

IL GIURAMENTO E IL TRIBUNALE
DELLA COSCIENZA: DAL PLURALISMO
DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI
AL DUALISMO TRA COSCIENZA
E DIRITTO POSITIVO

1. *Premessa*

Questo non è il titolo di un mio intervento e nemmeno di una ricerca ancora *in fieri* ma di un intero, immenso campo di indagine del quale negli scorsi anni abbiamo cominciato a esplorare qualche piccolo angolo. Il plurale è tutt'altro che maestatico: vuole soltanto manifestare la mia sensazione – rinnovata dalla lettura dei saggi raccolti in questo volume e mista a una profonda gratitudine – che stiamo scavando in tanti in questo territorio e che i preziosi reperti che ognuno di noi porta alla luce acquistano una loro vita e una organicità d'insieme, sembrano costituire tanti tasselli di un quadro che si va man mano definendo ma anche allargando sempre più.

In questa situazione penso sia inutile da parte mia aggiungere la mappa che avevo tentato di tracciare nel precedente volume *Il sacramento del potere* come base del patto politico nella storia costituzionale dell'Occidente: questa mappa si può dire vada modificandosi quasi di mese in mese anche se i punti di riferimento principali sono rimasti – mi sembra – abbastanza consolidati e confermati. Nessun tentativo quindi di aggiungere e discutere le indicazioni emerse sino a ora, anche se non posso esimermi in questa sede dal ringraziare almeno gli amici che hanno partecipato al colloquio di Monaco i cui atti hanno seguito immediatamente la pubblicazione del volume¹.

¹ *Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialisierungsplazierung zwischen Mittelalter und Neuzeit*, a cura di P. Prodi, München, Oldenbourg, 1993. Tra i primi contributi alle tematiche proposte con la ricerca sul giuramento, vedi N. Pirillo, *Il giuramento e il tribunale della coscienza*, presentato al convegno su *Kant e la filosofia della religione* (Trento, 26-28 gennaio 1994), ora in *Kant e la filosofia della religione*, a cura di N. Pirillo, Brescia, Morcelliana, 1996, pp. 81-111.

Preferisco invece dire qualcosa, rendere conto del percorso che personalmente ho compiuto in questi ultimi anni, più in forma di diario personale che di saggio scientifico.

Partendo dalle riflessioni finali di *Il sacramento del potere*, sulla crisi attuale dei meccanismi della democrazia, mi sono persuaso della centralità e dell'urgenza del problema che è stato definito da grandi pensatori come Jacques Ellul il «suicidio del diritto»: gli ordinamenti giuridici positivi, nella misura in cui tentano pervasivamente di normare settori sempre più ampi della nostra vita quotidiana, dalla sessualità ai sentimenti, dalla droga ai nuovi problemi posti dalla bioetica, entrano in tilt; la tendenza a superare l'impotenza del diritto statale – di fronte alla perdita della territorialità che è stata per secoli la caratteristica fondamentale della norma positiva – progettando semplicemente ambiti territoriali via via più vasti si sta dimostrando sempre più un'illusione e diventa controproducente poiché stacca ancor più il diritto dal suo supporto di sovranità. Si può soltanto aggiungere che ciò che anche soltanto qualche anno fa poteva essere un'acuta diagnosi intellettuale è ora una constatazione quotidiana anche degli operatori e dei cittadini. Ho sentito particolarmente forte per me il bisogno di una riflessione sul problema della crisi del diritto e della giustizia che mette in pericolo gli ordinamenti democratici stessi dell'Occidente. Naturalmente, dati i miei limiti di capacità teorica e il mio mestiere, la mia riflessione non può che essere storica: non posso avere alcuna «idea» della giustizia, ma soltanto posso cercare di capire qualcosa sulla genesi del sistema di norme che si è sviluppato in Occidente negli ultimi secoli e che ora è entrato in crisi. Come punto di partenza vorrei rubare (dall'epigrafe posta da Robert Trexler al cap. II della sua opera sulla vita pubblica di Firenze nel Rinascimento²) una frase pronunciata da un consigliere della Repubblica fiorentina il 31 luglio 1431: «Deus est respublica, et qui gubernat rempublicam gubernat Deum. Item Deus est iustitia, et qui facit iustitiam facit Deum». Mentre nel volume sul giuramento ho cercato di esplorare la prima parte

di questa affermazione, ora tento di riflettere sulla seconda parte, sul tema della giustizia, non derivandolo dall'alto come immagine del divino (*Deus est iustitia*) ma partendo dalla storia: chi fa la giustizia fa Dio. Non si tratta di una disputa tra kantiani, postkantiani o neokantiani; *de nobis loquimur* o almeno cerchiamo di parlare dell'uomo tra medioevo ed età moderna del quale mi sento ancora figlio.

2. *Genesis del problema*

Il problema è nato dunque dalle ultime pagine, dalle riflessioni conclusive della precedente ricerca sulla crisi della democrazia: è possibile la sopravvivenza della democrazia occidentale senza quel dualismo di ordinamenti e di norme (non soltanto di poteri e istituzioni) che ne ha caratterizzato sin dall'inizio la genesi? Non siamo forse alla fine dello Stato di diritto, al suicidio del diritto stesso nella misura in cui la norma positiva cerca di definire ogni ambito della vita associata e della vita privata? I problemi posti dall'attuale civiltà planetaria, dalle nuove tecnologie e dall'ambiente, dall'aborto e dalle manipolazioni genetiche potranno mai essere risolti sul piano della legislazione positiva? Per usare un'efficace espressione di un giurista italiano, ora giudice della Corte costituzionale, Gustavo Zagrebelsky:

Ci sono forse ambiti che sono per loro natura preclusi alla norma esterna giuridica e necessariamente rimessi alla norma morale, che guarda all'uomo di dentro (S. Paolo, *Rom.* 7, 22). Forse le fonti della vita e della società sono tra questi?

Come storici non dobbiamo certo cercare la soluzione di questi problemi, ma possiamo tentare di verificare se è vero che lo Stato di diritto che abbiamo conosciuto negli ultimi secoli è caratterizzato e condizionato dalla presenza di ordinamenti normativi che non soltanto sono stati in concorrenza e in lotta tra di loro, ma si sono influenzati reciprocamente in

² R. Trexler, *Public Life in Renaissance Florence*, New York, Academic Press, 1980.

³ Sul giornale «La Stampa» del 30 aprile 1995.

modo tale che non possono vivere l'uno senza l'altro. Io credo che, come per la politica e per lo Stato moderno soltanto ora la storiografia è divenuta sensibile all'osmosi tra le due sfere superando le vecchie visioni limitate ai conflitti di potere e di giurisdizione, così una revisione analoga deve essere compiuta sul piano degli ordinamenti, superando le contrapposizioni semplicistiche, confessionali e laiche, e superando anche le divisioni settoriali accademiche tra storici e storici del diritto, tra storici del diritto canonico e del diritto civile ecc. che sono state sino a ora causa di totale incomprensione, anziché di un sapere specializzato e profondo.

L'ipotesi non è nuova, ma si tratta di connettere più organicamente frammenti di comprensione che oggi appaiono ancora troppo sparsi. Il processo di modernizzazione del diritto in età moderna che si concretizza nella statizzazione e nella positivizzazione delle norme non muta soltanto il diritto secolare, ma impone un cambiamento complessivo del rapporto tra il soggetto e la norma. Venendo meno il pluralismo degli ordinamenti nel quale il diritto divino/naturale conviveva accanto al diritto umano positivo (civile e canonico), il dualismo giuridico che ormai rappresentava l'anima costituzionale dell'Occidente non viene meno ma si sposta tra la sfera del diritto positivo, civile o ecclesiastico, e la sfera della coscienza. Si attua in qualche modo una distorsione costituzionale dell'Occidente in seguito alla quale la concorrenza tra i diversi ordinamenti non soltanto tende a frazionarsi sul piano regionale, geopolitico, ma si manifesta nella sfera dei comportamenti tra la norma positiva e la norma morale. Le Chiese confessionali, sia quella cattolica post-tridentina sia quelle nate dalla Riforma, tentano di controllare la sfera etica con la creazione di un sistema giuridico-morale parallelo che sopravviverà anche dopo l'epoca della secolarizzazione sino ai giorni nostri. In questo processo la graduale dissociazione tra il crimine e il peccato e più in generale tra la *culpa iuridica* e la *culpa theologica* assume un'importanza del tutto particolare⁴.

⁴ Vedi i saggi di H. Schilling, *Geschichte der Sünde oder Geschichte des Verbrechens?*, e di M. Turini, «*Culpa theologica*» e «*culpa iuridica*».

3. La frontiera mobile: il «forum»

Nella evoluzione nuova delle tensioni del potere nelle quali si sviluppa il sistema costituzionale dell'Occidente il punto di confine che si sposta è quello del luogo nel quale si definiscono le controversie che nascono all'interno della società, dove cioè il potere si materializza in decisioni o sentenze e diventa realtà concreta: il *forum*. Normalmente la nostra storiografia tradizionale vede quasi unicamente, sotto la pressione secolare delle controversie giurisdizionali tra Chiesa e Stato, una frontiera quasi immobile tra il «foro secolare» e il «foro ecclesiastico». Una scorsa ai trattati giuridici del medioevo e dell'età moderna, però, ci pone davanti una complessità terminologica ben maggiore: *forum Dei*, *forum poli*, *forum Ecclesiae*, *forum sacramentale*, *forum internum*, *forum spirituale*, *forum animae*, *forum poenitentiae*, *forum ecclesiasticum*, *forum iudiciale*, *forum forti*, *forum externum*, *forum contentiosum*, *forum saeculare*, *forum politicum* ecc. Sono tutti termini che in parte si contrappongono e in parte si sovrappongono in modo complesso: il *forum Dei* non è affatto coincidente con il *forum Ecclesiae* ecc. L'elemento comune è quello di rendere concreta la norma (divina, naturale o umana, civile e canonica) in un caso concreto mediante un potere di coercizione, spirituale o temporale che sia. Il problema è quindi quello di vedere come si muove questa dislocazione del potere al di là delle stesse ambiguità dei giuristi che tendono sempre a difendere il sistema al quale sono legati. Per cercare di comprendere questo fenomeno penso siano indispensabili due condizioni di metodo: a) non rinchiudersi in una singola storia (del diritto canonico, della spiritualità, della teologia, della Chiesa, delle istituzioni ecc.); b) seguire questo confine, questa frontiera mobile del *forum* che si sposta con il passare dei secoli.

il foro interno all'inizio dell'età moderna», in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», XII, 1986, pp. 147-192.

4. Il punto di partenza

Si può parlare di un diritto penitenziale medievale perché, per usare un'espressione di Paolo Grossi, «una religione rivelata e una morale ne costituiscono la piattaforma costituzionale»⁵; la scienza che lo studia, secondo il Panormitano, è per sua natura mista:

Est ergo haec scientia quoddam mixtura, partim capiens ex theologia in quantum tendit in finem aeternae beatitudinis, et partim est civilis in quantum tractat de temporalibus sine quibus spiritualia diu esse non possent.

Il passaggio verso questo pluralismo di ordinamenti giuridici concorrenti era avvenuto, come è noto, tra il XIII e il XIII secolo con la fuoriuscita definitiva dell'Occidente cristiano dalla tentazione di un monismo giuridico (analogo a quello della *shari'a* islamica) nel quale non vi era alcuna distinzione netta tra legge religiosa e legge secolare (pur nella presenza di diverse autorità concorrenti e di una pluralità di fonti del diritto) né alcuna separazione tra peccato e reato. Sul piano teologico è, come è noto, l'*Ethica* di Abelardo a porre al centro, nella definizione del peccato, la teoria dell'intenzione:

Non enim homines de occultis, sed de manifestis iudicant, nec tam culpae reatum quam operis effectum. Deus verus solus qui non tam quae fiunt, quam quo animo fiant adtendit, veraciter in intentione nostra reatum pensat et vero iudicio culpam examinat. Unde et probator cordis et renum dicitur et in abscondito videre.

Il problema non è risolto (in Abelardo la distinzione è ancora tra peccato veniale e peccato mortale/crimine, non tra peccato e reato): ma la soluzione non è più cercata in una sintesi monistica, bensì in una tensione tra la sfera della coscienza e la sfera del diritto umano, concetto ancora come

unitario. È un intervento realmente eversivo perché pone in discussione il potere della Chiesa, dato che il diritto della Chiesa non può che essere soltanto un diritto umano.

Con la nascita del diritto canonico non si apre dunque soltanto il cammino al pluralismo di ordinamenti giuridici concorrenti, l'*utrumque ius*, e alla distinzione dei due fori, canonico e civile, ma si apre anche un nuovo rapporto tra la legge umana (civile o ecclesiastica che sia) e la coscienza. Lo spartiacque è chiaramente identificabile sul piano giuridico nel *Tractatus de poenitentia* (Causa XXXIII, q. 3) di Graziano: l'accostamento stridente, nei primi canoni, di testi tratti dai Padri della Chiesa e di norme penali tratte dal *Corpus iuris* rappresenta non la «concordia discordantium canonum», ma il preannuncio di un bivio.

Il conflitto che si apre non è quindi soltanto quello della concorrenza tra diritto canonico e diritto secolare, ma anche quello tra potere sacramentale (o potere d'ordine) e potere di giurisdizione nella Chiesa. Senza poter entrare nella discussione sullo sviluppo della teologia sacramentale nel XIII secolo e limitandosi al problema del foro, penso si possa dire che il papato cerca di risolvere il problema nella prassi costruendo un foro ecclesiastico-sacramentale di tipo nuovo con la diffusione della confessione privata auricolare, del tribunale della penitenza. Al centro è il celebre c. 21 del concilio Lateranense IV del 1215 che impone a tutti i cristiani la confessione annuale «proprio sacerdoti»: «Si quis autem alieno sacerdoti voluerit iusta de causa sua confiteri peccata, licentiam prius postulet et obtineat a proprio sacerdote, cum aliter ille ipsum non possit absolvere vel ligare». Si tratta di una norma disciplinare che non risolve la contraddizione interna tra penitenza/sacramento e confessione/tribunale, tra foro della coscienza e foro esterno, ma che cerca di risolvere il problema unificando il *forum Dei* con il *forum Ecclesiae*: è il tentativo di creare una rete giudiziaria di foro interno coincidente con la giurisdizione ecclesiastica ordinaria delle diocesi e delle parrocchie in modo da risolvere il contrasto fra il potere d'ordine e il potere di giurisdizione.

⁵ P. Grossi, *Somme penitenziali, diritto canonico e diritto comune*, in «Annali della Facoltà giuridica di Macerata», n.s., 1966, pp. 95-134.

5. Il tribunale della confessione

Questo grandioso tentativo fallisce immediatamente: l'istituto della confessione privata si diffonde in tutta la cristianità occidentale diventando per secoli uno dei pilastri della vita dell'uomo occidentale, ma esso si salva soltanto a condizione della rinuncia *de facto* al dovere di confessarsi «proprio sacerdoti», cioè con la rinuncia all'integrazione tra il potere d'ordine e il potere di giurisdizione⁶. Sono stati fatti studi molto belli sulla storia sociale della confessione (Thomas Tentler, John Bossy ecc.) e sulla sua importanza nella storia del pensiero e delle mentalità collettive (soprattutto la grande opera di Delumeau, *Le péché et la peur. La culpabilisation en Occident (XIII-XVIII siècles)*⁷, e su questi grandi panorami non aggiungo una parola. Credo però che vadano poste ancora alcune questioni sull'importanza costituzionale di questo tentativo e di questo fallimento, soprattutto sulle tracce delle intuizioni sparse nei molti volumi di Pierre Legendre⁸.

Una prima conseguenza è il progressivo distacco della *auctoritas clavium* (che spetta al sacerdote dal momento della sua ordinazione) dal *clavium exercitium*, per il quale occorre una delega di giurisdizione del tutto identica a quella del giudice ordinario. Questo sviluppo si intreccia con il grande tema della crescita degli ordini mendicanti come principali portatori di una delega papale e della immensa letteratura delle *Summae*. Certamente questo fenomeno è collegato con lo sviluppo della monarchia papale per dominare le anime («uno dei maggiori arcani del papato», come dirà alcuni

secoli più tardi Paolo Sarpi), ma penso che il conflitto per il controllo sulle coscienze sia cominciato proprio dal fallimento del tentativo di creare una rete di tribunali coincidente con la gerarchia ecclesiastica.

In secondo luogo questo processo impone una dialettica tra peccato e delitto sempre maggiore: purtroppo gli studi iniziali di Stephan Kuttner sulla teoria della colpa nel diritto canonico non sono stati sviluppati, ma mi sembra che si possa avanzare l'ipotesi che a poco a poco si sia passati dalla distinzione iniziale tra peccato mortale e peccato veniale a una distinzione molto più complessa fra trasgressioni che riguardano soltanto la sfera della coscienza e altre trasgressioni che pur consistendo in un peccato ledono nello stesso tempo anche l'ordine sociale o ecclesiastico. Il caso più noto è quello dell'eresia per la quale viene creata la parallela e ben più temibile struttura inquisitoriale: qui voglio soltanto sottolineare che questo ha ripercussioni molto importanti sul regime confessionale, in particolare per quanto riguarda l'eresia occulta e la denuncia dei complici.

Dal nostro punto di vista la cosa più importante è che tra il peccato e il crimine emerge una categoria intermedia: il peccato «riservato», per la cui assoluzione occorre un intervento dell'ordinario diocesano o dello stesso pontefice romano. Il peccato riservato può implicare o no censure ecclesiastiche come la scomunica, ma costituisce di fatto un *tertium genus* tra peccato e delitto come mostra tutta la storia del tribunale della Penitenzieria Apostolica.

6. La fuorinscizia della penitenza dalla sfera giuridica

Intorno alla metà del Quattrocento non assistiamo soltanto a una svolta di tipo istituzionale con l'emergere dei nuovi principati e delle nuove monarchie, ma anche a un profondo mutamento negli ordinamenti giuridici con l'entrata in crisi del diritto comune. In questo sistema il diritto canonico, diversamente dal romano, svolgeva come è noto una diversa funzione: nelle terre della Chiesa era a un tempo diritto statutale e diritto universale; nelle terre dell'impero

⁶ Alcune prime riflessioni su questi punti sono contenute nel discorso conclusivo che ho tenuto nel XXIII convegno internazionale della Società internazionale di studi francescani *Dalla penitenza all'ascolto delle confessioni. Il ruolo dei frati mendicanti*, Spoleto, Centro italiano di studi sull'Alto Medioevo, 1996, pp. 287-306.

⁷ *Il peccato e la paura. L'idea di colpa in Occidente dal XIII al XVIII secolo*, Bologna, Il Mulino, 1987.

⁸ Vedi alcune linee di sintesi nel saggio *Les maîtres de la loi. Étude sur la fonction dogmatique en régime industriel*, in «Annales. ESC», XXXVIII, 1983, pp. 507-535.

aveva efficacia riconosciuta quando si trattava *de peccato* (a parte tutte le discussioni e le contese sulle materie miste). Ora, di fronte al nuovo diritto statale emergente, il diritto canonico non solo arretra i propri confini ma si modifica profondamente: diviene diritto ecclesiastico o diritto canonico pontificio; in questo quadro il diritto penitenziale, che nel periodo precedente era cresciuto a dismisura nelle summe e nei trattati giuridici, viene a poco a poco espulso dal diritto canonico nel quale rimane soltanto come norma penale, riguardante le censure e i casi riservati. Centrale diventa invece il problema dell'obbligatorietà in coscienza della legge positiva, statale o ecclesiastica. La legge umana può obbligare in coscienza sotto pena di peccato mortale? Non esiste più un universo indistinto di norme (da quelle cosmiche-naturali alle divine-rivelate, a quelle stabilite dai principi civili o ecclesiastici da Dio delegati). Il punto di frattura diventa sempre più quello tra una legge divina, un decalogo più o meno allargato ad altri precetti e rassegne di vizi e virtù (in trattati o manuali pratici che formano la base delle interrogazioni confessionali), e l'insieme delle norme positive. I punti di attrito si dislocano quindi su diverse linee di confine: a parte la problematica matrimoniale – che diventa sempre più centrale nella tensione tra il sacramento e il contratto –, i temi dei contratti, del danno a terzi, della restituzione del maltolto ecc. Nei problemi concreti del foro, dell'amministrazione della giustizia, la tensione tra la *culpa iuridica* e la *culpa theologica* diventa una frattura totale. Ma anche dietro questa contrapposizione dobbiamo cogliere il processo di osmosi reciproca che avviene in profondità, la giuridicizzazione della morale e la moralizzazione del diritto e – per quanto riguarda il problema specifico del peccato e del crimine – un processo di criminalizzazione del peccato e un processo di condanna morale dell'illecito civile o penale.

Il tentativo di promuovere la riforma della Chiesa facendo leva sull'antico sistema, sul diritto come unica fonte del dover-essere della cristianità, cade nel vuoto. Il richiamo contenuto nel famoso *Libellus ad Leonem X* (1513) dei cardinali Paolo Giustiniani e Pietro Querini sembra soltanto un'utopia nostalgica:

Cum vero omnis christiana disciplina duplex sit: alia, in qua ea, quae nos credere, quae sperare, quae amare debeamus, doceri possumus; alia vero, in qua quid agere, quid evitare conveniat uniusquisque instituitur; et illa quidem theologia usato vocabulo, haec vero canonici iuris doctrina appellari consuevit.

In realtà la frattura è già compiuta molto prima della sua realizzazione storica e il dover-essere della cristianità non coincide più con il diritto canonico già alla vigilia della Riforma di Lutero.

7. Dopo il concilio di Trento

In realtà il concilio di Trento può concludersi in modo positivo ed essere globalmente accettato⁹, sia pur con limitazioni e ritardi, nei paesi cattolici soltanto perché in esso si rinuncia definitivamente alla restaurazione di un ordinamento unitario e si trova un compromesso nella formazione di due obbedienze parallele, quella politica e quella religiosa, unite da un patto di reciproche convenienze ma concorrenti tra di loro nello sforzo di disciplinare l'uomo moderno¹⁰. Una prima conseguenza è, a mio avviso, la frattura tra il diritto canonico classico e il nuovo diritto tridentino-pontificio che si separa dalla teologia e si positivizza come disciplina ecclesiastica: esso non rappresenta più la scienza del dover-essere, ma diventa sempre più, sino a raggiungere nel nostro secolo la forma del codice, l'insieme delle norme che garantiscono la vita sociale della Chiesa rivendicandone una sovranità originaria a imitazione del nuovo Stato moderno. Accanto alla concorrenza tra i diritti positivi, civile e canonico, abbiamo

⁹ Su questo punto vedi P. Prodi, *Il concilio di Trento di fronte alla politica e al diritto moderno*, in *Il concilio di Trento e il moderno*, a cura di P. Prodi e W. Reinhard, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 7-26; dello stesso, *Il concilio di Trento e il diritto canonico*, in *Il concilio di Trento nella prospettiva del terzo millennio*, a cura di G. Albertigo e I. Rogger, Brescia, Morcelliana, 1997.

¹⁰ Su questo problema più generale vedi i saggi contenuti nel volume *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, a cura di P. Prodi, Bologna, Il Mulino, 1994.

quindi l'aprirsi di una frattura, prima impensabile, tra foro esterno e foro interno, tra peccato e reato. Il dualismo caratteristico del cristianesimo occidentale sembra trasformarsi da un dualismo di ordinamenti giuridici concorrenti all'interno dell'unica *respublica christiana* in un nuovo dualismo tra la sfera del diritto (concepito unicamente come positivo) e la sfera della coscienza. È ben noto il percorso che ha luogo con lo sviluppo del monopolio statale del diritto, percorso nel quale, tra il XVII e il XVIII secolo, si compie il processo di separazione tra diritto e morale per approdare con l'illuminismo alla secolarizzazione e all'autolegittimazione, in particolare del diritto penale¹¹. Ricordo soltanto qui le espressioni con le quali Thomas Hobbes apre questa nuova fase:

Può essere che l'uomo nasconda nei recessi del suo pensiero o covi segretamente un peccato, del quale né giudice né testimone, né alcun altro ha la possibilità di accorgersi; mentre il diritto è un peccato che consiste in un atto contrario alla legge, del quale l'autore può essere accusato, per poi venire trascinato in giudizio, ove il giudice lo condannerà o lo assolverà in base alle testimonianze. E inoltre, il diritto positivo può trasformare in peccato un atto il quale di per sé non costituisce peccato, ma non è né buono né cattivo [...] Tutti i delitti, in verità, sono peccati, ma non tutti i peccati sono delitti.

In quest'ultima frase in particolare mi sembra sia contenuta in nuce tutta la storia del diritto penale statale sino ai nostri giorni come sforzo di incorporare ogni rilevanza giuridica della sfera etica nello Stato: tutte le disobbedienze alla legge, tutti i delitti sono peccato.

8. La giuridicizzazione della coscienza

Di fronte allo sviluppo del monopolio statale del diritto e alla stessa positivizzazione del diritto canonico, all'interno

¹¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989 (il brano di Hobbes è qui citato a p. 228).

della Chiesa nasce un nuovo «diritto della coscienza» con lo sviluppo della teologia morale come scienza a sé stante e della casistica. Pierre Legendre ha parlato a questo proposito nelle sue opere di una «incription du droit canon dans la théologie»: *la ratio scripta* e *la lex animata* del diritto naturale e del diritto romano si fondono con la teologia nel grande crogiolo della casistica e i moralisti appaiono sempre più come giuristi specializzati nel foro interno e capaci quindi di porre le basi della moderna cultura industriale e della dogmatica giuridica moderna. Si può essere d'accordo se è chiaro che si tratta di un fenomeno del tutto nuovo rispetto al diritto canonico classico; per questo anche il termine *Seconda scolastica* (per designare la riflessione sui temi della legge e del peccato che si diffonde dalla Spagna dei primi decenni del Cinquecento in tutta Europa) può essere del tutto equivoco. In realtà sul piano della prassi giuridica abbiamo una frattura definitiva tra il diritto canonico e la stessa teologia morale, con la esclusione di ogni problema riguardante la salvezza da un universo normativo che viene ridotto a disciplina ecclesiastica ben prima che lo *ius publicum ecclesiasticum* si biforchi nelle due diverse direzioni del diritto pontificio e del diritto ecclesiastico statale. Il canonista, scrive in pieno Seicento il cardinale Giovan Battista De Luca, non deve toccare i problemi della coscienza così come il moralista non deve entrare nei problemi che riguardano il foro esterno: «Verrum id impracticabile est in foro externo, in quo non iudicatur de internis, quae soli Deo patent, sed proceditur cum actis et probatis». Anche nella Chiesa si apre una frattura decisa tra il diritto positivo e la sfera della coscienza e il problema del delitto non può più coincidere con il problema del peccato. Lo stesso *Corpus iuris canonici* diventa, proprio nel momento in cui assume il suo volto definitivo filologicamente corretto, soltanto quasi un'eredità storico-culturale staccata dalle nuove norme tridentine di riforma: queste vengono – per la prima volta nella storia dei concili – distinte dai decreti dogmatici, non vengono integrate nel diritto precedente e vengono anche sottratte – con la riserva di ogni decisione alla Congregazione del Concilio – alla procedura canonica tradizionale. Contemporaneamente nella Chiesa della Con-

troriforma all'interno del «foro interno» (per usare un gioco di parole) si introduce la divisione tra foro sacramentale e foro non sacramentale decretando quindi la fine dell'edificio medievale della confessione come sacramento e giurisdizione a un tempo. Penso che anche gli affascinanti quadri dipinti da Adriano Prosperi¹² sui nuovi intrecci fra confessione e inquisizione nell'età moderna debbano essere inseriti in questo contesto per essere compresi nella loro portata storica costituzionale.

9. La dialettica delle norme

Il punto centrale, nel quale sto navigando, nell'oceano dei trattati di teologia morale e di diritto dei secoli dell'età moderna, è quindi quello dei rapporti tra i due distinti ordini di norme cercando di esplorare soprattutto le faglie, le linee lungo le quali i continenti sommersi delle norme etiche e delle norme di diritto positivo si incontrano e si scontrano: il *crimen laesae maiestatis* e l'eresia, il disciplinamento della vita sessuale e familiare, il tema del danno a terzi e della restituzione ecc. Naturalmente il processo che avviene nelle nuove Chiese nate dalla Riforma, nei paesi che si sono staccati dalla Chiesa di Roma è ben diverso e probabilmente hanno una parte di verità alcuni luoghi comuni che addebitano a questo processo diverso alcune differenze attuali rispetto al senso dello Stato e del diritto positivo. Credo però che non debba essere trascurato l'alveo comune in cui si muovono questi processi di confessionalizzazione, come ormai hanno dimostrato gli studi di Wolfgang Reinhard e Heinz Schilling.

¹² A. Prosperi, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996.

comprendere lo sviluppo del diritto statutale moderno e dello stesso Stato di diritto sia nell'età della confessionalizzazione sia nella successiva fase della secolarizzazione. L'ordinamento costituzionale dell'Occidente è potuto crescere soltanto nella misura in cui si è mantenuto il dualismo tra la sfera delle norme etiche e la sfera del diritto positivo, la distinzione – con riconoscimento reciproco – tra peccato e delitto. In secondo luogo nell'ipotesi che questo rapporto non è riducibile a una semplice lotta giurisdizionale, ma ha portato a complessi rapporti di osmosi e anche a tentazioni continue, sia da parte della Chiesa sia da parte dello Stato, di assorbire in una sola sfera l'universo normativo con fenomeni aberranti come la giuridicizzazione e la formalizzazione sempre più accentuata della morale da una parte e la sacralizzazione del diritto positivo dall'altra.

Più che un resoconto del cammino compiuto in questi ultimi anni, questo intervento è divenuto a poco a poco la traccia di un percorso ancora da compiere. Per concludere mi limito a richiamare le affermazioni iniziali sulla crisi attuale del diritto, sull'impotenza della coercizione esterna nel dominare quei settori che sino a poco tempo fa erano – in modo diverso a seconda delle varie Chiese cristiane – disciplinati dall'etica, nonché i nuovi settori che si sono aperti in seguito allo sviluppo tecnologico e al nuovo rapporto tra uomo e ambiente. La pervasività del diritto in ogni aspetto della vita umana viene sempre più percepita, come si è detto, non come un fatto positivo ma come un segnale di debolezza che ci avverte di un pericolo per le stesse strutture portanti della nostra società democratica e liberale.

Come storici – rimanendo strettamente nell'ambito del nostro mestiere – non possiamo fornire ricette e previsioni, ma possiamo dare un contributo per evitare diagnosi errate dei nostri malesseri, diagnosi molto spesso troppo legate in modo miope alla cronaca contemporanea del Novecento e all'osservazione sociologica. Così come il malessere delle nostre democrazie non può essere ridotto a un problema di aggiornamento delle tecniche elettorali delle rappresentanze o delle forme di governo elaborate negli ultimi due secoli

IL PATTO POLITICO COME FONDAMENTO DEL COSTITUZIONALISMO EUROPEO

1. Premessa

ma esige, per essere compreso, una storia del patto politico in Occidente, nello stesso modo la crisi dell'ordinamento giuridico non può essere compresa soltanto a partire dalle codificazioni ma esige una riflessione sulla sua genesi. Vale la pena forse di sottolineare che dietro a questo non sta alcun atteggiamento nostalgico: non possiamo certamente, ad esempio, mettere in dubbio la difficoltà delle Chiese a esprimere norme etiche di valore universale. Possiamo però forse dimostrare che la nostra civiltà, la civiltà occidentale ha una delle sue anime nella tensione dialettica tra la sfera del potere e la sfera della morale e che al centro di questa tensione è cresciuto il diritto come oggi noi lo conosciamo e lo viviamo: se esso coincidesse totalmente con l'universo del potere o con l'universo del sacro, il nostro essere di uomini occidentali sarebbe in grave pericolo. Se è vero, come credo, che ci troviamo a un passaggio non soltanto di secolo ma di epoca, una riflessione di lungo periodo diventa indispensabile.

La scelta del titolo di questa relazione – per se stesso molto presuntuoso – parte da una convinzione molto precisa: che la discussione attuale sul trattato costituzionale dell'Unione europea e la sua ratifica da parte degli Stati nazionali si basa troppo o su schemi spesso astratti e senza tempo elaborati da costituzionalisti e politologi oppure su generici discorsi generali sull'*identità* e sulle *radici* che, dilatandosi nel tempo e nello spazio, rischiano di arenarsi in contrapposizioni ideologiche altrettanto sterili. Credo quindi quanto mai opportuna – anche in vista del lungo e difficile iter della sua recezione – quest'occasione per uno sguardo storico di lungo periodo: l'apporto dell'età moderna, appunto.

Lasciamo da parte il secolare dibattito sul significato del termine *costituzione*: alcuni giuristi con una particolare sensibilità storica hanno negli ultimi anni impostato una riflessione innovativa sulla costruzione dell'area europea come costruzione di uno spazio giuridico comune in un ordinamento composito a carattere regionale che superi il modello delle costituzioni attualmente in vigore¹. Questo presuppone un approccio di tipo dinamico per il quale le costituzioni in senso positivo-sistemico degli ultimi due secoli nell'ambito degli Stati rappresentano soltanto una delle espressioni che assume la costituzione come «principio del divenire dinamico

¹ Vedi ad esempio (con ampie bibliografie) S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; G. Della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003; L. Lacerà, *Europa una e diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, in «Teoria del Diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica», I-II, 2003, pp. 40-71.