JusOnline n. 1/2016
ISSN 1827-7942

***JUS*- ONLINE**

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 1/2016

BRUNO MONTANARI 2
Acqua. Materia e spirito

MASSIMO PARADISO 28
Il giurista e la fede

GIOVANNI D'ANGELO 45
La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo

ISABELLA BOLGIANI 72
Il ruolo svolto dalle fonti bilaterali in tema di patrimonio archivistico ecclesiastico nella "comunicazione della conoscenza"

ANNA SAMMASSIMO 117
The right to food in the Catholic Social Doctrine

VP VITA E PENSIERO

JusOnline n. 1/2016
ISSN 1827-7942

Bruno Montanari

Docente di Filosofia del diritto, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

ACQUA*

Materia e spirito[1]

SOMMARIO: 1 … per un possibile inizio. – 2. L'acqua e Il Diritto. – 3. L'acqua tra "Cielo" e "Terra". – 4. Qualche ragionamento conclusivo.

1. …per un possibile inizio

L'acqua appartiene alla vita; anzi è assai di più. Essa è la vita stessa, poiché, come è noto, ne contiene il germe.

Noi, uomini curiosi, destinati a "non viver come bruti, ma per seguir virtute e conoscenza", dovremmo interrogarci di fronte al dato, del tutto empirico, per il quale una combinazione chimica, un legame tra due atomi, tra due parti di materia microscopica, possa contenere la possibilità di esistenza in generale e l'esistenza attuale di tutto ciò che noi siamo: natura e opere. Possa contenere nella sua struttura quella che un tempo si sarebbe definita "la meraviglia del creato".

Certamente, la bio-chimica studia e ri-costruisce tutti i processi del mondo vitale, ma resta inevaso l'interrogativo radicale sull'origine di ogni *possibilità* di processo: "Perché? Come è possibile il passaggio dalla semplice "materia" alla ricchezza contenuta nella parola *vita*?" .

---

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

[1] "Oggi, si diceva – scrive con ironia acuta Silvano Petrosino – , nel nostro tardo capitalismo consumistico, gli chef sono chiamati 'maestri', in quanto tali, o supposti tali, essi si occupano del corpo, ma solo per appagare l'anima;.." (*Pane e spirito*, Vita e Pensiero, Milano 2015, p. 42).

L'uomo curioso, giurista o letterato, filosofo o matematico, ingegnere o informatico, fabbro o carpentiere…di fronte a questo passaggio dovrebbe assaporare silenziosamente la profondità di ciò che non ha risposta: il "mistero".

Quando scrivevo queste righe non era stata ancora pubblicata l'Enciclica di Francesco (così firma il Papa il suo testo *Laudato si*) nella quale la coappartenenza di natura e vita, di materia e spirito è affermata con un vigore critico proprio di chi ha vissuto la temperie culturale e socio-politica latino-americana degli anni Sessanta e Settanta.

Uno dei temi di fondo, come è noto, riguarda il destino umano delle bio-diversità nel nuovo universo tecnologico e parole significative sono dedicate all'acqua, per metterne in luce due profili: quello giuridico, strettamente connesso all'interpretazione economica dei beni comuni, dei quali l'acqua è ovviamente un esempio peculiare, e quello del legame tra questa risorsa e la realtà della vita, che va oltre la sua materialità biologica, poiché ogni cultura vi ha letto, ciascuna a suo modo, la meraviglia di quello che ho definito "mistero".

2. L'acqua e Il Diritto

Il diritto, con l'angolo visuale della dottrina, coglie l' "umanesimo" dell'acqua attraverso la chiave di lettura offerta dalla categoria generale dei "beni", nella versione speciale del "comune": l'acqua "bene comune".

Il tema del "comune" incrocia alcuni ambiti socialmente significativi del giuridico; si tratta infatti di una dimensione che non appare riducibile a quella giuspubblicistica, in specie nella sua versione amministrativistica, poiché in essa l'interesse della collettività non annulla quello dell'individuo singolo, anzi con esso si mescola, poiché ciò che è in gioco è la "vita" e la "vita" è di tutti e di ciascuno al tempo stesso.

E' quest'ultima considerazione, che colora il diritto di quei tagli di luce che potrei definire "esistenziali", che fa riflettere la dottrina civilistica sul nesso categoriale "bene giuridico" – "bene comune". Nesso, attorno al quale si misura la tensione tra la dimensione economica, sulla quale la tradizione del pensiero "moderno" ha costruito il concetto privatistico di "bene", e quella socio-politica sviluppatosi nel '900, soprattutto nel "secondo", avendo come punto di riferimento, anche nella lettura ed interpretazione delle categorie privatistiche, la visione teorica della "Stato sociale". Condizione, quest'ultimo, è bene affermarlo al nostro tempo divenuto così socialmente ed individualmente "incerto", per l'affermazione consolidata, prima, e per la tenuta, poi, delle democrazie parlamentari del secondo dopoguerra.

Il dibattito tra le scuole civilistiche è, come è peraltro noto, assai ricco, per la ragione che esso è animato dalla riflessione critica attorno al significato culturale delle categorie giuridiche tradizionali, in un'epoca nella quale l'"idea riformista" ha ceduto il passo non al liberalismo dei "moderni", ma all'economicismo liberista dei "contemporanei".

Lo sguardo di sintesi può essere raccolto attorno ad alcune tematiche-chiave, le quali, peraltro, rappresentano il retaggio storico che ha costituito il pensiero giuridico moderno, centrato su quella categoria che salda il riconoscimento teoretico dell'individuo come "ragione" alla sua affermazione pratica, etica, politica, economica: il "soggetto" ed il suo diritto ("soggettivo", appunto; ma di questo più avanti).

Le tematiche – chiave si svolgono attorno ad alcune articolazioni concettuali, fonti di discussione e diversa caratterizzazione dottrinale. La sintesi di cui parlo può avere il suo centro in un intreccio di almeno due distinzioni: quella tra "bene" e "cosa" e l'altra tra "bene" e "oggetto" del diritto.

Si tratta di due distinzioni significative sul piano degli svolgimenti della dottrina, che istituiscono un insieme di rapporti euristici ed interpretativi. Il concetto di "bene" pone in relazione il "soggetto" con il godimento di un qualche vantaggio: di qui la figura del "diritto soggettivo". Il concetto di "cosa" apre la questione dell'ampiezza del riferimento "reale", oltre quello materiale codificato dall'art.810 c.c., che può costituire la "causa" del vantaggio soggettivo. Il terzo concetto, quello di "oggetto" del diritto, consente di sganciare la tutela allestita dal diritto soggettivo da una più ampia situazione giuridica, quella che consente ad un soggetto di diritto di esercitare poteri e facoltà.

Questi dati, per quanto li si voglia, e forse li si debba, tener distinti concettualmente, mettono in luce non solo una loro reciproca relazione, ma anche quel loro insopprimibile intreccio, che ho già sottolineato. La spia di questa saldatura interpretativa è fornita da un altro concetto: quello di "interesse".

L' "interesse" apre, infatti, la questione del suo titolare, del destinatario del vantaggio e della sua tutela giuridica, sia sotto il profilo dei poteri esercitabili, sia sotto quello dei danni fronteggiabili. Vantaggio, poteri, danni sono tutti termini che introducono ad un'ulteriore questione, che si dispone su di un proprio specifico livello; è la questione disegnata dalla relazione tra la qualificazione di quei tre termini, che è rilevante per il diritto, e la loro dimensione antropologico – esistenziale.

In altre parole, si tratta di aspetti non di mera filosofia accademica, ma decisamente esistenziali tra l'ambito filosofico-teoretico del pre – giuridico e quello del giuridico; e, in relazione a quest'ultimo, "giuridico" in che senso? Codicistico, dottrinale, dogmatico, giurisprudenziale, sociologico… e il tutto a partire dalla "ipoteca" epistemologica posta dalla insuperabilità dell'approccio interpretativo.

Questi profili assumeranno una loro fisionomia cammin facendo; per ora intendo far emergere il seguente punto: l'idea di ciò che può essere inteso ed interpretato come "comune" nella riflessione giuridica più recente.

Essa si è interrogata sul "diritto dei beni comuni", assumendone uno come prototipo, idoneo ad articolare una serie di punti di vista, che è possibile radicare nel concetto che il termine "interesse" rende manifesto; tale bene comune è l'acqua. Ne parla in modo netto Maria Rosaria Marella, introducendo un testo che raccoglie il lavoro svolto in quattro seminari tenutisi presso la facoltà giuridica dell'Università di Perugia nel 2012, ed al quale rinvio per i contenuti specifici dei contribuiti[2].

La tesi che emerge dalla riflessione della Curatrice è che l'idea del "comune vada pensata oltre la distinzione classica tra "pubblico" e "privato". Ponendo il "comune" oltre tale distinzione, si mette in discussione una contrapposizione, anch'essa classica: quella tra profitto individuale e gestione pubblica. Con una conseguenza: che la discussione intorno al diritto dei "beni comuni" non può ridursi ad una diatriba polemica tra gestione privata, nella quale il fine di lucro mette in crisi l'idea di servizio sociale, e gestione pubblica, che chiama in causa l'efficienza delle istituzioni pubblico-amministrative ed i loro legami con il cosiddetto sistema politico[3].

La nozione di un "comune", come un "bene" che è *oltre* la dialettica privato / pubblico, induce alla ricerca ed individuazione di un profilo della *soggettività*, al quale ricondurre quella dimensione pre-giuridica, che definirei "esistenziale", cui accennavo poche righe sopra. Il diritto può tipizzare tale soggettività come "collettiva", termine, tuttavia, dotato di una passata connotazione ideologica, per le sue radici che affondano in quel tratto di storia della soggettività che mette in radicale discussione la struttura capitalistico-borghese, articolata nel binomio

[2] M.R. Marella, *Per un diritto dei beni comuni*. Introduzione a *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona 2012, p. 9.

[3] *Ivi*, p. 11.

individuo – Stato. Radicalità, che la storia del Novecento europeo ha temperato attraverso la tensione riformistica tra mercato e solidarietà.

Oggi, in un'epoca che non solo è post-comunista, ma che tende a divenire post-solidaristica, pensare ad una soggettività "collettiva" significa inoltrarsi in un territorio per alcuni aspetti ignoto al diritto della tradizione. Territorio, nel quale la soggettività va ritrovata ed identificata in quel "comune" dei bisogni, la cui soddisfazione è indispensabile alla vita quotidiana, poiché appartiene alla possibilità stessa della sopravvivenza. Di qui un concetto di "bene", che le società economicamente evolute non sperimentano sulla loro pelle e della cui essenzialità per la vita quindi non hanno reale percezione.

Il superamento della dicotomia viene costruito dalla riflessione civilistica più recente, che ha in Stefano Rodotà un autorevolissimo esponente, essendo stato il Presidente della Commissione ministeriale, insediata con decreto 21 giugno 2007 del Ministero di Giustizia, per elaborare un disegno di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

Quell'elaborato, individuando i "beni comuni" come una terza *categoria giuridica*, accanto alle due tradizionali di "beni pubblici" e "beni privati"[4], ne mostra quella consistenza, "categoriale" appunto, capace di ascrivere il "comune" ad un nuovo registro della ragione giuridica.

Il punto è importante, perché mi consentirà, nel prosieguo di questo mio lavoro, di legare al contesto giuridico la riflessione filosofico – esistenziale, con un secondo fine: quello di mostrare come, in un'epoca post-positivistica, il giuridico non possa fare a meno di uscire dalla sua autosufficienza e di nutrirsi di quel pre-giuridico che appartiene ad altre forme di sapere.

Ma torniamo al punto.

---

[4] Lettera *b* della proposta di articolato.

Propone la Commissione al punto *c*: "Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona", aggiungendo nella Relazione di accompagnamento una notazione significativa che riguarda il tema del futuro delle generazioni: "…e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità".

La significatività della notazione, contemplando il *futuro* della vita, consiste nell'ancorare il concetto di *bene comune* al binomio bisogni – interessi umani, che modifica il quadro "proprietario" in quello dell'"utilizzazione – accesso", dove la soggettività di riferimento non è quella dell'individuo privato o quella del pubblico statuale, ma quella "diffusa" dei *viventi*.

In questa prospettiva il caso dell'acqua è illuminante[5].

Non intendo seguire Rodotà nell'ulteriore analisi, per quanto questa tocchi questioni importanti per il nostro tempo, come quella legata alla *conoscenza* in quanto "bene comune", nella quale la tensione tra il *comune* ed il *proprietario* è particolarmente acuta. Mi interessa invece sottolineare quelli che l'autore definisce due equivoci nei quali non bisogna cadere.

Il primo riguarda la non sovrapponibilità tra il "comune" e l'ascrizione ad una "comunità": il "comune" di cui si parla, infatti, riguarda non una periferia sociale, ma il centro stesso di un nuovo modo di concepire i ruoli dei soggetti che lo popolano: l'individuo privato, lo Stato e la società.

Chiarito il primo equivoco, nel quale per la verità è difficile cadere se si comprende la filosofia sottesa al concetto di "comune", la dimensione "sistematica" di quest'ultimo dà il via ad un secondo "equivoco", nel quale si potrebbe cadere. Qui la questione, al contrario della precedente, è infatti più spinosa, fino al punto

[5] S. Rodotà, *Postfazione*, in M.R. Marella, *op.cit.*, p. 329.

che quello che Rodotà considera un "equivoco", da un altro punto di vista potrebbe essere interpretato, invece, come un dato logicamente coerente proprio con la concettualizzazione antropologica del "comune".

Rodotà mostra l'"equivoco" in questi termini: "La rilevanza e la tutela dei beni comuni deriverebbero da una loro natura, da una essenza che li caratterizzerebbe al di là delle contingenze. Ma il loro affiorare imperioso e pervasivo non può fare astrazione dalla storia e dai suoi movimenti"[6]. Il "bene comune" – sintetizzo il pensiero di Rodotà - nasce dalle "violazioni" che il sistema proprietario determina nella condizione umana, facendo nascere l'esigenza di una costituzionalizzazione di diritti fondamentali come garanzia di riconoscimento stabile dell'endiadi *bisogno – interesse*. Garanzia giuridica, che consente di differenziare le diverse tipologie di "beni", sì da assicurare loro una adeguata tutela, nel senso di storicamente e culturalmente "concreta".

Il riferimento alla "natura" nella prospettiva di Rodotà trae in inganno. Infatti, "un 'naturale' punto unificante non può essere ritrovato neppure in un generico riferimento alla persona e alle sue esigenze, poiché anche queste, al di là di un altrettanto generico riferimento alla sopravvivenza, sono strettamente legate alla loro costruzione culturale e istituzionale, al loro trasferimento dal mondo indeterminato dei bisogni a quello esigente dei diritti fondamentali". E prosegue legando il bene comune ad una loro essenza o natura, nelle apparenze si dà ad esso una più sicura fondazione, nella sostanza si introduce un vincolo che può rendere ardua la qualificazione come bene comune di ciò che è il frutto della cultura e della storia, non di una visione metafisica"[7].

---

[6] *Ivi*, p. 328.
[7] *Ibidem*.

Mi limito ad alcune osservazioni non per il "gusto di contraddire", ma unicamente al fine di aprire altre possibilità di ragionamento, soprattutto in relazione al prosieguo del mio lavoro.

In primo luogo, proprio tenendo conto di quanto Rodotà afferma circa la necessità di differenziare in specifiche tipologie la categoria in oggetto, osserverei che la concretezza storico-culturale vale come criterio interpretativo per alcuni bisogni – esigenze – interessi, come quelli dipendenti dalla diffusione e fruizione sociale dei prodotti della conoscenza. Questione scottante, nella dialettica tra egoismi individualistici e necessità solidaristiche.

Per l'acqua - bene comune credo che le cose stiano diversamente, nel senso che l'interpretazione storico-culturale non mi sembra capace di coglierne il legame con l'origine stessa della vita e, di conseguenza, la sua appartenenza al senso stesso dell'esistenza.

Chi ha negli occhi le immagini di Sebastião Salgado, così come appaiono nel film di Wim Wenders "Il sale della Terra", forse riesce a comprendere come la loro crudezza vada oltre ogni descrizione letteraria e soprattutto sia oltre ogni dimensione storico-culturale. Quelle immagini mostrano un mondo umano che è al di là o al di qua, non so…fuori insomma, da ogni riferimento a "diritti fondamentali" e da ogni formalizzazione giuridica e politica. In quelle immagini appare tutta la crudeltà dell'esistenza di intere popolazioni, quando cibo e acqua sono una risorsa non scarsa, ma pressoché inesistente.

E' a partire da qui, da constatazioni di questo tipo, che il passaggio alle "categorie" interpretative può assumere strade diverse.

Il modello di ragionamento proprio di Rodotà è strettamente "storicistico"; rispetto a questo, parole come "natura" ed "essenza", cui – ovviamente - si aggiunge, come egli stesso aggiunge, "metafisica", evocano quel contesto "razionalistico" che sul piano della "filosofia pratica", cioè sul piano "assiologico"

anche spicciolo e quotidiano, ha indotto nella storia della cultura europea concezioni dogmatiche.

L'antitesi *Storia – Metafisica*, sebbene ancora valida, anche se parzialmente, fino a buona parte del Novecento, mi appare limitata nella sua capacità interpretativa, oggi, in un tempo, nel quale si va scoprendo l'inedita complessità di quella che un tempo si chiamava "natura" e si scandagliano le relazioni tra la "mente" e le strutture della "materia", fino a sottolineare le relazioni tra l'attuale fisica quantistica e le conoscenze dell'antichità tramandate dalla filosofia di Democrito o dai versi di Lucrezio[8].

Affrontare perciò il concetto di acqua - bene comune in termini di struttura esistenziale, in quanto "bene" che non solo rende possibile la vita in senso strettamente biologico e organico, ma, proprio per questo suo legame con la vita, appartiene al *senso dell'esistenza* (ed il film di Wenders – Salgado sopra ricordato lo fa percepire con gli occhi), non significa svolgere in ragionamento ipotecato da un impronta essenzialistico – metafisica. Almeno nel senso che i due termini hanno ricevuto dalla *vulgata* razionalistica, senza tener conto, così facendo, del ruolo "teoretico" che questi due termini hanno svolto, più ampiamente, nella costruzione del modello di pensiero razionalistico della "modernità", certamente con le sue *ombre dogmatiche* ma anche con importantissime *luci critiche*.

Ma non è questo il luogo per affrontare un questione strettamente filosofica; vi ho accennato al solo scopo di circoscrivere la portata della interpretazione di Rodotà[9] e poter dire, da parte mia, che le filosofie del '900, non più sistematiche, come le filosofie fenomenologiche e quelle che a vario titolo possono definirsi dell'

---

[8] Cfr. il testo di gradevolissima lettura di C. Rovelli, *La realtà non è come ci appare. La struttura elementare delle cose*, Cortina, Milano 2014, p. 17 e ss.

[9] D'altra parte egli stesso sembra cogliere un profilo ulteriore, che definirei senz'altro esistenziale, quando scrive: "Ma i beni comuni si distendono anche in una dimensione più larga dove, accanto al riferimento ai diritti fondamentali, compare quello di una governo del cambiamento inteso come salvaguardia dell'ecosistema e della stessa sopravvivenza dell'umanità" (*Ivi*, p. 326).

"esistenza", compresi alcuni approcci empiristici alla Habermas, possono dar luogo ad altre riflessioni. In particolare, diventa possibile interpretare il concetto di "bene" come qualcosa che appartiene al senso stesso dell'esistere al mondo, inteso quest'ultimo secondo quel profilo "strutturale", che viene prima di una qualsiasi determinazione storico - culturale e che, proprio perciò, ne costituisce l'orientamento in senso pratico, politico e giuridico.

E qui non centra alcuna forma di "cognitivismo assiologico", come sarebbe tentato di affermare un "non cognitivista" vecchia maniera. Si tratta, invece, della legittimità teoretica di forme di ragionamento che muovono dall'esperienza empirica per compiere un percorso di astrazione critica e, quindi, individuare forme costanti. Si passa, così, dall'empirico della *vita* alla *esistenza* come dato originario, che identifica l'intero sistema vitale, per interrogarci quindi sulla sua capacità di inviare "messaggi" che poi sta all'uomo decodificare, interpretare e manipolare.

3. L'acqua tra "Cielo" e "Terra"

E' esattamente ciò, che intorno all'acqua, ha fatto il mondo antico. Un mondo, nel quale la cultura umana praticava un sapere che distingueva "scienza" da "sapienza" e "τεχνή" da "filosofia"; un mondo nel quale "Cielo" e "Terra" erano in continuità, in cui tuttavia il senso del mistero e dell'indeterminabile umano era un aspetto decisivo per ogni interrogazione, che, orfana di una risposta, induceva solo a nuove e "tragiche" domande. Da questo intreccio di umana esperienza, domanda e mistero nasce il concetto di "senso", inteso in primo luogo proprio come interrogazione sulla *direzione* delle "cose", del vivere in generale come *vita* mia e di ogni vivente.

Il pensiero antico intorno all'Acqua[10] rappresenta un aspetto di questa ricchezza interpretativa della esistenza, che pur nella diversità delle culture, segue, come cercherò di mostrare, tratti del tutto comuni, a conferma che un'analisi culturale conduce a risultati trans-culturali, che possono definirsi *esistenzialmente strutturali*.

Una lettura esistenziale, quale quella che propongo, ha la caratteristica di essere non indifferente al "giuridico" (in senso lato, si intende), ma di precederlo ed accompagnarlo, in virtù di quel profilo che Mircea Eliade nel suo *Trattato sulle religioni*[11] sottolinea: il significato simbolico che ogni cultura, da quella indiana a quella cristiana, passando per altre che mostrerò, scopre nell'Acqua. Significato simbolico che non proviene da una dimensione surrettiziamente metafisica, quanto dallo scoprire, con l'esperienza, nelle caratteristiche fisiche dell'acqua la sua intrinseca appartenenza alla vita. Essa contiene quei germi che "fecondano la terra, gli animali, le donne". Dunque, origine e procreazione.

Vi è poi anche una ragione che definirei "epistemologica", per la quale l'acqua è un dato esistenziale e pre-giuridico. La ragione è che il simbolismo che essa esprime implica uno sguardo che si può definire "comprendente"; uno sguardo, cioè, che afferra il fenomeno in un *tutt'uno*, dove i suoi effetti vitali si trasformano in significati spirituali l'esistenza umana[12]. Un tale sguardo esclude da sé un'operazione analitica di differenziazione filosofico-intellettualistica tra materia fenomenica ed "essenza", e non si cimenta nell'esame di specifici ambiti di rilevanza, quali possono essere quello fisico-biologico, quello storico-culturale, quello socio-politico e giuridico.

---

[10] Quando il termine "acqua" evoca un orizzonte "metafisico" uso deliberatamente la *A* maiuscola.

[11] *Ivi*, p.169

[12] Attorno al legame tra spirito e simbolo, così come trattato da Jung, svolge opportune sottolineature, soprattutto se rapportate alla mentalità odierna, Elena Caramazza, introducendo e curando editorialmente un ciclo di conferenze tenute da C.G. Jung a Basilea nel 1934 (*Introduzione alla psicologia analitica*, Moretti e Vitali, Bergamo 2015, Prefazione, in part. pp.14 – 17).

Il simbolico è ciò che epistemologicamente può correttamente definirsi "meta-fisico", poiché è quell'*immateriale* che mostra, "ostenta", la pienezza antropologica di quel *materiale* di cui è fatta l'esistenza umana.

La manifestazione più chiara della pienezza antropologica che scaturisce dal simbolismo dell'acqua è il "diluvio", che rappresenta il lavacro dell'umanità corrotta, ma anche la sua rinascita in una nuova luce.

L'acqua del diluvio chiama in causa la ciclicità della Luna: morte e resurrezione secondo un divenire ritmico e ciclico. Il mondo "premoderno", non solo quello indiano o greco, ma anche quello ebraico-cristiano, fino al passaggio compiuto dall'Occidente cristiano verso il razionalismo cosiddetto "moderno", conosce un divenire ciclico, che va dalla nascita alla morte ed alla rinascita, dove il *materiale* della vita, in tutte le sue molteplici forme, non si differenzia dall'elemento significante, che è esclusivamente *immateriale*. La Terra si confonde con il Cielo[13]; il legame Acqua – Luna, ciclico e ritmico, è il simbolo di una *meta-fisica* fusione.

Terre nuove e Cieli nuovi: Diluvio e Rigenerazione.

L'Acqua, che scorre nella terra, che la cultura sumerica consacra ne l' *Inno alla zappa*[14], appare come elemento generativo originario, che entra nella creazione. Qui la Terra fa sentire tutto il suo intimo coniugarsi al Cielo, secondo il profilo della separazione tra acque inferiori e acque superiori, che è comune ad altre tradizioni: il diluvio, appunto, ed il separarsi, da quelle superiori, delle acque inferiori, cui segue il loro radunarsi ed il formarsi dei mari, dei laghi dei fiumi.

---

[13] Su questi temi, e sulla loro presenza come tratto comune alle più diverse culture e quindi capaci di coglierne gli aspetti unificanti, cfr. un testo nel suo genere "classico": G.de Santillana, H. von Dechend, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi, Milano 2009[5], in part. pp. 312 – 321.

[14] Cfr., su questo punto, S. Anthonioz, *L'eau, enjeux politiques e théologiques de Sumer à la Bible*, Brill, Leyden 2009, p. 415.

Vi è un secondo elemento costitutivo, cui la forza generativa è strettamente legata: la *parola*. Questa notazione ci conduce direttamente alla tradizione biblica (Gen. 1, 6 – 10 e Isaia 35, 6 -8), propria di una terra prossima a quella sumero-babilonese.

Il senso simbolico affidato alla metafora acquatica lo si coglie agevolmente se lo si inquadra nel di Isaia 36, parlando del Popolo d'Israele, mostra come la sua rinascita materiale non sia altro che una manifestazione tangibile di una nuova forza spirituale che lo pervade, poiché quel popolo vedrà la gloria e lo splendore del Signore.

Il testo di Isaia è particolarmente importante, poiché, come è noto, è il profeta cui fa riferimento Marco (1, 3) quando racconta l'inizio della missione di Giovanni il Battista. Al di là delle questioni interpretative del testo profetico, il punto è il seguente**.**

L'Acqua appare come un "bene" dal significato che in questo contesto potremmo definire "ontologico – esistenziale". Significato che acquista ulteriore potenza se si aggiungono altri due brani del testo di Isaia, nei quali emerge il rapporto con il *tempo futuro*, sia sotto il profilo della redenzione dal peccato, sia sotto quello dell'avvento di un mondo radicalmente nuovo, segnato dalla pace fra le creature e dalla giustizia. E' la profezia interpretabile come annuncio del Messia

Nel messaggio di Isaia l'Acqua riceve una duplice caratterizzazione, capace di farne assumere il significato metaforico di *bene*, inteso, come ho già sottolineato, in senso ontologico - esistenziale.

La prima caratterizzazione ne mette in luce l'aspetto costitutivo: la fondazione del Popolo di Israele appartiene, in un certo senso, alla stessa creazione della Terra da parte del Signore. E proprio il profilo costitutivo, pur avendo come destinatario il Popolo di Israele, non ha come oggetto il solo profilo socio-politico (che pure non è secondario), ma assume una configurazione decisamente

antropologico esistenziale, in virtù del riferimento fondamentale alla purificazione dal peccato ed all'avvento di un "virgulto", che porterà al mondo nuovo di pace e giustizia (37, 33 – 35 *passim*).

La seconda caratterizzazione è strettamente legata alla precedente. Si tratta del tema del lavacro spirituale e della purificazione dal peccato. L'Acqua, allora, non va intesa come uno strumento meccanico che lava il corpo e, quasi di conseguenza, anche lo spirito ne beneficia. Credo che l'immagine debba intendersi in modo più complesso, meno "razionale" e più "patetico".

Il punto è che nella visione profetica il materiale e l'immateriale si compenetrano; come Terra e Popolo sono un tutt'uno, nel quale non sono separabili l'elemento geografico e socio – politico da quello spirituale, così sul piano del singolo uomo e della società composta dalla singolarità di ciascuno, la materialità del corpo non è significativa se non attraverso la sua costituzione spirituale, che consiste nella consapevolezza di essere "creature" del Signore.

In un tale contesto, l'Acqua è, dunque, la metafora della coappartenenza di materiale e immateriale; essa *non è strumento di purificazione*, ma è *essa stessa la purificazione*. In questo senso ho insistito, nelle righe che precedono, sull'Acqua come simbolo di un "bene" in senso ontologico – esistenziale.

Per quanto si tratti di una tematica culturalmente affascinante, che ci fa toccare "con mano", o meglio "con la testa", la ricchezza di un mondo tanto lontano dal nostro dal punto di vista della sua capacità simbolica, metaforica, in una parola, *speculativa*, non è questo tuttavia il luogo per un suo approfondimento.

Conviene, invece, richiamare un altro testo biblico, significativo anche per una sua eventuale, oggettivamente possibile, interpretazione messianica e nel quale quel profilo materiale "popolo –terra" e quello immateriale della "purificazione – rinascita" emergono con particolare forza, attraverso la figura del sacerdozio, che

non si esaurisce nella casta dei Leviti, ma è ciò che costituisce ogni singolo membro del popolo.

Si tratta di Ezechiele (47, 1 e ss.), dove l'Acqua appartiene alla struttura stessa del Tempio, poiché è dentro le sue stesse fondamenta. Rispetto al testo di Isaia, in questo la figura del Signore svolge un ruolo, che potrei definire più visibilmente "fondativo" dal punto di vista dell'organizzazione sociale e della struttura politica.

Ma il 47 è successivo al 36, nel quale si rammenta che l'infedeltà del Popolo d'Israele ha insozzato la terra da lui abitata; sono parole, quelle si possono leggere, che non hanno bisogno di sottolineature, tanto è evidente l'"impasto" di elementi "creaturali" con quelli legati alle vicende storiche e dove i lavacri, in quanto atti materiali, sono la via per la purificazione dal peccato (36, 14 – 28 *passim*).

Con questa premessa, troviamo poi il 47, dove Dio, per bocca del Profeta, disegna una vera e propria antropologia israelitica, che si struttura attorno al Tempio ed ha il suo cardine nel sacerdozio e nei riti che confermano la fedeltà a Dio del Suo popolo. In particolare, vi è disegnata minutamente la funzione sacerdotale e la sua ritualità, la spartizione della terra e la funzione ed il potere del principe con l'ampiezza dei suoi possedimenti.

Ancora una volta l'Acqua è la sostanza, non lo strumento, che riempie di significato spirituale la vicenda del popolo e che, proprio in virtù di un tale significato, si proietta nel mondo futuro.

L'Acqua, in quanto simbolo di purificazione e di rinascita, meglio: di rinascita, in quanto sostanza purificatrice, annuncia in qualche misura il destino messianico che appartiene alla storia del popolo (47, 1, 8 – 10 *passim*).

Il territorio dove avanza quel fiume, il territorio della Galilea, è quello ove Giovanni racconta l'avvento di Gesù e la storia del suo transito terreno.

Il 6 è un capitolo - chiave di quel Vangelo: in esso si manifesta la missione salvifica di Gesù sotto due profili. Il primo, è il tema della "ricerca" che l'uomo assetato svolge per placare la sua sete; a qualche commentatore il termine *άρτος* ("pane")[15] sembra essere solo una variante di *ύδορ* (acqua) in quanto atto di fede in Lui; il secondo mette in luce il tema della "grazia", poiché il credere in Lui dipende unicamente dalla luce che il Padre infonde al credente.

Qui la lettura si fa complessa dal punto di vista teologico, basti tener presente il significato dell'espressione Εγώ ειμί, che ha una valenza identitaria analoga al veterotestamentario YHWH. Ciò che in questa sede, tuttavia, interessa è che il tema della sete, che è un tutt'uno con quello della fame, rinvia alla grazia dispensata dal Padre[16].

Ciò che mi preme mettere in luce, ancora una volta, è che l'Acqua, come il Pane, non sono *mezzi* per dissetare e sfamare, ma sono, per un certo verso, "segni" di una potenza miracolosa (la moltiplicazione dei pani), per altro verso, metafore, che lo stesso Gesù utilizza per significare il senso della sua missione (6, 35 – 38 *passim*). Quindi l'Acqua e il Pane sono il Cristo stesso, in quanto operano come un'energia purificatrice e salvifica che Gesù possiede in quanto datagli dal Padre per realizzare la sua missione[17].

---

[15] Al tema del nesso pane – spirito dedica pagine ricchissime di tagli di lettura S. Petrosino, *Pane e spirito*, cit.

[16] Per un'analisi approfondita della ricchezza "evangelica" di questo tema, sia sotto il profilo teologico-teoretico, sia sotto quello linguistico, sia sotto quello critico-bibliografico, rinvio a A.M. Lupo, CP, *La Sete, l'Acqua, lo Spirito. Studio esegetico e teologico sulla connessione dei termini negli scritti giovannei*, Analecta Gregoriana, Pontificia Università Gregoriana, Roma 2003, p. 57 e ss. In part., con riferimento al significato cristologico del 6, 35, cfr. p.79 e ss.

[17] Cfr. ancora S. Petrosino, *Pane e spirito*, cit., del quale è opportuno ricordare le parole impresse nella quarta di copertina, per la loro incisività: "Non si tratta di opporre il pane allo spirito ma neppure lo spirito al pane; bisogna piuttosto riconoscere e vivere il pane come segno dello spirito e lo spirito come urgenza della condivisione del pane. L'uomo è l'aperto, talmente aperto da riuscire ad arrivare fino alla bocca dell'altro. Da questo punto di vista la carità è forse la forma antropologicamente più aperta di apertura, forse essa è il solo luogo all'interno del quale lo stesso pane, nella mano che lo porta alla bocca dell'altro, si trova trasformato in spirito. Forse l'uomo è un essere spirituale proprio perché sa rispondere al bisogno materiale dell'altro uomo.

A conferma della omologia tra il "pane" e l' "acqua", nei loro significati metaforici, basti ricordare le fin troppo note parole di Gesù in 7, 37 – 38: "Chi ha sete venga a me e beva chi crede in me; come dice la scrittura: fiumi d'acqua viva sgorgheranno dal suo seno".

Nel vangelo di Giovanni emerge con chiarezza un altro profilo legato all'Acqua; non solo vista come simbolo della potenza salvifica del Cristo, ma anche segno dell'indigenza umana. Essa è la risposta a quella arsura dello spirito che nasce dalla lontananza da Dio; è ciò che placa la "sete", che spinge l'uomo a cercarLo: "τί ζητεῖτε?". E' un verbo dal significato potente nel Vangelo di Giovanni, poiché esso ricorre ogni qual volta la ricerca lega l'uomo alla figura di Gesù, dalla Maddalena all'orto degli ulivi. E attraverso questa ricerca si conferma la divinità della figura del Cristo. Vale la pena di ricordare anche, in questa chiave, le parole che Gesù rivolge alla Samaritana, sicuramente stupita dell'attenzione ricevuta da un giudeo (4, 10 – 15 *passim*).

4. Qualche ragionamento conclusivo

Credo di aver reso in modo sufficientemente chiaro e convincente cosa rappresenti l'acqua nel pensiero antico; per quel pensiero che si formò e visse nel bacino del Mediterraneo attorno al mondo che condusse all'avvento del Cristianesimo, da quello sumerico e babilonese a quello ebraico - profetico.

Essa rappresenta sicuramente *un bene*.

E' su tale affermazione che intendo proporre qualche riflessione.

Porre un interrogativo come avvio del ragionamento può essere un modo per entrare, fin da subito, dentro la questione. La qualificazione di "bene" riferita

---

Forse la spiritualità di quell'essere spirituale che è l'uomo rivela il suo ultimo volto proprio nel pane spezzato e condiviso con l'altro. Forse la carità è l'umanità stessa dell'umano".

all'acqua ha una valenza epistemologica di tipo descrittivo o è un'attribuzione di valore? La questione è tutta raccolta nelle risposte che si possono dare all'interrogativo; risposte dal contenuto diverso, ma, questo è il punto, entrambe possibili, per la ragione che la loro diversità deriva da differenti modelli di pensiero che sono, a loro volta, il prodotto di differenti *formae mentis*.

Quell'interrogativo, articolato nell'alternativa epistemologica "bene" in senso descrittivo o valoriale, può tradursi, secondo un linguaggio abbastanza comune, in due termini: "oggettivo", che rinvia al "descrittivo" e "soggettivo" che evoca il "valoriale".

Si tratta di una distinzione epistemologicamente scorretta, e questa notazione la si può fare se si tiene conto che ogni *forma mentis* è a sua volta il prodotto di stratificazioni "mentali" di natura ed origine diversa.

Mi spiego. Al "modello", in quanto *prodotto pensato*, si può applicare la distinzione "oggettivo" – "soggettivo"; una medesima distinzione non si può applicare, invece, a quelle variegate stratificazioni che via via vanno a configurarlo.

Queste seconde, infatti, mostrano che anche ciò che nel detto comune si definisce come "oggettivo" in realtà ha la sua origine nella rappresentazione che l'uomo, come singolo o come "insieme", si fa della propria condizione esistenziale. E' questa "rappresentazione" che dà luogo a quel materiale magmatico del quale sono formati la mentalità, il senso comune dell'uomo che vive in una determinata epoca della storia. Quindi l' "oggettività" che si riscontra nel modello non è che la stabilizzazione intellettuale di una determinata rappresentazione umana del mondo. Intendo dire che anche ciò che comunemente definiamo "oggettività" ha origine esclusivamente dal pensiero umano; dunque ha origine nella capacità di pensare del soggetto. Quindi, in senso epistemologicamente corretto, anche ciò che crediamo oggettivo dipende da una rappresentazione soggettiva del mondo.

Non è questo il luogo per ulteriori incursioni in questo campo[18]. Definire, allora, l'acqua un "bene" in senso oggettivo significa far riferimento alla rappresentazione mentale, che l'uomo antico aveva di quella "cosa" materiale, che entrava nella sua esperienza, formata da due molecole di Idrogeno ed una di Ossigeno.

Tale "idea" non solo prescindeva da un' *attribuzione* di valore; al contrario era ciò che di per sé dava significato e valore alla vita, come è emerso nella ricognizione operata nelle pagine precedenti.

L'uomo antico, come dimostrano i suoi miti e i documenti che ne testimoniano la cultura, aveva una rappresentazione del mondo dominata dall'idea misteriosa dell'*Inizio*, dell'*Origine*, che comportava una distinzione tra "Cielo" e "Terra". In tale distinzione archetipica, la Terra era in rapporto di *adeguatezza – inadeguatezza*, di *conoscenza e mistero*, di *materiale e immateriale*, di *mito e vicenda umana*, con il "Cielo". Le relazioni che ho nominato contengono una tensione tra l'"armonioso" del Cielo e la *dismisura* che inquina la natura umana, quale si manifesta nel mito di Prometeo o nel vitello d'oro della Bibbia; tensione, che costituisce la ricchezza teoretica del "modello" che può definirsi "ontologico-metafisico".

All'interno di un tale modello, che affonda le sue radici nell'umano, l'Acqua rappresenta dunque un "bene" in sé (con la *A* maiuscola), e svela proprio i significati "ontologico-metafisici" che mettono in forma l'intera vicenda dell'esistere al mondo: dalla sopravvivenza del corpo, alla purificazione dello spirito, dalla punizione del diluvio alla glorificazione del Tempio.

---

[18] Il tema è attualmente ampiamente trattato dalle neuroscienze con approdi sconvolgenti per il nostro comune modo di pensare; sicuramente, però, il termine che ho usato "rappresentazione" non è molto lontano dal sottolineare lo scarto che esiste tra il modo nel quale noi percepiamo comunemente noi stessi, il nostro ragionare, valutare, decidere e ciò che accade nel nostro cervello prima ancora di averne coscienza. A questo tema Giulio Giorello dedica pagine estremamente problematiche, avendo come punto di osservazione la categoria fondativa dell'umano: la libertà; cfr., *Libertà*, Bollati Boringhieri, Torino 2015, in part. Cap. I.

La rappresentazione del mondo ed il relativo paradigma intellettuale mutano con l'avvento della figura umano-divina di Gesù, il Cristo: è quel mutamento che fonda il pensiero "moderno", in quanto è all'origine del paradigma "razionalista".

Detto in sintesi schematica, la figura di Gesù – Cristo pone in continuità "Cielo" e "Terra". Il *senso* meta-fisico, proprio in quanto "direzione", dell'esistenza umana *viene rivelato* ad ogni uomo, nella sua singolarità; ed *ogni uomo*, nella sua singolarità, è in grado di comprenderlo (il "senso" metafisico della vita, non Dio) e di assumersene la responsabilità.

Dal punto di vista intellettuale, la questione, che attraversa prima il Medio Evo e poi la "modernità" in senso stretto, ruota attorno ad un punto centrale: come tenere assieme, in continuità tra loro, due polarità "epistemologiche", l'originario e fondante orizzonte "ontologico-metafisico" e la "mente" *terrena* della persona umana che, pur originariamente illuminata dalla Spirito Santo, va a costituire il "soggetto" come ente empirico, individuale e razionale. Percorso nel quale il piano "razionale", per la sua stessa struttura originaria, inevitabilmente diviene autosufficiente, finendo per inglobare l'orizzonte "ontologico-metafisico". Lo stesso "illuminismo" filosofico si può dire che porti a compimento, secondo il suo proprio paradigma, il messaggio che trova il suo Inizio, figurato e anche ontologico, nel tema della "Luce" proiettato dal Vangelo di Giovanni.

Per cui, l'oggettività che gli "antichi" ritenevano custodita nell'orizzonte ontologico-metafisico, la modernità la ritiene determinabile attraverso l'opera investigativa della "Ragione", dove la bipartizione "fenomeno – essenza" comprende sia l'ambito scientifico che quello antropologico teoretico. Con un'aggiunta; la scissione teoretico-epistemologica operata da Kant tra mondo empirico-fenomenico e dimensione noumenica sarà decisiva per l'epistemologia del '900.

Le questioni che ho schematicamente ricordato sono analiticamente assai complicate dal punto di vista teoretico. Qui basti sottolineare che la rappresentazione antica e medievale del mondo e quella "moderna" differiscono per il diverso peso, le diverse articolazioni e tensioni che il pensiero istituisce tra profilo "ontologico-metafisico" e profilo individuale "soggettivo".

Ne è testimone il pensiero politico e giuridico grazie al quale l'idea di "contratto", fin dal tardo medioevo e poi in misura fondativamente sistematica nella modernità, orienta il rapporto tra la "soggettività" individuale e l' "oggettività" del potere.

Per questa via si arriva a comprendere come nel contesto "moderno" l' "oggettività" sia rappresentata dal soggetto "pubblico" in contrapposizione al soggetto "privato", che si forma attraverso la sequenza *individuo – società – politica – diritto* che sfocia nell'istituto della *proprietà*.

E' in questo specifico contesto storico-culturale che l'Acqua, proprio perché connaturata all'esistenza umana, è pensabile in base a quelle medesime caratteristiche categoriali che ora individuano l'uomo: la soggettività e i suoi "diritti". In altre parole, si può istituire un percorso che accomuna la vicenda della "categoria" *soggetto* a quella dell'acqua: così come viene istituita la soggettività ed il suo diritto (il "diritto soggettivo"), l'acqua, in quanto entra nella vicenda della vita, è assorbita dalla categoria del "diritto soggettivo", che trasforma l'idea stessa di "bene". Il "bene" da categoria "oggettiva", in quanto "ontologico-metafisica", diviene produzione della soggettività e della sua affermazione giuridica.

La costituzione giuridica del bene-acqua, dipendente dall'affermarsi della categoria della *soggettività*, ne subisce poi la medesima scissione: soggettività "pubblica" e "privata". Conseguentemente, quindi, la dialettica politica e la formalizzazione giuridica, che investono tale scissione nella storia della modernità, inevitabilmente si riverberano anche sulla configurazione del bene-acqua, in quanto

oggetto del *diritto soggettivo di proprietà* oppure oggetto di *interesse pubblico* ed in questo caso sottratto alla appropriazione privata e demandato alla gestione dell'Ente pubblico per antonomasia, lo Stato.

Il dibattito attuale, al quale ho fatto un rapido cenno all'inizio di questo testo ruota ancora oggi attorno al modello giuridico e politico costituitosi con il razionalismo "moderno", nel quale l'idea di "pubblico" era ciò che traduceva in termini *laici* l'antica tradizione dell'Acqua, come bene dotato di una propria "oggettività", secondo il significato ontologico-metafisico sopra ricordato. La categoria del "pubblico", infatti, era il mezzo che la Ragione dei "moderni" aveva allestito per sottrarre il "bene" a quella appropriazione "privata", dunque soggettivamente *esclusiva*, quale si configura nell'istituto della proprietà di un bene tanto indispensabile alla vita.

Il dibattito attuale si sforza, anche, però, di trovare un via innovativa, che sganci la questione dalla alternativa "pubblico" / "privato", per condurla su di un piano che riprende l'idea antica dell'Acqua come *bene in sé*, ovviamente nei modi consentiti dalle attuali categorie intellettuali, almeno quelle che, nella ispirazione di fondo, sono ancora debitrici alla "modernità".

Nei termini attuali, tale idea può essere allora *reinterpretata* dalla categoria del "bene" *sociale*, dove la figura del "sociale" è pensata *oltre* la dicotomia classica *pubblico/privato* e, in questo senso, può essere apprezzata come il luogo ove si radicano ed hanno vigore i bisogni primari della vita, *in sé considerata*, come dato fondamentale dell'esistenza.

Rispetto alla tradizione "antica" non v'è dubbio che il "sociale" non ha alcun legame teoretico con l' "ontologico-metafisico" di quella, poiché la sua origine nella *soggettività* empirica esclude quell' "oggettività", che è correttamente riconducibile, sotto il profilo epistemologico, ad una origine "totalmente altra".

Tuttavia, la categoria del "sociale", così come entra nel dibattito attuale, sia come argomenti che come finalità, può contenere due caratteristiche. Innanzitutto quella di mettere in forma una soggettività non solo *meta*, ma anche *trans*-individualistica, sottraendola al primato di quelle categorie politiche, che, attraverso l'identificazione con la sfera "pubblica", ne circoscrivono l'identità ad un *determinato ambiente*. In secondo luogo, si può trovare nella emancipazione della soggettività "moderna" dalla dicotomia *pubblico / privato*, una inedita interpretazione del sociale alla stregua di quella soggettività in universale, che era la chiave di volta del razionalismo critico ancora una volta kantiano.

E' senz'altro un'operazione a mio avviso finalisticamente meritoria, ma praticamente e ancora teoricamente ardita, poiché deve fare i conti con quello che si presenta come l'attuale "orizzonte di senso" dell'umano. Esso è popolato dall'individuo *solo* "empirico", definito dal paradigma "pragmatista" e totalmente privo, quindi, di quella "soggettività" sicuramente empirica, ma aperta al metafisico ed allo storico, che, in vario modo, la Ragione dei "moderni" aveva cucito addosso all'ente uomo.

E' probabilmente questa la ragione che induce Rodotà ad essere scettico circa una qualificazione essenzialistica del "bene"-Acqua e ricondurre una tale qualificazione ad una configurazione più tradizionalmente tipica, quale quella di "diritto fondamentale". Se questa può essere una interpretazione possibile, allora credo che occorra sottolineare una distinzione.

La qualificazione come "diritto fondamentale" se, per un verso, è una via efficace per rispondere alla necessità di istituire una tutela reale, in termini di "azionabilità", per un diritto comune quale è l'accesso all'acqua, in quanto "bene" non suscettibile di appropriazione privata in nessun caso e sotto nessuna forma; per altro verso, trascura, e forse anche fraintende, il significato di quel profilo "esistenziale" originario, che, proprio nella sua qualificazione teoreticamente pregiuridica e prepolitica, può dar voce a quella esigenza di umanesimo integrale che

attraversa l'attuale *rivoluzione* degli assetti del pianeta, non solo dal punto di vista politico e normativo, ma anche da quelli *lato sensu* meteorologici e ambientali.

All'interno del contesto che ha ispirato questa mia riflessione e che oggi la tematizzazione socio-politica torna opportunamente mettere in luce, voglio ricordare la posizione ancora di un privatista, attento per formazione, alle implicazioni politiche del diritto moderno, Mario Barcellona: un giurista che ben comprende come il diritto sia la rappresentazione ed interpretazione dottrinaria e normativa di un mondo "culturale", che prende forma attraverso i registri intellettuali ed il "senso comune" di diverse epoche storiche.

Mario Barcellona in poche, ma efficaci righe, con gli occhiali del giurista "sensibile" (come si usa dire malamente), disegna con chiarezza lo scenario capace di interpretare l'Acqua come "bene" dell'umanità.

Nello scritto al quale mi riferisco, pensato in relazione al dibattito promosso da Maria Rosaria Marella che ho ricordato in precedenza[19], l'A. colloca la questione giuridica all'interno dell'orizzonte più ampio della "crisi dei significati nucleari della Modernità"[20].

Il punto che attraverso le parole di Mario Barcellona emerge, e che va sottolineato proprio nel contesto di una "globalizzazione" che mette in diretto contatto il mercantile e finanziario con mondi culturalmente assai disomogenei tra loro, consiste nel porre *in continuità il sociale con l'antropologico*. Continuità che ritengo sia un esercizio indispensabile della mente per la sopravvivenza dell'umano, almeno così come la cultura dell'occidente europeo lo ha coltivato, al di là delle tragedie politiche che pure lo hanno nei secoli segnato.

---

[19] M. Barcellona, *A proposito dei "beni comuni": tra diritto, politica e crisi della democrazia*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2013, p. 433 e ss.

[20] *Ivi*, p.443.

Key words: Bene, Cosa, Valore, Simbolo, Purificazione

Abstract: Water is the most important studycase in the new legal concept of "commons" ("beni comuni" in the italian legal scholarship). But its meaning, beyond the great divide "public"/"private", requires a foundation that has to be anthropological, and not only legal and political. Water satisfies a fundamental need of humanity; at the same time, it can assume the metaphysical meaning of a symbol, that links "material" and "immaterial" (Spirit), as well as the analysis of ancient cultures and mostly the reading of St. John's Gospel can show.

JusOnline n. 1/2016
ISSN 1827-7942

Massimo Paradiso

Professore ordinario di Diritto privato, Università di Catania

Il giurista e la fede*

Sommario: 1. Fede e diritto tra Rosario Livatino e Piero Calamandrei. - 2. Fede religiosa, religione civile e derive 'clericali'. - 3. Fede nel diritto e fede nella giustizia nel perenne ritorno del diritto naturale. - 4. Sul primato della coscienza.- 5. Tra giustizia, ragione e "compartecipazione del cuore".- 6. Fede, laicità e "supplemento d'anima".

1. Fede e diritto tra Rosario Livatino e Piero Calamandrei.

Questa riflessione sul rapporto tra fede e diritto – svolta nel corso di un incontro tenuto nel quadro delle iniziative dell'*Anno della fede*, e del quale mantiene il tono colloquiale – ben potrebbe essere intitolata a Rosario Livatino, il «martire della giustizia e della fede» come ebbe a definirlo Giovanni Paolo II. Proprio a *Fede e diritto* infatti, e sia pure con un taglio attento alla dimensione istituzionale del rapporto tra Stato e Chiesa, il giudice siciliano aveva intitolato una conferenza[1] tenuta pochi anni prima dell'infame attentato che ne stroncò la giovane vita.

Ed è con le parole di Livatino che vorrei iniziare questo nostro dialogo: «Contrapporre i concetti, le realtà, le entità della fede e del diritto può dare di primo acchito l'impressione, l'idea di una antinomia, di una contrapposizione teorica assolutamente inconciliabile; l'una, espressione della corda più intima dell'animo umano, dello slancio emotivo più genuino e profondo, dell'adesione più totale e incondizionata all'invisibile e, in fondo, all'irrazionale; l'altra invece frutto, il

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

[1] Si tratta della conferenza, tenuta il 30 aprile 1986 a Canicattì su invito del locale *Movimento Culturale Cristiano*, il cui testo è agevolmente reperibile su diversi siti Internet.

più squisito, della razionalità, della riflessione, della gelida e impersonale elaborazione tecnica: l'idea quindi di due aspetti della vita umana del tutto autonomi e distinti fra loro. […] Così invece non è. […] Che mondo della fede e mondo del diritto debbano avere partecipata e fattiva attenzione l'uno dell'altro ci viene significato da due massime testimonianze: tale è infatti la lettura che possiamo dare alle parole di Paolo VI, quando, nei primi degli anni '70, nel discorso tenuto ai partecipanti al Congresso internazionale di diritto canonico promosso dall'Università Cattolica di Milano (1973), ebbe fervidamente a porre l'accento sulla opportunità di una "teologia del diritto che non solo approfondisca, ma perfezioni lo sforzo già iniziato dal Concilio", così vivificando, anche sub specie juris, il *sentire cum Ecclesia*… Tale è il senso che ritroviamo, dieci anni dopo, nelle parole di Giovanni Paolo II, allorché, nel Discorso all'Unione Giuristi Cattolici del 1982, ebbe a sottolineare la necessità di valorizzare ogni forza che miri consapevolmente «all'attuazione dell'etica cristiana nella scienza giuridica, nell'attività legislativa, giudiziaria, amministrativa, in tutta la vita pubblica». Fin qui Rosario Livatino, al quale dedico, nel commosso ricordo, questo mio intervento nella speranza che si renda ancora attuale la profezia di Tertulliano: «Dal sangue dei martiri, il seme di uomini nuovi».

Ma in una prospettiva più schiettamente laica, che il termine "diritto" ci invita a coltivare, vorrei anche evocare quale nume tutelare di questo dialogo il Piero Calamandrei autore del noto saggio *Fede nel diritto*[2]; titolo, che indubbiamente testimonia di una prospettiva diversa: diversa da quella che animava il giudice Livatino nello scritto appena ricordato e nell'intera sua esistenza. È, quella di

[2] Il saggio trae origine da una conferenza tenuta alla FUCI di Firenze il 21 gennaio del 1940, ma è stato pubblicato soltanto nel 2008 da Laterza, con prefazioni di Guido Alpa, Pietro Rescigno, Gustavo Zagrebelsky e un'appendice di Silvia Calamandrei.

Alla figura e all'opera del giurista fiorentino il Consiglio Nazionale Forense ha dedicato una mostra di particolare interesse (Roma, 4-23 marzo 2013), non a caso intitolandola "*Piero Calamandrei-La Fede nel diritto-Avvocatura e Costituzione*" (in collaborazione con la Biblioteca Comunale e l'Archivio Storico Piero Calamandrei del Comune di Montepulciano).

Calamandrei, una prospettiva che evoca «la sacralità di una religione civile», per dirla con le parole di Pietro Rescigno[3], in cui traspare evidente l'aspirazione, direi quasi il culto della legalità in un'epoca in cui ombre cupe si addensavano sui diritti dell'uomo e sull'intera umanità: il saggio infatti, seppure pubblicato di recente, nel suo nucleo ispiratore originario risale agli anni '40 del secolo scorso.

Abbiamo così due prospettive diverse, seppure parallele. Certo, le parallele sono destinate a non incontrarsi mai, ma la sfida può essere quella di farle divenire non alternative bensì sinergiche o addirittura cooperative.

2. Fede religiosa, religione civile e derive 'clericali'.

Dunque possiamo, anzi: dobbiamo partire dalla diversità o almeno dalla distinzione tra fede e diritto: se il credente guarda alla cattedra, petrina o vescovile che sia, per trarne luce di verità, non gli è lecito però farne né una cattedra universitaria né uno scranno giudiziario assumendo i contenuti della fede come direttamente precettivi. Dalla tentazione, e dal rischio, delle teocrazie ci salva la parola di Cristo, là dove prescrive di *dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio* (Mt 22.21).

Ma, parallelamente, il giurista non credente, *rectius*: il giurista che creda nel diritto come "religione civile", deve guardarsi dal rischio di sacralizzare leggi e regolamenti, ponendoli su quell'altare da cui ha spodestato la dimensione trascendente. Non meno grave infatti, nella società moderna, è il pericolo che la fede intellettuale dei laici, nell'ansia di appagare l'inquietudine del cuore di cui parla S. Agostino, rimpiazzi la fede dei credenti con "principi supremi" che pallidamente evocano l'assoluto, abbandonando l'Iddio trascendente dei cristiani per l'idolo

[3] Così, P. Rescigno, *Il rifiuto del sistema normativo dei totalitarismi,* in una delle ricordate prefazioni al saggio di Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 33.

immanente della legalità[4]. Anche quest'idolo infatti, come tutti gli dèi, è un dio geloso, un dio che non ammette rivali e, dietro la maschera mite e aperta della tolleranza, cela il volto inflessibile della relatività, sotto la toga del principio di imparzialità cela la sostanza dell'indifferenza, finendo con l'emarginare gli "infedeli", coloro che credono in un dio diverso. Basterebbero a dimostrarlo, tra i tanti possibili esempi, le resistenze sempre più forti all'esposizione di simboli religiosi, le restrizioni crescenti all'obiezione di coscienza, il rifiuto di riconoscere la stessa rilevanza pubblica delle fedi religiose.

Pure, in entrambe le prospettive per così dire estreme e che ho volutamente semplificato, si fa strada un germe comune, un, dirò così, seme di speranza che ha dei tratti comuni: l'idea, e l'esigenza, di un diritto che non si appiattisca sull'esistente, di un ordinamento sociale che non si limiti a registrare lo stato di fatto presente. È, in termini semplici, l'esigenza perenne e insopprimibile della giustizia: e in essa, possiamo ben dirlo, confidano tutti i giuristi, credenti e no.

Adattando un motto antichissimo, qualcuno potrebbe dire che la giustizia è come l'araba fenice: che ci sia ciascun lo dice, cosa sia nessun lo sa. Ma questo, consentitemi, è un errore che possono commettere solo i dommatici del relativismo, coloro che, avendo relativizzato Dio, hanno assolutizzato l'uomo attribuendogli doti divine: da buoni fedeli del loro idolo pretenderebbero che l'uomo, limitato com'è, possa aspirare a conoscere tutta la verità e perciò realizzare una giustizia completa e perfetta, piuttosto che una giustizia limitata e parziale, quale, soltanto, è accessibile alla finitezza umana. Intendo riferirmi, come credo sia chiaro, alla critica corrente al diritto naturale, quella che trae argomento dalla variabilità storica del concetto di giustizia per affermare che essa è mutevole e condizionata dalle contingenze sociali ed economiche.

---

[4] Sull'«absolute relativism» che connota tanta parte del pensiero moderno, di recente, A. Nicolussi, *A "Juridical Ecology" For The Future Of Human Nature*, in *Pázmány Law Review*, 2014 (2), p. 39 ss., p. 42.

Il giurista che voglia essere autenticamente cristiano, invece, dalla fede ricava essenzialmente una certezza "metodologica": il diritto naturale è una realtà ontologica, costitutiva della condizione umana, essendo iscritto da Dio nel cuore dell'uomo; al contempo, esso non è oggetto di rivelazione diretta nelle Sacre scritture, ma va indagato e pazientemente ritrovato dall'interprete col retto uso di ragione, secondo l'insegnamento di san Tommaso.

3. Fede nel diritto e fede nella giustizia nel perenne ritorno del diritto naturale.

Non è il caso qui neppure di riassumere i termini generali del discorso sul diritto naturale, particolarmente ricchi e articolati anche nelle sue elaborazioni recenti; mi limito soltanto ai suoi termini elementari con riferimento specifico al punto appena segnalato e rammento a me stesso che l'Aquinate, nella *visione teocentrica* tipica della filosofia scolastica, inquadrò il problema nel rapporto con la legge divina da un lato e la legge umana dall'altro. La *legge divina* è rivelata direttamente da Dio tramite le Scritture; la *legge naturale* è la legge eterna scritta da Dio nell'ordine di natura ma scoperta dall'uomo con il retto uso di ragione; la *legge umana* è posta dagli uomini, in maniera storicamente variabile, e vincola in coscienza ove sia *giusta*: ove non violi cioè né la legge divina né quella naturale (e per quel tanto di essa che la ragione umana, in modo variabile nel tempo e nello spazio, è in grado di percepire).

Ed è noto altresì che è al *giusnaturalismo* del XVII secolo che si deve l'elaborazione, forse di maggiore 'successo' storico, dell'idea di diritto naturale. Anche in esso la legge di natura è legata alla ragione, ma con un essenziale mutamento di prospettiva rispetto alla filosofia scolastica. La *prospettiva antropocentrica*, emersa dall'umanesimo e dal rinascimento, indusse a vedere nella *ragione* non un semplice strumento, un *lume* per *scoprire* ciò che è già oggettivamente insito nella natura delle cose, bensì lo stesso *fondamento* di una legge che è universale e immutabile in quanto legata a un dato costante nel variare dei tempi e delle civiltà: la

natura razionale e sociale dell'uomo. In siffatta concezione, perciò, il diritto naturale è forgiato dalla stessa ragione umana, che ne è a un tempo *fonte, artefice e materia costitutiva*. Si formò così l'idea che il diritto naturale è, per se stesso e necessariamente, *universale e immutabile*, in quanto creato dalla ragione umana che è sempre uguale a se stessa.

La successiva, e facile, constatazione della variabilità storica del concetto di giustizia pose in crisi non soltanto la fiducia nella ragione – e perciò la convinzione che essa fosse strumento affidabile per fondare e costituire un diritto non storicamente condizionato – ma altresì l'idea stessa di un diritto di natura. Non è questa la concezione tomista: nel pensiero tomista la legge di natura è creata da Dio, non dall'uomo, e la ragione umana è soltanto un lume, un semplice *strumento per scoprire* ciò che è già oggettivamente insito nella natura delle cose. Se volessimo ricorrere a un'immagine, potremmo dire che per il giusnaturalismo illuminista la legge naturale è una "invenzione" dell'uomo, per il cristiano è piuttosto (il frutto di) una "scoperta".

Ma, a ben vedere, quella di san Tommaso è concezione perenne e patrimonio comune di tutti i giuristi, che affiora in ambiti e climi culturali diversi: ad es. là dove la cultura giuridica romana – per tacere naturalmente del ruolo vivificante dello jus gentium – rinveniva una vis attractiva della vecchia sulla nuova legge (atteso che «posteriores leges ad priores pertinent»: D. 1,3, 26-28), e là dove ci si interrogava sulla stessa possibilità di una vera e propria "abrogazione" della legge[5]. E che altro significa in ultima analisi, in diverso contesto giuridico e culturale, il principio dello *stare decisis*, il vincolo del precedente giudiziario, se non continuità con il pensiero dei

[5] È il Suarez che si chiede «quomodo sit possibilis valida et iusta abrogatio legis: nam si lex, quae supponitur, non est iusta, nec utilis, ablatio eius non est abrogatio juris, sed facti, vel potius declaratio nullitatis legis; si vero sit iusta, abrogatio erit iniqua. Quid enim magis iniquum, quam legem iustam et utilem abolere? Ergo consequenter etiam erit invalida; nam sicut lex iniusta non est lex, ita abrogatio iniusta nocere non debet communi bono, cum sit ex potestate data ad aedificationem, non ad distructionem»: *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, lib. VI, XXV, in *Opera omnia*, V, Vives, Parigi 1856, p. 118.

giuristi medievali che, nelle parole di P. Stein, operavano «in the belief that what they are making is good, old law, not indeed expressly handed-down, but tacitly existent», sicchè essi «do not… create the law; they discover it»?[6].

In tal modo si concilia l'affermazione del carattere universale e perenne del diritto di natura con la constatazione della variabilità, nel tempo e nello spazio, delle concezioni sui contenuti e i precetti di tale diritto: non è questo che muta; è piuttosto l'uomo che affina la sua vista e scopre aspetti che in precedenza gli erano rimasti oscuri o ignoti. Come nel campo delle scienze naturali si susseguono nuove scoperte che ampliano le conoscenze, ed anzi talora smentiscono o contraddicono le acquisizioni precedenti, analogamente avviene con riguardo al diritto naturale. E qui niente di strano: già con riguardo a ben altra materia nostro Signore ci aveva avvertito: «Molte cose ho ancora da dirvi, ma per il momento non siete capaci di portarne il peso. Quando però verrà lo Spirito di verità, egli vi guiderà alla verità tutta intera» (Gv 16, 12-13). In altre parole, se pure la rivelazione è completa, completa non è la nostra comprensione della sua inesauribile ricchezza: come sorprendersi dunque se un compito analogo attende il credente – e in genere tutti gli uomini di buona volontà – in ordine a una materia "immanente" come l'ordine sociale? Già san Tommaso del resto aveva precisato che l'indagine sul diritto naturale richiede un *retto uso di ragione illuminata dalla fede*.

Uso *corretto*, in primo luogo, perché è noto che le passioni fanno velo all'intelligenza e intorbidano la vista: sono come delle fette di prosciutto sugli occhi. E dunque una vita limpida, per quanto è dato a ciascuno, è precondizione per poter vedere. E anche qui abbiamo il conforto diretto della parola di Dio: «se *persevererete* nei miei insegnamenti conoscerete la verità, e la verità di farà liberi» (Gv 8, 31-32): la

---

[6] P. Stein, *Regulae Iuris from juristic Rules to legal Maxims*, Edinburgh, 1966, p. 16. Per tali riferimenti, nel quadro di una riflessione sul pensiero di un giurista che ben ha saputo unire fede trascendente e fede nel diritto, A. Donati, *La filosofia del diritto di Antonio Palazzo*, in *Giuristi dell'Università di Perugia,*a cura di F. Treggiari, Aracne Editrice, Roma 2010, p. 197 ss., spec. p. 220.

verità infatti, come anche dirò in seguito, non si conosce solo con un atto intellettivo ma con la condotta di vita, non si conosce solo con la mente ma anche con il cuore.

Luce della fede, in secondo luogo: questa però affianca e non sostituisce l'opera della ragione, che rimane lo strumento conveniente e appropriato. La fede, possiamo forse dire, si limita qui a porre dei paletti, a segnare dei limiti, dando certezza sui confini da non valicare: così, ad es., quando indica l'uomo come fine e non come mezzo, quando vieta di fare il male fosse pure a fin di bene, quando afferma l'eguale dignità di tutti gli esseri umani, secondo l'insegnamento anche recente della *Fides et ratio*. Vero è comunque – e questo non bisogna dimenticarlo – che tali fini e confini vanno poi razionalmente argomentati, pena l'incomunicabilità e il rischio di cadere nel fideismo o nel clericalismo.

Si comprende allora come il diritto naturale non è un blocco granitico, irreformabile e già dato una volta per tutte alla conoscenza umana: è piuttosto un processo, sempre in divenire, sulla via di tale conoscenza; una conoscenza perciò, come del resto già la Chiesa, *semper reformanda*. E si comprende poi che, lungo la storia umana, non è detto debba darsi sempre un progresso, un affinamento: ben può aversi un regresso, una caduta nelle tenebre, come testimonia tanta parte della storia moderna e l'esperienza contemporanea di tanti, pretesi "diritti civili", che spacciano per legittime pretese desideri individuali che soffocano la libertà e talora la stessa vita altrui.

Si comprende allora come la "crisi" odierna dell'idea del diritto naturale sia una crisi di secondo grado, derivata dalla sfiducia moderna nelle capacità della ragione umana, ma il punto può essere soltanto accennato perché ci condurrebbe lontano. Qui mi limito a ricordare che, pur se problematica sul piano teoretico, la questione della giustizia si riaffaccia prepotentemente nell'applicazione quotidiana del diritto: trova spazio nell'interpretazione delle leggi e nel margine che essa lascia all'interprete, ma è sottesa altresì alle leggi positive, ad es. là dove si parla di

«*riconoscimento*» *dei «diritti inviolabili* dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.).

Grande impulso comunque va acquistando la dottrina del diritto naturale dal crescente sviluppo del *diritto sovrastatuale*, comunitario e internazionale: in esso invero emerge una generale tendenza a vagliare il rispetto dei diritti inviolabili della persona da parte degli ordinamenti nazionali fondandosi sui «principi e le tradizioni comuni» ai diversi paesi. In particolare, le corti europee di giustizia hanno più volte giudicato illegittime talune restrizioni ai diritti fondamentali, sancite da norme di diritto positivo, in quanto contrastanti col canone della «ragionevolezza». E credo sia una apertura da non trascurare pur se, a dirla tutta, a me sembra che la ragionevolezza sia la veste, dimessa e pragmatica, sotto la quale soltanto oggi ardisce presentarsi in pubblico la «ragione» di cui s'è detto, raggelata dalle tante correnti relativiste del nostro tempo; in concreto, essa finisce col porre alla base delle decisioni la regola del *bilanciamento* tra tutti gli interessi in conflitto: criterio, in sé non "irragionevole", ma certo non di assoluta coerenza con l'idea della salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo.

E se il dibattito sui fondamenti teoretici del diritto naturale rimane aperto, non è meno vero che attualmente sussiste un generale riconoscimento che individua nella *dignità e nel valore della persona umana*[7] non solo il fondamento «inviolabile» dei diritti della persona, e perciò un argine esterno all'arbitrio del legislatore, ma anche una positiva indicazione di principio che orienti la legge a una sua sempre maggiore tutela e promozione, configurando così l'istanza di giustizia (almeno) come irrinunciabile esigenza di ogni umano diritto.

4. Sul primato della coscienza.

[7] Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, § 1700 ss.

Ma è tempo di riportare il discorso generale sulla giustizia nei binari che segnano più direttamente il nostro dialogo e, a questo fine, soccorrono le parole esemplari di Gaetano Lo Castro, là dove parla della giustizia come di un «criterio superiore e ultimo di valutazione, sia del comportamento dell'uomo sia della giuridicità della norma, … alla luce del quale vivere la tensione dialettica fra l'uomo e l'autorità che pone la norma; [tensione], costitutiva della realtà umana, e quindi del suo divenire storico»: un obiettivo, in definitiva, «per la cui affermazione l'uomo può disattendere la stessa disciplina della Chiesa di Roma»[8].

E se qualche credente nutrisse perplessità su una giustizia per la cui affermazione l'uomo può disattendere le disposizioni di una legittima autorità, basti rammentare che si tratta di dottrina ufficiale della Chiesa[9] e richiamare poi quanto ebbe a dire il card. Newman in ordine alla scelta del destinatario di un suo brindisi: «[brinderei] al Papa, certo; ma prima ancora alla mia *coscienza*»[10]: parole, riprese anche di recente da Benedetto XVI[11], in piena armonia con quanto sancito nella Dichiarazione *Dignitatis humanae*, § 3 e 11, del Concilio Vaticano II[12]. Il punto però è delicato e rischia di ingenerare equivoci. Nei limiti in cui può essere contenuto in poche parole, dirò anzitutto che la coscienza è *giudice, non legislatore*: e cioè deve soltanto applicare le norme e non crearsene di nuove, e magari di più accomodanti. In secondo luogo, è giudice sì, ma di ultima istanza e in quelli che si dicono "casi di coscienza", casi dubbi, casi nei quali si prospetta magari un "conflitto o concorso di norme" per dirla con linguaggio giuridico. Giudice di primo grado, lasciatemi dire così, sarà il confessore; giudice d'appello il direttore spirituale e solo alla fine – dopo essersi convenientemente documentati e consultati, dopo aver pregato e meditato –

---

[8] G. Lo Castro, *L'uomo e la norma*, ora in *Il mistero del diritto*, III, Giappichelli, Torino 2012, p. 44.

[9] Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, § 1776 ss.

[10] Lettera al Duca di Norfolk, riportata in *John Henry Newman. La coscienza*, in *Opere*, a cura di Giovanni Velocci, Jaca Book, Milano 1999, pp. 53-55.

[11] J. Ratzinger, *Discorso nel centenario della morte del Card. John H. Newman* (28 aprile 1990).

[12] E v. sul punto, con ampio sviluppo, Lo Castro, *Legge e coscienza*, ora in *Il mistero del diritto*, cit., p. 47 ss., spec. 74 s.

si potranno e dovranno seguire i dettami della propria coscienza. Farò solo un esempio: san Pio da Pietrelcina rifiutò di stornare – e fors'anche solo di prestare – le somme raccolte per la Casa della Divina Provvidenza per sovvenire alle drammatiche condizioni finanziarie in cui si venne a trovare il suo Ordine religioso, così non prestando obbedienza ai superiori gerarchici e ascoltando invece la sua coscienza.

5. Tra giustizia, ragione e "compartecipazione del cuore".

Tanto più allora si rivela necessario che anche i giuristi non credenti continuino a coltivare quel seme di speranza di cui ho detto più sopra, che non abbandonino almeno l'idea della giustizia come esigenza insopprimibile del mestiere di uomo. E qui vorrei trarre nuovamente spunto da Calamandrei, da una frase che egli pone in apertura del suo celebre "*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*"[13]: «Per trovare la giustizia, bisogna esserle fedeli: essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi ci crede». È evidente qui quella «sacralità della religione civile» di cui parla Pietro Rescigno proprio a proposito dello spirito con cui il giurista fiorentino affrontava la questione dell'argine che i giuristi possono porre all'invadenza di un ordinamento positivo che restringe gli spazi di libertà e di garanzia per gli esseri umani, tanto che allo «scoramento e disorientamento» generati da questa invadenza, è necessario reagire con «energia e fede», con una rinnovata «lotta per il diritto» che alle ragioni della forza contrapponga sì la forza della ragione, ma altresì «la coscienza morale, la fede in certi insopprimibili valori umani, l'aspirazione verso la bontà e verso la pietà»[14].

Ecco: proprio il riferimento, in qualche modo sorprendente, alla *bontà* e alla *pietà* testimonia che anche in una visione "laica" – non direttamente orientata da una fede religiosa – il giurista non può farsi guidare soltanto dalla ragione, da una tecnica

---

[13] Il libro, pubblicato nel 1935 a Firenze, ha avuto numerose edizioni e diverse ristampe, l'ultima delle quali è la sesta, del 2009, per la Casa editrice Ponte alle Grazie.

[14] *Fede nel diritto*, cit., pag. 95.

ermeneutica che pur consideri, accanto ai testi normativi, contesto storico, sociale, economico, delle questioni sottoposte al suo esame. Vi deve concorrere anche quella compartecipazione del cuore che sola è in grado di valutare e di com-prendere – anche nel senso letterale di prendere dentro di sé – la dimensione umana integrale dei problemi e dei conflitti sociali. L'opera del giurista, infatti, non si esaurisce in una formale, asettica operazione logica, ma si caratterizza piuttosto per essere un giudizio, una valutazione o pesatura delle ricadute "umane" della decisione: non a caso e non da oggi la giustizia è raffigurata con una bilancia in mano.

E se quella appena formulata rischia di apparire un'affermazione ovvia, vorrei aggiungere due considerazioni. Per un verso essa poteva apparire scontata fino a qualche tempo addietro; non oggi, in un tempo in cui si vanno diffondendo teorie e approcci che, esplicitamente o implicitamente, rimandano a un diritto senza verità o senz'altro al nichilismo giuridico. A un diritto cioè che consiste in una mera tecnica di regolazione di conflitti d'interesse, indifferente nel suo nucleo profondo al contenuto di essa; e indifferente, va pur detto, in esito a un percorso di profonda onestà intellettuale, perché rigorosamente coerente con la premessa della (disperante) mancanza di verità. I problemi del diritto, così, si risolvono in problemi del linguaggio giuridico e il diritto non soltanto 'passa' o si esprime per "discorsi argomentativi", ma diviene, è per sua essenza, "discorso"[15].

Per altro verso, si tratta di vedere se questa "partecipazione del cuore" nell'opera del giurista anzitutto sia legittima e, in secondo luogo, a che livello debba operare[16].

---

[15] In luogo di molti, rinvio al recente volume, di grande interesse per la chiarezza e l'eccellente livello di approfondimento, di A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2012.

[16] È la questione affrontata, da par suo, da F. D'Agostino, nel saggio *Fede nel diritto* (ora in *Fede e diritto*, a cura di G. Saraceni, Aracne Editrice, Roma 2013, spec. § 6 ss.) che ho avuto modo di consultare per la cortesia dell'Autore.

Quanto alla *legittimità*, almeno il giurista credente non dovrebbe avere dubbi. Benedetto XVI, nella Lettera apostolica con cui ha indetto l'*Anno della fede*, cita un brano degli Atti degli Apostoli in cui si narra che una donna, Lidia, ascoltò la predicazione di Paolo e che «il Signore le aprì il cuore per aderire alle parole» dell'Apostolo (Atti 16,14): l'insegnamento che ne trae il pontefice è che «la conoscenza dei contenuti del credere non è sufficiente se poi il cuore non è aperto dalla grazia, che consente di avere occhi per guardare in profondità e comprendere che quanto è stato annunciato è la Parola di Dio»[17]. Ma già nell'Antico Testamento sono presenti il monito di Yahweh: «non indurite il cuore come fecero i vostri padri a Meriba, nel giorno di Massa nel deserto» (Salmo 94) e il grido di Isaia: «ascoltate ma senza comprendere, osservate ma senza conoscere» (Is 6, 9).

Ebbene, il sapere dei giuristi, come dice Francesco D'Agostino, «deve unire la conoscenza dottrinale delle fonti del diritto e la conoscenza prudenziale di come queste fonti si incarnano nell' esperienza per divenire diritto vivente; deve unire una sensibilità, a volte psicologicamente molto raffinata, nei confronti delle pretese della controparte e delle loro possibili oggettivazioni processuali ed un profondo realismo, altrettanto raffinato, che si manifesta nel senso del limite… Situato a cavallo della sottilissima linea di confine tra il mondo dei principi e il mondo della prassi, il giurista ha una sola risorsa a sua disposizione, la propria *prudentia*»[18].

Ed è questo uno dei territori, anzi: il terreno comune, sul quale le diverse prospettive di cui dicevo all'inizio possono e devono incontrarsi: se, a partire dalla fine del medio evo, sempre più spesso i giuristi hanno parlato del proprio lavoro come di una *scientia iuris* per affrancarsi dalla possibile deriva dell'arbitrio e del soggettivismo, ben più antico è il riferimento all'*ars iudicandi* come *iuris-prudentia*, nella consapevolezza che il sapere specialistico e i criteri specifici di interpretazione non

---

[17] Benedetto XVI, Lettera apostolica *Porta Fidei,* §§ 10-11: riferimento, richiamato e sviluppato in particolare da D'Agostino, *ibidem*.

[18] *Ivi*, § 13.

sono sufficienti ad assicurare una appagante applicazione della legge. Sapere specialistico e criteri tecnici infatti hanno bisogno di una guida unitaria che li orienti nella giusta direzione; hanno bisogno cioè di quel timoniere che già Aristotele aveva individuato nella *prudentia*, là dove ne precisava il compito e il ruolo specifico di *auriga virtutum*.

A questa *prudentia*, strumento ma altresì aspirazione irrinunciabile, la fede del giurista può forse sperare di aggiungere una specifica coloritura, che l'arricchisce senza snaturarla: la *sapientia cordis*, ma nella consapevolezza che essa è dono dello Spirito e che sarebbe imperdonabile presunzione illudersi di possedere o di poter conseguire con le proprie forze. Non è invece presunzione sperare di poterla avere in dono, visto che dalla promessa non è stato escluso nessuno e che il *timor Domini*, proprio della fede, ne è radice e principio.

Quanto alla questione del "*livello*" sul quale deve operare il cuore, si prospetta la questione se esso debba limitarsi a quello psicologico, al livello delle motivazioni o inclinazioni individuali – così limitandosi a temperare, nel singolo caso, la *dura lex* con l'*aequitas* e con l'afflato partecipativo alle vicende umane – o possa legittimamente aspirare ad operare su un piano generale, a livello epistemologico[19]. Il "cuore" cioè rimane sostanzialmente estraneo, ultroneo ed esterno rispetto all'armamentario proprio del giurista o questo supplemento d'anima può/deve innervare dall'interno l'opera dello *ius dicere* a tutti i livelli?

6. Fede, laicità e "supplemento d'anima".

La questione, com'è facile comprendere, è estremamente complessa. Fin troppo facile, per il credente, dare d'istinto una risposta affermativa: ma è una risposta che andrebbe poi rigorosamente argomentata sul piano epistemologico: compito, per il quale mancano a chi vi parla tempo e soprattutto competenza. In

[19] È la questione posta e affrontata da D'Agostino, *ivi*.

ogni caso, se è difficile la risposta sul piano teoretico, facile e piana è la constatazione che, in via di fatto, è impossibile – oltre che ingiusto – escludere quel *supplemento d'anima* dall'opera, anche ricostruttiva o teoretica, del giurista.

San Josemaria Escrivà diceva che è «assurdo smettere di essere cattolici quando si entra nell'università, nell'associazione professionale, in un'assemblea di scienziati o in Parlamento, così come si lascia il cappello alla porta»[20]. Al contempo, il fondatore dell'Opus Dei avvertiva forte il rischio del clericalismo: invitava, con parole che allora suscitarono sorpresa, ad «amare il mondo appassionatamente»[21], ma senza trasformarlo in una sacrestia, rispettando la legittima libertà che Cristo ci ha conquistato. Una riflessione, quella sulla «rilevanza teologica delle realtà temporali»[22], che verrà poi approfondito e confermato – per divenire patrimonio comune della Chiesa – col Concilio Vaticano II, in particolare nella cost. *Lumen Gentium* e nel decr. *Apostolicam actuositatem*.

Per fare solo un esempio dell'amore alla libertà di san J. Escrivà, basti dire che egli respinse l'invito pressante e reiterato della curia vaticana di promuovere la costituzione di un partito politico di ispirazione cristiana, lasciando liberi i suoi figli spirituali in tutte le questioni politiche, sociali, economiche, fino ad escludere che la sua "Opera" potesse avere il controllo, giuridico ed economico, delle varie "iniziative apostoliche" promosse dai fedeli laici dell'Opus Dei, come scuole, residenze universitarie, case editrici. È compito personale e libero di ciascuno – diceva – vivificare dall'interno, col lievito delle fede, le realtà umane, ma sempre rispettando la loro legittima autonomia.

---

[20] J. Escrivà, *Cammino*, 58° ed., Ares, Milano 2012, n. 353.

[21] J. Escrivà, *Amare il mondo appassionatamente* (Omelia pronunciata nel campus dell'Università di Navarra, l'8.10.1967, ora in) *Colloqui con Mons. Escrivà*, Ares, Milano 1982, p. 113 ss.

[22] Così, G. LO CASTRO, *I laici,* in *Il mistero del diritto*, II, Giappichelli, Torino 2011, p. 153 ss., cui si deve una riflessione di singolare profondità sul tema e sul ruolo dei laici nella Chiesa che qui può essere solo accennato.

Vero è allora che, se la nostra fede non si limita a una esornazione posticcia, se non si sostanzia soltanto in qualche vaga reminiscenza del Vangelo, essa vivificherà dall'interno la nostra opera di giuristi, innerverà la trama del nostro lavoro fondendosi armonicamente con l'ordito delle conoscenze tecniche.

Detto questo però siamo solo "a metà dell'opera": chi si limitasse a 'intridere' con i valori cristiani il suo lavoro e non curasse l'aggiornamento professionale, chi non si preoccupasse dell'accuratezza e della completezza del proprio lavoro, anche nei dettagli che non si vedono, non renderebbe un vero servizio: il «servitevi gli uni gli altri» del Vangelo resterebbe lettera morta e cadremmo nel formalismo di chi crede che basti condire con qualche preghiera un lavoro raffazzonato per farne un'opera gradita a Dio. Solo un lavoro ben fatto, al meglio delle capacità di ciascuno, è non solo professionalmente ma anche cristianamente servizio agli altri: solo questo è lavoro che si può offrire e Dio e che, secondo l'insegnamento di san Josemaria Escrivà, costituisce poi il mezzo ordinario, proprio di noi laici, per santificare se stessi e gli altri. Ma questo è discorso di carattere generale che riguarda tutti i tipi di lavoro, non solo quello dei giuristi, e basterà averlo richiamato.

E allora, per tornare al nostro tema e concludere, dirò soltanto che, se sapremo evitare le secche insidiose del clericalismo, non è detto che le prospettive diverse e parallele di cui parlavo all'inizio – della fede religiosa e della fede intellettuale dei giuristi non credenti – non finiscano per convergere: le *parallele* infatti non si incontrano mai se ci si limita alla piatta quotidianità di una vita a due dimensioni, ma – per rinverdire una reminiscenza di matematica del liceo – pur le parallele sono destinate a incontrarsi all'infinito: sul piano "ultimo" della integrale esperienza umana.

KEY WORDS: Religious Faith, Law, Secularism, Clericalism, Natural Law

ABSTRACT: The paper examines the relationship between law and religion in the work of jurists and highlights the need to avoid clericalism: a danger that also covers non-believers jurists who have faith in a "civil religion", then pointing out how common to all, believers and non-believers, the need for justice that is summed up in the expression "natural law."

JusOnline n. 1/2016
ISSN 1827-7942

Giovanni D'Angelo

Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

La liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia fra incertezze delle regole e diritto europeo*

Sommario: 1. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: quadro generale. – 2. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: liberalizzazione e modalità di organizzazione e affidamento del servizio. – 2.1 Ambiti territoriali ottimali (ovvero sulla funzione fondamentale dei comuni nel settore del trasporto pubblico locale). – 2.2 Autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi. – 2.3 Incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni a seguito del referendum 2011 e della sentenza Corte. cost. n. 199/2012. – 3. Esigenze di contenimento della spesa pubblica e dimensione di utilità sociale.

1. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: quadro generale

Sin dalla riforma del 1997, il settore del trasporto pubblico locale ha rappresentato un caso paradigmatico del rapporto tra concorrenza e modelli di gestione, nell'ambito del più generale problema legato alla definizione di una disciplina dei servizi di interesse economico generale di competenza degli enti locali che tenesse conto delle disposizioni di settore e dei principi generali affermati a livello sovranazionale[1].

---

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

[1] Sul tema specifico, con riferimento al periodo successivo alla riforma del trasporto pubblico locale e precedente alle convulse riforme della fine degli anni 2000, tra i numerosi contributi v. M.P. Chiti, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, a cura di M. Cammelli, G. Sciullo, Maggioli, Rimini 2004, p. 93 ss.; G.F. Ferrari, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione anticoncorrenziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 834 ss.; G. Morbidelli, *Introduzione: i servizi pubblici locali in Europa,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 783 ss.; L. Perfetti, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Il Foro amministrativo-C.d.S.*, 2004, p. 1170 ss.; S. Pignataro, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Cedam, Padova 2004; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffré, Milano 2005; Id., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto amministrativo,* 2005, p. 963 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 199 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino 2004. In

Nel c.d. decreto Burlando (d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, successivamente modificato dal d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400[2]) la misura di liberalizzazione perseguita dal legislatore non era il superamento del monopolio, ma l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante procedure concorsuali, secondo un criterio divenuto poi tipico dell'esperienza di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Una volta individuato tramite procedure concorsuali, l'operatore economico esercita il servizio in regime di monopolio (da questo punto di vista non si può parlare di liberalizzazione in senso proprio).

Al finire dello scorso decennio il ricorso alle gare per l'affidamento del servizio risultava ancora piuttosto limitato; ciò anche a causa di proroghe che hanno consentito il mantenimento della situazione anteriore al d.lgs. n. 422/1997 fino al 31.12.2007 e a determinate condizioni fino al 31.12.2009. Nei pochi casi in cui gli enti concedenti avevano optato per le procedure concorsuali, molto spesso il servizio era stato (ri)affidato al precedente gestore pubblico[3].

---

generale, per un'analisi esaustiva delle questioni in tema di servizi pubblici prima delle ultime riforme v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta, parte speciale, vol. IV, Giuffré, Milano 2007[2], p. 1791 ss.

[2] Sulla riforma del 1997, in generale v. N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea,* in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale,* a cura di S. Cassese, vol. II, Giuffré, Milano 2000, p. 1697 ss.; per l'analisi anche delle problematiche economiche cfr. A. Boitani, C. Cambini, *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 45 ss.; E. Marcucci, *Gare e contratti di servizio nei servizi pubblici locali: alcune indicazioni del caso del trasporto pubblico locale*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, a cura di L. Perfetti, G. Polidori, Cedam, Padova 2003, p. 123 ss.; per la «derivazione» del d.lgs. n. 400/1999 dal disegno di legge del Governo (A.S. n. 4014), non giunto a compimento, avente ad oggetto la riforma dei servizi pubblici locali, cfr. A. Vigneri, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali,* in *Regioni,* 2002, p. 1091 ss.; per la prospettazione in questo settore speciale di una forma di concorrenza per il mercato (v. subito infra nel testo) cfr. M. Mazzamuto, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti,* in *Nuove autonomie,* 2000, p. 569 ss.; K. Kemenater, V. Malfatti, *Dalla concessione alle procedure di gara nell'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale,* in *Diritto dei trasporti*, 2001, p. 103 ss.

[3] A. Boitani, C. Cambini, *Le gare per i servizi di traporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla,* in *Quaderni dell'istituto di Economia e Finanza*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 54, 2004; C. Bentivogli, R. Cullino, D.M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali,* in *Quaderni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 20, 2008; M. Alderighi, G. Sparacino, *Le gare e i contratti di servizio nel trasporto pubblico locale,* in *Economia dei servizi,* 2008, p. 105 (tabella 1). Alcuni studi hanno indicato nel 90% la percentuale

Oggi, il quadro non appare sostanzialmente mutato[4]. In un recente contributo, dal titolo significativo[5], si segnala che negli ultimi anni sono state effettuate un centinaio di gare per l'affidamento delle concessioni, il 99% delle quali vinte dalle aziende pubbliche già operanti (c.d. *incumbents*).

In tale contesto, alcune regole di fondo sono incerte.

Alcuni profili critici sono solo in parte legati al tema della liberalizzazione del trasporto pubblico locale in Italia, assumendo una rilevanza più generale ed estesa ad altri servizi di interesse economico, ma sono comunque in grado di fornire una cornice significativa della difficoltà di delineare un assetto normativo stabile in questo settore. Da questo punto di vista, assumono rilievo soprattutto due aspetti.

Il primo è quello della competenza legislativa regionale e del rapporto tra la materia del trasporto pubblico locale e quella della tutela della concorrenza.

Di recente, Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 2[6] da un lato ha confermato che la materia del trasporto pubblico locale sia stata attribuita alla competenza legislativa

---

di gare concluse in questo modo (v. ad esempio Alderighi, Sparacino, *Le gare e i contratti*, cit.); tale percentuale è indicata in misura inferiore, ma comunque vicina al 80%, in uno studio della Cassa depositi e prestiti pubblicato nel novembre del 2013, ma relativo a gare espletate fino al 2007.

[4] Cfr. P. Rubino, *Il trasporto pubblico locale fra vincoli strutturali e liberalizzazioni,* in *L'industria*, 2012, p. 397 ss. (in particolare p. 400). In riferimento all'efficienza gestionale e all'architettura della gara (e agli interventi più opportuni ad opera della regolazione) v. G.L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale,* in *Mercato concorrenza regole*, 2014, p. 117 ss.

[5] M. Ponti, *I trasporti pubblici locali, cronaca di una morte annunciata*, in *Il Mulino*, 2014, p. 39.

[6] In *Foro italiano*, 2014, I, c. 661, con nota di R. Romboli e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 73 con nota di A. Candido*, L'emergenza non estende le competenze regionali. Sulla proroga dei contratti di trasporto pubblico locale*. La Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 l. reg. Toscana 24 novembre 2012 n. 64, nella parte in cui, attraverso l'inserimento del comma 1 bis nell'art. 82 l. reg. Toscana 29 dicembre 2010 n. 65, reitera la proroga dei contratti di affidamento in concessione relativi al trasporto pubblico locale su gomma, senza peraltro fissare un termine finale. La Corte costituzionale ha rilevato che, nel caso concreto, non venisse in considerazione la materia «trasporto pubblico locale», quanto quella della «tutela della concorrenza», di esclusiva competenza statale, trattandosi delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per l'incostituzionalità, in violazione del principio di tutela della concorrenza, della proroga automatica delle concessioni da parte di leggi regionali, v. Corte cost. 4 luglio 2013, n. 171, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 2351, con nota di richiami, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 1 l. reg. Liguria 30 luglio 2012 n. 24, nella parte in cui prevedeva, in caso di mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali che provochino

regionale di tipo residuale, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., e dall'altro ha ribadito l'incidenza, anche su questa materia, della tutela della concorrenza, materia di competenza esclusiva statale[7]. Nello stesso senso, con riferimento alle competenze dell'Autorità di regolazione dei trasporti, si è espressa Corte cost. 15 marzo 2013, n. 41[8], che però non ha preso posizione sul possibile contrasto delle disposizioni istitutive dell'Autorità con l'art. 117 Cost. in quanto ha dichiarato inammissibile la questione per genericità delle censure[9].

---

danni agli stabilimenti balneari, ai beni demaniali ed alle relative pertinenze incamerate, una proroga automatica e a tempo indeterminato delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare della concessione. Con riguardo specificamente al trasporto pubblico locale, v. Corte cost. 11 aprile 2011, n. 123, in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1619, con nota di G. D'Auria e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1686 con nota di G. D'Alessandro, *Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di «legge» e di legge «nulla-inesistente»*, e A. Pace, *La legge incostituzionale è nulla, non annullabile,* che ha dichiarato incostituzionale l'art. 43, comma 2, l. reg. Calabria 26 febbraio 2010 n. 8, che dispone la proroga dei contratti relativi ai servizi di trasporto pubblico locale, in contrasto con il regime transitorio previsto dall'art. 23-*bis* d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133. Già in precedenza Corte cost. 3 marzo 2006, n. 80, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 1732, con nota di R. Caranta, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra stato e regioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 1203, con nota di L. Iera, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, p. 471, con nota di M. Giordano, *Sulla proroga del preesistente regime di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale*, aveva dichiarato, in materia di trasporto pubblico locale, costituzionalmente illegittime le disposizioni legislative regionali tendenti a modificare, anche solo in parte, norme adottate dallo stato nell'ambito della sua competenza legislativa esclusiva in tema di tutela della concorrenza (ai sensi della lettera e del 2º comma dell'art. 117 Cost.) la cui configurazione ha una portata così ampia da legittimare interventi dello stato volti sia a promuovere sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato.

[7] Il Senato ha approvato, con modificazioni, il disegno di legge costituzionale (C. 2613-B) che, tra l'altro, interviene sul Titolo V della Parte seconda della Costituzione, eliminando la competenza legislativa concorrente. Nel disegno di legge la tutela della concorrenza permane tra le materie di competenza esclusiva dello Stato.

[8] In *Foro italiano*, 2013, I, c. 1398, con nota di richiami, e in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 835, con nota di C. Di Seri, *L'autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*. Su questa sentenza v. le notazioni critiche di A. Cardone, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia?,* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 1, p. 189 ss.

[9] Con specifico riferimento ai servizi di traporto pubblico locale, le censure proposte dalla Regione Veneto si appuntavano sulle competenze conferite all'Autorità a definire i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori (lett. b) del 2° comma dell'art. 37 d.l. n. 201 del 2011), nonché a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici (lett. f) del citato 2° comma dell'art. 37). Ad avviso della Corte costituzionale, in

Queste sentenze sono inquadrabili in un indirizzo più ampio della Corte[10], relativo anche ad altre materie e caratterizzato da un profilo critico comune: l'ampiezza della nozione di tutela della concorrenza, che costituisce una materia di competenza esclusiva e al contempo trasversale dello Stato[11].

Questa tendenza ha conseguenze importanti dal punto di vista sistematico, perché la materia, così come intesa nella giurisprudenza della Corte, sembra potenzialmente senza limiti in ragione del carattere finalistico che la contraddistingue[12], ed è pertanto in grado di incidere notevolmente sulla legislazione concorrente e residuale delle Regioni. Ciò è accaduto, per esempio, nella disciplina

---

assenza di argomenti puntuali, non può desumersi la violazione delle attribuzioni legislative regionali dalla circostanza che le previsioni censurate demandano all'Autorità, soggetto estraneo alla logica della responsabilità politica e amministrativo-contabile e neppure vincolato a specifici parametri di indirizzo e controllo, la determinazione di discipline di impatto macroeconomico rilevante (cfr. § 2 - *Ritenuto in fatto* e § 4 - *Considerato in diritto*).

[10] Cfr. in particolare Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325 (in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1332, con nota di R. Menzella; in *Giurisprtudenza italiana*, 2011, p. 1768, con nota di S. Spuntarelli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della corte e il caso del servizio idrico integrato*; in *Regioni*, 2011, p. 1175, con nota di R. Caranta, *Il diritto dell'Ue sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra stato e regioni;* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 484, con nota di L. Cuocolo, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina dei servizi pubblici locali*; in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 48, con nota di S. Musolino, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 4501, con nota di A. Lucarelli, *La corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia* e P. Sabbioni, *La corte equipara spl di rilevanza economica e sieg, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*). A proposito del riparto di competenze in tema servizi di interesse economico generale, la Corte ha sostenuto che, nella disciplina sulle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, la competenza esclusiva statale «viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza» (§ 7 – Diritto).

[11] «La norma costituzionale sulla tutela della concorrenza è stata impiegata dalla Corte soprattutto per sancire un ampliamento della competenza statale in materia di regolazione amministrativa dei mercati - anche attraverso l'affermazione, di per sé corretta, secondo cui la "tutela della concorrenza" è materia "trasversale", che può interferire con altre materie di competenza regionale, nel qual caso la competenza statale gerarchicamente prevale -, piuttosto che per sindacare nel merito i fini e gli effetti degli interventi regolatori», M. Libertini, *Concorrenza* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, p. 197.

[12] Sul carattere finalistico e trasversale, da ultimo, cfr. Corte cost., 16 aprile 2014, n. 97, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2911, con nota di L. Cassetti, *Alla ricerca di (improbabili) spazi regionali per scelte legislative pro-concorrenziali: appalti e differenziazioni territoriali*.

degli orari degli esercizi commerciali[13], oppure in quella dei contratti pubblici, nel cui ambito «il principio di tutela della concorrenza ha fornito la base per imporre una disciplina statale uniforme, comprimendo i tentativi delle Regioni di dettare discipline differenziate»[14].

Dunque, come anticipato, non si tratta di un profilo critico specifico del settore del trasporto pubblico locale e d'altra parte si tratta di una tendenza che investe temi diversi e ulteriori che non possono essere trattati in questo contributo. Un dato, però, può essere evidenziato in modo netto: nella giurisprudenza costituzionale, soprattutto nella seconda delle due sentenze appena richiamate, l'incidenza della tutela della concorrenza sembra avere quasi svuotato di ogni ambito di possibile rilevanza, nella prospettiva della ricerca di una disciplina autonoma, la materia del trasporto pubblico locale, anche quanto alle funzioni amministrative[15].

Il secondo aspetto che assume rilievo è quello delle funzioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), di recente istituzione[16].

---

[13] Cfr. Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 299, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 427, con nota di R. Romboli.

[14] Libertini, *Concorrenza*, cit., p. 197, in nota n. 21. Cfr. Corte cost. 22 maggio 2009, n. 160, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1252 con nota di A. Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 320, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3418; Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 1799 con nota di G. Corso, G. Fares, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile.*.

[15] In senso fortemente critico sul rapporto individuato nella sentenza n. 41/2013 tra la materia della tutela della concorrenza e quella del trasporto pubblico locale, tutto sbilanciato a favore della prima, v. D. Andracchio, *L'autorità di regolazione dei trasporti e le Regioni d'Italia. La competenza in materia di trasporto pubblico locale nella sentenza n. 41/2013 della corte costituzionale. un viaggio-pellegrinaggio lungo l'arcipelago della giurisprudenza costituzionale,* in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2013, 3, pp. 150-152. Sul ricorso nella sentenza n. 41/2013 al criterio della prevalenza per la risoluzione dell'interferenza competenziale tra tutela della concorrenza e trasporto pubblico locale v. M. Giachetti Fantini, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione,* in *www.federalismi.it*, 2014, n. 10, § 3.2, che rileva che «nell'iter logico della Consulta il giudizio di prevalenza non risulta sufficientemente argomentato».

[16] Sulla difficile e controversa istituzione dell'Autorità dei trasporti cfr. C. Di Seri, *L'autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali,* cit., p. 835; A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2012, p. 589; C. Golino, *La regolazione nel settore dei trasporti ed il difficile avvio della sua Autorità,* in *www.giustamm.it*, § 2; M. Giachetti Fantini, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione,* cit., §1. In senso favorevole all'istituzione dell'Autorità dei trasporti v. G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 229 ss.,

In particolare, si è dubitato che tra i settori devoluti alla regolazione dell'Autorità rientri anche il trasporto pubblico locale in quanto l'art. 37 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201[17] non menzionerebbe in modo chiaro e univoco, accanto a ferrovie, porti, aeroporti, autostrade, il settore del trasporto pubblico locale[18]. A mio avviso, è possibile superare il dubbio, e ritenere compresa fra le competenze dell'Autorità di regolazione anche quella relativa al trasporto pubblico locale, in ragione dei diffusi riferimenti[19] al trasporto locale contenuti nelle lett. b), d), f), dell'art. 37, comma 2, d.l. 201/2011. Inoltre, la mancata menzione specifica accanto agli altri settori sembra giustificata, almeno nella lett. a) dell'art. 37[20], dalla circostanza che il riferimento è lì alle "infrastrutture".

Pare in ogni caso che le prime implicite indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale[21] e dalla stessa Autorità[22] siano nel senso di ricomprendere il settore del trasporto pubblico locale nelle competenze della neocostituita autorità indipendente.

---

in particolare pp. 233-235, e A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione,* in *Il diritto industriale*, 2014, p. 105 ss., in particolare pp. 108-111.

Da ultimo sul ruolo dell'ART v. E. Boscolo, *Il finanziamento statale quale strumento incentivale: tentativi e resistenze nel settore del trasporto pubblico locale*, in *Rivista regolazione mercati,* 2015, n. 2, pp. 76-80, che sottolinea, tra l'altro, che finora gli interventi dell'Autorità nel settore del trasporto pubblico locale «non hanno assunto una autentica centralità nell'agenda del regolatore, impegnato preponderantemente nella disciplina del mercato ferroviario e aeroportuale».

[17] Convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. I commi 1 e 2 dell'art. 37 sono stati sostituiti dall'art. 36, comma 1 lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n.1 convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

[18] A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti,* cit., p. 595; F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi,* in *Diritto dei trasporti,* 2013, pp. 93-94.

[19] Anche al trasporto ferroviario regionale, come ricorda A. Tonetti, *ivi,* p. 595, che però, in riferimento ai commi 1 e 2 dell'art. 37, sottolinea «l'interrogativo se l'Autorità possa occuparsi del trasporto in generale o se invece debba concentrarsi solo sui settore espressamente nominati e, in questo secondo caso, vista l'equivoca espressione utilizzata dal legislatore, se tra questi rientri o meno il trasporto pubblico locale».

[20] Di cui va peraltro segnalata la formulazione ellittica e non chiara.

[21] Cfr. Corte cost. n. 41/2013 cit.

[22] V. *infra* indagine conoscitiva 2014.

Più complicato è il rapporto tra l'ART e altre Autorità[23], in particolare con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato[24]. La possibilità di sovrapposizioni appare evidente rispetto alla possibile divergenza delle analisi di mercato che costituiscono il presupposto per l'emanazione di taluni atti di regolamentazione e che entrambe le Autorità sono chiamate ad effettuare, o in relazione alle decisioni dell'ART in merito alle tariffe e a quelle dell'AGCM in merito alla correttezza o meno della pratica commerciale, anche in riferimento alle relative funzioni c.d. paragiurisdzionali a tutela di utenti e consumatori.

Un esempio recente di tale possibile sovrapposizione è rappresentato dalle due indagini conoscitive, della fine del 2013 e dell'inizio del 2014, rispettivamente dell'AGCM[25] e dell'ART[26] aventi sostanzialmente lo stesso oggetto, l'apertura al mercato, almeno in riferimento al settore del trasporto pubblico locale.

---

[23] Secondo A. Frigani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione,* cit., p., 114, il coordinamento con le altre Autorità rappresenta probabilmente il «punto più critico di tutta legge istitutiva».

Più di recente, su questo profilo v. anche *amplius* A. Candido, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in *Rivista regolazione mercati*, 2015, n. 2, pp. 109-115.

[24] A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti,* cit., p. 601; *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti* …, cit., pp. 94-95. Prendendo spunto da una nota vicenda relativa al trasporto nazionale, v. D. Maresca, L. Ceffalo, *Il riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza Arenaways del T.A.R. Lazio*, in *Rivista regolazione mercati,* 2014, p. 260 ss. e in particolare p. 266 ss. Secondo A. Frigani, *L'Autorità del trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione,* cit., p., 114, il coordinamento con le altre Autorità rappresenta probabilmente il «punto più critico di tutta legge istitutiva».

[25] N. 24697 del 10.12.2013, in Bollettino n. 53/2013.

[26] Delibera n. 6 del 16.1.2014.

Analogamente, la legittimazione attribuita all'AGCM d'impugnare, previo parere-diffida[27], gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica, emessi in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, potrebbe entrare in conflitto con le competenze riservate all'ART[28], anche in ragione del fatto che l'analisi della casistica ha evidenziato che tra i settori interessati da questa procedura «prevale su tutti quello dei trasporti pubblici locali»[29].

Il problema è reale: in effetti, al fine di garantire la cooperazione nelle materie di interesse comune, le due Autorità hanno siglato un protocollo d'intesa[30]. Si tratta un modello di collaborazione istituzionale certamente diffuso tra le Autorità indipendenti e in alcuni settori previsto a livello normativo, come ad esempio dall'art. 20 l. 28 dicembre 2005, n. 262 in tema di tutela del risparmio e disciplina dei

---

[27] Si tratta del parere espresso ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. Sul tema, ampiamente dibattuto in dottrina, cfr. M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12; Id., *La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Jovene, Napoli 2013, p. 785 ss.; M. Clarich, *I nuovi poteri affidati all'antitrust,* in *Quaderni costituzionali,* 2012, p. 115 ss. F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990),* in *www.giustamm.it;* R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art.21-b della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato,* in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12.

[28] E all'ANAC (cfr. subito *infra* nel testo). Cfr. ad esempio il parere 11 febbraio 2015 AS1184 (in *www.agcm.it)*, con cui AGCM ha contestato la procedura di affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale da parte della Regione Toscana (l'AGCM ha successivamente disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo che le circostanze comunicate dalla Regione fossero «suscettibili di rimuovere i dubbi concorrenziali espressi nel parere»).

[29] A. Schettino, *La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di advocacy,* in *Diritto dell'Unione europea,* 2014, p. 532, nota n. 50.

[30] Protocollo d'intesa del 27 agosto 2014. La cooperazione ha ad oggetto (art. 1, comma 2): «a) il coordinamento degli interventi istituzionali, anche in ambito internazionale, in materie di comune interesse; b) la segnalazione di ciascuna delle parti di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione, da parte degli operatori, di norme alla cui applicazione è preposta l'altra parte; c) lo scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; d) la collaborazione nella elaborazione di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di interesse comune; e) la collaborazione nell'ambito di indagini conoscitive su materie di interesse comune; f) iniziative congiunte in materia di enforcement, vigilanza e controllo dei mercati; g) la collaborazione scientifica».

mercati finanziari[31]. Tuttavia, rispetto alla complessità delle funzioni regolatorie che le due Autorità (ART e AGCM) sono chiamate ad esercitare, si tratta di uno strumento del quale occorrerà verificare in concreto l'applicazione e l'impatto nei prossimi mesi.

Alcune sovrapposizioni si potrebbero verificare con l'ANAC, soprattutto in relazione alla predisposizione degli schemi dei bandi di gara e delle relative convenzioni e alla definizione dei criteri per la nomina delle commissioni giudicatrici[32]. Anche in questo caso, le due Autorità hanno stipulato un protocollo d'intesa[33] e valgono le stesse considerazioni circa la verifica in concreto della funzionalità di tale strumento di collaborazione.

Sullo sfondo, poi, rimane la questione dei rapporti e delle interferenze con le regioni, solo in parte risolti da Corte cost. n. 41/2013 cit.[34], e con gli enti locali[35].

2. Regole e incertezza nel trasporto pubblico locale: liberalizzazione e modalità di organizzazione e affidamento del servizio.

Accanto a questi profili di ordine generale vi sono poi aspetti di incertezza relativi più da vicino alla liberalizzazione e alle modalità di organizzazione e affidamento del servizio nel settore del trasporto pubblico locale. Tali aspetti possono essere articolati in tre punti.

---

[31] Sul punto v. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2013[4], pp. 101-102.

[32] Cfr. la delibera n. 49 del 17 giugno 2015 dell'ART – «Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici e avvio di un procedimento per la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento».

[33] Protocollo d'intesa del 20 novembre 2014. La cooperazione ha ad oggetto (art. 1): a) lo scambio reciproco di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; b) la collaborazione nell'elaborazione di segnalazioni al Parlamento e al Governo su materie di interesse comune; c) la collaborazione nell'elaborazione scientifica di temi di interesse comune.

[34] Cfr. sopra nota n. 9.

[35] Cfr. Frignani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, cit., pp. 113-114.

2.1 Ambiti territoriali ottimali (ovvero sulla funzione fondamentale dei comuni nel settore del trasporto pubblico locale).

Innanzi tutto non è chiaro il rapporto tra l'art. 3-*bis* d.l. 13 agosto 2011, n. 138[36], comma 1 e 1-*bis* (introdotto. dall'art. 34, comma 16, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179[37]) e l'art. 14 d.l. 31 maggio 2010, n. 78[38], comma 27 (modificato dall'art. 19 d.l. 6 luglio 2012, n. 95[39]).

Da un canto, il comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011 prevede, rispetto ai servizi pubblici locale a rete di rilevanza economica, che le funzioni di organizzazione, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo siano esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei[40] (l'organizzazione dello svolgimento di questi servizi per ambiti o bacini, a cura delle regioni che ne definiscono il perimetro, di norma coincidente con la dimensione del territorio provinciale, è prevista dal primo comma). La disposizione, peraltro, riproduce sostanzialmente la previsione dell'art. 4, comma 35-*bis*, d.l. 138/2011 (introdotto dall'art. 53 d.l. 22 giugno 2012, n. 83[41]), anch'esso travolto dalla dichiarazione d'incostituzionalità del 2012.

Dall'altro, l'art. 14 d.l. n. 78/2010 individua l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale, come una funzione fondamentale dei Comuni, ai sensi dell'art.

---

[36] Convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148. L'art. 3-*bis* è stato introdotto dall'art. 25, comma 1 lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27).

[37] Convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

[38] Convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122.

[39] Convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135.

[40] Il ruolo degli enti di governo è stato rafforzato dalle legge di stabilità del 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190), ad esempio prevedendo l'obbligatorietà dell'adesione degli enti locali entro un termine inderogabile (*amplius* su questi aspetti v. M.P. Guerra, *Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale,* in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, Editoriale scientifica, Napoli 2015, p. 87 ss. (in particolare p. 106 ss.).

[41] Convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134.

117, comma 2 lett. p), Cost. e dispone che l'esercizio in forma associata, anche di questa funzione, sia obbligatorio solo per i Comuni fino a 5.000 abitanti.

Non entro nel dibattito, molto controverso, circa l'imposizione di forme associative tra Comuni e i correlati problemi di compatibilità con l'autonomia municipale garantita dalla Costituzione, e sulle relative condizioni, né circa l'imposizione di tali forme di collaborazione da parte del legislatore nazionale in una materia di competenza residuale della Regione, qual è il trasporto pubblico locale[42].

Mi limito a segnalare una recente vicenda, che mi pare sia emblematica di una certa concezione del trasporto pubblico locale e forse, più in generale, dei servizi pubblici locali[43]. Nell'ambito di una controversia nella quale il Comune di Napoli e altri contestavano alla Regione l'individuazione di un unico ambito a livello regionale, il Tar ha dichiarato manifestamente infondate una serie di questioni di legittimità costituzionale avanzate dal ricorrente rispetto alla l.r. Campania 6 maggio 2013, n. 5 nella parte in cui individua il territorio dell'intera regione come bacino territoriale ottimale per il servizio di trasporto pubblico locale.

Il Tar ha respinto le prospettazioni di incostituzionalità soprattutto in ragione del fatto che il legislatore regionale «si è limitato a recepire e confermare» una disposizione nazionale ad hoc (l'art. 16 d.l. n. 83/2012). Al di là del fatto che il ricorrente avrebbe forse meglio potuto avanzare le proprie censure rispetto al d.l. n. 83/2012 (e non solo rispetto alla legge regionale), colpisce l'affermazione del Tar circa il fatto che le funzioni proprie dei comuni ex art. 118, comma 2, Cost. sono quelle «che, per storia e tradizione amministrativa, costituiscono patrimonio

---

[42] Sulle c.d. gestioni associate, tra gli studi più recenti, v. P. Forte, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Angeli, Milano 2011; con particolare riferimento alle novità introdotte dal d.l. n. 95/2012 in materia di gestione associata, v. M. Massa., *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali - Profili costituzionali*, in *Amministrare*, 2013, p. 253 ss. Rimane di fondamentale importanza su questo tema il contributo di U. Pototschnig, *Le forme associative tra i Comuni: una riforma senza obiettivi*, in *Regioni*, 1985, p. 681 ss.

[43] La vicenda è stata decisa da Tar Campania, sez. I, 12 marzo 2014, n. 1494.

indefettibile dell'autonomia comunale; tra esse non può essere ricompresa la gestione del trasporto pubblico locale (…)».

L'affermazione è fondata in larga misura nella convinzione che la gestione del trasporto pubblico locale risponda ad esigenze di contenimento della spesa pubblica e di efficienza del servizio, mentre in maniera sorprendente rimane sullo sfondo e non trova alcuno spazio di autonoma rilevanza quanto disposto dall'art. 14 d.l. n. 78/2010, come modificato dall'art. 19 d.l. n. 95/2012, che pur si risolve nell'individuazione di un ambito di competenze ben preciso per i Comuni, la cui attribuzione non risulta condizionata in alcun modo evidente da esigenze di bilancio o di razionalizzazione dei costi organizzativi (a tal riguardo e a conferma delle difficoltà di individuare chiavi di lettura univoche, tra l'altro, è interessante rilevare che poco prima del deposito della sentenza del Tar la Corte costituzionale[44] si è espressa nel senso che tra le funzioni fondamentali dei Comuni, anche storicamente, vanno annoverate quelle che attengono ai servizi pubblici locali[45]).

Su questo punto, infine, merita di essere richiamata la l.r. Lombardia 4 aprile 2012, n. 6, emanata dopo l'introduzione dell'art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011 ma prima del comma 1-*bis* (introdotto, come ricordato, solo nell'ottobre del 2012), che prevede per ogni ambito territoriale ottimale l'istituzione di un'Agenzia per il trasporto pubblico locale (ente pubblico non economico con autonomia giuridica, organizzativa e contabile). Tra i compiti dell'Agenzia rientra anche quello dell'affidamento dei servizi, per l'intero bacino, con funzione di stazione appaltante e quello della stipula, gestione e verifica dei contratti di servizio[46]. Si tratta di un

---

[44] Corte cost. 11 febbraio 2014, n. 22, in *Regioni,* 2014, p. 791, con nota di F. Cortese, *La Corte conferma che le ragioni del coordinamento finanziario possono fungere da legittima misura dell'autonomia locale.*

[45] Con riguardo alle funzioni fondamentali dei comuni, cfr. G. Meloni, *Le funzioni fondamentali dei comuni*, in *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, a cura di F. Pizzetti, A. Rughetti, Maggioli, Rimini 2012; C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2011.

[46] Già in passato la l.r. Emilia – Romagna 2 ottobre 1998, n. 30 aveva attribuito ad un'apposita agenzia regionale la funzione di svolgere la procedura concorsuale, con esclusione però della fase di aggiudicazione.

impianto che, una volta a regime e se confermato, potrebbe (e, forse nelle intenzioni del legislatore regionale, dovrebbe) ridurre la possibilità dell'affidamento *in house* e più in generale il fenomeno della c.d. autoproduzione del servizio, perché l'Agenzia per il trasporto pubblico locale e la società affidataria del servizio rimarrebbero due soggetti distinti e non legati da alcun rapporto di controllo diretto (sebbene possa darsi il caso che siano controllati entrambi dall'amministrazione territoriale), con la conseguenza che non potrebbe ritenersi soddisfatto il requisito dell'*in house providing* rappresentato dalla necessità che l'amministrazione aggiudicatrice (in questo caso l'Agenzia per il trasporto pubblico locale) eserciti sul soggetto affidatario del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

A questo riguardo, peraltro (e a conferma delle ambiguità che caratterizzano la materia), va segnalato che il regolamento del 2007, nel definire i presupporti dell'*in house providing*, prevede che nel caso di un gruppo di autorità il controllo analogo possa essere esercitato da una sola di esse; anche le direttive del 2014 ampliano le condizioni per la sussistenza del controllo analogo fino ad ammettere che possa essere esercitato anche da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata in modo pieno e diretto (cioè secondo il consueto riferimento a un controllo corrispondente a quello esercitato sui propri servizi) dall'amministrazione aggiudicatrice. In questo modo (e alle condizioni determinate) la relazione *in house* potrebbe ritenersi sussistente anche nel caso di affidamento disposto dall'Agenzia per il trasporto pubblico locale a favore di una società pubblica. Il che introduce un ulteriore profilo problematico.

2.2 Autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi.

Con riguardo a questo profilo, prima dell'approvazione del regolamento CE n. 1370/2007, nel settore dei trasporti pubblici locali emergeva un orientamento politico (soprattutto in seno al Parlamento) molto attento a bilanciare il principio della concorrenza con altri interessi, in particolare modo con il c.d. principio della democrazia regionale o locale.

Durante i lavori preparatori del regolamento, si era sostenuta con forza l'opportunità di offrire un maggiore spazio per il principio di sussidiarietà e la necessità di ricondurre la responsabilità dei trasporti locali agli enti territoriali, conservando il diritto delle autorità competenti di effettuare le prestazioni di trasporto direttamente, o tramite imprese proprie senza ricorrere a gara pubblica. Si riteneva che non fosse ammissibile costringere le autorità pubbliche ad abbandonare i servizi di trasporto pubblico locale per sottoporli ad una aggiudicazione concorrenziale. Le amministrazioni che avessero ritenuto «più economico, sicuro ed efficace mantenere nelle loro mani i trasporti pubblici» avrebbero dovuto mantenere tale diritto. La decisione sul punto avrebbe dovuto spettare unicamente alla «democrazia locale o regionale»: l'auspicio, dunque, era nel senso che sulla base del principio di sussidiarietà le autorità competenti avrebbero potuto optare per un «deliberato approccio non commerciale»[47].

Simile preoccupazione, veniva espressa dal parlamento italiano anche nei lavori preparatori dell'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448 la prima di tante riforme dei servizi pubblici locali dell'ultimo periodo.

A me pare che questo punto di vista sia stato recepito in pieno con riferimento al settore del trasporto pubblico locale. A questo riguardo è opportuno ricordare l'art. 5.2 reg. n. 1370/2007: «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale (…) hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui

[47] V. la Relazione 18 ottobre 2001 della Commissione per la politica regionale, i trasporti e il turismo, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna (COM (2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)) e il relativo progetto di relazione 8 ottobre 2001 del deputato E. Meijer, (entrambi consultabili in *www.europarl.europa.eu*).

l'autorità competente a livello locale (…) esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture (…)»[48].

Non è nuovo il dibattito intorno alla affermazione che l'ordinamento comunitario resterebbe estraneo alla libera scelta degli Stati di ricorrere al mercato o all'autoproduzione[49]. Il dibattito è stato alimentato anche di recente da contributi che hanno sostenuto la condivisibilità di tale affermazione solo se riferita ai servizi di interesse generale di carattere non economico, che per definizione sono estranei al vincolo comunitario dei principi concorrenziali[50].

A me pare però che nel corso degli ultimi anni la scelta di fondo espressa nell'art. 5.2 reg. n. 1370/2007 abbia assunto con maggiore chiarezza una portata generale: l'esternalizzazione dei servizi d'interesse economico generale, e dunque la creazione di un mercato da contendere, non è una scelta imposta dall'ordinamento comunitario.

Conferme si ritrovano nelle recentissime direttive su concessioni e appalti, che precisano in più disposizioni che gli Stati membri mantengono intatta la loro libertà sia, a monte, di individuazione di quali servizi siano da considerarsi di interesse generale sia di organizzazione, non essendo tenuti ad esternalizzare la

---

[48] Nello stesso senso anche il considerando n. 18.

[49] Sul punto la dottrina è vastissima; si segnalano, tra i contributi più recenti, M. Libertini, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148,* in *www.federalismi.it,* 2011, n. 22, in particolare § 6; C. Iaione, *Le società in-house : contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali,* Jovene, Napoli 2012, p. 137 ss.; S. Del Gatto, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2014, p. 495. Cfr. anche la nota n. 52 e la dottrina ivi richiamata.

In precedenza, con accenti più vicini alle ragioni della tutela della concorrenza, cfr. D.U. Galetta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in* house providing *nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 17 ss. in particolare pp. 22-23. In precedenza per la tesi che interpreta le norme dell'ordinamento comunitario in senso liberista v. in particolare G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, 1999, p. 7 ss.

[50] In particolare v. M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'*in house *al Partenariato "Pubblico Privato",* in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1416 ss.

fornitura di servizi[51]. Del resto tali libertà sono garantite dal TFUE[52] e dalla interpretazione che ne è stata dalla Corte di giustizia[53] e dalla Commissione[54]. Il

---

[51] Quanto alle concessioni, la direttiva 23/2014 v. considerando n. 5; art. 2 (Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche); art. 4 (Libertà di definire servizi di interesse economico generale). Nello stesso senso la direttiva 2014/24 sugli appalti, art. 1, c. 4. Cfr., inoltre, l'art. 1 protocollo n. 26 TFUE (su cui v. D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento regionale e europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale,* a cura di E. Bruti Liberati, F. Donati, Giappichelli, Torino 2010, p. 11; Id., *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo,* in *Diritto amministrativo*, 2010, pp. 3-4).

[52] Spesso, per sostenere la tesi contraria sulla necessità di un'apertura "incondizionata" al mercato viene richiamato l'art. 106 TFUE. Tuttavia, occorre evidenziare che le regole di concorrenza che la disposizione richiama, e a cui le imprese incaricate della gestione dei servizi d'interesse economico generale sono sottoposte, sono quelle contenute nel Capo 1 del Titolo VII del TFUE (che comprende regole applicabili alle imprese, e regole sugli aiuti concessi dagli Stati) e che nessuna di queste disposizioni riguarda l'affidamento a terzi dei servizi d'interesse economico generale.

In definitiva, le norme del TFUE, nel promuovere la creazione di un mercato unico, stabiliscono che quando un mercato esiste deve essere libero, salvi gli aiuti e le deroghe necessari per garantire l'adempimento degli obblighi di servizio universale. Le stesse norme lasciano libere le autorità statali nel decidere se e come intervenire nel settore dei servizi d'interesse economico generale.

Di conseguenza si può concludere che l'esternalizzazione dei servizi d'interesse economico generale non sia una scelta necessaria per l'ordinamento comunitario: né in termini generali; né in termini di tutela della concorrenza. In questo senso, molto chiaramente, F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici),* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2012, p. 723 ss., in particolare p. 739 ss.; R. Cavallo Perin, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o* in house providing, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale,* a cura di H. Bonura, M. Cassano, Giappichelli, Torino 2011, pp. 119-120, che evidenzia con precisione che le regole sulla concorrenza dell'Unione europea «iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenere su di sé la produzione di beni o servizi si rivolge a terzi. (…) La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione».

[53] Cfr. in particolare Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle,* in *Foro italiano*, 2005, IV, c. 134, con nota di R. Ursi, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto,* e in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 288, con nota di R. De Nictolis, *La corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, e in *Il Foro amministrativo-C.d.S.*, 2005, p. 665, con nota di E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della corte di giustizia*; e da ultimo Corte giust., 8 maggio 2014, causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, § 25: «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi».

[54] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., § 2, p. 4, in *http://eur-lex.europa.eu*: «spetta fondamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale. Le autorità pubbliche possono decidere di erogare esse stesse i servizi oppure di

diritto europeo dei contratti pubblici, ed oggi la direttiva concessioni, entrano in gioco una volta che un Paese membro abbia deciso per l'*outsourcing* di determinate funzioni[55]. Peraltro, alcuni studi hanno evidenziato una tendenza diffusa in Europa al c.d. *insourcing* di servizi pubblici già privatizzati[56] (c.d. effetto pendolo).

In Italia, dopo il referendum del 12 e 13 giugno 2011 e dopo che Corte. cost. 20 luglio 2012, n. 199[57] ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disciplina sostanzialmente riproduttiva delle disposizioni abrogate introdotta con l'art. 4 d.l. n. 138/2011 a poche settimane di distanza dalla consultazione popolare, anche la giurisprudenza amministrativa, con precipuo riferimento al modello *in house*, ha sostenuto chiaramente la tesi che il diritto comunitario non impone agli enti locali di affidare i servizi pubblici locali di rilevanza economica a terzi sul mercato[58].

---

affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro oppure no».

[55] Cfr. R. Caranta, D. C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici,* in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 494.

[56] H. Wollmann, G. Marcou 2010, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in H. Wollmann/ G. Marcou, *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, 2010, Elgar, Cheltenham, pp. 240-260.

[57] In *Foro italiano,* 2013, I, c. 2758, con nota di R. Romboli. La sentenza è stata commentata da moltissimi Autori, si segnalano qui alcuni dei contributi più significati rispetto al tema che si sta trattando: V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2900; F. Merloni, *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2013, p. 211; L. Perfetti, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno dell'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 679; J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 155.

Sull'*in house providing* dalla riforma del 2008 all'abrogazione referandaria v. V. Parisio, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon, B. Marchetti, Cedam, Padova 2013, p. 180 ss. (in particolare p. 195 ss.).

[58] Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Giurisdizione amministrativa*, 2013, I, p. 171: «Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società in house) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». «Il diritto comunitario pone per il modello in house limiti meno stringenti rispetto alla disciplina statale (art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008), non avendo mai espressamente e univocamente affermato che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi sia, per gli enti locali, un obbligo assoluto e inderogabile di affidarli a terzi sul mercato con esclusione dell'affidamento diretto a società in house».

Ora, al di là delle tendenze generali e tornando specificatamente al trasporto pubblico locale, si tratta di capire, in definitiva, in virtù dell'art. 5.2 del regolamento che fa salva la possibilità del legislatore nazionale di vietare l'autoprestazione del servizio, se la legge italiana lasci ancora spazio all'autoproduzione. L'art. 18, comma 3-bis, d.lgs. n. 422/1997, infatti, è stato introdotto, alla fine degli anni '90, e disponeva che «trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati [esclusivamente] tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)»; poi l'avverbio «esclusivamente» è stato eliminato dal regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008[59].

In altri termini, si tratta di capire, se il sistema monistico (inizialmente) previsto dall'art. 18 sia integrabile attraverso altre disposizioni oppure se tale sistema integri quel veto da parte della normativa nazionale che l'art. 5.2 del regolamento europeo espressamente individua come limite all'autoproduzione del servizio.

Questa risposta dipende essenzialmente dal ritenere vigente o meno l'art. 61 l. 99/2009, che richiama in modo espresso le disposizioni del regolamento che consentono l'autoproduzione. Tale vigenza è messa in discussione dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 (nel testo novellato dall'art. 15 l. n. 166/2009), che a sua volta, secondo la dottrina maggioritaria[60], aveva determinato l'abrogazione implicita dell'art. 61 per incompatibilità con le norme di maggior rigore pro-concorrenziali contenute nell'art. 23-*bis*. Stesso problema riguarda il rapporto tra l'art. 61 l. 99/2009 e l'art. 4 d.l. 138/2011 (come noto fedelmente riproduttivo dell'art. 23-bis) dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012.

---

[59] Comma introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. d), d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400 e successivamente modificato dall'articolo 12, comma 3, del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 che ha espunto l'avverbio «esclusivamente».

[60] M.A. Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali,* in *Federalismi,* 2010, n. 13, p. 12; L. Bertonazzi, *Il trasporto pubblico locale nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008,* in *La riforma dei servizi pubblici locali,* a cura di R. Villata, Giappichelli, Torino 2011 , p. 536 (in nota).

Il problema peraltro non riguarda solo l'art. 61 e può essere rubricato in un contesto più ampio (come emerge dal paragrafo successivo).

2.3 Incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni a seguito del referendum 2011 e della sentenza Corte. cost. n. 199/2012.

Da questo punto di vista, un'altra disposizione che mi pare assumere un certo valore è l'art. 4-bis d.l. 78/2009[61], prima parte del primo comma, che dispone, in chiave dichiaratamente pro-concorrenziale, che le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'art. 5.2 del regolamento n. 1370/2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo (non è chiaro se il 10% vada riferito alla quantità di produzione o al valore della stessa). Sulla vigenza di questa disposizione, e dell'art. 61 l. 99/2009, si registrano opinioni contrastanti in ragione dell'esito referendario e della pronuncia della Corte[62].

La disposizione è stata ritenuta applicabile dall'AGCM in un caso famoso (affidamento ad ATAC) e da alcuni grandi Comuni (per esempio Vicenza). Nello stesso senso si esprime il documento pubblicato dalla IX Commissione trasporti al termine dell'indagine conoscitiva avviata nel giugno 2013. Non è forse un caso che il legislatore nazionale non sia più intervenuto per prorogare ulteriormente il termine di avvio a regime del sistema monistico delineato dal c.d. decreto Burlando (d.lgs. 422/1997).

---

[61] Introdotto dalla l. 102/2009 di conversione.

[62] A favore dell'intervenuta abrogazione A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012),* in *www.federalismi.it,* 2012, n. 20, p. 7; a favore della vigenza C. Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale,* in *www.giustamm.it,* 2014, n. 3, § 9; A. Argentati, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?,* in *www.federalismi.it,* 2012, n. 18, p. 20.

In certi casi l'incertezza sulla vigenza di alcune disposizioni è determinata anche dalla caotica successione di leggi nel tempo in materia di servizio pubblico locale e di trasporto pubblico locale in particolare.

A questo proposito è significativo un recente parere della Corte di conti[63] che si esprime in senso favorevole alla trasformazione di una società *in house* (nel caso specifico operante nel settore idrico) in azienda speciale[64]. Uno dei passaggi fondamentali del parere, molto articolato e ben motivato al di là delle opinioni in merito alla soluzione adottata, è sulla abrogazione implicita dell'art. 35, comma 8, l. 448/2001 (che imponeva la trasformazione delle aziende speciali in società). La tesi dell'abrogazione implicita è sostenuta in ragione sia dell'esito referendario e di considerazioni di ordine sistematico sia della previsione di specifiche disposizioni, da cui si evincerebbe che il legislatore abbia inteso "conservare" l'istituto dell'azienda speciale[65]. Ora, rimane da capire se tale ragionamento sarà esteso dalla giurisprudenza al settore del trasporto pubblico locale, rispetto al quale già in

---

[63] Corte conti, sez. autonomie, delibera 21 gennaio 2014, n. 2, in *Notariato,* 2014, p. 106 e in *Foro amministrativo-TAR,* 2014, p. 345 ss. con nota di A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti.*

[64] Il tema è stato al centro di un ampio studio sul modello di *governance* dei servizi pubblici locali: v. A. Lucarelli (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte,* Giappichelli, Torino, 2014.

[65] «In questo contesto, è lecito dubitare della perdurante vigenza dell'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001, dal momento che è venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante azienda speciale, dei servizi pubblici locali. La predetta disposizione, pur non avendo formato oggetto di quesito referendario, potrebbe considerarsi implicitamente abrogata, essendo frutto della stessa concezione sottesa all'abrogato art. 23-bis, d.l. n. 112/2008.

8. Peraltro, va sottolineato il carattere transitorio della disposizione di cui all'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001, la cui operatività è stata originariamente fissata al 31 dicembre 2002. Tale termine è stato prorogato al 30 giugno 2003 per effetto dell'art. 1, comma 7-*ter*, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178. In mancanza di ulteriori proroghe, sembrerebbe confermata la tesi dell'abrogazione implicita, considerando le successive norme che, contemplando le aziende speciali, presuppongono la loro piena operatività».

«10. Ma, al di là delle considerazioni di ordine sistematico, la tesi dell'abrogazione implicita è avvalorata dalla previsione di specifiche disposizioni, da cui si evince che il legislatore ha inteso "conservare" l'istituto dell'azienda speciale».

A queste considerazioni si può ora aggiungere che l'istituto dell'azienda speciale è stato "rivitalizzato" anche dalle recenti modifiche dell'art. 114 d.lgs. n. 267/2000 ad opera dell'art. 74, comma 1 num. 1, d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, introdotto dall'art. 1, comma 1 lett. aa), d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126.

precedenza era stata introdotta una norma analoga all'art. 35, comma 8, l. 448/2001, segnatamente l'art. 18, comma 3, d.lgs. n. 422/1997, per molti anni rimasto inattuato.

3. Esigenze di contenimento della spesa pubblica e dimensione di utilità sociale.

Rispetto ai profili di incertezza relativi alla liberalizzazione del trasporto pubblico locale fin qui evidenziati ritengo che non sia questa la sede per prendere posizione. A mio avviso, però, è possibile avanzare una considerazione di ordine più generale, riferibile ai servizi pubblici locali di rilievo economico e articolata su due aspetti: l'impostazione complessiva che ha sorretto gli interventi legislativi degli ultimi anni, da un lato; la necessità di una svolta e dell'assunzione di una scelta di fondo chiara nella riforma in cantiere, dall'altro.

L'incertezza di alcune disposizioni chiave ai fini della regolazione (e della liberalizzazione) del trasporto pubblico locale in Italia non è casuale, non è imputabile (solo) a una tecnica legislativa imprecisa e superficiale[66], ma può essere spiegata attraverso una lettura differente.

In questi ultimi anni, nel settore del trasporto pubblico locale, e in generale nei servizi pubblici locali di rilievo economico, le scelte del legislatore nazionale sembrano essere state guidate prevalentemente da esigenze di contenimento della spesa pubblica[67]. Si tratta di una prospettiva in parte differente da quella avanzata da

---

[66] In generale sulla tecnica legislativa cfr. G. Amato, *Principi di tecnica della legislazione*, in *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, a cura di M. D'Antonio, Cedam, Padova 1990, p. 47 ss.; G.U. Rescigno, *Tecnica legislativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 1 ss. Con precipuo riferimento all'incidenza di regole «mal fatte e continuamente riviste» come fattore che «scoraggia gli investimenti, interni e dall'estero, rende difficile, a volte impossibile la quotidiana attività produttiva, assorbe rilevanti risorse economiche e umane, riduce la competitività internazionale delle nostre imprese produttive» v. l'ampia ricerca a cura di G.D. Mosco, A. Nuzzo, *Law & Disorder. L'Italia sotto l'attacco delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 2, p. 345 ss. e ivi in particolare i contributi di M. Clarich, B. Mattarella, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico,* p. 363 ss. e di U. Morera, N. Rangone, *Sistema regolatorio e crisi economica,* p. 383 ss.

[67] Da un altro punto di vista, ciò trova conferma anche nella drastica riduzione di trasferimenti statali

molti, e di cui sono espressione alcune delle riforme più significative in precedenza richiamate, già alla fine degli anni '90 del secolo scorso, in un analogo contesto di tentato risanamento della finanza pubblica: quella prospettiva era focalizzata più da vicino, a differenza degli orientamenti legislativi più recenti, sull'esigenza di migliorare l'efficienza dei processi di produzione dei servizi pubblici e di erogazione delle prestazioni sociali, anche al fine di ottenere «una "composizione" della spesa pubblica coerente con la necessità di una società e di una economia avanzate»[68].

Invece, gli ultimi interventi del legislatore nazionale nell'ambito dei servizi dei pubblici locali di rilievo economico sono espressione di un'impostazione complessiva che supera artificialmente le esigenze che discendono da situazioni geografiche diverse[69], come dimostra il caso dell'individuazione di ambiti territoriali ottimali, definiti di norma sulla base delle circoscrizioni amministrative esistenti e in assenza di una preventiva e adeguata analisi socio-economica; che elude la dimensione di utilità sociale caratteristica di questi servizi[70], come dimostra la netta prevalenza del principio della concorrenza nel bilanciamento con altri interessi, in particolare modo con il principio della democrazia regionale o locale (secondo l'espressione del legislatore europeo); che appare in genere sbilanciata sul dato economico-finanziario, come emerge dal contesto di risparmio della spesa pubblica in cui sono inserite - e a cui sono dichiaratamente funzionali - le disposizioni che si sono succedute negli ultimi anni, tanto da finire col condizionare anche l'interpretazione del giudice amministrativo su alcuni aspetti fondamentali[71].

---

nel settore del trasporto pubblico locale (su questo profilo cfr. di recente A. Candido, *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli, L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014, pp. 356-357).

[68] Cfr. A. Petretto, *Efficienza dei servizi e razionalizzazione della spesa pubblica,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 735 ss. e p. 751.

[69] Cfr. P. Sabbioni, *Servizi pubblici locali: il cambio di paradigma,* in *Amministrare*, 2015, p. 75 ss., in particolare p. 88-89 e p. 92.

[70] Cfr. M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica,* in *Diritto ed economia,* 2012, p. 516.

[71] Cfr. sopra § 2.1.

Questa impostazione genera "resistenze", anche in quanto non fondata su una scelta espressa e condivisa dai diversi livelli di governo[72]; resistenze che a loro volta si traducono in un susseguirsi di modifiche legislative incoerenti rispetto al quadro delineato dalla riforma del 1997 e a volte perfino tra loro contraddittorie anche se ravvicinatissime.

A questo riguardo, la delega, molto ampia, al Governo, prevista dall'art. 16, comma 1 lett. c), e dall'art. 19 l. 7 agosto 2015, n. 124 per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, potrà risolvere i profili critici che sono stati indicati solo attraverso l'assunzione di scelte di fondo chiare (che forse sarebbero dovute spettare al Parlamento); prima fra tutte quella se favorire l'esternalizzazione dei servizi d'interesse economico generale, e dunque la creazione di un mercato da contendere, rispetto all'autoproduzione del servizio, oppure se rendere giuridicamente neutra tale scelta da parte delle autonomie locali, pur nel rispetto dei principi di equilibrio economico-finanziario della gestione[73] anche nel caso di autoproduzione del servizio.

Che poi significa, ancora più in radice, rispondere alla domanda di fondo se si voglia realmente perseguire, e con quali modalità, la finalità di un mercato nei servizi pubblici locali, alla stessa stregua di quanto sta accadendo in questi anni per i grandi servizi a rete (ad esempio per il gas, per l'elettricità, per le telecomunicazioni). Sia chiaro, però, che si tratta di una finalità diversa da quella di assicurare l'efficienza della gestione diretta del servizio da parte dell'amministrazione locale[74].

---

[72] Sulla necessità di innovare un settore vitale per lo sviluppo economico (appunto quello dei servizi pubblici locali) «con il concorso dei diversi livelli di governo» v. M. Midiri, *Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale,* in *Servizi pubblici locali e regolazione*, in a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, cit., p. 1 ss.

[73] Oltre che, ovviamente, della qualità del servizio reso agli utenti.

[74] Anche attraverso, per esempio, «la previsione e l'applicazione di sanzioni adeguate nei confronti degli enti soci, delle partecipate e dei loro amministratori» (P. Sabbioni, *Servizi pubblici locali: il cambio di paradigma,* cit., p. 92).

Rispetto a queste prospettive differenti, la legge delega del 2015 non sembra affatto indirizzare in modo netto il legislatore delegato[75]. L'art. 19 l. n. 124/2015, infatti, dispone che il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale deve individuare la disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione di tali servizi, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee. Inoltre, il decreto legislativo deve individuare, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, le modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, «ivi compresi quelli in materia di auto-produzione».

Si tratta di un insieme di regole e principi molto ampio, di non semplice attuazione da parte del legislatore delegato, atteso che i numerosi, quanto generici, riferimenti al diritto dell'Unione europea non sono risolutivi, almeno nella misura in cui si prenda atto che in questa materia l'attuale assetto normativo europeo non è sempre univoco quanto alle possibili opzioni demandate al legislatore nazionale (in particolare poi nella disciplina di settore del trasporto pubblico locale[76]). In questo contesto il ricorso all'autoproduzione del servizio, già descritto in precedenza, è certamente possibile e compatibile con le disposizioni sovranazionali, al punto da essere ricompreso nell'art. 19 della legge delega tra i principi dell'ordinamento europeo che devono fare da cornice al decreto legislativo nell'individuazione delle forme di gestione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale.

Il legislatore delegato, dunque, ha l'occasione (e l'onere) di risolvere uno scontro tra differenti ispirazioni e interpretazioni di fondo della disciplina dei servizi

---

[75] Nel senso che il tema delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale rientri tra i «profili di contraddizione» della legge delega «difficilmente sanabili» v. F. Giglioni, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale in attesa dell'esercizio della delega,* in *www.federalismi,* 2015, n. 20, p. 4.

[76] V. sopra § 2.2.

pubblici locali. Altri problemi di certo significativi, legati per esempio all'individuazione del mercato rilevante ai fini dell'affidamento del servizio pubblico locale[77] o alla preferenza della formula della concorrenza per il mercato rispetto a quella della concorrenza nel mercato[78], sono logicamente successivi.

In definitiva, è ormai ineludibile una scelta di fondo priva di ambiguità sul rapporto tra amministrazione locale e mercato, cioè sulla reale portata nel nostro ordinamento dell'autonomia dell'ente pubblico quanto all'individuazione e all'organizzazione dei servizi di interesse generale di carattere economico. L'espressione più significativa di tale autonomia, rappresentata dalla possibilità di scelta dell'amministrazione tra autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi dei servizi, si pone a monte di ogni aspetto regolatorio della disciplina sui servizi pubblici locali ed è garantita in via ordinaria (e non sussidiaria) dall'ordinamento comunitario[79]. Il legislatore delegato è chiamato a una scelta chiara, se confermare tale garanzia oppure se prevedere che le amministrazioni locali possano gestire i servizi di interesse economico generale sul proprio territorio in una logica meramente sussidiaria, che si giustifica esclusivamente nei casi di fallimento del mercato[80].

---

[77] Sulla possibilità di «simulare un mercato in servizi del genere» esprime un forte scetticismo, in ragione della tendenziale impossibilità di identificare un mercato rilevante entro i limiti territoriali in cui operano gli enti locali e delle vie finora seguite «per combinare assieme servizi pubblici locali e concorrenza», F. Merusi, *Note conclusive,* in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, cit., p. 323 ss.

[78] A sua volta connesso con il controverso concetto di rete che, quanto nello specifico al trasporto pubblico locale, secondo alcuni dovrebbe essere limitato ai servizi ferroviari, atteso che per il trasporto su gomma non è possibile configurare una rete, almeno in senso strutturale (cfr. M.A. Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali,* cit.; in senso contrario, però, sulla scorta dell'art. 210 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici, che fa riferimento alle «attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo», v. M. Passalacqua, *La regolazione degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 1, p. 25); profilo che è a sua volta connesso con la separazione tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio e con la configurazione, o meno, di tali servizi come monopoli naturali.

[79] Tanto da comportare la necessità di delimitare il campo di operatività delle regole sulla concorrenza dell'Unione europea; v. retro nel testo § 2.2.

[80] In questa prospettiva, in generale rispetto ai servizi pubblici e anche alla luce degli studi

ABSTRACT: Since the 1997 reform, the local public transport sector has been a paradigmatic case of the relationship between competition and management models, as part of the more general problem of regulating services of general economic interest pertaining to local authorities. The paper examines the uncertain legal framework in which the liberalization of local public transport services has occurred, in light of the general principles established by European law and also, most recently, of the prospects of the reform of local public services provided by Law no. 124 of 2015.

KEY WORDS: local public transport services; liberalization; regulation of local services of general economic interest.

economici, cfr. già D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 371 ss. in particolare p. 408 ss. e p. 424.

JusOnline n. 1/2016
ISSN 1827-7942

Isabella Bolgiani

Ricercatore di diritto canonico ed ecclesiastico, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Il ruolo svolto dalle fonti bilaterali in tema di patrimonio archivistico ecclesiastico nella "comunicazione della conoscenza"*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive - 2. Gli archivi ecclesiastici di interesse storico nell'Accordo di Villa Madama - 3. La centralità della collaborazione nell'Intesa del 2000 - 4. I contenuti della Convenzione del 2015 - 5. Problematiche aperte in tema di gerarchia delle fonti - 6. L'importanza della circolazione del sapere: dall'inventariazione alla consultazione delle carte della Chiesa - 7. Considerazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive

Per lungo tempo le vicende legate agli archivi della Chiesa sono rimaste confinate in un ambito per così dire «intra-ecclesiale»[1]. Solo di recente, l'imporsi di un nuovo sistema di relazioni tra Stato e Chiesa cattolica, caratterizzato dal principio di collaborazione introdotto dall'Accordo di revisione concordataria (art. 1)[2], ha

---

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

[1] In questo senso, cfr. A. Zanotti, *Prefazione* a G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica. Profili ecclesiasticistici*, Giappichelli, Torino 2005, p. V, il quale precisa come gli archivi ecclesiastici siano stati a lungo considerati solo come una sorta di «deposito» di dati «concernenti le vicende dei fedeli, […], nonché gli inventari dei beni patrimoniali» ecclesiastici.

[2] Più in generale sul ruolo del principio di collaborazione, si veda G. Lo Castro, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Il Diritto ecclesiastico*, n. I, 1984, p. 508 ss.; P. Consorti, *Collaborazione e intese tra Stato e Chiesa,* in *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, a cura di V. Tozzi, Edisud, Salerno 1990, p. 310, il quale ha sottolineato come il principio di collaborazione rappresenti «un superamento oggettivo» del principio di bilateralità; A.G. Chizzoniti, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, Vita e Pensiero, Milano 2000, p. 124 ss., che ricorda come detto principio in realtà trovi attuazione non solo nella fase di «costruzione legislativa», ma anche nella «fase dell'esecuzione» attraverso un'azione amministrativa partecipata; G. Dalla Torre, *La "filosofia" di un Concordato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004, p. 81, il quale ha rilevato come nell'art. 1 vengano precisati «valori e principi condivisi, cui entrambe le parti intendono improntare non solo l'applicazione nel

saputo progressivamente aprire la via ad una giusta attenzione per una materia che risulta porsi "a cavaliere" tra diritto civile e canonico[3]. Una condizione che deriva in primo luogo dalla natura stessa di tali archivi, i quali costituiscono testimonianza e documento di un ordinamento «indipendente e sovrano», regolato in quanto tale dal diritto canonico[4].

---

tempo di quanto concordatariamente convenuto, ma anche più in generale le proprie reciproche relazioni»; in questo senso, si veda inoltre O. Fumagalli Carulli, *"A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 70-73, la quale sottolinea come la peculiarità dell'Accordo di Villa Madama consista nel suo porsi «non tanto come regolamento di competenze o gelosa definizione dei confini della propria sovranità, (…), ma come impegno di reciproca collaborazione, assunto e condiviso da entrambi i contraenti», in funzione del bene comune; ed ancora più di recente Ead., *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 dell'Accordo di revisione concordataria)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3, 2014, in particolare pp. 6-9.

[3] Sul punto si veda in particolare G. Dammacco, *La natura giuridica degli archivi ecclesiastici*, in Archivi ecclesiastici e legislazione concordataria dopo il nuovo Accordo tra Stato e Chiesa: atti del Seminario di Studi di Bari (Bari 23-24 marzo 1988), a cura di Id., in *Archivi per la storia: rivista della Associazione nazionale archivistica italiana*, n. 2, 1989, Le Monnier, p. 41 ss.; nonché A. Roccella, *Conservazione consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e delle istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico ed ordinamento statuale*, in *Le carte della Chiesa. Archivi e biblioteche nella normativa pattizia*, a cura di A.G. Chizzoniti, Il Mulino, Bologna 2003.

[4] In questo senso, A. Zanotti, *Prefazione* a *Gli archivi della Chiesa cattolica. Profili ecclesiasticistici*, cit., p. V. Sugli archivi nell'ordinamento canonico, si veda A. Turchini, *Archivi della Chiesa ed archivistica*, La Scuola editore, Brescia 2011; E. Boaga, *Gli archivi ecclesiastici nel diritto canonico*, in Archivi e Chiesa locale. Studi e contributi. Atti del "Corso di archivistica ecclesiastica" (Venezia, dicembre 1989 – marzo 1990), Studium cattolico veneziano, Venezia 1993, p. 62 ss.; M. Grossi, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, in *Storia d'Italia nel secolo ventesimo. Strumenti e fonti, III, Le fonti documentarie*, Pubblicazione degli Archivi di Stato, Roma, 2006, p. 333 ss. Per una panoramica sulle diverse tipologie di archivio nel diritto della Chiesa, si rinvia a G. Badini, *Archivi e Chiesa. Lineamenti di archivistica ecclesiastica e religiosa*, Il Mulino, Bologna 1989; nonché A. Lauro, *Gli archivi ecclesiastici nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *Archiva Ecclesiae*, n. 28-29, 1985-1986, p. 26 ss.; e R. Maceratini, *La legislazione canonica e gli archivi ecclesiastici*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, CCXII, 1992, p. 523 ss. Sul punto, sia pure senza pretesa di completezza, occorre in ogni caso sottolineare come il "nucleo" delle disposizioni in materia di archivi si trovi nel Libro II, Titolo III, Art. 2 del Codice di diritto canonico del 1983 (in particolare, si vedano i cann. 486-491). Detti canoni stabiliscono anzitutto come presso ogni curia sia istituito un archivio diocesano (can. 486 § 2) destinato a custodire tutti i documenti e le scritture che riguardano «le questioni temporali e spirituali della diocesi» (c.d. archivi comuni o correnti); il can. 491 § 2 stabilisce inoltre che il Vescovo diocesano abbia cura che nella diocesi vi sia un «archivio storico», nel quale confluiscono gli atti che abbiano acquisito appunto «valorem historicum». Le modalità che presiedono al trasferimento dall'uno all'altro, non previste nel Codice del 1983, sono enunciate per la Chiesa italiana dallo «Schema-tipo di Regolamento degli Archivi ecclesiastici italiani» (al riguardo si v. *infra* nota 39), il quale dispone che in linea di principio i suddetti atti entrino a fare parte dell'archivio storico esaurita la loro funzione specifica e «superato il limite convenzionale alla consultabilità (70 anni)». Per quanto concerne i documenti che per loro natura o per disposizione di legge devono rimanere riservati, essi sono custoditi invece nell'«archivio segreto» (can. 489, § 1), che può essere costituito in un ambiente distinto da quello dell'archivio corrente o situato al suo interno, purché siano adottate particolari misure di sicurezza dirette a garantirne l'inviolabilità. Il can. 491 § 1

Si è così determinato un singolare sviluppo di disposizioni su questi temi, anche in considerazione dell'evoluzione tanto della scienza archivistica quanto della disciplina dei "beni culturali" in generale[5]. Gli archivi di interesse storico della Chiesa, infatti, appartengono di regola a quest'ultima categoria[6].

---

contiene, infine, un espresso richiamo al fatto che il Vescovo diocesano «abbia cura che anche gli atti e i documenti degli archivi delle chiese cattedrali, collegiate, parrocchiali e delle altre chiese presenti nel suo territorio vengano diligentemente conservati» e che se ne compilino in due esemplari, di cui uno viene conservato nella rispettiva chiesa e l'altro nell'archivio diocesano.

La dottrina sopra elencata ha poi provveduto ad una serie di classificazioni riguardanti nello specifico i diversi tipi di "archivi ecclesiastici". Al riguardo si veda per tutti, A. Turchini, *Archivi della Chiesa ed archivistica*, cit., pp. 28-29, che si richiama a propria volta ad E. Boaga (*Gli archivi ecclesiastici nel diritto canonico*, cit., pp. 140 ss), il quale distingue due principali categorie: gli «archivi ecclesiastici pubblici» ovvero «gli archivi delle persone giuridiche pubbliche, che agiscono a nome della Chiesa»; e gli «archivi ecclesiastici privati», che comprendono a propria volta gli archivi «di enti ed istituti con regole sottoposte al controllo della autorità ecclesiastica» e gli archivi ecclesiastici in «senso lato», cioè gli archivi di associazioni o enti privi di personalità giuridica pubblica nell'ordinamento canonico.

[5] Sull'evoluzione della scienza archivistica, si veda da ultimo *Archivistica. Teorie, metodi e pratiche*, a cura di L. Giuva, M. Guercio, Carocci, Roma 2014. E più nello specifico: *Archivistica ecclesiastica: problemi, strumenti, legislazione*, a cura di A.G. Ghezzi, ISU, Milano 2001. Con specifico riferimento agli archivi ecclesiastici, preme ricordare, secondo quanto sottolineato da una parte della dottrina, come essi rappresentino testimoni privilegiati dell'operato della Chiesa e come «nello svolgimento di tale funzione perseguano evidentemente un fine di natura strettamente giuridico-amministrativa», che poi acquista «rilievo storico» ogni qual volta la conservazione delle carte «si protrae oltre il termine di utilizzazione delle stesse» (D. Milani, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico: interessi istituzionali e diritti individuali a confronto*, in *Commenti e Contributi di OLIR*, Aracne Editore, Roma 2005, p. 149). Avvenuto tale passaggio (da amministrativo a storico) - precisa altra dottrina - il materiale documentario non modifica tuttavia la sua natura iniziale e, comunque, mantiene – anche dopo avere acquisito la qualifica di «bene culturale» – la sua vocazione originaria e «produttività di effetti giuridici» (cfr. E. Lodolini, *Archivistica. Principi e problemi*, Franco Angeli editore, Milano 1986, pp. 125-126).

[6] Più in generale, in ordine alla inclusione degli «archivi di interesse storico» tra i beni culturali, si veda per una attenta ricostruzione della evoluzione della normativa sul tema: A. Roccella, *Conservazione consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e delle istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico ed ordinamento statuale*, cit., p. 49 ss., il quale ricorda come l'espressione "beni culturali" si sia diffusa in Italia in tempi relativamente recenti ed in particolare per effetto di una commissione di indagine nota con il nome del suo presidente ovvero la «Commissione Franceschini». Essa adoperò l'espressione «bene culturale» da intendersi come bene «che costituisce testimonianza materiale avente valore di civiltà» e propose la classificazione dei beni culturali in cinque categorie, una delle quali costituita proprio dai beni archivistici (la relazione e le dichiarazioni della Commissione sono pubblicate in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, p. 119 ss). Per l'attuale definizione del concetto di "bene culturale", si veda da ultimo il D.lgs n. 42 del 2004 (c.d. Codice Urbani), il quale all'art. 2 - dopo avere affermato che il patrimonio culturale è costituito dai «beni culturali e paesaggistici» (comma 1) - precisa che sono tali «le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, *archivistico* [il corsivo è mio] e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di

Di qui, dunque, l'importanza dell'art. 12 dell'Accordo di revisione concordataria, in tema di «patrimonio storico ed artistico», per gli "impegni" assunti dalle Parti nel segno di una sua «*migliore* [il corsivo è mio] salvaguardia, valorizzazione e godimento»[7] ed il rilievo delle fonti bilaterali, che ne sono derivate e che saranno oggetto del presente studio.

In particolare, tre appaiono dunque i fili conduttori che questa analisi si propone di percorrere. Anzitutto, occorre evidenziare il "ruolo" svolto dalla collaborazione per quanto concerne nello specifico il patrimonio archivistico ecclesiastico e la riconducibilità a tale *ratio* delle fonti bilaterali che se ne occupano. In secondo luogo si intende sottolineare come il paradigma strutturale dell'Accordo di Villa Madama (definito da una parte della dottrina come «Concordato quadro»[8]) abbia contribuito a determinare - anche con riferimento a questi temi - una sorta di "effetto a cascata", in forza del quale dopo la definizione di una prima serie di intese si sono aggiunti ulteriori nuovi accordi[9], sia pure dal valore giuridico differente rispetto ai precedenti. Infine, occorre rilevare il "peso" di queste scelte nel quadro più generale della "comunicazione della conoscenza", avendo particolare riguardo al tema del giusto bilanciamento tra una adeguata tutela della proprietà del patrimonio archivistico ecclesiastico e la sua effettiva fruibilità da parte dei possibili utenti a ciò interessati.

---

civiltà». Tale qualifica discende, in particolare, dalla verifica «dell'interesse culturale» degli stessi che è regolamentata dagli art. 10, 11 e 13 del Codice Urbani. Per un commento ai singoli articoli, si veda per tutti *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A.M. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2012.

[7] Così S. Bordonali, *L'art. 12 del nuovo Concordato dieci anni dopo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1995, p. 98, il quale indica come tale norma non sia introduttiva di forme di limitazione della legislazione unilaterale in materia, ma di una disciplina, frutto della collaborazione, «migliorativa e aggiuntiva rispetto a quella che già è in vigore». Tra i primi commenti in questo stesso senso si veda in particolare G. Pastori, *L'art. 12 del nuovo Concordato: interpretazioni e prospettive di attuazione*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, XXVI, 1989, p. 84 ss

[8] In questo senso, si veda F. Margiotta Broglio, *Dalla questione romana ai Patti Lateranensi*, in *Un accordo di libertà: la revisione del Concordato con la Santa Sede*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1986, p. 49.

[9] Al riguardo, si vedano i paragrafi 3 e 4.

Proprio il riferimento a quest'ultimo profilo rende necessaria un'ultima precisazione circa l'ampiezza della "nozione" di archivi ecclesiastici. Si tratta di questione su cui in dottrina si riscontrano posizioni differenziate, ma rispetto alla quale occorre offrire sin da subito una chiave di lettura valida per una migliore comprensione delle considerazioni che seguiranno. A questo proposito, occorre anzitutto chiarire come, a fronte dei vari momenti che caratterizzano la "vita" di un archivio nel diritto canonico[10], la scelta attuata dalle Parti contraenti – e questo qui particolarmente interessa – sia stata quella di dedicare la propria attenzione nello specifico agli "archivi ecclesiastici di interesse storico", stante il loro rilievo tanto per l'ordinamento statale quanto per quello confessionale. Il valore della locuzione "interesse storico" sarà meglio chiarito nel paragrafo dedicato alla Intesa del 2000, mentre preme già ora evidenziare quali siano i requisiti soggettivi e oggettivi che, secondo una parte della dottrina, attraggono un "bene d'archivio" nella «categoria connotata dal carattere dell'ecclesiasticità»[11].

Un primo elemento è senz'altro rappresentato dall'inscindibile legame esistente tra tale materiale documentale ed un soggetto facente parte dell'ordinamento canonico; inoltre, come è stato rilevato[12], necessita «la soggezione dei beni d'archivio alla attività di vigilanza e controllo della autorità ecclesiastica», così come prevedono in particolare i cann. 487, 488 e 535 del *Codex iuris canonici* del 1983; tra i requisiti oggettivi utili per la classificazione suddetta, occorre poi rilevare la "funzione pubblica" di questi beni nell'ordinamento della Chiesa, che «trascende l'individuo nella tutela di un interesse non particolare». In sintesi, il carattere di "ecclesiasticità" di un archivio deriva, secondo tale orientamento, dal «collegamento con il diritto canonico e con la realtà ecclesiale» così come ricavabile dal combinato e «dalla esistenza dinamica»[13] dei suddetti requisiti soggettivi ed oggettivi, i quali

---

[10] Al riguardo, si veda *supra* nota 5.
[11] In questo senso, G. Dammacco, *La natura giuridica degli archivi ecclesiastici*, cit., p. 41 ss.
[12] *Ivi*, pp. 44-46.
[13] In questo senso, *ivi*, p. 46.

sono comunque accostabili nella sostanza ai più generali elementi qualificanti (ma non esaustivi) della titolarità e della destinazione[14].

2. Gli archivi ecclesiastici di interesse storico nell'Accordo di Villa Madama

Durante un convegno[15] dedicato, ormai quindici anni or sono, all'Intesa - conclusa tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la Conferenza Episcopale Italiana - «relativa alla conservazione e consultazione degli archivi d'interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche»[16] veniva ricordato come l'esigenza di una disposizione pattizia specificamente dedicata a questo tema fosse stata prospettata «fin dagli inizi del lungo e travagliato percorso di revisione del Concordato lateranense ad opera della Commissione ministeriale istituita dall'on. Gonella nel 1968»[17], posta l'assenza di una simile previsione nel testo pattizio del 1929[18].

---

[14] In questo senso si veda inoltre S. Bordonali, *L'attuazione dell'art. 12 del nuovo accordo: prospettive giuridiche della cooperazione*, in Archivi ecclesiastici e legislazione concordataria dopo il nuovo Accordo tra Stato e Chiesa: atti del Seminario di Studi di Bari, (Bari 23-24 marzo 1988), cit., p. 103 il quale ricorda che, se da un lato, gli archivi possano essere di vario tipo e «raccogliere materiale eterogeneo, riflesso della attività che si intende documentare», dall'altro, la «peculiarità degli archivi ecclesiastici» consiste nel "valore" che assumono i documenti in essi custoditi, «in quanto funzionali all'esercizio del potere spirituale della Chiesa».

[15] Si tratta del Convegno di Studi dedicato ad *Archivi e biblioteche ecclesiastiche dopo l'intesa tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la Conferenza Episcopale Italiana*, organizzato dal Ministero per i beni e le attività culturali, dal Centro Studi sugli Enti Ecclesiastici (CESEN), dal Dipartimento di Studi sullo Stato dell'Università di Firenze e dall'Università di "Tor Vergata", che ebbe luogo a Roma presso il Complesso Monumentale di San Michele, nelle date del 2-3 aprile 2001.

[16] Si veda il D.P.R. 16 maggio 2000, n. 189 – *Esecuzione dell'intesa tra il Ministro per i beni e le attività culturali e il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, firmata il 18 aprile 2000*. Il testo è consultabile nel volume Cesen - *La Chiesa cattolica in Italia. Normativa pattizia*, a cura di I. Bolgiani, Giuffrè, Milano 2009, pp. 171- 182.

[17] Così G. Feliciani, *I capisaldi dell'Intesa*, in *Le carte della Chiesa*, *Archivi e biblioteche nella normativa pattizia*, cit., p. 111, il quale nella ricostruzione puntale di tale percorso, rinvia a propria volta a G. Spadolini, *La questione del Concordato con i documenti inediti della Commissione Gonella*, Le Monnier, Firenze 1976, pp. 297 ss.

[18] Sul punto si veda A. Roccella, *I beni culturali ecclesiastici*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004, p. 201. Per una analitica ricostruzione storica del tema, si rinvia inoltre ad O. Bucci, *Gli archivi ecclesiastici di fronte alla legislazione statale. Dalle leggi eversive alle modificazioni del Concordato*, in *Archiva Ecclesiae*, n. 28-29, 1985-1986, p. 82 ss.

In particolare, tale proposta - recepita in forma piuttosto sintetica nelle prime bozze e cioè con riferimento ai soli archivi - venne infine estesa anche ai c.d. beni librari nei testi successivi, sino a giungere alla formula attuale[19], secondo la quale la «conservazione e la consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche dei medesimi enti ed istituzioni saranno favorite e agevolate sulla base di intese tra i competenti organi delle due Parti» (art. 12, n. 1, comma 3)[20].

Come anticipato, dunque, è dall'Accordo di revisione concordataria, che è inevitabile prendere le mosse per comprendere la *ratio* alla base delle fonti bilaterali che si sono sviluppate nel tempo, ovvero, in particolare l'Intesa sopra citata, dedicata espressamente alla materia degli archivi e delle biblioteche ecclesiastiche, la recentissima Convenzione per la «reciproca integrazione dei dati presenti nel portale BEWEB - Beni ecclesiastici in web», gestito dall'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici della CEI, «nell'ambito del Sistema archivistico nazionale» siglata il 10 marzo 2015[21], nonché l'Intesa del 26 gennaio 2005[22], sostitutiva della precedente

---

[19] Per una accurata individuazione di tali passaggi, si rinvia a G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica. Profili ecclesiasticistici*, cit., in particolare p. 54 ss. Inoltre, sulla evoluzione delle trattative che hanno portato alla versione definitiva dell'art. 12, si veda F. Petroncelli Hubler, *Brevi note sulla tutela dei beni culturali nell'accordo di modificazioni del Concordato*, in *Il Nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, a cura di R. Coppola, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 715 ss.; ed, *ivi*, F. E. Adami*, Archivi e biblioteche di enti ed istituzioni ecclesiastiche*, in particolare pp. 244-248; ed ancora, Id., *Problemi preliminari di genesi dell'art. 12 del nuovo Accordo tra Stato e Chiesa,* in Archivi ecclesiastici e legislazione concordataria dopo il nuovo Accordo tra Stato e Chiesa, Atti del seminario di studio di Bari (Bari 23-24 marzo 1988), cit., p. 30 ss.

[20] Sul punto, si veda *ex multis* S. Bordonali, *L'attuazione dell'art. 12 del nuovo accordo: prospettive giuridiche della cooperazione*, in Archivi ecclesiastici e legislazione concordataria dopo il nuovo Accordo tra Stato e Chiesa, Atti del seminario di studio di Bari (Bari 23-24 marzo 1988), cit., p. 103 ss.; T. Mauro, *Beni culturali di interesse religioso e archivi ecclesiastici nell'art. 12 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Archiva Ecclesiae*, 28-29, 1985-1986, p. 37 ss.; G. Feliciani, *Il regime giuridico dei beni archivistici*, *in Archiva Ecclesiae,* 30-31, 1987-1988, pp. 115 ss.; S. Bordonali, *L'art. 12 del nuovo Concordato dieci anni dopo*, cit., p. 75 ss; A.G. Chizzoniti, *La tutela dei beni culturali di interesse religioso nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Derecho y Religión*, n. V, 2010, p. 171 ss.; ed ancora, in modo particolarmente approfondito, G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica. Profili ecclesiasticistici*, cit., pp. 54- 79.

[21] Il testo di tale documento è consultabile nel *data base* del sito www.olir.it.

[22] Si veda il D.P.R. 4 febbraio 2005, n. 78 – *Esecuzione dell'intesa tra il Ministro per i beni e le attività culturali ed il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, firmata il 26 gennaio 2005, relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti ed istituzioni ecclesiastiche*. Il testo è consultabile nel volume *La Chiesa cattolica in Italia. Normativa pattizia*, cit., pp. 183-193.

sottoscritta il 13 settembre 1996[23], «relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche».

Il minimo comune denominatore, sotteso a tali documenti, è evidentemente costituito dal "principio di collaborazione"[24], di cui all'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama. Esso, nel sancire in apertura di tale testo fondamentale l'impegno dei contraenti per la «promozione dell'uomo» e il «bene del Paese», offre infatti – come noto – un utile strumento di lettura dell'intero articolato normativo che ne segue, oltre a collocarsi in una posizione di armoniosa conformità rispetto all'insieme dei principi che caratterizzano il nostro ordinamento per quanto riguarda il fenomeno religioso[25]. In questo senso, dunque, proprio con riferimento a temi che – come nel caso di specie – rientrano tra quelle che si potrebbero definire materie "di confine"[26], la collaborazione mostra con efficacia una delle sue molteplici sfaccettature, risultando fondamentale non solo in quanto «camera di compensazione di eventuali conflitti»[27], ma quale forma privilegiata di coinvolgimento dei poteri per la realizzazione di obiettivi condivisi.

---

[23] Si veda il D.P.R. 26 settembre 1996, n. 571 – *Esecuzione dell'intesa tra il Ministro per i beni culturali e ambientali ed il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, firmata il 13 settembre 1996, relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti e istituzioni ecclesiastiche*. Il testo è consultabile nel volume *La Chiesa cattolica in Italia. Normativa pattizia*, cit., nota 1, pp. 185-187.

[24] Si veda *supra* nota 2.

[25] In questo senso, si veda *ex multis*, I. Bolgiani, *Nuove dinamiche di relazione tra Stato e Chiesa cattolica. Le fonti pattizie nel quadro dell'evoluzione ordinamentale civile e canonica*, in *La Chiesa cattolica in Italia. Normativa pattizia*, cit., p. 9, ove l'A. afferma che se il concetto di laicità che emerge da una lettura sistematica degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica - come afferma la Consulta - «non indifferenza (…) dinnanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione», la collaborazione tra autorità civili e religiose non può che apparire «una delle forme più significative di attuazione di tale principio supremo».

[26] Ci si intende cioè riferire a quei temi che rispondono ad esigenze del cittadino ma anche, per taluni profili, del fedele. Esse di regola risultano pertanto di competenza statale ma, in alcuni casi, la possibile sovrapposizione di tali interessi ne suggerisce, per una migliore regolamentazione, una trattazione definita bilateralmente, sulla base appunto del principio di collaborazione. Al riguardo, si veda R. Botta, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazione delle fonti del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004, p. 98 ss.

[27] Così A.G. Chizzoniti, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 132.

Per una migliore comprensione di tali affermazioni, occorre tuttavia partire dal n. 1, comma 1 del summenzionato art. 12, il quale prevede – come anticipato – il reciproco impegno delle Parti alla collaborazione per la «tutela del patrimonio storico ed artistico» esistente in Italia. Una previsione che è stata accolta sin da subito con particolare entusiasmo da una parte della dottrina[28], proprio per la sua capacità di introdurre la possibilità della realizzazione di interventi ad «amplissimo spettro»[29] su questi temi. In tal senso, essa può pertanto venire letta in combinato con quanto affermato dal successivo comma 3, riguardante gli «archivi di interesse storico» di proprietà ecclesiastica, così da potenziarne ulteriormente ed opportunamente la portata applicativa.

Ma non basta. Secondo la dottrina prevalente, infatti, il dettato dell'art. 12 (n. 1) rileva anche sotto un ulteriore profilo. Pur rivestendo infatti un ruolo fondamentale in ordine ai rapporti tra Stato e Chiesa cattolica in tema di patrimonio culturale, tale norma – precisa l'orientamento prevalente[30] - non è valsa a trasformare la materia dei beni culturali di proprietà della Chiesa in una *res mixta*. Si tratta di una posizione che ha fatto discutere e che ancora oggi non pare del tutto scevra da criticità. Tuttavia nel "prendere le misure di questo tema" la questione non può venire sottaciuta, ricordando come, secondo tale interpretazione, l'articolo in questione non implichi una rinuncia dello Stato italiano «alla propria potestà

---

[28] Per un accurato esame dell'art. 12, n. 1, comma 1 dell'Accordo di revisione concordataria, si rinvia tra i primi commenti ad A. Nicora, *Il senso di una ricerca*, in *Beni culturali di interesse religioso*, a cura di G. Feliciani, Il Mulino, Bologna 1995, pp. 204-205, il quale sottolinea come il dettato dell'art. 12, n. 1, comma 1 costituisca «una assunzione di responsabilità» che, letta in connessione con l'art. 1 dell'Accordo di revisione concordataria, «pare volere indicare nella tutela del patrimonio storico artistico» un puntuale momento esplicativo del più generale impegno sottoscritto dalle due parti.

[29] Così, A.G. Chizzoniti, *Profili giuridici dei beni culturali di interesse religioso*, Libellula, Tricase 2008, p. 147 ss., il quale ricorda come tale norma assuma per i soggetti interessati il senso di un «modus operandi da applicare allo scopo di far sì che le azioni in tale ambito, tanto quelle individuali quanto quelle concordate siano finalizzate al perseguimento del bene comune della tutela del patrimonio storico ed artistico della nazione». Un impegno che non si limita alla parte di quest'ultimo che riveste interesse religioso, ma che lo coinvolge nella sua interezza.

[30] Si veda, per tutti, G. Pastori, *L'art. 12 del nuovo Concordato: interpretazioni e prospettive di attuazione*, cit., p. 84 ss.

legislativa ed amministrativa in tema di tutela del patrimonio storico e artistico degli enti ecclesiastici»[31], ma abbia altresì introdotto uno "strumento" fondamentale di approccio a questa materia - la collaborazione appunto -, finalizzato al comune impegno delle parti per il benessere della collettività. In questo senso, dunque, si colloca il comma 3 del n. 1 dell'art. 12, laddove esso prevede espressamente, come obiettivo dei rapporti, tra i competenti organi delle Parti, la «tutela e la consultazione» degli archivi di interesse storico mediante la sottoscrizione di possibili successive intese. Al riguardo, una parte della dottrina, del resto, ha sottolineato come la disciplina degli archivi ecclesiastici debba necessariamente tenere conto della "duplice funzione" a cui essi assolvono (l'una riconducibile al «campo dell'amministrazione patrimoniale», che è propria dello Stato; e l'altra «direttamente a servizio dell'ordine spirituale»); di qui, secondo tale orientamento, «la necessità del negoziato bilaterale […] per determinare le modalità ed i livelli di azione congiunta» delle due Parti, senza trascurare come gli archivi ecclesiastici servano «a conservare e trasmettere integra ai posteri la testimonianza della attività ed influenza della Chiesa»[32].

Queste considerazioni portano ad un'ultima osservazione in ordine alla ampiezza applicativa del suddetto terzo comma. Ci si chiede infatti se – nelle intenzioni delle parti contraenti – tali archivi possano presentare, oltre all'interesse culturale suddetto, anche un "interesse religioso" e - come tali - trovare tutela nelle disposizioni che di queste fattispecie si occupano. Il quesito era già stato posto dalla dottrina[33], non ancora vigente il nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, con riferimento alla applicabilità o meno agli archivi ecclesiastici delle norme contenute nell'art. 12, n. 1, comma 2 dell'Accordo di revisione concordataria, il quale – come noto – prevede la possibilità di accordi tra gli organi competenti delle

---

[31] A. Roccella, *Conservazione consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e delle istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico ed ordinamento statuale*, cit., p. 42.

[32] S. Bordonali, *L'attuazione dell'art. 12 del nuovo accordo*, cit., rispettivamente, p. 112 e p. 103.

[33] Così G. Feliciani, *I capisaldi dell'Intesa*, cit., p. 119.

due parti per «armonizzare l'applicazione della legge italiana con le esigenze di carattere religioso»[34], così da garantirne la tutela, la valorizzazione ed il godimento.

La conclusione - ora come allora - deve ritenersi affermativa, posto che il ruolo degli archivi ecclesiastici in taluni casi può senz'altro venire ricondotto a quelle attività di educazione, formazione del clero, catechesi, etc., che l'art. 16, lett. a) della legge n. 222/1985 individua come «attività di religione o di culto»[35]. Appare dunque corretto dichiarare che anche gli archivi della Chiesa – quando presentino interesse religioso nel senso chiarito[36] – possano essere oggetto di opportune previsioni tra le parti ai sensi del comma 2, n. 1 dell'art. 12 e delle disposizioni ad esso riconducibili, oltre che, più in generale, venire disciplinati - come lo stesso terzo comma prevede e qui particolarmente rileva - dalle intese dirette allo scopo specifico di agevolare e favorire la loro «conservazione e consultazione».

3. La centralità della collaborazione nell'Intesa del 2000

L'attuazione dell'art. 12, n. 1, comma 3 dell'Accordo di Villa Madama ha portato alla definizione del già menzionato accordo del 2000 in tema di «archivi di interesse storico» e «biblioteche» degli enti ed istituzioni ecclesiastiche. In

---

[34] In ordine al dibattito sulla esatta portata applicativa di tale locuzione, si rinvia da ultimo a N. Colaianni, *La tutela dei beni culturali di interesse religioso tra Costituzione e convenzioni con le confessioni religiose*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale. Rivista e pluralismo confessionale*, 2012, pp. 3-6.

[35] Non solo. Se il n. 1, comma 2 dell'art. 12 dell'Accordo di Villa Madama non fosse applicabile ai beni archivistici, il loro eventuale interesse religioso - come è stato precisato - resterebbe privo di tutela, «senza che sia dato vedere una ragionevole giustificazione di questa specie di *privilegium odiosum* loro riservato rispetto ad altri beni culturali ecclesiastici» (G. Feliciani, *I capisaldi dell'Intesa*, cit., p. 119). In senso conforme, A. Roccella, *Conservazione consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e delle istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico ed ordinamento statuale*, cit., p. 62, il quale sottolinea espressamente - con riferimento all'art. 12, n. 1, commi 2 e 3 - come gli «archivi di interesse storico […] possano ben costituire oggetto di entrambi i tipi di intesa».

[36] Più in generale sull'utilizzo della formula «di interesse religioso» con riferimento ai beni culturali ecclesiastici nella legislazione pattizia, si veda di recente A.G. Chizzoniti, *La tutela dei beni culturali di interesse religioso nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 177, il quale richiama a propria volta G. Feliciani, *Le intese sui beni culturali ecclesiastici: bilanci e prospettive*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1, 2006, p. 6 ss., che sottolinea come - una volta individuato un bene come culturale sulla base delle norme di diritto comune (nella specie, il Codice Urbani) - esso rivesta «fino a prova contraria» il carattere dell'interesse religioso qualora sia «funzionale allo svolgimento di quelle attività che per reciproco accordo tra Stato e Chiesa siano state definite di religione o di culto».

particolare, esaminando l'articolato dell'Intesa in questione, va rilevato come essa sia stata sviluppata in tre Parti, riguardanti rispettivamente gli "archivi di interesse storico", le "biblioteche" e le "disposizioni finali". Soffermandosi, per ovvi motivi, sulla prima sezione dell'accordo, appare significativa la scelta di adozione di un modello simmetrico, in forza del quale - dopo avere enunciato i principi generali - ci si occupa, nell'ordine, degli interventi della Chiesa cattolica, delle azioni dello Stato ed, infine, espressamente della collaborazione tra Chiesa e Stato su questi temi. L'intera intesa appare dunque - sin dal suo impianto strutturale - basata su tale fondamentale principio.

Prima di entrare nel merito dei contenuti dell'accordo, occorre tuttavia sottolineare una questione terminologica dalle conseguenze pratiche importanti e cioè l'impiego - per indicare i beni di cui tale fonte si occupa - di due espressioni differenti: ovvero archivi «di interesse storico» e «di notevole interesse storico ai sensi della normativa vigente» (art. 1, comma 1).

L'utilizzo della seconda locuzione implica, infatti, un espresso richiamo alla disciplina civilistica, che al momento della stipula dell'accordo doveva intendersi riferito all'art. 6 del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (D.lgs. n. 490 del 1999)[37], ma che oggi si reputa rivolto – almeno secondo l'interpretazione maggioritaria[38] - agli archivi di «interesse storico particolarmente importante», di cui all'art. 10, comma 3, lett. b) del D.lgs. n. 42 del 2004[39]. Accanto a tali previsioni l'intesa si occupa poi, come anticipato, degli «archivi di interesse storico» e, nella specie, precisa come debbano venire considerati tali quelli in cui siano conservati «documenti di data anteriore agli ultimi settanta anni»

---

[37] Al riguardo, per tutti, si veda A. Roccella, *Conservazione e consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico e statuale*, cit. p. 46.

[38] Per tutti, si veda da ultimo G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica,* cit., p. 103.

[39] Si tratta cioè di archivi che assumono la qualifica di "beni culturali", quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'art. 13, comma 1 del Codice Urbani cioè nel caso in cui sia stata accertata «la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto» (in questo caso appunto: «l'interesse storico particolarmente rilevante»).

(art. 1, n. 1), riecheggiando la norma contenuta nell'art. 9 del Testo Unico del 1999[40]. Una disposizione che – secondo una parte della dottrina – andrebbe oggi riferita agli archivi per i quali non sia invece intervenuta la «dichiarazione di interesse culturale», di cui all'art. 13 del Codice Urbani[41], ovvero quelli c.d. di interesse storico *tout court*[42].

Tanto rilevato, preme ora indagare i contenuti dell'accordo, laddove maggiormente emerge la centralità dello spirito di collaborazione, quale strumento privilegiato per la realizzazione - in termini rispettosi delle esigenze delle parti contraenti - di quella "comunicazione della conoscenza", di cui gli archivi ecclesiastici sono fondamentali custodi[43].

In particolare, l'art. 2 dell'intesa è dedicato, come anticipato, agli «interventi della Chiesa cattolica». Esso prevede l'impegno dell'autorità ecclesiastica, fermo quanto previsto dalla normativa civile vigente, ad assicurare la conservazione di tali beni ed a «disporne l'apertura alla consultazione» (comma 1). Appare dunque evidente come l'accordo sia diretto a consentire la "fruibilità" di tale patrimonio da

---

[40] Tale articolo imponeva ai privati proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di archivi di cui facciano parte documenti anteriori all'ultimo settantennio di farne «denuncia al Soprintendente archivistico». Al riguardo, si veda G. Pastori, *Art. 9*, in *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali. Commento al T.U. approvato con D.Lgs. 9 ottobre 1999, n. 490*, a cura di M. Cammelli, Il Mulino, Bologna 2000, p. 49 ss. Più nello specifico, si veda C. Azzimonti, *I beni culturali ecclesiali nell'ordinamento canonico e in quello concordatario italiano*, EDB, Bologna, 2001, p. 353, il quale sottolinea come con l'art. 9 del T.U. si è superata «l'incongruenza normativa che condizionava alla dichiarazione di notevole interesse storico da parte delle soprintendenze archivistiche» - ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 1409 del 1963 - «la possibilità per gli archivi ecclesiastici di accedere ai contributi finanziari dello Stato». In questo stesso senso, A. Roccella, *Conservazione e consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico e statuale*, cit., p. 52.

[41] In questo senso F.A. Cancilla, *art. 127*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 969.

[42] Il punto forse meriterebbe un chiarimento a livello normativo bilaterale, stante le disposizioni introdotte dal nuovo Codice del 2004 già menzionate. Più in generale, sull'importanza della terminologia adottata in questo particolare settore normativo, si veda T. Mauro, *Beni culturali di interesse religioso ed archivi ecclesiastici nell'art. 12 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Archiva Ecclesiae*, 28-29, 1985-1986, p. 67 ss..

[43] Sul tema, più in generale si rimanda ad A. Turchini, *Archivi della Chiesa ed archivistica*, cit., *passim*.

parte dei possibili utenti, oltre ovviamente a garantirne la conservazione[44]. Per tale motivo viene prevista nello specifico la dotazione di un apposito regolamento, sulla base di uno «schema tipo» approvato dalla Conferenza Episcopale Italiana, nel quale vengano disciplinati - tra gli altri - l'orario di apertura al pubblico, la predisposizione di un inventario e di «strumenti di corredo aggiornati» (comma 2) [45]. A completamento di tali previsioni, è stabilita - quanto agli «impegni» di parte statale - la «collaborazione tecnica» degli organi competenti «per la dotazione di attrezzature, la redazione di inventari, il restauro, […] nonché lo scambio di materiale informatico (*software*) relativo a programmi e progetti di inventariazione» (art. 3, comma 1). Si prevede, inoltre, che la C.E.I. predisponga un apposito «elenco di archivi di interesse storico» e che lo trasmetta, periodicamente aggiornato, al Ministero per il deposito presso le Soprintendenze archivistiche (art. 3, comma 2)[46]. Infine, l'art. 4 dell'intesa si occupa espressamente degli interventi di «collaborazione tra la Chiesa cattolica e lo Stato». In esso viene affermato come tale *cooperatio* risulti essenzialmente finalizzata ad assicurare la «conservazione e la consultazione degli archivi» e come

---

[44] Per completezza espositiva si deve ricordare che una parte della dottrina ha rilevato che l'apertura alla consultazione degli archivi ecclesiastici potrebbe apparire quasi una sorta di «contraccambio» rispetto ai possibili finanziamenti pubblici stabiliti dall'intesa a favore della conservazione dei medesimi (F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 353). Di parere parzialmente difforme, è un diverso orientamento dottrinale (G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., p. 125), per il quale i suddetti interventi di sostegno economico si originano dal riconoscimento della «enorme rilevanza degli archivi ecclesiastici in sé» quali beni della comunità, «senza rivendicare contropartite nella logica, […], del *do ut des*».

[45] Al riguardo, si precisa come in realtà un primo "Schema-tipo di Regolamento degli Archivi ecclesiastici italiani" fosse stato approvato dal Consiglio Permanente della CEI nella sessione del 27-30 marzo 1995. Questo testo è poi stato successivamente rivisto nel 2003, proprio alla luce dell'intesa del 2000, «da un gruppo di lavoro misto, comprendente rappresentanti dell'Amministrazione archivistica, dell'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici della CEI e dell'Associazione degli archivisti ecclesiastici» (G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., p. 100, la quale riporta tale documento nella Appendice del suo volume).

[46] Si tratta di una scelta che sembra nascere dall'esigenza di attribuire alla Conferenza Episcopale Italiana un certo margine di discrezionalità nella individuazione degli archivi destinatari degli interventi previsti, sebbene il suddetto elenco debba necessariamente comprendere – come sottolinea parte della dottrina – «gli archivi storici diocesani di cui al can. 491 § 2 del vigente Codice di diritto canonico». In questo senso, G. Feliciani, *I capisaldi dell'Intesa*, cit., pp. 123-124, il quale sottolinea come sia la Chiesa sia lo Stato considerino tali archivi meritevoli di una particolare tutela, ai sensi delle disposizioni dell'intesa che ne prevedono – come già visto – la regolamentazione mediante apposito documento approvato dalla CEI, ma anche «specifici finanziamenti nell'ambito delle risorse disponibili» (art. 2, commi 2 e 4 dell'intesa).

ciò si realizzi, in primo luogo, nell'ambito dell'inventariazione del patrimonio documentario ed archivistico, quale «fondamento conoscitivo di ogni elaborazione scientifica e di ogni intervento di tutela» successivi (comma 1).

E' questa, dunque, la *ratio* sottesa - come si avrà modo di esaminare - alla convenzione già richiamata «per la reciproca integrazione dei dati presenti nel portale BEWEB - Beni ecclesiastici in web» all'interno del Sistema archivistico nazionale[47]. Sotto questo aspetto, prosegue infatti l'accordo del 2000, il Ministero e la CEI «si impegnano ad adottare iniziative idonee ad accelerare e coordinare i programmi di inventariazione […], a sviluppare adeguatamente la rete informatica e a rispettare criteri e modelli comuni che consentano l'interscambio di informazioni» (art. 4, comma 3). L'obiettivo è dunque quello di evitare che si proceda per "binari paralleli" destinati a non incontrarsi[48].

Ciò rilevato, si deve sottolineare come l'Intesa in esame abbia indubbiamente rappresentato un importante passo avanti nella disciplina della materia degli archivi ecclesiastici e più in generale nell'ambito delle fonti bilaterali in materia di beni culturali. Ci si riferisce, in particolare, alla stessa impostazione strutturale dell'accordo. Laddove infatti l'Intesa del 1996[49], «si limitava a porre alcune premesse essenziali in vista della collaborazione tra Stato e Chiesa cattolica», individuandone «soggetti, forme e procedure»[50], quella del 2000 ha invece il pregio di entrare «nel

---

[47] Si veda *infra* paragrafo 4.

[48] In questo stesso senso, dopo la Parte II dedicata alle biblioteche (per il cui approfondimento si rimanda a sedi più opportune, tra cui A.G. Chizzoniti, *Le biblioteche ecclesiastiche nella normativa regionale italiana*, in *Le carte della Chiesa*, cit., p. 207 ss.), nelle Disposizioni finali viene stabilito che i contraenti - nell'emanare indirizzi e direttive per l'attuazione dell'intesa secondo le rispettive competenze - provvedano «alla necessaria reciproca informazione e agli opportuni coordinamenti» (art. 9, comma 1).

[49] Il testo di tale accordo è consultabile nel volume *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., p. 185, nota 1.

[50] Per un primo commento all'Intesa si veda per tutti, G. Feliciani, *I beni culturali ecclesiastici. Dall'Accordo di revisione del Concordato lateranense alla recente Intesa*, in *Vita e Pensiero*, 80, 1997, pp. 493-507; da ultimo, inoltre, E. Camassa, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 130-134.

merito della questione in modo diretto ed operativo»[51]. Una scelta che fungerà da "apri-pista" al successivo accordo del 2005, che - come è stato sottolineato - abbandona i «tratti procedimentali» che avevano caratterizzato la precedente Intesa del 1996 per arrivare ad una impostazione del tutto nuova[52], presentando un impianto animato da un deciso «spirito costruttivo»[53] ed orientato verso il comune impegno delle parti per il raggiungimento di obiettivi condivisi.

L'accordo del 2000 presenta tuttavia anche alcuni "silenzi" che non possono essere trascurati. Anzitutto la mancata previsione di una «sede di confronto e dialogo tra le Parti»[54], quale in particolare la costituzione di una apposita Commissione mista. L'utilità di una simile soluzione infatti appare di tutta evidenza soprattutto nel momento attuale e cioè a fronte delle innumerevoli riforme che hanno coinvolto la materia dei beni culturali e più in generale l'organizzazione del relativo Ministero[55]. In questo magma normativo la presenza di un organismo paritetico rappresenterebbe indubbiamente un valore aggiunto in ordine alla applicazione o eventuale revisione delle norme di tale accordo.

Un secondo, ma non meno significativo, silenzio è quello concernente la definizione di possibili intese sul piano regionale. Laddove infatti l'accordo in esame cita espressamente la eventualità di definizione di successive convenzioni a livello di

---

[51] Così Mons. G. Santi, allora Direttore dell'Ufficio della CEI per i beni culturali ecclesiastici in un documento ad uso interno, citato da G. Feliciani, *I capisaldi dell'Intesa*, cit., p. 139, previa autorizzazione dell'Autore.

[52] Così A.G. Chizzoniti, *Profili giuridici dei beni culturali di interesse religioso*, cit., p. 162.

[53] Sul punto, si veda ampiamente C. Cardia, *Lo spirito dell'Accordo*, in *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia. La tutela dopo l'intesa del 26 gennaio 2005*, a cura di M. Madonna, Marcianum Press, Venezia 2007, p. 35.

[54] G. Feliciani, *I capisaldi dell'Intesa*, cit., p. 804.

[55] Per un approfondimento su questi temi, sia pure senza pretesa di completezza, si veda in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*: L. Casini, *La riforma organizzativa del Mibact. Gli archivi nella riforma dei beni culturali*, *ivi,* 1, 2015; C. Barbati, L*'amministrazione periferica del Mibac, nella riforma del 2009*, *ivi,* 3, 2009; G. Sciullo, *Il Mibac dopo il d.p.r. 91/2009: il "centro" rivisitato, ivi,* 3, 2009; A. Roccella, *L'organizzazione instabile: direzioni regionali e soprintendenze nei recenti provvedimenti del Ministero per i beni e le attività culturali*, *ivi,* 2005, n. 3.

vertice su temi specifici (corsi per archivisti ecclesiastici[56]) o sul piano strettamente locale/diocesano (realizzazione di mostre che riguardino il patrimonio documentario e archivistico[57]), nulla viene detto invece in ordine a possibili fonti regionali. Sul punto occorre fare alcune precisazioni.

Al momento della sottoscrizione dell'Intesa del 2000, ma anche successivamente[58], si registra parallelamente la conclusione di vari accordi regionali in materia di beni culturali ecclesiastici in generale, che contengono al contempo alcune specifiche disposizioni in tema di archivi della Chiesa. Si tratta in realtà di norme alquanto stringate, nelle quali si prevedono per lo più forme di sostegno economico da parte della Regione per la conservazione, inventariazione e fruizione di tali beni, ma anche alcuni interessanti riferimenti espressi alla collaborazione[59].

Posta questa premessa, il silenzio dell'Intesa nazionale al riguardo sembra di fatto legato ad una certa difficoltà nella individuazione dei soggetti competenti a stipulare tali accordi. Si tratta di un tema su cui si tornerà più ampiamente in

---

[56] Cfr. art. 3, comma 3.

[57] Cfr. art. 4, comma 5

[58] In questo senso, ad esempio, prima della sottoscrizione dell'Intesa del 2000, cfr. il Protocollo tra la Regione Sardegna e la Conferenza Episcopale Sarda «per la salvaguardia e la valorizzazione dei beni culturali appartenenti ad enti ecclesiastici», del 1 giugno 1999, la quale all'art. 1, comma 1, lett. c) prevede espressamente l'impegno delle due parti alla «collaborazione per la tutela, l'inventariazione e l'utilizzo del patrimonio archivistico ecclesiastico». E, dopo l'accordo nazionale, si veda l'Intesa programmatica tra la Regione Puglia e la Conferenza Episcopale Pugliese per «la tutela e la valorizzazione di beni culturali appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche», del 31 marzo 2004, la quale - all'art. 8 - prevede che «La Regione Puglia concorrerà al sostegno economico per la fruizione di Archivi, Musei e Biblioteche diocesane nel rispetto della normativa regionale vigente in materia e delle procedure previste per la concessione dei relativi contributi».

[59] Si veda, ad esempio, il Protocollo tra la Regione Umbria e la Conferenza Episcopale Umbra «per la salvaguardia, la valorizzazione e il godimento dei beni e dei servizi culturali ecclesiastici», che è stato sottoscritto il 6 maggio 2003 (il quale ha sostituito il precedente accordo del 22 febbraio 1994) e che prevede - all'art. 5 - «La Regione e la CEU si adoperano per definire *idonee forme di collaborazione* [il corsivo è mio] relativamente ai musei, alle biblioteche, agli archivi e ai connessi servizi, nonché ai monumenti e ogni altro luogo d'interesse culturale suscettibile di accogliere normalmente il pubblico». Al comma 2 del medesimo articolo viene inoltre precisato che le parti «convengono sulla necessità di promuovere la *collaborazione* tra il sistema dei musei, delle biblioteche e degli archivi dipendenti dalla Autorità ecclesiastica ed il sistema museale, il sistema bibliotecario e il sistema archivistico dipendente dalla Regione».

seguito[60]. Sul punto, ci si limita a sottolineare come alcune indicazioni utili potrebbero oggi derivare dal confronto con il testo della nuova Intesa in tema di beni culturali del 2005, la quale all'art. 8 rinvia - come noto - alla possibile definizione di accordi a livello regionale[61], ma che – all'art. 1 – riconosce espressamente, tra i soggetti «competenti per l'attuazione delle forme di collaborazione», «i *direttori regionali* [il corsivo è mio] ed i Presidenti delle conferenze episcopali regionali o le persone eventualmente delegate dai Presidenti stessi» (art. 1, secondo comma, lett. b). Un'innovazione quest'ultima, rispetto all'accordo del 1996, che rappresenta un doveroso adeguamento alla nuova struttura amministrativa statale riguardante i beni culturali ed alla valorizzazione degli organi periferici del Ministero che la caratterizza[62]. La novità introdotta da questo ulteriore livello dell'organizzazione ministeriale è dunque stata coerentemente recepita dall'Intesa del 2005, che ha così individuato un'ulteriore occasione di collaborazione, investendone espressamente – secondo le rispettive competenze - le Direzioni regionali - ora: «Segretariati Regionali»[63] - ed i Presidenti delle Conferenze episcopali.

In questo senso del resto si ricorda, come proprio il d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, ultimo intervento in ordine di tempo riguardante la riorganizzazione del

---

[60] Si veda *infra* paragrafo 5.

[61] In ordine alla portata di tale previsione si rinvia per tutti ad A. Roccella, *Le intese regionali a) profili pubblicistici*, in *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia*, cit., p. 117 ss.

[62] Sul punto si ricorda, sia pure sinteticamente, l'istituzione ad opera dell'art. 7 del D.lgs. n. 368 del 1998 dei Soprintendenti regionali, poi sostituiti - ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. 8 gennaio 2004, n. 3 - dai Direttori regionali per i beni culturali e paesaggistici. Passaggi che hanno determinato, tra l'altro, un progressivo accrescimento del ruolo di tali organi nel segno di una ulteriore valorizzazione delle loro competenze (c.d. riforme della riforma). Tali Direzioni regionali sono attualmente configurate come uffici di livello dirigenziale generale dal D.P.R. n. 233 del 2007 (a propria volta modificato dal D.P.R. n. 91 del 2009). Sul tema si rinvia a C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 153-155.

[63] Il d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, *Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89*, ha infatti trasformato le Direzioni regionali in Segretariati regionali (sul punto, cfr. G. Eroli, *La Riforma del MIBACT e il Decreto Cultura: alcune considerazioni sugli effetti diretti ed indiretti dei provvedimenti sugli istituti culturali in generale e sulle biblioteche in particolare*, in *Bibliotime. Rivista elettronica per le biblioteche*, 1, 2015).

Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, stabilisca espressamente – all'art. 32, comma 2, lett. l) – che il Segretario regionale possa «stipula[re], previa istruttoria della Soprintendenza competente, *accordi e convenzioni con i proprietari di beni culturali* [il corsivo è mio], oggetto di interventi conservativi, alla cui spesa ha contribuito il Ministero, al fine di stabilire le modalità per l'accesso ai beni medesimi da parte del pubblico». Una previsione che conferma quanto appena rilevato, ma che al contempo appare altresì del tutto in linea con il rinnovato rapporto di "diretta subordinazione gerarchica" delle Soprintendenze archivistiche rispetto alla Direzione generale archivi da poco reintrodotta[64].

4. I contenuti della Convenzione del 2015

E' dunque in tale contesto normativo magmatico e poliforme che si colloca la recente Convezione del 2015 per la «reciproca integrazione dei dati presenti nel portale BEWEB - Beni ecclesiastici in web», gestito dall'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici della CEI, «nell'ambito del Sistema archivistico nazionale»[65]. Come si legge nelle sue premesse[66], scopo dell'accordo è avviare forme di collaborazione «per la realizzazione di azioni di diffusione e fruizione del patrimonio documentario»: tutto ciò in nome di un «fine più alto» ovvero «la comunicazione della conoscenza», mediante la condivisione di metodologie e strategie di dialogo «tra istituti statali e religiosi di cultura, quali sono gli archivi».

---

[64] Al riguardo in generale, si veda L. Casini, *La riforma dell'organizzazione del Mibact. Gli archivi nella riforma dei beni culturali*, cit., *passim*.

L'organigramma della nuova struttura del Ministero è consultabile all'indirizzo web:

http://www.beniculturali.it/mibac/export/MiBAC/sito-MiBAC/MenuPrincipale/Ministero/La-struttura-organizzativa/

[65] Per un primo commento circa i contenuti di tale convenzione si rinvia a I. Bolgiani, *Nuovi scenari della collaborazione: la recente Convenzione sulla "interoperabilità" dei sistemi BEWEB e SAN in tema di patrimonio archivistico ecclesiastico*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2015, pp. 63-86.

[66] Si ricorda come tali premesse costituiscono peraltro «parte integrante e sostanziale» della convenzione stessa (art. 1).

La convenzione in parola affronta così espressamente l'assunto, indicato in apertura di questo studio, circa il ruolo fondamentale svolto dalle fonti bilaterali in materia di archivi ecclesiastici per la realizzazione della "circolazione del sapere" attuata mediante l'applicazione del principio di collaborazione.

Un obiettivo quest'ultimo che caratterizza *in primis*, come appena visto, anche l'Intesa del 2000 in piena armonia con il dettato dell'Accordo di Villa Madama[67].

Sempre nelle premesse della convenzione seguono cenni di inquadramento generale che permettono di individuare i soggetti protagonisti della stessa – l'Ufficio per i beni culturali ecclesiastici (di qui in poi: UNBCE) e l'Istituto centrale per gli archivi (di qui in poi: ICAR) –, nonché nello specifico gli strumenti informatici utilizzati per la gestione dei dati che afferiscono al patrimonio archivistico ecclesiastico, ovvero il già più volte menzionato portale "BEWEB – Beni ecclesiastici in web" [68] ed il "SAN - Sistema Archivistico Nazionale", che – come si legge – «è aperto alla partecipazione attiva e alla collaborazione con tutti i soggetti pubblici e privati nazionali ed esteri […] ed a *promuovere la circolazione della conoscenza* [il corsivo è mio] del patrimonio archivistico nazionale».

Quanto ai contenuti pratico-operativi del documento in questione, viene stabilito che tramite esso si realizzi uno scambio di informazioni tra i soggetti coinvolti, sulla base di «standard condivisi», secondo un modello che consenta l'accesso ai «dati contenuti nelle schede descrittive dell'Anagrafe delle strutture archivistiche», cioè delle strutture che ospitano gli archivi, e ai «dati delle descrizioni

---

[67] Si veda il paragrafo *supra*.

[68] Come si avrà modo di specificare in seguito la CEI, con la consulenza dell'UNBCE, ha infatti avviato un ampio progetto di inventariazione informatizzata del patrimonio ecclesiastico, diviso per sezioni, una delle quali dedicata per l'appunto agli archivi (c.d. progetto CEI-AR). Si è così affrontata la scelta di effettuare un vero e proprio censimento di tali beni, favorendone la fruizione e l'accesso agli utenti, debitamente autorizzati, mediante l'apposito portale BEWEB (esso è raggiungibile all'indirizzo www.beweb.chiesacattolica.it).

archivistiche di più alto livello (ovvero complesso fondo/fondi[69]; soggetti produttori/profili istituzionali[70])», mediante rimando reciproco tramite *link* al rispettivo sistema di provenienza dei dati[71].

In questo senso, la convenzione si snoda dunque in due filoni principali (art. 2), riguardanti rispettivamente, da un lato, le schede relative all'Anagrafe delle strutture archivistiche (c.d. soggetti conservatori) e, dall'altro, il tema - di più difficile comprensione per i non addetti ai lavori - dei «dati provenienti dalle descrizioni archivistiche di più alto livello» e «degli oggetti digitali» pubblicati in BEWEB.

In merito ai «soggetti conservatori», l'accordo elenca in maniera speculare gli obblighi che le parti assumono reciprocamente. In particolare, l'UNBCE si impegna a coordinare l'attività di censimento, che viene attuata nello specifico mediante lo strumento denominato «Anagrafe degli Istituti culturali ecclesiastici» (AICE)[72]. Quest'ultimo costituisce infatti la «fonte ufficiale di censimento dei soggetti conservatori», che lo implementano inserendo i propri dati ed aggiornandoli

---

[69] Sulle diverse accezioni in archivistica dei termini "archivio" e "fondo", si veda P. Carucci, *L'ordinamento*, in *Archivistica. Teorie, metodi, pratiche*, cit., p. 156, ove si precisa come la parola «fondo» venga usata soltanto per indicare la documentazione contenuta negli archivi storici, mentre la parola «archivio» si riferisca di solito più genericamente al complesso organico di documenti prodotto da un determinato ente (c.d. soggetto produttore).

[70] Al riguardo, si sottolinea come, nel corso degli anni, si sia venuta affermando una nuova terminologia per indicare l'ente titolare dell'archivio o del fondo. Come precisa la dottrina oggi si parla infatti di "soggetto produttore", cioè dell'ente autore dell'archivio inteso «come insieme di documentazione spedita e ricevuta, e dunque dell'ente titolare dell'archivio». La descrizione del soggetto produttore distinta da quella del fondo appare utile perché consente di evidenziare – secondo la più recente scienza archivistica – all'interno di un fondo, con carte di diversa provenienza, i due o più soggetti produttori delle stesse (P. Carucci, *L'ordinamento,* cit., p. 167).

[71] E' dunque ancora una volta il principio di collaborazione a costituire la chiave interpretativa dell'intero articolato normativo, «rappresentando il vero e proprio cardine dell'intero meccanismo» (I. Bolgiani, *Nuovi scenari della collaborazione: la recente Convenzione sulla "interoperabilità" dei sistemi BEWEB e SAN in tema di patrimonio archivistico ecclesiastico*", cit., p. 75).

[72] L'«Anagrafe degli Istituti Culturali Ecclesiastici» (AICE) è stata istituita con lo scopo di individuare nello specifico i soggetti c.d. conservatori di tali complessi archivistici. In particolare, sul sito *web* dell'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici della CEI è scaricabile gratuitamente un'apposita "APP" (CEI - AICE), che rende disponibili le descrizioni degli istituti culturali ecclesiastici estratti dal sito Anagrafe. Si ricorda inoltre che il progetto AICE ha un apposito sito ad esso dedicato (www.anagrafebbcc.chiesacattolica.it).

periodicamente. Le schede di censimento così prodotte, validate e successivamente pubblicate su BEWEB, devono poi – ai sensi di quanto previsto dalla convenzione – venire periodicamente "riversate" nel SAN. La seconda parte della disposizione in esame riflette, come in uno specchio, l'immagine capovolta degli impegni assunti, affrontandoli cioè dal punto di vista dell'altro contraente. Sul tema dei soggetti conservatori l'ICAR si impegna infatti a fare riferimento all'UNBCE, mediante l'apposito strumento costituito dalla già menzionata «Anagrafe degli Istituti culturali ecclesiastici» e prevede che nel SAN le schede «soggetto conservatore», provenienti da BEWEB, debbano presentare la dicitura «Fonte: BEWEB: Enti ecclesiastici in web», con apposito *link* ai fini della consultazione delle stesse nel contesto originale.

Dopo avere delineato la questione dei soggetti conservatori, segue la specifica disciplina riguardante il tema della descrizione dei «complessi archivistici», dei «soggetti produttori» e degli «oggetti digitali», anche qui affrontati con modulo simmetrico. Si tratta della parte della convenzione – come anticipato – evidentemente più tecnica. Sul punto, occorre dunque anzitutto richiamare due regole o principi oggi fondamentali in archivistica, che qui troviamo di fatto sottointesi, ma che - a parere di chi scrive - debbono venire esplicitati per comprendere meglio la trattazione che seguirà. Il primo è quello della "descrizione separata" del fondo e del soggetto che lo ha prodotto, cioè la distinzione tra l'autore dell'archivio e l'insieme della documentazione che lo costituisce. La descrizione del soggetto produttore distinta da quella del fondo, secondo le interpretazioni più recenti di questo ramo della scienza[73], appare utile sotto più profili, consentendo ad esempio di evidenziare all'interno di uno stesso fondo, contenente documenti di diversa provenienza, l'esistenza di due o più soggetti produttori. Di qui, il motivo della scelta della disciplina separata della descrizione dei "complessi archivistici" e dei "soggetti produttori", che è stata prevista dalla convenzione. Un secondo profilo, che occorre tenere a mente, riguarda la regola secondo cui l'attività

[73] Al riguardo, si veda P. Carucci, *L'ordinamento*, cit., p. 137 ss.

archivistica procede necessariamente dal generale al particolare, dando luogo a descrizioni "multi-livellari", da cui deriva il corollario in base al quale le informazioni date al piano più alto non debbono poi essere ripetute ai livelli più bassi. Questo sistema, che viene definito «ad albero rovesciato»[74], oltre a dare una completa visione d'insieme della struttura del fondo, rende la descrizione più agile ed evita inutili ripetizioni[75]. Ciò implica, dunque, nella pratica che le descrizioni archivistiche partano sempre dal vertice (i c.d. fondi) per scendere verso il basso (normalmente fino al singolo fascicolo), ma possano fermarsi anche al livello di descrizione più alto.

Alla luce di tali sia pure sintetiche precisazioni debbono dunque venire interpretate le successive previsioni della convenzione in esame, in particolare laddove viene previsto l'impegno dell'UNBCE a fornire periodicamente all'ICAR la esportazione (in formato da concordarsi e comunque CAT-SAN[76] e METS-SAN[77] compatibile) dei dati delle descrizioni archivistiche «di più alto livello» (i fondi

---

[74] Nella dottrina archivistica, per una definizione (e relativa esemplificazione) del concetto di albero rovesciato, si rinvia *ex multis* a P. Pozzi, *La descrizione delle unità archivistiche*, in *Guida operativa della descrizione archivistica: la descrizione inventariale*, a cura di Id., R. Grassi, M. Savoja, Archilab, San Miniato 2001, p. 49.

[75] In particolare, da quanto riportato sul portale BEWEB, CEI-AR (ovvero il progetto di inventariazione informatizzata degli archivi ecclesiastici di cui si è già fatto cenno) permette una dettagliata descrizione multilivello, strutturata con diverse tipologie di scheda (complesso di fondi, fondo, aggregazione logica e unità archivistica), e garantisce un'adeguata rappresentazione dei legami intrinseci tra i documenti attraverso l'utilizzo della struttura informativa ad albero. Caratteristica peculiare del *software* in questione è poi quella - si legge nel relativo sito *web* - di permettere la descrizione del materiale attraverso più alberi archivistici in modo tale da potere confrontare più interventi archivistici succedutisi nel tempo sulle carte.

[76] Il CAT-SAN intende costituire una "sorta di mappa generale" del patrimonio archivistico nazionale. La sua architettura ricalca il «modello di rappresentazione promosso dagli standard internazionali ed è articolato in descrizioni di fondi/complessi archivistici, soggetti conservatori, soggetti produttori, oltreché di strumenti di ricerca descritti anch'essi in schede separate» (S. Vitali, *La descrizione degli archivi nell'epoca degli standard e dei sistemi informatici*, cit., p. 203).

[77] *Ibidem*. Per comprendere meglio tali concetti si deve rilevare come i metadati METS-SAN ospitano una descrizione essenziale dei singoli oggetti digitali, in particolare, ma non esclusivamente quelli che riproducono elementi archivistici, fornendone gli indispensabili elementi identificativi, compresi quelli necessari a collocarli nel contesto archivistico di provenienza (*ivi*, p. 205). Essi possono venire gestiti nel portale SAN attraverso modalità diverse e cioè essere direttamente "immagazzinati" nello stesso oppure – ed è questo il caso che qui interessa – risiedere nei sistemi a cui essi aderiscono ed ai quali il SAN rinvia mediante un meccanismo di *links*.

appunto, quale grado più elevato dell'albero rovesciato di cui sopra) e degli «oggetti digitali»[78] presenti nella sezione Beni archivistici del portale BEWEB[79]. La convenzione prevede, inoltre, che la pubblicazione su SAN contenga il rimando al dettaglio della scheda del sistema di provenienza. *Ratio* della norma è infatti garantire - come anticipato - l'omogeneità tra due sistemi, che è alla base della istituzione del Sistema Archivistico Nazionale, ma con la possibilità di visionare le schede nel loro contesto originario. Di particolare rilievo, appare anche il fatto che, a propria volta, con riferimento specifico alle schede «complesso archivistico di più alto livello» provenienti dal SAN, si preveda l'impegno di immettere in BEWEB la dicitura «Fonte: SAN - Sistema Archivistico Nazionale» ed un *link*, che permetta anche qui, la consultazione della scheda descrittiva nel contesto originale del sistema di provenienza.

Seguono gli impegni assunti, sempre con modulo simmetrico, dall'ICAR nei confronti dell'UNBCE con riferimento a questi stessi profili. Viene infatti prevista l'esportazione periodica "completa" in favore dell'UNBCE delle descrizioni archivistiche relative ad enti di proprietà ecclesiastica presenti nel SAN (ovvero «complessi archivistici» e «relativi soggetti produttori/profili istituzionali»). Si precisa, inoltre, che le specifiche sulla architettura di scambio reciproco dei dati saranno concordate sulla base della documentazione tecnica e degli *standard* generalmente applicati nel SAN (pubblicati sulla pagina *web* del sito ICAR)[80].

---

[78] Si tratta cioè delle riproduzioni digitali dei documenti archivistici.

[79] La convenzione precisa inoltre che le specifiche tecniche sulla architettura di scambio reciproco dei dati saranno concordate sulla base della documentazione tecnica e degli *standard* generalmente applicati nel SAN (SAN NIERA EPF, CAT-SAN e METS-SAN). Il richiamo al NIERA richiede un chiarimento: nel 2011 sono state infatti pubblicate le *Norme italiane per l'elaborazione dei record di autorità archivistici di enti, persone, famiglie – NIERA (EPF)*. Esse costituiscono – secondo la dottrina – il primo vero e proprio standard descrittivo di portata nazionale elaborato in Italia e sono finalizzate alle descrizioni omogenee di enti, persone e famiglie, non solo nella loro qualità di «soggetti produttori di archivio, ma tendenzialmente in ogni possibile ruolo che quelle entità possano svolgere in relazione alla documentazione archivistica» (S. Vitali, *La descrizione degli archivi nell'epoca degli standard e dei sistemi informatici*, cit., p. 206).

[80] Seguono altre previsioni sempre di carattere procedimentale. Anzitutto, viene indicata la necessità di «un reciproco scambio di dati» per un «primo allineamento» tra i sistemi SAN e BEWEB. L'inizio di tali

L'ICAR si impegna poi a presentare nel SAN le «schede complesso archivistico di più alto livello» e «relativi soggetti produttori/profili istituzionali provenienti da BEWEB», con il già menzionato riferimento al sistema di provenienza, oltre all'ormai ben noto *link* che ne consente la consultazione nel contesto originario.

Completano la convenzione tre previsioni, piuttosto stringate, ma non per questo di peso minore rispetto alle altre. Un particolare interesse rivestono in modo speciale gli artt. 3 e 4, dedicati rispettivamente alla durata della convenzione[81] ed alla titolarità dei diritti di proprietà[82]. L'accordo si chiude infine con una formula classica ovvero la previsione secondo cui, per ciò che non è contenuto in tale convenzione,

---

operazioni tuttavia viene lasciato inespresso, presumibilmente al fine di definirlo in un momento successivo con un apposito provvedimento. Infine, le parti concordano sulla necessità di prevedere un periodico riversamento dei dati dal sistema BEWEB al SAN, che non sia comunque inferiore ad almeno una volta nell'arco di ogni anno.

[81] In apertura dell'art. 3 viene previsto che la convenzione abbia durata biennale e che si intenda tacitamente rinnovata, salvo disdetta con preavviso di almeno sei mesi, ritenendola inoltre passibile di revisione in qualsiasi momento previo accordo tra le parti. Si tratta anche in questo caso di una formula ricorrente per queste tipologie di accordi e che risulta già stata adottata, ad esempio, anche nel caso analogo della «Convenzione tra la Direzione Generale per i beni librari, gli Istituti culturali e il diritto d'autore – Istituto centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane e per le informazioni bibliografiche del MiBAC e l'Ufficio Nazionale per i Beni culturali ecclesiastici della CEI», del 29 luglio 2008. Si segnala tuttavia, come unica variante rispetto a tale formula, la durata triennale prevista dalla convenzione in tema di biblioteche ecclesiastiche.

Decisamente delicata appare invece la seconda parte della disposizione in esame, la quale prevede che, in caso di mancato rinnovo dell'accordo, ICAR e UNBCE «si impegnano alla reciproca rimozione dei dati pubblicati *online*». Evidente è l'importanza di tale previsione che, pur nella sua apparente logicità rispetto ai presupposti della convenzione, appare dalla portata applicativa concreta molto impegnativa. Essa implica infatti che, se per una qualsivoglia ragione una delle parti o entrambe non intendessero più continuare la collaborazione, ne deriverebbero l'oscuramento dei dati, con tutte le difficoltà che tale soluzione può comportare in concreto (anche sotto il profilo della ampiezza del materiale pubblicato). Al riguardo, si potrebbe azzardare - secondo una parte della dottrina (I. Bolgiani, *Nuovi scenari della collaborazione: la recente Convenzione sulla "interoperabilità" dei sistemi BEWEB e SAN in tema di patrimonio archivistico ecclesiastico*, cit., pp. 80-81), - che una soluzione così netta evidentemente sottintenda la coscienza delle parti che il meccanismo avviato, basato cioè sulla interoperatività tra sistemi, sia destinato a non interrompersi proprio per la rilevanza di un simile patrimonio per il «bene del Paese» (art. 1 dell'Accordo di Villa Madama). Ciò sottolineato, non può comunque sottacersi come, sotto un profilo più strettamente giuridico, lasci in ogni caso perplessi la scelta della rimozione dei dati pubblicati con effetti *ex tunc*. Infatti una volta intrapresa la scelta dello scambio delle informazioni secondo le modalità indicate nella convenzione, esse dovrebbero ormai considerarsi una sorta di "diritto acquisito" per i loro fruitori (*ivi*, p. 81). Sarebbe stata dunque forse preferibile la previsione di una semplice interruzione dello scambio di informazioni senza conseguenze ulteriori.

[82] Tema quest'ultimo si cui si tornerà a breve nel paragrafo 6.

occorre rifarsi ad altri atti eventualmente sottoscritti dalle parti e alla normativa vigente (art. 5).

5. Problematiche aperte in tema di gerarchia delle fonti

Quanto rilevato in ordine all'Intesa del 2000 e alla successiva Convenzione del 2015, porta a riflettere sull'articolato e dinamico sistema che caratterizza la materia in esame. Un primo passo da compiere è la presa d'atto di come tutte le fonti riconducibili all'Accordo di Villa Madama abbiano da sempre diviso la dottrina circa la loro esatta natura e valore giuridico. Uno stato di cose che appare decisamente enfatizzato per le intese derivate dall'art. 12, in quanto norma che - forse più di tutte tra quelle contenute in tale testo fondamentale[83] - ha trovato successiva applicazione sul piano della definizione di successivi accordi.

Questa difficoltà di classificazione, come in parte già accennato, deriva anzitutto dallo stesso paradigma strutturale dell'Accordo di revisione concordataria, il quale si caratterizza - come noto - per l'affrontare le diverse materie in esso disciplinate attraverso disposizioni di principio o programmatiche, destinate a venire completate da pattuizioni successive. Una scelta che – come rileva la dottrina maggioritaria[84] – appare il frutto di una precisa volontà delle Parti contraenti, le quali intuirono come l'adozione di formulazioni di ampio respiro – soprattutto in ordine ai possibili soggetti contraenti dei successivi accordi – avrebbero consentito una applicazione più duttile e flessibile di tali disposizioni, in linea con il costante divenire dell'ordinamento civile e canonico. In questo senso, proprio in ordine ai

---

[83] Ciò vale ad eccezione degli accordi conclusi in materia di insegnamento della religione cattolica, per i quali vige un articolato normativo forse ancora più intricato, stante - a seguito della prima intesa, resa esecutiva con D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751 – la definizione di una serie di accordi da essa derivati relativi ai programmi di insegnamento, recepiti mediante semplici decreti di approvazione. Sul tema si rinvia a P. Lillo, *Concordato, accordi e intese tra lo Stato e la Chiesa cattolica*, Giuffrè, Milano 1990, p. 197 ss.

[84] Tra i primi commenti al riguardo in dottrina, si veda P. Consorti, *L'Accordo tra Stato e Chiesa cattolica nella problematica delle fonti: le intese concordatarie*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1990, p. 1128; nonché proprio con riferimento all'Intesa del 2000, C. Mirabelli, *L'intesa e il sistema delle fonti*, in *Le carte della Chiesa*, cit., p. 21 ss.

beni culturali, l'art. 12 dell'Accordo utilizza le espressioni: «organi competenti delle due Parti» (n.1, comma 2); e – con specifico riferimento agli archivi e alle biblioteche ecclesiastiche – l'identica locuzione «competenti organi delle due Parti» (n.1, comma 3). Formule che sono state interpretate, sin da subito, come un chiaro rimando alla possibilità di definizione di accordi a livello di vertice tra Ministero e Conferenza Episcopale Italiana.

Si è cioè correttamente voluto leggere in tali previsioni una valorizzazione anche di soggetti "altri", rispetto a quelli originariamente contraenti, che ha determinato l'emergere di nuovi protagonisti nel quadro delle dinamiche dei rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica[85]. Ne è derivata, dunque, la conclusione – per quanto concerne la materia di cui all'art. 12 dell'Accordo del 1984 e come già ampiamente ricordato – della prima intesa tra Ministero per i beni e le attività culturali e Conferenza Episcopale Italiana in materia di beni culturali di interesse religioso del 1996[86], ora sostituita dalla vigente intesa del 2005, e dell'accordo in tema di archivi e biblioteche del 2000.

Poste tali premesse, preme però ribadire come non sussista ancora oggi una piena unanimità di vedute in ordine alla natura delle fonti suddette. Mentre alcuni autori, infatti, considerano queste intese come veri e propri accordi internazionali, sia pure conclusi in forma semplificata; taluni, invece, classificano tali pattuizioni come «naturalmente atte a svolgere» i loro effetti «in seno all'ordinamento statuale»[87]

---

[85] In questo senso, ci si limita appena qui a ricordare come, proprio in quegli anni, abbiano luogo da un lato i lavori di revisione del Codice di diritto canonico, con conseguente valorizzazione del ruolo delle Conferenze episcopali, mentre - dall'altro - poco più tardi, ad opera della legge n. 400 del 1988, si verifichi una riforma dell'organizzazione statuale, che incrementa a sua volta le competenze dei Ministeri. Su questi temi, si rinvia per gli opportuni approfondimenti a: G. Feliciani, *La Conferenza episcopale come soggetto della politica ecclesiastica italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004, p. 249 ss.; e G. Pastori, *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri e le competenze in materia di rapporti con le confessioni religiose*, in *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, cit., p. 15 ss.

[86] Tra commenti all'Intesa, si veda per tutti E. Camassa, *I beni culturali di interesse religioso*, cit., p. 130 ss.

[87] A. Ruggeri, *Intese concordatarie e paraconcordatarie nel sistema delle fonti*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1988, p. 57 ss.

o – secondo altri ancora – «in un ordinamento terzo, separato e distinto tanto da quello statale, quanto da quello confessionale»[88]; uno stato di cose quest'ultimo da cui deriverebbe il recepimento di tali accordi, secondo questa interpretazione, attraverso provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio della sua potestà regolamentare.

Di fatto, tuttavia, nelle diverse ricostruzioni considerate «alcune tessere sembrano comunque non trovare una giusta collocazione»[89]. Di qui, i rilievi formulati da un differente orientamento[90] che ha sottolineato come, in queste fattispecie, sia possibile altresì riscontrare un fenomeno ricorrente nel mondo giuridico ovvero la disparità tra "forma" e "sostanza" degli atti considerati. Proprio con riferimento al caso dell'intesa in materia di archivi e biblioteche, tale interpretazione ha chiarito infatti come, nella specie, si sia verificata una «scissione» tra «veste formale dell'accordo» e «natura sostanziale del rapporto sottostante»[91]. Si è dunque di fronte, più in generale, ad intese che hanno ricevuto nell'ordinamento italiano le sembianze di «accordi internazionali in forma semplificata», ma la cui sostanza – proprio per la natura dei soggetti coinvolti – non può venire ricondotta a tale categoria. Queste intese appaiono dunque «presupposti necessari di atti interni al sistema italiano delle fonti»[92], poi recepiti mediante "decreti recanti ordine di esecuzione", i quali hanno il pregio di conferire loro una indiscussa stabilità, giovando così alla tenuta dell'insieme.

---

[88] P. Lillo, *Concordato, accordi e intese con la Chiesa cattolica*, cit., p. 203.

[89] In questo senso, I. Bolgiani, *Nuove dinamiche di relazione tra Stato e Chiesa cattolica*, cit., p. 30, la quale sottolinea come la più ampia critica mossa all'interpretazione di tali intese «quali accordi conclusi in forma semplificata, si incentra, come noto, sulla natura delle parti contraenti, in quanto prive della soggettività giuridica necessaria per la conclusione di simili accordi». Quanto all'orientamento che considera i decreti presidenziali di esecuzione delle intese in parola quali atti emanati dal Governo in attuazione del suo potere regolamentare, si può invece rilevare come tali provvedimenti siano privi tanto del requisito del «previo parere del Consiglio di Stato, quanto dell'auto-qualificazione come regolamenti ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988» (cfr. S. Ferlito, Il *Concordato nel diritto interno*, Jovene, Napoli 1997, p. 324 ss.)

[90] A. Roccella, *Conservazione consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e delle istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico ed ordinamento statuale*, cit., p. 95.

[91] *Ibidem.*

[92] *Ivi*, p. 99.

Diverso – ma per certi versi accostabile – è invece il caso in cui, come per la convezione sopra esaminata, i contraenti - anziché Ministero e Conferenza Episcopale Italiana - risultino essere dei soggetti che ne costituiscono loro articolazioni organiche: nella fattispecie in questione, ad esempio, l'Istituto centrale per gli archivi e l'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici. Proprio la versatilità dell'art. 12 non esclude infatti tale possibilità, ma in queste ipotesi manca tuttavia un atto di recepimento nell'ordinamento italiano, trattandosi di accordi aventi un carattere essenzialmente "tecnico – procedimentale" (e non "normativo" come, invece, nel caso delle intese appena esaminate): si è dunque nell'ambito dei provvedimenti amministrativi, con le conseguenze da ciò derivanti in termini di loro tutela giuridica[93].

Resta il fatto, almeno a parere di chi scrive, che tali accordi – a prescindere dalla loro stretta classificazione – rivestano un indubbio "valore di principio", che sembra andare oltre la semplice produzione di obbligazioni giuridiche a carico dei soggetti coinvolti, in quanto la loro mancata applicazione si tradurrebbe in ultima analisi in una violazione di quella collaborazione che – come più volte rilevato – rappresenta l'attuale architrave dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia. In questo senso, dunque, la convenzione in questione – pur risultando un atto amministrativo

[93] Al riguardo, occorre ricordare che le convenzioni, come noto, sono accordi definiti da un organo amministrativo che, pur agendo nell'interesse comune (*rectius*: pubblico), non risulta munito di alcun potere specifico di rappresentanza della collettività. Tali documenti, dunque, non possiedono valenza normativa in senso stretto, ma - anche qualora vengano siglati con soggetti confessionali (come nel caso di specie) - sono qualificabili come «atti aventi carattere amministrativo» e rientrano a pieno titolo nelle c.d. fonti normative di secondo livello, implicando obblighi giuridici determinati per le parti. Cfr. I. Bolgiani, *I beni culturali di interesse religioso tra Intesa nazionale e accordi regionali ("vecchi" e "nuovi")*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica*, n. 33, 2012, pp. 20-24; in questo stesso senso, si veda inoltre A. Roccella, *I beni culturali ecclesiastici*, cit., p. 221, il quale con riferimento alla convenzione tra l'Istituto centrale per il catalogo e la documentazione – ICCD – del Ministero per i beni e le attività culturali e la CEI «circa le modalità di collaborazione per l'inventario ed il catalogo dei beni culturali mobili appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche», dell'8 aprile 2002, sottolinea come tale accordo «non contiene disposizioni normative», ma regola «alcune modalità della collaborazione in via amministrativa». Esso dunque implica obblighi diretti per i contraenti e «si pone effettivamente nello spirito della collaborazione, secondo la formula dell'art. 12, n. 1, primo comma dell'Accordo del 1984», non comportando alcuna «diminuzione di tutela, né un regime speciale» rispetto alle competenze statali in materia.

– presenta in ogni caso un *quid pluris* che va sottolineato, senza con ciò – si badi – volere minimamente riaprire lo spinoso capitolo della copertura costituzionale delle fonti derivate dall'Accordo[94]. Un tema quest'ultimo ormai superato dalla dottrina e destinato a scomparire per effetto del progressivo assottigliarsi del filo che lega tali convenzioni al testo fondamentale del 1984.

Tanto rilevato, resta da affrontare un ultimo profilo, relativo al sistema delle fonti bilaterali in materia di archivi ecclesiastici: ovvero la questione circa la possibilità o meno della conclusione di intese a carattere regionale, di cui già si è in parte fatto cenno nell'affrontate i c.d. silenzi dell'Intesa del 2000[95]. Se infatti indubbiamente tale accordo nazionale – come è stato correttamente indicato[96] – «non si è limitato a stabilire regole di collaborazione rimesse nella loro pratica attuazione ai singoli enti titolari degli archivi di interesse storico», ma ha assunto tale principio come «oggetto di impegni anche delle strutture di governo della Chiesa, la CEI e le autorità ecclesiastiche competenti», ovvero, in prima approssimazione, i Vescovi diocesani e i superiori degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica, sorge spontaneo domandarsi se tale collaborazione possa avere luogo anche su altri piani ed ad opera di altri soggetti.

In questo senso, si è potuto constare come sul tema ad oggi siano stati sottoscritti principalmente accordi a livello di vertice o locale/diocesano, mentre nelle poche norme vigenti, contenute nelle intese tra Regioni civili e rispettive Conferenze episcopali in tema di beni culturali appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche, ci si limiti prevalentemente a prevedere forme di finanziamento in favore della conservazione e inventariazione degli archivi ecclesiastici, senza scendere ulteriormente nel dettaglio.

---

[94] Sul tema si veda per tutti N. Colaianni, *Delegificazione concordataria e sistema delle fonti*, in *Il Nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, cit. p. 664 ss.

[95] Si veda *supra* paragrafo 2.

[96] Così A. Roccella, *Conservazione e consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico e ordinamento statuale*, cit., p. 74.

Ciò si origina, con ogni probabilità, dal fatto che la materia degli archivi - anche dopo la riforma costituzionale del 2001[97] - rientra nella competenza legislativa esclusiva statale sotto il profilo della «tutela», residuando poco margine alle Regioni - nonostante l'avvenuto riconoscimento della potestà concorrente - in tema di «valorizzazione». A ciò si aggiunga inoltre come anche sul piano amministrativo, le riforme intervenute, pur a fronte della scissione del parallelismo tra potestà legislativa e funzioni amministrative[98], tendano in ogni caso ad assegnare tale materia agli organi decentrati del Ministero. Sul punto, una parte della dottrina[99] ha del resto sottolineato come, stante la difficoltà di definire un esatto riparto delle competenze «tra potere centrale e locale […] in materia di archivi», si sia verificato una sorta di «deleterio immobilismo», sebbene lo spirito del nuovo Codice dei beni culturali del 2004 per contro faccia leva «sull'affinamento della cooperazione, […] nonché sull'esteso utilizzo di modelli convenzionali e sull'ordinario ricorso ad accordi ed intese interistituzionali, *aperte anche al concorso dei privati* [il corsivo è mio]».

Proprio a partire da tali considerazioni, ci si potrebbe pertanto domandare - guardando per così dire agli aspetti operativi riguardanti l'applicazione di tali fonti - se il possibile sviluppo di accordi, ad opera di soggetti diversi e a livelli differenti, non rischi di portare per contro alla creazione di una armatura pesante e poco duttile, rischiando per di più di sfociare in una accezione negativa del particolarismo. Il punto va indubbiamente indagato.

---

[97] Sul tema, si veda per tutti Id., *Le intese regionali a) profili pubblicistici*, in *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia*, cit., p. 117 ss., il quale ripercorre le fasi dell'accidentato percorso che ha portato, nel testo rinnovato dell'art. 117 della Costituzione, a distinguere tra "tutela" e "valorizzazione" in ordine al tema delle competenze legislative di Stato e Regioni con riferimento ai beni culturali.

[98] Tra i primi commenti su questi temi in generale, senza pretesa di completezza, si veda E. Follieri, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 439 ss.; P. Urbani, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione*, *ivi*, pp. 459 ss.; inoltre, D. Sorace, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, *ivi*, 2002, pp. 757 ss.; ed ancora, A. Corpaci, *Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse*, in *Le Regioni*, 2004, pp. 423-428

[99] G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., pp. 153-154.

Come anticipato, la soluzione di definire accordi a livello di vertice, attraverso le articolazioni organiche delle parti, può considerarsi senza dubbio positiva, proprio per la incisività di tali fonti. Lo si è già constatato, ad esempio, per quanto concerne il tema delle biblioteche ecclesiastiche, ove si sono susseguite negli anni diverse convenzioni[100]. In questo stesso senso, anche nell'accordo che è stato sopra esaminato in tema di archivi[101], non si può sottacere come la forza di questa convenzione stia proprio nella puntualità con cui vengono affrontati i profili "pragmatici" della materia, indicando nel dettaglio forme e modelli. Tale accordo va infatti direttamente al cuore del tema, staccandosi da una logica di meri rimandi e definizione di confini, ed affronta - nel rispetto dei limiti che gli sono propri - gli aspetti sostanziali della questione, avendo il pregio di proporre soluzioni e offrire risposte a problemi aperti, proprio grazie al forte spirito collaborativo che lo caratterizza[102].

Quanto invece alla possibilità di conclusione di accordi sul piano regionale tra organi decentrati delle due parti, oltre a quanto già rilevato[103], si può arrivare ad affermare come essa resti senz'altro opportunità percorribile, ma con la necessità di tenere a mente sia la natura procedimentale di tali convenzioni, sia le inevitabili criticità attuative rispetto al ruolo svolto dagli ordinari diocesani e dai singoli enti

---

[100] Sul punto, basti ricordare – rinviando alla sedi più opportune per i relativi approfondimenti – l'Accordo tra il Dipartimento per i Beni Archivistici e Librari – Direzione Generale per i Beni Librari e gli Istituti Culturali – Istituto Centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane e per le informazioni bibliografiche del Ministero per i beni e le attività culturali e l'Ufficio Nazionale per i beni culturali ecclesiastici della Conferenze episcopale italiana in materia di descrizione bibliografica e trattamento delle raccolte appartenenti alle biblioteche ecclesiastiche (5 dicembre 2006); o la Convenzione tra la Direzione Generale per i Beni Librari e gli Istituti Culturali – Istituto Centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane e per le informazioni bibliografiche del Ministero per i beni e le attività culturali e l'Ufficio Nazionale per i beni culturali ecclesiastici della Conferenze episcopale italiana del 29 luglio 2008. Tali documenti sono consultabili sul sito www.chiesacattolica.it, nella sezione dedicata all'Ufficio Nazionale per i beni culturali ecclesiastici.

[101] Si veda *supra* paragrafo 4.

[102] In ogni caso, resta non discutibile l'assunto secondo cui determinate questioni debbano invece trovare definizione unicamente mediante fonti aventi valore normativo, definiti tra CEI e Ministero (poi recepite nei rispettivi ordinamenti mediante le relative modalità proprie di ciascuno).

[103] Si veda *supra* paragrafo 3.

ecclesiastici proprietari di detti beni, senza con ciò nulla togliere alla fattibilità di tale ulteriore declinazione dello strumento della collaborazione. Di più complessa ma per ciò solo non di escludibile attuazione, pare invece la strada della definizione di intese[104], sul modello di quanto già avvenuto in tema di beni culturali di interesse religioso[105], se non altro per la difficoltà di valutazione, già rilevata, della ampiezza del campo di azione delle Regioni civili coinvolte, nelle persone dei loro Presidenti, stante la materia in esame - come appena visto - sulla difficile linea di confine tra tutela e valorizzazione[106].

6. L'importanza della circolazione del sapere: dalla inventariazione alla consultazione delle "carte" della Chiesa

Tanto esaminato sotto il profilo del valore giuridico delle fonti in questione, preme a questo punto tornare ad occuparsi del "merito" della disciplina degli archivi ecclesiastici, la quale si presta infatti ad alcune ulteriori riflessioni. Anzitutto, occorre rimarcare, ancora una volta, come i beni archivistici della Chiesa costituiscano patrimonio della comunità, rappresentando dunque la loro inventariazione, sulla base di *standard* condivisi, un passo determinante per ogni successiva elaborazione scientifica o di studio. Di qui, la scelta dell'UNBCE di avviare il già menzionato

---

[104] Il tema verrà ripreso anche nelle conclusioni del presente studio.

[105] L'insieme delle intese concluse tra Regioni civili e Conferenze episcopali regionali in materia di beni culturali ecclesiastici è consultabile nel volume *La Chiesa cattolica in Italia*, cit., p. 343 (i relativi aggiornamenti sono pubblicati sul sito www.olir.it). In proposito, si deve inoltre ricordare come anche il profilo della individuazione degli interlocutori *ex parte Ecclesiae* non sia scevro di difficoltà. Secondo gli Statuti approvati dalla Congregazione dei Vescovi nel 1994, infatti, solo laddove alla Regione ecclesiastica corrisponda una sola Regione civile, viene riconosciuto alle deliberazioni che approvino eventuali accordi o intese con la Regione civile efficacia vincolante per tutte le diocesi, a condizione che abbiano ottenuto la *recognitio* della Santa Sede. Ciò implica che il meccanismo appena disegnato tenda ad incepparsi di fronte ai casi, ancora diffusi, di mancata corrispondenza tra Regioni ecclesiastiche e civili (ad esempio nel caso in cui un'unica Regione Ecclesiastica comprenda più Regioni civili). In ordine alla complessità di tali fattispecie, ed alle possibili soluzioni, si veda per tutti G. Feliciani, *Le intese regionali b) profili canonistici*, in *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia*, a cura di M. Madonna, Marcianum Press, Venezia 2007, p. 139 ss.

[106] In questo senso, cfr. I. Bolgiani, *Le intese concluse tra Regioni civili ed autorità ecclesiastiche*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2, 2010, in particolare, pp. 373- 375.

progetto CEI-AR[107] e la decisione della sua ulteriore valorizzazione, attraverso il collegamento al Sistema Archivistico Nazionale, mediante le modalità indicate dalla convenzione esaminata. Se infatti l'inventariazione si pone a fondamento delle indagini archivistiche, il costituirsi di una rete informatizzata di relazioni diviene strumento fondamentale per potenziare quella "circolazione del sapere", che è oggi avvertita con sempre maggiore urgenza, a fronte di un patrimonio il cui studio rimarrebbe altrimenti condannato ad una fruibilità inevitabilmente penalizzata dallo scarso dinamismo del sistema di divulgazione ad esso sotteso.

A tale proposito non può del resto essere sottaciuto come l'evoluzione della materia della archivistica in generale ed i relativi processi di informatizzazione, ad essa legati, si siano sviluppati in questi ultimi anni a velocità impensate[108], condizionando di conseguenza anche la materia delle carte della Chiesa. In particolare, se infatti gli archivi pubblici si sono adeguati a determinati *standard*, posto che da poco più di un decennio vige l'obbligo per tutte le amministrazioni di istituire un «Servizio per la gestione informatica dei documenti, dei flussi documentali e degli archivi»[109], anche la CEI – come noto – ha provveduto ad un progressivo allineamento in questo senso[110].

---

[107] Progetto finalizzato - come più volte rilevato - alla inventariazione informatizzata degli archivi ecclesiastici.

[108] Sul tema, per tutti S. Vitali, *La descrizione degli archivi nell'epoca degli standard e dei sistemi informatici*, cit., p. 179 ss.; ed *ivi* inoltre S. Pigliapoco, *La conservazione delle memorie digitali*, p. 287 ss.; nonché F. Valacchi, *I sistemi informativi archivistici tra locale, nazionale ed internazionale*, p. 357 ss.; e M. Guercio, *La conservazione degli archivi digitali*, in *Archivi ed informatica*, a cura di Ead., S. Pigliapoco, F. Valacchi, Civita Editoriale, Lucca 2010.

[109] Cfr. art. 61 del D.P.R. n. 445 del 2000, *Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*, confluito poi nel *Codice dell'amministrazione digitale*, ad eccezione del Capo VI – Sistema di gestione informatica dei documenti (artt. 50-70), che è tuttora in vigore.

[110] Molte utili informazioni circa i progetti in atto da parte della Conferenza Episcopale Italiana su questi temi, sono reperibili all'indirizzo www.chiesacattolica.it, nella sezione dedicata all'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici. In particolare, quanto al summenzionato progetto CEI-AR (operativo dal 2004) si veda, G. Silvestri, *Verso un portale per gli archivi storici ecclesiastici*, in Archivi e biblioteche ecclesiastiche del Terzo Millennio. Dalla tradizione conservativa all'innovazione dei servizi, Atti della XVIII Giornata Nazionale dei beni culturali ecclesiastici della CEI, a cura dell'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici della CEI, Gangemi, Roma 2012, p. 151 ss., p. 161 ss.; nonché *ivi* F. M. d'Agnelli, *CEI- AR: un progetto di riordino e descrizione degli archivi storici a servizio della comunità ecclesiale*, cit., p. 151 ss.

Tali considerazioni portano a domandarsi se siamo dunque di fronte ad un momento di svolta per quanto concerne la "comunicazione della conoscenza" relativa al patrimonio archivistico della Chiesa, proprio grazie allo strumento della informatizzazione dei dati inventariati ed alla loro possibile accessibilità via *web*.

Si tratta in realtà di un interrogativo a cui può essere offerta una risposta solo parzialmente positiva. Se infatti, come già rilevato, l'inventariazione costituisce il punto di partenza di ogni elaborazione scientifica, deve venire sottolineato come sia l'effettiva "consultabilità" dei relativi documenti, da parte dei possibili utenti, a rappresentare il passaggio successivo per realizzare quella "comunicazione del sapere" che caratterizza l'archivistica.

Si tratta di un argomento evidentemente molto sentito nel concreto, ma dai profili giuridici alquanto spinosi, tra cui - non da ultimo - il tema della titolarità dei diritti di proprietà e dell'utilizzo dei risultati, di cui anche la convenzione del 2015 si occupa per quanto concerne nello specifico i dati informatici inventariati.

In particolare, l'UNBCE garantisce, infatti, «il riconoscimento della provenienza dei dati pubblicati su BEWEB, la cui titolarità rimane ai proprietari», precisando inoltre come la gestione del relativo *data base* sia di competenza della Conferenza Episcopale Italiana (art. 4). I suoi contenuti – ribadisce ancora una volta la convenzione – «saranno fruibili anche nell'ambito del SAN […] a condizione che sia sempre presente il riferimento ed il *link* alla singola scheda descrittiva nel sistema di provenienza BEWEB». Ciò implica – e questo qui particolarmente interessa – che

---

Per uno sguardo più ampio sulla attività di inventariazione promossa dalla CEI sul tema dei beni culturali ecclesiastici in generale, si ricorda come una parte dei risultati raggiunti attraverso tali progetti sono stati oggetto della "XVI Giornata nazionale dei beni culturali ecclesiastici", organizzata a Roma dall'UNBCE, il 14 maggio 2009. Tra i contributi (consultabili sul sito *web* della CEI nella sezione dedicata ai beni culturali ecclesiastici) si veda: S. Russo, *Il punto della situazione sugli inventari diocesani*; G. Caputo, *Dall'inventario alla scrivania virtuale per l'attività quotidiana degli Uffici diocesani*; e F. D'Agnelli, *Anagrafe delle Istituzioni ecclesiastiche*. Al tema degli archivi e biblioteche ecclesiastiche è stata invece dedicata, nello specifico, la "XVIII Giornata Nazionale dei beni culturali ecclesiastici", svoltasi a Roma, il 18 maggio 2011. Gli atti di tale incontro di studi sono stati raccolti nel già citato volume "Archivi e biblioteche ecclesiastiche del Terzo Millennio".

qualsiasi «altra forma di trasferimento, diffusione, pubblicazione o comunicazione» dei dati di BEWEB fruibili in SAN «su altre iniziative, proprie o di terzi, non espressamente menzionate in questo accordo, dovrà essere oggetto di comunicazione ed approvazione preventiva». Si tratta di una precisazione importante, posto che - se il meccanismo del richiamo al sistema di provenienza delle schede è simile per tutti i soggetti che aderiscono al SAN - la previsione circa la «comunicazione ed approvazione preventiva» relativa alla diffusione/utilizzo dei dati pubblicati in ulteriori casi guarda invece evidentemente ad altri profili.

A partire da quanto previsto dalla recente convenzione con riferimento al tema dell'utilizzo delle schede inventariate in formato elettronico, vengono dunque qui in rilievo problematiche, che si pongono su più ampia scala[111], poiché se da un lato occorre garantire la conoscibilità del patrimonio archivistico ecclesiastico, dall'altro, se ne deve tutelare adeguatamente la proprietà intellettuale.

In questo senso, occorre anzitutto stabilire se la disciplina specifica relativa alla «consultabilità degli archivi privati» ex art. 127 del D.lgs. n. 42 del 2004[112] - che si analizzerà più nel dettaglio a breve - possa o meno venire applicata alle fattispecie riconducibili alla convenzione in esame. La risposta potrebbe essere parzialmente positiva se ci si riferisse ai soli "oggetti digitalizzati" presenti nel sistema, cioè a quei casi in cui tale particolare versione del documento di archivio consente la "visione"

---

[111] Sul tema, si veda da ultimo con riferimento specifico alla disciplina dei beni culturali ecclesiastici, I. Bolgiani, *I beni culturali di interesse religioso tra Intesa nazionale e accordi regionali ("vecchi" e "nuovi")*, cit., pp. 15-16, che affronta il problema della pubblicazione *on line* delle relative schede descrittive (compilate da parte ecclesiastica anche grazie ad eventuali finanziamenti regionali), nei casi di richieste di «utilizzo del materiale da parte di soggetti terzi all'amministrazione per scopi di studio o anche di diffusione per via telematica delle informazioni raccolte», concludendo – in assenza di una normativa specifica sul punto – circa l'opportunità della definizione di apposite convenzioni tra autorità confessionali e amministrazione. L'A. precisa infatti come tale soluzione non paia violare i limiti di competenza esistenti, posto che il D.lgs. n. 42 del 2004 prevede espressamente come «il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali […] curano la catalogazione dei beni culturali loro appartenenti e, previe intese con gli enti proprietari, degli altri beni culturali» (art. 17, comma 4).

[112] Per un commento al contenuto generale di questa norma, si veda F.A. Cancilla, *Art. 127*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commentato*, cit., p. 957 ss. e, con riferimento particolare alla consultabilità degli archivi ecclesiastici, *ivi,* pp. 965-971.

diretta - sia pure in formato elettronico - all'utente, purché ciò avvenga nel rispetto delle condizioni di cui si dirà[113]. Fuori da tali ipotesi la situazione appare tuttora poco chiara, rendendo sempre più auspicabile l'intervento di una specifica disciplina bilaterale di vertice. Nell'attesa, la scelta prospettata nel 2015 consente però di sciogliere - almeno in parte - la questione, prevedendo che ogni possibile forma di utilizzazione di tali informazioni (pubblicate sul *web*), ad opera delle parti o di terzi, debba in ogni caso essere sottoposta - come anticipato - alla previa comunicazione ed approvazione da parte della autorità ecclesiastica.

Tanto rilevato, se indubbiamente "l'interoperabilità" dei sistemi BEWEB e SAN rappresenta un aspetto determinante per la circolazione del sapere nel rispetto delle modalità indicate, sono le questioni legate alla consultabilità "diretta" del patrimonio archivistico ecclesiastico a risultare di non minore momento, costituendo altresì il vero e proprio scopo ultimo di tale operazione.

Si tratta di un aspetto che è stato poco trattato dall'Intesa del 2000, posto che quest'ultima ha ritenuto prioritario puntare la propria attenzione sull'attività di inventariazione di tale patrimonio[114]. Una operazione che oggi, ad oltre quindici anni di distanza dalla definizione di tale accordo, può dirsi in larga parte avvenuta, restando invece inevasa, sotto vari profili, la questione della consultazione e fruizione di tali archivi, quali fonti insostituibili di conoscenza per gli studiosi delle scienze storiche (e non solo).

---

[113] Si veda *infra* in questo stesso paragrafo.

[114] Sul punto, si veda G. Feliciani, *L'intesa tra il Ministro per i beni e le attività culturali e il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana relativa alla conservazione e consultazione degli archivi d'interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche*, in *Per gli archivisti ecclesiastici d'Italia. Strumenti giuridici e culturali*, a cura di G. Zito, LEV, Città del Vaticano 2002, p. 219 ss., il quale rileva che l'Accordo del 2000 «non dedica molta attenzione» alla materia della consultazione, «contemplata solo da poche disposizioni di carattere molto generico». In questo stesso senso, G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., p. 125, la quale precisa come «l'apertura alla consultazione degli archivi ecclesiastici di interesse storico» sia sembrata «quasi concessa in contraccambio del soccorso pubblico a favore della conservazione dei medesimi». L'intesa – prosegue l'A. – pare pertanto «vaga su un problema alquanto spinoso», laddove era «forse legittimo attendersi disposizioni più numerose e stringenti proprio a garanzia di entrambe le parti».

Sul punto, si deve anzitutto ricordare ancora una volta, come presentando i beni in questione interesse storico, essi rientrino nella categoria dei beni culturali nel senso già chiarito in apertura del presente studio[115]; ciò spinge a considerare il tema in oggetto "alla luce" delle disposizioni contenute nel Codice Urbani, oltre che della nuova Intesa del 2005 in tema di beni culturali di interesse religioso[116]. Quest'ultima tuttavia - all'art. 2, comma 1 - ha precisato come le sue disposizioni si applichino ai «beni culturali mobili ed immobili di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche, fermo restando quanto disposto in materia di conservazione e consultazione degli archivi d'interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche dall'Intesa del 18 aprile 2000», rimandando dunque - per quello che qui interessa - alle specifiche disposizioni ad essi dedicate dall'Intesa del 2000[117].

Quanto al Codice Urbani del 2004, si deve ricordare come esso, oltre ad occuparsi degli archivi di proprietà statale o di altri enti pubblici (cfr. art. 53 ss.), quali beni facenti parte del c.d. demanio culturale, contenga una apposita previsione – l'art. 9[118] – relativa ai beni culturali di interesse religioso, tra cui gli archivi possono

---

[115] Si veda il paragrafo 1.

[116] Per un primo commento all'intesa, si veda per tutti A. G. Chizzoniti, *L'intesa del 26 gennaio 2005 tra Ministero per i beni e le attività culturali e la Conferenza episcopale italiana: la tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche tra continuità ed innovazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2005, pp. 387-398. Più di recente, si rinvia ad E. Camassa, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, cit., p. 79 ss.

[117] Sul punto, va inoltre ricordato come, ai sensi dell'art. 3, comma 2 dell'intesa del 2000, la CEI sia tenuta a depositare al Ministero - periodicamente aggiornato - un elenco degli archivi «di interesse storico». Dunque, secondo parte della dottrina, se «con riferimento alla dichiarazione di notevole interesse storico o di interesse storico particolarmente rilevante, il libero apprezzamento degli organi italiani non pare patire riduzioni», con questa previsione «sembra lasciarsi un certo margine di decisione alla Conferenza Episcopale Italiana quanto alla designazione del semplice interesse storico dell'archivio» (G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., p. 110).

[118] Per un commento relativo a tale articolo in generale, si veda per tutti F. Margiotta Broglio, *art. 9. Beni culturali di interesse religioso*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Il Mulino, Bologna 2007, p. 84 ss.

essere ricondotti[119], ma anche - e questo particolarmente rileva - dedichi alcune disposizioni specifiche al caso degli archivi di proprietà privata di «interesse storico particolarmente importante»[120]. In tal senso, il già menzionato art. 127 del Codice del 2004 prevede che: «I privati proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di archivi o singoli documenti dichiarati ai sensi dell'art. 13[121] […] hanno l'obbligo di permettere agli studiosi che ne facciano motivata richiesta tramite il soprintendente archivistico, la consultazione dei documenti secondo modalità concordate tra i privati stessi ed il Soprintendente […]». Si torna dunque al distinguo iniziale tra gli «archivi di interesse storico particolarmente importante» (ex art. 10, comma 3, lett. b) del Codice Urbani[122]) e quelli di «interesse storico» *tout court*, rispetto ai quali l'età minima dei documenti consultabili risulta - secondo alcuni autori[123] - pari a settanta anni.

Il punto - dibattuto in dottrina[124] - richiede ulteriori riflessioni ed in questo senso, alcuni autori ritengono possa risultare utile richiamarsi a quanto stabilito dallo «Schema tipo di Regolamento per gli archivi ecclesiastici», nella sua versione

---

[119] Ovvero quando essi presentino tale "interesse religioso". Sul punto, si veda in particolare il paragrafo 2.

[120] Da un esame complessivo della normativa in questione, si può rilevare come la qualifica di interesse storico particolarmente importante, riconosciuta ad un archivio privato, comporti per quest'ultimo una serie di vincoli analoghi a quelli degli archivi statali (si vedano ad esempio: art. 30, comma 4; art. 63, commi 4 e 5; art. 127, comma 1 del Codice dei beni culturali e del paesaggio). Essi vengono posti sotto il controllo della Soprintendenza archivistica competente e sono per molti aspetti soggetti ai medesimi obblighi dei beni di proprietà statale. Sul punto, si rinvia a L. Giuva, *Gli archivi storici in Italia: la mappa della conservazione*, in *Archivistica. Teorie, metodi e pratiche*, cit., p. 102.

[121] Ovvero la «dichiarazione dell'interesse culturale».

[122] Si veda il paragrafo 2 del presente studio, ove tale locuzione viene ritenuta coincidente con la formula di «notevole interesse storico», contenuta nell'Intesa del 2000.

[123] In questo senso, G. Feliciani, *L'Intesa tra il Ministero per i beni e le attività culturali e il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana relativa alla conservazione e consultazione degli archivi d'interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche*, in *L'Amico del clero*, 12, 2000, p. 803

[124] Alcuni autori ritengono infatti che gli «archivi di interesse storico», di cui all'Intesa del 2000, siano oggi quelli per i quali non sia intervenuta la dichiarazione di cui all'art. 13 del Codice Urbani (ovvero la dichiarazione dell'interesse culturale). In questo caso, sarebbe loro applicabile – in tema di consultazione – l'art. 127, comma 3, secondo cui «Agli archivi privati utilizzati per scopi storici, anche se non dichiarati a norma dell'art. 13, si applicano le disposizioni di cui agli artt. 123, comma 3 e 126 comma 3» (F.A. Cancilla, *art. 127*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 969).

rivista[125], che è seguito all'Intesa del 2000. Esso mostra, infatti, una significativa assonanza con le previsioni del D.lgs. n. 42 del 2004, laddove stabilisce – all'art. 38 – che «possono essere consultati, in linea di principio, i documenti anteriori agli ultimi settanta anni», mentre, nel caso di archivi di notevole interesse storico, la consultazione possa concedersi solo previa ed esplicita autorizzazione da parte dell'Ordinario, apposta sulla domanda del richiedente, corredata dal «previo nulla osta da parte del Soprintendente archivistico»[126]. Una previsione quest'ultima assolutamente in linea con il disposto – sia pure successivo - dal Codice Urbani, il quale prevede – come appena visto – l'autorizzazione alla consultazione da parte del Soprintendente solamente per quanto riguarda gli archivi di interesse storico particolarmente importante (ex art. 10, comma 3, lett. b). Negli altri casi dunque, salvo la tutela di particolari esigenze di riservatezza[127], la consultabilità degli archivi

---

[125] A questo riguardo si veda l'*Appendice* del volume di G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., pp. 210-218, ove viene riportato il testo emendato.

[126] Sul punto, occorre appena ricordare come, in tema di consultabilità degli archivi ecclesiastici, non possa essere trascurato che, per tali raccolte di documenti, la tutela della riservatezza e l'interesse della ricerca scientifica debbano «contemperarsi con l'autonomia confessionale» (cfr. al riguardo, per tutti, G. Senin Artina, *Brevi annotazioni a proposito dell'Intesa sugli archivi di interesse storico e sulle biblioteche appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2000, p. 495 ss.). In particolare, l'ordinamento canonico possiede infatti a questo riguardo una disciplina molto articolata. Guardando al dettato del Codice del 1983 ci si limita in questa sede a ricordare come il nucleo centrale delle prescrizioni canoniche sugli archivi si trova all'interno del secondo libro del codice: i canoni dal 482 al 491 disciplinano gli archivi vescovili, il 535 l'archivio parrocchiale, il § 1 del 491 quelli delle singole chiese. Accanto a questo nucleo centrale di prescrizioni operano sparsi all'interno del codice altri canoni che impongono alle persone giuridiche la tenuta di determinati tipi di archivi senza, peraltro, fornirne la disciplina (cann. 173 § 4, 1283 § 3, 1284 § 9, 1306 § 2).

Per una disamina delle disposizioni dettate dal Codice del 1983 a proposito degli archivi si vedano, sia pure senza pretesa di completezza, M. Calvi, *Quali libri nell'archivio parrocchiale?* in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 3, 1989, pp. 403-410, A. Longhitano, *Archivi di diocesi e parrocchie riunite ad altre: concentrazione, rimanenza in loco, altre soluzioni*, in *Archiva Ecclesiae*, 30-31, 1987-1988, pp. 55-78, Id., *Gli archivi ecclesiastici*, in *Ius Ecclesiae*, IV, 2, 1992, pp. 649-667, A. Celeghin, *L'archivio diocesano nel c.i.c.*, in *L'amico del Clero*, 72, 1990, pp. 276-283 e 314-331; A. Foglia, *Curia diocesana e archivio*, in *Archiva Ecclesiae*, 38-39, 1995-1996, pp. 87-99, nonché O. Pasquinelli, *Lineamenti della disciplina canonica degli archivi ecclesiastici*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 3., 1994, p. 367 ss.; L.M. De Palma, *Aspetti e problemi della consultazione degli archivi*, in *Archiva Ecclesiae*, 38/39, 1996, p. 74 ss.; e più di recente, con riferimento in particolare alla situazione italiana, G. Feliciani, *Legislazione canonica*, in *Consegnare la memoria. Manuale di archivistica ecclesiastica*, a cura di E. Boaga, S. Palese, G. Zito, ed. Giunti, Firenze 2003.

[127] In questo senso giova ricordare come secondo lo Schema tipo approvato dalla CEI, qui in esame, la consultazione di documenti definiti come riservati o relativi a situazioni private di persone possa concedersi solo «previa ed esplicita autorizzazione da parte dell'Ordinario» (art. 38, par. 2). Sul tema, si rinvia *ex multis* a D. Milani, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico: interessi istituzionali e diritti individuali a confronto*, cit., p.

ecclesiastici *tout court* deve considerarsi possibile, purché ciò avvenga sulla base dei regolamenti all'uopo predisposti e nel rispetto della soglia temporale minima suddetta.

Si tratta cioè in ultima analisi di trovare un giusto contemperamento tra la riservatezza della Chiesa con riferimento alle proprie "carte" e l'importanza di una adeguata divulgazione della conoscenza di un patrimonio che appartiene alla collettività. Come è stato sottolineato infatti se, da un lato, gli archivi sono senza dubbio «beni vivi per la Chiesa» ed essenziali per la sua missione[128], dall'altro, essi rappresentano nell'ordinamento italiano «anelli di convergenza» con la società civile, concorrendo a ricondurre ad unità l'identità di un popolo, nella condivisione delle sue diverse componenti[129]. In quanto tali essi vanno pertanto conservati e preservati, ma anche "offerti" ad una virtuosa circolazione del sapere, possibilmente nelle forme e con le modalità stabilite d'intesa tra le autorità civili ed ecclesiastiche.

7. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto esaminato, pare opportuno tracciare alcune brevi note di sintesi. Anzitutto occorre nuovamente rimarcare come il *file rouge* che lega tutte le fonti esaminate sia rappresentato dalla collaborazione tra autorità civili e religiose. Un principio che – come più volte rilevato – possiede una particolare attitudine a declinarsi - a "livelli" e con "forme" differenziate -proprio con riferimento a materie

---

149 ss., la quale ricorda in particolare come il 20 ottobre 1999, ottenuta la *recognitio* della *Congregazione pro Episcopis*, la CEI abbia promulgato il decreto generale recante «Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza», che - a partire dal regime introdotto dalla legge di «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali» (legge n. 674 del 1996, poi modificata dal D.lgs. n. 467 del 2001) - si è «prefissato di disciplinare organicamente il sistema di protezione della riservatezza dei dati dei propri aderenti».

[128] G. Boni, *Gli archivi della Chiesa cattolica*, cit., p. 182.

[129] Al riguardo, si veda A. Riccardi, *L'archivio ecclesiastico come memoria storica della comunità ecclesiale e della società civile*, in Archivi ecclesiastici e legislazione concordataria dopo il nuovo Accordo tra Stato e Chiesa: atti del Seminario di studio di Bari (Bari, 23-24 marzo 1988), cit., p. 13 ss.

che, come quella in esame, pongono maggiori difficoltà di inquadramento tanto nell'ambito delle competenze stabilite dall'ordinamento italiano, quanto per i loro risvolti canonistici.

Di qui, la scelta di analizzare le fonti bilaterali che si sono occupate del tema degli archivi ecclesiastici e che, proprio applicando il principio di collaborazione, hanno saputo collocarsi in una posizione di armoniosa conformità rispetto al dettato del legislatore italiano (ed in particolare del Codice Urbani)[130], senza al contempo trascurare - come lo stesso art. 12 dell'Accordo di Villa Madama richiede - le "specificità" di ciascuna delle parti contraenti[131]. Uno stato di cose che – lo si è appena rilevato – ha agevolato, grazie anche alla evoluzione della scienza archivistica, quella "comunicazione della conoscenza" che rappresenta il fine ultimo di tali disposizioni[132].

Ciò precisato, non può essere sottaciuto come siano al contempo emersi anche una serie di nodi ancora irrisolti. Tra essi va indubbiamente annoverato, oltre all'appena menzionato tema delle modalità concrete di consultabilità degli archivi ecclesiastici nell'ambito di un giusto bilanciamento degli interessi coinvolti[133], anche la difficile collocazione degli accordi che se ne occupano nella gerarchia delle fonti.

Sul punto si è cercato di fare chiarezza, posto che il valore giuridico di una determinata fonte ne condiziona inevitabilmente l'applicazione. Si è perciò dato conto del fatto che, più in generale, solo le intese definite - a livello di vertice - tra

---

[130] In questo senso, si veda A. Roccella, *Conservazione e consultazione degli archivi di interesse storico*, cit., p. 44, il quale sottolinea come dall'Accordo di revisione concordataria non sia derivato un obbligo a stipulare tali intese, le quali sono «puramente facoltative», proprio nel segno di una corretta applicazione del principio di collaborazione. In questo stesso senso, cfr. C. Cardia, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali di interesse religioso tra Stato e Chiesa cattolica* in *Beni culturali di interesse religioso* a cura di G. Feliciani, Il Mulino, Bologna 1995, pp. 60-61 e 75.

[131] In questo senso, si veda il dettato dell'art. 12, n. 1, comma 1, secondo cui le parti si impegnano a collaborare «nel rispettivo ordine». Per una valutazione di più ampio respiro su questo tema, si rinvia per tutti a G. Dalla Torre, *La filosofia di un Concordato*, cit., p. 81 ss.

[132] Si veda *supra* paragrafo 6.

[133] Si veda il paragrafo *supra*.

Ministero e Presidente della CEI possano considerarsi dotate di un vero e proprio valore normativo, essendo recepite nel nostro ordinamento mediante decreti presidenziali[134], mentre le altre possibili convenzioni[135] o accordi[136] tra le articolazioni organiche delle due parti, debbano necessariamente classificarsi come atti procedimentali o amministrativi in senso stretto. Ne deriva che, a fronte dell'importanza dello svilupparsi di tale apparato normativo di "secondo livello", resta dunque insostituibile il ruolo svolto dall'Intesa nazionale e conseguentemente la necessità di valutarne periodicamente l'eventuale rinnovo laddove l'evoluzione della normativa statale o della scienza archivistica ne suggeriscano l'opportunità.

In questo senso, un aspetto che meriterebbe con ogni probabilità maggiore spazio all'interno di un eventuale rinnovo dell'Intesa del 2000, potrebbe riguardare, dunque, proprio l'individuazione specifica dei soggetti competenti[137] alla conclusione di accordi sul piano locale, sia sotto il profilo della definizione di convenzioni tra gli organi decentrati di CEI e Ministero[138], sia mediante il classico strumento degli accordi con le Regioni civili[139] (come avviene in tema di beni culturali di interesse religioso in generale[140]). Accordi questi ultimi che – si può qui

---

[134] Si veda *supra* paragrafo 5. Nell'ordinamento canonico dette fonti sono a propria volta promulgate con decreto del Presidente della Conferenza Episcopale Italiana. Così è avvenuto anche per l'Intesa in materia di archivi e biblioteche, mediante decreto del Presidente della CEI n. 904 del 15 luglio 2000 (NCEI 2000, 6/169-180).

[135] Si veda al riguardo la convenzione esaminata al paragrafo 4.

[136] Si pensi, ad esempio, all'«Accordo tra il Dipartimento per i beni culturali e paesaggistici del Ministero per i beni e le attività culturali e l'Ufficio Nazionale per i beni culturali ecclesiastici della CEI relativo alle procedure informatizzate utilizzate dagli enti ecclesiastici per la richiesta di verifica dell'interesse culturale dei beni immobili» (8 marzo 2005). Per un primo commento relativo all'accordo, che ne sottolinea il valore evidentemente procedimentale, si veda M. Rivella, *Procedura per la verifica dell'interesse culturale di beni immobili di proprietà di enti ecclesiastici*, 2005, consultabile all'indirizzo www.olir.it.

[137] Per gli aspetti canonistici della questione si rinvia per tutti a G. Feliciani, *La qualificazione canonica delle intese tra autorità ecclesiastica e autorità civili*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1, 2011, pp. 165-184.

[138] *Restius*: le articolazioni territoriali del MiBACT (si vedano i paragrafi 3 e 5).

[139] *Rectius*: Presidente della Regione civile.

[140] Per questi aspetti si veda *supra* paragrafo 5.

aggiungere in chiusura – hanno tra l'altro il pregio di possedere una peculiare vocazione "politico – normativa"[141].

Ferme queste considerazioni, se dunque la convenzione del 2015 tra ICAR e UNBCE rappresenta senz'altro una "sorta di cartina di tornasole" della particolare stagione di rapporti in atto - anche sotto il profilo degli accordi di carattere amministrativo - tra Stato e Chiesa cattolica, c'è da pensare come molte altre opportunità si aprano per il futuro, proprio grazie al presumibile fiorire di ulteriori fonti bilateralmente convenute, in un costante dialogo tra centro e periferie, declinato dalle competenti autorità civili ed ecclesiastiche. Un "dinamismo" che appare senza dubbio determinante per l'attuale sistema di divulgazione della conoscenza, di cui gli archivi della Chiesa sono fondamentali custodi e testimoni a futura memoria[142].

ABSTRACT: There are three main themes in this study. First, it highlights the role that State – Catholic Church cooperation have played regarding ecclesiastical archival heritage. Second, it underlines how the Agreement of Villa Madama have had a sort of knock-on effect: thanks to this

[141] Se è vero infatti che sotto il profilo strettamente formale, tali accordi non essendo seguiti da alcun atto di recepimento, dovrebbero venire inquadrati come «puri atti bilaterali» (A. Roccella, *Le intese regionali a) profili pubblicistici*, in *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia*, cit., p. 133), dall'altro occorre ricordare come essi generalmente si originano da una apposita delibera dell'esecutivo regionale, che ne autorizza il Presidente alla sottoscrizione. Pertanto, posto che - come noto - la Giunta è organo di governo della Regione e possiede in questo senso una precisa funzione di «indirizzo politico-amministrativo» (L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova 2002, p. 529 ss.; T. Martines, A. Ruggeri, C. Salazar, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano 2005, p. 67 ss.; P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Cedam, Padova 2009, p. 97 ss.; P. Caretti, G. Tarli, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino 2007, p. 187 ss.), la conclusione di queste intese – per il tramite del Presidente in qualità di rappresentante della Regione – appare in quanto tale vincolante nei suoi profili applicativi secondo le regole che disciplinano oggi (ai sensi dell'art. 4 del D.lgs. n. 165 del 2001) i rapporti tra Governo e dirigenza regionale ed, in questo senso, si può così arrivare ad affermare come tali fonti possiedano per così dire una particolare valenza «politico-normativa». In questo senso, da ultimo I. Bolgiani, *Regioni e fattore religioso*, cit., p. 166-167, la quale richiama a propria volta, con riferimento al tema del ruolo di rappresentanza oggi riconosciuto all'esecutivo regionale, A. Mangia, *Regioni, rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano 2011, p. 412 ss.

[142] In questo senso, si veda S. Palese, *Negli archivi la memoria delle istituzioni ecclesiastiche*, in *Consegnare la memoria. Manuale di archivistica ecclesiastica*, cit., pp. 13-51.

milestone, after a first series of agreements, new administrative protocols have been established, even if with a different juridical value. Finally, the importance of these choices is observed in a more general framework of "knowledge communication".

KEY WORDS: *Ecclesiastical archives, Catholic Church, Cooperation, Knowledge communication*

JusOnline n. 1/2016
ISSN 1827-7942

Anna Sammassimo

Ricercatrice di diritto canonico ed ecclesiastico, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

The right to food in the Catholic Social Doctrine*

Summary: Introduction. 1. 1. The right to food in the international law. 2. Definition of the right to food and states' corresponding obligations. 3. The Catholic social doctrine. 3. The Catholic social doctrine: a) the problem of hunger is a moral problem; b) the right to food is a "positive" right; c) the right to Food is a basic human right; d) adequate solidarity in the era of globalization requires the right to food to be defended; e) the objective of eradicating hunger and, at the same time, of being able to provide healthy and sufficient food also demands specific methods and actions that mean a wise use of resources that respect Creation's patrimony. Conclusions

Introduction

At present times, we seem to be facing a typical Malthusian situation, where the supply of food is unable to meet growth in demand, as a result of a number of very important structural factors (like, i.e., the population growth, the climate change, the energy needs and particularly the demand for oil increase, the (growth of) agricultural productivity decline and so forth) which are *de facto* threatening our ability to feed the planet[1].

Although, it must be said, in comparison to 40 or 50 years ago, we actually know more about what causes hunger and food (in)security. In particular, we know

---

* Paper presented at the International Colloquium "*Right to Food, Peace and Democracy. Research and Education in an Ethical Perspective*" (17th to 19th September 2015, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milan).

[1]O. De Schutter, *The right to food*, in AAVV, *Catholic social doctrine and human rights. The Proceedings of the 15th Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences. 1-5 may 2009*, Vatican City 2010, pp. 324 ss. See also Id., *How not to think of land-grabbing: three critiques of large-scale investments in farmland*, in *Journal of Peasant Studies* 38 (2) 2011, pp. 249 ss.

that markets (left to their own devices) cannot always produce a sufficient amount of food everywhere and certainly cannot bring it to parts of the world where there is an endemic condition of Malthusian under-production due to very well known issues[2].

In general, the public, including some specialists, often seems to underestimate the political economy considerations, the responsibilities of actors, the governance issues, because its attention is focused exclusively on the levels of food availability, on altogether productivity, thus, in short, forgetting about issues of accessibility, justice and the needs of engaging against discrimination and marginalisation[3].

In his very famous reading of certain famines in this century, Amartya Sen showed us that hunger, and the plague of famines, occur in times of increased production that, paradoxically, generates an increase in, almost a booster, for existing famines. In other terms, for Sen famines do not occur simply, or even mainly, nowadays as a result of there being too little food produced, too little food available on the markets. Famine occurs, according to him, or rather a number of contemporary famines do, when the incomes of certain groups of the population rise much faster than the incomes of other groups, so that the latter are priced out and have no sufficient purchasing power to cope with the increase of prices of food commodities. Taking into consideration his view, the real challenge is not just to produce enough food, it is not just a question of food being available, it is also, and perhaps primarily, a question of food being accessible to the poorest, it is a question of social justice, it is a question of combating discrimination, it is a question of

---

[2] O. De Schutter, *Countries Tackling Hunger with a Right to Food Approach*, Briefing Note 1, Special Rapporteur on the right to food, 2010; Id., *The green rush: the global race for farmland and the rights of land users*, in *Harvard International Law Journal* 52 (2) 2011, pp. 504 ss.

[3] B. Wisner - P. Blaikie - T. Cannon & I. Davis, *At Risk: natural hazards, people's vulnerability*, 2ª ed., 2003, in *www.preventionweb.net/files/670_72351.pdf*; S. Narula, *The global land rush: markets, rights and the politics of food*, paper presented at the "International Conference on Global Land Grabbing II", Cornell University, 17-19 October 2012; G. Kent, *Freedom from want. The human right to adequate food*, Washington, 2005.

redistributive policies. If you want to fight hunger in Milan, you should not just multiply by two or three the number of supermarkets in Milan: you would need to provide money to those who are homeless, the poor, marginalised and hungry, not because there is no food available to them but because their purchasing power is inadequate, insufficient in their economic ambiance[4].

Now, ideally, the two views - the one focusing on food availability, on sufficient quantities in storage and the other focusing on accessibility, entitlements to food on the market - should be complementary. Ideally, there should be both conditions happening simultaneously in order to address efficiently, and solve, the problem of hunger[5].

If you consider the issue from this very perspective, the viewpoint of a rights-based consideration on the mainstream ideas and conjectures on the causes and solutions for the hunger problem, you have at hand an added valuable tool in understanding and framing the issue of hunger. That is what I suggest considering with my paper: a new tool, based on the human rights epistemological stance, to be used regarding the debate on the right to food in our contemporary world.

I will try to explain briefly what and how is understood as the right to food in international law system in order to show the teaching about it of Catholic Church.

1. The right to food in the international law

The right to food was first recognised as a human right both in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the International Covenant on

---

[4] See R. Künnemann & Monsalve Suárez, *International human rights and governing land grabbing: a view from global civil society*, in *Globalizations* 10 (1) 2013, pp. 123 ss; C. Golay & M. Büschi, *The Right to Food and Global Strategic Frameworks: The Global Strategic Framework for Food Security and Nutrition (GSF) and the UN Comprehensive Framework for Action (CFA)*, Rome, FAO 2012; W. Wolford – S.M. Borras jr. - R. Hall - I. Scoones & B. White, *Governing global land deals: the role of the state in the rush for land*, in *Development and Change* 44 (2) 2013, pp. 189 ss.

[5] O. De Schutter, *The right to food*, cit.

Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)[6]. Article 25 of the UDHR provides that: *"Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control"*.

The ICESCR recognises *'the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food…and to the continuous improvement of living conditions'* (Article 11, § 1) as well as '*the fundamental right of everyone to be free from hunger'* (Article 11, § 2).

At the international level, the formal legal recognition of the right to food in the ICESCR — with its two main components being the right to adequate food and the fundamental right to be free from hunger — was not immediately met with a strong commitment at the political level to ensure its full implementation[7]. It was only in 1996, at the Food and Agriculture Organization (FAO) World Food Summit (WFS), that political leaders finally made a more solemn commitment towards the realisation of this very right and requested the UN human rights system to better define it. In response, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) adopted its General Comment 12 in 1999, in which it outlined the normative content of the right to food and stated corresponding obligations, while the UN Commission on Human Rights created the mandate of the first UN Special Rapporteur on the Right to Food in 2000[8]. At the second WFS, organised by FAO

---

[6] See L. Knuth & M. Vidar, *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, Rome, FAO, 2011; W. Barth Eide & U. Kracht (ed.), *Food and Human Rights in Development: Legal and institutional Dimensions and Selected Topics*, Antwerp: Intersentia, 2005; J. Ziegler, C. Golay, C. Mahon & S.A. Way, *The Fight for the Right to Food: Lessons Learned*, London 2011.

[7] See P. Alston & K. Tomaševski (ed.), *The right to food*, Dordrecht, 1984; P. Clays & G. Vanloqueren, *The minimum human rights principles applicable to large-scale land acquisitions or leases*, in *Globalizations* 10 (1) 2013, pp. 193 ss.

[8] See C. Golay, C. Mahon & I. Cismas, *The impact of the UN special procedures on the development and implementation of economic, social and cultural rights*, in *International Journal of Human Rights* 15 (2) 2011, pp. 299 ss; S. Subedi, S. Wheatley, A. Mukherjee & S. Ngane, *The role of the special rapporteurs of the United Nations Human Rights*

in 2002, States welcomed these developments and tasked an intergovernmental working group with the elaboration of Voluntary Guidelines to support the progressive realisation of the right to adequate food - in the context of national food security (Right to Food Guidelines) - in order to provide practical guidance for reducing hunger. The Right to Food Guidelines are voluntary by nature but they represent an important political commitment to strengthen the implementation of the right to food. They were adopted unanimously by the FAO Council in November 2004 and, since then, have been used as practical tools by States that have chosen to address hunger through a rights-based approach[9].

With the 2008 global food crisis, the UN Secretary General made a strong appeal to integrate the right to food more effectively in responses to food insecurity. At a high-level meeting on food security in 2009, the Secretary General stated: *"We must continue to meet urgent hunger and humanitarian needs by providing food and nutrition assistance and safety nets, while focusing on improving food production and smallholder agriculture. This is the twin-track approach…We should be ready to add a third track, the right to food, as a basis for analysis, action and accountability"*.

The recognition of the right to food at the international level was not mirrored at the regional, i.e. stateside, level, where the right appears explicitly in only one legal instrument, the Protocol of San Salvador, completing the American Convention on Human Rights, which is generally considered to be characterised by weak enforcement mechanisms. To fill this gap, other human rights, including the rights to life, health, environment, and property, have been used to protect the right to food indirectly in the African and Inter-American human rights systems. At the national level, the right to food has been incorporated into a growing number of

---

Council in the development and promotion of international human rights norms, in *International Journal of Human Rights* 15 (2) 2011, pp. 155 ss.

[9] C. Golay & I. Biglino, *Human rights responses to land grabbing: a right to food perspective*, in *Third World Quarterly* 34 (9) 2013, pp. 1630 ss.

constitutions in the past 20 years, e.g. most recently in Brazil, Bolivia, Ecuador and Kenya, and it is increasingly being adjudicated by international courts[10].

2. Definition of the right to food and states' corresponding obligations

In its General Comment 12, the CESCR provides the following definition of the right to food: *"The right to adequate food is realised when every man, woman and child, alone or in community with others, has physical and economic access at all times to adequate food or means for its procurement"*.

According to this definition, all human beings have a right to food that must be available in sufficient quantity, nutritionally and culturally adequate, and physically and economically accessible. Interpreting the right to food through the lens of human dignity, the UN Special Rapporteur on the Right to Food has underlined that it is the right of every human being to feed oneself and one's family with dignity. As stated in the Right to Food Guidelines, this can be achieved by ensuring everyone's access to productive resources, in particular land, water and seeds, but also fisheries or forests, as well as access to labour or social assistance schemes.

The corresponding obligations of States were first developed by human rights experts and subsequently defined by the CESCR, the UN Special Rapporteur on the Right to Food, and by States through the adoption of the Right to Food Guidelines. It is now generally accepted that state parties to the ICESCR have the obligation to respect, protect and fulfil the right to food, without any discrimination. The obligation to respect is essentially an obligation to refrain from action that would interfere with the right to food. The obligation to protect requires States to ensure that enterprises as well as private individuals do not deprive individuals of their access to adequate food. The obligation to fulfil implies that states should, first

[10] L. Knuth & M. Vidar, *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, cit.

of all, facilitate the realisation of the right to food by creating an environment that enables individuals and groups to feed themselves by their own means and, secondly, provide the right to food for those who are not capable of feeding themselves for reasons beyond their control[11].

In respecting, protecting and fulfilling the right to food, States must comply with human rights principles: -in particular the principles of participation, accountability, non-discrimination, transparency, human dignity, empowerment and the rule of law. When they develop and implement food security strategies, policies and programmes, states must therefore consult and inform all relevant actors, adopt and use budgets in a transparent manner, and take measures with the explicit aim of improving the realisation the right to food, especially with respect to vulnerable groups. States must also ensure that these steps empower rights holders to claim their rights and duty bearers to fulfil their obligations[12].

Finally, under this framework, access to justice must be available to victims of violations of the right to food. In the context of LSLTs, the foregoing discussion entails that the conclusion and implementation of LSLTs should not lead to violations but, rather, to a better realisation of the right to food, and should be carried out in compliance with the foregoing human rights principles[13].

3. The Catholic social doctrine

The right to an adequate and healthy balanced food diet has been, and still is, one of the doctrinal point of reference of, as well as a practical course of action

---

[11] See C. Cicatiello, B. Pancino, S. Pasucci & S. Franco, *Relationship Patterns in Food Purchase: Observing Social Interactions in Different Shopping Environments*, in *Journal of Agricultural & Environmental Ethics* 28 (1) 2015, pp. 21 ss.

[12] See M.V. Ploeg, P. Dutko & V. Breneman, *Measuring Food Access and Food Deserts for Policy Purposes*, in *Applied Economic Perspectives & Policy* 37 (2) 2015, pp. 205 ss.

[13] C. Golay, *The Right to Food and Access to Justice: Examples at the National and International Levels*, Rome, FAO, 2009.

taken by, the Catholic Church, since the Catholic Church has always considered poverty first and foremost as lack of material food.

The fight against poverty has found a strong motivation in the preferential love of the Church for the poor since Jesus's teaching[14]. According to the book of Matthew in the New Testament, feeding the hungry is absolutely imperative for a good Christian. It is an absolute duty and as such it cannot be escaped, irrespective of the consequences. In fact, Christians are called to work not only to provide themselves with bread, but also in acceptance of their poorer neighbours, to whom the Lord has commanded them to give food, drink, clothing, welcome, care and companionship (*"For I was hungry and you gave me food, I was thirsty and you gave me drink, I was a stranger and you welcomed me"*, cf. *Mt* 25:35-36). While Catholic teaching calls us to seek the common good of the entire human family, Scripture and our Catholic tradition also call us to a priority concern for the poor and vulnerable[15]. Like the prophets of the Old Testament, Jesus calls us to care for the powerless and those on the margins of society. For us, hungry children, farmworkers, and farmers in distress are not abstract issues. They are sisters and brothers with their own God-given dignity. In the words of Blessed Teresa of Calcutta, they are also *"Jesus in his distressing disguise"*.

The right to food has very operational consequences[16] in that it obliges us to establish accountability mechanisms to identify the food insecure and the food vulnerable in order to target our efforts very carefully. It obliges us to evaluate the effectiveness of our programmes in reaching the poorest and so it is something more than just trying to achieve food security, it is something which ensures

---

[14] D. Dorr, *Option for the Poor*, Maryknoll N.Y. 1984.

[15] See F.H. Müller, *The Church and the Social Question*, Washington-London 1984; AAVV, *Il magistero sociale della Chiesa. Principi e nuovi contenuti*, Milano, 1989; Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004; Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Terra e Cibo*, Città del Vaticano, 2015.

[16] See A. Ryan, *Social Doctrine and Action*, New York 1941.

accountability of governments towards the needs of the poorest and the most vulnerable[17]. It is an issue of governance, one which is added to the traditional approaches which are providing emergency assistance or investment into agriculture - which are the two tracks usually pursued in order to achieve food security. It is necessary to think about how to use the right to food as a third track in addition to emergency assistance and to agricultural investment[18].

Under Pope Paul VI, the Church took up this issue in the 1960s with the Encyclical *Populorum Progressio*. The Pope wrote: *"the hungry nations of the world cry out to the peoples blessed with abundance. And the Church, cut to the quick by this cry, asks each and every [person] to hear his brother's plea and answer it lovingly"* (3).

More recently, Popes St. John Paul II, Benedict XVI and Francis made several speeches and wrote documents on the topic. They pointed out that not only the vision of an effective international public authority at the service of human rights, freedom and peace has not yet been entirely achieved but that there is still, in fact, much hesitation in the international community about the obligation to respect and implement human rights. This duty touches all fundamental rights.

In 2003 John Paul II said that we are witnessing the emergence of an alarming gap between a series of new 'rights' being promoted in advanced societies – the result of new prosperity and new technologies – and other more basic human rights still not being met, especially in situations of underdevelopment [Message for the 2003 World Day of Peace]. It is the case of the right to food and drinkable water which are still far from being guaranteed and realized.

---

[17] G. Concetti (ed), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma 1982; Fédération Internationale des Universités Catholiques, *Droits de l'homme, approche chrétienne*, Rome 1984; Id., *Los derechos humanos, enfoque cristiano*, Quito 1986.

[18] H. Carrier, *Nuova evangelizzazione e dottrina sociale della Chiesa*, in *La Civiltà Cattolica* 3422 (1993), pp. 116 ss; Id. *Dottrina sociale. Nuovo approccio all'insegnamento sociale della Chiesa*, Milano, 1993.

Today, Pope Francis cry that *"while it is true that an unequal distribution of the population and of available resources creates obstacles to development and a sustainable use of the environment, it must nonetheless be recognized that demographic growth is fully compatible with an integral and shared development. To blame population growth instead of extreme and selective consumerism on the part of some, is one way of refusing to face the issues. It is an attempt to legitimize the present model of distribution, where a minority believes that it has the right to consume in a way which can never be universalized, since the planet could not even contain the waste products of such consumption. Besides, we know that approximately a third of all food produced is discarded, and whenever food is thrown out it is as if it were stolen from the table of the poor"* (*Laudato si'*, 50).

The principal common threads of these documents and statements are the following.

a) the problem of hunger is a moral problem

The problem of hunger in the world is not so much a material, economic or technical problem, but rather a moral problem. That's why John Paul II in his first Encyclical, *Redemptor hominis* (4 March 1979), warned us *"that authentic human development has a moral character. It presumes full respect for the human person, but it must also be concerned for the world around us and take into account the nature of each being and of its mutual connection in an ordered system. Accordingly, our human ability to transform reality must proceed in line with God's original gift of all that is"*.

That's also the leitmotiv of the message of the 4 October 2007 of Pope Benedict XVI to Mr. Jacques Diouf, Director General of the United Nations' Food and Agriculture Organization, on the occasion of World Food Day 2007. In fact, he wrote that *"the available data show that the nonfulfillment of the right to food is not only due to natural causes, but also and above all, to situations provoked by the conduct of men and women that lead to a general deterioration of social, economic and human standards. Increasingly, there are always more people who, because of poverty and bloody conflicts, feel obligated to leave their own*

home and loved ones in order to search for support outside their own country. In spite of international pledges, many of these people are refused" (2).

b) the right to food is a "positive" right

The right to food is not simply a "negative" right but also et especially a "positive" one.

What does it mean?

Let's take into account the Universal Declaration of Human Rights of 1948, and then 1996, in connection with the access to food. There is a strong Kantian edge to the extent that these documents state that people have the right to food in adequate amount and quality. This right is a "negative right" in classical terms, as long as individuals are not to be hampered in their endeavour to produce or collect food. Indeed, hunger is often the result of violent conflicts and wars, which result in food being taken away or prevented from being produced.

But the right to food is also a "positive right" – meaning that if you are poor and unable to produce your own food, then somebody else within the community must provide it for you. This is exactly the position proclaimed, reaffirmed and taken by the Catholic Church: a combination of negative and positive rights both conceptually and practically (through the Church's commitment to supporting the poor in various ways).

Negative rights are mostly linked to markets and their efficiency, whereas positive rights are linked to solidarity, the welfare state and international donors. Regarding the morality behind food security, these two pillars – individual freedom as a force for good and social responsibility to guard against the worst – cannot be separated. In other words, there must be a certain balance between opportunities for profit and basic solidarity.

c) the right to Food is a basic human right

The Catholic Church proclaims the central truth that every human person is sacred. Created in God's image and likeness and redeemed by the death and resurrection of Christ, every person has fundamental human dignity that comes from God, not from any human attribute or accomplishment.

John XXIII (*Pacem in terris*, 1963) remembered that *"each individual man is truly a person. His is a nature, that is, endowed with intelligence and free will. As such he has rights and duties, which together flow as a direct consequence from his nature. These rights and duties are universal and inviolable, and therefore altogether inalienable. When, furthermore, we consider man's personal dignity from the standpoint of divine revelation, inevitably our estimate of it is incomparably increased. Man has the right to live. He has the right to bodily integrity and to the means necessary for the proper development of life, particularly food, clothing, shelter, medical care, rest, and, finally, the necessary social services"* (9-10).

Every person has a right to life and to the material and spiritual support required to live a truly human existence. The right to a truly human life logically leads to the right to enough food to sustain a life with dignity. The poverty and hunger that diminish the lives of millions in our own land and in so many other countries are fundamental threats to human life and dignity and demand a response from believers.

In the message (4 October 2007) to the Director General of the United Nations' Food and Agriculture Organization, Pope Benedict XVI recalled *"the importance that the right to food has for the realization of other rights, beginning above all with the fundamental right to life" and that "observe that the endeavours made until now have not significantly diminished the numbers of those suffering from hunger in the world, even though all know that food is a primary right. This is perhaps due to the fact that one tends to be solely and principally motivated by technical and economic considerations, forgetting the primary, ethical dimension of "feeding the hungry". "Among the mature members of the Community of Nations, however, a strong awareness is needed that considers food as a universal right of all human beings, without distinction or discrimination"*. (1).

Pope Benedict XVI, in *Caritas in veritate*, restated again that *"The right to food, like the right to water, has an important place within the pursuit of other rights, beginning with the fundamental right to life, It is therefore necessary to cultivate a public conscience that considers food and access to water as universal rights of all human beings, without distinction or discrimination"* (27).

There are many more considerations to draw from the above statements.

The human person possesses not only sacred but also social dimension. Each and every person lives and develops in a given community. Our inherently human social nature makes pursuit of the "common good" an important goal and measure of any society. The way we organise, structure and manage society economically and politically, including the way our agricultural system, deeply impacts human dignity. So much so that, even in the western legal tradition, justice has three key dimensions: commutative, distributive, and social. *Commutative justice* demands fairness in all relations and exchanges. This must be considered and understood in the context of both *distributive justice*, which requires that the benefits of social, economic and political life reach all people, including those on the margins of society, and *social justice*, which insists that all people have equal opportunities for participation and authentic human development. All three of these dimensions of justice must shape decisions about the global agricultural system. Catholic teaching's focus on justice and on the social nature of the person emphasising family, community, solidarity and cooperation along with the need for people to participate effectively in the decisions that affect their lives. Rural communities and cultures, with their focus on family life, community, and close ties to the land, serve as welcome signs of these social dimensions of the Catholic teaching.

d) adequate solidarity in the era of globalization requires the right to food to be defended

Solidarity is understood both a principle of Catholic social doctrine and as a virtue to be practiced[19]. We live in a world where Disease, economic forces, capitals and labor continuously cross national boundaries therefore creating a closely knit international community. For these reasons, we must, as our moral obligation, care for all the children of God in our living environment for we are part of one human family, wherever we geographically, physically live.

We should perceive Starvation and widespread hunger as a clear-cut indictment issued to us as believers. Although It may be tempting to turn away from the world and its many challenges, the Gospel and our Catholic heritage point us believers to another way, a way that sees others as sisters and brothers, no matter how different or how far away they are from us. Agriculture today is a global reality in a world that is not just an economic market - it is the home of one global human family. Our interdependence, as expressed by the principle of solidarity, leads us to support the development of organisations and institutions at local, national, and international levels. Solidarity is complemented by the concept of subsidiarity, which also reminds us of the limitations and responsibilities of these organisations and institutions.

Subsidiarity defends the freedom of initiative of every member of society and affirms the essential role of these various structures. In the words of John Paul II, subsidiarity asserts that "a *community of a higher order should not interfere in the internal life of a community of a lower order, depriving the latter of its functions, but rather should support it in case of need and help to coordinate its activity with the activities of the rest of society, always with a view to the common good.*" In the case of agriculture, both solidarity and subsidiarity lead us to support and promote smaller, family-run farms not only to produce food but also to provide a livelihood for families and form the foundation of rural community life.

---

[19] See M. Toso (ed.), *Solidarietà, nuovo nome della pace. Studi sull'enciclica «Sollicitudo rei socialis»*, Torino-Leumann 1988.

The lack of solidarity is the most important catalyst for underdevelopment and, in the worst cases, for provoking hunger. *Caritas in Veritate* explicitly addresses the role of globalisation in the contextual consideration expressed above: the conclusion it draws is that as society becomes even more globalised, it makes us well networked and connected but it does not make us brothers and sisters just for the fact of being linked together. Reason by itself is capable of grasping the notion of equality between human beings (thus providing the foundation of social coexistence) but it cannot establish fraternity, which can only originate from God and the teachings of Jesus Christ. In essence, the Church believes that, by reason alone, we will never achieve the kind of relationship among individuals and societies which is needed to eliminate underdevelopment, poverty and hunger. This is all the more significant because the elimination of world hunger has also become a requirement for safeguarding the peace and stability of the planet: we are therefore looking at the "absolute imperative" of Kantian ethics.

Constantly reaffirming the principle of *solidarity*, the Church's social doctrine demands action to promote *"the good of all and of each individual, because we are all really responsible for all"* [John Paul II, Encyclical Letter *Sollicitudo Rei Socialis*].

Solidarity also means appealing to the responsibility of developing countries, and in particular of their political leaders, for promoting trade policies that are favourable to their peoples and in an exchange of technology that can improve the conditions of their food supply and health.

e) the objective of eradicating hunger and, at the same time, of being able to provide healthy and sufficient food also demands specific methods and actions that mean a wise use of resources that respect Creation's patrimony

The above statement has been reaffirmed by Pope Benedict XVI in his address (4 October 2007) to the Director General of the United Nations' Food and Agriculture Organisation, on the occasion of World Food Day 2007.

Pope Benedict recalled our attention to the idea that All creation is a gift. Idea reinforced by the Scripture when it tells us that *"the earth is the Lord's, and all it holds"* (Ps 24:1). All of us, especially those closest to the land, are called to a special reverence and respect for God's creation. Nurturing and tilling the soil, harnessing the power of water to grow food, and caring for animals are forms of this stewardship. The Church doctrine has repeatedly taught us that the misuse of God's creation betrays the gift God has given us for the good of the entire human family. While rural communities are uniquely dependent on land, water, and weather, stewardship is a responsibility of our entire society.

Pope Francis has also devoted his attention to this issue in his Encyclical Letter writing extensively on the topic.

Conclusions

As we have seen, the Catholic social teaching displays theoretical, gnoseological, anthropological and ethical frameworks that can be of great assistance and help if used - particularly, at this very historic moment - to identify a sure fundamental basis for the right to food as well as offering a tool apt to give both meaning and direction in the active involvement and commitment to realise historically. In particular, this approach offers a new model in the development of this right to food which is understood as a completely global, all inclusive, solidarity and sustainability sense capable to be open to the Transcendence.

On the basis of this approach, it is possible to engage and fight against the consumerism considered as an absolute which yet and again is falsely and deceitful presented to us as a means to achieve happiness. In reality, this deceitful view enhances us to look for new short-living products which waste energy and induce goods waste as well, including the waste of food.

Only moving from a standpoint that intends development as common wealth oriented, would it be possible to partake in a new paradigm based on

production, consumption and distribution of food conceived as right for all beings in our community. This new paradigm is severed from the ties of utilitarianism, from opportunistic views and from that kind of cynicism that, faking an interest in the campaign involved in the respect of the environment and life, in reality only protects the future profits of corporate companies and individuals. Regarding food security alongside production and distribution of an energy sustainability for all, the social doctrine of the Catholic Church offers us an economic model involving manifold activities carried on both by institutions and individuals. This moral model is intended as justice oriented in his essence and at all levels in which it is manifested: from its various degrees of execution and logic of the gift, including the principle of gratuity.

Abstract: The right to an adequate and healthy balanced food diet has been, and still is, one of the doctrinal point of reference of, as well as a practical course of action taken by, the Catholic Church, since the Catholic Church has always considered poverty first and foremost as lack of material food. The right to food has very operational consequences in that it obliges us to establish accountability mechanisms to identify the food insecure and the food vulnerable in order to target our efforts very carefully. It obliges us to evaluate the effectiveness of our programmes in reaching the poorest and so it is something more than just trying to achieve food security, it is something which ensures accountability of governments towards the needs of the poorest and the most vulnerable. It is an issue of governance, one which is added to the traditional approaches which are providing emergency assistance or investment into agriculture - which are the two tracks usually pursued in order to achieve food security. It is necessary to think about how to use the right to food as a third track in addition to emergency assistance and to agricultural investment.

Key words: right to food, Catholic social doctrine, international law, problem of hunger