico, ciò che può giustificare l'esistenza di norme statali disciplinanti taluni aspetti della loro organizzazione e dei rapporti con i loro fedeli. Non mi sembrerebbe invece applicabile a quegli ordinamenti, come l'Italia e la Spagna, ispirati al principio di laicità dello Stato (distinzione degli ordini), ove la garanzia del diritto di libertà religiosa è assicurata in via giurisdizionale mediante la dichiarazione di irrilevanza di eventuali norme confessionali ritenute in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero attraverso una regolamentazione concordata tra lo Stato e la confessione interessata dei loro rapporti, non mediante un'impropria espansione della potestà legislativa dello Stato in materia nelle quali questo è palesemente incompetente.

Ciò detto, questa semplice precisazione non inficia in alcun modo la valutazione complessivamente assai positiva del volume di Montserrat Gas, che offre una ricostruzione sistematica ampia e ben documentata di uno degli aspetti più attuali e problematici, e anche meno esplorati, del diritto di libertà religiosa negli ordinamenti contemporanei. L'analisi del tema è svolta con profondità e costante sensibilità critica, attra-

verso un'esposizione chiara, nel quadro di una solida impostazione metodologica che unisce l'analisi dell'istituto nei principali diritti confessionali ad un suo esame comparatistico negli ordinamenti statali, da cui emerge un'ottima conoscenza della dottrina, non solo spagnola ma anche straniera, in particolare italiana, che si è occupata dell'argomento. Di particolare menzione risulta poi lo sforzo ricostruttivo dell'A., che nell'ultima parte del suo lavoro propone una serie di stimolanti risposte ai principali problemi emersi nell'analisi dell'istituto, mostrando sempre maturità di giudizio ed equilibrio anche nella delimitazione degli ambiti di competenza dello Stato e degli ordinamenti confessionali nella disciplina della materia.

PAOLO CAVANA

PAOLO GHERRI (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2012, pp. 412.

RICORRE in questo periodo il cinquantesimo anniversario del Concilio Vaticano II e si avvicina quindi il medesimo anniversario della susseguente approvazione, da parte della prima assemblea generale del Sinodo dei Vescovi (1967), dei dieci principi direttivi per la revisione del *Codex Iuris Canonici*, che hanno comportato – è l'opinioni di diversi autori – la prima traduzione giuridica dei testi dell'ultimo concilio ecumenico. Nel sesto di questi principi veniva indicato che, nella riforma del Codice, fossero differenziate le diverse funzioni della potestà di governo: legislativa, amministrativa e giudiziaria. La attuazione di tale orientamento ha portato diversi

esiti nella legislazione successiva, specialmente, nel Codice di diritto canonico del 1983 ma anche nel Codice dei canoni delle Chiese orientali, del 1990. I canonisti hanno studiato siffatti risultati, nella consapevolezza che la distinzione delle funzioni della potestà è una risorsa tecnica che, senza intaccare l'unicità costitutiva della potestà nella Chiesa, contribuisce a razionalizzare l'esercizio dell'autorità.

Il potenziale della richiamata differenziazione nell'ambito ecclesiale non si è esaurito e perciò continuano a suscitare interesse le riflessioni tese a favorire una maggiore conoscenza di tale articolazione oppure delle operazioni che la compongono, come il prendere delle decisioni o esprimere dei giudizi.

Precisamente la sesta giornata canonistica interdisciplinare, svoltasi presso la Pontificia Università Lateranense l'8 e il 9 marzo 2011, ha trattato del *decidere* e del *giudicare* nella Chiesa. L'omonimo volume, curato da Paolo Gherrì, offre l'opportunità di riesaminare le relazioni del convegno e di riflettere sull'essenza e i modi di svolgimento di due delle operazioni umane – giudicare e decidere – che stanno alla base di rilevanti funzioni pubbliche, esaminandone la specificità ecclesiale, «in quanto l'intervenire con autorità sulla vita dei fratelli nella fede non presuppone né gli stessi fondamenti né le stesse modalità degli Ordinamenti giuridici "civili"» (p. 8).

I quindici contributi analizzano, dalle diverse prospettive da cui partono – rispecchiando la caratterizzazione interdisciplinare dell'iniziativa accademica all'origine di questo volume –, quale è il rapporto intercorrente fra decidere e giudicare, ma anche in quale modo queste due funzioni si presentano nella Chiesa e da quali presupposti partono;

allo stesso tempo, nell'offrire risposte ad altri interrogativi correlati, la raccolta degli atti propone elementi assai validi per comprendere e sviluppare ancora meglio la distinzione fra le due attività e per individuarne i tratti affini. Interventi in maggior misura di sintesi, come la presentazione e il bilancio conclusivo, oppure il saluto del Rettore della P. U. Lateranense o il saggio di apertura, *Giudicare e decidere: tra coscienza e conoscenza*, di R. Finamore, servono a constatare quanto in comune esista tra l'una e l'altra; si verifica che nel decidere e nel giudicare – cito il curatore dell'opera – «il personalismo e la corresponsabilità che animano e modellano la missione e la vita ecclesiale esigono infatti che l'esercizio di qualunque autorità e potestà offra un reale beneficio *all'esistenza credente*, tanto individuale che comunitaria» (p. 8). Nei saggi che seguono emerge, da una parte la specificità propria dell'*humus* in cui sono sorte le riflessioni – filosofia, psicologia, processo civile, storia delle istituzioni, diritto comparato, diritto canonico (processuale, norme generali, amministrativo) – e dall'altra, la proposizione, espressa da P. Gherri nel bilancio finale, secondo la quale «per decidere occorre prima giudicare e per giudicare è necessario conoscere (riflettendo su ciò che si è compreso)» (p. 400).

I diversi contributi di Patrizia Mangano (*Decisione e motivazione nell'intenzionalità della coscienza*, pp. 99-114), Alessandro Manenti (*Psicologia, scelta e decisione*, pp. 115-127), Matteo Nacci (*Decidere 'per ragioni': l'arbitrato. Profili storico-giuridici*, pp. 129-153), Luis M. Bombín (*Decidere 'per principi': il giudizio in Common Law*, pp. 155-178), Michele Rioldino (*Mediazione come decisione condivisa*, pp. 179-205), Claudia Izzi (*Certezza morale nel giudizio*

canonico, pp. 207-232), Patrick Valdrini (*La decisione di governo nella Chiesa*, pp. 233-247), Giordano Caberletti (*La motivazione nella sentenza canonica*, pp. 249-282), Manuel Arroba Conde (*Conoscenza e 'giudizio' nella Chiesa*, pp. 283-314), Paolo Gherri (*L'autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza*, pp. 315-384) e Francesco Arzillo (*Giudizio e decisione nel Diritto: qualche considerazione meta-positiva*, pp. 385-393) pongono in luce le differenti angolazioni e sfumature che concorrono a delineare una visione più completa della distinzione di due delle attività umane sottostanti alle scelte che animano la vita delle società.

L'interesse della raccolta non si esaurisce nella considerazione di insieme che fornisce l'interdisciplinarietà dell'iniziativa, poiché per ognuno degli ambiti specifici vengono fornite indicazioni arricchenti. Se, ad esempio, si sceglie, fra le diverse materie, la tematica collegata con il Diritto amministrativo canonico, il saggio di Patrick Valdrini, *La decisione di governo nella Chiesa*, propone valide osservazioni, che mostrano lo stretto rapporto fra decidere e giudicare, anche per quanto riguarda la tutela giuridica nell'ambito pubblico di governo della Chiesa. Per fare riferimento a uno dei tanti spunti che si suggeriscono alla riflessione, segnalo adesso l'osservazione relativa alla possibilità di «fare un lavoro sulla giurisprudenza della Segnatura Apostolica in materia amministrativa perché delle sentenze sono state pubblicate ( ) fare uno studio sulle cause che hanno evidenziato regole di procedimento degli atti amministrativi. Non si deve dimenticare, infatti, che negli Ordinamenti statali, per larga parte, il Diritto amministrativo è di origine giurisprudenziale» (p. 243, nota 28). Concernente lo *ius administrativum ecclesiae* è altresì

*L'autotutela amministrativa come supplemento di conoscenza*, di Paolo Gherri, contributo che fornisce interessanti elementi per cogliere un pieno significato «delle prime due fasi della Procedura (*Remonstratio* e *Recursus* gerarchico), [le quali,] non configurandosi come propriamente 'contenziose', [possono] convenientemente essere inquadrare come verifica a posteriori dell'inefficacia dell'agire giuridico, proprio attraverso il formale – per quanto tardivo – coinvolgimento volontario (poiché non specificamente richiesto) di un soggetto intensamente coinvolto (=il destinatario) e precedentemente trascurato nelle proprie prevedibili (?) ragioni» (p. 336) e, quindi, «non più conflittualità, rivendicazione, disobbedienza ma del supporto istituzionale 'a posteriori' alle forme di decisionalità più complesse, all'interno delle quali il 'gioco delle parti' o dei ruoli offre fattori ed elementi di discernimento normalmente inaccessibili al singolo come tale (Autorità compresa) ». (p. 345).

Come per gli anteriori volumi contenenti gli atti delle giornate canonistiche inderdisciplinari, curati sempre da P. Gherri, *Lateran University Press* pubblica questo lavoro in modo elegante e, nel contempo, funzionale, il che contribuisce a rendere piacevole la sua lettura.

JAVIER CANOSA

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE  
CARDINALE VAN THUÂN, *V Rapporto sulla Dottrina sociale della Chiesa nel mondo*, a cura di Gianpaolo Crepaldi e Stefano Fontana, Siena, Cantagalli, 2013, pp. 220.

DIRETTA da Giampaolo Crepaldi, arcivescovo di Trieste e presidente della Commissione "*Caritas in veritate*" del

Consiglio delle Conferenze Episcopali d'Europa (CCEE), questa pubblicazione, tradotta in più lingue, giunge alla V edizione riportando avvenimenti e tendenze relative alla Dottrina sociale della Chiesa (DSC) nei cinque continenti, riferiti in questo caso all'anno 2012.

Dopo una breve *Presentazione* di mons. Crepaldi (pp. 9-10), nella *Nota tecnica al Rapporto* (pp. 11-14), del direttore dell'*Osservatorio internazionale Cardinale Van Thuân* Stefano Fontana, e nella *Sintesi introduttiva* (pp. 11-14), firmata da 5 esperti dell'*Osservatorio* (fra i quali lo stesso Fontana, Flavio Felice, Fernando Fuentes Alcantara, Daniel Passaniti e Manuel Ugarte Cornejo), si documentano ed analizzano, alla luce della DSC, i fatti che hanno preceduto e seguito gli eventi più vari del 2012, dalle "primavere arabe", alla crisi economica greca, dal "braccio di ferro" tra Chiesa e governo nelle Filippine, a quello (ancora in corso) tra vescovi cattolici ed amministrazione statunitense guidata dal presidente Obama, per finire con i duri conflitti sociali rilevatisi in Argentina e Perù.

Come ogni anno, infine, il Rapporto individua la "tendenza dell'anno", vale a dire una dinamica socio-politica che ha caratterizzato il 2012, indicata come sottotitolo alla pubblicazione. In questo caso il "focus" è stato su *La crisi giuridica e i suoi effetti in un contesto di indifferenziato pluralismo etico*, tema sviluppato nel corposo saggio di Gianluca Guerzoni presente alle pp. 155-187 (nello scorso Rapporto la tendenza individuata è stata "La colonizzazione della natura umana", concretizzatasi nelle varie pressioni esercitate sui Paesi emergenti per adottare una legislazione ispirata all'ideologia *gender*). Secondo Don Guerzoni tale tendenza si è manifestata nel 2012 in vari

aspetti della “crisi della legge” contemporanea che si sono avuti in molti Paesi del mondo, con effetti riscontrabili nella diffusa corruzione pubblica e privata, nelle gravi incrinature delle garanzie dello “Stato di diritto”, nell’anomia morale diffusa, nella violenza tribale e, soprattutto, nel conflitto tra Corti costituzionali di giustizia, giudici ordinari e Carte costituzionali con riguardo a temi di fondamentale importanza come la vita, la famiglia e l’educazione.

L’aspetto legislativo di questa crisi riveste senz’altro una visibilità notevole sui *media* (per esempio il Rapporto documenta l’estensione delle legislazioni su aborto, eutanasia e fecondazione artificiale) ma, secondo Guerzoni, lo stesso non esaurisce minimamente il tema. Il suo saggio esamina quindi le ingerenze delle Corti internazionali di Giustizia sugli Stati, il conflitto di queste pressioni internazionali con le Costituzioni nazionali, l’azione dei giudici ordinari che si sostituiscono sempre di più ai Parlamenti e, di fatto, legiferano. La crisi della legge, quindi, è molto più vasta del solo aspetto legislativo.

Di rilievo anche il contributo dell’Arcivescovo Crepaldi, autore del capitolo riguardante il magistero del Santo Padre (*Il Magistero sociale di Benedetto XVI lungo l’anno 2012*, pp. 25-35). Egli mette in luce quello fra i discorsi di Papa Ratzinger ritenuto più importante in relazione al tema della crisi giuridica, rivolto ai vescovi degli Stati Uniti il 19 gennaio 2012. Si tratta infatti di un insegnamento di grande valore e attualità sulla legge naturale, che riguarda soprattutto le ragioni della presenza pubblica della fede cattolica, fondata sull’ordine del creato e sull’organicità del sapere.

Esempi concreti della “crisi legale” sono invece offerti nella parte più consi-

stente del Rapporto, intitolata *La Dottrina sociale della Chiesa nei Cinque Continenti* (pp. 37-153), che è suddivisa dai curatori (il giornalista Riccardo Cascioli ed altri) nei seguenti sei capitoli: *La Santa Sede e il contesto internazionale; America del Nord; America Latina; Africa; Asia e Pacifico ed Europa*. Nella parte dedicata al continente latino-americano, curata dall’argentino Daniel Passaniti, si può ad esempio ricordare la vicenda del Costa Rica, condannato dalla Corte interamericana per i diritti umani perché non aveva ancora una legislazione che permettesse la fecondazione artificiale. Nel Rapporto la piccola Repubblica centro-americana è per questo onorariamente proclamata come “Stato dell’Anno per la difesa della vita”, data la sua resistenza davanti all’attacco di quella che è efficacemente definita da Passaniti la “metafisica delle sentenze”, perché pretende di definire apoditticamente cosa sia la persona, la procreazione e la vita umana nel suo inizio e nella sua fine.

Nel capitolo che presenta l’attività diplomatica della Santa Sede (a cura di Omar Ebrahim), si rileva invece la tendenza di Nunzi e della Segreteria di Stato a portare avanti, nei consessi internazionali, una vera e propria “pedagogia giuridica” incentrata sullo “Stato di diritto” correttamente inteso. Si dà quindi conto di un intervento all’Onu di Mons. Dominique Mamberti, nel quale l’Osservatore permanente della Santa Sede ha dichiarato che il diritto finisce per “sbiadire nella legge” e, di conseguenza, la legge finisce per “sbiadire a sua volta nelle regole”. Si giunge così solo ad una “società delle regole” (*rules*), non più ad uno “Stato di diritto” nel quale governa la legge (*rule of law*), società delle regole nella quale queste ultime appaiono senza fondamento.

Alla luce di quanto finora esposto, appare dunque come, anche questo ultimo “Rapporto sulla DSC nel mondo”, costituisca uno strumento di formazione e “contro-informazione” di sicuro interesse, da consultare non solo da parte degli stretti cultori della materia, ma anche di operatori pastorali, addetti alla comunicazione, della politica e chiunque altro sia interessato a comprendere le reali dinamiche sottostanti non solo al mondo socio-politico, nazionale ed internazionale ma, come testimoniano anche i dati della v edizione di questo studio, anche di quello giuridico che, da parte di autorità svincolate da ogni rappresentanza popolare, sta sempre più disegnando l’assetto dei diritti e della dignità umana nel secolo presente.

GIUSEPPE BRIENZA

JORGE OTADUY (ed.), *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa. Actas del IX Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona 9, 10 y 11 de noviembre de 2011)*, Pamplona, EUNSA, 2013, pp. 480.

L’ATTUALE congiuntura socioeconomica e religiosa in molte parti del pianeta ha riportato all’attenzione dei giuristi la problematica dei luoghi di culto. Fattori tanto diversi come la scarsità di ministri in alcune confessioni, la convenienza di adoperare gli stessi luoghi per culti diversi, la difficoltà di reperire i mezzi economici necessari per la costruzione o per la manutenzione dei templi in momenti di crisi, il desiderio di affermare la propria esistenza anche attraverso edifici di culto, l’interesse culturale, storico e artistico di molti luoghi di culto, i frequenti attentati contro alcuni

di essi, e tanti altri fattori che si potrebbero elencare, tutto ciò riporta alla luce la dimensione di giustizia che è presente nell’esistenza di luoghi in cui le persone possono rendere culto a Dio o possono riunirsi per altre attività di natura religiosa. Tuttavia, sono poche le iniziative legislative che affrontano, o cercano di affrontare, l’insieme degli aspetti giuridici implicati nei luoghi di culto. Una di queste iniziative è stata intrapresa dal parlamento della Comunità autonoma di Catalunya, nel nord-est della Spagna, mediante la pubblicazione di una legge sui “centri di culto” nel 2009. La norma ha sollevato molti problemi ed è stata seguita da altri progetti normativi simili sia in altre Comunità autonome, che nel parlamento nazionale.

L’accreciuto interesse giuridico e il nuovo impianto legale della materia hanno fatto da sfondo all’organizzazione del IX Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta dell’Università di Navarra, svoltosi dal 9 al 11 novembre 2011 presso la Facoltà di Diritto canonico della stessa Università. Il volume che presentiamo, curato dal prof. Jorge Otaduy, raccoglie i vari contributi (12) presentati a quel Simposio e viene pubblicato nella “Colección canónica” dello stesso Istituto.

Il libro presenta un’eterogeneità di approcci che favorisce una considerazione diversificata dell’oggetto dello studio. Vi sono interventi di carattere prettamente canonistico, altri ecclesiasticistici, altri ancora civilistici, tributaristici o riguardanti il diritto amministrativo. Non manca la comparazione tra i diversi ordinamenti nazionali (Spagna, Francia, Italia, Stati Uniti) e anche quella che riguarda il diverso modo di presentarsi e di agire delle differenti confessioni.

Dopo la Presentazione del curatore,

apre il volume uno studio di G. Feliciani sul *Régimen de los lugares de culto en el Derecho internacional y en la jurisprudencia del TEDH* (Tribunale Europeo di Diritti Umani) che studia diverse sentenze riguardanti la Grecia, la Turchia, la Georgia e la Bulgaria (p. 15-28).

La prospettiva canonistica viene affrontata dai contributi di J.T. Martín de Agar, *Lugares de culto. Marco de la regulación canónica y tipología*, centrato sullo studio della legge universale latina del Codice di Diritto canonico (p. 131-162), e di A.S. Sánchez-Gil, *Práctica administrativa canónica en materia de iglesias y lugares sagrados. La experiencia de la Iglesia en Italia y de la diócesis de Roma*, che si sofferma di più su alcuni punti pratici e allega anche dei formulari e delle norme canoniche particolari (p. 163-213).

Il diritto spagnolo viene preso in considerazione da diverse prospettive. Il prof. J.M. Vázquez García-Peñuela studia la cornice costituzionale nel suo *Régimen legal de los lugares de culto en el derecho español: aspectos constitucionales y legales* (p. 29-51). L'aspetto urbanistico dei luoghi di culto in Spagna è trattato da F. Romero Saura, *Lugares de culto y régimen urbanístico* (p. 65-91). Sempre in riferimento agli aspetti amministrativi, il curatore del volume, J. Otaduy, pubblica un contributo su *Control administrativo de los lugares de culto. La licencia municipal de apertura* (p. 93-129); e J.M. Martí Sánchez una riflessione sull'appartenenza dei luoghi di culto al patrimonio culturale: *Los lugares de culto como elementos del patrimonio cultural* (p. 313-360). Il regime tributario è affrontato da A. Vázquez del Rey Villanueva, *Régimen fiscal de los bienes inmuebles de la Iglesia y, en particular, de los lugares de culto* (p. 215-268). Anche l'aspetto della registrazione delle proprietà e della relativa pubblicità è presen-

te nel libro con il contributo di M. Goñi Rodríguez de Almeida, *La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad* (p. 269-311). Uno studio specifico è destinato ai luoghi di culto di proprietà di enti civili pubblici: A. González-Varas Ibáñez, *Régimen jurídico de los lugares de culto de titularidad pública* (p. 361-428).

La prof.ssa F. Pérez-Madrid apporta la prospettiva comparatistica fra ordinamenti abbastanza eterogenei: *El régimen legal de los lugares de culto en Francia, Italia y Estados Unidos. Una aproximación de Derecho comparado* (p. 429-479). Un'altra prospettiva di comparazione è quella data dallo studio di M. Abumalham Mas, *Lugares de culto y sus especificaciones en diversas tradiciones religiosas* (p. 53-64).

Il sottotitolo del volume (*Nuova frontiera della libertà religiosa*) in prima battuta sorprende: perché limitare la libertà religiosa, metterle una "frontiera", proprio in materia di edifici di culto? Ma dopo una breve riflessione, il sottotitolo si ritrova in linea con le recenti parole di Papa Francesco nella esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, del 24 novembre 2013, quando affronta l'argomento del dialogo sociale e vede necessario oltrepassare i confini dei luoghi di culto: « [la libertà religiosa] comprende "la libertà di scegliere la religione che si considera vera e di manifestare pubblicamente la propria fede" (BENEDETTO XVI, Esort. ap. postsinodale *Ecclesia in Medio Oriente* (14 settembre 2012), 26: «AAS» 104 [2012] 762). Un sano pluralismo, che davvero rispetti gli altri ed i valori come tali, non implica una privatizzazione delle religioni, con la pretesa di ridurle al silenzio e all'oscurità della coscienza di ciascuno, o alla marginalità del recinto chiuso delle chiese, delle sinagoghe o delle moschee » (n. 255). In effetti, il luogo di culto è una manifestazione pubblica della

libertà di rendere culto a Dio, ma sarebbe riduttivo considerarlo il limite massimo oltre il quale non si potrebbe andare; anzi, sarebbe contrario alla libertà religiosa stessa limitare l'esercizio del culto ai soli luoghi ad esso destinati da ciascuna confessione, come sottolinea il Papa. Perciò, la "frontiera" non dovrebbe essere vista come un limite "protezionista" ma come un punto di partenza per l'apertura verso lo straniero (chi non condivide la stessa fede o anche gli atei e gli agnostici), per l'«uscita» cui Papa Francesco chiama continuamente la Chiesa cattolica.

In tale prospettiva, dal limitato punto di vista del Diritto, il volume che presentiamo diventa un chiaro punto di riferimento per la riflessione e per l'impegno per la libertà religiosa che può offrire spunti anche per ambiti geografici non esplicitamente presi in considerazione.

JESÚS MIÑAMBRES

JOHN WITTE JR. *Diritto e protestantesimo. La dottrina giuridica della Riforma luterana*, trad. it. di Elena Frontalini, a cura di Andrea Pin, Prefazione all'edizione italiana di Andrea Pin, Introduzione all'edizione italiana di Brian Edwin Ferme, Macerata, Liberilibri, 2013, pp. XXI + 458.

IL volume, come osserva Andrea Pin, ricercatore di *Diritto costituzionale* presso l'università di Padova, nella Prefazione, «introduce per la prima volta il lettore italiano alla rivoluzione religiosa impostata da Lutero e proseguita dai suoi più brillanti amici e discepoli» nel campo del diritto civile e canonico (p. XI). L'Autore, il canadese John Witte jr., specializzato in storia del diritto e docente al *Center for*

*the Study of Law and Religion* della Emory University (Atlanta, Stati Uniti), individua i fondamenti teologici e antropologici del pensiero dei principali esponenti del primo luteranesimo, fra cui Filippo Melantone (1497-1560), Martin Bucero (1491-1551), Johannes Bugenhagen (1485-1558) e Johannes Eisermann (1485-1558), per poi giungere ad individuarne le relative implicazioni giuridiche. Ne emerge una strutturazione del corpus dottrinale della "Riforma" protestante che si consolida per successive stratificazioni, man mano che innerva i diversi ambiti nei Paesi influenzati nei loro ordinamenti politici dal luteranesimo. Quindi, è dapprima la volta della struttura politico-costituzionale, poi del diritto di famiglia, del sistema del welfare e dell'istruzione e, infine, della sfera pubblica dei rapporti tra Chiesa e Stato e, più in generale, tra *sacro* e *profano*.

Lo studio si compone di 7 capitoli più delle *Riflessioni conclusive* (pp. 331-347), nelle quali si sintetizzano i principali elementi qualificanti l'eredità giuridica e teologica della "Riforma" luterana, ed un'ampia *Bibliografia* (pp. 425-458).

Dai primi due capitoli, *Diritto canonico e diritto civile alla vigilia della Riforma* (pp. 53-72) e *Ama la legge del tuo nemico: la conversione evangelica del diritto canonico cattolico* (pp. 73-106), si addivene ad una conclusione piuttosto inconsueta riguardo alla genesi del protestantesimo storico ed alle motivazioni della rottura con Roma. Witte, infatti, confuta la tesi del rigetto del diritto canonico all'origine, con le altre cause naturalmente, dell'uscita di Lutero e degli altri "riformatori" dalla Chiesa cattolica. Il libro, quindi, apporta anche da questo punto di vista un contributo fondamentale per comprendere i legami fra la tradizione cattolica e quella protestante, ma anche

le modalità con cui questi si sono, sia pure in parte, conservati.

Nei successivi capitoli 3, *Una possente fortezza: Lutero e la dottrina dei due regni* (pp. 107-142) e 4, sarcasticamente intitolato *Forse, dopotutto, i giuristi sono buoni cristiani: teorie luterane su legge, politica e società* (pp. 143-206), si dimostra come, promuovendo l'interazione fra *teologia e legge*, la "Riforma" luterana abbia fornito il modello di un legame profondo che genera una giurisprudenza nuova, la quale a sua volta facilita la nascita di nuove istituzioni e la creazione di nuove leggi. Si passano quindi in rassegna gli interessanti temi del rapporto fra Lutero ed i giuristi, della filosofia giuridica di Melantone ed Eisermann su legge e bene comune ed, infine, della riflessione di un altro Autore meno noto come Johann Oldendorp (1486-1567) su legge ed equità.

La terza parte del libro approfondisce ed illustra in maniera sistematica i mutamenti giuridico-culturali prodotti dai "riformatori" sulla società civile dei Paesi del nord Europa, rilevanti e destinati a influenzare notevolmente sino ad oggi la civiltà occidentale nella sua interezza. Nel cap. 5, *Dal Vangelo alla legge: le leggi luterane di riforma* (pp. 207-227), si espongono in sintesi le prime riforme legali e le "leggi luterane di riforma", mentre nei capp. 6, *La madre di tutte le leggi terrene: la riforma del diritto matrimoniale* (pp. 229-289) e 7, *Il seminario civico: la riforma della legge sull'istruzione* (pp. 291-329), vengono utilmente esposte la nuova teologia evangelica sul matrimonio, il diritto civile luterano sul matrimonio, il diritto successorio, l'educazione e la pubblica istruzione, Sintesi e conclusioni.

L'utilità del volume di Witte si ravvisa anche per comprendere le premesse della ripresa, avvenuta a partire dalla se-

conda metà del xx secolo in Germania e nel resto del mondo giusfilosofico di lingua tedesca, della dottrina del diritto naturale. Parliamo di studiosi che, talvolta, sono stati anche all'origine della coeva rinascita della scuola neo-tomista, contribuendo quindi sotto questo profilo a gettare ulteriori "ponti ecumenici". Mi riferisco ad un filone di pensiero che, a partire dal *personalismo teologico* (cfr. al proposito THOMAS LUDWIG HEILBRUN, *Called as Persons: the Seminal Relevance of Emil Brunner's Theological Personalism*, tesi di dottorato discussa presso la Pontificia Università della Santa Croce, s.n., Roma 2003) e dalla rinnovata riflessione sulla *lex naturae* sviluppate del teologo protestante svizzero Emil Brunner (1889-1966), è approdato alla proposta neo-giusnaturalista classica dei filosofi austriaci Alfred Von Verdross Drossberg (1890-1980) e Johannes Messner (1891-1984), solo per fare due nomi.

Il prof. Brunner, che è stato docente di *Teologia pratica e sistematica* all'università di Zurigo dal 1924 al 1966, dopo essersi formato nelle facoltà teologiche di Zurigo, Berlino e New York nel c.d. "protestantesimo liberale", nella maturità ha abbandonato questa scuola di pensiero e, impegnandosi a confutarne sistematicamente il razionalismo, ha fondato un suo originale metodo d'indagine teologica, che concepisce il *sistema della ragione* come "incorporato" nella Rivelazione e non viceversa. Per Brunner, quindi, «[...] il razionale, la *lex naturae*, ha criticamente un doppio significato: è il modo con cui Dio incontra l'uomo sulla sua strada, il divino nella storia, ma insieme è ciò che rende cosciente l'uomo della sua lontananza da Dio. [...] All'analisi critica la teologia rivela quindi un doppio carattere: è la scienza di ogni scienza nel rispondere alla questione della giustificazione,

per la quale la filosofia non ha una risposta, [...] è però anche il contrario di ogni scienza nel rifiutare il sistema della ragione fredda e impersonale dell'oggettività e nel porsi come contraddizione a ogni necessità di pensiero» [GIUSEPPE SEGALLA, *Brunner, Heinrich*, in *Enciclopedia Filosofica*, terza edizione, Bompiani, Milano 2006, 12 voll., volume secondo, (pp. 1485-1486) p. 1486].

Se nella teologia cristianamente intesa si dà una compenetrazione di "soggettivo" e di "oggettivo", al punto che si può definire la struttura del credere un "soggettivo" che prende la forma di un "oggettivo", è stato autorevolmente rilevato che «*I cattolici, soprattutto in reazione al Protestantismo, [nei primi secoli dalla "Riforma"] accentuarono gli aspetti contenutistici e conoscitivi della fede appoggiandosi soprattutto alle lettere pastorali di San Paolo. Un po' paradossalmente, ma non senza una punta di verità se si tiene presente la teologia della fede di quel tempo, il teologo protestante Emil Brunner scrisse che i protestanti credevano in un Tu, mentre i cattolici credevano in qualcosa, in una dottrina*» [FRANCO ARDUSSO, *Fede*, in GIUSEPPE TANZELLA-NITTI e ALBERTO STRUMIA (a cura di), *Dizionario Interdisciplinare di Scienza e Fede. Cultura scientifica, filosofia e teologia*, Urbaniana University Press - Città Nuova Editrice, Roma 2002 (2 voll.) vol. 2 (pp. 607-624) p. 614].

Secondo il parere di un altro filosofo del diritto contemporaneo di Brunner, il cattolico Giovanni Ambrosetti (1915-1985), da molteplici «[...] ricerche ed atteggiamenti» rilevabili nella teologia tedesca della seconda metà del Novecento, è dimostrabile come il modo estremamente rigido d'impostare il rapporto fra ragione e Fede e fra natura e norma tipico dell'originaria "Riforma" [cfr. SACHIKO KUSUKAWA, *Nature's Regularity in some Protestant Natural Philosophy Textbooks*

1530-1630, in LORRAINE DASTON-MICHAEL STOLLEIS (edited by), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral, and Natural Philosophy*, Ashgate Pub. Company, Aldershot, Hants (UK)-Burlington, VT 2006, Cap. 7], si sia ormai attenuato, manifestandosi in buona parte del pensiero contemporaneo di matrice protestantica una «[...] viva sensibilità alla costruzione di una teoria giuridica e di una politica anche con orientamenti e accentuazioni razionali, fuori cioè del quadro esclusivamente teologico che era caratteristico dei protestanti» [GIOVANNI AMBROSETTI, *Diritto e teologia*, in *Iustitia*, anno XVIII, n. 4, Roma ottobre-dicembre 1964, (pp. 357-363) p. 363].

Una rassegna dell'abbondante letteratura sul diritto naturale che la cultura protestante tedesca ha prodotto in seguito ai Congressi teologici di Göttingen e Treysa ed al ripensamento da questi indotto sui temi della morale e della giustizia è presente, fra gli altri, nel saggio del prof. Pier Luigi Zampetti (1927-2003), *Il problema della giustizia nel protestantesimo tedesco contemporaneo* (Giuffrè, Milano 1962). Un particolare interesse presenta in questo senso anche il mutato atteggiamento assunto nei confronti della speculazione metafisica da parte del teologo luterano Wolfhart Pannenberg (n. 1928), che è stato professore di *Teologia sistematica* all'università di Monaco dal 1968 al 2003 e quivi direttore dell'Istituto per la ricerca ecumenica. Il suo itinerario appare significativo anche perché risale «[...] ad un illustre rappresentante di quella teologia protestante che, come lo stesso Pannenberg ricorda, si è caratterizzata da ormai più di un secolo per il suo rifiuto della metafisica» [ENRICO BERTI, *Per una metafisica problematica e dialettica*, in *Acta Philosophica. Rivista internazionale*

*di filosofia*, anno 1, n. II, Roma 1992, (pp. 176-190) pp. 186-187]. Per la "conversione metafisica" di Pannenberg cfr.: *L'idea di Dio e il rinnovamento della metafisica*, Bi-

*bliopolis*, Napoli 1991 ed *Epistemologia e teologia*, 2<sup>a</sup> ed., *Queriniana*, Brescia 1999.

GIUSEPPE BRIENZA