

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XVI - Num. 2 - Maggio-Agosto 2004

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

SOMMARIO

DOTTRINA

- I. STUDI SUL PROCESSO PENALE E LA TUTELA DEI DIRITTI NELL'ORDINAMENTO CANONICO
- J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo* 363
- G. LO CASTRO, *Responsabilità e pena. Premesse antropologiche per un discorso penalistico nel diritto della Chiesa* 387
- II. ALTRI STUDI
- G. GÄNSWEIN, *“Questa è la volontà di Dio: la vostra santificazione”. Considerazioni sul processo di beatificazione e canonizzazione* 413
- F. PUIG, *Realismo giuridico e dottrina canonistica contemporanea sull'essenza del matrimonio* 433
- F. VECCHI, *Il crocifisso: laicismo iconoclasta e degradazione giurisprudenziale del contenuto di un simbolo* 455

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

- C. BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2, Organización y función pública. La Iglesia* (J.I. Arrieta) 477
- CENTRO STUDI SUGLI ENTI ECCLESIASTICI (CESEN), *Codice dei beni culturali di interesse religioso* (J. Miñambres) 483
- A. DE FUENMAYOR, *La inspiración cristiana de las leyes. Para una pedagogía del inconformismo ambiental* (J. Otaduy) 485
- N. FIORITA, *Remunerazione e previdenza dei ministri di culto* (J. Miñambres) 488
- H. FRANCESCHI F., *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico* (G. Caberletti) 491

J. HERVADA, <i>Pueblo cristiano y circunscripciones eclesiásticas</i> (F. Puig).....	499
D. MUSSONE, <i>L'Eucaristia nel Codice di Diritto canonico, commento ai can. 897-958</i> (Jean Marie Pommarès, O.S.B.)	503
PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, <i>Vent'anni di esperienza canonica 1983-2003. Atti della Giornata Accademica tenutasi nel XX anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico. Aula del Sinodo in Vaticano, 24 gennaio 2003</i> (J. Canosa).....	510
C. SALINAS ARANEDA, <i>Sectas y Derecho. La respuesta jurídica al problema de los Nuevos Movimientos Religiosos</i> (R. Kimble)	514
G.M. VIAN, <i>La donazione di Costantino. Potere religioso e potere politico in Italia</i> (N. Álvarez de las Asturias).....	518

DOCUMENTI

Atti della Santa Sede.

SEGRETERIA DI STATO, <i>Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa (con nota di J.I. Alonso Pérez, Appunti per una prima lettura del Concordato del 18 maggio 2004 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese)</i> ...	523
PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, <i>Istruzione Erga migrantes caritas Christi</i> (con nota di J. Miñambres, <i>L'ordinamento giuridico-pastorale della missione della Chiesa nei confronti degli emigranti</i>)	546

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

JOAQUÍN LOBEL, Ordinario di Diritto processuale canonico - Pontificia Università della Santa Croce

GAETANO LO CASTRO, Ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico - Università degli studi di Roma "La Sapienza"

GEORG GÄNSWEIN, Docente di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce

FERNANDO PUIG, Docente di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce

FABIO VECCHI, Rcercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico - Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Hanno collaborato anche: J.I. ALONSO PÉREZ, N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, J.I. ARRIETA, G. CABERLETTI, J. CANOSA, R. KIMBLE, J. MIÑAMBRES, J. OTADUY, J.-M. POMMARÈS.

Pagina bianca

Dottrina

- I. *Studi sul processo penale
e la tutela dei diritti
nell'ordinamento canonico*

Pagina bianca

JOAQUÍN LLOBELL

CONTEMPERAMENTO TRA GLI INTERESSI LESI
E I DIRITTI DELL'IMPUTATO:
IL DIRITTO ALL'EQUO PROCESSO (*)

1. Il peculiare collegamento del processo penale con le esigenze del diritto come «*ordinatio rationis*». La Chiesa «*speculum iustitiae*» per gli ordinamenti statali. — 2. La lesione penale degli interessi ecclesiali e la specificità della reazione canonica: *a*) La riparazione dello scandalo e della giustizia tramite il pentimento dell'imputato. La discrezionalità nell'applicazione della pena; *b*) La funzione di buon pastore e il rischio di successive reazioni frettolose qualora tale funzione sia trascurata; *c*) Taluni provvedimenti disciplinari perentori nella fattispecie di pertinacia nell'errore o di grave scandalo. — 3. Il diritto all'equo processo giudiziario quale criterio per contemperare il bene comune e i diritti dell'imputato nel rispetto del «*favor rei*»: *a*) Cenni sul principio accusatorio e sul principio inquisitorio; *b*) L'indipendenza del tribunale. La stabilità nell'ufficio: vicarietà e delega; *c*) La pubblicità dell'accusa e il diritto dell'accusato di produrre prove a suo favore in un sistema di uguaglianza fra le parti; *d*) Il principio di immediatezza. I limiti del processo scritto e del concetto canonico di uditore; *e*) L'istruttoria «*ex officio*», la libera valutazione delle prove, la certezza morale e la motivazione del provvedimento; *f*) Il diritto al doppio grado di giurisdizione e alla certezza del diritto mediante la possibilità di giungere tempestivamente al giudicato. — 4. Conclusioni.

1. *Il peculiare collegamento del processo penale con le esigenze del diritto come «ordinatio rationis». La Chiesa «speculum iustitiae» per gli ordinamenti statali.*

La natura di queste considerazioni è processuale. Nel sottolineare tale valenza, da una parte, intendo escludere argomenti cen-

(*) Versione notevolmente ridotta dello studio che sarà pubblicato sugli atti del Convegno *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*. Il presente testo corrisponde alla relazione ivi letta.

trali nell'analisi del diritto penale canonico. D'altra parte, essa manifesta la convinzione che il raggiungimento della giustizia nel singolo caso penale controverso si ottenga prevalentemente con l'esercizio della potestà giudiziaria, e che tale potestà debba conformare il proprio operato al diritto all'equo processo e alle sue esigenze naturali, formalizzate dallo «*ius gentium*». Perciò, malgrado sia stata affidata al prof. Gullo una relazione sul processo giudiziale, nel riflettere per elaborare questo intervento ho ritenuto opportuno aggiungere al titolo originale un richiamo al «diritto all'equo processo», l'anglosassone «*due process of law*»⁽¹⁾.

Il programma del nostro convegno riporta il classico testo del Durante secondo cui all'accusato «*Abbas non privabit eum defensione, quae (...) etiam diabolo, si in iudicio adesset, non negaretur*»⁽²⁾. L'espressione manifesta incisivamente l'assoluta necessità di rispettare il diritto di difesa affinché qualsivoglia attività giudiziale possa meritare tale nome; infatti, detta difesa appartiene per diritto naturale all'essenza del giudizio. Anzi, quando si pensa ai primari requisiti della giustizia, una delle immediate esigenze è precisamente quella di ascoltare la parte convenuta, da una posizione di serena e oggettiva imparzialità, prima di prenderne un provvedimento sulla sua eventuale colpevolezza (civile o crimi-

(1) Cfr. L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in M. BESSONE e R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, pp. 471-520; Id., *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in «*Jus*». *Rivista di scienze giuridiche*, 47 (2000), pp. 335-381; K. PENNINGTON, *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the «Ordo iudiciarius»*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 9 (1998), pp. 9-47. In ambito canonico il «*due process of law*» si è applicato prevalentemente alla procedura amministrativa e al suo controllo (cfr. EXPERIMENT IN «DUE PROCESS» COMMITTEE, *The final report on the Committee on the experiment in «due process» in the Church*, in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Proceedings of the 61th Annual Convention (October 1999)*, Washington, 1999, pp. 137-159; T.T. BRUNDAGE, *Canonical Issues in Due Process*, in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Proceedings of the 63th Annual Convention (October 2001)*, Washington, 2001, pp. 37-48; K. MARTENS, *Administrative Procedure in the Roman Catholic Church: Difficulties and Challenges*, in *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, 76 (2000), pp. 354-380; G.P. MONTINI, *I tribunali amministrativi locali*, in *Periodica de re canonica*, 91 (2002), pp. 313-359; V. VONDENBERGER, *Effective Due Process Is Possible in the Church*, in *Studia Canonica*, 30 (1996), pp. 163-176).

(2) GUILIELMUS DURANTIS, «*Speculum iudiciale*». *Illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo degli Ubaldi*, lib. III, particula I, rub. *de inquisitione*, § 5 *Ultimo nota*, n. 6, Basileae, 1574 - Aalen, 1975, vol. 2, p. 42.

nale). Quest'obbligo di ascoltare il convenuto, di consentire la sua difesa, appare particolarmente pregnante nel processo penale, in cui i beni dell'accusato messi in palio hanno una speciale importanza.

Buona prova di quanto diciamo, seguendo i classici concetti romanistici di diritto naturale e di *ius gentium* riproposti da Graziano⁽³⁾, sono le diverse dichiarazioni internazionali di diritti e le costituzioni nazionali, in cui, accanto al generico diritto all'equo processo sono esplicitate precise condizioni del processo penale, così da dimostrare appunto il maggiore collegamento con le esigenze naturali della giustizia dei beni implicati nelle cause criminali che non in quelle civili o contenziose⁽⁴⁾.

Il Concilio Vaticano II nonché il magistero pontificio ad esso precedente e susseguente non ha dubitato di farsi eco autorevole e solenne di dette esigenze. Infatti, da una parte, il Concilio ha affermato la profonda valenza soteriologica del rispetto dei requisiti della giustizia naturale⁽⁵⁾, e, dall'altra, i Pontefici hanno offerto l'ordinamento e la prassi ecclesiali come «*speculum iustitiae*» per gli Stati, richiamando gli operatori del diritto della Chiesa ad essere all'altezza di tale impegnativa missione.

Le riflessioni assiologiche sull'impostazione del processo sono di notevole impatto sull'intero ordinamento di qualsivoglia società a causa del classico convincimento, incisivamente riproposto in am-

⁽³⁾ «*Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. (...) ius autem gentium omni humano generi commune est*» (Inst. 1, 2 §§ 1 e 2). Cfr. Dig. 1, 1, 1 § 4, Ulpianus, libro 1 Institutionum. Decreto di Graziano: «*Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu nature non constitutione aliqua habetur, ut uiri et femine coniunctio, (...) omnium una libertas, (...) uiolentie per uim repulsio*» (D.1 c.7). «*Hoc inde ius gentium appellatur quia eo iure omnes fere gentes utuntur*» (D.1 c.9).

⁽⁴⁾ Cfr. Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, 10 dicembre 1948, artt. 10 e 11; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, artt. 6.1, 7; ONU, Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, 16 dicembre 1966, artt. 14, 15; Costituzione della Repubblica italiana, 27 dicembre 1947, art. 27, comma 2. Al riguardo è stata prospettata «l'utilità di un sobrio raffronto con l'ordinamento degli Stati, segnatamente quelli di democrazia occidentale» (R. COPPOLA, *Diritto penale e processo: caratteri distintivi nel quadro delle peculiarità dell'ordinamento canonico*, in Z. SUCHECKI (a cura di), *Il processo penale canonico*, ed. 2, Pontificia Università Lateranense, 2003, p. 51).

⁽⁵⁾ Cfr. cost. past. *Gaudium et spes*, *passim*.

bito canonistico da Lo Castro⁽⁶⁾, secondo cui il diritto vive nel processo e anzi da questo nasce, sicché la dimensione processuale è condizione di pensabilità dello stesso diritto. Un autorevole studioso ha affermato che «la legge del processo penale e il modo di applicarla sono il fenomeno probabilmente più importante di convivenza organizzata», non essendovi «indizio migliore per misurare il grado di civiltà di un popolo»⁽⁷⁾.

In ambito canonistico, la «elasticità» e l'affievolimento del principio di legalità penale devono essere compensati con una particolare cura della legalità «processuale» (procedurale), nel tentativo di rendere operativa la tutela dei diritti dei fedeli.

Abbiamo accennato alle numerose occasioni in cui i Pontefici hanno proposto l'ordinamento canonico agli Stati come «*speculum iustitiae*» in cui riflettersi per adempiere nei loro sistemi giuridici le esigenze naturali della giustizia. L'argomento è di considerevole attualità a causa del dibattito sulle radici cristiane dell'Europa e della democrazia.

In particolare, a partire da Pio XII, i Pontefici e la Congregazione per la dottrina della fede hanno indicato agli Stati alcune delle condizioni essenziali del giusto processo, specialmente della procedura penale, quali la reale indipendenza del giudice e la possibilità per l'accusato di esercitare pienamente il diritto di difesa⁽⁸⁾. Dette condizioni rientrano nell'ambito del magistero ecclesiale alla società civile e politica universale in quanto manifestazioni del diritto naturale, di cui la Chiesa è custode. Ne deriva immediatamente la vigenza di tali requisiti naturali di giustizia all'interno dell'ordinamento canonico. L'importanza di aver sempre presente tali principi deriva, fra l'altro, dalla sottile, ma penetrante, tentazione di mortificare i diritti del singolo per proteggere quelli della comunità. Detto ragionamento, quantunque comprensibile⁽⁹⁾,

(6) Cfr. G. LO CASTRO, *Presentazione* a E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, pp. VIII-IX.

(7) F. CORDERO, *Procedura penale*, 1ª ed., Milano, 1966, p. 17.

(8) Cfr., ad es., nei confronti del nazismo, PIO XII, *Radiomessaggio*, 24 dicembre 1942, in *AAS*, 35 (1943), pp. 21-22. Da una prospettiva generale, cfr. GIOVANNI XXIII, lett. enc. «*Pacem in terris*» *sulla pace fra tutte le genti fondata sulla verità, la giustizia, l'amore, la libertà*, 11 aprile 1963, in *AAS*, 55 (1963), pp. 257-304. *Vide infra* nota 10.

(9) Cfr. G. CHALMETA, *Giustizia aritmetica? I limiti del paradigma politico utili-*

non sarebbe scevro di demagogia, come hanno indicato Giovanni Paolo II e la Congregazione per la dottrina della fede: «Nella tensione storica per una equilibrata integrazione dei valori, si è voluto talvolta accentuare maggiormente l'“ordine sociale” a scapito della autonomia della persona, ma la Chiesa non ha mai cessato di proclamare “la dignità della persona umana, quale si conosce sia per mezzo della parola di Dio rivelata, che tramite la stessa ragione” (Concilio Vaticano II, *Dignitatis humanae*, n. 2)»⁽¹⁰⁾. Ne scaturisce la necessità di rispettare i principi di quello che la tradizione del vigente «*ius gentium*» chiama il *diritto all'equo processo*, in conformità all'impostazione della legge canonica come *ordinatio rationis*.

2. *La lesione penale degli interessi ecclesiali e la specificità della reazione canonica.*

a) *La riparazione dello scandalo e della giustizia tramite il pentimento dell'imputato. La discrezionalità nell'applicazione della pena.*

L'amore misericordioso di Dio implica delle conseguenze giuridiche nel processo penale canonico. Infatti, le norme sull'applicazione delle sanzioni, pur prevedendo una triplice finalità della pena («la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emendazione del reo»: can. 1341), prescrivono all'autorità giudicante (in via amministrativa o giudiziale) di astenersi dall'infliggere

tarista, in *Acta Philosophica*, 1 (1998), pp. 5-22; R. SPAEMANN, *Glück und Wohlwollen*, Stuttgart, 1989 (trad. it.: *Felicità e benevolenza*, Milano, 1998).

⁽¹⁰⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 febbraio 1979, n. 4, in *AAS*, 71 (1979), pp. 422-427. Il brano è stato ripreso dal Papa in un altro suo discorso alla Rota Romana, tutto incentrato sul diritto di difesa: cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, n. 10, in *AAS*, 81 (1989), pp. 922-927. «Quando le autorità politiche regolano l'esercizio della libertà, non dovrebbero prendere pretesto dalle esigenze dell'ordine pubblico e della sicurezza per limitare sistematicamente queste libertà. Né il presunto principio della “sicurezza nazionale” (...), né una concezione totalitaria della vita sociale, dovrebbero prevalere sul valore della libertà e dei suoi diritti» (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, istr. *Libertatis conscientia*, 22 marzo 1986, n. 95, in *AAS*, 79 (1987), pp. 554-599). Cfr. *ibid.*, nn. 74, 76 e 96.

pene *stricto sensu*, o le mitighi per quanto possibile, qualora l'imputato si sia ravveduto⁽¹¹⁾.

In ambito ecclesiale, infatti, il delitto è visto primariamente come un «peccato grave» (un'offesa innanzitutto a Dio) da parte del delinquente il quale mette in pericolo, immediatamente, la propria salvezza eterna e, mediante lo scandalo, la salvezza di altri membri della comunità. Di conseguenza, il pentimento del colpevole, in particolare se il ravvedimento ha una pubblicità pari a quella del delitto, è considerato molto spesso sufficiente per riparare sia lo scandalo sia la giustizia lesa. Ne deriva che, dinanzi alla notizia di un eventuale delitto, la prima reazione suggerita dall'ordinamento canonico alla competente autorità, in seguito ad una preliminare verifica circa il *fumus boni iuris* di detta notizia, sia quella di far presente la vicenda all'indiziato per tentare di ottenere il suo pentimento⁽¹²⁾.

Giovanni Paolo II ha detto ai magistrati statali che «la pena non deve spezzare la speranza della redenzione»⁽¹³⁾. L'ordinamento canonico attribuisce alla sincera redenzione del colpevole una valenza sociale ancora maggiore, per cui, molto frequentemente, la pena resta priva del suo senso giuridico qualora il colpevole si sia efficacemente pentito. Semmai, all'Ordinario si pone il problema dell'adeguatezza del pentimento alla gravità del delitto commesso. Infatti, sarà possibile parlare di vero pentimento soltanto quando il delinquente, da una parte, riconoscerà che la pro-

⁽¹¹⁾ Cfr. G.P. MONTINI, *I rimedi penali e le penitenze: un'alternativa alle pene*, in Z. SUCHECKI (a cura di), *Il processo penale canonico*, cit., pp. 75-101.

⁽¹²⁾ Cfr. i combinati disposti dei cann. 1341-1353 e 1717-1718. Sulla finalità della pena nella Chiesa, cfr. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Bologna, 2001; A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Milano, 1990; V. DE PAOLIS, *L'attuazione della riforma del diritto penale canonico*, in J. CANOSA (a cura di), *I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000, pp. 669-708; V. DE PAOLIS-D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VI*, Roma, 2000, pp. 51-83; F.J. RAMOS, *I processi e le sanzioni al servizio della giustizia ecclesiale*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, «*Vent'anni di esperienza canonica: 1983-2003*». *Atti della Giornata Accademica tenutasi nel XX anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico, Città del Vaticano, 24 gennaio 2003*, Città del Vaticano, 2003, pp. 207-233; A.G. URRU, *Natura e finalità della pena canonica*, in Z. SUCHECKI (a cura di), *Il processo penale canonico*, cit., pp. 61-73.

⁽¹³⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al congresso dell'associazione nazionale magistrati italiani*, 31 marzo 2000, n. 6, in *AAS*, 92 (2000), pp. 631-634.

pria colpa ha offeso Dio e danneggiato gravemente il bene altrui e, quindi, la giustizia, e, d'altra parte, sarà disposto ad adoperare i mezzi convenienti per tentare di evitare ragionevolmente la reincidenza nel delitto e per riparare il danno.

Talvolta, e non possiamo non considerare i gravi reati commessi da parte dei chierici nell'esercizio di attività collegate col sacro ministero, il delitto, in particolare se diventa pubblico, provoca una tale lesione della giustizia, che, per riparare questa, il colpevole, quantunque sia pentito, deve accettare e di essere sottoposto ad una procedura (che dovrebbe essere di natura giudiziale) e alla pena considerata giusta dal tribunale. Una tale impostazione della riparazione dello scandalo e della giustizia potrebbe avvicinare, per certi versi, la finalità tipicamente ecclesiale della pena, di natura prevalentemente medicinale, a quella statale in cui la dimensione retributiva è maggiore.

Giovanni Paolo II, in un recente discorso alla Plenaria della Congregazione per la dottrina della fede (febbraio 2004) si è riferito chiaramente al contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato, in tema di delitti *contra mores* commessi dai chierici: «La normativa canonica che il vostro Dicastero è chiamato ad applicare con giustizia ed equità tende a garantire sia l'esercizio del diritto di difesa dell'accusato sia le esigenze del bene comune. Una volta comprovato il delitto, bisogna in ogni caso vagliare bene sia il giusto principio della proporzionalità tra colpa e pena, sia l'esigenza predominante di tutelare il Popolo di Dio»⁽¹⁴⁾.

b) *La funzione di buon pastore e il rischio di successive reazioni frettolose qualora tale funzione sia trascurata.*

Per un ampio periodo di tempo quasi l'unica preoccupazione di alcuni pastori nei confronti di delitti commessi da chierici appariva quella di ottenere il pentimento del delinquente e il suo reinserimento nel popolo di Dio, spesso nella condizione giuridica di «laico» in seguito alla dispensa degli obblighi clericali. Non di rado veniva a mancare la sufficiente considerazione della necessità di riparare lo scandalo e di ristabilire la giustizia. Di conseguenza,

(14) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti alla Plenaria della Congregazione per la Dottrina della Fede*, 6 febbraio 2004, n. 6.

la procedura penale era ritenuta poco utile, per cui non era quasi affatto applicata.

Da alcuni anni, invece, in importanti settori ecclesiali, la procedura penale è considerata prevalentemente non più come strumento di salvaguardia del singolo bensì come mezzo di tutela degli interessi lesi delle vittime e della collettività, come « difesa sociale ».

Il Concilio di Trento, in un passo ripreso testualmente dal CIC 1917, ricordava ai vescovi che, laddove qualche fedele commettesse un delitto, dovevano agire con la mansuetudine paolina, perché essa è il modo di ottenere il pentimento del colpevole e, quindi, di riparare la giustizia danneggiata. Peraltro, qualora la riparazione dello scandalo o la mancanza di pentimento dell'accusato lo richiedessero, si doveva procedere con una « mite rigosità » affinché la pena servisse sia per ottenere l'emendamento del condannato, sia per riparare lo scandalo ed evitare che altri delinquano⁽¹⁵⁾. In definitiva, la funzione di buon pastore richiede in alcune fattispecie l'avvio del processo penale e la condanna del colpevole, anche quando costui si sia pentito.

Un tale obbligo fa capo, in primo luogo, al vescovo diocesano. Tuttavia, in ambito disciplinare è riscontrabile talvolta una situazione paradossale da parte di alcuni pastori: quella di voler riservare a se stessi gli aspetti gratificanti del governo e di pretendere, invece, che sia il Santo Padre, personalmente o per mezzo della Curia Romana, ad imporre le sanzioni. Ne deriverebbe che il *munus petrinum* al servizio della pienezza della carità e dell'unità sarebbe ridotto agli occhi di molti ad un ruolo punitivo che, quindi, alla fine diventerebbe odioso: il pastore locale apparirebbe mite e misericordioso, mentre la Santa Sede si mostrerebbe severamente intransigente. In definitiva, non si vuole riconoscere che la funzione di governo e di buon pastore esige la fermezza per riprendere e, se è giusto, punire a coloro che sbagliano, secondo la tradizione biblica e neotestamentaria e la classica dottrina patristica.

D'altra parte, la mancanza della dovuta e tempestiva correzione può portare a situazioni di disordine sociale talmente grave

⁽¹⁵⁾ Cfr. CONCILIO DI TRENTO, sess. 13, 11 ottobre 1551, *Decretum super reformatione*, in ISTITUTO PER LE SCIENZE RELIGIOSE (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna, 1991, pp. 698-699. Il testo fu incorporato, con qualche modifica ininfluente, nel testo del CIC 1917, can. 2214 § 2.

che non è più possibile tacere. In questi casi, non è infrequente voler risolvere urgentemente il problema, con una impostazione simile a chi non ha seminato la pianta al tempo opportuno e poi, avendo bisogno dei frutti, pretende di forzare la crescita senza lasciar trascorrere il tempo necessario. In detta situazione taluni vescovi possono pensare che al Papa è consentito tutto (anche non rispettare la natura delle cose) e, quindi, chiedere insistentemente e drammaticamente aiuto a Roma, senza voler accettare di prendersi le proprie responsabilità. In queste congiunture, talvolta si può giungere a decidere di applicare misure poco confacenti con la missione di padre e di pastore, nei confronti anche degli accusati.

c) *Taluni provvedimenti disciplinari perentori nella fattispecie di pertinacia nell'errore o di grave scandalo.*

Il tempestivo intervento giuridico dei vescovi, richiesto dalla legge e dall'insegnamento pontificio dinanzi a fattispecie con risvolti delittuosi, frequentemente è venuto a mancare. Vi è qualche esempio emblematico di ciò che intendiamo dimostrare: come la negligenza sanzionatoria del vescovo diocesano possa finire per dover richiedere l'intervento perentorio della Santa Sede, in conseguenza del quale la necessaria tutela del bene comune ecclesiale può oscurare il diritto all'equo processo, doveroso e possibile, del condannato.

Per es., il 25 gennaio 2003, ad istanza della Congregazione per la dottrina della fede, il Papa ha dimesso dallo stato clericale un sacerdote italiano, *ex officio* e in via amministrativa, e, logicamente, senza possibilità di alcun ricorso. Tale sacerdote commetteva gravissimi delitti ininterrottamente da circa trenta anni. Nel contesto delle nostre riflessioni, il commento da fare sarebbe: ma in trenta anni di attività delittuosa, in un Paese quale l'Italia — con abbondanza di canonisti e di giudici ecclesiastici —, con tante prove sulla colpevolezza del sacerdote, non sarebbe stato possibile avviare un processo giudiziale, in modo che la dimissione dallo stato clericale, inflitta molti anni prima, servisse per evitare lo scandalo prodotto da tale sacerdote, senza offrirgli alla fine la possibilità di accusare la Chiesa perché il provvedimento pontificio penale potrebbe non aver rispettato il diritto all'equo processo? Perché costringere il Papa a dover punire chi avrebbe

dovuto essere condannato molti anni prima da parte del suo vescovo diocesano?

Le *Essential Norms* della Conferenza Episcopale degli Stati Uniti⁽¹⁶⁾ e una deroga all'art. 17 del m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* prevedono la dimissione dallo stato clericale *ex officio* in via amministrativa da parte della Congregazione per la dottrina della fede⁽¹⁷⁾. Una tale possibilità si è andata consolidando anche da parte di altre Congregazioni della Curia Romana.

Comunque, Grocholewski, dopo lunghissima esperienza presso la Segnatura Apostolica, considera, con una valutazione che condivide appieno, che l'applicazione delle pene perpetue, come la dimissione dallo stato clericale, in via amministrativa significa «un forte regresso in relazione al generale progresso compiuto, con il contributo del pensiero cristiano, in materia di applicazione delle pene; alla valorizzazione della dignità della persona umana e dei suoi diritti, da parte del Concilio Vaticano II; ... e alla tutela della giustizia e della carità, in quanto il processo amministrativo non dà più garanzie per arrivare alla certezza morale e al rispetto del diritto di difesa che quello giudiziario»⁽¹⁸⁾.

Nelle fattispecie delittuose da parte di chierici i provvedimenti punitivi riguardano prevalentemente la censura della sospensione e la dimissione dall'ufficio o dallo stato clericale, come mezzi che, avendo natura pubblica, servono ad ottenere la citata triplice finalità della pena canonica. Invece, nei confronti dei laici, fra le misure disciplinari più efficaci, di natura non necessariamente penale, vi è quella del diniego pubblico dell'accesso alla comunione eucaristica a chi sia oggettivamente e notoriamente indegno, a prescindere dalle condizioni soggettive. Il Pontificio Consiglio per i testi legislativi ha dichiarato l'obbligo del ministro dell'eucaristia di negare il sacramento ai fedeli divorziati risposati. Questa disposizione

(16) Cfr. UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Essential Norms for Diocesan/Eparchial Policies Dealing with Allegations of Sexual Abuse of Minors by Priests or Deacons*, 8 dicembre 2002, n. 8 (per il testo in italiano cfr. *Il Regno-documenti*, 47 (2002), pp. 702-706).

(17) Cfr. «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» (30 aprile 2001) e successive modifiche (7 novembre 2002-14 febbraio 2003), in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), pp. 313-321.

(18) Z. GROCHOLEWSKI, *Presentazione*, in Z. SUCHECKI (a cura di), *Il processo penale canonico*, cit., p. 7.

si applica anche a «situazioni analoghe» (n. 5), cioè a qualsiasi «peccatore pubblico» che si trovi nelle condizioni oggettive descritte dalla norma⁽¹⁹⁾. Infatti, un vescovo degli Stati Uniti, Mons. Raymond Burke, ha emesso un decreto in cui ha stabilito che i politici cattolici locali che favoriscono l'aborto o la eutanasia non possono accostarsi alla comunione eucaristica⁽²⁰⁾.

Una tale disposizione, sicuramente non comoda né piacevole (né per i pastori né per i soggetti passivi del provvedimento), appare pienamente consona al raggiungimento della triplice finalità della sanzione canonica.

3. *Il diritto all'equo processo giudiziario quale criterio per contemperare il bene comune e i diritti dell'imputato nel rispetto del «favor rei».*

Per ottenere la triplice finalità della pena ecclesiale (cfr. can. 1341) — e, quindi, contemperare il bene comune e i diritti dell'imputato — la via offerta dalla cultura giuridica è quella dell'applicazione della sanzione mediante una procedura che garantisca contemporaneamente il bene danneggiato (rappresentato dalla parte attrice penale nonché dalla parte lesa nella connessa azione «contenziosa» per il risarcimento del danno: cfr. can. 1729) e la posizione dell'accusato parte convenuta. Detta procedura riceve il

(19) «Le tre condizioni richieste sono: a) il peccato grave, inteso oggettivamente, perché dell'imputabilità soggettiva il ministro della Comunione non potrebbe giudicare; b) l'ostinata perseveranza, che significa l'esistenza di una situazione oggettiva di peccato che dura nel tempo e a cui la volontà del fedele non mette fine, non essendo necessari altri requisiti (atteggiamento di sfida, ammonizione previa, ecc.) perché si verifichi la situazione nella sua fondamentale gravità ecclesiale; c) il carattere manifesto della situazione di peccato grave abituale» (PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Dichiarazione sull'ammissione alla comunione eucaristica dei divorziati risposati*, 24 giugno 2000, n. 2, in *Communicationes*, 32 (2000), pp. 159-162). Cfr. CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, isti «*Redemptio-nis sacramentum*», su alcune cose che si devono osservare ed evitare circa la Santissima Eucaristia, 25 marzo 2004, nn. 80-85.

(20) Cfr. *Decreto*, 23 novembre 2003, in http://www.dioceseflacrosse.com/whats_new/notification.pdf. Vedi la *Lettera pastorale* della medesima data in *ibidem*. La Conferenza Episcopale USA ha riconosciuto tale competenza del vescovo diocesano (cfr. UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Catholics in Political Life*, 18 giugno 2004, in <http://www.usccb.org/bishops/catholicsinpoliticallife.htm>).

nome di «equo processo», equità che riguarda entrambi le parti in causa.

È ben noto che il vigente sistema canonico prevede l'inflizione delle pene per la doppia via giudiziaria e amministrativa, pur manifestando la preferenza per il processo giudiziale e vietando l'imposizione di pene perpetue con la procedura amministrativa. Comunque, le esigenze naturali di giustizia, richiedono che la via amministrativa penale, da una parte, partecipi dei tratti essenziali del processo giudiziale (del diritto di difesa dell'accusato) perché si tratta, in ultima analisi, di condizioni sostanziali della giustizia del provvedimento punitivo. E d'altra parte, le suddette esigenze di giustizia esigono che la via amministrativa sia sottoposta al controllo giudiziario, almeno della legittimità del provvedimento, da parte di un tribunale indipendente, essendo il contenzioso-amministrativo «chiave di volta» del sistema della tutela dei diritti, come segnalò il Servo di Dio Álvaro del Portillo, fondatore di questa Pontificia Università della Santa Croce che ci ospita⁽²¹⁾.

Ci soffermeremo quindi su alcuni degli elementi processuali essenziali per tratteggiare, in modo necessariamente incompleto, il contenuto del diritto all'equo processo quale risposta possibile ed efficace per contemperare gli interessi lesi e i diritti dell'imputato, muovendo dall'impostazione assiologica del *favor rei*.

Infatti, l'indole naturale del *favor rei* emerge dalla costante affermazione, dalle fonti giuridiche più antiche all'ultimo codice canonico, secondo cui «*in poenalibus causis benignius interpretandum est*». In definitiva, il *favor rei* è un principio generale informatore al quale deve ispirarsi ogni ordinamento giuridico penale, come indicò Pio XII: «Qualora sia impossibile stabilire la necessaria colpevolezza con certezza morale si dovrà applicare il principio *in dubio standum est pro reo*»⁽²²⁾.

Invece, il principio opposto, il *favor accusatoris* (non del tutto assente dalle *Essential Norms*, 8 dicembre 2002, della Conferenza Episcopale degli Stati Uniti: cfr. nn. 8-10, 11), è sostanzialmente ingiusto.

⁽²¹⁾ Cfr. A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Milano, 1999, p. 56.

⁽²²⁾ PIO XII, *Allocutio iis qui interfuerunt VI Conventui internationali de Jure poenali*, 3 ottobre 1953, n. IV, in *AAS*, 45 (1953), pp. 735-737 (la traduzione dal francese è nostra).

a) *Cenni sul principio accusatorio e sul principio inquisitorio.*

Il cenno appena fatto al patologico *favor accusatoris* evoca i momenti più bui del sistema inquisitorio. Parlare d'*inquisizione* e di sistema inquisitorio potrebbe sembrare ridestare fantasmi del passato (non tanto lontano) del sistema canonico. L'argomento è importante perché il vigente sistema processuale canonico è inquisitorio, sia in ambito penale che «contenzioso», secondo i parametri dottrinali predominanti fra i giuristi. Comunque, tale inquisitorialità canonica (almeno quella riscontrabile sui due codici) ha manifestazioni pienamente rispondenti alla giustizia e al diritto all'equo processo.

b) *L'indipendenza del tribunale. La stabilità nell'ufficio: vicarietà e delega.*

Pio XII indicava che, in particolare nel processo penale, «l'imparzialità del tribunale» fa parte «delle essenziali garanzie giuridiche: il giudice non può essere "parte", né a titolo personale né a nome dello Stato»⁽²³⁾. L'esigenza è talmente collegata con il diritto naturale che è solennemente affermata da tutti i trattati internazionali e dalle costituzioni statali.

La prima esigenza della terzietà è il rispetto assoluto del principio «*nemo iudex sine actore*», accolto per il processo penale dalla riserva dell'azione al promotore di giustizia. Di tale esigenza l'inquisitorialità del processo canonico non è stata del tutto rispettosa fino a tempi recenti.

La stabilità dell'ufficio di giudice è un mezzo importante per garantire l'indipendenza del giudice e la sua reale terzietà nel processo penale, in particolare considerato il ruolo che il vescovo diocesano, giudice nativo, ha nella decisione di avviare il processo⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ *Ibidem.*

⁽²⁴⁾ Cfr. G. TREVISAN, *Il ruolo dell'Ordinario in ambito penale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 12 (1999), pp. 159-169; A.G. MIZINSKI, *Ruolo preminente dell'Ordinario nel processo penale secondo la normativa del CIC del 1983*, (Pontificia Università Lateranense, Istituto «*utriusque iuris*», theses ad doctoratum in Iure Canonico), Roma, 1996, e in Z. SUCHECKI (a cura di), *Il processo penale canonico*, cit., pp. 131-167. Mizinski non tiene conto sufficientemente della necessità di applicare i concetti di «ordinario del luogo» e i criteri codiciali territoriali di competenza giudiziaria alle giurisdizioni secolari personali; al riguardo cfr. il nostro *I tribunali delle circoscrizioni personali latine*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 113/1 (2002), pp. 147-176.

Il divieto stabilito dal can. 135 § 3 di delegare la potestà giudiziaria riguarda soltanto i titolari della potestà vicaria, non gli uffici capitali titolari della potestà propria. Comunque, la nomina di un tribunale delegato *ad casum* da parte del titolare sostanziale dell'azione penale (il vescovo diocesano che ordina al promotore di giustizia di presentare il libello di domanda al tribunale) pone qualche dubbio sulla sua giustizia.

Il diritto all'equo processo penale canonico richiede, tranne in fattispecie molto particolari (sempre possibili, considerata l'universalità della Chiesa e la penuria di canonisti in molte diocesi), la stabilità dei giudici per garantire la loro indipendenza e terzietà. Perciò potrebbe suscitare qualche perplessità la possibilità concessa dal Santo Padre al Prefetto della Congregazione per la dottrina della fede di nominare giudici deputati *ad casum* ⁽²⁵⁾. Le perplessità potrebbero essere più intense qualora la Congregazione abbia avvocato a sé la causa in prima istanza, giacché in questa fattispecie il Prefetto si troverà ad adempiere contemporaneamente sia la funzione dell'Ordinario del luogo per affidare l'azione penale al promotore di giustizia del Dicastero, sia la nomina dei giudici *ad casum*.

c) *La pubblicità dell'accusa e il diritto dell'accusato di produrre prove a suo favore in un sistema di uguaglianza fra le parti.*

Fra le caratteristiche estreme del sistema inquisitorio, che lo hanno portato nell'immaginario sociale e culturale a significare un sistema intrinsecamente ingiusto, ve ne sono due particolarmente significative: la segretezza delle accuse nei confronti dell'indagato, il quale, quindi, non può contraddirle, e la collegata posizione di prepotenza dell'accusatore pubblico dinanzi al reo.

Non vi è alcun dubbio che le principali manifestazioni del diritto di difesa appartengano al diritto naturale. A proposito dell'uguaglianza fra le parti, Ulpiano affermava che: «*non debet actori licere, quod reo non permittitur*» ⁽²⁶⁾ e l'espressione è passata alle *re-*

⁽²⁵⁾ «§ 1. *Iudices huius Supremi Tribunalis sunt ipso iure Patres Congregationis pro Doctrina Fidei. § 2. Patrum collegio, primus inter pares, praeest Congregationis Praefectus et, munere Praefecti vacante aut ipso Praefecto impedito, eius munera explet Congregationis Secretarius. § 3. Praefecti Congregationis est nominare iudices stabiles vel deputatos*» (m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 aprile 2001, cit., art. 7).

⁽²⁶⁾ *Dig.* 50, 17, *regula iuris* 41, Ulpiano, libro 26 ad edictum.

gulae iuris delle decretali di Bonifacio VIII (cfr. n. 32), le quali aggiungono che: «*in iudiciis non est acceptio personarum habenda*» (n. 12).

Inoltre, il diritto a conoscere le prove della controparte, e a contraddirle, è strumento tanto prezioso quanto necessario per assicurare l'accertamento della verità da parte del giudice. Si tratta dell'applicazione dell'aforisma secondo cui bisogna «sentire le due campane».

Comunque, il CIC 1917, oltre a prevedere la sospensione *ex informata conscientia*, non stabiliva che la mancata pubblicazione degli atti costituisse motivo di nullità della sentenza. Inoltre, del diritto di difesa non vi era menzione espressa, né come diritto a sé stante né come causa di nullità della sentenza che lo avesse violato.

Le norme processuali del Sant'Uffizio (1962), di applicazione della cost. ap. *Sacramentum Poenitentiae* (1741), addirittura, vietavano nel modo più assoluto di manifestare all'accusato del delitto di sollecitazione l'identità delle persone denunciati.

Questa perfettibile situazione volle essere corretta nei lavori di riforma del Codice. Infatti, il primo schema del nuovo libro «*de processibus*» ricevette il significativo titolo di *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium*. I suoi *praenotanda* manifestavano di voler evitare i privilegi delle parti pubbliche per ottenere l'uguaglianza di queste con quelle private e, quindi, superare anche questa manifestazione d'inquisitorialità⁽²⁷⁾. Precedentemente, i Principi per la riforma del CIC approvati dal Sinodo del 1967 avevano segnalato la necessità di rendere trasparente il processo penale. Quantunque gli autori dei Principi fossero consapevoli che non sarebbe stato facile superare ogni manifestazione della inquisitorialità, considerarono necessario evitare la segretezza nei confronti dell'accusato nella procedura penale (amministrativa o giudiziaria)⁽²⁸⁾.

La segretezza di una prova nei confronti dell'accusato può darsi soltanto in presenza di «validi motivi», che dovrebbero essere valutati caso per caso *dal giudice*, come prevede il can. 1598.

(27) Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de processibus*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1976, *praenotanda*, n. 55, p. XIV.

(28) Cfr. SINODO DEI VESCOVI 1967, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, n. 7 § 6, in *Communicationes*, 1 (1969), pp. 77-85.

Invece, l'art. 20 del m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* indica che, nelle cause di sollecitazione sia l'accusante a decidere di rimanere sconosciuto per l'accusato.

Considerato il divieto della presenza dell'accusato alla deposizione dei testi (ulteriore comprensibile manifestazione del principio inquisitorio), appare molto conveniente che, poiché il promotore di giustizia potrà essere presente, sia ugualmente ammesso l'avvocato difensore. Infatti, il notevole potere discrezionale del giudice canonico può rendere equi o meno i forti tratti inquisitori del processo penale ecclesiale.

Il diritto dell'imputato a parlare per ultimo (cfr. can. 1725) non è manifestazione di disuguaglianza fra le parti, bensì semplice manifestazione del *favor rei*, così come la medesima facoltà del difensore del vincolo nelle cause di nullità del matrimonio (cfr. can. 1603 § 3) manifesta il *favor matrimonii* di cui questa parte pubblica è portatrice.

d) *Il principio di immediatezza. I limiti del processo scritto e del concetto canonico di uditore.*

La dottrina è unanime nel riconoscere che la pubblicità, l'oralità, il contraddittorio e l'immediatezza del dibattimento appartengono all'essenza stessa dell'accusatorietà. Invece, tratto caratteristico del processo inquisitorio è che il materiale probatorio sia raccolto secondo il principio di mediatezza e quindi per scritto, talvolta da chi poi non farà parte del tribunale decidente⁽²⁹⁾. Mentre l'oralità della raccolta delle prove dinanzi al tribunale e alle parti assicura la pubblicità e la possibilità dell'esercizio del diritto di difesa, invece, la scrittura e la mediatezza, pur non vietando detta pubblicità, consentono aspetti di segretezza.

L'esperienza giudiziale universale preferisce il principio d'immediatezza, fra l'altro, perché nel verbalizzare qualsiasi deposizione orale si perdono diversi dati e sfumature, e perché il giudice che ascolta la produzione della prova può rivolgere nuove domande, utili affinché gli atti processuali riflettano la verità e, quindi, la certezza morale fondata su tali prove sia giusta.

⁽²⁹⁾ Cfr. G. LEONE-F. MENCARELLI, *Processo penale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 36, Milano, 1987, pp. 412-413.

Nel processo canonico la mediatezza istruttoria è rafforzata qualora le prove non siano raccolte da uno dei giudici del collegio giudicante, bensì da un loro delegato o da una persona con la sola funzione di uditore. Addirittura, presso la Rota Romana e quella della Nunziatura Apostolica in Spagna la mediatezza diventa un imperativo perché l'ufficio di istruttore nelle cause penali deve essere affidato a un giudice che non faccia parte del turno giudicante⁽³⁰⁾.

Il principio secondo cui la certezza morale giudiziale deve provenire *ex actis et probatis* (can. 1608 § 2) implica la necessità di ripetere da parte del giudice istruttore (o dal suo delegato o dall'uditore) le prove raccolte durante l'indagine previa, tranne che l'accusato le accetti come vere dinanzi all'istruttore⁽³¹⁾.

e) *L'istruttoria « ex officio », la libera valutazione delle prove, la certezza morale e la motivazione del provvedimento.*

Il *favor veritatis* costituisce uno dei principi fondamentali dell'ordinamento canonico perché il diritto, come, del resto, tutto nella Chiesa, ha come finalità la *salus animarum*. La salvezza scaturisce da Cristo, il quale si autodefinisce come la verità (« *Ego sum veritas* »: Gv 14, 6) ed ha affermato « *veritas liberabit vos* » (Gv 8, 32).

Nelle cause pubbliche — il cui oggetto è indisponibile e di frequente compromette direttamente la *salus animarum* — il giu-

⁽³⁰⁾ « *Si agatur de causa poenali, officium Instructoris opportunius a Decano demandetur Auditori extra Turnum* » (ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, art. 71, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540, approvate « in forma specifica » dal Papa: cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995, in *AAS*, 87 (1995), p. 366). Ciò avviene sin dalle *Regulae servandae in iudiciis apud S.R. Rotae Tribunal*, 4 agosto 1910, artt. 37 e 102, in *AAS*, 2 (1910), pp. 783-850. « *Cuando una causa llevada a la Rota requiera instrucción, el ponente debe practicarla; pero puede también ser encomendada a otro juez del turno, a no ser que se trate de una causa criminal, en cuyo caso el oficio de instructor lo confía el decano a otro juez extraño al turno* » (GIOVANNI PAOLO II, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, promulgate dal m.p. *Nuntiaturae Apostolicae in Hispania*, 2 ottobre 1999, art. 51, in *AAS*, 92 (2000), pp. 5-17).

⁽³¹⁾ Cfr. A.G. MIZINSKI, *L'indagine previa (cann. 1717-1719)*, in Z. SUCHECKI (a cura di), *Il processo penale canonico*, cit., pp. 169-211; J. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, pp. 233-266.

dice può e deve procedere alla raccolta delle prove *ex officio*, sempre che lo ritenga utile per tentare di giungere alla verità (cfr. can. 1452 § 2). Nel processo penale canonico la richiesta di prove *ex officio* sarà ancora più frequente quando il promotore di giustizia e l'avvocato non siano presenti alle deposizioni dei testi.

Se nella fase istruttoria vi sono manifestazioni di legittima natura inquisitoria, nel momento decisorio, invece, l'ordinamento canonico vi ha rinunciato del tutto, in particolare col superamento di ogni formalismo nell'apprezzamento delle prove. Al riguardo vi è stata una totale adesione al principio del libero convincimento del giudice, il quale implica il rifiuto di ogni limitazione della libertà di valutazione della prova, sottratta a qualsiasi meccanismo di preventivo dosaggio della sua persuasività stabilito *a priori* dal legislatore⁽³²⁾. Una tale libertà nella valutazione delle prove è direttamente collegata con il principio della certezza morale sulla conformità alla giustizia delle richieste delle parti.

Il concetto di certezza morale non appartiene esclusivamente all'ambito giudiziale, essendo applicabile ugualmente in sede amministrativa. Tuttavia, in campo giudiziario è meglio garantito che il provvedimento decisorio sia veramente fondato sulla certezza morale perché il giudice è meno implicato personalmente nella concreta vicenda penale che non l'autorità amministrativa, la quale ha deciso di avviare l'indagine previa e la procedura punitiva.

L'ultimo elemento della sentenza richiesto dal diritto naturale all'equo processo è quello della sua motivazione⁽³³⁾. I *motiva* devono permettere di *comprendere* la coerenza della decisione giudiziaria, la razionalità intrinseca ed estrinseca della stessa. La motivazione *stricto sensu*, che possiamo denominare *coram partibus*, deve riflettere adeguatamente la motivazione *coram proprio iudice*, cioè

⁽³²⁾ Cfr. E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 42 (1999) pp. 3-9. Per brevi cenni storici del processo canonico, cfr. T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano, 1977, pp. 37-48; il nostro *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il raggiungimento del principio della libera valutazione delle prove*, in *Fidelium iura*, 12 (2002), pp. 139-177.

⁽³³⁾ Cfr. i nostri *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985; *La genesi della sentenza canonica*, in P.A. BONNET-C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 695-734.

l'itinerario intellettuale seguito dal giudice per giungere alla certezza morale che, logicamente e cronologicamente, precede la motivazione della sentenza⁽³⁴⁾.

Nel contesto del codice pio-benedettino, in cui era prevista la sospensione *ex informata conscientia*, con una motivazione insufficiente, la legislazione postconciliare ha voluto rimediare definitivamente a tale deficienza, con un richiamo alla pubblicità istruttoria e alla motivazione decisoria: «*requiritur autem ut, in processu sive iudiciali sive amministrativo, recurrenti vel reo manifestentur omnes rationes quae contra ipsum invocantur*»⁽³⁵⁾. Invero, la possibilità dell'inflizione della pena perpetua in via amministrativa, l'«amministrativizzazione» della procedura giudiziale per i delitti riservati alla Congregazione per la dottrina della fede e il divieto del ricorso contenzioso-amministrativo contro il provvedimento punitivo⁽³⁶⁾, potrebbero affievolire notevolmente la funzione della motivazione, perché il provvedimento non sarà sottoposto ad un controllo giurisdizionale. Comunque, la motivazione della decisione amministrativa è necessaria a norma del can. 51, ma non *ad validitatem* come, invece, avviene in ambito giudiziale (cfr. can. 1622, 2°).

f) *Il diritto al doppio grado di giurisdizione e alla certezza del diritto mediante la possibilità di giungere tempestivamente al giudicato.*

Il diritto al doppio grado di giurisdizione sulle decisioni riguardanti il merito in una causa penale è collegato con il diritto naturale, secondo lo «*ius gentium*»⁽³⁷⁾ e la migliore dottrina cano-

(34) La dottrina considera che la motivazione del provvedimento giurisdizionale tutela la terzietà del giudice (cfr. G. LEONE-F. MENCARELLI, *Processo penale*, cit., p. 7).

(35) *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, cit., n. 7 § 6.

(36) «*Delicta graviora Congregationi pro Doctrina Fidei reservata, non nisi in processu iudiciali persequenda sunt*» (m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 aprile 2001, cit., art. 17). *Vide infra* note 40-42. Cfr. CIC 1983, can. 1342; CCEO, can. 1402; UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Charter for the Protection of Children and Young People Revised Edition*, 13 novembre 2002, *passim* e, in particolare, art. 1 (nota) e 5; ID., *Essential Norms*, 8 dicembre 2002, cit., nn. 8, 9, 12.

(37) Cfr. ONU, *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici*, 16 dicembre 1966, art. 14, 5.

nica⁽³⁸⁾. Affinché sia evidente che il vigente sistema penale ecclesiale vuole affermare il diritto al doppio grado di giurisdizione — seguendo il principio sancito dall'art. 18 (a) della cost. ap. *Pastor bonus* —, il m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* ha stabilito: «*Sententiae huius Supremi Tribunalis, latae intra limites propriae competentiae, Summi Pontificis approbationi non subiciuntur*» (art. 6 § 3), per evitare che l'approvazione del Papa possa mettere in discussione l'appellabilità del provvedimento di prima istanza.

La vigente legge sui delitti riservati alla Congregazione per la dottrina della fede vuole raggiungere un'altra caratteristica del diritto all'equo processo, quello della sua giusta durata. Detta tempestività, oltre ad essere un diritto dell'accusato, è un diritto del bene pubblico per riparare lo scandalo e la giustizia. Questa richiesta di economia processuale è manifestata sul m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* con la prescrizione secondo cui la sentenza valida di appello diventa immediatamente giudicato, a prescindere dalla sua conformità con la decisione di prima istanza, superando finalmente il principio della necessità della doppia sentenza conforme⁽³⁹⁾.

Tutto questo sistema, ora sommariamente tratteggiato, è stato raggiunto dalla tradizione canonica, dai codici e, per quanto riguarda i *delicta graviora*, dal m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* nel tentativo di contemperare gli interessi lesi e i diritti dell'imputato mediante il diritto all'equo processo. Ebbene, detto impianto potrebbe essere gravemente compromesso qualora venissero formalmente e validamente accolte talune recenti modifiche al codice e al m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, mutamenti ai quali abbiamo già fatto qualche cenno.

(38) Cfr. M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. 2, Romae, 1950, pp. 974-976; F. ROBERTI, *De processibus*, vol. 2, Romae, 1926, n. 467, p. 197.

(39) «*Res iudicata habetur: 1º. si sententia in secunda instantia prolata fuerit; 2º. si appellatio adversus sententiam non fuerit intra mensem proposita; 3º. si, in gradu appellationis, instantia perempta sit vel eidem renuntiatum fuerit; 4º. si lata fuerit sententia ad normam art. 16*» (m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 aprile 2001, cit., art. 23). «*Supremum Tribunal Congregationis pro Doctrina Fidei iudicat in secunda instantia: 1º causas a Tribunalibus inferioribus in prima instantia iudicatas; 2º causas ab eodem Supremo Tribunali Apostolico in prima instantia definitas*» (*ibidem*, art. 16). Cfr. il nostro *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6º e 7º approvati dal Sinodo del 1967*, in J. CANOSA (a cura di), *I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, cit., pp. 545-546.

In tema di diritto al doppio grado di giurisdizione, da una parte, vi è stata una decisione amministrativa singolare della Congregazione per la dottrina della fede che, qualora diventasse criterio ermeneutico generale sul controllo giudiziario degli atti singolari dei dicasteri della Curia Romana da parte della Segnatura Apostolica, potrebbe ostruire l'intero sistema canonico di tutela contenzioso-amministrativa. Si tratta del decreto di reiezione del ricorso di alcune donne scomunicate (giustamente, dal punto di vista sostanziale e processuale), con il quale la Sessione Ordinaria della Congregazione afferma che «nel caso in parola non è ammissibile un ricorso gerarchico, trattandosi di un Decreto di scomunica emanato da un Dicastero della Santa Sede, che agisce a nome del Sommo Pontefice (cf. can. 360 del CIC)»⁽⁴⁰⁾. Da detta affermazione potrebbe sembrare che non vi possa essere alcun ricorso (né amministrativo né giudiziale) contro gli atti singolari dei dicasteri e, quindi, venga svuotato il contenzioso-amministrativo ricuperato per l'ordinamento canonico dal n. 106 della cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* (15 agosto 1967) e regolato dall'art. 123 della cost. ap. *Pastor bonus*⁽⁴¹⁾.

Dall'altra parte, vi è stata un'altra modifica, di natura «normativa», per il momento «extravagante», al m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* secondo cui nei casi di *delicta graviora*, le richieste di revoca di provvedimenti amministrativi della Congregazione per la dottrina della fede e tutti gli altri ricorsi contro detti provvedimenti saranno riferiti alla Sessione Ordinaria della Congregazione, la quale deciderà nel merito e sulla legittimità *remoto quovis ulte-*

(40) CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Decreto di reiezione del ricorso di alcune donne scomunicate*, 21 dicembre 2002, *prooemium* § d, in *AAS*, 95 (2003), pp. 271-273. Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, «*Monitum*» e *Decreto di scomunica per l'attentata ordinazione sacerdotale di alcune donne cattoliche*, 10 luglio e 5 agosto 2002, in *AAS*, 94 (2002), pp. 584-585.

(41) Cfr. *Regolamento Generale della Curia Romana*, 30 aprile 1999, artt. 135 e 136, in *AAS*, 91 (1999), pp. 629-699; D. CITO, *Note sui provvedimenti urgenti in ambito penale*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 298-305; K. LÜDICKE, *Schutz durch das Recht? Exkommunikation von Frauen aufgrund Empfanges der Priesterweihe*, in *Orientierung*, 66 (2002), pp. 178-181; Id., *Der neue Entscheid der Glaubenskongregation. Noch einmal zur Exkommunikation der sieben Frauen*, in *Orientierung*, 67 (2003), pp. 47-48; J. MIRAS, *Actuación penal por vía administrativa. Comentario a algunos aspectos procedimentales de una reciente intervención de la CDF*, in *Fidelium iura*, 12 (2002), pp. 105-138.

riore *recursu ad Signaturam Apostolicam* ⁽⁴²⁾. Questo endogeno e limitato sistema d'impugnazione amministrativa del provvedimento della Congregazione implica un significativo affievolimento del diritto al doppio grado di giurisdizione riguardo alla più radicale pena nei confronti di un chierico, quella della dimissione dallo stato clericale. Detta situazione di lesione del diritto all'equo processo desta non poche perplessità.

4. Conclusioni.

La finalità della pena canonica ha un forte rapporto d'immanenza fra i suoi tre elementi («la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia e l'emendamento del reo»). Infatti, qualora l'accusato riconosca la sua colpa e si pente efficacemente, tale pentimento lo porterà ad adoperare tutti i mezzi utili indicati dall'autorità sia per evitare la recidiva (a tutela della propria *salus animae*) sia per riparare, per quanto possibile, il danno prodotto alle vittime immediate del suo delitto e lo scandalo recato alla comunità (a tutela del loro bene e della loro *salus animarum*).

L'autorità ecclesiale possiede una grave responsabilità e una notevole discrezionalità nel verificare tempestivamente se vi siano indizi sulla commissione di un delitto, per tentare di promuovere l'efficace pentimento del colpevole e per valutare se il delinquente si sia pentito efficacemente, ottenendo la riparazione dello scandalo e della giustizia. Ne deriva che l'avvio della procedura punitiva avverrà normalmente soltanto quando l'accusato è formalmente reticente o quando il suo pentimento non è sufficiente per riparare lo scandalo e ristabilire la giustizia, a giudizio dell'autorità e malgrado ciò sia stato fatto presente all'accusato; vale a dire quando vi è un sostanziale contraddittorio fra l'autorità alla quale corrisponde la tutela del bene pubblico e l'accusato. È in questa fattispecie controversa che il contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato diventa problematico.

⁽⁴²⁾ «*Ex audientia: Summus Pontifex benigne concessit iuxta preces*. Joseph Card. Ratzinger», 14 febbraio 2003, in «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» (30 aprile 2001) e successive modifiche (7 novembre 2002-14 febbraio 2003), cit.

Il magistero pontificio, anche quello più recente, ha insistito, *intra et extra Ecclesiam*, sulla necessità di armonizzare, di temperare, la tutela del bene comune con la dignità e i diritti dell'accusato. Un tale equilibrio è intrinsecamente complicato in ogni ordinamento giuridico; ed è in questo contesto di complessità normativa e applicativa che i Pontefici hanno affermato che l'ordinamento canonico deve essere «*speculum iustitiae*» per quelli statali. Ne scaturisce la necessità di essere profondamente coerenti nel rispettare le esigenze, a cominciare dal *favor rei*, che il diritto naturale e lo «*ius gentium*» ritengono imprescindibili per l'inflizione delle pene, in particolare di quelle più gravi.

D'altra parte, il delitto può provocare una tale lesione della giustizia, che, per riparare questa e lo scandalo recato al popolo di Dio, il colpevole, quantunque sia pentito, deve accettare di essere sottoposto ad una procedura e alla pena considerata giusta dal tribunale.

L'inflizione delle pene in via amministrativa deve essere rispettosa degli elementi essenziali del giusto processo, tranne quello dell'indipendenza dell'organo decisorio. Comunque, poiché tale via offre meno garanzie di giustizia che non quella giudiziale, il legislatore dei codici e del m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* non ha voluto ammetterla per le pene più gravi. Infine, la sanzione penale amministrativa — più che gli altri provvedimenti amministrativi, data la sua gravità — richiede il controllo giudiziario in via contenzioso-amministrativa, come condizione della sua giusta applicazione.

Il processo giudiziario richiede persone equilibrate, tecnicamente ben preparate e dedite alla loro funzione. Il sistema codiciale dei tribunali interdiocesani di prima e di seconda istanza, specializzati in materia penale (cfr. cann. 1423 e 1439), consente a non poche conferenze episcopali (sicuramente a quelle dell'America del Nord e di molti Paesi dell'Europa) di poter espletare il processo giudiziale in tempi non superiori a quelli richiesti per la procedura amministrativa. Se la procedura è stata rispettata, l'istruttoria fatta bene e la sentenza adeguatamente motivata, il giudizio in appello, presso il tribunale competente, potrà realizzarsi rapidamente. Nel frattempo, finché non si giungerà ad una sentenza diventata giudicata, il bene pubblico (la riparazione dello scandalo e della giustizia) sarà efficacemente protetto, qualora sia necessario, dalle incisive misure cautelari *ex can. 1722*.

Il processo giudiziario, il diritto all'equo processo, si dimostra quindi il mezzo più efficace che la cultura umana, anche con l'aiuto della luce della fede, offre alla comunità e all'autorità per ottenere il contemperamento tra gli interessi lesi del singolo e della società, e i diritti dell'imputato in ambito penale.

GAETANO LO CASTRO

RESPONSABILITÀ E PENA.
PREMESSE ANTROPOLOGICHE PER UN DISCORSO
PENALISTICO NEL DIRITTO DELLA CHIESA

1. Premessa: principi penalistici e concezioni antropologiche. — 2. Antigiuridismo e crisi del diritto penale nella Chiesa. — 3. La correlazione fra responsabilità e pena. Alla ricerca della *ratio puniendi*. — 4. La pena in funzione della persona: la dottrina del libero arbitrio in sant'Agostino e in san Tommaso. — 5. La concezione classica della responsabilità. — 6. Il significato etico della pena e il suo valore retributivo. — 7. Eticità della pena in Kant e in Hegel. — 8. (continua) Il diverso significato delle tesi retributive in un orizzonte antropologico immanentistico e in un orizzonte antropologico, come quello proprio del diritto canonico, aperto alla trascendenza. — 9. La negazione della concezione classica della responsabilità: determinismo e scientismo. — 10. Osservazioni conclusive: esaltazione della responsabilità e umanizzazione della pena nel diritto della Chiesa.

1. *Premessa: principi penalistici e concezioni antropologiche.*

Volendo mostrare i molti pregi del Codice di diritto canonico del 1917, F. Roberti credette di poter mettere in evidenza, fra l'altro, come uno speciale vantaggio avessero tratto dalla codificazione il diritto processuale e il diritto penale canonico.

Con riguardo al diritto penale affermò specificamente il noto giurista che il Codice aveva “digesto e quasi creato tutta la parte generale, che pria doveva ricavarci dai casi particolari, ed era irta di difficoltà, dubbi e incertezze”; che “eccellenti” dovessero essere giudicate “le norme sulla valutazione della imputabilità, sul delitto colposo, sulla partecipazione al delitto, sulle azioni nascenti dal reato, sulla irrogazione e remissione della pena”. E ricordando l'omaggio reso dal prof. Enrico Ferri al card. Pietro Gasparri nell'inviargli una copia del suo Progetto di codice di diritto penale con la dedica: «Al sapiente legislatore canonico», pensava il Roberti

che il professore positivista dovesse essere rimasto colpito dai canoni del *Codex* “che saggiamente prescrivono di valutare la personalità del delinquente e tener conto di tutte le sue personali circostanze, (che) concedono al giudice larghi poteri discrezionali nello stabilire, attenuare, differire le sanzioni, (che) danno gran peso all'emendamento del delinquente e al suo pentimento sincero fino a far cessare la pena: principi che non sono ancora penetrati in alcuni codici statuali e che il Ferri e i suoi seguaci ascrivono a merito della scuola positiva, ma che la Chiesa possiede da secoli”⁽¹⁾.

Ma davvero era da pensare che il “professore positivista” avesse potuto apprezzare i richiamati principi quasi che esprimessero un programma penalistico collimante con quello della scuola da lui fondata e di cui era il riconosciuto più autorevole esponente e portavoce?

Non per sminuire il valore dell'omaggio reso al card. Gasparri, ma certo non poteva sfuggire al Ferri che i principi non restano cristallizzati nelle formule che li racchiudono; che sarebbe stato poco significativo restringere la propria osservazione a queste formule, giacché ogni disposizione normativa vive nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, le quali a loro volta sono espressione di contesti culturali, di idee di fondo sull'essere dell'uomo e sui suoi rapporti nella società, sull'organizzazione giuridica della stessa e sui fini che essa mira a raggiungere. Come è stato di recente detto, “la riflessione del diritto è una riflessione sull'uomo, sul suo essere, sul suo senso e sul suo destino”⁽²⁾. E questo tanto più è vero per il diritto penale, e specificamente per

⁽¹⁾ F. ROBERTI, *Il cardinal Pietro Gasparri. L'uomo. Il sacerdote. Il diplomatico*, in *Miscellanea in memoriam Petri card. Gasparri*, in *Apollinaris*, 1960, p. 40. Ma era comune nella dottrina canonica l'apprezzamento per la normativa penalistica del Codice del 1917; cfr., ad esempio, R. METZ, *Il diritto penale nel codice di diritto canonico del 1917*, in *Concilium*, 1975, n. 7, pp. 49-60, il quale ricordava come il Codice fosse riuscito a far superare le esitazioni esistenti in dottrina sulla maggioranza dei problemi (circostanze attenuanti ed aggravanti, complicità, tentativo, cumulo) prima della sua promulgazione. Merito del Codice sarebbe stato anche quello di evitare la confusione fra foro interno e foro esterno, dando una definizione precisa di delitto e distinguendolo dal peccato. In particolare l'a. sottolineava il tecnicismo di alta qualità scientifica e la cura minuziosa nel regolamentare i problemi posti dall'attività delittuosa (p. 58).

⁽²⁾ V. DE PAOLIS, *La dimensione giuridica delle pene nella Chiesa*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C.J. Errázuriz M. e L. Navarro, Milano, 2000, p. 253.

il diritto penale nella Chiesa, e il Ferri non poteva cadere al riguardo in un grossolano errore di valutazione, ove l'individuazione di tale visione di fondo risale in buona misura alla concezione cristiana della vita; di segno diverso essendo pertanto la preoccupazione per la persona e per le sue sorti, che sembra accomunare e di fatto accomunava la Scuola positiva, di cui Ferri era eminente esponente, e la dottrina cattolica, giacché, come ebbe a dire icasticamente un fine giurista, T. García Barberena, il positivismo studia l'individuo "como a un insecto para conseguir que no moleste; el catolicismo, como a un alma inmortal, para que se salve" ⁽³⁾.

2. *Antigiuridismo e crisi del diritto penale nella Chiesa.*

I profili penalistici che tanto avevano colpito uno studioso come il Ferri alieno e lontano da preoccupazioni curiali, profili evidenziati dalla codificazione del 1917 ed ispiranti altresì la codificazione del 1983; profili che negli ultimi due secoli hanno indotto soprattutto nella scienza penalistica secolare infinite riflessioni sulla responsabilità (propria di colui che delinque) e sulla pena (espressione della società che reagisce, si difende, attraverso l'affermazione di principi assoluti, o relativi al conseguimento di scopi meramente empirici); ebbene cotesti profili negli ultimi decenni del secolo passato sono stati per così dire catturati ed assorbiti nell'ordinamento canonico da una questione più generica: se abbia ragion d'essere un diritto penale nella Chiesa.

Tale questione (sulla quale in questa sede non è il caso di soffermarsi) è stata però generalmente trattata alla luce di un'idea insufficiente ed inadeguata del diritto, inteso generalmente come norma, come volontà imperativa, che per essere tale deve potere essere portato a compimento anche attraverso la forza; un'idea tipica delle correnti positivistiche moderne, che ebbero la loro migliore manifestazione nelle codificazioni contemporanee, alla quale d'altronde non rimase estranea la codificazione canonica.

Si è per tale via dimenticata o, quanto meno, si è messa la sordina all'idea del diritto come ricerca del giusto nel caso concreto, come risposta da dare al bisogno imperituro di giustizia che è pro-

⁽³⁾ T. GARCÍA BARBERENA, in *Comentario al Código de derecho canónico*, IV, Madrid, 1964, pp. 192-193.

prio dell'uomo, fuori della Chiesa e nella Chiesa; un'idea alla cui affermazione la Chiesa, con il suo radicamento nel disegno salvifico di Dio, con la sua conseguente raffinata capacità di leggere nel mistero dell'uomo e di individuarne i bisogni più profondi, può dare ed ha dato nel corso dei secoli un contributo poderoso al suo interno e nella società nella quale si è trovata ad operare, in tal modo favorendo una vita giuridica più consona alle esigenze intime dell'uomo; un contributo che rischia di svanire o di perdersi del tutto se appunto del diritto si dà la visione povera e parziale di comando normativo; giacché, ove si riduca il diritto all'atto normativo dell'autorità, la scienza giuridica si preoccuperà o del modo di imporlo e di giustificarne l'attuazione o del modo di difendersi dallo stesso e di trovare le ragioni per respingerlo.

Ne è derivato un generale impoverimento della scienza giuridica, in particolare nella trattazione dei temi penalistici, specificamente per quanto concerne i profili attinenti alla responsabilità ed alla pena.

3. *La correlazione fra responsabilità e pena. Alla ricerca della ratio puniendi.*

Non sempre il tema della funzione della pena (dello scopo cioè cui essa mira e che la società vuole raggiungere), e il tema della responsabilità (del suo fondamento e delle sue dimensioni) sono stati trattati dalla scienza giuridica in esplicita connessione fra di loro; pure in essi si dà una interna e reciproca correlazione, che è necessario mettere in evidenza: una determinata visione della responsabilità e, quindi, della attribuibilità dell'agire umano al soggetto che agisce, condurrà infatti ad una determinata concezione della pena, come sanzione di particolare gravità che mira ad influire sull'azione dell'uomo, o, secondo talune tesi, addirittura sull'uomo in quanto tale; parimenti, non sarebbe concepibile una pena che non fosse fondata su un'idea del soggetto che compie l'atto delittuoso e del suo rapporto con l'evento causato.

Proprio il fatto che la società, qualunque società, formata per il raggiungimento di finalità politiche (lo Stato) o creata per il perseguimento di scopi religiosi (la Chiesa), nell'esercizio della funzione penale valuta le azioni umane e l'uomo che le compie per punirlo, quell'uomo da cui la società stessa d'altronde deriva e per il quale esiste, non consente di concepire la funzione penale "come

un dato di fatto ovvio, ma necessita in modo assoluto (...) di una giustificazione filosofica, e quindi in ultima analisi di un fondamento etico" (4).

Forse in altra epoca storica, in società ideologicamente coese, là dove la cultura non esprimeva sostanziali divergenze di fondo circa il modo di concepire l'uomo e il suo essere nella società, e là dove l'ordinamento giuridico e le sue funzioni erano manifestazioni di uno stabile e comune modo di sentire, avrebbe potuto quella giustificazione non apparire necessaria.

Ma oggi, con la disarticolazione della cultura contemporanea in tanti filoni di pensiero fra loro spesso contrapposti, appare come non mai necessario giustificare l'uso della forza da parte della società. Come è stato detto, la forza in sé, una forza che non persegua un bene superiore, appare riprovevole(5). Conseguentemente ogni esercizio della forza ha bisogno di un fondamento etico; ed è pertanto ineludibile il problema di trovare una ragione eticamente valida per la pena; una ragione che non la spieghi in funzione dei soli interessi della società, ma anche di quelli del soggetto cui è irrogata, secondo l'idea che di tale soggetto la società si forma ed esprime.

Ragione accettabile sotto tale profilo non si ha se la responsabilità equivale ad imputabilità materiale dell'evento al suo autore, e cioè a mera riferibilità o attribuibilità di un evento ad un soggetto considerato come semplice causa materiale dello stesso; può aversi invece se responsabilità è riconoscimento della signoria del soggetto su fatti ed eventi a lui riconducibili, per i quali può essere rimproverato e punito; svolgendo in tal caso la pena non solo la funzione di strumento tecnico per difendere gli interessi della società (ed altri rimedi potrebbero per tale bisogno essere individuati dalla scienza criminologica), ma altresì, in quanto essa raggiunge l'uomo nella sua spiritualità, la funzione di correzione e di rieducazione, per la ricomposizione del quadro complessivo dell'esperienza giuridica; un quadro ove si dà società (con le sue esigenze

(4) M.A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, pp. 126-127.

(5) P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, in *Recht und Staat*, Tübingen, 1962 (heft 244), p. 3; trad. it. di L. EUSEBI, *La fondazione etica della pena*, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 29.

funzionali), ma si dà anche persona, con il patrimonio dei suoi originali ed impreteribili diritti.

* * *

Se volessimo raggruppare e classificare le varie dottrine penali-
stiche che sono state proposte dalla scienza giuridica nell'epoca a
noi contemporanea per dare risposta al problema del fondamento
o della ragione ultima del diritto di punire da parte della società,
potremmo distinguerle, quanto alla responsabilità, in teorie deter-
ministiche e teorie fondate sul libero arbitrio; quanto alla pena, in
teorie prevalentemente preoccupate di difendere gli interessi della
società, che non disdegnano di dare rilievo financo ad una respon-
sabilità oggettiva, e teorie più direttamente protese a calibrare la
pena in funzione del soggetto e dei suoi bisogni, a non sacrificarlo
ad una pretesa ragion di Stato, vale a dire ad un interesse generale
definibile soltanto in via ideologica e politica.

S'intravede sin da subito come le tesi avanzate in materia di
responsabilità e quelle in tema di pena non solo si condizionino a
vicenda, ma esprimano altresì in maniera assai efficace il più uni-
versale problema del rapporto fra l'individuo e l'insieme a cui egli
appartiene, un rapporto reso oggi assai controverso proprio dalla
frammentazione della cultura contemporanea, cui sopra si è accen-
nato, a causa della quale la persona sembra avere smarrito ed avere
difficoltà a ritrovare le ragioni del proprio essere, della propria di-
gnità, della propria primazia ontologica.

4. *La pena in funzione della persona: la dottrina del libero arbitrio
in sant'Agostino e in san Tommaso.*

Chi più d'ogni altro ha influito nel pensiero occidentale, imbe-
vuto della cultura giudaico cristiana, per individuare le premesse
antropologiche di un discorso penalistico, e in particolare del rap-
porto fra responsabilità e pena, che è come dire fra società e per-
sona, dando giustificazione del fondamento razionale della pena,
ma al contempo fissando implicitamente i limiti della funzione pe-
nale, fu senza alcun dubbio sant'Agostino. Al problema della *ratio
puniendi* egli diede infatti una soluzione per secoli comunemente
accolta da giuristi e moralisti, indipendentemente dalla ragione
ideologica assegnata alla funzione penale: e così quella di restau-

rare l'ordine giuridico violato dal delitto; o quella di migliorare e di rieducare il reo; o entrambe.

Per il vescovo di Ippona, il fondamento o presupposto del diritto di punire, che è quanto dire la giustificazione e la legittimità del suo esercizio, sta non tanto, come oggi si pensa, in una idea di società e nella sua necessità di raggiungere i propri scopi, comunque individuati, anche attraverso mezzi coercitivi, ma nel libero arbitrio dell'uomo, vale a dire nella libera volontà del soggetto di compiere una determinata azione che giudica a sé conveniente, o di astenersene.

La coazione, la pena, non erano pertanto da considerare nell'ottica delle esigenze della società, esigenze che pure erano ammesse e giudicate non eludibili, ma principalmente nell'ottica dei bisogni della persona e della sua idoneità a rispondere delle sue azioni verso gli altri e verso la società, di rispondere cioè di esse negli orizzonti concentrici di giustizia all'interno dei quali si svolge la vita dell'uomo, rientranti in quell'orizzonte più ampio che tutti li comprende, rappresentato dal disegno misterioso di Dio.

Cos'è la volontà? si chiedeva sant'Agostino. "La volontà è un movimento dell'animo, da nessuno imposto, volto o a conseguire qualcosa o a non rinunciarvi"; ora senza volontà non è possibile peccare (commettere il male) ⁽⁶⁾. Ne deriva che se Dio non avesse dato all'uomo questa libera capacità di determinarsi (*liberum arbitrium*), "la decisione di punire non potrebbe in alcun modo essere giusta" ("iudicium puniendi nullum iustum esse posset"); giacché "qui non voluntate peccat, non peccat" ⁽⁷⁾. Senza volontà (e questa

⁽⁶⁾ AUGUSTINUS, *Retractationes* l. I, c. XV, *Contra manichaeos de duabus animabus liber unus*, 3 (P.L. 32, 609): "Voluntas est animi motus, cogente nullo, ad aliquid vel non amittendum, vel adpiscendum"; (...) "quapropter peccatum sine voluntate esse non posse verissimum est".

⁽⁷⁾ IDEM, *Acta seu disputatio contra Fortunatum Manichaeum*, 20 (in P.L. 42, 121). Senza volontà, del resto, non solo non potrebbe essere giusto il "iudicium puniendi", ma non vi sarebbe neanche "meritum recte faciendi, nec praeceptum divinum ut ageretur paenitentia de peccatis; nec ipsa indulgentia peccatorum, quam nobis Deus per Dominum nostrum Iesum Christum donavit" (in altra opera Agostino poteva affermare nello stesso senso: "quia de quo nesciente, vel resistere non valente quisquam quidpiam mali fecerit, iuste damnari nullo modo potest"; (...) "quod iustitia peccantes tenet sola mala voluntate, quamvis quod voluerint implere nequiverint": *De duabus animabus contra manichaeos liber unus*, X, in P.L. 42, 103; e nella *Retractatio* a tale opera riaffermava: "non igitur nisi voluntate peccatur": *Retract.* l. I, c. XV,

non è concepibile se non libera⁽⁸⁾), non vi è colpa, non vi è commissione di male, e conseguentemente non può esservi punizione (Agostino parla propriamente di *poenitentia* con riferimento al peccato; ma il fenomeno nella sua essenza non muta con riferimento alla pena per il delitto⁽⁹⁾).

La volontà libera non è solo la *ratio* del rimprovero, ma è anche l'elemento costitutivo e centrale della storia della salvezza, come storia di giustizia e di riscatto dell'uomo. Ritenere quindi che l'uomo non possa essere colpito da pena, sottoposto a punizione, significa pensarlo come un essere carente di volontà libera ed intelligente (*liberum arbitrium*), padrone delle proprie azioni; significa sottrargli un elemento caratterizzante del suo essere, la responsabilità, privandolo dell'aspetto più nobile della sua umanità e della possibilità di rientrare nello specchio d'azione della grazia redentrice.

Questa concezione rappresenta la premessa atta per escludere o per graduare la colpevolezza, e, prima ancora, è il fondamento teorico (e tale si sarebbe dimostrato nei secoli successivi) per ammettere da una parte il male morale (frutto solo della volontà libera) e, dall'altra, il fatto che esso potesse essere valutato ed attribuito ad un soggetto come a suo autore.

È difficile comprendere fino in fondo l'importanza dell'affermazione, di natura antropologica, ma svolta come sviluppo di una profonda concezione teologica, dell'esistenza nell'uomo di una libera volontà, della sua capacità di compiere il bene (per il quale

2, in *P.L.*, 32, 609). Insomma, la volontà libera non è solo la *ratio* del rimprovero, ma è anche l'elemento costitutivo e centrale della storia della salvezza.

(8) AUGUSTINUS, *Retractationes*, I, I, c. XV, cit., c. 4 (*P.L.* 32, 609): "peccatum est voluntas retinendi vel consequendi quod iustitia vetat, et unde liberum est abstinere".

(9) Del resto la rigorosa distinzione fra delitto e peccato sarà successiva a sant'Agostino: cfr. soprattutto St. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian-bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano, 1935, pp. 4-22; cfr. altresì M. MÜLLER, *Etik und Recht in der Lehre von der Verantwortlichkeit. Ein Längenschnitt durch die Geschichte der katholischen Moraltheologie*, Regensburg, 1932, pp. 72-74 e p. 118 ss. Bisogna in ogni caso tenere presente che « peccatum » non è termine introdotto linguisticamente dalla dottrina morale religiosa, stando esso ad indicare commissione del male anche presso i filosofi pagani (cfr., per tale uso del termine, la famosa definizione di Seneca, *De ira*, I, 19, sulla funzione della pena: "(...) nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur").

acquista meriti) e di commettere il male (che deve scontare con le opportune penitenze), dell'esistenza, quindi, di un ordine morale (bene) e di un disordine morale (male-peccato) e della capacità dell'uomo di determinarsi liberamente nei confronti degli stessi; la quale libera determinazione non è tuttavia immotivata, giacché essa — come avrebbe alcuni secoli dopo spiegato san Tommaso, istituendo un inscindibile nesso e un reciproco condizionamento fra intelligenza e volontà — non solo si muove verso ciò che l'intelligenza le propone come fine ultimo (bene ultimo), ma utilizza tutti quei mezzi specifici che l'intelligenza le presenta come necessari per il raggiungimento del bene finale; mezzi che rappresentano appunto i motivi specifici dell'azione nei confronti dei quali l'uomo esercita liberamente la sua scelta; come è nella perfezione della libertà poter scegliere fra cose differenti "servato ordine finis", così rappresenta un difetto della libertà scegliere alcunché "divertendo ab ordine finis" (nel che consiste propriamente il peccato)⁽¹⁰⁾.

Tale concezione, che è frutto della visione cristiana dell'uomo, del suo rapporto con il mondo e con Dio, e delle sue esigenze etiche, avrebbe avuto un'influenza decisiva per lo sviluppo degli istituti penalistici nella Chiesa e fuori della Chiesa; influenza sempre più grande, via via che andrà diffondendosi nella cultura antica, fino a diventare visione sapienziale della vita e cemento comune della cultura di un'epoca.

La primarietà dell'essere umano rispetto alla società, l'averlo considerato ad immagine e somiglianza di Dio, avrebbe prodotto nel tempo un ingentilimento dei costumi ed un addolcimento degli istituti penalistici, soprattutto per quanto riguarda la ricerca delle prove e le pene⁽¹¹⁾; ma impose, altresì, un'attenta considerazione

(10) THOMAS DE AQUINO, *Summa th.*, I, q. 62, a. 8 ad 3. San Tommaso stabilisce un parallelo fra libero arbitrio e intelletto; il primo infatti si comporta "ad eligendum ea quae sunt ad finem", il secondo "ad conclusiones". Spetta alla perfezione dell'intelletto "ut in diversas conclusiones procedat secundum principia data: sed quod in aliquam conclusionem procedat praetermittendo ordinem principiorum, hoc est ex defectu ipsius"; così, "quod liberum arbitrium diversa eligere possit servato ordine finis, hoc pertinet ad perfectionem libertatis eius: sed quod eligat aliquid divertendo ab ordine finis, quod est peccare, hoc pertinet ad defectum libertatis". Sicché, poteva egli concludere, "maior libertas arbitrii est in angelis, qui peccare non possunt, quam in nobis, qui peccare possumus" (ivi).

(11) D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1905, pp. 620-625.

degli elementi soggettivi dell'uomo che agisce, con specifico riferimento alla intelligenza ed alla volontà, per poterlo in primo luogo ritenerlo «soggetto» nel mondo etico giuridico (imputabilità), e, poi, soggetto responsabile dell'atto concretamente compiuto (responsabilità).

La studio degli stati giuridici soggettivi, che ha rappresentato e rappresenta uno dei compiti più ardui ed importanti della scienza giuridica⁽¹²⁾, che oggi può avvalersi dell'ausilio di altre scienze (quali l'antropologia scientifica, la criminologia, la psichiatria), volte a sviscerare i mai interamente sondati meandri della personalità umana, poggia su questa alta concezione dell'uomo; di un uomo, però, non considerato in astratto (come hanno pensato di poter fare molti dei filosofi contemporanei), ma dell'uomo concreto, la cui libera volontà conosce tuttavia condizionamenti ad essa estranei, che a volte attenueranno e a volte potranno esaltarne la responsabilità⁽¹³⁾; e mira, in fondo, a non defraudare l'uomo di nulla di ciò che gli attribuibile, e, per converso, a non chiamarlo a rispondere di atti se non nell'esatta misura in cui essi gli appartengono.

Questa visione dell'uomo emerge a tutto tondo dalla produzione giuridica del periodo classico del diritto canonico. Si prendano, a mo' d'esempio, i tit. XII, XIX e XX del *Liber Extra* di Gregorio IX, dedicati rispettivamente all'omicidio, all'usura, al delitto di falso; si prenda la glossa ordinaria a tali titoli; e si troveranno indicate soluzioni sulla responsabilità dei colpevoli di quei delitti, sulla meritevolezza della pena, così raffinate da ritenerle a tutt'oggi insuperate; di esse visse per secoli la scienza giuridica canonica, ispirando e progressivamente penetrando anche la cultura giuridica secolare.

Sul piano storico, questo può essere considerato il maggior apporto del pensiero di derivazione cristiana alle legislazioni penali. Non invece quello, come stranamente ed acriticamente si continua a ripetere, di avere visto nella pena «la giusta retribuzione per quell'offesa all'ordine sociale e alla morale che il crimine

⁽¹²⁾ Per i momenti iniziali di tale studio, cfr. P. PALAZZINI, *L'imputabilità dell'atto umano nel periodo pre-graziano e nel «Decretum» di Graziano*, in *Studia Gratiana*, 7, 1959, pp. 449-460.

⁽¹³⁾ M. VILLEY, *La responsabilité chez St. Thomas*, in *La responsabilité pénale*, Paris, 1961, cit., in particolare pp. 120-125.

rappresenta", magari accomunando, come sostenitori di questa tesi, Kant e la Chiesa cattolica⁽¹⁴⁾.

5. *La concezione classica della responsabilità.*

Sul postulato del libero arbitrio poggia la concezione cosiddetta classica della colpevolezza. Essa non nega — almeno nelle sue più ammodernate formulazioni⁽¹⁵⁾ — che l'uomo possa subire condizionamenti nel suo essere e nel suo agire, ma tali condizionamenti non assumono importanza decisiva sul piano giuridico, perché, fra l'altro, il diritto considera l'uomo per come deve essere, non per come è; e colui che compie l'atto delittuoso risponde dello stesso solo se ed in quanto sia attribuibile alla sua volontà e possa essergli rimproverato; d'altra parte perché ciò possa avvenire è necessario che l'atto sia consegnato nella sua negatività da una legge, giacché *ubi non est lex, nec praevaricatio*.

La responsabilità, pertanto, è solo di colui che compie il male (resta esclusa ogni responsabilità collettiva o per fatto altrui), nel momento in cui compie l'atto che gli sarà rimproverato (è cioè istantanea: non essendo consentito biasimare l'uomo per la sua complessa personalità, quale potrebbe essere desunta dall'insieme della sua vita), ed è statica, perché dovrà essere valutata con riferimento esclusivo all'atto delittuoso concretamente compiuto, restando ininfluenti per tale valutazione i comportamenti, successivamente tenuti, suscettibili solo di autonoma considerazione per l'eventuale separata responsabilità propria di ciascuno di essi⁽¹⁶⁾.

Tale concezione della colpevolezza non ha solo una base giuridica, in quanto evidenzerebbe una volontà contraria alla legge sostanziate in un comportamento lesivo dell'ordinamento giuridico previsto e punito dalla legge penale, ma è tutta permeata di un

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, p. 63. Non è così; ad esempio per san Tommaso, ma già anche per Graziano (cfr. C. 24 q. 4), la pena mira a prevenire, educare, intimidire, non tanto a retribuire (cfr. della *Summa ib.*: I.II, q. 87, a. 7 e 8; q. 96, a. 2; q. 105, a. 2 ad 3; II.II, q. 64, a. 2; q. 66 a. 6 ad 2).

⁽¹⁵⁾ Cfr. J. LÉAUTÉ, *Le neo-classicisme*, in *La responsabilité pénale*, cit., pp. 352-353.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 1978, p. 376 ss.

contenuto morale, essendo riprovevole eticamente, prima ancora che giuridicamente, un comportamento espressione di una volontà che si è determinata in senso difforme o contrario all'obbligo⁽¹⁷⁾.

Questo quanto alla responsabilità.

6. *Il significato etico della pena e il suo valore retributivo.*

Quanto alla pena è da dire — volendo rimanere negli orizzonti propri della concezione classica della colpevolezza — che essa sarà parimenti rivestita di significati etici. Nei confronti dell'uomo, che è colto nella sua dimensione di protagonista non solo nell'ordinamento giuridico, ma nel più vasto ordine morale, la pena non potrà che farsi carico di questi più ampi significati. Essa ubbidisce ad un'esigenza di giustizia, di simmetria: come al bene segue il bene, così al male (del delitto) è giusto che segua il male (della pena). Essa pertanto soddisferà un'esigenza retributiva di natura etica e, indipendentemente dagli scopi specifici cui potrà mirare, sarà principalmente un *metum passionis propter malum actionis*, un *praetium delicti*.

Sarà così opportuno distinguere fra natura della pena e suo significato. La pena di cui si occupa il diritto avrà, infatti, natura giuridica, ma il suo significato sarà ultragiuridico: "La pena è sì retribuzione giuridica, ma in quanto il diritto ha un significato e un valore etico, la pena è nella sua essenza retribuzione morale"⁽¹⁸⁾; appare come cosa in sé giusta ed eticamente apprezzabile infliggere una sofferenza a chi ha volontariamente commesso un male morale; il delinquente infatti è ritenuto meritevole di pene, prima ancora che si pensi di trarre da queste alcun vantaggio, né per lui né per gli altri; e questo appare "una profonda verità psicologica e giuridica"⁽¹⁹⁾.

Tale tesi offre dunque alla pena una base assoluta (c.d. teoria assoluta della pena), giacché non la giustifica in quanto diretta a perseguire fini di utilità empirica (individuale o sociale), ma la giustifica in sé e per sé, mirando essa a colpire il male in quanto male

(17) Cfr. E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 57.

(18) BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Palermo, 1958, p. 557.

(19) A. AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia católica según el Código vigente*, I, Madrid-Barcelona (s.d.), p. 36 e 40.

in chi ne è responsabile e ne può disporre, e quindi a ricomporre il quadro complessivo della giustizia sfregiato dal reato.

7. *Eticità della pena in Kant e in Hegel.*

La concezione della responsabilità umana fondata sul postulato del libero arbitrio, cara alla tradizione culturale cattolica, presupposta dalla dottrina assoluta della pena, manifestava un'intrinseca eticità per il fatto di trattare l'uomo e di considerarlo come essere posto al centro o al vertice di tutta la realtà umana (antropocentrismo), traente la sua massima dignità dall'aver l'essere per partecipazione dell'Essere per sé sussistente (Dio).

Ma l'idea retributiva della pena si dà anche in dottrine ispirate a concezioni dell'uomo diverse se non antitetiche con quella ora ricordata. Prendo come esempio il pensiero di Kant e quello di Hegel, per l'influsso da loro esercitato nella formazione delle dottrine politiche giuridiche moderne e contemporanee.

In Kant la pena irrogata dai giudici (*poena forensis*) non può mai essere applicata come mezzo per ottenere un altro bene, vuoi a vantaggio dello stesso delinquente, vuoi a vantaggio della società, ma deve essere sempre inflitta nei confronti del delinquente soltanto perché egli ha commesso un delitto⁽²⁰⁾. Infatti l'uomo, secondo il filosofo di Königsberg, "non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale, contro che egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile"⁽²¹⁾. E tutto ciò perché la relativizzazione del concetto di pena farebbe venir meno l'assolutezza dell'imperativo categorico che di quella pena, come di tutta l'etica, rappresenta in Kant il fondamento: sicché troviamo affermato in lui, senza alcuna contraddizione, contestualmente la massima esaltazione dell'uomo (che, come si è detto, non può mai essere trattato subordinandolo a fini particolari o empirici), e la massima insensibilità per le esigenze della sua umanità, quasi che

(20) I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, II: *Das Strafrecht. E, vom Straf- und Begründungsrecht*, 1797, ed. a cura di Vorländer, Hamburg 1966 (rist.), pp. 158-159; trad. it. di G. Vidari (ed. Laterza, Roma-Bari, 1983, p. 164).

(21) *Ibidem*.

l'affermazione di queste esigenze potesse ledere l'assolutizzazione del suo concetto.

In verità ciò che resta assolutizzato è il concetto di giustizia, del dovere per il dovere (imperativo categorico), ma di una giustizia che non ha più radici nei bisogni dell'uomo⁽²²⁾, che vive in un cielo empireo che influisce sull'uomo senza tuttavia avere nelle ragioni ontologiche del suo essere il fondamento delle colonne che lo reggono.

Ancor più evidente questo distacco della pena, pur sempre manifestazione di un'esigenza etica, dagli essenziali bisogni dell'uomo è avvertibile nella concezione hegeliana. Anche da Hegel la pena è intesa come retribuzione (*Wiedervergeltung*)⁽²³⁾; anche in questo caso ci troviamo dunque in presenza di una concezione assoluta della pena, nell'ambito di un processo dialettico mirante a ristabilire il diritto violato: la pena (antitesi) serve a negare la negatività rappresentata dal delitto (tesi)⁽²⁴⁾. Ora se è vero che in tale concezione attraverso la pena si ha il trapasso dal diritto alla moralità, dalla volontà in sé alla volontà per sé infinita⁽²⁵⁾; se dunque è vero "che tutta la concezione filosofico-giuridica hegeliana ha una base etica, è fondata sull'idea che lo Stato è 'la realtà dell'idea morale' (die Wirklichkeit der sittlichen Idee), è 'sostanza morale' (sittliche Substanz)"⁽²⁶⁾; tuttavia in tale concezione, ancor più che in quella kantiana, appare evidente il disancoramento della dottrina morale, vista come un momento del divenire tutto immanente del-

(22) Infatti per Kant "la legge penale è un imperativo categorico"; né si può liberare l'uomo dalla pena o anche da un solo grado di questa rifacendosi alla dottrina dell'eudomonismo, per i vantaggi che questa offrirebbe (*op. cit.*, ivi). Verrebbe leso irrimediabilmente, nel pensiero di Kant, il fondamento stesso della giustizia, quando essa fosse subordinata al raggiungimento di fini particolari, come fu leso dai farisei quando affermarono che "è meglio che un uomo muoia piuttosto che tutto il popolo rovini" (ivi). La giustizia non poggia sui fini perseguiti, ma ha il suo fondamento nell'imperativo categorico; subordinarla a fini specifici significa dichiararne il perimento. Ma, continua Kant, "se la giustizia scompare, non ha più alcun valore che vivano gli uomini sulla terra" (ivi).

(23) G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), ed. a cura di K. Löwith e M. Riedel, Frankfurt a. Main, 1968, § 101, p. 122; trad. it. di G. Marini (ed. Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 90).

(24) Cfr. HEGEL, *op. cit.*, § 97 (trad. it., pp. 87-88).

(25) ID., *op. cit.*, § 104 e 105 (trad. it., pp. 93-95).

(26) CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 17.

l'Idea, da ogni preoccupazione di fondazione ontologica. La morale in Hegel, come in tutte le filosofie del divenire non radicate nell'essere, non si presenta come una dottrina del dover essere, ma come una *spiegazione* di un particolare settore della realtà umana e delle leggi che ne governano ineludibilmente il divenire storico. Non vi sono, in tale visione, originali esigenze della natura umana che chiedono, pur nella loro problematica individuazione, di essere rispettate dall'irrogazione della pena; non in tali esigenze essa, in ogni caso, trova la sua ragione, ma, come tutti i fatti storici, l'ha in se stessa, e compito del filosofo sarà semplicemente quello di mostrarla.

Quanto queste concezioni siano dissonanti con i presupposti culturali sui quali può essere fondata una dottrina della pena nel diritto canonico è inutile dire.

8. (Continua). *Il diverso significato delle tesi retributive in un orizzonte antropologico immanentistico e in un orizzonte antropologico, come quello proprio del diritto canonico, aperto alla trascendenza.*

Nella dottrina penalistica secolare le osservazioni critiche rivolte alla concezione della pena come *praetium delicti*, cioè come retribuzione, sono molte numerose e riguardano non soltanto i postulati teorici, vale a dire l'idea morale, su cui essa poggia, ma altresì le conseguenze empiriche che da essi si traggono.

È stato osservato che non è vero che l'equilibrio turbato dal delitto si ricompone con formale simmetria ricambiando male con male, bensì opponendo al *malum actionis*, costituito dal delitto, non un *malum passionis*, bensì "un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile" (27). Ed è sempre più estesa la persuasione secondo la quale non solo l'idea di retribuzione non corrisponderebbe alle categorie morali del nostro tempo (28); non solo essa — così si sostiene — non è più domi-

(27) G. DEL VECCHIO, *La giustizia (Appendice: Sul fondamento della giustizia penale)*³, Roma, 1946, pp. 186-189.

(28) W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1992, pp. 55-78.

nante nella teologia cattolica e protestante contemporanea⁽²⁹⁾; ma è contraria ai principi etici diffusi nelle società medesime, i quali, in singolare sintonia con i principi evangelici, ruotano intorno all'idea di contrapporre il bene al male⁽³⁰⁾, rigettando in tal modo il criterio che ispira l'idea retributiva (di rendere male per male, punire "tantum puniendi causa"), "basato su un codice morale caratterizzato da principi lontani dal rispetto e dalla comprensione per l'uomo, e dall'amore cristiano"⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università cattolica*, Milano, 1977, pp. 316-7. Ricorda l'autore come il pensiero teologico contemporaneo respinga "il tabù retribuzionistico"; ancora "la ragione di esistenza del diritto penale all'esigenza di proteggere i beni giuridici, ossia ad un'esigenza di prevenzione generale"; riconosca "per un verso che la funzione di prevenzione generale deve trovare un limite nella colpa soggettiva del reo"; sottolinei "per l'altro verso che la pena deve servire, oltre che alla protezione di beni giuridici, alla riconciliazione dell'autore del reato" (ivi). Ma, in verità, distinto il piano giuridico da quello morale (quanto qui affermato vale per il piano giuridico), la teologia classica, e segnatamente san Tommaso, non pensavano nella sostanza diversamente.

Per la teologia cattolica e protestante contemporanea cfr. i tre saggi di K. BARTH (*La pena non può riparare il male*), K. RAHNER (*Colpa-responsabilità-punizione nel pensiero della teologia cattolica*), L. EUSEBI (*Cristianesimo e retribuzione penale*), pubblicati in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, cit., p. 139, 147, 173.

⁽³⁰⁾ NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, cit., p. 9. Ma anche quest'autore ritiene che l'idea della retribuzione sia stata, fino ad epoca recente, dominante nella dottrina etica teologica, così in quella cattolica come in quella protestante; e tuttavia non può essere superata l'esigenza evangelica di "non pagare il male con il male, ma di rendere bene per male".

Correttamente A. BERISTAIN, *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, in *Estudios de derecho público y privado ofrecidos al prof. J. Serrano y Serrano*, II, Valladolid, 1965, p. 102, sostiene come fosse comune ai teologi giuristi del Medioevo l'idea che la pena servisse anche a risocializzare il delinquente; dello stesso autore cfr. *Medidas penales en Derecho contemporáneo (teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Madrid, 1964, p. 38 e *El catolicismo ante la pena de muerte*, in *La pena de muerte. 6 respuestas*, Valladolid, 1975, p. 157. Cfr., infine, DEL VECCHIO, *La giustizia*, appendice cit., *ibidem*.

⁽³¹⁾ CATTANEO, *La retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di Herbert L.A. Hart*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, vol. IV, Bologna, 1974, p. 693. Questo a. (*Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 36-38) ricorda l'antica osservazione di U. GROZIO (*De jure belli ac pacis libri tres*, Parigi, 1625, lib. II, cap. XX, § 5), secondo la quale "pugnat cum natura hominis in hominem agentis, alieno dolore, qua dolor est, satiari", e quella più recente di C.K. ALLEN (*Aspects of Justice*, London, 1958, pp. 21-23), per il quale dovrebbe essere rigettata "but a highly immoral" una concezione dalla quale traspira l'idea di vendetta

Ma ancora altri rilievi critici dovrebbero convincerci della inaccettabilità delle tesi retributive.

Sul piano etico e su quello giuridico è infatti comunemente ritenuta priva di fondamento razionale l'idea che il male derivante dalla pena possa compensare o cancellare il male derivante dal delitto: sul piano giuridico, innanzitutto, il bene tutelato dalla legge violata dal comportamento delittuoso resta rotto per sempre, né la pena può restaurarlo: *quod factum infectum fieri nequit*⁽³²⁾; sul piano etico, poi, in quel piano amplissimo nel quale il legislatore umano come del resto tutte le umane realtà si muovono, appare difficile pensare che la pena giuridica possa raggiungere scopi che non le sono consoni, per i quali essa non è adeguata, e sia per il ristabilimento di equilibri etici personali negati dalla commissione del male, sia per le ferite morali da questa inferte al corpo sociale.

È questo il punto che è apparso più vulnerabile, sotto il profilo teorico, della concezione della pena come retribuzione morale; essa, infatti, caricherebbe la pena di una funzione che non le compete e che, in ogni caso, non è in grado di adempiere; e che invece è propria della pena morale; questa può essere stabilita e inflitta da chi è fonte della moralità (Dio), o da chi quella fonte rappresenta sulla terra (la Chiesa, sempre che questa funzione possa ritenersi teologicamente sostenibile), beninteso nell'ordine che le è proprio.

Ma questa contraddizione naturalmente può essere colta in quel sistema di pensiero in cui l'ordine umano resta distinto dall'ordine divino che lo trascende e lo fonda; quando però questa distinzione dovesse cadere per la negazione *simpliciter* dell'ordine divino o per l'affermazione della sua irraggiungibilità attraverso la ragione (onde al più esso potrebbe, come in Kant, essere postulato), quando pertanto quella distinzione non avesse più il suo fondamento nelle ragioni metafisiche dell'essere e nel disegno di chi all'essere ha dato vita, sarebbe inevitabile o negare ogni etica o fondarla nell'immanenza: la quale, del resto, è considerata ormai il luogo ove si esplica e si costruisce l'eticità (anche quando rivendica

e non un tranquillo calcolo razionale, una concezione per la quale le pene giuridiche sarebbero "as a sop to a primitive instinct for revenge".

⁽³²⁾ GARCÍA BARBERENA, *Comentarios al Código de Derecho canónico*, IV, cit., p. 195.

la propria natura secolare ed atea) e, pertanto, occupa il rango prima riconosciuto alla trascendenza divina. Questo è appunto quel che è avvenuto nella cultura contemporanea.

In tali contesti di pensiero, non contraddittorio, anzi assolutamente coerente con le premesse poste, è rivendicare alla pena (e, del resto, ad ogni espressione del potere) valore e missione di eticità; di una eticità tuttavia che non è più quella di matrice cristiana; e non per caso i massimi e più coerenti assertori della funzione retributiva (in senso morale) della pena sono i grandi pensatori dello storicismo immanentistico, dello Stato come supremo realizzatore dello spirito assoluto, della fondazione dell'etica nell'imperativo categorico, insomma della esclusione di un piano metafisico trascendente l'uomo e delle ragioni dell'essere come fonte ultima dell'eticità⁽³³⁾.

È evidente che coteste premesse sono assolutamente antitetici con le ragioni che ispirano l'antropologia posta a fondamento dell'ordinamento della Chiesa e che, in un'alta concezione della responsabilità umana potevano e possono pur giustificare una teoria della colpevolezza e una concezione della pena in senso retributivo, ma secondo un significato totalmente diverso da quello ora considerato e criticato.

Sono fermamente persuaso che la scienza giuridica canonica potrà trarre in positivo, ma anche in negativo, utili indicazioni dalla temperie culturale nella quale nell'epoca moderna si è trovata avvolta la scienza giuridica secolare in questa materia.

9. *La negazione della concezione classica della responsabilità: determinismo e scientismo.*

La funzione di retribuzione morale assegnata alla pena non sta dunque in un rapporto biunivoco con la dottrina c.d. classica della colpevolezza, fondata sul postulato del libero arbitrio, e con la concezione di responsabilità da essa manifestata; le esigenze antropologiche da questa evidenziate possono, infatti, non essere fatte salve, come si è visto, da un'idea della persona, espressione di

⁽³³⁾ J. SAWICKI-A. GUBINSKI, *La responsabilité pénale dans la conception marxiste de la théorie du droit pénal*, in *La responsabilité pénale*, cit., pp. 371-386.

un'eticità ove l'uomo o è negato o è trascurato e di cui in ogni caso non è la radice.

Ma ancor più corrosive sono ovviamente quelle dottrine sulla responsabilità che non solo mettono indirettamente in pericolo, con le loro costruzioni teoriche, la concezione antropologica fondata sull'idea della libera e intelligente volontà dell'uomo, ma direttamente e radicalmente la negano, con immediati riflessi circa la responsabilità colpevole, che, o non sarà ritenuta più necessaria, o sarà intesa in un senso differente dalla concezione della dottrina classica, e circa la pena, che verrà surrogata con altri rimedi penali, o conservata, ma per scopi più ridotti rispetto a quelli individuati dalle teorie retributive.

È una mera finzione, secondo coteste concezioni, pensare l'uomo ragionevole che si determina liberamente perché pienamente padrone dei suoi atti⁽³⁴⁾; rari infatti sono gli uomini che stanno "à l'abri de toute action du milieu auquel les relie leur passé, leur présent ou leur espérances futures"⁽³⁵⁾. Al contrario l'uomo nel suo agire resta condizionato dalla sua natura fisiopsichica e dalla situazione sociale nella quale si trova ad operare. Un duplice influsso insidia e determina, pertanto, il libero volere dell'uomo: quello che deriva dalla costituzione del soggetto agente; e quello che nasce dall'ambiente esterno e da fattori economici e sociali. L'uomo, con la sua volontà, non riuscirebbe a signoreggiare le cause endogene ed esogene che lo determinano ad agire; la sua volontà resta infatti un elemento di un meccanismo che ubbidisce, al pari di ogni fenomeno naturale, a leggi di causalità ferree ed non eludibili e, come ogni fenomeno naturale, potrà essere studiata secondo il metodo proprio delle leggi fisiche; tale metodo è il solo a poterci dare garanzie di obiettività: non importa, pertanto, attardarsi ad individuare l'essenza delle cose e dei fatti umani, quanto piuttosto a ricercarne le relazioni che li legano vicendevolmente.

L'antropologia deterministica ovviamente non nasceva per dare risposta ai problemi penalistici, ma era il frutto di determinate correnti culturali, quali lo scientismo, il darwinismo, il positivismo, imperanti lungo il corso del XIX secolo. Il rifiuto di ogni

(34) M. ANCEL, *Responsabilité et défense sociale*, in *La responsabilité pénale*, cit., p. 360.

(35) LÉAUTÉ, *Introduction*, in *La responsabilité pénale*, cit., p. 12.

spiegazione metafisica del mondo e della vita, che aveva radici culturali anche più lontane, fu accompagnato dalla fede sconfinata dell'uomo nella possibilità di spiegare tutto attraverso l'analisi ponderata dei dati, pensando di riportare ogni realtà a dati scientificamente apprezzabili, anche l'uomo, che pur essendo un dato di tale realtà, per le sue caratteristiche spirituali era stato ritenuto non pienamente assimilabile agli altri dati che popolano l'universo.

Naturalmente questa visione non poteva mancare di produrre rilevanti effetti nel campo della scienza penale, di quella scienza che pone ai suoi cultori le più pressanti domande sull'uomo.

Caduta l'idea dell'indeterminismo, venuta meno cioè la persuasione che l'uomo è padrone delle sue azioni, cade la costruzione della responsabilità colpevole, come fondamento e giustificazione del diritto di punire, e della pena o di quella concezione della pena che di tale fondamento si riteneva migliore espressione.

Non tutte le conseguenze delle concezioni deterministiche dell'agire umano, bisogna dire, furono negative, anche se i presupposti non erano accettabili. Quelle concezioni indussero, ad esempio, a porre maggiore attenzione sulle cause prossime del delitto, alle quali però si finiva per addebitare il fatto delittuoso, in quanto esse si prestavano, più facilmente di quelle riguardanti la natura dell'uomo, ad una valutazione ispirata a criteri strettamente scientifici, sulla base dei postulati da cui quelle teorie muovevano.

Ancora: essendo stato posto il fondamento del diritto penale nella necessità della società di difendersi, fu sostenuta la possibilità di questa di intervenire sull'uomo che delinque in misura adeguata alla sua pericolosità; questa — e ciò appare per la verità poco accettabile — avrebbe dovuto essere valutata indipendentemente dal delitto commesso, e, nei confronti di chi lede la legge, la società avrebbe potuto reagire con misure penali adeguate alla sua pericolosità, senza necessità di proporzionare la pena alla gravità obiettiva del delitto⁽³⁶⁾. Evidente la visione pessimistica dell'uomo, come essere vocato al male, dal quale guardarsi.

Positiva certamente bisogna però giudicare la preoccupazione per la risocializzazione del delinquente, come frutto di una più attenta ed equilibrata riflessione fra il diritto della società di difen-

⁽³⁶⁾ E. FERRI, *Principi di Diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione e giurisprudenza*, Torino, 1928, pp. 48-49.

dersi e nello stesso tempo di non calpestare i diritti della persona⁽³⁷⁾, anche se la più marcata attenzione per le cause individuali che determinano alla delinquenza e della necessità di una loro personale rimozione attraverso un sistema terapeutico, avrebbe indotto ad eliminare il concetto stesso di responsabilità fondato sulla colpevolezza, vale a dire sulla rimproverabilità di chi delinque⁽³⁸⁾.

Nella complessiva valutazione dei costi e dei benefici di questo modo di trattare colui che compie un delitto, il saldo però non appare positivo per l'affermazione più piena della personalità dell'uomo. La difesa della società, che è scopo o uno degli scopi di ogni concezione penalistica, era perseguita misconoscendo nell'uomo la sua signoria spirituale e morale e riducendolo ad insieme di inclinazioni sulle quali intervenire scientificamente, attraverso le moderne scienze comportamentali, neurologiche e fisiologiche, per piegarle ai parametri della normalità fissati dalla società e da chi in essa detiene il potere di indirizzo. Non per caso questo modo d'intendere la scienza penalistica ebbe fortuna nei paesi avvinti da ideologie totalitarie, e trova fortuna anche nelle c.d. moderne democrazie che celano, dietro un apparente rispetto dell'uomo, il sottile veleno del dominio su di esso.

10. *Osservazioni conclusive: esaltazione della responsabilità e umanizzazione della pena nel diritto della Chiesa.*

Va anche detto, avviandomi alla conclusione, che se il libero arbitrio, secondo la dottrina agostiniana che ho sopra richiamata, rappresenta a tutt'oggi, nonostante le incertezze e le derive culturali di questi due ultimi secoli, la premessa e il fondamento più convincente per un programma penalistico (in particolare: 1° perché si possa parlare di male; 2° perché si possa attribuire ed addebitare tale male a chi lo ha compiuto, riconoscendone la signoria spirituale e morale sui propri atti e sul mondo nel quale opera; 3° perché si possa conseguentemente pensare ad una reazione della società al male compiuto adeguata alla personalità dell'uomo, concepito come essere spirituale fatto ad immagine e somiglianza di

(37) F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, pp. 46-53.

(38) B. WOOTTON, *Crime and the Criminal Law*, London, 1963, p. 40.

Dio), esso tuttavia non è sufficiente per l'elaborazione di una compiuta dottrina penalistica.

In particolare il libero arbitrio nulla impone circa specifici programmi penalistici, che la società, attraverso le sue autorità, può proporsi di perseguire. Il libero arbitrio, sotto tale aspetto, resta un limite negativo estremamente lato: non sarebbe punibile chi non è responsabile del male commesso, o perché non commesso o perché non attribuibile. Ma salvo tale insuperabile limite, la società potrebbe poi perseguire programmi specifici: e così potrebbe proporsi l'emenda del reo; o mettere l'accento sulla prevenzione speciale, con accentuazioni diverse secondo le finalità proprie di ciascuna società, fino ad arrivare nella Chiesa allo scopo ultimo della salvezza dell'anima del reo. Ma si dovrebbe in ogni caso trattare di un'emenda, di una prevenzione, che riconoscono l'uomo nella grandezza del suo essere personale.

Questi programmi specifici non possono certamente essere valutati sulla sola base della dottrina del libero arbitrio; e tuttavia, come dimostra la più che millenaria storia del pensiero giuridico occidentale, non si dà reale progresso della scienza giuridica se non nella direzione di una sempre più attenta valutazione della responsabilità umana.

La Chiesa è stata in questo davvero maestra, con la proposizione di principi astratti in sede teologica e filosofica, e, in sede giuridica, con una diuturna e capillare valutazione dell'azione umana, unita ad una connaturata simpatia per l'uomo debole, che nel delinquere o nel peccare dimostra d'essere bisognoso d'aiuto e di correzione, anche mercé l'applicazione della pena.

In tale considerazione dell'uomo si iscrive quell'addolcimento delle pene, quella mansuetudine nell'applicarle, che tanto colpirono e colpiscono autori come il Ferri, lontani dai presupposti ideali atti a sorreggerli.

Il punto è, per quanto concerne il diritto canonico, che a tale risultati si è arrivati non negando né comprimendo la signoria dell'uomo sulle proprie azioni, ma al contrario esaltandone la responsabilità e conseguentemente la sua umanità. Se si comprende questo, si comprenderà quanto un acuto autore tedesco dell'800 poté sostenere⁽³⁹⁾, e cioè che la responsabilità si pone quasi come fonte

⁽³⁹⁾ N. MÜNCHEN, *Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht*, II: *Das kanonische Strafrecht*, Köln und Neuss, 1874, p. 11.

del dovere di espiazione, nel senso che essa non solo lo rende ammissibile, ma addirittura lo esige; onde, per converso, negare l'espiazione, la pena, significa negare la responsabilità, vale a dire un aspetto intrinseco della natura umana; e questo intimo collegamento fra i due termini è stabilito in un ordine di giustizia universale che trascende la giustizia umana; come dire che l'espiazione, la pena, esprime e configura un'esigenza di natura teologica, la quale, nel riconoscere e nel rispettare le esigenze più nobili dell'uomo, e fra queste in primo luogo la responsabilità per gli atti compiuti, esaltate semmai e non mortificate se credente, ben si confà alla Chiesa e al suo ordine giuridico.

Insistere viceversa sui dubbi circa il potere coattivo della Chiesa, circa la connaturalità della Chiesa di un programma penalistico, che non sia soltanto penitenziale, che colga cioè l'uomo non solo nel suo rapporto con Dio misericordioso, ma anche con la società ecclesiale, comporta non soltanto perdere l'immenso patrimonio di perspicacia umana e soprannaturale che la Chiesa ha accumulato nella bimillennaria storia del suo cammino, ma altresì dubitare che essa sia cammino di salvezza, sacramento primordiale della grazia divina.

Pagina bianca

II. *Altri studi*

Pagina bianca

GEORG GÄNSWEIN

“QUESTA È LA VOLONTÀ DI DIO:
LA VOSTRA SANTIFICAZIONE”.
CONSIDERAZIONI SUL PROCESSO DI BEATIFICAZIONE
E CANONIZZAZIONE

I. Note storiche. — II. Sul concetto di “processo di canonizzazione”. — III. Lo svolgimento di un processo di beatificazione e canonizzazione. — IV. Il significato del processo di beatificazione e canonizzazione. — V. Sulla distinzione di beati e santi. — VI. Sullo scopo del processo di beatificazione e canonizzazione. — VII. Prospettive.

“Questa è la volontà di Dio: la vostra santificazione” (1 Ts 4, 3). Papa Giovanni Paolo II, durante il suo pontificato ha beatificato e canonizzato più fedeli che tutti i suoi predecessori insieme⁽¹⁾. Lo zelo con cui l’attuale Papa ha elevato tante persone straordinarie all’onore degli altari non ha suscitato soltanto ammirazione, ma anche critiche⁽²⁾. Beatificazioni e canonizzazioni sono eventi che attirano sempre l’attenzione e finiscono in prima pagina, e non soltanto sulla stampa cattolica. Per alcuni, discutibili sono le

(1) Versione rielaborata dello scritto tedesco “Das ist es, was Gott will: Eure Heiligung: Anmerkungen zum Selig- und Heiligsprechungsverfahren”, in: *Iudicare inter fideles, Festschrift für Karl-Theodor Geringer zum 65. Geburtstag* (ed. W. Ayman, St. Haering, H. Schmitz), St. Ottilien 2002, 93-108. Uno strumento indispensabile per una prospettiva sui processi attuali è l’“Index ac Status causarum”, edito dalla Congregazione delle Cause dei Santi (ultima edizione: *Congregatio de Causis sanctorum, Index ac Status causarum*, Città del Vaticano 1999).

(2) Cfr. KLAUS NIENTIEDT, *Neue Heilige - immer zahlreicher und umstrittener. Zur Selig- und Heiligsprechungspraxis unter Johannes Paul II.*, in: *Herder-Korrespondenz* 45, (1991), 572-577.

modalità del processo, per altri i criteri della scelta dei candidati⁽³⁾.

Ma perché mai la Chiesa cattolica beatifica o canonizza qualcuno? Venerando un cristiano come santo, la Chiesa non conferisce una sorta di premio nobel spirituale, ma conferma che la sequela di Cristo ha portato i suoi frutti in una determinata persona⁽⁴⁾. La prova dell'autenticità del fatto cristiano è, secondo le parole di Cristo, la fecondità: "Dai loro frutti li riconoscerete" (Mt 7,16).

La santità appartiene alla natura della Chiesa. Alcuni credenti non si rendono sufficientemente conto del significato delle parole che dicono nel Credo della domenica: "Credo... la *santa* Chiesa." Questo significa accettare nella fede quella comunità che è santificata da Cristo e ha ricevuto da lui i mezzi della grazia che la rendono capace di condurre tutti gli uomini alla santità. Così continua il Credo: "Credo ... la comunione dei *santi*." A questa comunità appartengono tutti quelli che stanno nella comunione dei santi; e non ha davvero molta importanza se hanno già compiuto il loro percorso terreno o se sono ancora su questa terra. Il fedele sa di appartenere ad una comunione dalla quale può aspettarsi forza e aiuto per realizzare i suoi desideri e le sue aspirazioni. Questo aiuto può prendere varie forme, può prendere la forma dell'esempio, dell'incoraggiamento, dell'intercessione presso Dio⁽⁵⁾.

(3) Al riguardo offrono cenni importanti PAOLO MOLINARI, PETER GUMPEL, *L'Istituto della beatificazione*, in: *Gregorianum*, 69 (1988), 133-138; cfr. inoltre PAOLO MOLINARI, PETER GUMPEL, *Criteri per la canonizzazione*, in: ERMANN ANCELLI (Ed.), *La santità cristiana: dono di Dio e impegno dell'uomo*, Roma 1980, 349-386; J.L. GUTIÉRREZ, *La proclamazione della santità nella Chiesa*, in: *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), 493-529.

(4) Sulla motivazione teologica cfr. GERHARD LUDWIG MÜLLER, *Die Verehrung der Heiligen in der Sicht der katholischen Dogmatik*, in: HANS J. LIMBURG, HEINRICH RENNINGS (Ed.), *Beglaubigtes Zeugnis. Selig- und Heiligsprechungen in der Kirche*, Trier, Würzburg 1989, 11-28; KARL RAHNER, *Die Kirche der Heiligen*, in: KARL RAHNER, *Schriften zur Theologie*, vol. III, *Zur Theologie des geistlichen Lebens*, Einsiedeln, Zürich, Köln, settima edizione 1967, 111-126.

(5) Cfr. GERHARD LUDWIG MÜLLER, *Gemeinschaft und Verehrung der Heiligen. Geschichtlich-systematische Grundlegung der Hagiographie*, Freiburg, Basel, Wien 1986.

I. *Note storiche.*

La venerazione dei santi si può far risalire al momento della formazione del Nuovo Testamento⁽⁶⁾. L'Apocalisse di Giovanni ne offre già un'indicazione (cfr. *Ap* 2,12s). Questi primi accenni confluiscono poi naturalmente nella venerazione dei santi storicamente dimostrabile⁽⁷⁾. Dopo la Madre di Dio e gli apostoli, furono coloro che testimoniarono col sangue, i martiri, ad essere venerati come santi nella Chiesa primitiva. Erano quegli uomini e quelle donne che avevano sigillato la loro fede e la loro fedeltà a Cristo con il loro sangue. Di grande stima godevano anche coloro che, in tempi di persecuzione, non furono uccisi, ma furono comunque incarcerati e diseredati. I cosiddetti *confessores*, confessori⁽⁸⁾.

La venerazione di uomini di vita santa partiva dal popolo. La "canonizzazione" però avveniva tramite il vescovo e consisteva normalmente nell'"elevare" le ossa che, per la venerazione, venivano portate in chiesa, in un luogo più adeguato⁽⁹⁾. Non raramente questa forma di canonizzazione episcopale aveva luogo in occasione di sinodi episcopali all'interno di una determinata regione⁽¹⁰⁾. Se il santo servo di Dio era un prete o un vescovo e perciò era già sepolto in una chiesa, si parlava di elevazione (*elevatio*). Se le spoglie si trovavano in un cimitero, così da dover essere traslate nella chiesa, si parlava invece di traslazione (*translatio*). L'elemento decisivo, però, era sempre la devozione da parte del popolo

(6) Cfr. lo studio essenziale di MARCUS SIEGER, *Die Heiligsprechung. Geschichte und heutige Rechtslage*, Würzburg 1995 (Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft, vol. 23), 7-33; cfr. anche WINFRIED SCHULZ, *Das neue Selig- und Heiligsprechungsverfahren*, Paderborn 1988, 13-25.

(7) Cfr. CARLO SALOTTI, G. LÖW, *Canonizzazione*, in: *Enciclopedia Cattolica*, vol. III, Città del Vaticano 1950, 569-607; RENATE KLAUSER, *Zur Entwicklung des Heiligsprechungsverfahrens bis zum 13. Jahrhundert*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 40 (1954), 85-101; JAKOB SCHLAFKE, *De competentia in causis sanctorum decernendi a primis post Christum natum saeculis usque ad annum 1234*, Roma 1961.

(8) Circa lo sviluppo del tipo del "confessore" cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 24-29.

(9) Cfr. AGOSTINO AMORE, *La canonizzazione vescovile*, in: *Antonianum*, 53 (1977), 231-266.

(10) Al riguardo più dettagliato LUDWIG HERTLING, *Materiali per la storia del processo di canonizzazione*, in: *Gregorianum*, 16 (1935), 170-195.

credente, alla quale l'approvazione del vescovo si aggiungeva soltanto come una sorta di *accessorium*, probabilmente per far fronte, fin dall'inizio, a incontrollati eccessi della devozione⁽¹¹⁾. Ben presto ci si rese conto della necessità, prima di una canonizzazione, di una breve e sommaria indagine sulla vita della persona in questione. A volte il Vescovo si vide costretto anche a intervenire per correggere certe forme malsane di venerazione dei santi⁽¹²⁾.

La prima canonizzazione fatta da un Papa tramandataci con certezza è quella del vescovo Ulrich di Augsburg che fu proclamato santo da Giovanni XV al Sinodo lateranense dell'anno 993⁽¹³⁾. Roma, fino a questo momento, non aveva ancora avocato a sé le canonizzazioni. Da questo momento diviene prassi, prima di una canonizzazione compiuta dal vescovo, di chiedere l'autorizzazione di Roma. Nel XII secolo si andò sempre più affermando l'opinione che una canonizzazione formale dovesse avvenire esclusivamente in forza dell'autorità papale. Il pontificato di Papa Alessandro III (1159-1181) costituì una sorta di spartiacque nella storia delle canonizzazioni. Al suo tempo cessò la partecipazione dei sinodi alle canonizzazioni, benché si dicesse ancora che una canonizzazione poteva aver luogo soltanto con la partecipazione di un sinodo. Alessandro III fu anche colui che dette la prima autorizzazione al culto, quella che oggi si potrebbe chiamare beatificazione; fu il primo Papa ad utilizzare nelle sue bolle di canonizzazione la parola "canonizzare"⁽¹⁴⁾. Poco prima della sua morte, nell'anno 1181 espresse inequivocabilmente la volontà che, per ogni nuova canonizzazione, occorresse la conferma da parte del Papa⁽¹⁵⁾. La base giuridica divenne la decretale *Audivimus* di Alessandro III,

(11) Cfr. KLAUSER, *Entwicklung* (nota 7), 90-98.

(12) Cfr. MARKUS RIES, *Heiligenverehrung und Heiligensprechung in der Alten Kirche und im Mittelalter. Zur Entwicklung des Kanonisationsverfahrens*, in: MANFRED WEITLAUFF (Ed.), *Bischof Ulrich von Augsburg 890-973. Seine Zeit — sein Leben — seine Verehrung*. Festschrift aus Anlaß des tausendjährigen Jubiläums seiner Kanonisation im Jahre 993, Weissenhorn 1993 (Jahrbuch des Vereins für Augsburger Bistumsgeschichte e.V. 26./27. Jahrgang), 143-167.

(13) Cfr. FRANZ XAVER BISCHOF, *Die Kanonisation Bischof Ulrichs auf der Lateransynode des Jahres 993*, in: WEITLAUFF, *Bischof Ulrich* (nota 12), 197-222.

(14) Cfr. SIEGER, *Heiligensprechung* (nota 6), 106-113.

(15) Circa la storia e l'interpretazione di questa decretale cfr. STEPHAN KUTNER, *La réserve papale du droit de canonisation*, in: RHDFFE 17 (1938) 172-228, soprattutto 211-220.

ma la canonizzazione fu considerata come riserva papale generale soltanto a partire dal 1234, dopo che la suddetta disposizione fu inserita, con alcuni piccoli cambiamenti, nelle Decretali di Gregorio IX. Qui si legge categoricamente: “Sine Papae licentia non licet aliquem venerari pro sancto” (X 3, 45, 1).

La procedura delle canonizzazioni che Sisto V aveva affidato alla Congregazione dei Riti da lui creata⁽¹⁶⁾, nel corso degli anni, attraverso nuove disposizioni, divenne sempre più elaborata, soprattutto per opera di Urbano VIII. Con la lettera apostolica *Caelestis Hierusalem cives* del 5 luglio 1634 introdusse la seguente regola: le persone di vita santa che fossero state venerate prima del 1181 potevano continuare ad essere venerate⁽¹⁷⁾. Persone di vita santa che fossero morte dopo l'anno 1181, ma prima del 1534, e cioè cento anni prima dell'entrata in vigore di questa nuova disposizione, potevano, se già venerate pubblicamente, essere venerate ancora. Ma solo dietro conferma papale⁽¹⁸⁾. Oltre questa regola, Papa Urbano VIII dette anche altre disposizioni. Chi era morto dopo l'anno 1534 non poteva essere venerato pubblicamente senza autorizzazione papale, si legge nella lettera apostolica in questione. E una tale autorizzazione doveva essere preceduta da un processo nel quale si verificasse scrupolosamente se il servo di Dio in questione aveva vissuto eroicamente tutte le virtù. Inoltre, il tribunale doveva verificare che non si fosse ancora sviluppato nessun culto pubblico attorno al servo di Dio, ma solo una semplice venerazione privata. E poi dovevano essere presentate delle grazie attribuibili all'intercessione del servo di Dio e riconoscibili come miracoli. Prima della conferma formale da parte del Papa, a queste grazie doveva essere attribuita soltanto una credibilità umano-naturale. Ciò significa che si poteva parlare di un “miracolo” in senso stretto soltanto dopo che esso fosse stato riconosciuto espressamente dal Papa. Prima di questo momento si poteva parlare soltanto di una grazia.

(16) Costituzione Apostolica *Immensa aeterni Dei* del 22 gennaio 1588 (Bullarium Diplomatum et Privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum. Taurinensis editio. Locupletior facta, vol. VIII, Augustae Taurinorum 1863, 985-999).

(17) Cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 96-105.

(18) Lettera Apostolica *Caelestis Hierusalem* del 5 luglio 1634 (Bullarium Diplomatum et Privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum. Taurinensis editio. Locupletior facta, vol. XIV, Augustae Taurinorum 1868, 436-440).

Prospero Lambertini, il futuro Benedetto XIV (1740-1758), raccogliendo le esperienze del tempo precedente, trasmise queste disposizioni alle generazioni seguenti nella sua importante opera "*De Servorum Dei beatificatione et de Beatorum canonizatione*"⁽¹⁹⁾, che ha fatto testo quasi per due secoli presso la Congregazione dei Riti. Queste disposizioni furono poi inserite sostanzialmente nel Codex Iuris Canonici promulgato nel 1917.

Nonostante che Paolo VI nel 1969 con la lettera apostolica *Sanctitas clarior*⁽²⁰⁾, in forma di *motu proprio*, avesse reso molto più agile lo svolgimento del processo di canonizzazione, fu necessario ancora un ulteriore cambiamento nella procedura. Secondo il dispositivo del canone 1403 § 1 del CIC del 1983 (canone 1057 del CCEO), Giovanni Paolo II ha nuovamente regolato il processo di canonizzazione con la costituzione apostolica "*Divinus perfectionis Magister*" del 25 gennaio 1983⁽²¹⁾. Vengono applicate le norme del diritto processuale generale se lo richiede la natura della cosa o se le norme specifiche rinviano al diritto processuale generale (canone 1403 § 2)⁽²²⁾. Scopo delle nuove disposizioni procedurali è che i vescovi diocesani e coloro che sono loro assimilati dal diritto siano coinvolti in maggior misura rispetto a prima nella conduzione del processo, e che questa sia accelerata in virtù della semplificazione delle regole procedurali⁽²³⁾.

(19) Benedicti XIV Pont. Opt. Max. olim Prosperi Cardinalis De Lambertinis Opus de servorum Dei beatificatione et beatorum canonizatione in septem voluminibus distributum (Benedicti XIV Pont. Opt. Max. Opera omnia in tomos XVII distributa), Editio novissima, Prati 1839-1842, Alber Ghettus et Sociis Editoribus.

(20) AAS 61 (1969) 149-153. Istruttivo lo studio di Antonio Casieri, *Iter processus beatificationis et canonizationis iuxta Constitutionem "Sacra Rituum Congregatio" et "Sanctitas Clarior"*, in: Monitor Ecclesiasticus 98 (1973) 244-259.

(21) AAS 75 (1983) 349-355. Al riguardo cfr. anche la legislazione delegata della Congregatio de Causis Sanctorum del 7 febbraio 1983 per i Vescovi "Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis faciendis in causis sanctorum" (AAS 75 [1983] 396-403) e il "Decretum generale de Servorum Dei causis, quarum iudicium in praesens apud Sacram Congregationem pendet" (AAS 75 [1983] 403-404). Circa tutta la questione cfr. anche Schulz, Selig- und Heiligsprechungsverfahren (nota 6) 44-48.

(22) Cfr. HEINZ MARITZ, *Die Selig- und Heiligsprechung*, in: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, seconda edizione rielab., Regensburg 1999, 1023-1024.

(23) Cfr. l'estesa valutazione di LUIGI PORSI, *Cause di canonizzazione e procedura nella Cost. Apost. Divinus perfectionis Magister. Considerazioni e valutazioni*, in:

II. *Sul concetto di "processo di canonizzazione"*.

Nella nuova legislazione e nella prassi della Congregazione delle Cause dei Santi non si parla più del processo di beatificazione e di canonizzazione ma solo di processo di canonizzazione⁽²⁴⁾. Così, da una parte, può intendersi che lo scopo di ogni processo è la canonizzazione⁽²⁵⁾. Dall'altra vi si può anche vedere l'idea che il futuro della beatificazione possa essere riconsiderato⁽²⁶⁾. Mentre secondo la terminologia del vecchio diritto l'unità di beatificazione e canonizzazione poteva essere più facilmente messa in questione, questo, secondo la nuova terminologia, è molto più difficile.

Guardando la storia della beatificazione c'è da notare che questa, da temporanea autorizzazione di un culto, in attesa del momento in cui si poteva procedere alla canonizzazione, si è sviluppata in un istituto con vero e proprio peso giuridico, e che tutta una serie di cause probabilmente non andrà mai oltre la beatificazione fino alla canonizzazione. Anche se la nuova terminologia sottolinea l'unità della procedura, sarà possibile in futuro che il processo di beatificazione e quello di canonizzazione possano essere distinti più chiaramente l'uno dall'altro⁽²⁷⁾.

III. *Lo svolgimento di un processo di beatificazione e canonizzazione.*

Come si svolge attualmente un processo di beatificazione e di canonizzazione? Succede innanzitutto che qualcuno che è interessato a una persona di vita santa fa domanda, a nome proprio o a nome di un gruppo, al vescovo competente o a coloro che gli sono assimilati dal diritto di iniziare un processo di beatificazione⁽²⁸⁾. Il

Monitor Ecclesiasticus, 110 (1985), 365-400; cfr. anche SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 103-133.

⁽²⁴⁾ Cfr. per esempio can. 1403 § 1.

⁽²⁵⁾ Questa è la posizione di ROBERT J. SARNO, *Diocesan Inquiries required by the Legislator in the New Legislation for the Causes of the Saints*, Roma 1988, 1.

⁽²⁶⁾ Importanti le riflessioni di PETER GUMPEL, *Il Collegio dei Relatori in seno alla Congregazione per le Cause dei Santi. Alcuni commenti della Congregazione per le Cause dei Santi (1588-1988)*, Città del Vaticano 1988, 299,337; cfr. anche ROMUALDO RODRIGO, *Manual para instruir los procesos de canonización*, Roma 1988, XXVII.

⁽²⁷⁾ A buon diritto SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 196.

⁽²⁸⁾ SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 269-334 descrive i singoli passi del processo e le persone ufficialmente incaricate; una sintesi della materia si trova anche da

vescovo competente è il vescovo del luogo di morte⁽²⁹⁾. Questa competenza si può anche trasmettere con il consenso della Congregazione delle Cause dei Santi a un altro vescovo se ci sono per questo ragioni importanti⁽³⁰⁾. Compito del vescovo è poi di esaminare la richiesta, fare indagini nell'ambito della sua giurisdizione circa la vita, le virtù o il martirio, come anche su una venerazione già da tempo esistente di un servo di Dio, laddove però le virtù o il martirio sono da tenere distinte dai miracoli che si pretende siano stati fatti⁽³¹⁾.

Un ruolo importante lo giocano gli scritti lasciati dal servo di Dio. Prima vengono raccolti gli scritti già pubblicati: libri, articoli di riviste, prediche, ecc.⁽³²⁾. Esperti in teologia verificano questi scritti⁽³³⁾. Se confermano che essi stanno sul sano terreno cattolico⁽³⁴⁾ segue, come passo successivo, la verifica dei documenti non stampati: scritti vari, note di diario, manoscritti, nastri registrati etc.⁽³⁵⁾. Gli scritti non pubblicati sono raccolti dalla Com-

SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 49-102; J.L. GUTIÉRREZ, *La normativa actual sobre las causas de canonización*, in: *Ius Canonicum*, 32 (1992), 39-65; J.L. GUTIÉRREZ, *Rassegna bibliografica circa la normativa attuale per le Cause di Canonizzazione*, in: *Apollinaris*, 69 (1996), 197-218.

⁽²⁹⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21) I, 1. Al riguardo più dettagliato PIERRE DELOOZ, *Sociologie et Canonisation*, Liegi 1969 (Collection scientifique de la faculté de droit de l'Université de Liège, vol. 30), 46-60.

⁽³⁰⁾ I motivi per cui non è il vescovo del luogo di morte a iniziare il processo, possono essere che il servo di Dio, nell'ultimo periodo della sua vita, ha svolto la sua attività prevalentemente in un'altra diocesi; che egli, in viaggio, è morto in un luogo diverso dalla sua abituale residenza; che i testimoni si possono ascoltare più facilmente in una diocesi diversa da quella del luogo della morte; anche la mancanza del personale adeguato per lo svolgimento del processo può costituire una ragione valida. Cfr. RODRIGO, *Manual* (nota 26), 27-29; SARNO, *Diocesan Inquiries* (nota 25), 26.

⁽³¹⁾ Cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 294-323.

⁽³²⁾ Circa la questione degli scritti pubblicati cfr. HENRYK MISZTAL, *De revisione scriptorum, quae servi Dei publice ediderunt, in nova procedura canonizationis*, in: *Monitor Ecclesiasticus*, 112 (1987), 239-252.

⁽³³⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), I, 2 n. 3; "Normae" (nota 21), 13.

⁽³⁴⁾ Non è compito dei censori dare un giudizio sul valore dell'opera teologica presentata, ed essi si devono anche astenere dal giudizio su questioni teologiche controverse sulle quali si possano dare differenti risposte. Cfr. su questo MISZTAL, *De revisione* (nota 32), 250.

⁽³⁵⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), I, 2 n. 3; "Normae" (nota 21), 14a.

missione storica, la quale redige una relazione (non un giudizio sugli scritti); gli scritti, con il resto degli atti processuali, sono messi a disposizione del Relatore, il quale indica che uso se ne deve fare. Dopo che questi preliminari sono stati espletati, segue la compilazione degli interrogatori⁽³⁶⁾ e l'escussione dei testimoni⁽³⁷⁾.

Dopo la conclusione delle indagini episcopali c'è da compilare un *transumptum*, comprendente un duplicato dai testi originali di tutti gli atti, i documenti connessi e un esemplare di ciascuno degli scritti esaminati del servo di Dio e il giudizio su questi scritti⁽³⁸⁾. Il vescovo, inoltre, deve aggiungere una dichiarazione sull'osservanza dei decreti di Urbano VIII relativi alla venerazione non ufficiale del servo di Dio (*super non cultu*). Tutta questa documentazione viene mandata alla Congregazione delle Cause dei Santi per il processo di beatificazione e di canonizzazione⁽³⁹⁾.

Il Dicastero romano procede secondo un regolamento interno⁽⁴⁰⁾ che prevede i seguenti passaggi⁽⁴¹⁾: il sottosegretario della Congregazione verifica se le indagini sono state fatte in modo adeguato e completo⁽⁴²⁾. Poi il caso viene affidato a un relatore che per il tempo successivo risulta la figura più importante⁽⁴³⁾.

⁽³⁶⁾ Mentre vengono compilati gli interrogatori, il vescovo secondo le "Normae" (nota 21), 15c, deve inviare una breve informazione circa la vita del servo di Dio e l'importanza della causa per la Congregazione delle Cause dei Santi, per vedere se, da parte della Santa Sede, ci sia una qualche obiezione sulla causa. Cfr. su questo SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 66-72.

⁽³⁷⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), I, 2 n. 4; "Normae" (nota 21), 16f. Più dettagliatamente SIEGER (nota 6), 309-323 e SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 72-84.

⁽³⁸⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), I, 2 n. 6; "Normae" (nota 21), 29 e 31a.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), I, 2 n. 6; "Normae" (nota 21), 28a. Utili le indicazioni di ANTONIO CASIERI, *Postulorum Vademecum*, Roma, seconda edizione 1985, 30-45.

⁽⁴⁰⁾ L'attuale vigente Regolamento⁴⁴ risulta dal 2001e fu approvato dal Cardinale Segretario di Stato il 15 marzo 2001. Il documento è stato pubblicato da ROMUALDO RODRIGO, *Manuale delle Cause di Beatificazione e Canonizzazione* 3^a edizione, riveduta e completata, Institutum Historicum Augustinianorum, Roma 2004, 460-487.

⁽⁴¹⁾ Ancora riferendosi al Regolamento precedente dell'anno 1983 cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 334-416.

⁽⁴²⁾ Cfr. "Regolamento" (nota 40), art. 6, 1°.

⁽⁴³⁾ Cfr. *ibid.* Artt. 9 § 1, 60-62. Circa l'introduzione del relatore cfr. PETER GUMPEL, *Collegio* (nota 26), 299-337.

Egli ha la responsabilità di guidare il Postulatore o il collaboratore presentato dal Postulatore nell'elaborazione di una relazione (*positio*) che è la base per le successive discussioni sulla santità del servo di Dio⁽⁴⁴⁾. Essa contiene nella prima parte un breve profilo biografico⁽⁴⁵⁾. La *informatio* si compone di tre parti fondamentali: a) l'apparato probatorio (descrizione generale delle prove acquisite); b) nelle cause sulle virtù: biografia del servo di Dio, esposizione dettagliata delle singole virtù e sulla *fama sanctitatis et signorum*; c) nelle cause di martirio: breve profilo biografico, il martirio materiale e formale e la *fama martirii et signorum*. In una sommaria indagine critica sulla vita, le virtù o il martirio di un servo di Dio, vengono valutate le deposizioni⁽⁴⁶⁾. Da qui si trae se il servo di Dio in questione ha condotto una vita eroica per quanto riguarda l'intero spettro delle cristiane virtù⁽⁴⁷⁾.

In una seconda parte, nel *summarium testium et documentorum*, sono raccolte tutte le testimonianze, i documenti e il giudizio dei teologi sugli scritti; ne fa parte anche la richiesta di beatificazione. Poiché nelle cause recenti⁽⁴⁸⁾ le testimonianze costituiscono la base della *positio* ne consegue che il *summarium* acquista particolare importanza. Concluse le quali la *positio* deve essere stampata, previa autorizzazione del relatore generale⁽⁴⁹⁾. Dopo la pubblicazione, la *positio* di una causa recente⁽⁵⁰⁾ viene sottoposta ai

(44) Cfr. "Regolamento" (nota 40), artt. 61-69. Cfr. anche CASIERI, *Vademecum* (nota 39), 97-98.

(45) Cfr. "Regolamento" (nota 40), art. 63, 1°. Cfr. inoltre FABIANO VERAJA, *Le cause di canonizzazione dei santi. Commento alla legislazione e guida pratica*, Città del Vaticano 1992, 62-70.

(46) Cfr. SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 120.

(47) Vengono dapprima considerate le virtù teologali: fede, speranza e carità; questa viene divisa in amore per Dio e amore per il prossimo. Poi seguono le virtù cardinali: prudenza, giustizia, forza, temperanza. Per i religiosi viene considerato come sono stati vissuti i voti di obbedienza, povertà e castità. A parte si chiede dell'umiltà del servo di Dio. Anche i suoi doni soprannaturali, nella misura in cui li possedeva, vengono documentati: per esempio il dono della profezia, delle guarigioni, del leggere nei cuori, o l'esperienza mistica.

(48) Circa la differenza fra *causa recente e antica* cfr. "Normae" 7 (nota 21), ripresa anche nel "Regolamento" (nota 40), che afferma: "La causa è recente, se il martirio o le virtù del Servo di Dio possono essere provati con le deposizioni di testimoni oculari; è antica quando le prove possono essere desunte solo dai documenti" (Art. 50).

(49) Cfr. "Regolamento" (nota 40), art. 67.

consultori teologi (Congresso teologico) che prendono posizione sull'oggetto del processo; ad essi è fatto obbligo, insieme con il Promotore della fede, di studiare il caso e di verificare a fondo le questioni teologiche eventualmente controverse, prima che la causa giunga all'esame nella Sessione ordinaria dei Cardinali e Vescovi⁽⁵¹⁾.

Nel Congresso teologico i Consultori teologi esprimono il loro parere sulle questioni sottoposte⁽⁵²⁾. Mentre il Regolamento del 1983 stabiliva che "la causa in cui due terzi dei Teologi votanti hanno risposto *affirmative*, va sottoposta al giudizio dei Cardinali e Vescovi"⁽⁵³⁾; nel Regolamento del 2001 non si trova più una tale norma. Viene stabilito soltanto che per la validità del Congresso sia richiesta la presenza di almeno due terzi dei Consultori convocati⁽⁵⁴⁾. Nel caso che la causa sia accolta dal *Congresso* i voti scritti dei consultori insieme con il rapporto finale e il risultato della votazione giunge ai membri della Congregazione, cioè i Cardinali e i Vescovi⁽⁵⁵⁾. Essi esprimono il proprio parere, che rimettono al Papa in forma di proposta per la beatificazione o la canonizzazione. Su ciò viene stilato un decreto che viene promulgato in sessione solenne alla presenza del Santo Padre⁽⁵⁶⁾.

Per la beatificazione dei non martiri si richiede un miracolo regolarmente approvato⁽⁵⁷⁾, come anche una autentica *fama signorum*⁽⁵⁸⁾. Anche la *fama signorum*, come la *fama sanctitatis*, è

⁽⁵⁰⁾ Circa la valutazione delle procedure più antiche (*causae antiquae*) cfr. il "Regolamento" (nota 40), art. 19 § 2; utile anche GUMPEL, *Collegio* (nota 26), 316-317; SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 4), 356-357.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), III, 13 n. 4, e "Regolamento" (nota 40), artt. 78-79.

⁽⁵²⁾ Cfr. *ibid.* art. 73.

⁽⁵³⁾ Cfr. Regolamento del 1983 (nota 40), art. 23.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Regolamento del 2001 (nota 40), art. 76 § 1.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *ibid.* art. 79.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *ibid.* art. 88.

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.* artt. 80-87. Sulla comprensione del miracolo e sul significato del medesimo nella cause di canonizzazione cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 372-376; SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 135-153; RODRIGO, *Manuale* (nota 40), 159-173. Istruttivo anche PAOLO MOLINARI, *I Miracoli nelle Cause di beatificazione e canonizzazione: CivCatt* 129 (1978), 21-33; importante sotto l'aspetto teologico LEO SCHEFFCZYK, *Wunder und Heiligsprechung*, in: *MThZ*, 32 (1981), 292-303.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 393.

espressione della venerazione e della fiducia dei fedeli nel servo di Dio, e allo stesso tempo, una conferma della santità di quest'ultimo da parte di Dio⁽⁵⁹⁾. Gli avvenimenti che la sopportano sono per lo più guarigioni. La *fama signorum* si riferisce a grazie ricevute per intercessione del servo di Dio in tutte le avversità della vita. Il loro carattere miracoloso però non può essere dimostrato con certezza, esse non hanno cioè lo stesso valore e la stessa forza probatoria di un miracolo dimostrato. A volte ci vuole tanto tempo perché si riconosca una grazia straordinaria, di fronte alla quale ci si può chiedere se si sia in presenza di un miracolo. Per il riconoscimento di un miracolo si esigono prove molto severe⁽⁶⁰⁾. Una commissione di medici constata, di fronte alla presentazione di un miracolo, se si tratti realmente di una guarigione inspiegabile⁽⁶¹⁾. In seguito, una commissione di teologi giudica sulla base del parere dei medici e stabilisce inoltre se questa grazia può essere ascritta all'intercessione del servo di Dio.

Un po' diversa è la procedura per i martiri. Se si tratta della beatificazione di un martire, oggi non si richiedono miracoli⁽⁶²⁾.

All'incirca dal 1975 si è cominciato a dispensare dal secondo miracolo prima necessario per la beatificazione e poi anche dal secondo miracolo necessario per la canonizzazione⁽⁶³⁾. Il Romano

⁽⁵⁹⁾ Non ci sono norme specifiche su come provare la *fama signorum*. CASIERI, *Vademecum* (nota 39), 87-89 prevede che il postulatore, oltre una lettera, deve mandare alla Congregazione una breve biografia del servo di Dio, un rapporto sullo stato del processo e una dichiarazione che i fatti da lui presentati corrispondono a verità, un elenco delle grazie (*signorum elenchus*), e una *Informatio*. SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 149, rinvia come orientamento alle relative disposizioni del Codice del 1917.

⁽⁶⁰⁾ Più dettagliatamente informa SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 376-392.

⁽⁶¹⁾ Cfr. le riflessioni di G. GIUNCHI, *L'esame del miracolo sotto il profilo medico-scientifico. Esperienze di un perito della Consulta medica per le cause dei Santi*, in: *Miscellanea in occasione del IV centenario della Congregazione per le Cause dei Santi* (1588-1988), Città del Vaticano, 1988, 211-220.

⁽⁶²⁾ Cfr. VERAJA, *Cause di canonizzazione* (nota 45), 83; JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ, *La certezza morale nelle cause di canonizzazione, specialmente del martirio*, in: *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), 645-670; JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ, *Las causas de martirio del siglo XX*, in: *Ius Canonicum*, 37 (1997), 407-450.

⁽⁶³⁾ Secondo il can. 2117 CIC/1917 potevano essere chiesti — a secondo il caso — quattro miracoli. Su ciò informa PAOLO MOLINARI, *Observationes aliquot circa miraculorum munus et necessitatem in causis beatificationis et canonizationis*, in: *PerRMCL*, 63 (1974), 341-384, 378.

Pontefice nel 1983 ha deciso che si doveva andare avanti con questa prassi⁽⁶⁴⁾. Per un martire conta nel processo solo la prova del martirio, non occorre neppure che abbia esercitato le virtù in grado eroico. Che questa santità possa essere dimostrata costituisce un argomento di notevole peso, nel processo, ma non è necessario⁽⁶⁵⁾. Dal martire si richiede non solo la volontaria accettazione della morte per la fede, ma anche la perseveranza costante e paziente, in questa decisione, fino alla morte e nella morte. Questo si deve manifestare nelle parole o in altri atti esterni in base ai quali la Chiesa può arrivare al riconoscimento del martirio, per quanto le circostanze rendano possibili tali segni esterni⁽⁶⁶⁾.

Con la lettura e la promulgazione del decreto sulla vita e l'esercizio eroico delle virtù, ovvero sul martirio, e con il riconoscimento ufficiale di un miracolo, e poi attraverso la lettura del decreto in presenza del Papa, sono compiuti tutti i requisiti per cui un servo di Dio può essere proclamato beato⁽⁶⁷⁾.

IV. *Il significato del processo di beatificazione e canonizzazione.*

Perché nella Chiesa ci sono processi di beatificazione e canonizzazione? Uno sguardo ai numerosi processi di beatificazione e canonizzazione, conclusi in tempi recenti, di servi di Dio dice la legittimità della domanda⁽⁶⁸⁾. Spesso si sente l'obiezione che la lunga procedura sarebbe "medievale" o in generale "antiquata"; si parla anche di costi spropositatamente alti del processo, che non

(64) La rispettiva norma si trova soltanto nel Regolamento della Congregazione, Cfr. VERAJA, *Le cause* (nota 45), 45-46.

(65) Cfr. ERNESTO PIACENTINI, *Concetto teologico-giuridico di martirio nelle Cause di Beatificazione e Canonizzazione*, in: ME, 103 (1978), 184-247. Istruttivo anche ERNESTO PIACENTINI, *Il martirio nelle cause dei Santi. Concetto-giuridico, morte psicologica e martirio bianco, procedura antica e moderna, riforma paolina, fermenti per ulteriori aggiornamenti*, Città del Vaticano, 1979, 67-68.

(66) Cfr. *ibid.*, 95-96.

(67) Cfr. SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 152-153.

(68) Cfr. Congregatio de Causis sanctorum, *Index ac Status causarum* (nota 1) *passim*. J. SARAIVA MARTINS, *Por qué la Iglesia canoniza hoy?*, in: P. CASTANEDA DELGADO-MANUEL J. COCIÑA Y ABELLA, *Testigos del siglo XX, Maestros del siglo XXI*, Sevilla 2003, 57-70; ID., *Por qué la Iglesia sigue canonizando*, in: Palabra, 459-460, VIII-IX, 2002, 494-500.

sarebbero giustificati⁽⁶⁹⁾. Infine si tira in ballo il numero così alto, tanto da averne perso il conto, di santi canonizzati, cosa che renderebbe superfluo aggiungere sempre nuovi beati e santi a un calendario già strapieno; ci sono poi milioni di cristiani che hanno vissuto la loro vita in modo esemplare e tuttavia non sono stati elevati all'onore degli altari: perché dunque tutto questo discutibile dispendio di energie?

Tutti i battezzati sono chiamati all'unione definitiva con Dio, che non significa altro che essere chiamati alla santità: "Questa è la volontà di Dio: la vostra santificazione" (1 Ts 4, 3). Rendendosi ben conto che non erano affatto tutti "santi" nel senso di "perfetti", l'apostolo Paolo, consapevole della loro imperfezione, chiama "santi" i membri della Chiesa primitiva, cioè "chiamati da Gesù Cristo" (Rm 1,6). La loro fede deriva dalla forza di Dio, dall'amore di Cristo e dalla potenza dello Spirito (Rm 16,25; 1 Cor 1,2; 16,1).

Con l'indicare i primi cristiani come "santi" si esprime qualcosa di più e di diverso da una pretesa alla santità individuale nello stile di vita personale. È la Chiesa stessa che, attraverso i suoi membri, si concepisce come Chiesa santa. L'aspirazione alla perfezione personale nella sequela di Cristo è lo scopo dell'ascesi cristiana. Tale aspirazione, in ultima analisi, non è altro che lo sviluppo della grazia battesimale, che è un dono del Signore⁽⁷⁰⁾.

"Se si vuole rispondere alla domanda sul perché la Chiesa è capace di canonizzare una persona, cioè di inserirla nell'albo dei santi, chiamato canone, e di dichiarare già da adesso in forma autoritativa che costui appartiene alla schiera dei beati e dei santi la cui definitiva redenzione è un dato di fatto, bisogna concepire questo come manifestazione della sua autocoscienza, per la quale essa è, indefettibilmente 'santa'"⁽⁷¹⁾. I beati e i santi non sono affatto dei "casi fortunati" di una Chiesa, astratta istituzione di salvezza, il cui vivere in grado eroico le virtù li separa, come modelli, dalla vita quotidiana piena di peccati dei fedeli "normali" e ai quali perciò, in quanto eroi, bisogna dare la dovuta venerazione. I beati e i santi sono piuttosto già la realizzazione della concreta

⁽⁶⁹⁾ Al riguardo cfr. SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 13-19.

⁽⁷⁰⁾ Sottolineando gli aspetti dottrinali della questione cfr. HANS URS VON BALTHASAR, *Theologie und Heiligkeit*, in: *IkZCommunio*, 16 (1987), 483-490.

⁽⁷¹⁾ SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 16.

promessa di salvezza di Cristo alla sua Chiesa. La Chiesa, dichiarandosi come santa non solo nella sua oggettiva istituzione, ma indicando delle persone concrete come santi, riconosce se stessa al contempo anche nella loro storia⁽⁷²⁾. Lo stesso pensiero lo ha espresso anche Giovanni Paolo II. Riferendosi alla Lettera agli Ebrei (Eb 12,1) il Papa ci dice che al popolo di Dio nel corso della sua storia si aggiunge “un nugolo di testimoni” attraverso i quali Dio diventa presente e ci parla”⁽⁷³⁾. Questa schiera di testimoni è però del tutto anonima. Sono innanzitutto gli apostoli e i martiri di Cristo “che con il loro sangue hanno dato la più alta testimonianza della fede e dell’amore”, e che, “insieme con la beata Vergine Maria” venerata con particolare devozione, vengono richiesti dell’“aiuto dell’intercessione”⁽⁷⁴⁾. La santità non si manifesta nella Chiesa come un ideale astratto che come tale dovrebbe seguire uno schema sempre uguale. La santità prende sempre forme nuove e perciò storicamente uniche, che non si lasciano ingabbiare in alcuno schema prestabilito. Le grandi figure di santi della Chiesa smentiscono una opinione del genere. Francesco d’Assisi, Teresa d’Avila, Ignazio di Loyola, Edith Stein, Arnold Jansen e Madre Teresa erano personalità che non hanno seguito alcun catalogo generico di rigide norme. Le biografie dei santi dimostrano spesso come ciascuno di essi abbia sviluppato le sue proprie disposizioni personali, ma, allo stesso tempo, come sia stato un *unicum* modellato dalla grazia. Da qui una cosa si vede molto chiaramente: la santità della Chiesa si manifesta “caso per caso”⁽⁷⁵⁾.

V. Sulla distinzione di beati e santi.

I concetti di “beato” e “santo” sono spesso usati come se fossero denominazioni sinonimiche della medesima cosa. E in certo qual modo questo è vero; poiché è un dato di fatto che, nel corso della storia della Chiesa, per un lungo periodo di tempo, gli attributi di beato (*beatus*) e santo (*sanctus*) sono stati attribuiti indifferentemente

(72) Cfr. PIETRO PALAZZINI, *Prefazione*, in: *Miscellanea in occasione del IV centenario della Congregazione per le Cause dei Santi (1588-1988)*, Città del Vaticano, 1998, 3-12.

(73) *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), LXIX.

(74) Cfr. VatII LG 50.

(75) SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 16.

a una stessa persona. Questo non implicava alcuna gerarchia, nel senso che un santo fosse “dappiù” o magari “più santo” di un beato.

I testi liturgici confermano questo uso generico di entrambi i concetti fino ai nostri giorni. Così, per esempio, all’inizio della celebrazione della Messa, nel “Confiteor”, noi preghiamo “la *beata* sempre Vergine Maria, gli angeli e i *santi*” perché ci assistano.

Ma, in relazione al cosiddetto processo, la Chiesa oggi distingue fra beati e santi⁽⁷⁶⁾. Questa distinzione mira a stabilire il modo e l’estensione della venerazione che tocca a un determinato servo di Dio⁽⁷⁷⁾. Spetta solo al Romano Pontefice giudicare se e in quale forma a un servo di Dio può essere reso nella Chiesa un culto ufficiale⁽⁷⁸⁾. Se l’autorizzazione papale alla venerazione si riferisce solo a una diocesi o a un determinato territorio, per esempio a una regione, allora l’autorizzazione al culto da parte del Papa si chiama *beatificatio*, beatificazione; se invece si consente il pubblico culto per la Chiesa intera, allora l’autorizzazione pontificia si chiama *canonizatio*, canonizzazione. Santi quindi sono quei servi di Dio che, dopo l’avvenuta canonizzazione, è permesso venerare pubblicamente ovunque, cioè nella Chiesa tutta e in tutte le forme del culto divino. I beati, viceversa, possono essere venerati pubblicamente solo nelle forme e nei luoghi in cui la Chiesa lo ha concesso⁽⁷⁹⁾. Normalmente sono i Paesi, le regioni o le comunità religiose nelle quali un servo di Dio ha operato. Coll’autorizzazione della Santa Sede possono essere loro dedicate anche chiese e cappelle e le loro reliquie possono essere venerate nelle forme consentite: a condizione però del riconoscimento dell’esercizio eroico delle virtù, o della offerta della vita nel martirio, e della fama di santità del servo di Dio provata da segni miracolosi (miracoli). Queste condizioni vengono verificate in un processo “che presenta le più rigorose forme processuali che il diritto canonico conosca”⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁶⁾ La norma di c. 1187 presuppone questa distinzione.

⁽⁷⁷⁾ Circa lo sviluppo della Beatificazione come un istituto giuridico in modo proprio cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 106-113.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. *Divinus perfectionis Magister* (nota 21), III, 15.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. la norma del c. 1277 § 2 CIC/1917. Dalla mancanza di un norma paragonabile nel CIC/1983 non si può concludere necessariamente che anche la fattispecie come tale sia stata abolita.

⁽⁸⁰⁾ KLAUS MÖRS DORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, vol. III, undicesima edizione, Paderborn, 1979, 260.

VI. *Sullo scopo del processo di beatificazione e canonizzazione.*

Le modalità di verifica e il procedimento normativo che la Chiesa applica nella scelta e nella definizione dei candidati alla beatificazione e alla canonizzazione hanno preso, nel corso della storia, le forme più diverse. Mentre per tanti secoli, per esempio, la venerazione di un santo da parte del popolo credente è stato il criterio più importante per la sua canonizzazione⁽⁸¹⁾, più tardi è divenuto un ostacolo, ed è stato necessario dimostrare la mancanza di venerazione. Inoltre, alcuni non sono affatto del parere che la beatificazione da parte del Papa sia una decisione irrevocabile, mentre la canonizzazione, per sua natura, è invece la decisione ultima e irrevocabile che dice che il beato in questione è entrato nella gloria celeste⁽⁸²⁾. Le nuove norme del 1983 non prendono posizione. Ma c'è comunque da notare che né "*Divinus perfectionis Magister*" né le norme emanate da parte della Congregazione delle Cause dei Santi in relazione ad esso usano il termine *beatificatio*⁽⁸³⁾. Tutta la prassi della Congregazione, al momento attuale, ha come scopo beatificazioni e canonizzazioni. La beatificazione da parte della Chiesa è fino ad oggi, soprattutto nei processi cosiddetti più recenti, il presupposto normale per una canonizzazione. Come già detto, il presupposto per una beatificazione non è soltanto la *fama signorum*, e cioè la fama, supportata da segni, di taumaturgo, ma anche un miracolo regolarmente approvato secondo rigide norme procedurali. Per una canonizzazione è necessario un altro miracolo, che deve esser accaduto, per l'intercessione del servo di Dio, dopo la beatificazione⁽⁸⁴⁾. A questo proposito, c'è da constatare che, nel corso della storia, il numero dei miracoli richiesti ha oscillato tanto quanto la rigidità dei criteri necessari per fornirne la prova processuale. Inoltre, nello specifico, il Romano Pontefice ha la facoltà di dispensare dalla necessità del miracolo⁽⁸⁵⁾.

(81) Cfr. sopra pp. 2-4.

(82) In modo dettagliato: ERNESTO PIACENTINI, *L'infallibilità papale nella canonizzazione dei santi*, in: ME, 117 (1992), 91-132.

(83) Riguardo al rispettivo silenzio cfr. SIEGER, *Heiligsprechung* (nota 6), 410-411.

(84) Cfr. sopra pp. 6-7.

(85) Pio XI ha dato una dispensa, per esempio, in occasione della canonizzazione di Thomas Morus e John Fischer nell'anno 1935.

A chi si stupisce davanti ad una prassi così varia, si può ricordare l'assoluta particolarità del processo di canonizzazione. Esso, dal punto di vista del suo risultato, non ha come scopo un giudizio, nel senso di una sentenza che applica una norma di diritto positivo a una concreta fattispecie, ma mira, come conclusione, soltanto a lasciare al Papa il giudizio; giudizio che egli può liberamente dare, confermando o rigettando. Spetta esclusivamente alla personale decisione del Romano Pontefice seguire o meno la proposta di giudizio risultante da un processo di beatificazione e canonizzazione.

VII. *Prospettive.*

Si alzano sempre nuove voci contro beatificazioni e canonizzazioni. Ce ne sono troppe, si dice. A tale obiezione si potrebbe rispondere che la Chiesa, negli ultimi cento anni, è cresciuta in modo significativo in tutto il mondo. Anche nelle giovani Chiese c'è santità. È un piacevole dato di fatto che il numero dei "candidati" all'onore degli altari sia aumentato. È inoltre un buon segno poter constatare che nel popolo di Dio la sensibilità per l'esempio di uomini santi sta crescendo.

Con questo si vuol dire che il grande numero di beati e santi, anzi la vita di tutti i credenti, non è altro che una sorta di "corsa alla santità" ⁽⁸⁶⁾. Il risultato di tale corsa può prendere forme diverse. Ci sono i "grandi" beati e santi la cui venerazione, dopo una procedura canonica più o meno complessa, è ufficialmente e solennemente autorizzata e garantita con un supremo pronunciamento della Chiesa. Ma ci sono anche i "piccoli" beati e santi dei quali il popolo credente "si è impadronito", e la venerazione locale dei quali viene tollerata apertamente o in silenzio dalla Chiesa ⁽⁸⁷⁾. E poi ci sono anche quei milioni di "piccolissimi" beati e santi la cui memoria, dopo la morte, spesso non giunge oltre la stretta cerchia della famiglia, dei conoscenti, eventualmente della parrocchia e del monastero dove hanno vissuto, e ben presto svanisce. Tutti costoro sono registrati nel "libro della vita". La loro vita è stata

⁽⁸⁶⁾ BALTHASAR, *Theologie und Heiligkeit* (nota 70), 490.

⁽⁸⁷⁾ Cf. SCHULZ, *Selig- und Heiligsprechungsverfahren* (nota 6), 154-156.

una corsa all'autentica santità cristiana. Tutti costoro appartengono all'unica santa Chiesa.

La differenza con i santi canonizzati sta nel fatto che nel caso di questi ultimi la Chiesa ha constatato in modo *vincolante* che la loro vita è stata esemplare o, per rimanere nell'immagine precedente, è stata una riuscita "corsa alla santità." E questo senza che essi abbiano perso la loro originale personalità, umanamente e storicamente condizionata⁽⁸⁸⁾. La santità è una caratteristica della Chiesa, il santo è un membro della Chiesa, e la venerazione dei santi ha la sua funzione nella Chiesa e per la Chiesa, e di conseguenza anche ogni beatificazione ha la sua funzione e la sua importanza per la Chiesa.

Il senso del processo di beatificazione e di canonizzazione, si può dire in conclusione, è quello di mettere a disposizione una procedura canonica regolata dal diritto, che miri, da una parte, a verificare lo sforzo esemplare del singolo servo di Dio nella sequela di Cristo e, dall'altra parte, a non appiattire il suo originale, specifico modo di rispondere alla chiamata di Dio.

⁽⁸⁸⁾ Già un rapido sguardo alla multicolore schiera dei beati e dei santi conferma questa constatazione. Vi incontriamo uomini di Stato, come l'imperatore Enrico II e il cancelliere del Regno inglese Tommaso Moro, che hanno fatto storia. C'è anche chi, come Francesco Saverio, già in vita godette grande fama di santità: nei suoi viaggi missionari in Estremo Oriente ha guarito malati e le sue prediche erano capite da chiunque nella lingua madre. Altri santi hanno vissuto tutta la loro vita nel nascondimento, come Teresa di Lisieux, da poco proclamata dottore della Chiesa, o come il frate cappuccino Corrado di Parzham la cui attività e il cui orizzonte non ha quasi mai oltrepassato la piccola porta del convento.

Pagina bianca

FERNANDO PUIG

REALISMO GIURIDICO E DOTTRINA CANONISTICA
CONTEMPORANEA SULL'ESSENZA DEL MATRIMONIO (*)

1. Introduzione. — 2. La dottrina dominante nella prima metà del secolo xx. — 3. La dottrina italiana anteriore al Vaticano II. — 4. Amore, complementarità sessuale ed essenza del matrimonio. L'unione coniugale «nelle nature». — 5. La reazione pastoralista. — 6. La reazione «teologizzante».

1. *Introduzione.*

È ancora oggi la questione dell'essenza del matrimonio una domanda pertinente? Nel tempo del pensiero debole e della cancellazione delle grandi narrazioni, l'azzardo sta soprattutto nel fare la domanda. E invece, la risposta è affermativa: la domanda è pertinente. Proprio perché la realtà matrimoniale apre interrogativi attualissimi. Gli uomini e le donne si sposano, come si sono sposati da migliaia di anni. E sempre si sono chiesti cosa fosse quel bene così interiore e così esteriore a loro, così lucente e così paradossale. Insomma, quel bene così umano. Il sapere canonistico ha svolto lungo la sua storia uno sforzo straordinario nella direzione di capire l'essenza del matrimonio. Questo sapere è stato uno degli elementi più rilevanti nella cristallizzazione della comprensione occidentale-cristiana del matrimonio.

La dottrina canonistica del secolo XX si è vista interrogata sull'essenza del matrimonio, al meno da due punti di vista. Uno, la seco-

(*) All'origine di questo lavoro si trovano alcuni sviluppi dalla tesi dottorale in diritto canonico dell'autore, diretta dal Prof. C.J. Errázuriz M., discussa nella Pontificia Università della Santa Croce il 25 giugno 2003. Questa tesi, rielaborata, è stata pubblicata sotto il titolo *La esecia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

larizzazione, teorica e pratica; l'altro, l'intensa luce del Concilio Vaticano II. Seguire il modo in cui si è confrontata con entrambi i fenomeni è utile per vedere come il sapere canonistico è ancora oggi un punto di riferimento chiave per la comprensione del matrimonio.

L'oggetto di questo lavoro è percorrere alcuni estremi di questo confronto, prendendo come prospettiva quella che ha guidato il realismo giuridico⁽¹⁾. Questa prospettiva è meritevole di atten-

(1) In questo contesto, con l'espressione «realismo giuridico» si designa, in estrema sintesi, l'itinerario e l'evoluzione del pensiero di J. HERVADA sull'essenza del diritto e la sua applicazione al matrimonio. L'essenza del diritto è intesa come «ciò che è giusto», vale a dire, come la realtà in se stessa giusta: «il *ius* o diritto non è, in questo senso, il diritto soggettivo, ma la cosa (...) (non è né un potere, né una facoltà)» (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, p. 30). «La cosa diventa giuridica, si fa *ius*, o diritto, perché è dovuta. L'essere dovuta è una qualità della cosa, pertanto la cosa stessa è diritto o *ius*. Non soltanto il diritto soggettivo — che è pur sempre una facoltà della persona — è giuridico, ma anche la cosa perché l'essere dovuta è una qualità della cosa; è la cosa che è dovuta e che è esigibile» (*ibidem*, p. 33). «Il diritto in senso realista indica la relazione di attribuzione della cosa riguardo al soggetto d'attribuzione, e allo stesso tempo, una relazione bilaterale: la cosa sta — o può stare — in potere di un altro soggetto diverso dal soggetto di attribuzione; per questo motivo è una cosa dovuta, e, di conseguenza, è esigibile. La parola diritto o *ius* connota nella cosa la relazione di debito e di esigibilità» (*ibidem*, p. 34). Su questa percezione di una realtà in se stessa giusta spicca il realismo giuridico la giustizia e il luogo che spetta alla legge e al diritto soggettivo. La giustizia sarà dunque l'azione per cui si dà la cosa al soggetto d'attribuzione, la cosa giusta che è sua: «il giusto, il suo o la cosa giusta (perché lo si chiama in questi tre modi)» (*ibidem*, p. 30). «Dal canto suo la legge è diritto relativamente a la cosa giusta: è regola del diritto; la facoltà morale è diritto soggettivo in quanto insieme di manifestazioni di potere o di dominio sulla cosa» (p. 34). Alla base di tutta la visione si trova la realtà, la cosa. Solo in un secondo momento si scorge l'atto della giustizia, poiché «dare a ciascuno ciò che è suo presuppone che la cosa sia in potere di un altro o che da questi possa essere presa o danneggiata» (*ibidem*, p. 18). Anche la legge e il diritto soggettivo, nel senso che si è visto, girano intorno alla realtà giusta, che è ovviamente anteriore e fondante. Sotto questi presupposti, per il realismo giuridico l'essenza del matrimonio si esprime in un modo molto semplice: l'essenza del matrimonio «è» diritto. Questa affermazione è la conclusione dell'applicazione della visione del diritto come «ciò che è giusto» alla concreta realtà matrimoniale. Più avanti nel testo si mostrano alcuni profili di questa visione, incentrata sul fatto che la destinazione naturale dell'uomo alla donna, e reciprocamente, della donna all'uomo, diventa *ius suum* dell'altro attraverso il consenso matrimoniale, in modo che, in sostanza, nel matrimonio ciascuno dei coniugi deve all'altro ciò che è suo. Anzi, nella misura in cui la dimensione sessuale è configuradora della persona, il coniuge «deve se stesso all'altro». Alcuni dei lavori più significativi di J. HERVADA sul matrimonio e la sua essenza si possono trovare nei volumi: *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000; e, in tra-

zione per due ragioni. Perché il realismo giuridico ha preso in considerazione le correnti che si sono susseguite lungo gran parte del periodo di riferimento, e perché ha mantenuto, in questo tempo, una linea guida notabilmente uniforme che ancora oggi dà percepibili frutti di vitalità all'interno del sapere canonistico sul matrimonio. Queste due caratteristiche fanno del realismo giuridico contemporaneamente un testimone storico e un contributo con valore in se stesso, che riteniamo interessante agli effetti del nostro studio.

2. *La dottrina dominante nella prima metà del secolo XX.*

Il realismo giuridico si è confrontato con la dottrina canonica dominante nella prima metà del secolo XX. Questa dottrina in sostanza è costituita da lavori più o meno sistematici che spiegano il contenuto del Codice di Diritto Canonico del 1917. Questa corrente adopera la terminologia dei canonisti tradizionali ed è guidata da un orientamento decisamente pratico, palesato dal fatto che usa, senza una particolare distinzione, la prospettiva giuridica e quella morale. In sintesi, queste opere situano l'essenza del matrimonio nel *ius in corpus*.

duzione alla lingua italiana, in *Scritti sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000. Altri autori, vicini sotto diversi profili al pensiero di J. HERVADA, hanno approfondito su diversi aspetti del pensiero di questo autore illuminandone aspetti delle sue tesi sul matrimonio. In modo non esaustivo, e facendo riferimento esclusivamente a opere sull'essenza del matrimonio, possiamo citare: A. DE LA HERA, *Relevancia jurídica canónica de la cohabitación conyugal*, Pamplona 1966; E. MOLANO, *Contribución al estudio de la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977; tra le diverse opere di P.J. VILADRICH, spiccano al nostro scopo: *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, «Ius Canonicum» XII-23 (1972), pp. 267-313; *La agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1984, esp. pp. 129-177; *La definición de matrimonio*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona 2000, pp. 205-312; *El ser conyugal*, Madrid 2001. Molto vicino alla linea del realismo giuridico di J. HERVADA si trovano anche i lavori di C.J. ERRÁZURIZ: *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, «Scripta Theologica» 26 (1994), pp. 1021-1038; *La rilevanza della nozione essenziale del matrimonio nell'intero sistema giuridico matrimoniale*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Pamplona 2000, pp. 441-447; *Verità del matrimonio indissolubile e giustizia*, «Ius Ecclesiae» XIII-3 (2001), pp. 577-590; e la presentazione del volume citato *Scritti sull'essenza del matrimonio*. In un senso un po' diverso, ma anche profondamente realista è la visione del diritto e del matrimonio di G. LO CASTRO; cfr. esp. *Tre studi sul matrimonio*, Milano 1992; *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano 2003.

Il realismo giuridico ha saputo capire che questa dottrina non era, né voleva essere, una teoria giuridica sull'essenza del matrimonio. Era, semplicemente, la formulazione più o meno tecnica, di quello di cui la vita della Chiesa nel momento storico aveva bisogno per compiere la sua missione nei confronti dei matrimoni cristiani, dal punto di vista pastorale, morale e giuridico⁽²⁾.

L'elemento tecnico di queste opere, scarso sotto diversi profili, è però utile nell'indicare due estremi basilari della riflessione in senso realistico di un'essenza del matrimonio: che questa essenza è intrinsecamente giuridica, e che questa realtà giuridica costituisce il punto d'aggancio tra il matrimonio *in fieri* e il matrimonio *in facto esse*⁽³⁾. Infatti, questi caratteri centrali del matrimonio restano fortemente sottolineati quando si identifica l'essenza del matrimonio con lo *ius in corpus*. Il realismo giuridico si arricchisce di questi elementi, che rimarranno sempre nel suo orizzonte costruttivo, superando però gli inconvenienti che derivano dal ridurre l'essenza del matrimonio allo *ius in corpus*.

Ciò da cui invece il realismo giuridico non potrà trarre profitto è la concezione dello *ius in corpus* come un potere. È questo il senso centrale dello *ius in corpus*: l'espressione *ius in corpus* esprime la posizione tipica diritto-dovere. Al diritto di uno dei soggetti è corrispettivo il dovere dell'altro e viceversa. Il contenuto di questa situazione giuridica fa riferimento a un potere: un potere di esigere il debito coniugale, e un potere di escludere i terzi dal rapporto coniugale. Non è in discussione che si tratta semplicemente di un potere⁽⁴⁾.

Il limite è in questo punto invalicabile: l'essenza del matrimonio non può essere il potere di esigere il debito coniugale (e quello

(2) Cfr. Prologo di P. LOMBARDIA a l'opera di J. HERVADA, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona 1960, esp., pp. 19-22.

(3) Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Roma 1932, vol. I, pp. 12-18; vol. II, pp. 176-180; F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Torino-Roma 1950, pp. 4-6, 719-720.

(4) È quello che si desume delle diverse espressioni al riguardo, per esempio: «*Mutua potestas in corpus alterius*» (CAPPELLO, *De matrimonio*, cit., p. 14); «*Dominium in corpus alterius coniugis*» (GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit., II, p. 176); «*Facultas exigendi semper manet radicaliter, dum perdurat vinculum, sed exercitium potest vel suspendi vel in perpetuum amitti*» (CAPPELLO, *De matrimonio*, cit., p. 720).

di escludere). In sintesi, la ragione è doppia: un potere non si giustifica per se stesso, motivo per il quale l'essenza dovrebbe essere cercata nell'origine del potere, e cioè, nel matrimonio *in fieri*, per cui l'essenza del matrimonio nel matrimonio *in facto esse* resta senza una spiegazione propria; d'altro canto, il potere di agire cui si riferisce lo *ius in corpus* non copre tutta l'estensione del finalismo matrimoniale.

A questo riguardo deve essere sottolineato che, per gli autori che prendiamo in considerazione, i fini del matrimonio hanno veramente una rilevanza giuridica: il finalismo matrimoniale si inserisce nella volontà dei nubenti. Com'è possibile questo, se, come abbiamo appena detto, l'essenza del matrimonio si esprime soltanto nello *ius in corpus* inteso tecnicamente come un potere? Semplicemente, per la mancanza di rigore tecnico di queste spiegazioni del matrimonio. Da un lato, affermano che l'essenza del matrimonio è lo *ius in corpus*⁽⁵⁾; e dall'altro, proprio per la centralità che hanno i fini del matrimonio nella visione cristiana del matrimonio, gli attribuiscono una rilevanza giuridica essenziale. Questo significa anche che il matrimonio può essere dichiarato nullo per esclusione dei fini essenziali. Vuol dire questo che è mancata l'essenza del matrimonio? Questi autori non si pongono queste domande nel senso tecnico. Per loro è compatibile dire che l'essenza è lo *ius in corpus*, e che una volta dato il consenso su di esso, il matrimonio è valido, e poi, far valere come una causa di nullità l'assenza di un elemento vincolato ai fini del matrimonio, senza affermare che fa parte dell'essenza del matrimonio. Non c'è una riflessione di tipo dogmatico che riunisca questi elementi.

Il confronto del realismo giuridico con questa dottrina dominante prima del Concilio Vaticano II, sbocca certamente in una critica contro la mancanza di rigore in senso giuridico-scientifico, però anche in un apprezzamento per la prudenza di cui era portatrice e per la decisa centralità che concede alla tradizione dottrinale cristiana.

(5) «*Finis matrimonii principalis seu primarius est procreatio, et deinde educatio prolis (...). Et hi quidem sunt fines operis, seu ipsius matrimonii; sed nupturienus seu operans potest matrimonium inire ad alium quoque finem (...). Servata autem essentia, matrimonium quocumque fine ininitum, validum est*» (GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit., I, p. 18).

Questo giudizio globalmente positivo non significa che il realismo giuridico ritenga secondario il rigore scientifico, anzi, la domanda del realismo giuridico nei confronti di queste opere si trova nelle fondamenta: è veramente questo tipo di concezione del matrimonio il vero riflesso della dottrina giuridica tradizionale cristiana sul matrimonio? In un certo senso, il realismo giuridico mostra che questa dottrina canonistica era meno tradizionale di quanto voleva esserlo, e perciò ritiene che per rispondere fino in fondo a questa domanda si devono interrogare direttamente le fonti del pensiero giuridico tradizionale⁽⁶⁾.

Non potrà mai sapersi quale sarebbe stata l'evoluzione naturale della dottrina su cui abbiamo appena riflettuto. La forza della dottrina del Concilio Vaticano II apre un così vasto e profondo campo di studio, che la canonistica si trova di fronte ad un vero e proprio spartiacque. Le reazioni sono di diversa portata, però tutte convergono nel accettare che i tempi sono cambiati, tra l'altro perché pare che i temi siano cambiati.

3. *La dottrina italiana anteriore al Vaticano II.*

Prima di studiare le posizioni che prendono direttamente le mosse dai testi conciliari, deve farsi riferimento a una corrente dottrinale dai profili suggestivi che, soprattutto prima del Concilio, riflette seriamente e in modo originale sull'essenza del matrimonio.

(6) Un esempio di questa interrogazione diretta della dottrina tradizionale sul matrimonio, che si collega alla dottrina generale sull'principio di finalità, è il seguente testo di J. HERVADA: «*en el proceso lógico de formación de esta doctrina la premisa no es la existencia en el matrimonio del ius ad actos per se aptos ad proles generationem y la conclusión la ordinatio ad prolem sino a la inversa; es decir, partiendo de esta ordenación del matrimonio (que es el prius lógico y ontológico) a la generación y del hecho que ésta es inalcanzable a la voluntad humana, se llega a concluir que el objeto del matrimonio es el ius in corpus. Lógica e importante consecuencia de la prioridad del fin sobre el objeto y de que el fin es la causa formal por la que una sociedad se especifica y se realiza su unidad, es que, según los autores cuyo pensamiento nos ocupa, la ordenación del matrimonio, como institución jurídica, a la generación (...) empapa, por así decirlo, y configura (toda) (...) la relación matrimonial*» (HERVADA, *Los fines del matrimonio*, cit., pp. 51-52). Il contesto del brano presentato riguarda il fine primario del matrimonio, ma la considerazione di fondo deve applicarsi, secondo il pensiero di J. HERVADA, a tutti i fini, ed alla ordinazione totale della realtà matrimoniale a loro.

Sono quegli autori della dottrina italiana che tra gli anni 50 e 60 del secolo xx, nella cornice di una riflessione globale sul diritto canonico⁽⁷⁾, approfondiscono anche il rapporto tra essenza e fini del matrimonio⁽⁸⁾. Quello che rende più interessante questa corrente di pensiero giuridico, anche per il realismo giuridico, è il desiderio di svolgere questa riflessione con categorie prettamente giuridiche, lasciando da parte, dunque, la mancanza di rigore della dottrina anteriore, protesa a confondere il piano giuridico con quello morale e anche pastorale.

Il dialogo con il realismo giuridico si stabilisce quindi al livello della concezione del diritto che si rende presente nei diversi contributi dottrinali, che a loro volta configurano la corrispondente comprensione dell'essenza del matrimonio.

Il confronto nell'ambito della nostra indagine sull'essenza del matrimonio s'incetra più concretamente sulle relazioni tra essenza e fini del matrimonio. Da questo punto di vista, questa corrente segue la scia di quella tradizionale, però proprio per capovolgerla. L'essenza del matrimonio è costituita anche in questo caso dallo *ius in corpus*, però il desiderio di purificare la teoria giuridica da qualsiasi residuo pastorale o morale, condurrà ad eliminare dall'orizzonte giuridico i fini del matrimonio, che diventano, a seconda degli autori, linee astratte di condotta⁽⁹⁾; fini di tipo religioso, etico o sociale, ma non giuridico⁽¹⁰⁾; oppure elementi accidentali

(7) Vanno ricordate qui le opere del recentemente scomparso P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941 e *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962; quella di O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel ordinamento canonico*, pubblicata come premessa nella sua opera incentrata sul matrimonio, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1950 (1^a ed.); e il lavoro di P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. I. Introduzione sistematica al Diritto della Chiesa*, Milano 1956.

(8) Cfr., paradigmaticamente, le opere: P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, vol. I, *Il Matrimonio*, Milano 1959; P. FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1962; GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit.

(9) « Quanto ai fini del matrimonio quali sono stabiliti dal can. 1013, si deve dire che essi sono i fini del matrimonio in astratto, ma non debbono essere necessariamente presenti nei singoli matrimoni concreti né richiedono che su di essi si eserciti il consenso » (GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 25).

(10) Facendo riferimento a l'espressione *procreatio prolis* come formulazione classica del fine primario, questo si qualifica, infatti, di « fine supremo e generico, più religioso, etico e sociale che non giuridico dell'intero istituto matrimoniale (...) (per cui) il vero fine giuridico proprio del sacramento-contratto, cioè del negozio matrimo-

del matrimonio⁽¹¹⁾. In seguito a questo oscuramento dei fini, l'essenza del matrimonio resta racchiusa nello stretto ambito del processo generativo⁽¹²⁾.

Il realismo giuridico apprezza l'impegno costruttivo di questa corrente dottrinale, e ne condivide l'intenzione di chiarire le relazioni tra diritto ed impegno morale e pastorale. Tuttavia, lo critica nel suo sviluppo basilare, che è in definitiva lo smarrimento del diritto nella forma. Proprio perché il realismo giuridico trova il diritto nella connessione tra la dimensione personale del matrimonio e l'ordinazione finale dell'essenza, non acconsente al sacrificio della persona in nome della purezza giuridica. In fondo, nelle opere della corrente a cui facciamo cenno, si finisce per attribuire la consistenza giuridica matrimoniale non all'intrinseca giuridicità radicata nelle persone, ma agli elementi formali che in ciascuna teoria giuridica prendono il sopravvento: il negozio giuridico come determinazione pubblica della relazione tra i coniugi⁽¹³⁾; l'adesione consensuale a un orientamento procreativo dello *ius in corpus*⁽¹⁴⁾; ov-

niale, (è) in effetti costituito dal reciproco diritto-dovere dei due contraenti di addivenire a una congiunzione sessuale diretta a la procreazione (...) senza che abbia alcuna rilevanza il fatto che poi questa possa o meno seguire e segua effettivamente» (D'AVACK, *Il Matrimonio*, cit., p. 81).

(11) «È solo nel can. 1081.2 che la procreazione della prole deve essere considerata in rapporto al momento dinamico del matrimonio (...). Da ciò consegue che, mentre in questo canone la *proles*, considerata *in suo principio*, cioè come *intentio prolis*, integra un elemento essenziale del matrimonio (...), nel can. 1013.1 la *proles*, considerata *in se ipsa*, non è altro che un elemento accidentale del matrimonio» (FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio*, cit., p. 49). Va ricordato che il canone 1013.1 del Codice di Diritto Canonico di 1917 elenca i fini del matrimonio: «*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis, secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*».

(12) Non è che tutti gli autori di questa corrente siano in perfetta conformità sul modo di giungere a questa conclusione. Anzi, si può ben dire che la questione è stata oggetto di un acceso e proficuo dibattito, proprio per l'acume degli autori e il favorevole *humus* di riflessione giuridica che sono riusciti a creare. Comunque, il fatto è che l'essenza del matrimonio resta staccata dai fini, che rimangono privi di valenza giuridica. L'essenza del matrimonio, quindi, farà riferimento solo a questo processo generativo.

(13) Così, il matrimonio «appare addirittura un'istituzione di pretto diritto pubblico, per la quale è il potere stesso ecclesiastico che fissa autoritativamente tutti i compiti dei coniugi» (D'AVACK, *Il Matrimonio*, cit., p. 64).

(14) «*L'ordinatio ad prolem*, cioè la *proles in suo principio*, costituisce un elemento essenziale del matrimonio, cioè un elemento la cui mancanza, dovuta a una

vero il semplice obbligarsi come espressione formale nel consenso⁽¹⁵⁾.

Il realismo giuridico, invece, nell'impostare la comprensione dei fini in stretta connessione con quelle inclinazioni naturali che si trovano alla base dell'unione matrimoniale, sostiene l'esistenza di un fondamento giuridico essenziale che si trova al livello naturale, e non a quello degli elementi giuridici formali, che in fin dei conti resta estrinseco alle persone⁽¹⁶⁾.

causa volontaria o ad una causa naturale, determina la nullità del matrimonio» (FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio*, cit., p. 53). Deve essere sottolineato, che nella visione di P. FEDELE, il riferimento a l'*ordinatio* non ha lo stesso senso che per il realismo giuridico. Mentre per il realismo giuridico l'*ordinatio* spetta a tutta la realtà matrimoniale (cfr. J. HERVADA, *La ordinatio ad fines en el matrimonio canónico (Reflexiones a propósito de un libro reciente)*, «Revista española de Derecho canónico» 53 (1963), pp. 439-499, *passim*), per P. FEDELE questa spetta solo al matrimonio *in fieri*, poiché «*proles* significa *intentio prolis* e la sua esclusione nel momento formativo del negozio matrimoniale, nel cosiddetto *matrimonium in fieri*, a differenza di quanto accade per la mancanza della prole nel *matrimonium in facto esse*, determina la nullità del matrimonio» (*L'ordinatio ad prolem nel matrimonio*, cit., p. 44).

(15) La *deditio juris in corpus* «basta da sola (ove vi siano capacità e forma, requisiti, come dicemmo, in certo senso "esteriori" del negozio) a costituire il matrimonio e, d'altra parte, la mancanza di essa ha per conseguenza senz'altro la nullità del vincolo. Tale *deditio juris in corpus* va intesa, perché la si possa considerare come essenza del matrimonio, in senso nettamente giuridico e cioè formale (...); ciò che conta formalmente, cioè giuridicamente, è che in essa si abbia la consegna e l'accettazione reciproca della comunanza di vita, intesa come la intende la Chiesa» (GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., pp. 203-204).

(16) Come dirà J. HERVADA, in termini che d'altronde servono a contestare che l'essenza del matrimonio possa essere ridotta a un solo diritto (lo *ius in corpus*): «*los fines nos aparecen como principios que, presentes en las normas de la ratio naturalis que señalan los derechos y deberes de los cónyuges, dan "sentido" a estos derechos y deberes, haciéndolos comprender en su peculiaridad y en su existencia. Dicho de otro modo, la ordenación al fin es (...) un criterio para comprender los derechos y deberes conyugales en su peculiaridad y en su existencia, y consecuentemente para conocer su extensión, sus límites, su abuso, etc. Los fines, como principio de orden, nos dan la medida de estos derechos y deberes*» (HERVADA, *La ordinatio ad fines en el matrimonio canónico*, cit., p. 477). Come spiega nel contesto della sua riflessione sul diritto naturale in generale: «Il giusto naturale ha come regola gli enunciati della ragione naturale: la norma giuridica naturale (...). Il diritto naturale — o insieme delle norme giuridiche naturali — è costituito dalle *prescrizioni della ragione naturale che enunciano un dovere di giustizia*» (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 134-135). È chiaro che in questo brano s'utilizza l'accezione normativa del diritto naturale, consequenziale a l'accezione ontologica che rimanda a quello che è naturalmente giusto (cfr. *ibidem*, *passim*).

4. *Amore, complementarità sessuale ed essenza del matrimonio. L'unione coniugale « nelle nature ».*

Con l'avvento del Concilio, come dicevamo, la canonistica resta fortemente interpellata dai cambiamenti nei toni e nei temi. Un primo atteggiamento di fronte alla necessità di mettere a fuoco in senso giuridico gli insegnamenti del magistero, particolarmente quello di *Gaudium et spes* (17), si materializza nello sforzo per assimilare la centralità dell'elemento dell'amore nella riflessione giuridica essenziale sul matrimonio.

A questo proposito, alcuni autori tentano di trovare un posto per l'amore nella logica tradizionale, incentrata nello *ius in corpus* come essenza del matrimonio.

Una questione costantemente presente come limite, che in fondo è vista da molti autori come una minaccia potenziale, è quella di evitare interpretazioni nel senso di ritenere che la sussistenza dell'amore diventi una condizione d'esistenza del vincolo matrimoniale. C'è la consapevolezza che è quello che accade quando l'amore o qualsiasi altro elemento che si ritiene essenziale viene ridotto a semplice « fatto ». Questo rischio è accuratamente evitato in alcune proposte dottrinali (18), che però ritengono sufficiente ipotizzare un diritto che faccia riferimento in se stesso all'amore e alla vita coniugale, accanto al diritto essenziale, vale a dire, lo *ius in corpus* (19).

(17) Una parte non indifferente delle riflessioni giuridiche si incentrerà nella comprensione di diverse espressioni come *instauratur o sese mutuo tradunt atque accipiunt* di questo testo: « *Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur. Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt atque accipiunt, institutum ordinatione divina firmum oritur, etiam coram societate; hoc vinculum sacrum intuitu boni, tum coniugum et prolium tum societatis, non ex humano arbitrio pendet* » (Concilio Vaticano II, Cost. Past. *Gaudium et spes*, 7-XII-1965, n. 48). Cfr. per esempio, U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Roma 1968, p. 77; V. FAGIOLO, *Essenza e fini del matrimonio secondo la Costituzione pastorale Gaudium et spes del Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *L'amore coniugale. Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, Città del Vaticano 1971, p. 79.

(18) « *Non respicit enim merum factum instaurationis communitatis vitae, sed ius-obligationem ad hanc intimam communitatem vitae et amoris* » (NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii*, ob. cit., p. 77).

(19) « *Ineuntes enim matrimonium non solum suo consensu personali "sese mutuo tradunt atque accipiunt" in ordine ad actus proprios vitae coniugalis sed intimam*

Il realismo giuridico, pur ritenendosi a sua volta interpellato dalla novità conciliare sull'amore, sceglie una via diversa. La ragione di questa mancanza d'accordo è che lo schema in cui s'ipotizza un nuovo diritto, riproporrebbe nell'ambito dell'amore quello che neanche nell'ambito dello *ius in corpus* si ritiene soddisfacente, e cioè, la riduzione della consistenza essenziale del matrimonio a condotte dovute tra i coniugi⁽²⁰⁾.

La questione veramente problematica è come capire quelle condotte siano appunto «dovute». L'aggancio tra condotte e vincolo giuridico non è una questione irrilevante, anzi, è il punto chiave della penetrazione veramente sostanziale nell'essere matrimoniale. In fondo, un approfondimento nettamente giuridico dell'essenza del matrimonio richiede di dar ragione proprio del carattere «dovuto» delle condotte, per ricollegarle ad un vincolo d'unione stabile tra le persone che non dipenda, nella sua esistenza, dell'avvenuto adempimento delle condotte. In sintesi, ipotizzare un nuovo diritto accanto allo *ius in corpus*, stavolta progettato sull'amore coniugale, crea più problemi di quanti ne risolve.

Il realismo giuridico invece trova una spiegazione del luogo dell'amore consona con la rilevanza essenziale del diritto nel nucleo della realtà matrimoniale. Lungi da trovare un conflitto tra amore e diritto⁽²¹⁾, propone un'integrazione fondata nella concezione secondo la quale l'amore è un possibile oggetto del diritto⁽²²⁾: un amore oggettivamente «dovuto»⁽²³⁾.

communione vitae et amoris coniugalibus instaurant, id est, mutuum ius mutuaque obligationem sibi creant ad "intimam communitatem vitae et amoris coniugalibus"» (Ibidem).

⁽²⁰⁾ «*Traditio et acceptatio personae humanae non potest concipi nisi relate tantum ad determinatas actiones vel prestationes. Quod quidem non impedit quominus hae actiones vel praestationes sint maxime vitales ac totam personam humanam quodammodo afficientes» (NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii*, cit., p. 75).*

⁽²¹⁾ Con i limiti derivati dell'uso della nozione di «istituzione» e di «ordinamento» che non raggiungono fino in fondo il livello ontologico delle persone implicato nella relazione matrimoniale (cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDIA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho Matrimonial* (1), Pamplona 1973, pp. 221-222), S. LENER ha offerto un notevole contributo per armonizzare, in questo contesto, amore e diritto: «Una volta costituita la società, il dono reciproco delle persone è oggettivamente comandato della stessa costituzione o legge fondamentale dell'ordinamento matrimoniale» (S. LENER, *Il matrimonio come ordinamento giuridico. Strutture e fine della società coniugale*, «Civiltà Cattolica» (1966), III, p. 122).

⁽²²⁾ «*Si advertimos que la primaria y más fundamental inclinación de la volun-*

Ovviamente, un'integrazione di questo genere presuppone che l'unione, come tale, sia stabilita nel livello più profondo possibile dell'essere personale. E, infatti, questa è probabilmente l'intuizione più ricca di conseguenze del realismo giuridico: l'unione matrimoniale, pienamente giuridica, è «unione nelle nature dei coniugi»⁽²⁴⁾.

Chiarire il senso profondo di questa espressione e le sue implicazioni supera i limiti di questo lavoro. Nonostante alcuni punti salienti di questa intuizione del realismo giuridico si possono mo-

tad hacia un bien es el amor, que el matrimonio es una realidad racional quiere decir que es la unión del varón y mujer proveniente del amor de dilección, esto es, de aquel amor específicamente humano (movimiento de la voluntad) regulado y medido por la razón» (J. HERVADA, *La identidad del matrimonio*, «Persona y Derecho» VIII (1981), p. 296).

⁽²³⁾ «*La exigencia de permanecer unidos no nace de suyo del amor, sino de las exigencias de justicia inherentes a la unión varón-mujer. No es del amor de donde nace la exigencia de la unión, sino que de esta unión nace la exigencia del amor, el deber de amarse, presupuesto el compromiso aceptado»* (J. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, «Persona y Derecho» I (1974), p. 101). Va superata, dunque, la tendenza a identificare il contenuto giuridico del matrimonio come un complesso di condotte e prestazioni; una volta capita l'orientazione giuridica intrinseca e reciproca tra i coniugi, il passaggio alla fondamentale rilevanza dell'amore diventa semplice: «*cumplir con las obligaciones matrimoniales no puede concebirse como un mero satisfacer determinadas prestaciones ni menos como el dar ciertas cosas, sino que siempre consiste — de manera unitaria y radical — en amar la persona del propio marido o mujer, en buscar su propio bien precisamente como cónyuge, y de modo inseparable como padre o madre de los propios hijos»* (ERRÁZURIZ, *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, cit. p. 1032). Vid., anche, VILADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, cit., *passim*.

⁽²⁴⁾ Una parte importante del lavoro di J. HERVADA sul matrimonio consiste nello spiegare la valenza di questa espressione, che è la traduzione metafisica e giuridica, sulla scia di SAN TOMMASO D'AQUINO, dell'*una caro* biblica. Tra gli abbondanti sviluppi di questa idea spuntano quelli contenuti in: *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, cit., pp. 27-142; *¿Qué es el matrimonio?*, «Ius Canonicum» XVII-33 (1977), pp. 17-32; *La identidad del matrimonio*, «Persona y Derecho» VIII (1981), pp. 283-310; *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, «Persona y Derecho» IX (1982), pp. 149-179; *Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer*, «Persona y Derecho» XI (1984), pp. 345-359; *Libertad, naturaleza y compromiso en la sexualidad*, «Persona y Derecho» XIX (1988), pp. 99-119. Notevole sintesi in VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal*, ob. cit., pp. 129-177. Abbiamo abbozzato una sintesi della riflessione matrimonialista di HERVADA, con quella sul diritto naturale, a proposito della comprensione dell'unità nelle nature nel capitolo conclusivo del lavoro *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

strare osservando, come abbiamo fatto fino a questo momento, il confronto con altre proposte dottrinali sull'essenza del matrimonio, proprio in quanto incidono sulle due dimensioni di questa comprensione dell'essenza del matrimonio: da un lato, il livello naturale-coniugale dell'unione e, dall'altro, il fatto che l'unione naturale-giuridica si stabilisca a quel livello.

La specificità coniugale dell'unione è stata intravista dalla maggior parte della dottrina. Spesso, ciò nonostante, è mancata l'accentuazione giusta, che consente di trovare a questo livello la base reale dell'unione matrimoniale. Questo lavoro di delimitazione della specificità coniugale implicata nel matrimonio va fatto con molta cura⁽²⁵⁾, poiché la posta in gioco è alta: gli estremi del biologismo e della spiritualizzazione dell'unione matrimoniale sono in agguato, se si sbaglia nel valutare la dimensione oggettivamente in gioco nel rapporto matrimoniale. In alcuni casi si è arrivato a ridurre la complementarità sessuale ad una semplice relatività d'opzioni individualistiche, dove l'ambito matrimoniale, privato di finalità oggettive, diventa un semplice ambiente d'esercizio della libertà sessuale⁽²⁶⁾.

(25) È apprezzabile in questo senso lo sforzo di P.A. BONNET (*L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. I. Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova 1976, pp. 304-313) che, però, a nostro modo di vedere, rischia di restare alquanto sbilanciato per il fatto di voler attingere alla distinzione senza poggiare direttamente sulle «nature» dei coniugi.

(26) È questa, secondo noi, la conclusione a cui si giunge analizzando l'opera matrimonialista più recente di K. LÜDICKE. Infatti, questo autore afferma che un elemento strutturale della comunità coniugale è il fatto che i rapporti sessuali e la paternità si portino a termine in modo concordato, secondo il volere di entrambi i coniugi (K. LÜDICKE, *Matrimonium ordinatum ad prolem: Ehe und Nachkommenschaft nach dem Recht des CIC/1983*, «Revue de droit canonique» 43 (1993), p. 115). L'apparente ovvietà dell'affermazione non deve portare a confusione. Quello che è specifico nella posizione di K. LÜDICKE è definire essenzialmente il matrimonio come quello «spazio di legittimità» (*Erlaubnisraum*) in cui si decide sull'esercizio della sessualità. Si vede con chiarezza quando si afferma che nei casi di esclusione della prole, questa esclusione in se stessa non fa invalido il matrimonio, perché non esiste un dovere di fronte a terzi di rendere fecondo il matrimonio o di far sì che sia aperto alla procreazione. In questo senso si dice che il matrimonio non è nullo quando i coniugi si mettono d'accordo per non avere figli, per il fatto che non sono obbligati da nessuno ad avergli, e nessuno può limitare i diritti che si sono scambiati per mezzo del consenso matrimoniale. Sarebbe, invece, invalido nel caso in cui si verificasse un abuso dall'eguale diritto che riguarda i coniugi di decidere tutto quello che fa riferimento alla paternità e ai rapporti sessuali (cfr. LÜDICKE, *Matrimonium ordinatum ad prolem*, cit.,

Il realismo giuridico, nel situare l'unione coniugale nel livello delle nature, trova non solo una dimensione nella quale si equilibrano le dimensioni fisiche e spirituali, in quanto ambedue sono coinvolte, e cioè, il livello naturale, ma anche una prima attribuzione naturale, la destinazione di un sesso all'altro, che fonda l'unione giuridica concreta di ciascun matrimonio, appunto l'unione giuridica naturale⁽²⁷⁾. Né il corpo maschile è destinato al corpo femminile, né reciprocamente gli spiriti di uomini e donne sono destinati a unirsi come tali spiriti: sono la mascolinità e la femminilità, in quello che hanno di diverso, ad essere naturalmente, per attribuzione creazionale, non solo complementari ma proprio « destinate » all'unione. Ovviamente, con una destinazione libera in quanto la natura nella dimensione coniugale è sottomessa all'istanza razionale e libera⁽²⁸⁾.

p. 116). Qui il punto non è tanto il riferimento alla prole, quanto il fatto che si capisce la giuridicità come una costrizione esterna e riduce il matrimonio a uno spazio di decisione concordata, senza nessun riferimento a una ordinazione finale nei coniugi che orienti loro sul giusto o l'ingiusto.

(27) Se si coglie in profondità la sessualità come dimensione naturale, si apre la strada alla relazionalità, e, con questa relazionalità, alla base della giustizia naturale: la relazione di diritto naturale. Questa prospettiva spiega non solo l'essenza del matrimonio nell'ambito dell'*in facto esse*, ma anche nell'*in fieri*. Infatti, come dice J. HERVADA « *el compromiso, o acto de consentimiento matrimonial (...) asume el deber-ser de la vida matrimonial (...). Consiste sustancialmente en el acto por el cual cada contratante asume al otro según su estructura natural sexuada y, por tanto, según el orden natural (esto es, según naturaleza) y se da y entrega al otro, proyectando al futuro, a la historia, el desarrollo de la vida matrimonial conforme con la estructura natural asumida. Sintéticamente se podría exponer la función del compromiso parafraseando las certeras palabras de un antiguo matrimonialista: el consentimiento matrimonial — el compromiso — asume como deber-ser la inclinación natural* » (HERVADA, *Libertad, naturaleza y compromiso en la sexualidad*, cit., pp. 105-106). L'antico matrimonialista è TOMÁS SÁNCHEZ, in questo suo celebre passaggio: « *Cohabitandi obligatio oritur ex ipsamet contractus conjugali natura. Constat ex particula illa in matrimonii definitione posita, individuum vitae consuetudinem retinens. Praeterea, quia natura ipsa inclinans ad maris et foeminae conjunctionem, ad propagandam sobolem, inclinatur ad eorum cohabitacionem, ut soboles ipsa commodius educetur, ergo cum contractus conjugalis ipsam naturae inclinationem in obligationem deducat, cohabitandi obligatio ex ipsa matrimonii natura oritur* » (*De sancto matrimonii sacramento disputationum libri tres*, lib. IX, disp., 4, n. 3).

(28) Mediante il patto coniugale si genera un vero e proprio dominio di quello che è stato attribuito e donato tra i coniugi, però per il fatto di essere un dominio « giusto », si sviluppa attraverso atti liberi dell'altro coniuge. È un dominio « *a través de la respuesta del otro, respuesta que es "debida"* », esto es, *necesaria en cuanto obliga-*

5. *La reazione pastoralista.*

Un punto forte del dibattito sull'essenza del matrimonio, è quello nel quale le posizioni diventano estreme fino a presentarsi come vere e proprie « reazioni » di fronte a le visioni tenute per sicure. Si possono vedere, da questo punto vista, due reazioni principali: la reazione pastoralista e quella « teologizzante ». Pur nel loro estremismo e nella loro diversità, queste proposte sollevano dei problemi interessanti, soprattutto quando non risparmiano critiche a quelle soluzioni finte o di compromesso, che nascondono i problemi reali.

La reazione pastoralista, nella sua presenza più estrema, prende di mira la concezione tradizionale sull'essenza del matrimonio per il fatto di concentrare la spiegazione dell'essenza del matrimonio intorno allo *ius in corpus* e al contrattualismo. Queste categorie sarebbero il principale ostacolo contro l'affermazione della persona nel matrimonio ⁽²⁹⁾.

Sotto questo profilo, la reazione pastoralista si presenta come una « sincera » rottura con il passato ⁽³⁰⁾, che viene identificato con il diritto autoritariamente imposto alla libertà personale. In sostituzione, si propongono soluzioni di tipo pastoralista all'unica problematica che si prende in considerazione: il dilagare dei fallimenti matrimoniali. Sono diverse le questioni di principio compromesse nella reazione pastoralista. Prendiamo in considerazione solo quella che fa riferimento all'essenza del matrimonio.

ción y libre en cuanto que de hecho puede ser negada» (HERVADA, La identidad del matrimonio, cit., p. 289).

⁽²⁹⁾ « (...) après avoir réfléchi plus attentivement sur les textes mêmes du Concile Vatican II, je suis convaincu qu'il y a là une conception essentiellement différente. Tandis que la conception du Code est nettement contractualiste, celle de la constitution *Gaudium et spes* est nettement personaliste » (P. HUIZING, *La conception du mariage dans le Code, le Concile et le 'Schema de sacramentis'*, « *Revue de droit canonique* » 27 (1977), p. 135). L'occasione di questo lavoro, come indica il suo titolo, è l'elaborazione del Codice di Diritto Canonico di 1983, che viene criticamente considerato — nella fase dello « *Schema de sacramentis* » — come il risultato di un accomodamento tra la concezione del Codice (del 1917) e quella del Concilio Vaticano II (*ibidem, passim*).

⁽³⁰⁾ Una certa solennità e fatalità farà dire a P. HUIZING que la sua concezione significa « *l'écroulement de tout notre bâtiment juridique ingénieux. Mais c'est une conséquence inévitable* » (HUIZING, *La conception du mariage, cit., p. 142*).

La reazione pastoralista nega che il matrimonio abbia un'essenza giuridica: la distinzione tra realtà matrimoniale essenziale e vita matrimoniale vissuta è inesistente. Tutt'al più il matrimonio potrà ritenersi oggetto di valori privati o pubblici, più o meno meritevoli di tutela legale, che dovrà tener conto prioritariamente della volontà individuale dei *partner* e che sarà sempre dipendente dal modello culturale vigente. Il fatto è che la reazione pastoralista non è propriamente una teoria, e molto meno una teoria giuridica. L'uso di una terminologia giuridica in questo contesto, è puramente strumentale, in vista di soluzioni pragmatiche⁽³¹⁾.

Il realismo giuridico è a questo proposito una proposta forte, che si confronta con il pastoralismo, non per questioni di territorialità scientifica ma per esigenze interne di difesa della verità della persona e del matrimonio. Nel pastoralismo, tutto resta tendenzialmente sciolto nella vita matrimoniale, nel divenire effettivamente verificato⁽³²⁾. Con queste basi diventa assurdo postulare un dover essere propriamente matrimoniale: i fatti solo si confrontano con altri fatti. La soluzione è inquietante, giacché nelle relazioni personali inarticolate giuridicamente, un confronto di fatti rischia di degenerare in un confronto di poteri, di forza. E non è da stupirsi

(31) La questione non è solo che le soluzioni che si propongono siano più o meno azzardate, ma è tutto il discorso che si presenta carico di una certa retorica che ostacola il dialogo scientifico. Per esempio, quando si dice che «*C'est un contresens de parler d'une union personnelle valide ou invalide, d'un amour conjugal valide ou invalide*» (HUIZING, *La conception du mariage*, cit., p. 142). Un altro esempio di questo modo proteico di esprimersi può vedersi in questo brano: «*En cas d'échec irrémédiable du couple, il s'agira de constater, humainement et raisonnablement, que les époux n'ont pas trouvé dans le mariage, voire dans le sacrement de mariage, le "ressort" qui aurait dû leur permettre, à travers et par-delà leurs faiblesses ou leurs défaillances, de cheminer vers un épanouissement relatif de leur amour conjugal et vers une foi plus explicite (...). On constatera nécessairement qu'une évolution a eu lieu et que cette évolution ne correspond pas au tracé caractéristique de l'évolution du mariage chrétien c'est-à-dire du mariage devant aboutir à une unité humaine et spirituelle toujours plus poussée*» (J. BERNHARD, *Perspectives renouvelées sur l'hypothèse de la consommation existentielle et dans-la-foi du mariage chrétien*, «*Revue de droit canonique*» 24 (1974), p. 342).

(32) È proprio questo il contenuto a cui evoca il nome della teoria di BERNHARD sulla *consommation existentielle et dans la foi* e il suo sviluppo (cfr. *Perspectives renouvelées*, cit., *passim*; *Réflexion sur la dynamique de l'engagement matrimonial en droit canonique*, «*Revue de droit canonique*» 27 (1977), pp. 290-301).

che un rapporto di questo genere finisca per cristallizzarsi in una sottomissione del debole da parte del forte⁽³³⁾.

Il fatto che la reazione pastoralista non sempre si proponga con accenti di contestazione aperta, non fa che promuovere delle soluzioni apparentemente moderate che, in un certo senso, nascondono la capacità di dissoluzione che abbiamo appena accennato⁽³⁴⁾. Anzi, è possibile che alcune proposte dottrinali abbiano,

(33) Agli autori della reazione pastoralista, come si è visto, piace presentare una conflittualità essenziale tra la dimensione personale del matrimonio e quella giuridica. Indipendentemente della scarsità degli argomenti che adoperano a questo scopo (come, per esempio, la creazione di una nozione di *droit personnaliste* di profili piuttosto scuri; cfr. HUIZING, *La conception du mariage*, cit., p. 139) è interessante mettere in rilievo che la questione non può risolversi se non con una visione profonda della realtà personale: «*cuando al hombre se le aplica la noción de persona y se le despoja de la noción de naturaleza, desaparece automáticamente toda posibilidad de hablar de un orden objetivo, porque es la naturaleza la que es capaz de ser norma de conducta; no la persona considerada como pura existencia. Por eso el orden grabado en el ser del hombre es denominado Derecho natural y no Derecho personal o de la persona. La persona es sujeto de derechos subjetivos y de deberes, pero — sin considerar su naturaleza — no es ley o norma*» (HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, cit., p. 128). Alcune riflessioni interessanti sul «personalismo» degli autori della reazione pastoralista si trovano in J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 CIC'83)*, «*Ius Ecclesiae*» IV-1 (1992), pp. 79-150.

(34) Uno dei rischi più concreti dell'atteggiamento esclusivamente pastoralista (diverso ovviamente dell'orientamento pastorale che ha tutto il diritto canonico per il fatto di essere il diritto della Chiesa) è quello di piegarsi alla separazione tra comprensione oggettiva dell'uomo e evoluzione culturale o storica, che conduce necessariamente a tradurre l'attenzione alle necessità personali e ecclesiali in un pragmatismo, eventualmente giustificato con ragioni di tipo culturale e storiche. A nostro avviso, è quello che accade con la posizione di L. ÖRSY. Questo autore prende spunto da una giusta attenzione alle diverse sensibilità culturali in materia matrimoniale: «*We have to be careful not to make an exaggerated version of Western personalistic philosophy so absolute that the marriages of Christians living in another culture should be considered invalid (...). None the less, it will remain a key concept in the law of marriage, steadily interpreted and refined, but never quite defined*» (L. ÖRSY, *Marriage in Canon Law*, Delaware 1988, pp. 51-52). Il vero problema è che si sviluppa una teoria globale di quello che è culturale e storico, e la si proietta su tutta la riflessione sul matrimonio, non escludendo elementi essenziali di questa realtà: «*(...) through a historical process, the church has formed the prudential judgment that for the sake of the common good, no dispensation from the bond of a sacramental and consummated marriage must be given (...). If ever in history prudence would dictate a different judgment, the light and strength of the Spirit will be there again to guide the church*» (ÖRSY, *Marriage in Canon Law*, cit., p. 277). Questi atteggiamenti pastoralisti lasciano trasparire in fondo

senza nemmeno saperlo, questi presupposti: è un rischio ulteriore derivante dall'aver staccato la riflessione fondamentale sul matrimonio, dalle soluzioni ritenute «tecniche» ai problemi della pastorale e della pratica giuridica⁽³⁵⁾.

In sintesi, la reazione pastoralista è stata la posizione dottrinale che ha messo a nudo la crisi di senso che si traduce nell'opposizione tra natura e cultura ed, in ultima analisi, tra natura e libertà. Il realismo giuridico si confronta con questo tema, e ripristina gli elementi che consentono di parlare di una «realtà matrimoniale oggettiva».

Forse è questo il punto in cui il realismo giuridico ha sviluppato una riflessione più profonda e coerente. Indipendentemente della priorità cronologica concreta tra gli studi di J. HERVADA sul matrimonio e sul diritto, è evidente la coerenza della sua concezione, fortemente imperniata sul realismo come prospettiva primaria. Lo studio dell'essenza del diritto chiarisce l'ambito in cui l'es-

un vero e proprio scetticismo sulla possibilità di cogliere punti centrali delle realtà più profondamente umane, che restano alla fine assoggettate all'arbitrarietà del singolo o di chi deve decidere nel caso concreto. L'opzione scettica e prammatica è insinuata in questa parole, in riferimento a aspetti essenziali del matrimonio, che chiudono il lavoro di ÖRSY: «*There is no way of answering such questions with precision in our present state of knowledge; nor is it necessary to answer them before action can be taken*» (ÖRSY, *Marriage in Canon Law*, cit., p. 294).

⁽³⁵⁾ È quello che accade quando si pretende di fondare l'unione coniugale sulle «personalità, qualità ed attitudini» del coniugi, nella prospettiva di rivalutare il valore della relazione matrimoniale come «relazione interpersonale» (cfr. J.M. SERRANO, *Acerca de algunas notas específicas del derecho y deber conyugal*, «Revista española de Derecho canónico» 30 (1974), n. 85, pp. 19-23). Con questa intenzione, si focalizza la unione matrimoniale in una sorta di complementarietà soggettiva, certamente interessante dal punto di vista psicologico ma piuttosto lontana del concreto problema giuridico: la interpersonalità «(...) da una parte, porterà a una acuta valutazione delle singolarità irripetibili proprie di ogni individuo; e dall'altra, a una non meno accurata valutazione delle due personalità, delle qualità e delle attitudini, per discernere non solo la loro entità autonoma e separata, ma anche il loro essere e la loro funzionalità nell'interazione di ogni singola coppia umana» (SERRANO, *Ispirazione conciliare nei principi giuridici del matrimonio canonico*, in *Il codice del Vaticano II*, Bologna 1985, p. 38). Una critica profonda dal punto di vista dei presupposti del realismo giuridico, alle opinioni di SERRANO (concretamente nell'ambito dei suoi contributi giurisprudenziali sull'incapacità nel matrimonio) si trova in H. FRANCESCO, *L'incapacità relativa: Status quaestionis e prospettiva antropologico-giuridica*, in *AA.VV., L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, pp. 101-135.

senza del matrimonio va mostrata, e lo studio dell'essenza di una relazione giuridica concreta che è quella matrimoniale è un ambito reale e concreto dove si mettono alla prova le conclusioni a cui si è pervenuto sull'essenza del diritto. La convergenza dei risultati è probabilmente la miglior prova di realismo e dunque di verità. Naturalmente, i limiti di questo lavoro non ci consentono di approfondire queste tematiche⁽³⁶⁾.

6. La reazione «teologizzante».

Quella che abbiamo denominato reazione «teologizzante» merita un breve commento. Ha pure delle connessioni con questioni di fondo riguardanti la concezione della realtà, particolarmente in ciò che fa riferimento al rapporto tra il naturale e il soprannaturale⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Una sintesi notevole dell'armonia tra le intuizioni di HERVADA sul diritto come ciò che è giusto, e del matrimonio come *una caro* (nella sua traduzione metafisica come «unità nelle nature») si trova in queste parole di ERRÁZURIZ: «se il diritto è ciò che è dovuto a una persona da un'altra in giustizia, secondo la classica definizione romana di giustizia come *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (*Digesto*, 1, 1, 10), nella quale il diritto è visto come oggetto della giustizia, allora l'aspetto giuridico è costitutivo ed essenziale della relazione matrimoniale. La peculiarità di questa relazione risiede giustamente nel suo oggetto, che sono le stesse persone dei coniugi in quanto tali. Il giusto matrimoniale non sono certe prestazioni dei coniugi, e molto meno determinati beni patrimoniali legati all'unione: sono le persone del marito e della moglie nella loro reciproca condizione di coniugi. Sono loro che si appartengono reciprocamente senza perdere per questo la loro intrasferibile libertà e responsabilità personale, ossia senza trasformarsi in oggetto dell'altra parte» (C.J. ERRÁZURIZ, *Verità del matrimonio indissolubile e giustizia*, cit., pp. 587-588).

⁽³⁷⁾ Secondo CORECCO l'unica connessione esistente tra i due ambiti sarebbe precisamente la realtà matrimoniale: «Senza il sacramento del matrimonio anche la Chiesa rimarrebbe disincarnata e in posizione estrinseca rispetto all'esperienza storica dell'umanità, entro la quale il matrimonio ha conservato, sia pure in modo non esclusivo, la centralità di significato ricevuto nell'economia della creazione. La Chiesa diventerebbe in questo modo una semplice sovrastruttura rispetto alla storia reale dell'uomo, poiché non la compenetrerebbe con l'efficacia della sua Grazia in uno dei suoi elementi imprescindibilmente costitutivi» (E. CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, Lugano-Casale Monferrato 1997, vol. II., p. 577). Come può vedersi, il sacramento del matrimonio riceve una accentuazione quasi assoluta come strada per la realizzazione dell'eclesialità nella storia. Questa affermazione, però, è portatrice d'un oscuramento della valenza della natura umana, dovuto all'idea della Chiesa che si difende. Infatti, la

Va sottolineato che la sfiducia di fronte alla conoscenza razionale, che emerge di questa posizione dottrinale, inalberata come resistenza alla secolarizzazione, presenta paradossalmente i profili di una resa⁽³⁸⁾. L'assorbimento della realtà matrimoniale naturale in quella soprannaturale fino a negarla, equivale a costruire la propria casa su un'isola, con le macerie del ponte che l'univa al resto del mondo. L'encomiabile intenzione ultima, quella di proteggere l'identità soprannaturale del matrimonio cristiano, può diventare alla fin fine un ostacolo per l'evangelizzazione della cultura e del matrimonio.

sintesi di storia dell'umanità penetrata dalla storia della Chiesa e ripresa dopo la superazione del peccato, si tradurrebbe nella vigenza dei consigli evangelici e nel matrimonio elevato alla dignità sacramentale. Perciò «in quanto memoria dello stato di giustizia originale e segno profetico dello stato della natura umana nella visione beatifica, essi costituiscono l'elemento di continuità tra i due poli della storia dell'umanità: lo stato originale e lo stato finale, in cui lo stato di giustizia originale sarà restaurato e superato dalla visione beatifica» (CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine*, cit., pp. 575-576). La posizione di CORECCO è fortemente dipendente di quella di HANS URS VON BALTHASAR, *Christlicher Stand*, Einsiedeln 1977, esp. pp. 51-314.

⁽³⁸⁾ Questa sfiducia si estende a tutto quello che poggia sulla natura umana, come è il caso della socialità naturale che sottostà alla medesima. Questa socialità naturale, e il diritto naturale che ne è cardine, è ritenuta indipendente della socialità ecclesiale che resta racchiusa in se stessa ed esclusivamente riconoscibile attraverso la fede: «Non si tratta più di stabilire il nesso tra una realtà divina conosciuta solo razionalmente, ed una naturale, ma tra la realtà divina, soprannaturale e trascendente, conoscibile solo per fede, con quella ecclesiale, che per definizione e già una realtà sacramentale, vale a dire una realtà soprannaturale immanente — perché incarnata — nella storia, ma non conoscibile razionalmente» (E. CORECCO, *Diritto*, in *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, Lugano-Casale Monferrato 1997, vol. I, p. 129). La traduzione di questa posizione nell'ambito del diritto è quella di abbandonare gli strumenti razionali, a beneficio di quelli prettamente teologici: «La canonistica deve perciò abbandonare ogni preconcuzione giusnaturalistico-filosofica del diritto, non solo di estrazione razionalistica ma anche cristiana, come quella elaborata dal pensiero medioevale nella sintesi tomistico-suareziana. Questa nozione formale di diritto era stata elaborata in funzione di un sistema filosofico o teologico in cui il diritto era considerato primariamente come fenomeno antropologico-naturale. L'unità tra il diritto divino-positivo e quello canonico-umano non può perciò essere stabilita attraverso la mediazione del diritto naturale» (*Ibidem*). Una riflessione sui fondamenti di questa corrente, fatta dalla prospettiva del realismo giuridico può vedersi in C.J. ERRÁZURIZ, *Brevi annotazioni circa il pensiero di Eugenio Corecco (A proposito del libro di E. Corecco, Theologie et droit canon. Écrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon)*, «Ius Ecclesiae» 5 (1993), pp. 753-762; anche, dello stesso autore, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del Diritto Canonico*, Milano 2000, pp. 69-75.

Poiché si rende non riconoscibile la rivelazione della restaurazione della «verità del principio» sul matrimonio, si consacra un'incomunicazione totale tra il matrimonio come realtà umana e il matrimonio come realtà ecclesiale sacramentale.

Il realismo giuridico è pronto a pagare il prezzo della fatica, che peraltro gli impone la realtà: esiste un'unica ed identica realtà matrimoniale naturale, nel matrimonio sacramentale e in quello non sacramentale⁽³⁹⁾. Esiste, dunque, un'essenza del matrimonio, profondamente radicata nelle nature e quindi nelle persone dei coniugi, che è unica per tutti i matrimoni veramente tali. Le luci che il cristiano riceve sul matrimonio attraverso la Rivelazione illuminano non solo il disegno soprannaturale, ma anche quello naturale e di conseguenza attribuiscono al pensiero cristiano una responsabilità di fronte a tutti gli uomini.

Concludendo, il realismo giuridico, con la forza della tradizione su cui poggia, non ha risparmiato lo sforzo del dialogo, di porsi le stesse domande che si fanno i contemporanei, di schierarsi con loro quando è possibile e in contrasto con loro quando non lo è. Il risultato è una visione che sorge nella comunità scientifica dei canonisti, appunto perché ritiene che sia questo un luogo dove il pensiero cristiano ha messo a fuoco la verità naturale e soprannaturale sul matrimonio con particolare precisione.

⁽³⁹⁾ La visione del matrimonio come unità nelle nature, centrale nel pensiero di HERVADA, riempie di profondità la interpenetrazione tra contratto e sacramento, nella terminologia della tradizione teologica e canonica: «*la dimensión sobrenatural no es una realidad "ocasional" (dada con ocasión de) respecto del matrimonio sino una dimensión que "penetra" en toda la realidad conyugal, de modo que, respetando siempre las relaciones entre naturaleza y gracia, la dimensión sobrenatural (...) supone, recoge, sana, levanta y engrandece a la institución natural*» (J. HERVADA, *La sacramentalidad del matrimonio*, in *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona 1987, p. 315; anche in *Una Caro. Estudios sobre el matrimonio*, cit., pp. 694-695).

Pagina bianca

FABIO VECCHI

IL CROCIFISSO: LAICISMO ICONOCLASTA
E DEGRADAZIONE GIURISPRUDENZIALE
DEL CONTENUTO DI UN SIMBOLO

1. L'individuazione del punto di non aggressione tra esigenze dello spirito e relativismo giuridico. — 2. La soggezione dei dogmi o idee formali-simboliche all'assioma della relatività dei "concetti giuridici". — 3. Il valore iper-rappresentativo dei simboli. — 4. La responsabilità degli operatori del diritto nell'atto di interpretazione ed elaborazione dei "concetti giuridici": danni del meccanicismo ermeneutico. — 5. Iconoclastia laica dei giudici e similitudini ideologiche del XX secolo. — 6. La crisi di identità della cultura europea nella perdita memoria della storia e della poesia, ossia del "sentimento" che sostanzia le forme espressive della civiltà. — 7. Conclusioni: validità del principio di relatività del diritto in funzione di una interpretazione "immanente", "di esperienza" dei dati offerti dalla realtà storica.

1. *L'individuazione del punto di non aggressione tra esigenze dello spirito e relativismo giuridico.*

Il mondo classico aveva attribuito al *symbolum* la forza di concentrare in sintesi perfetta valori comuni e comunemente accettati. Si trattasse di segni di riconoscimento, come le lettere credenziali degli ambasciatori, o di titoli di mercede delle prestazioni professionali dei giudici ateniesi, o del sigillo di una amicizia tra privati cittadini o di una convenzione stipulata tra due Stati sovrani, i simboli hanno racchiuso in sé l'espressione formale di una concessione di fiducia, di un credo, hanno materializzato in segno sensibile idealità universali e costruito il ponte tra materia e spirito. La Passione di Cristo ha la sua sintesi perfetta e ineffabile nel simbolismo mistico della Croce cristiana, ed anche i riforma-

tori protestanti, luterani e calvinisti possiedono il loro *pantheon* simbolico⁽¹⁾.

Sarebbe arduo, dunque, tentare identificazioni tra simboli di fede e concetti giuridici perché solo questi ultimi sono la malta con la quale il giurista lega assieme e getta le fondamenta delle sue costruzioni normative. Ora, se è indubbio l'assunto della relatività dei concetti giuridici⁽²⁾, è altrettanto indiscussa la necessità per l'uomo di legge di fare ricorso continuo a tali categorie del pensiero e, con esse, alle fattispecie, ai simboli, ai miti, veri "strumenti" di elaborazione della conoscenza scientifica del diritto, per scrutare, leggere, rappresentare e interpretare i fatti, nel loro porsi fenomenologico e storico⁽³⁾.

L'ordinamento giuridico risulta essere, così, la ricostruzione palpitante di un fitto reticolo di concetti giuridici volto ad imbrigliare la realtà mutevole⁽⁴⁾ per formule rappresentative: rappresentazioni empiriche, non universali, riflesso di una esperienza umana costretta dai medesimi parametri della storia. E, tuttavia, pur accettando per vera la relatività dei concetti giuridici e delle simbolizzazioni, queste acquistano valore universale e meta-giuridico di "diritti innati" quando registrino i sentimenti del gruppo. Né è da credere che la logica giuridica rifiuti preventivamente l'oggettivazione del dato normativo e la percezione del valore spirituale dei simboli: un chiaro esempio di trasposizione simbolica del sacro e dei valori della coscienza è offerto dal diritto canonico. Questo, infatti, oggettiva il dato normativo nel momento stesso in cui traduce in norma i sacramenti, siano essi il battesimo o l'unzione degli infermi o il vincolo "sacro" del matrimonio. Si tratta di un procedimento unico nel suo genere nel quale il concetto giuridico "rela-

(1) F. MOMIGLIANO, voce *Simbolo*, in *Dizionario Lessona*, V, UTET, 1917, p. 342; J. RIES, voce *Croce*, in *Enc. delle Religioni*, IV, *Il Pensiero, concezioni e simboli*, Milano, 1987, p. 167 e spec. 175 ss. e J. CHEVALIER-A. GHEERBRANT, voce *Croix*, in *Dict. des Symboles*, Paris, 1973, p. 141 ss.

(2) A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in *Atti della Reale Acc. delle Scienze di Torino*, vol. 75 (1939-40). Per l'idea della relatività dei concetti giuridici nella storiografia: v. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II, Giappichelli, 1963, p. 393.

(3) R. ORESTANO, *Introduzione cit.*, p. 389.

(4) Sovviene l'impressione dell'ordinamento come "un tutto vivente, un organismo che ha (...) forza propria, sebbene latente, di espansione e adattamento", così S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 15.

tivo” annulla le distanze tra esigenze dello spirito e labilità dell’esperienza contingente per identificare e cogliere una “idealità” universale sostanziata in un atto di fede. In tal modo il diritto della Chiesa, per via di un procedimento aperto alla componente meta-giuridica, raccoglie con fedeltà oggettiva quella “idealità” universale che è la percezione normativa — e pur sempre trascendente — dell’idea di Dio, il diritto sacramentale o i simboli della fede e del culto, come esemplati nella Croce.

Ma il diritto canonico, e quanto di divino e di simbolico in esso tradotto in norma, è un’esperienza giuridica con larghi tratti di originalità e di unicità. Ai caratteri suoi propri di oggettività ed universalità si oppone la generale persuasione della relatività dei concetti giuridici così come, per lo meno, ritiene una autorevole parte della dottrina⁽⁵⁾. Sembra opportuna, dunque, una riflessione di pura tecnica del giudizio sul metodo con cui i suoi stessi interpreti, siano essi i giuristi, il legislatore o i giudici, si fanno artefici di *responsa*.

Intendo il problema della coniugabilità tra elaborazione e sensibilità o, se si vuole, tra ragionevolezza ed emozione, quali momenti dell’esperienza spirituale dello *iuris peritus* chiamato all’interpretazione simbolica dei segni confessionali. Solo attraverso queste opposte dimensioni, infatti, l’attività critica del giurista si predispone al confronto tra l’immanenza del concetto giuridico e l’opinione sensibile che di questo ne percepiscono i consociati.

Intendo proporre, insomma, la coniugabilità sul piano del diritto di due dimensioni dello spirito — i concetti giuridici relativi ed i simboli assoluti — all’apparenza posti agli antipodi, in una condizione naturale di incomunicabilità. Tali dimensioni, sottoposte alla lente dell’interprete, possono aspirare ad un punto di contatto e di armoniosa sovrapposizione attraverso la rivalutazione

(5) Così, S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, XXXIX, Vallardi, Milano, 1941/I, p. 204. Alla fenomenologia dei concetti e all’elaborazione operata dal giurista si richiamano le pagine luminose di F. CARNELUTTI, *La metodologia del diritto*, Padova, 1939. Tra i possibili contatti con queste riflessioni circa i simboli di indole confessionale, è l’idea “limitante” dei concetti: strumenti necessari per impadronirsi della realtà percepita per “immagini” ma, pur sempre, strumenti semplificativi della stessa. L’A. suggerisce così, in via implicita, la centralità del ruolo dell’interprete, protagonista di quell’affascinante e “incessante processo di disincarnazione dell’immagine nel concetto” e viceversa. Così, *op. cit.*, p. 85.

della coscienza dell'uomo letta nel piano dell'esperienza storica e dell'intimità della sfera sentimentale.

E sarà senz'altro utile tenere a mente come i concetti giuridici, — come quello di “persona” —, per quanto nobili e posti al vertice di una ideale scala di valori vengano costantemente ed indistintamente intesi come artifici, “costruzioni ausiliarie”, in una parola, delle autentiche “finzioni”⁽⁶⁾.

Se è la rappresentazione il terreno naturale nel quale il giurista si muove e, nel caso in cui sia chiamato a collegare ed armonizzare tra loro simboli e concetti, questi deve essere in grado di sostenere criticamente i più delicati confronti.

Tenendo conto della tendenza manifesta delle idee appartenenti alla sfera delle scienze morali, a porsi nella realtà fenomenica con l'identica volontà propositiva che è propria dei concetti desunti dalle scienze esatte⁽⁷⁾ apparirà con chiarezza il rischio perennemente corso dall'interprete, di incagliarsi sugli arenili concettuali.

Queste prime riflessioni sollecitano cautele, perché è improbabile ricondurre o ricomprendere o associare in modo veramente esauriente un “simbolo” in un concetto giuridico e tanto meno quest'ultimo fattore nell'ideale prettamente spirituale contenuto nel crocifisso. In tal senso il sentenziare del giudice dello Stato su un tema tanto delicato — così come è avvenuto con l'ordinanza del Tribunale di L'Aquila del 23 ottobre 2003 —, ripropone l'interrogativo del rapporto tra universalità dei sentimenti (rappresentazione spirituale per simboli confessionali) e relatività pragmatica (rappresentazione normativa per concetti giuridici): un interrogativo reso oggi ancor più pressante dall'evoluzione dell'art. 8 Cost. Un dettato che in molti, attualmente, si affannano a voler leggere senza l'opportuna serenità di giudizio alimentando incertezze circa la “tenuta” del diritto di libertà religiosa nel medesimo terreno che promuove le odierne libertà confessionali. Prende così forma il

⁽⁶⁾ H. Kelsen, *Dio e Stato, la giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988, p. 240. Ben nota è la teoria di Innocenzo IV (Sinibaldo de' Fieschi) sulla “*persona ficta seu repraesentata*”: v. E. Ruffini, *Il principio maggioritario*, Cremona, 1976, p. 33 e P. Lombardia, *Lezioni di diritto canonico*, Milano, 1984, p. 183. Sugli sviluppi storici del concetto di persona giuridica, G. Catalano, voce *Persona giuridica (diritto intermedio)*, in *Nuovo dig. it.*, XII, UTET, 1965, p. 1032.

⁽⁷⁾ A.C. Jemolo, *I concetti*, cit., p. 12.

dubbio se in ossequio al dogma della relatività, il “sentimento” religioso espresso in un simbolo di fede debba cedere di fronte all’attuazione di principi giuridici “gerarchicamente elevati”; se sia accettabile ritenere che la laicità dello Stato “pluriconfessionale” debba comportare intolleranza verso i simboli e negare *in toto* l’idea di un cittadino maturo, in grado di accettare le variabili manifestazioni e “forme” della fede.

Eppure, il diritto nel suo momento creativo, nel suo farsi fenomenologico, non manifesta tentennamenti o sussulti. Il gruppo sociale che è artefice di forme evocative e trascendenti, esprime la impellente necessità di individuare attraverso il diritto una rappresentazione autentica della realtà; una rappresentazione che sia una formula vivente⁽⁸⁾, in grado di ricavare dal suo stesso impeto vitale i mezzi di autodifesa da qualsivoglia aggressione.

Sarà allora, altrettanto utile ritenere come l’assunto carattere di relatività delle formule giuridiche debba mantenere l’aspirazione verso un ideale di diritto che, per quanto lontano da regole assolute, care al giusnaturalismo, sia espressione sincera e sensibile della fenomenologia dell’uomo e rappresentazione rispettosa delle tradizioni di civiltà⁽⁹⁾.

Su queste basi sarà opportuno verificare la posizione abbracciata dalla giurisprudenza: del suo porsi nei confronti dei concetti giuridici e dei simboli. Se in essi, anziché registrare lo spirito della società che ne trasuda attraverso il “sentimento”, il giudice non sia disposto a ravvisare altro che “figure logiche” facenti parte di un’impalcatura di impressioni e regole puramente rappresentative e di indole relativa, intercambiabili, sostituibili e sopprimibili per via di fredda tecnica interpretativa.

2. *La soggezione dei dogmi o idee formali-simboliche all’assioma della relatività dei “concetti giuridici”.*

Nonostante quanto affermato, non mi sento di contraddire l’affascinante idea del diritto come prodotto dello spirito, come

⁽⁸⁾ A.C. JEMOLO, *I concetti*, cit., p. 6.

⁽⁹⁾ E. BETTI, *La sensibilità giuridica*, in *Diritto, Metodo, Ermeneutica, Scritti scelti* (a cura di G. Crifò), Giuffrè, 1991, p. 361 ss. L’A. recensiva un lavoro di E. RIEZLER, *Das Rechtsgefühl: rechtspsychologische Betrachtungen*, 2, München, 1946.

sentiero di “conoscenza” universale dell’esperienza umana lungo il quale, tuttavia, l’uomo di legge nella sua incessante tensione alla ricerca è costretto a procedere e soggiacere a concetti relativi. Non mi riferisco unicamente ai concetti giuridici strettamente intesi e agli istituti a cardine dei codici quali la famiglia, l’ente, la persona, ecc. ⁽¹⁰⁾, ma anche alle idee ispiratrici di norme ed istituti poste nella “*turris eburnea*” dei valori dell’ordinamento, come la “laicità” o la stessa idea di “democrazia”.

I sistemi ordinamentali offrono abitualmente l’impressione di apparati relativi: tale relatività di impianto prende le mosse dai concetti giuridici e si estende alla scala gerarchica dei principi e dei valori di riferimento subordinati e sopraordinati. Avviene così che ad un principio costituzionale, si affianchi un “principio supremo” e a questi, altre qualificazioni alternative all’occorrenza — liberale, pluralista, ecc. — volte a ricomporre nuovamente la piramide dei valori del giurista.

A ben vedere, le medesime tensioni emergono nella decisione del Tribunale di L’Aquila qui commentata allorché si trovi a sperimentare congruenze nel raffronto simbolico tra crocifisso e “laicità” attribuendo relatività al primo e forza discriminante al secondo. Tale raffronto conferma il “paradosso democratico” di tradizione weberiana pienamente accolto dal Kelsen: è il “politeismo dei valori”, il fondamento primo dei moderni impianti democratici favorevoli ad un più generale relativismo filosofico che si fa, fatalmente, relatività di norme e di principi giuridici, di metodologie e di sensibilità. Accade così che le libertà democratiche patiscano uno stato di relatività e che tale condizione queste trasmettano alle garanzie loro, via via comunicando la medesima natura ai principi assiomatici — e così pure all’idea di tolleranza — su cui trovano fondamento ⁽¹¹⁾.

L’uomo giuridico in questa trama di rapporti si trasforma in un alchimista alle prese con gli elementi primi, impegnato a scomporre e ricreare sulla base di una certezza ermeneutica, la sua verità rivelata, quella più consona a descrivere alla luce di nuovi pro-

⁽¹⁰⁾ A.C. JEMOLO, *I concetti*, cit., p. 1 ss.

⁽¹¹⁾ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, 1986, p. 21.

tabilismi, la realtà mutevole dei concetti: una realtà fatta di labilità⁽¹²⁾.

Ecco, allora, le coordinate del *iuris peritus*, l'astro di riferimento del navigante: "l'interesse pratico", quale segreto divinatorio che gli permette di creare e distruggere, di posporre o anteporre, di condannare o proclamare una impressione formale come contenuto di diritto. Tutto avviene sulla base di concetti ritenuti per astrazione, ma anche per procedimenti in perenne adeguamento.

Condizioni, queste, che assegnano al *iuris peritus* una posizione di terzietà intellettuale verso i concetti e che lo rendono equidistante dall'innatismo platonico quanto dalla "purezza" critica kantiana⁽¹³⁾.

Egli si trova ad agire perennemente su "pseudo-concetti", ad elaborare formule sempre relative dell'esperienza giuridica, con l'imperativo di indagare la realtà temperando profilo scientifico e filosofico delle idealità umane⁽¹⁴⁾.

In un tale contesto di transizione, un'indagine dell'esperienza giuridica che si integri "*a parte subiecti*" e "*a parte obiecti*" armonizzando filosofia e scienza, sarà sicuramente più resistente alle offese apportate da letture ideologiche del diritto. Una tale evenienza di indagine può presentarsi in ogni ambito dell'esperienza giuridica. Si pensi a come la provvisorietà in qualche misura penetri, richiamando qui ancora una volta la disciplina canonica, anche nel diritto divino quando venga filtrato attraverso le proposizioni umane che ne descrivono in norme i contenuti metafisici: anche in questo caso si è testimoni di un diritto "diveniente", ossia di un diritto adagiato sul piano della storia⁽¹⁵⁾. Anche in questo caso una indagine interpretativa equilibrata si rende necessaria.

Con ciò si vuol dire che non esiste alcun piano del diritto che, in nome di principi supremi, sollevi l'interprete da una responsabilità personale, intima, completa. La relatività dei concetti giuridici non esime l'uomo di legge da responsabilità di interprete, di critico oggettivo delle leggi e di osservatore sensibile dell'esperienza giuridica che in quelle proposizioni è presupposta.

(12) G. LO CASTRO, *Il Mistero del diritto, I, Del diritto e della sua conoscenza*, Torino, 1997, p. 77.

(13) A.C. JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, Milano, Valardi, 1945/I, p. 145.

(14) A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Cedam, 1967, p. 8.

(15) G. LO CASTRO, *Il Mistero*, cit., p. 61.

L'interpretazione rende l'autore responsabile di fronte a se stesso, di fronte all'ordinamento giuridico e di fronte al cittadino, condizionabile e vulnerabile da letture squilibrate o parziali del diritto.

Queste osservazioni sollecitano la tesi per cui l'interpretazione critica, attività intellettuale di ri-creazione delle idee, deve assecondare due evenienze: appurare la portata effettiva dei concetti giuridici e descriverne le note costitutive in modo tale da poter garantire una finalità ultima che è "essere aderente all'esperienza che intende illuminare e non disconoscere" (16). Questo imperativo di conoscenza profonda dei concetti giuridici diventa ineludibile necessità di fronte ai simboli confessionali. Insomma, la validità dei concetti giuridici sta ai simboli se ed in quanto la fedeltà della lettura interpretativa riconosca il primato dell'esperienza sensibile ed universale che nei simboli è contenuta.

Qui vanno individuate le responsabilità dell'interprete del diritto e i criteri della sua azione di ermeneuta. Qui riposano le finalità ultime cui è rivolto il suo agire intellettuale che è il ri-scoprire le reali esigenze della società in base ad una *communis opinio*, ad una sensibilità collettiva. Sarà allora opportuno affrontare una prospettiva circoscritta della questione, prendendo le mosse dall'interrogativo al quale mi sento di rispondere affermativamente: la responsabilità giuridica ed emotiva dell'interprete del diritto si estende pienamente a tutti i concetti giuridici. Ma la decisione giurisprudenziale dalla quale si prende qui spunto obbliga ad indirizzare il punto di domanda sul limite reale di intangibilità da attribuire ai simboli di natura confessionale. La questione dunque, impone una indagine sulla presunta riconoscibilità da parte dell'interprete delle leggi di un valore iper-rappresentativo dei simboli confessionali, di una — per così dire — "valenza suprema" loro propria.

3. *Il valore iper-rappresentativo dei simboli.*

Quello del rapporto sussistente tra logica interpretativa e vigenza dei simboli è un argomento spinoso. Si tratta di osservare in che misura i poteri evocativi, sintetici, rappresentativi e ideali

(16) A. LEVI, *Teoria*, cit., p. 94.

espressi nei simboli possano essere rielaborati e soggetti ad un vaglio di effettività giuridica. Se, in altri termini, la forza mistico-rappresentativa dei simboli non esiga nell'interprete un'attenzione massima verso i contenuti sentimentali attribuiti dai consociati.

Ogni momento fondante la condizione umana, sia esso la dimensione politica o religiosa o culturale, è contrassegnato da un simbolo, come una pietra miliare del percorso esistenziale collettivo. Il simbolo è cognizione ed emozione, è percezione sintetica e rielaborazione spirituale della vita, è formula identificativa. Anche il mondo del diritto si avvale di simboli: presuppone attività simboliche, elabora processi simbolici, descrive e legittima rapporti simbolici. Ciò, nella dimensione del singolo come del gruppo, dell'associazione semplice e dell'organizzazione complessa, offrendo a ciascuna di queste identità un'ulteriore capacità espressiva.

Ma il rapporto tra diritto e simboli è incerto, incompleto, insidioso. Al diritto è negata l'estensione spirituale concessa al simbolo: quella del mito e della soprannaturalità trascendente. Il diritto è legato ed avvinto alla realtà fattuale, il simbolo, invece, può tradurre l'ideologia di un popolo, esprimere con veemenza lo spirito irrazionale, sintetizzare in modo ineffabile la fede insondata verso un ente supremo e dare corpo e sostanza alla propria coscienza, tenendo saldamente unite le radici storiche, l'identità e le tradizioni di un popolo e di una cultura intera.

Poste le difficoltà dell'interprete a percepire la forza emotiva del simbolo e dunque l'ampiezza di sentimento che è capace di suscitare tra i consociati, l'unico rapporto incruento tra simboli e diritto è quello della mediazione rappresentativa di pura "lettura" e non dell'analisi ermeneutica selettiva. Il problema dell'interprete, insomma, è nell'adeguatezza a registrare la più impercettibile reazione spirituale compresa nel simbolo⁽¹⁷⁾. È un problema di capacità "comprensiva" e di attenzione.

In tal senso, un crocifisso, una bandiera, l'immagine di un capo di Stato e di un principe regnante, sono parificabili, a patto di non confondere le *nuances* emotive e creare una indistinta e indefinita "religione civile". La cultura occidentale giudaico-cristiana, continuamente arricchita da convenzioni per il felice passaggio di esperienze filosofiche diverse che ne hanno modellato il

(17) V. TURNER, *La foresta dei simboli*, Brescia, 1976, p. 30.

“sentire” rafforzando nel contempo i valori simbolici, comporta necessariamente “conflitti di valutazione” di questo tipo.

L'uomo di scienza è, così, invocato a comporre conflitti di interesse per eccesso di regole e la sua indagine critica dovrebbe essere favorita dal grado di riconoscimento emotivo che i consociati attribuiscono ad una convenzione elevata a simbolo. Nessuno potrà obiettare che la Croce è simbolo di cultura di un popolo intero e allora sarebbe utile chiarire la portata giuridica, la qualificazione categorica, la sua rapportabilità ad un “concetto giuridico” o “pseudo-giuridico” o, ancora, “meta-giuridico”.

Tali osservazioni di carattere astratto si caricano di concretezza quando vengano ricondotte su un terreno prevalentemente pratico. Acquista così rilievo comprendere quanto da tali inquadramenti il *iuris peritus* ne tragga, in ultimo, un valore o un dis-valore.

Secondo le leggi dello Stato⁽¹⁸⁾ e secondo il CIC, che enuncia il “culto delle sacre immagini” ai cann. 1186, 1187 e 1188, v'è un'approssimazione alla categoria dei concetti giuridici⁽¹⁹⁾.

La legislazione statale, diversamente dalle leggi canonico-liturgiche, tende a ridurre il valore rappresentativo ed emotivo del simbolo della Croce adeguandone la qualificazione a “pseudo-concetti”. Succede così che, privato dal referente della pietà popolare e del culto, esso sia degradato ad un “arredo” e ricondotto ai dettami del codice civile e alla normativa regolamentare⁽²⁰⁾.

Anche l'inquadramento nella categoria concettuale di “bene culturale”, *genus* amministrativo di ancor recente creazione, propone una *reductio* del contenuto simbolico della Croce, costretto ad una valenza rappresentativa squisitamente estetica, quello del simbolismo dell'arte, anche se il percorso della rappresentazione degli interessi e della ricerca della verità, resta totalmente aperto⁽²¹⁾.

(18) Art.118 R.D. 30 aprile 1924, n. 965 e punto 1, Allegato C al R.D. 26 aprile 1928, n. 1297.

(19) CIC, cann. 1186-1188. Il can. 1186 legittima il culto della Vergine e dei Santi, regolando il *munus sanctificandi* della Chiesa (can. 834 § 1), “*ad sanctificationem populi Dei fovendam*”. Il can. 1188 disciplina il culto delle immagini sacre, in quanto “prezioso alimento della pietà cristiana” (ex Concilio di Trento). Sul punto, L. CHIAPPETTA, *Il CIC, Commento giuridico-pastorale*, II, Napoli, 1988, p. 310.

(20) Vedi artt. 826 e 829 cc.

(21) Mi riferisco all'analisi del simbolo in rapporto alla verità nascente dall'e-

Ma è la nostra stessa cultura che ci suggerisce il valore meta-giuridico del simbolo della Croce. Non si tratta solo dell'attributo testimoniale delle reliquie, così come ci offre la tradizione classica dei *Vexilla regis* di Venanzio Fortunato o dell'idea nobilitante del supplizio di Cristo materializzata per via strumentale dal "legno" rappresentativo del mistero doloroso della Passione, perché la simbologia della Croce si giustifica nella nostra cultura proprio in questo mistero di sacrificio, di dolore e di salvezza. È il significato meta-giuridico che per San Paolo si traduce nella "teologia della Croce". Ma è lo stesso valore meta-giuridico di cui riferisce Dante nel Canto XV del Paradiso, quello che il Poeta non casualmente identifica nella "Croce Astrale" visibile nel Cielo di Marte. Quale miglior elemento simbolico — ben oltre la lettura drammatica e scenica che promana dalle corde del letterato — per riassumere le personali idee politiche e morali, per illustrare la propria missione terrena? Il simbolo meta-giuridico della Croce diventa qui elemento di sintesi di valori, tale da riassumere la condanna per la corruzione politica presente della società comunale di Firenze e la nostalgia degli antichi costumi incarnati nell'avo Cacciaguida⁽²²⁾.

Ecco, allora, come nella dimensione meta-giuridica dell'arte, il simbolo della Croce esprime il nesso di collegamento tra il presente e il passato, tra valori laici e trascendenti; è la mediazione delle radici culturali proprie di appartenenza. Ma, come avvertito, la trasposizione dei simboli sul terreno dominato dai principi di formalismo legale ha labili speranze di successo: essi valgono relativamente, soggetti all'oblio dei sentimenti dello spirito, quasi che obbediscano al perenne "ciclo vitale" che scandisce l'esistenza dei rapporti giuridici, delle formule qualificatorie soggettive, del contingente dover-essere⁽²³⁾.

È opportuno domandarsi allora se, proprio in tale assunto, a giustificazione della perenne ed incessante mutevolezza delle forme giuridiche, trovi spazio l'alibi al libero arbitrio del *iuris peritus* che si fa ermeneuta delle leggi.

sperienza estetica. Secondo H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1989, p. 19: "Le scienze dello spirito vengono ad avvicinarsi a quei tipi di esperienza che stanno fuori della scienza: all'esperienza filosofica, all'esperienza dell'arte, all'esperienza della storia stessa...".

(22) DANTE, *Divina Commedia*, *Paradiso*, XV, 19-24.

(23) A. LEVI, *Teoria*, cit., p. 427 ss.

4. *La responsabilità degli operatori del diritto nell'atto di interpretazione ed elaborazione dei "concetti giuridici": danni del meccanicismo ermeneutico.*

L'interrogativo propone la capacità dell'uomo di legge a misurare le istanze spirituali e il "sentimento" che nella concretezza storica il gruppo avverte per un simbolo: la volontà di essere specchio fedele non solo delle norme ma anche del sentimento immanente all'uomo. E così pure, imporre a se stesso, come ermeneuta, un limite ultimo non travalicabile neppure in virtù di una corretta applicazione di norme vigenti.

È, in una parola, l'armonia dell'azione dell'interprete, che tempera filosofia e scienza, spirito e tecnica, ragione e poesia.

Ciò non implica necessariamente lacerazioni spirituali: si tratta solo di un confronto di parametri, di una applicazione di metodo corretta e conscia degli effetti che produrrà. Naturalmente il giurista, il legislatore o il giudice è chiamato all'attività interpretativa secondo lo strumentario tecnico di cui dispone ed è agevole ravvisare un rapporto dialettico "elettivo" tra giurista e legislatore, forse per la speciale funzione creativa connaturale alla loro attività di interpreti della realtà: con frequenza, infatti, il giurista svolge un'azione che integra l'intuizione del legislatore⁽²⁴⁾ e che tuttavia, non si replica nei confronti della giurisprudenza con un identico "sentire".

Si tratta di una integrazione che opera nella sfera delle idealità e perfeziona un modello pensato e "sentito" diversamente. E del resto, il giurista può accampare una propria autonomia percettiva in senso esclusivo, in quanto capace di registrare un mondo di forme che diventano esse stesse un metro di misura con cui verificare la realtà: è questo, mi sembra, il banco di prova per saggiare la reale rispondenza di una formula alla realtà verso cui si dirige e di sapere scorgere la vitalità, la resistenza, la "funzione sociale" di quel concetto giuridico, principio o simbolo. Al legislatore, l'arte della scelta — esercitata talvolta, con inusitato grado compromissorio⁽²⁵⁾ — e al giurista, la padronanza dell'uso di formule sintetiche, il dominio dei procedimenti di astrazione.

(24) A.C. JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, cit., p. 132.

(25) G. CATALANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1993, p. 92, allude, in specie, alla disciplina del diritto ecclesiastico.

E il giudice? La speranza auspicherebbe un diritto senza monopolio, per promuoversi a bene comune, di tutti. Vorrebbe insomma dire che, benché le norme possano essere piegate nelle più diverse direzioni assecondando le aspettative di chi se ne serve, le idealità rappresentate nei concetti giuridici vanterebbero, al contrario, una intangibilità naturale⁽²⁶⁾.

Ma gli orientamenti giurisprudenziali sembrano attualizzare perennemente le lamentele espresse nelle pagine “*Dé difetti della giurisprudenza*” di Ludovico Antonio Muratori, a proposito di una volontà creatrice di diritto nascente dai tribunali e giustificata, un tempo, dalla penuria di codificazioni e leggi.

L’ordinanza del Tribunale di L’Aquila sul divieto di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche soffre in verità di un diverso limite: quello del meccanicismo interpretativo. Il dis-valore del crocifisso sarebbe sorretto, a detta di quel giudice, da una incompatibilità intollerabile con il principio supremo di laicità dello Stato⁽²⁷⁾.

La logica utilizzata nella decisione sembra fondarsi su presunzioni assolute: basti pensare al supposto e indimostrato “venir meno” di un qualsivoglia interesse pubblico tale da legittimare il vigore della vecchia normativa regolamentare che assicurava l’esposizione della Croce. Ma quell’interprete propone astrazioni anche più ardite, ritenendo che: “...l’idea democratica (la quale) trova un essenziale riferimento nei principi di sovranità della persona umana e di eguaglianza di tutti gli uomini davanti alla legge” debba necessariamente tradursi in un “diritto alle differenze” che, per garantire le minoranze confessionali, debba eliminare la “visibilità” simbolica di ciò che è difforme.

Il passaggio logico di destrutturazione del contenuto simbolico poggia interamente sul giudizio della Croce come valore culturale negativo per la formazione dei cittadini. La Croce è un fattore diseducativo che: “...induce l’alunno ad una visione profondamente scorretta della dimensione culturale della confessione di fede...”.

Un modo singolare di impostare un ordine di rapporti sociali fondato sulla tolleranza reciproca che, in una espressione matura

(26) G. LO CASTRO, *Il Mistero del diritto*, cit., pp. 14-15.

(27) Trib. L’Aquila, Ordinanza 23 ottobre 2003, in *Il dir. eccl.*, Milano, 2003/2, p. 249 ss.

del suo porsi dovrebbe, invece, cogliere le differenze e promuovere modelli di convivenza sulla base della conoscenza reciproca delle confessionalità. Domina, al contrario, l'apologia dell'indistinto, il paradosso ideologico secondo cui, per garantire i pochi è legittimo sanzionare i molti. A detta di quel giudice, infatti, una negativa "origine ideologica" sarebbe il fondamento di quel "sentimento religioso" che serpeggia ancora in certe norme penali e farebbe da sostegno all'impianto della cultura identificativa del nostro Stato, poco importa, poi, se e quanto esemplata mirabilmente "nella Divina Commedia e negli affreschi di Giotto" (28).

Paradosso, questo, rafforzato dal riconoscimento del valore simbolico del crocifisso cui va senza dubbio attribuita una "sintetività evocativa, una particolarmente complessa polivalenza significativa" che nel caso della Croce, addirittura, "si esalta". E non ci vuole neppure molto a che i labili confini del paradosso siano anche largamente superati quando si ammetta il portato di valori confessionali ma, in ossequio ad un principio di "contemperamento di concezioni etico-religiose fortemente divergenti dalla tradizione culturale italiana" se ne voglia negare l'espressione "sensibile", insieme alla funzione educativa della scuola che è il luogo deputato alla promozione di segni simbolici. All'apoteosi dell'indistinto si aggiunge il falso storico, giacché il crocifisso, a detta della decisione, "presume una omogeneità che in verità non c'è mai stata...".

Bisogna poi intendersi sul peso delle parole: cosa mai si sarà inteso per "omogeneità"? qualche giudice ha corta memoria dei polverosi archivi ecclesiastici disseminati sul suolo italiano, muti ed eloquentissimi testimoni storici dell'omogeneità di un intero *Populus fidelium* raccolto per generazioni sotto il simbolo della Croce!

La logica giuridica ricorda che le presunzioni sociologiche non dovrebbero appartenere al senno della giurisprudenza. Il perduto

(28) Vedi per l'orientamento interpretativo della giurisprudenza: parere Avv. Distr. di Stato di Bologna, 16 luglio 2002, con richiamo al parere del Cons. di Stato, Sez. II, 27 aprile 1988, n. 63/1988, la quale fa esplicito riferimento al valore della Croce come "simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendentemente da specifica confessione religiosa", riconducendone il valore simbolico anche in prospettiva laica di "parte del patrimonio storico". Così, coerentemente, C. Cost., sent. 12 aprile 1989, n. 203, sent. n. 13/1991, sent. n. 290/1992. C. Cass., Sez. III, 13 ottobre 1998.

equilibrio dell'interpretazione oggettiva va al passo con l'amnesia sull'esperienza dell'uomo. I drammi dittatoriali offrono notevoli spunti a proposito di iconoclastia e affrancazioni simboliche e rammemorano impressionanti analogie circa la svalutazione dell'elemento umano legato al simbolo.

5. *Iconoclastia laica dei giudici e similitudini ideologiche del XX secolo.*

La reazione istituzionale di insofferenza ai simboli ha registrato nel tempo esperienze opposte. Gli imperatori iconoclasti d'Oriente, Leone Isaurico o Teofilo⁽²⁹⁾, reputarono saggio imprimere l'effigie di Cristo sulle monete, sullo strumento preferenziale a pubblicizzare diffusamente la potestà sovrana dello Stato.

Ma i grovigli ideologici del XX secolo sono più vicini al caso nostro. Il Novecento è il secolo dei grandi conflitti, dell'esasperazione del simbolismo politico, delle sacralità laiche. Tutto si fa simbolo e rito, espressione di allegorie profane che richiamano la storia snaturandola e ricostituendo l'etica e il diritto alla luce di nuovi criteri, negando la fede in nome di nuovi *totem*⁽³⁰⁾.

La negazione della Croce aveva aperto la strada a nuovi sincretismi religiosi e ad una visione dello Stato pervasa di estasi mitologiche e rituali sostitutivi. Quanto l'attuale interpretazione ideologica diverge dalle passate derivate? Bisogna intendersi: l'aspirazione "pluralista" della cultura democratica necessita di continue correzioni e, semmai, questa è una valvola di sicurezza del sistema che garantisce flessibilità e rispondenza alle necessità sociali, agli "scopi pratici e concreti" così ben evidenziati da Jemolo. Ma quando la critica democratica si fa indecisione e disorientamento, tutto cambia, e lo stesso sistema politico mina le sue proprie basi, inconsapevolmente⁽³¹⁾.

(29) C. TESTORE, voce *Croce*, in *Enc. catt.*, IV, Città del Vaticano, 1950, col. 960.

(30) L'azione sostitutiva del simbolismo statale è comune alle dittature. Per la Russia sovietica, ad esempio, ciò è ravvisabile nel tentativo di monopolio dello Stato dei tradizionali "riti di passaggio" della Chiesa: nascita, matrimonio e morte. Così, D.I. KERTZER, voce *Simboli politici*, in *Enc. scienze soc.*, Treccani, Roma, VII, 1997, pp. 784-785.

(31) R. CONQUEST, *Il secolo delle idee assassine*, Milano, 2001, p. 43.

Come i concetti giuridici, anche i sistemi politici e le forme di governo vivono un'esistenza di passaggio, soffrono di relatività, incapaci di produrre formule innate ed universali, salvo legittimare illusori regimi dispotico-utopistici.

Ma la politica, il diritto, le norme di economia ed i loro interpreti non possono abiurare alla promanazione d'origine. Esistono esempi eloquenti: attraverso la religione delle proprie tradizioni la civiltà romana è cresciuta insieme alla "*interpretatio prudentium*". L'evocazione dei "*mores maiorum*", delle tradizioni proprie, era parte essenziale della sensibilità del giudice: impensabile un rifiuto della propria storia e cultura. E semmai l'*interpretatio* giurisprudenziale riconosceva validità ai *mores* ravvisando in tale complesso di valori la "loro necessaria rispondenza alla natura degli interessi in gioco..."⁽³²⁾.

L'interpretazione pragmatica della giurisprudenza romana si fa, così, ossequio alla civiltà. I punti di contatto con il presente sono pochi e sfuggenti: ci si accorge che il simbolismo, quando non sia preso a prestito di ideologie irrazionali, è parte integrante e sana della condizione umana e la sua capacità a rappresentare evocativamente la dimensione dello spirito assolve ad una ben gradita esigenza istituzionale, che è rendere "visibile" l'appartenenza ad una fede. Tuttavia, il tecnico del sapere, irretito dal fascino esercitato dal "misconoscimento"⁽³³⁾, deforma i principi di libertà democratica. La libertà come fonte della regola è, alla fine, l'espressione compiuta dell'ideologia del diritto laico, chiave di volta su cui declinare un condizionamento ed una dipendenza sistematica della libertà religiosa⁽³⁴⁾.

Questi, dunque, gli effetti dell'odierna iconoclastia giurisprudenziale, che perde di vista la storia e, quel che è peggio, il "sentimento" dell'uomo seguendo l'identificazione kelseniana, di una religione come "ideologia sociale", con vistose carenze rappresentative⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ E. BETTI, *Forma e sostanza della "interpretatio prudentium"*, in *Atti del Congresso internazionale del diritto romano e storia del diritto*, Verona, 1948, II, Milano, 1951, pp. 101-120.

⁽³³⁾ Ben avverte J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano, 1977, p. 12, come: "ogni filosofia più o meno anarchica si compiace di misconoscere".

⁽³⁴⁾ G. LO CASTRO, *Il Mistero*, cit., pp. 70-71.

⁽³⁵⁾ H. KELSEN, *Gott und Staat*, in *Logos Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, Bd., 11, 1922/23, p. 261 ss.

6. *La crisi di identità della cultura europea nella perduta memoria della storia e della poesia, ossia del "sentimento" che sostanzia le forme espressive della civiltà.*

Con queste riflessioni si vuol dire che il rischio di interpretazioni poco attente al contenuto "spirituale" delle norme è contiguo alla sensibilità dell'interprete, alla sua disponibilità a calare se stesso nei sentimenti collettivi per coglierne l'essenza. Si tratta di un atteggiamento ideologico, ma soprattutto di un impoverimento degli strumenti della metodologia critica e, forse, di una più diffusa crisi di identità culturale⁽³⁶⁾, sicché l'attività ermeneutica scade ad applicazione meccanica di principi e alla verifica passiva della pura corrispondenza verbale di un assunto ad una disposizione, di un precetto, ad un regolamento. È questo il decadimento del diritto a strumento empirico, finalizzato all'empirismo dei risultati ultimi e all'indifferenza verso la dimensione metafisica la cui ricerca sarebbe pur possibile nel quadro di una impostazione eminentemente pratica dei problemi della scienza giuridica⁽³⁷⁾.

Ma l'interpretazione non è essa stessa emanazione della filosofia dello spirito? La critica delle leggi e la produzione di sentenze non reclama una forma di rispetto nei confronti della storia? Non richiede una predisposizione "poetica" dell'animo dell'ermeneuta? Il metro dell'uomo in rapporto alla sua storia e al suo tempo non può mai essere sottovalutato o negato: si tratta di un'esigenza insopprimibile, quella che risponde perfettamente al "canone dell'immanenza del criterio ermeneutico all'oggetto da interpretare" e che rende l'uomo metro di se stesso⁽³⁸⁾.

Né aspirare ad una visione poetico-sentimentale dell'interpretazione delle norme comporta uno scollamento dalla realtà e un rifiuto del "fine pratico" da perseguire: semmai, come per la poesia, il giudice-critico deve essere un "*artifex additus artificum*", un capace

(36) P. KOSCHAKER nel suo, *Die krise des romischen Rechts*, Berlino, 1938, denunciava la crisi del "sentimento europeo di civiltà". L'atteggiamento dell'insigne studioso romanista va contestualizzato storicamente con l'avvento del *III Reich* e collocato nel quadro dei problemi di metodo scientifico che lo opponevano alla maggioranza dei suoi colleghi giuristi. Ma non è fuor di luogo ravvisare analogie con i tempi attuali, nell'indifferenza di troppi intellettuali, alle nuove sofferenze dello spirito.

(37) G. LO CASTRO, *Il Mistero*, cit., p. 7.

(38) E. BETTI, *La sensibilità giuridica*, in *Diritto*, cit., p. 364.

riespositore del prodotto "poetico", un interprete aderente alla realtà, un logico, rispettoso dei sentimenti che legano l'uomo alla legge espressiva di simboli. Il giudice che non sia un puro esteta delle norme e di un ordinamento da applicare per via meccanicista non è servo di schemi, non si irrigidirà mai in neutre corrispondenze, perdendo di vista il legame spirituale che lega il precetto alla società. Al contrario, vestendo i panni del filosofo, si predisporrà alla meditazione "sull'anima umana nelle sue distinzioni e opposizioni e nella sua dialettica" (39).

Non si richiede al giudice-interprete di riguardare le cose del mondo in chiave idealistica, come se lo spirito permeasse di tutto la realtà umana, ma di percepire quel che di universale è sussunto nei simboli, così da tener distinti nell'atto interpretativo, l'universale ontologico "formale" dall'universale logico "la vox ideale" che sono fusi insieme nei concetti giuridici (40).

D'altra parte, mi sembra che anche il giudice-interprete, — così come è per lo storico il dovere dell'oggettività o, per il poeta, il dovere della sincerità emozionale proprio della sua "mimesis" creativa — non sia esonerato in questa attività critica, da un dovere morale che è quello di eliminare ogni equivoco nel raffronto tra norme e realtà, tra simboli e sentimenti, in modo tale da non offuscare l'esigenza di spiritualità, la "libertà religiosa" che è propria di ciascuno (41).

La risposta alla degenerazione interpretativa, al sonno della critica, e alla dimenticanza del simbolismo dello spirito è il recupero dell'equilibrio metafisico, riassunto nella religione della storia, della filosofia, della poesia, che si fa incontro metafisico di "supreme verità su Dio, sull'uomo e sul mondo" (42) così come percepito dal gruppo nella esperienza storica che gli appartiene interamente, unica, irripetibile e non estensibile ad altre sensibilità, per quanto assimilabili.

(39) B. CROCE, *La Poesia, Introduzione alla critica e storia della poesia e della letteratura*, VI, Bari, 1966, p. 115.

(40) F.B. CICALA, *In tema di "Universale": l'Universale logico e l'Universale ontologico*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, I, Padova, 1933, p. 269.

(41) F. CALASSO, *Metodo e poesia (Conversazione con F. Carnelutti)*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, VI, serie III, (1952-53), Milano, 1953, p. 391.

(42) J. MARITAIN, *I diritti*, cit., Introduzione, XV.

7. *Conclusioni: validità del principio di relatività del diritto in funzione di una interpretazione "immanente", "di esperienza" dei dati offerti dalla realtà storica.*

Le conseguenze ultime di tali riflessioni conducono ad affermare che la relatività dei concetti giuridici non si oppone all'universalità degli stessi nella loro dimensione di esperienza storica particolare e nella dimensione spirituale che permette di racciocinare al simbolo una idealità trascendente. Tale legame è incrollabile, tanto più quanto il simbolo trasmette al gruppo i valori di tradizione storica, il mito originario, i "signa" (43) trascendenti della religione e straordinariamente riemerge ogni qualvolta se ne tenti l'offesa, esprimendosi in uno sconcerto sociale, lo stesso che segue alla profanazione di un sentimento.

Il *iuris peritus* non può sottovalutare il nesso tra realtà storica ed esperienza e tra questa e simbolo trasfuso nel diritto. La trasfigurazione del simbolo nella legge, infatti, non toglie che il diritto resti realtà "sui generis", mai pienamente esaurita negli atti che descrive, ma che trascende la realtà attraverso una identificazione di conoscenza ed esperienza giuridica (44).

L'esperienza, insomma, è strumento di conoscenza, è metodo, ed ha valore spiritualmente universale in quanto fondamento della scienza e dell'arte (45).

In tale proiezione spirituale si comprende bene perché il diritto non possa mai essere inteso un puro sistema di astrazioni, un gelido meccano retto su interrelazioni causali. Esso "esiste soltanto come vita giuridica la quale si risolve in esperienza giuridica", capace di porre al centro l'uomo e i suoi valori e le sue aspirazioni. Ed è evidente che un simile sistema può essere, solo a patto che concepisca se stesso nei profili di razionalità o spiritualità (46).

L'attualità suggerisce il raffronto con l'esperienza francese della "Loi de laïcité" votata nel marzo 2004, con larghissimo consenso delle due ali legislative ed appare rivelatore della validità at-

(43) Sulla necessità di identificare il *signum* con gli ideali di vita, che è comune ad ogni esperienza culturale, v. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Milano, 1965.

(44) F. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 387.

(45) F.B. CICALA, *In tema di Universale*, cit., p. 265.

(46) G. LO CASTRO, *Il Mistero*, cit., pp. 13-14, nonché S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 16.

tribuita all'esperienza giuridica quale elemento di supporto della sua universalità. La Francia tollerante e laicista si avvia ora alla messa al bando di ogni simbolo manifesto della fede: insieme al crocefisso, il velo islamico, la *kippah* ebraica e il turbante *sikh* vengono interdetti agli studenti delle scuole pubbliche. Ragioni impellenti di ordine pubblico si impongono alla scelta di quel legislatore, mentre la storia nazionale gravida di un sofferto passato coloniale e di una non meno complessa realtà sociale di immigrazione, colma i vuoti residui⁽⁴⁷⁾.

Con la giustificazione di non voler imporre posizioni di fede dominante, che legittimino discriminazioni di indole religiosa, si cela l'impotenza dello Stato a realizzare una convivenza confessionale visibile, in cui i simboli, ogni simbolo di trascendenza, non subisca limitazioni d'uso.

L'ordinanza di L'Aquila, forse, ha voluto precorrere i tempi di un futuro dolente, per ora, a noi estraneo. Ma il giudice non possiede l'arte divinatoria, non legge il futuro attraverso feticci. Egli guarda i fatti così come si disvelano nel loro divenire, e la sua ermeneutica ha un solo grande obbligo: il rispetto dell'umanesimo giuridico e delle tradizioni.

Per questi soli motivi, una sentenza che non tenga conto dell'esperienza, dello spirito collettivo, delle tradizioni identificative, e questo faccia, in nome di un raccordo chimico tra norme che, a garanzia di pochi danneggi il sentimento dei più, è segno del "sonno della ragione", di indolenza verso la "contemplazione selettiva" dei valori di civiltà nel loro divenire⁽⁴⁸⁾ e, forse, dello smarrimento dell'autentica sensibilità giuridica.

(47) *Projet de Loi (adopté le 3 mars 2004 - Senat, n. 66, Session ordinaire), encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, art. 1: "Art. L. 141-5-1 Dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit.*

Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève".

(48) E. BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del I Congresso internaz. della Società italiana di storia del diritto*, 1963, Firenze, 1966, pp. 105-115.

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

Rodolfo Carlos BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2, Organización y función pública. La Iglesia*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 1019.

Il presente volume, situato all'interno di un articolato progetto di ricerca riguardante il Diritto amministrativo, è dedicato fondamentalmente agli aspetti organizzativi generali, ai principi dell'organizzazione e ai lineamenti basilari della funzione pubblica dello Stato. "Teoría y sistema de la organización pública", è appunto il titolo della parte terza del Trattato, che occupa le prime 350 pagine del presente volume.

Tuttavia, per il canonista, l'attrattiva principale di questo libro proviene da una peculiare e, a mio parere, meritevole caratteristica del lavoro portato avanti dal prof. Barra. In perfetta sintonia con l'impostazione organizzativa del volume, l'autore ha voluto riservare ben due terzi del libro — l'intera parte quarta del Trattato — allo studio dei principali istituti appartenenti all'organizzazione della Chiesa cattolica. La trattazione si addentra autorevolmente nell'ambito proprio del diritto amministrativo canonico, senza venir meno all'unità del volume, né alla specificità della trattazione giuridica.

Dalla lettura del lavoro emerge chiaramente la volontà del prof. Barra di presentare la complessità dell'esperienza giuridica amministrativa, portando avanti uno studio sistematico della vita amministrativa dell'ordinamento argentino comprensivo di ogni rilevante rapporto di diritto, anche quelli sorti in ordinamenti giuridici autonomi rispetto allo Stato. L'attenzione per i rapporti inter-ordinamentali (si pensi, per es., ai poteri di certificazione) è, infatti, una delle caratteristiche del libro, e spiega la ragione del posto riservato dall'autore del Trattato all'organizzazione della Chiesa cattolica, attorno alla quale gira sia la dimensione strutturale che quella dinamica del diritto amministrativo canonico.

Com'è ben segnalato a p. 351, si tratta di un ordinamento — quello canonico — che "integra, in modo speciale — indipendente e non statale — il settore pubblico del nostro ordinamento..., essendo, quello della Chiesa, l'unico ordinamento pubblico a rapportarsi dall'interno dell'ordinamento della nazione con l'ordinamento dello Stato". Da tale constatazione, per ragioni di completezza, e nel desiderio di sviluppare un linguaggio tecnico comune, emerge forte la necessità di portar avanti lo studio sistematico dell'ordinamento canonico in quelle sue manifestazioni,

strutturali e organizzative — di funzione pubblica e di attività di governo — produttrici di diritto amministrativo canonico, e in tale modo riconducibili ai rapporti inter-ordinamentale che certamente interessano un Trattato di Diritto Amministrativo.

In questa prospettiva, il lavoro del prof. Barra è senz'altro un prezioso contributo allo studio del Diritto Amministrativo nell'Argentina, illuminando con originalità e completezza un settore della vita amministrativa rimasto almeno finora in ombra. Ma la cosa più rilevante, per quanto mi riguarda, è che con questo suo impegno di ricostruzione e di analisi, operato sulla dottrina canonistica e sulle norme positive del diritto della Chiesa, il prof. Barra ha certamente dato un significativo contributo alla disciplina del Diritto amministrativo canonico, bisognoso di lavori della qualità tecnica di questo a consolidamento dell'autonomia scientifica di questa branca del Diritto della Chiesa.

Per ciò, il primo augurio che vorrei formulare va precisamente in questa linea, e riguarda il desiderio di vedere pubblicata autonomamente l'intera parte quarta del volume sotto il titolo di *Trattato di organizzazione ecclesiastica*, come specifico e puntuale sussidio dei canonisti e degli operatori del diritto della Chiesa. Penso che l'impostazione della trattazione e lo stile redazionale adoperati in questa parte consentano una tale autonoma presentazione.

Questa parte del Trattato, infatti, contiene una ricostruzione puntuale, e in buona parte originale, dell'intera struttura organizzativa della Chiesa e dei singoli istituti amministrativi e di governo che compongono l'organizzazione centrale, le strutture della Chiesa locale, e infine il livello parrocchiale, con precisi cenni ai vari eventuali rapporti che si aprono col diritto statale argentino.

A questa trattazione precede un lungo discorso su ciò che si potrebbe definire la parte generale della struttura organizzativa della Chiesa, con lo studio approfondito dei tre principali elementi che la integrano: origine e legittimità della potestà nella Chiesa; soggettività degli enti di struttura e non, e la nozione tecnica di ufficio, con le relative vicende.

Completa lo studio l'analisi dell'organizzazione sovra-diocesana, in generale e quella della realtà Argentina e del continente Americano, riservando particolare attenzione alla struttura del CELAM. Infine, l'ultimo capitolo è riservato allo studio della soggettività internazionale della Santa Sede e della peculiare struttura dello Stato della Città del Vaticano.

Devo dire di condividere largamente le varie scelte interpretative di natura dottrinale operate dall'autore relativamente a vari istituti. Ne citerò soltanto tre.

In primo luogo, sostengo la sua posizione circa la natura giuridica consultiva dell'Ufficio primaziale che l'autore attribuisce al Sinodo

dei Vescovi, di fronte a quanti, prescindendo dal dibattito conciliare in proposito, vorrebbero situare l'istituto nell'orbita della suprema potestà del Collegio episcopale. Condivido anche con l'autore, in secondo luogo, l'interpretazione circa l'indole gerarchica di circoscrizione ecclesiastica personale delle prelatore personali, corroborata tra l'altro in questi anni da una costante *prassi curie* così come da una ormai lunga attività concordataria con gli Stati, malgrado la deficiente sistemazione dell'istituto nel Codice di Diritto Canonico. Infine, ed è il terzo punto, concordo sulla natura non collegiale — di collegialità episcopale stretta — bensì di ausilio alla funzione pastorale dei vescovi di una nazione che ha la Conferenza episcopale.

È vero, tuttavia, che anche la prima sezione del libro, quella concernente la parte terza dell'intero trattato sulla "Teoría y sistema de la organización pública", pur in un contesto più generale e non specifico dell'ordinamento della Chiesa, tratteggia argomenti di alto interesse per l'amministrativista canonico, soprattutto in quanto sollecita con urgenza la necessità di definire con precisione i fondamenti di questa branca del sapere giuridico all'interno di un ordinamento — quello della Chiesa — che possiede presupposti propri, in gran parte diversi da quelli su cui si è costruito il Diritto Amministrativo nelle democrazie occidentali.

Vorrei segnalare un paio di esempi concreti che ritengo particolarmente significativi.

Sin dalle prime pagine, e poi a più riprese lungo il libro, anche nella parte canonistica, si pone il problema dell'unità e pluralità di ordinamenti all'interno della società statale, e dei rapporti tra le varie organizzazioni pubbliche, autonome, decentralizzate, ecc. richiamando i principi organizzativi e di azione che debbono reggere le relative relazioni giuridiche.

Tale argomento, com'è logico, risulta centrale anche nell'ordinamento amministrativo della Chiesa. Si pensi ai rapporti tra Chiesa universale e Chiesa particolare, e alla peculiare integrazione della pluralità di fonti di produzione del diritto canonico che è necessario realizzare nella ricostruzione degli istituti o delle situazioni giuridiche canoniche, che il Barra, tra l'altro, ha portato a termine con gran maestria. E tuttavia, è anche chiaro che le relazioni di rilevanza giuridica tra le organizzazioni gerarchiche della Chiesa che operano a distinti livelli subordinati, o tra le loro rispettive autorità di governo, non rispondono ai criteri ordinari dell'autonomia o della decentralizzazione degli enti amministrativi statuali, ma in base a principi del tutto alieni alla tradizione giuridica secolare, derivati dalla natura sacramentale della struttura della Chiesa: un dato, questo, fondamentale, completamente originale della Chiesa, che assume il ruolo di criterio direttivo di coerenza dell'o-

perare giuridico. I principi organizzativi dell'amministrazione ecclesiastica devono, per forza, essere coerenti con questi criteri di natura sacramentale, perché dal sacramento, in ultima istanza, sorge nella Chiesa la legittimazione del potere di governo.

In concreto, sulla base della struttura sacramentale della Chiesa, la dottrina cattolica presenta i rapporti tra Chiesa universale e Chiesa particolare, in termini ontologici di immanenza, e i rapporti tra le rispettive autorità, in termini di *comunione gerarchica*. La lettera *Communio notio* della Congr. per la Dottrina della Fede, del 1992, dice precisamente che "le Chiese particolari — che in pratica sarebbero le singole comunità gerarchicamente organizzate e relativamente autonome — in "quanto parti dell'unica Chiesa di Cristo, hanno con il tutto, cioè con la Chiesa universale, un peculiare rapporto di mutua interiorità, perché in ogni Chiesa particolare è veramente presente e agisce la Chiesa di Cristo, Una, Santa, Cattolica e Apostolica" (n. 9).

Su un tale presupposto, sembra chiaro che non possano essere applicati al sistema amministrativo della Chiesa i principi organizzativi collegati al decentramento degli enti, e ciò spiega anche perché al n. 59 della recente esor. ap. post-sinodale *Pastores gregis*, del 2003, al posto della sussidiarietà, come criterio generale per regolare i rapporti tra istanze diocesane e Sede apostolica, ritenuto ambiguo in vista del tipo di decentralizzazione

confacente con la natura della Chiesa, sia stato presentato invece il principio di comunione, fondato sulla collegialità episcopale, e quindi sulla dimensione sacramentale di questo sacramento — l'episcopato — che abilita all'esercizio della funzione pastorale di governo. Di tutto questo, il Barra fa una accurata discussione nel suo Trattato (pp. 415 ss.)

Sono queste nozioni (comunione, mutua interiorità, ecc.) che il diritto — qualunque sistema di diritto, anche il canonico —, interessato a delimitare con certezza le situazioni di giustizia, tende comunque ad evitare, considerandole meno adatte alle esigenze di concretezza, e invece proprie di altre discipline umanistiche. Eppure il canonista, pur senza rinunciare a delimitare le situazioni giuridiche soggettive, non può rinunciare a confrontarsi con simili criteri generali, dovendo cercare altrove gli strumenti giuridici propri per delineare con precisione giuridica i rapporti ecclesiali tra il vescovo diocesano e la Sede apostolica (ved. per es. pp. 412 ss.).

Secondo me, questo peculiare sistema organizzativo della Chiesa viene di fatto a concretizzarsi, in riferimento ai rapporti tra autorità suprema e autorità episcopale diocesana, in una sorte di *competenza concorrente gerarchizzata* — il prof. Barra adopera al riguardo il criterio della "sussidiarietà inversa" (p. 417) —, e il chiarimento delle posizioni non va cercato fondamentalmente sul piano organizzativo,

bensì su quello dell'attività. Infatti, ritengo che sulla base di adeguate procedure amministrative, sia possibile delineare le singole posizioni delle autorità competenti, riconoscendo, da una parte, all'autorità superiore quelle funzioni di controllo e di priorità eventuale nell'iniziativa che secondo l'insegnamento della Chiesa gli spetterebbero, e dall'altra, attribuendo al pastore diocesano la diretta gestione delle questioni di sua competenza.

Un'altro particolare di non minore interesse sollevato a più riprese dal lavoro del prof. Barra è quello riguardante la funzione pubblica e il fenomeno della burocrazia nell'amministrazione. L'argomento è pure di natura generale, e pone subito la questione: in quali termini si può realizzare un discorso specifico sulla funzione pubblica nell'amministrazione ecclesiastica?; e, ancora prima, ci sono i presupposti per poter parlare di funzione pubblica ecclesiastica?; quali sarebbero allora i principi utili a ricondurre a sistema le manifestazioni di funzione pubblica ecclesiastica?

La questione non è secondaria, e segnala probabilmente una delle più significative carenze degli studi di diritto amministrativo canonico finora esistenti. È anche urgente uno studio tecnico amministrativo di detta funzione, considerando tutte le sue proprie peculiarità, ma adoperando comunque la tecnica amministrativa che dia coerenza al sistema. Nel contempo, risulta an-

che necessario verificare, con estrema delicatezza nei confronti del Magistero, ma con altrettanta coerenza giuridica e lealtà, l'adeguamento di alcuni istituti o prassi tradizionali di governo ecclesiastico con la dottrina cattolica consolidata negli ultimi tempi. Penso, in concreto, alla necessità di riflettere rispetto ad altre prassi o istituti, su criteri analoghi a quelli dati dal santo Padre nel 1990 per la riforma del Concistoro dei Cardinali: verità dei segni, autenticità delle materie trattate, attenzione alla mentalità del tempo. Non pochi istituti e prassi di attuazione attendono di essere rivisti in una prospettiva simile, a cominciare sicuramente da alcuni riguardanti la Curia romana, che oggettivamente parlando, a ragione dell'attività che svolge e dell'eterogeneità culturale dell'elemento umano che vi partecipa, è probabilmente, in termini assoluti, una delle organizzazioni di governo di maggiore complessità esistenti sul pianeta.

Tradizionalmente i canonisti hanno trattato le materie riguardanti l'esercizio della funzione pubblica ecclesiastica in sede di sacramento dell'ordine, a partire dalle abilitazioni ontologiche personali che esso produce nel chierico, o in sede di statuto giuridico personale dell'ordinato incardinato e incorporato ad un presbiterio, destinato cioè ad esercitare detta funzione personale in una comunità autonoma. Manca invece, a mio modo di vedere, una trattazione della funzione pubblica,

autonoma, e fondata sui peculiari principi su cui poggia il ministro ecclesiastico, l'equivalente, appunto, della funzione svolta dalla pubblica amministrazione.

Tali riflessioni suscitava, per esempio, la lettura di quelle pagine del Trattato che corrispondono ai principi su cui poggia la struttura burocratica, quando fa menzione a quelle "norme astratte e impersonali di generale accettazione su cui poggia l'obbedienza dei membri del gruppo burocratico". In quale misura questi principi da lei sintetizzati, per es., a p. 65, sono riferibili all'amministrazione della Chiesa, e in quale misura è invece necessario in qualche modo riformularli?

Per esempio, nell'amministrazione ecclesiastica, il limite distintivo tra livello politico (o il suo equivalente, attesa la natura spirituale del gruppo sociale) e livello professionale è molto meno marcato, soprattutto in determinati contesti, e ciò si deve, secondo me, al tipo di trattamento richiesto dal contenuto pastorale della concreta attività che interessa l'amministrazione della Chiesa, e al particolare margine di discrezionalità di cui è investito il ministro pubblico ecclesiastico per valutare i singoli casi e per agire personalmente di conseguenza.

Da una prospettiva teologica, questa peculiarità trova chiaro fondamento nell'immedesimazione personale di ogni ordinato nel sacerdozio di Cristo, che porta a dover apprezzare individualmente i

singoli casi, bilanciando con rigore, ma anche con la necessaria elasticità, le regole oggettive di tipo generale (giuridiche o morali) che ovviamente esistono all'interno della società ecclesiale, e danno coerenza d'insieme all'operato dell'amministrazione. Il ruolo di mediazione personale del ministro — il funzionario pubblico ecclesiastico, sotto alcune prospettive — è ben più accentuato che non nell'amministrazione dello Stato, e in molti dei suoi operati è insindacabile.

La costruzione tecnica della teoria canonistica della funzione pubblica penso debba muovere dalle quattro caratteristiche che secondo i nn. 874-879 del Catechismo della Chiesa Cattolica possiede il ministero ecclesiale: legittimazione sacramentale, dimensione di servizio, collegialità di esercizio e, in particolare modo, assunzione personale dei ruoli, il che, d'altra parte, allontana tali compiti dagli schemi tradizionali dell'attività di funzionario.

Evidente seguito di tutto ciò è la rilevanza che acquista nella Chiesa la formazione personale del "funzionario" — del ministro ecclesiastico — in quanto sarà tenuto spesso a mediare personalmente, e senza facili sconti, tra regole oggettive che vanno rispettate e le concrete fattispecie che vanno apprezzate nella loro singolarità in prospettiva dell'eterna salvezza.

Il lavoro del prof. Barra evidenzia nuovamente la necessità di continuare sulla strada della rilettura specificamente canonistica degli

istituti amministrativi del diritto secolare, in vista dell'elaborazione di un diritto amministrativo canonico.

Juan Ignacio Arrieta

CENTRO STUDI SUGLI ENTI ECCLESIASTICI (CESEN), *Codice dei beni culturali di interesse religioso*, a cura di M. Renna, V.M. Sessa, M. Vismara Missiroli, Giuffrè editore, Milano 2003, p. VIII + 940 (contiene CD-ROM).

La collana di «Fonti di diritto ecclesiastico e canonico» raccolte dal Centro Studi sugli Enti Ecclesiastici e sugli altri enti senza fini di lucro (CESEN) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, diretta da Giorgio Feliciani, presenta un nuovo *Codice*. Già nel 1993 era apparso nella stessa collana un volume recante lo stesso titolo, a cura di M. Vismara Missiroli (vid. recensione di L. Del Giudice in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 321-323). Ma come avverte il prof. Feliciani nella Prefazione a questo nuovo volume, il titolo di quello precedente era completato da «un sottotitolo dove si precisava che esso conteneva solamente la normativa canonica» (p. V). Non si tratta, dunque, di un *bis in idem*, anche se il volume, oltre alle disposizioni statali e regionali, riprende la normativa canonica vigente in Italia, a cura della stessa prof. Vismara Missiroli, tralasciando le norme contenute nella versione prece-

dente che non sono più vigenti, e aggiungendo tutte quelle che da allora sono state promulgate.

La pubblicazione è articolata in due "contenitori": in stampa sono riportate le norme internazionali e statali, nonché quelle canoniche (le 940 pagine del volume); il CD-ROM allegato contiene le norme regionali e le intese con le autorità religiose di ambito regionale, anche esse composte in più di 1850 pagine. (Il contenuto del CD è presentato in un unico file in formato pdf, leggibile da qualsiasi piattaforma informatica. Per gli utenti Windows vi è un programma da installare sul proprio computer, che gestisce le ricerche; vi è anche un file per l'istallazione di un lettore di file pdf su Macintosh.) Oltre alla raccolta normativa, il volume contiene due *note tecniche* (una per ogni Parte, scritte da Valentina Sessa, p. 19-22, e da Maria Vismara Missiroli, p. 651) che spiegano le scelte fatte dai curatori; e due studi introduttivi: M. RENNA, *I beni culturali di interesse religioso nel nuovo ordinamento autonomista* (p. 3-17) e M. VISMARA MISSIROLI, *Introduzione* (p. 627-650).

La complessità normativa riscontrabile in ambito di beni culturali di interesse religioso pone interessanti questioni sia al cultore del diritto statale che a quello del diritto canonico. È questo un ambito di rapporti giuridici specialmente "sentiti" da parte delle diverse componenti sociali che richiama una fattiva collaborazione tra le autorità preposte alla loro prote-

zione. Un semplice sguardo al sommario del volume che presentiamo rende idea della quantità di operatori interessati ai beni culturali e propone la necessità di un'azione coordinata. L'interesse "religioso" qualificante i beni culturali presi in considerazione amplia ancora la complessità della materia, che richiede accordi con le autorità religiose. In effetti, l'oggetto delle norme sulla protezione del patrimonio culturale di interesse religioso non può prescindere dalla destinazione originaria dei beni stessi, sia esso di culto, di educazione religiosa, ecc.

In Italia, la presenza di un cospicuo numero di beni connotati originariamente da una "cultura religiosa", di solito cattolica, rende ancora più necessaria la collaborazione, in modo particolare con la Chiesa. Come dimostra la seconda parte del volume, anche se il concetto di "beni culturali" non ha lunga tradizione canonica, la Chiesa cattolica ha prodotto non poche norme in materia e si è data un'organizzazione che prende in considerazione questo tipo di beni (basti pensare alla creazione nel 1988 della Pontificia Commissione per la conservazione del patrimonio artistico e storico, poi trasformata in Pontificia Commissione per i beni culturali della Chiesa nel 1994). In ambito nazionale, la CEI si è dotata di una Commissione episcopale per la cultura e le comunicazioni sociali, e di un Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici volto a coadiuvare i soggetti

interessati in tutto ciò che riguarda la tutela e la valorizzazione, l'adeguamento liturgico e l'incremento dei beni culturali ecclesiastici e a favorire la collaborazione tra la Chiesa e le Pubbliche Amministrazioni. Inoltre, «a fronte della molteplicità e varietà di forme che i beni culturali della Chiesa presentano, né il legislatore universale né la Conferenza episcopale italiana hanno voluto ridurre una realtà ricca e diversificata entro schemi legislativi rigidi, demandando spesso l'emanazione di disposizioni più specifiche al legislatore di livello inferiore (conferenze episcopali nazionali e regionali, ordinari diocesani, superiori religiosi)» (p. 650).

Il volume, oltre a mettere in mostra l'evoluzione dei rapporti fra autorità ecclesiastiche e autorità statali (o regionali o locali) per la protezione di questi beni, offre un quadro normativo aggiornato e di agile consultazione che non esaurisce la sua utilità nella raccolta stessa, ma pone interrogativi su aspetti più profondi della materia oggetto di regolamentazione: la protezione della "religiosità" come parte della culturalità dei beni; la necessità di collaborazione fra ordinamenti; l'agevolazione del uso proprio di ciascun bene come garanzia della sua culturalità; l'offerta reciproca di consulenze tecniche (archeologiche, architettoniche, artistiche, biblioteconomiche, ecc.) e di consulenze sul merito (uso per il culto, esigenze liturgiche, protezione di diritti quesiti, ecc.); e tante

altre questioni che, come si vede, non riguardano soltanto l'aspetto formale normativo.

Jesús Miñambres

Amadeo DE FUENMAYOR, *La inspiración cristiana de las leyes. Para una pedagogía del inconformismo ambiental*, Col. "Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta", Navarra Gráfica ediciones, Pamplona, 2003, p. 107.

La colección de Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta contiene publicaciones breves, abiertas a un público más amplio que el puramente científico, pero que no por eso pierden la calidad y el nervio de los libros de pensamiento. Al contrario, parecen ganarlo.

En este caso se trata de un libro de Amadeo de Fuenmayor. Parece impropio presentarle, aunque no sea más que por los años que lleva D. Amadeo dedicado al mundo del derecho. El año pasado (2003) se cumplieron los sesenta de la obtención de su cátedra de Derecho civil en la Universidad de Santiago de Compostela.

De todas formas no es sólo, ni principalmente, el peso de la experiencia lo que acredita a Amadeo de Fuenmayor como maestro. El tiempo solo no es casi nada. Le acredita mucho más su dedicación rigurosa al derecho civil y al derecho canónico, sus monografías, sus

trabajos en las comisiones legislativas, los numerosos discípulos. Le acredita su estilo, que es el de una exposición sabia que nunca queda lejana, porque goza de la excelencia de la claridad. Le acredita también su ponderación. Y si se me permite diré que le acredita muy especialmente la valentía para defender sus convicciones. O lo que es lo mismo, su beligerancia en la cuestión de la verdad.

El paso de los años no ha quitado a Amadeo de Fuenmayor ni un punto de energía para las cuestiones sensibles del derecho. Aquí se publican, reelaborados (incluso en el título en algún caso), tres trabajos anteriores: *Los «slogans» divorcistas* (1976), *La influencia de las leyes civiles en el comportamiento moral* (1978), y *Legalidad, moralidad y cambio social* (1979).

No se trata como he dicho de una mera reedición (que por cierto no sería nada deshonoroso). Es una reelaboración que lleva consigo el retoque del texto. Se ha añadido además una presentación del autor (pp. 9-14), y un anexo con la Nota doctrinal de la Congregación de la doctrina de la Fe sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y a la conducta de los católicos en la vida política.

La elección de los trabajos ha sido atinada. Quiero decir que el tema resulta homogéneo, y el momento de su publicación muy significativo. Incluso podría uno preguntarse cómo es posible que unos trabajos preparados para un momento de la historia puedan ser

publicados treinta años más tarde con mayor oportunidad. Lo que entonces eran riesgos ahora parecen epidemias. O al revés, lo que entonces eran medidas preventivas, ahora parecen terapias.

El título tiene bastante de provocativo, en el buen sentido. «*La inspiración cristiana de las leyes. Para una pedagogía del inconformismo ambiental*». Hablar de inspiración cristiana, para los positivistas es necio y para los laicistas escandaloso. Los positivistas, cuando escuchan algo así, se sienten agredidos en su ciencia, y los laicistas en sus derechos. Sin embargo, todo cristiano sabe que las leyes, como toda realidad humana, deben ser evangelizadas. Evangelizar no significa sacar de quicio, sino todo lo contrario, mantener a las leyes en su quicio más propio, del que nunca deberían ser desgajadas.

Debe quedar claro además que cuando Amadeo de Fuenmayor habla de inspiración cristiana del derecho (o de la ley, o del orden jurídico) se refiere sobre todo a la imagen del hombre creado por Dios, es decir a la antropología creacional. No se refiere a otro tipo de criterios evangélicos. Se sitúa en el ámbito de la ley natural. Si habla de inspiración cristiana es porque entiende que la Iglesia de Cristo tiene competencia para interpretar de modo real y vivo la ley de la creación.

El patrimonio cristiano, en consecuencia, no es una especie de alternativa religiosa a las soluciones civiles. Esta es una de las ideas per-

manentes del Cuaderno. No se trata de hacer comulgar a los ciudadanos con la revelación sobrenatural. No se trata de imponer convicciones que exijan fe religiosa. Se trata más bien de respetar la civilidad más entrañable del derecho, la que le corresponde por nacimiento.

Veamos brevemente la estructura de la obra.

El libro se divide en cinco piezas. La primera es una breve presentación. En ella el autor evoca la feliz coincidencia de publicaciones, la del libro y la de la Nota doctrinal de la Santa Sede. Tienen una sintonía perfecta. La apertura de la presentación es precisamente una larga página de esa Nota sobre los peligros del relativismo ético y cultural (y sobre el peligro paralelo de renunciar, por *tolerancia*, a la identidad cristiana).

La presentación se cierra con una consideración que me parece muy necesaria. El Cuaderno no quiere ser un desahogo, aunque haya cosas que lamentar; ni una utopía, aunque el arreglo jurídico parezca difícil, y la situación social «consolidada» (p. 12). La verdad sobre el hombre no debe considerarse nunca utópica. El autor invoca una palabras de Juan Pablo II, de 2002, sobre la necesidad de no darse nunca por vencidos en cuestiones de familia, como si la indisolubilidad del matrimonio, por ejemplo, dependiera de los hechos más que del plan divino. La ley de los hechos no es ninguna ley.

A la Presentación sigue un capítulo introductorio sobre los lazos que unen el cambio social, el cambio jurídico y el comportamiento moral. Nadie duda, dice el autor, sobre la dimensión axiológica del derecho (es decir, nadie duda de que el derecho evidencie e imponga valores). El problema está en que no todos los valores son iguales. Se hace preciso discernir. Hay que estar avisados ante una visión puramente historicista, en la que el cambio social no sólo influya en la configuración de la ley sino que imponga su soberanía sobre ella. Las leyes positivas no son la última palabra. Enjuician comportamientos, pero ellas mismas deben ser enjuiciadas y discernidas desde la perspectiva moral. La conciencia no puede abdicar de su juicio moral cuando la ley humana derriba determinadas estructuras objetivas de verdad, sin las cuales el hombre se siente alejado del bien.

La tercera pieza del libro es el capítulo sobre la influencia de las leyes civiles en el comportamiento moral. Se trata de un espacio cuidadosamente documentado sobre la ley como formadora del *directum*, o sea del modo honrado de obrar, según la metáfora del camino. Esta imagen ha sido empleada profusamente por la tradición occidental.

Fuenmayor pone también de relieve la tradición tomasiana de ley como ordenación racional antes que precepto obligatorio. Fuerza directiva antes que fuerza coactiva.

Esto explica que las leyes ayuden a bien obrar, pero es a la vez una garantía de que la ley positiva no es ningún absoluto, porque la directividad procede de la recta razón, no nace de la ley escrita. La tradición jurídica de occidente ha sido capaz de convivir, por lo menos desde Cicerón, con esta saludable fuente de incomodidad. Ley positiva y verdad del comportamiento humano no necesariamente coinciden.

El escenario de la ley es muy diversificado. Los ciudadanos son destinatarios de la ley, son comunidad modelada por la ley, son sujetos morales que discernen la ley. Como destinatarios, los efectos de la ley miden sus actos. Como comunidad, pueden quedar afectados por lo que el autor llama "conformismo ambiental". Pero como sujetos morales tienen siempre el recurso de su libertad. Una libertad que incita al inconformismo ambiental. No por regla (el ambiente puede ser a veces una ayuda para la dignidad) sino por necesidad, cuando se produce esa ruptura entre ley escrita e imagen divina del hombre.

La cuarta pieza del Cuaderno lleva por título *Los eslóganes divorcistas*. Los eslóganes son fórmulas breves y compendiosas con más carga de publicidad que de información. Son armas de combate ideológico en las que las ideas buscan persuadir por la agudeza más que por la verdad. El trabajo contiene, a mi parecer, dos valores, uno histórico y otro jurídico.

Desde el punto de vista histórico el autor analiza el juego de los eslóganes en la introducción del divorcio en Italia, en Portugal y en España. Describe las ideas empleadas como eslóganes (igualdad ante la ley, carácter confesional de la indisolubilidad, aceptación de lo irremediable, conmiseración). La pertinente crítica que de estos eslóganes hace Amadeo de Fuenmayor no es sólo una lección de derecho y de historia, sino también de sociología.

El eslogan más pertinaz (aunque quizá no el más astuto) da pie a los últimos razonamientos del artículo. El eslogan es bien conocido: si la indisolubilidad es un asunto religioso y de conciencia, ¿por qué imponérsela al que no tiene fe ni quiere un matrimonio indisoluble? El autor va desmontando con gran claridad ese fingido escenario de una indisolubilidad matrimonial impuesta a los ciudadanos por motivos religiosos. Se apoya en argumentos de raíz netamente civil (como por ejemplo la doctrina tan significativa de Antonio Salandra, a comienzos de siglo XX en Italia). Descarta, como fundamento de la indisolubilidad razones de tipo confesional. Y postula como fin del matrimonio estable e indisoluble el bien común temporal de la sociedad.

La quinta y última pieza del libro, titulada *La misión del cristiano y la inspiración cristiana de las leyes*, es la sección más práctica y tal vez más estimulante de la obra. En ella se hace explícita una preocupación por lo demás dominante

en todos los capítulos. Ser cristiano tiene que ver directamente con la construcción del mundo. Un cristiano no ha de recibir acríticamente lo que el positivismo jurídico determina. Debe enjuiciarlo con criterios morales. No puede prevalecer la facilonería del conformismo ambiental. Hay que procurar por tanto una pedagogía del inconformismo. Para ello el autor da reglas explícitas. Todos deben saber que no siempre coincide lo lícito civil con lo lícito moral; que a veces las leyes civiles pueden no reprimir ciertos vicios; que aun así existen crímenes que la ley civil jamás debería tolerar; que conviene discernir la normalidad estadística de la normalidad moral. Estas reglas hacen de los cristianos ciudadanos de mayor calidad.

Javier Otaduy

Nicola FIORITA, *Remunerazione e previdenza dei ministri di culto*, Giuffrè editore, Milano, 2003, p. X + 272.

Probabilmente uno degli argomenti più difficili del diritto dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose è quello del sostentamento e della previdenza dei ministri di culto. È indubbio che questi cittadini svolgono attività di rilievo per il benessere culturale e spirituale di tutti gli altri cittadini e dell'intera società civile. Ma è altrettanto assodato il fatto che lo Stato

non può disinteressarsi delle legittime richieste dei gruppi minoritari, così determinando la necessità di una protezione generale del fatto religioso che non può abbracciare esclusivamente le richieste dell'uno o dell'altro di questi gruppi. Già l'art. 3 della Costituzione stabilisce la non discriminazione per motivi religiosi. E ciò richiede un positivo interesse da parte dello Stato nel garantire le esigenze di culto dei cittadini.

Il modo di garantire tali diritti non può consistere dunque nel semplice «disinteressarsi completamente del problema» (p. 1) riguardante i ministri di culto. Occorre «assumere tali oneri considerando la situazione di bisogno in cui versa (può versare) il ministro di culto» (p. 2). In queste parole è racchiusa, già a pagina due, nell'introduzione al volume, la tesi principale del lavoro monografico che presentiamo, che si inserisce nella collana delle pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze: il ministro di culto deve essere sostenuto con l'aiuto dello Stato perché «bisogno», oppure, il che è la stessa cosa, lo Stato deve venire incontro alla situazione di bisogno in cui versano coloro che svolgono compiti ministeriali nelle comunità religiose. E tale intervento è legittimo in uno Stato laico o non confessionale, se il sostentamento dei ministri è inquadrato nel sistema della «sicurezza sociale».

Nell'equiparazione del ministro di culto al bisognoso sta, quindi, il

nocciolo di questo pregevole lavoro di ricerca, con tutti gli interrogativi che tale equiparazione pone. Al di là delle concrete regolamentazioni esistenti nei diversi ordinamenti giuridici, e perciò senza voler approfondire adesso il complicato sistema italiano di collaborazione dello Stato al sostentamento dei ministri di culto, ci sembra che questa tesi centrale del lavoro sia discutibile almeno nella sua identificazione del ministro di culto con il bisognoso, e questo per diverse ragioni:

1. In primo luogo, è indubbio e generalmente accettato che il ministro di culto svolge un'attività che, benché non redditizia in termini di produttività materiale, accresce il benessere sociale; sarebbe paragonabile, per alcuni versi, all'attività medica (guarire il corpo, guarire lo spirito) e ad altre attività di servizio (polizia, vigili del fuoco..., ma anche consulenti, ecc.). Una tale somiglianza non sussiste nella figura generica del «bisogno», che in quanto tale non svolge alcuna attività socialmente rilevante.

2. Esiste inoltre una netta distinzione fra previdenza sociale (garantita anche ai ministri di culto) e sostentamento, già messa in luce dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Cassazione (se ne occupava già G. LO CASTRO, *Prime controversie sul sostentamento del clero*, in «Il Diritto ecclesiastico», 99 (1988), II, 645-678), che non poggia sulla lettera della legge ma appartiene alla realtà delle cose. L'A. dopo aver studiato le diverse

soluzioni prospettate negli ultimi vent'anni, finisce però per accomunare entrambe le realtà nel concetto di «sicurezza sociale», che assimila in buona misura alla previdenza. Da qui il titolo del lavoro. L'assimilazione, comunque, lascia irrisolta la questione principale, e cioè quale è la collocazione *giusta* (rispettosa della realtà) degli interventi di aiuto al sostentamento dei ministri sacri da parte dello Stato.

3. Il necessario riferimento del sostentamento dei ministri di culto alla libertà religiosa garantita dalla Costituzione colloca tutta la materia in ambito diverso dalla protezione sociale offerta a tutti i cittadini. L'equiparazione potrebbe giustificarsi soltanto ai fini di un risparmio legislativo, onde evitare il proliferare di leggi; ma, come figura ermeneutica, l'equiparazione non implica descrizione dei fenomeni giuridici che stanno alla base della scelta legale. Un conto è il diritto a un certo aiuto da parte della società, e perciò anche dello Stato, in favore delle persone che versano in condizioni particolarmente disagiate (disoccupati, pensionati, ecc.), e un altro conto è il riconoscimento dello svolgimento di un'attività necessaria per lo sviluppo della società stessa e per il benessere dei singoli cittadini che lo Stato si impegna a perseguire. Da qui il difficile compito di vagliare le diverse iniziative di impegno sociale, anche nell'ambito delle attività di culto, per discernere quali debbano essere garantite o favorite come costruttrici di una

società migliore, quali possano essere tollerate e quali debbano essere eliminate perché pregiudizievoli per lo sviluppo sociale. È indubbio che una qualche istanza istituzionale deve avere la discrezionalità e l'autorità di fare queste scelte.

4. Anche se la normativa sul lavoro non si adatta alla figura del ministro di culto e per questa ragione non viene applicata dalla giurisprudenza in questo ambito (vedi, ad es., Cass. Sez. Lavoro, 27 maggio 1996, n. 04871) ed è stata criticata dalla dottrina (vedi il resoconto fatto da A. SOLFERINO, *Il sostentamento dei sacerdoti tra esigenze canonistiche e prospettiva civilistica*, in «Il Diritto ecclesiastico», 109 (1998), I, 81-118), lo svolgimento di attività lavorativa è senz'altro più vicino all'esercizio del ministero di culto di quanto non lo sia lo stato di bisogno che permetterebbe la sua assimilazione nel sistema previdenziale.

La monografia offre spunti di riflessione sugli argomenti appena elencati criticamente e su molti altri. Fa abbondanti riferimenti alle intese con le diverse confessioni e anche alle confessioni che non hanno ancora un'intesa, o che non sono interessate ad averla. Studia in modo molto particolareggiato il sistema concordato con la Chiesa cattolica, con pertinenti cenni storici. Insomma è un lavoro che merita attenzione e studio e che ci auguriamo possa aiutare a proseguire nel cammino della ricerca di uno statuto giuridico per la collabora-

zione dello Stato nel sostentamento dei ministri di culto più consono alla realtà del ministero stesso. Come scrive il prof. Botta nella Prefazione al lavoro, occorre tener presente «una irriducibile ambiguità della nozione di ministro di culto, dovuta principalmente al fatto che mancano nell'ordinamento dello Stato significativi e convincenti punti di riferimento per identificare con sufficiente certezza chi siano coloro ai quali una tale qualifica possa essere riconosciuta» (p. VII). Certamente non bastano mai ai giuristi i quadri formali delineati dalle leggi. Altrimenti perderebbe senso la loro stessa esistenza destinata principalmente a cercare la giustizia nella realtà che vivono. Perciò, a nostro avviso, per chiarire il regime legale dei ministri delle diverse confessioni, occorrerà risalire ad uno studio del ministero di culto considerato in se stesso per poter cogliere i contenuti oggettivi delle attività che comprende; e soltanto in un secondo momento sarà possibile inquadralo normativamente senza forzature tra le svariate attività necessarie allo sviluppo sociale che lo Stato deve garantire. Dopo questo studio preliminare sarà più agevole l'individuazione dei soggetti che svolgono tali attività e dello statuto giuridico ad essi più consono. Si tratta in ultima analisi di un lavoro di scoperta di realtà già esistenti che mettono in moto diritti e doveri intuitivamente colti dalla società stessa e per ciò da essa garantiti. Fatta la «scoperta» seguirà la

«conquista» di quello schema normativo che meglio si adegui alle realtà conosciute. Confidiamo nell'incentivo che il lavoro del Fiorita apporterà a questo spirito «giuridico».

Jesús Miñambres

Héctor FRANCESCHI F., *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p. XLIII + 427.

L'opera del prof. H. Franceschi, che fa parte delle monografie giuridiche della Pontificia Università della Santa Croce, dimostra grande competenza nell'affrontare in modo sistematico lo sviluppo storico della legislazione canonica relativa al matrimonio e con acutezza tratta fondamentali tematiche dottrinali.

Finalità dell'articolato studio, indubbiamente poderoso con le sue 427 pagine, è stata quella di investigare e verificare in quale modo lo *ius connubii* abbia fatto parte del sistema matrimoniale della Chiesa, assumendo un ruolo centrale nella concretizzazione delle norme regolatrici dell'istituto matrimoniale (cf. p. 11 e p. 317).

Il percorso si snoda dal *Decretum* di Graziano fino ai vigenti *Codex Iuris Canonici* e *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, abbracciando quindi oltre otto secoli di storia, durante i quali la Chiesa

ha saputo affrontare la complessità e la particolarità delle situazioni, per portare sempre la luce della dottrina affidatale dal suo Divin Fondatore, costruendo gradualmente con sapienza il diritto matrimoniale canonico.

Il primo capitolo dell'opera è un'analisi accurata del *Decretum*, con riferimenti anche a recenti studi sul testo del sommo giurista bolognese.

Graziano cercò di determinare quale sia la causa efficiente del matrimonio, distinguendo il *matrimonium initiatum*, che si ha con il consenso dei contraenti, ed il *matrimonium ratum* o perfetto, che si realizza con la donazione reciproca nell'intimità coniugale.

Il prof. Franceschi affronta anzitutto la relazione tra *ius connubii* e i vari impedimenti matrimoniali, dei quali il *Decretum* delinea un profilo già chiaro, anche se non sempre sistematico.

L'istituto degli impedimenti fin dal *Decretum* di Graziano appare non come uno strumento per stabilire aprioristicamente dei limiti al diritto fondamentale ad accedere al matrimonio, ma come opportunità concreta per accertare chi ha la possibilità di esercitare lo *ius connubii* in genere o con una particolare persona.

L'autore con minuziosa analisi studia i singoli impedimenti, rilevandone la specifica finalità — definita non solo implicitamente nei testi trasmessi dal *Decretum* — di proteggere la libertà dei contraenti, ed a sostegno di ciò sembra parti-

colarmente significativo quanto si riferisce sull'impedimento di età (cf. p. 29).

Libertà e insostituibilità del consenso sono il fulcro, o meglio il fondamento, del sistema giuridico matrimoniale, che già in Graziano acquista organicità e chiarezza dottrinale, particolarmente evidenti quando viene affrontato il caso degli sponsali pattuiti dai genitori a nome dei figli.

In ognuno dei grandi temi relativi al matrimonio il *Decretum* non ignora la centralità dello *ius connubii*, che la Chiesa, già in tempi culturalmente lontani, o dissimili dalla nostra sensibilità, coraggiosamente tutela per tutti, siano essi non battezzati (cf. p. 75), o servi (cf. p. 77), o malati (cf. p. 82).

Proprio il caso dei *furiosi*, qualora questi siano incapaci di dare il loro consenso, fa ribadire l'insostituibilità del consenso personale, in cui si si radica lo *ius connubii*.

Anche la forma della celebrazione delle nozze — in un'epoca in cui l'autorità della Chiesa con energia cercava di sanare la piaga dei matrimoni clandestini — si propone come mezzo per garantire, sempre nel rispetto della libertà personale, la nascita di una relazione di vitale importanza per i fedeli e per la comunità sia ecclesiale che civile.

Il prof. Franceschi esamina i testi del *Decretum* con accuratezza scientifica, ma anche con squisita attenzione alle tematiche attuali, riportando, e senza alcuna forzatura, questi testi, che potrebbero sem-

brare rilevanti solo per la storia del diritto canonico, alla perennità dei principi assoluti.

Nel secondo capitolo viene esaminato lo *ius connubii* nei libri delle Decretali.

L'autore conserva lo stesso schema su cui è stato costruito il primo capitolo: lo *ius connubii* come principio del sistema matrimoniale; la causa efficiente del matrimonio e lo stato di libertà come presupposto dell'esercizio dello *ius connubii*; *ius connubii* e impedimenti matrimoniali; *ius connubii* e insostituibilità del consenso matrimoniale vero e libero; i casi «limite» e la difesa del diritto al matrimonio; *ius connubii* ed esigenza della forma canonica.

Questa struttura ha un duplice vantaggio, che è sia scientifico che didattico; il diritto matrimoniale, infatti, viene posto sotto esame in ogni suo aspetto e nello stesso tempo si conserva una visione globale del matrimonio.

Lo schema fedelmente mantenuto nei primi tre capitoli, che si riferiscono rispettivamente al *Decretum*, alle Decretali, al Concilio di Trento, permette che lo studio non sia dispersivo, ma comparativo, venendo così in luce differenze e punti fermi già raggiunti.

L'autore osserva anzitutto che, mentre ci possono essere delle difficoltà nel valutare i testi del *Decretum*, poiché Graziano non era ancora arrivato ad una chiara distinzione tra sponsali e matrimonio (cf. p. 103), nelle Decretali invece questa distinzione è un dato ormai ri-

conosciuto e pacificamente accolto, e perciò viene resa più semplice la determinazione della causa efficiente del matrimonio, e di conseguenza anche la difesa della libertà personale nell'esercizio dello *ius connubii*.

Il *Liber Extra*, senza escludere la consuetudine della celebrazione degli sponsali degli *impuberes*, assai radicata nella società di quel tempo, distinguendo chiaramente tra gli sponsali ed il vero consenso coniugale, ribadì la libertà delle persone nella costituzione del vincolo coniugale.

Queste precisazioni essenziali delle Decretali sono la base per la difesa del libero esercizio dello *ius connubii*, possibile solo perché la causa efficiente, ed unica, del vincolo coniugale è il consenso *de praesenti* (cf. p. 111).

Le Decretali ormai chiariscono definitivamente che gli sponsali *de futuro* possono diventare vero consenso matrimoniale soltanto mediante la manifestazione del consenso *de praesenti* o mediante la *copula*, realizzata con *animus coniugalis*.

Proprio nella definizione del consenso matrimoniale *de praesenti*, nel quale si manifesta la volontà di donarsi ed accettarsi vicendevolmente, anche se manca la formalità, si nota già la differenza tra forma di celebrazione e principio formale. La prima, ossia la celebrazione pubblica, risponde alla opportunità di celebrare il matrimonio *in facie Ecclesiae*, e dal Concilio di Trento sarà richiesta *ad validita-*

tem; il principio formale, invece, risponde alla natura del consenso, che è atto giuridico capace di far sorgere un vincolo di dimensioni pubbliche, e richiede pertanto una manifestazione esterna quale elemento essenziale per la costituzione del matrimonio (cf. pp. 121-122, dove viene fatta un'ottima sintesi della questione).

Fulcro di tutta la dottrina e normativa sul matrimonio resta il consenso libero e responsabile.

Nelle Decretali appare come una costante la difesa della libertà del consenso, che è la causa del vincolo matrimoniale (cf. p. 133), e tutto il sistema giuridico è rivolto alla difesa della libertà nell'instaurazione del vincolo matrimoniale (cf. p. 135).

Dalle Decretali si coglie anche che gli impedimenti sono funzionali alla difesa dello *ius connubii*, pur dando l'impressione di esserne una riduzione, perché, come acutamente annota l'autore, "con le Decretali si è fatto un passo in avanti nella specificazione degli impedimenti come situazioni o relazioni oggettive che impediscono e/o dirimono il matrimonio, non per una decisione arbitraria dell'autorità, ma per la stessa natura del matrimonio, per la sua dignità e, nel caso dei fedeli, per la sua dimensione sacramentale nonché per il ruolo di ognuno dei fedeli nella società ecclesiale" (pp. 141-142).

Dopo un accurato e sistematico studio delle Decretali più significative, l'autore conclude che "lo *ius connubii* esce più fortificato dal si-

stema matrimoniale delle Decretali" (p. 241).

Il prof. Franceschi si è lasciato condurre dallo stile proprio delle Decretali, che raccolgono e presentano come legge universale — resa tale dalla promulgazione del Sommo Pontefice — risposte particolari a casi concreti, nei quali il *bonum animarum* si coniuga perfettamente con il *magisterium*; l'autore infatti riporta in questo secondo capitolo un'abbondante casistica di fattispecie reali, descritte dalle Decretali, strutturando però tutto nella solidità della dogmatica giuridica.

Non è superfluo aggiungere come l'autore metta in luce la sensibilità, che potremmo dire moderna, con cui è difeso lo *ius connubii* nel caso del *metus*: "Questa decretale può essere interessante per dare risposta alla discussione dottrinale circa la necessità che il timore sia ingiusto, perché l'autorità non basa la sua decisione sull'ingiustizia della pena stabilita, ma semplicemente sulla difesa della libertà del consenso" (p. 221).

Così pure il *Liber Extra* diventa più esplicito di quanto lo sia stato il *Decretum* a proposito dell'invalidità del matrimonio dei *furiosi*, proprio a motivo della necessità "del consenso personale di presente come causa efficiente del vincolo, attorno alla quale gira tutto il sistema matrimoniale dei libri delle Decretali" (p. 231).

Nelle Decretali si avverte certamente la grande difficoltà di trovare un adeguato equilibrio tra cer-

tezza giuridica, centralità del consenso e *ius connubii* (cf. p. 236); risolvere una simile problematica sarà uno degli obiettivi del Concilio di Trento.

L'autore, affrontando la novità della forma canonica, introdotta dal Concilio di Trento, che sembra spostare l'attenzione dalla totalità della realtà matrimoniale al solo consenso, con fine intuito si chiede fino a che punto ciò abbia capovolto tutto il sistema matrimoniale canonico (cf. p. 252).

Il prof. Franceschi con acuto senso della storia inserisce la questione nell'ambito della posizione di Lutero, che negò sia la sacramentalità del matrimonio sia la giurisdizione della Chiesa su di esso, e dell'articolato dibattito svolto dai Padri del Concilio Tridentino.

Se da una parte Lutero — in parte giustificato da una talvolta ingiusta limitazione del diritto al matrimonio, dovuta ad una complessa applicazione dell'istituto degli impedimenti — affermava lo *ius connubii* come un assoluto, dall'altra la Chiesa, proprio perché era consapevole del suo diritto-dovere di vigilare sulla libertà dei fedeli nella celebrazione del loro matrimonio, si preoccupò di dare al consenso degli sposi tutta la certezza, anche pubblica, necessaria per garantire la verità del loro impegno (cf. p. 275).

Certamente questa decisione del Concilio di Trento avrebbe potuto provocare una eccessiva formalizzazione del sistema pastorale, come opportunamente annota il prof.

Franceschi (cf. p. 272), ma questo atteggiamento, talvolta deviante, è insito nell'applicazione di ogni norma giuridica.

L'intenzione del Concilio Tridentino di voler tutelare la libertà dei contraenti ha un'espressione quanto mai chiara e forte nella scomunica *ipso facto* inflitta a chi impedisce illegittimamente il libero esercizio dello *ius connubii* (cf. p. 288).

L'attenzione della Chiesa nei confronti delle singole persone si manifesta concretamente e significativamente nella modalità con cui il decreto *Tametsi* doveva essere notificato nelle parrocchie, in modo che i singoli fedeli fossero raggiunti (cf. p. 301), proprio perché il sistema matrimoniale della Chiesa è al servizio delle persone (cf. p. 308).

Il prof. Franceschi osserva come nel decreto *Tametsi* è decisamente garantita la libertà del consenso matrimoniale, ed è pertanto del tutto tutelato lo *ius connubii* da pressioni esterne (cf. p. 307).

Concludendo lo studio sulla legislazione Tridentina, l'autore non evita di ricordare il rischio e il fardello del formalismo, che certamente potrebbe derivare da un'applicazione rigida ed impersonale della norma, ma nello stesso tempo egli fa presente come la forma canonica sia stata uno strumento storicamente opportuno per garantire e proteggere il vero consenso matrimoniale dei fedeli.

È illuminante — anche perché è sorretto da una rigorosa ricerca

nelle fonti del dibattito conciliare — quanto afferma l'autore: "La forma è, possiamo dire, il mezzo ordinario di riconoscimento e di ricezione, da parte della comunità ecclesiale, del potere sovrano dei contraenti per fondare il matrimonio e la famiglia" (p. 315).

Il Concilio di Trento seppe difendere in un contesto culturale complesso, e in qualche modo sfavorevole, l'armonia — insita nella verità della natura sia della persona umana come del matrimonio, ma difficile da raggiungere nella complessità delle situazioni contingenti — tra i diritti delle persone e l'autorità dell'istituzione.

L'ultimo capitolo dell'opera riguarda la redazione del *Codex* del 1917 e dei due Codici ora vigenti nella Chiesa.

Merito indiscutibile dello studio del prof. Franceschi relativamente a questa nuova tappa del cammino legislativo della Chiesa va visto nell'indagine attenta sulla graduale formulazione del canone che riconosce e determina lo *ius connubii*.

La collocazione del can. 1305 del *Codex* piano-benedettino impedì di vedere lo *ius connubii* come *fons et culmen* di tutto il sistema matrimoniale canonico; il suddetto canone venne infatti spostato dalla posizione di canone preliminare all'intera trattazione del matrimonio a canone che introduceva la normativa sugli impedimenti.

Lo *ius connubii* venne così impoverito ed interpretato successivamente secondo un'impostazione negativa e riduttiva, in quanto era

preso in considerazione solo nei suoi limiti, quali sono appunto gli impedimenti.

Questo rischio però è stato coraggiosamente evitato nella nuova codificazione.

Il canone 1058 del *Codex Iuris Canonici* della Chiesa latina ed il can. 778 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, nonostante i tentativi intrapresi da alcuni consultori perché il canone restasse come preliminare agli impedimenti, venne posto tra i primi canoni, come canone fondamentale della legislazione matrimoniale canonica, per assicurare un diritto naturale, che riguarda pertanto tutti i contraenti, battezzati e non battezzati, e che può essere impedito e limitato soltanto per gravi ragioni pubbliche.

L'iter del can. 778 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* ha seguito il *Codex* della Chiesa latina, in quanto ha collocato il suddetto canone tra i canoni preliminari di tutta la legislazione sul matrimonio.

Nella conclusione il prof. Franceschi ricorda questioni aperte, ma soprattutto offre indicazioni preziose, da non dimenticare assolutamente, in modo che lo *ius connubii* abbia nel diritto della Chiesa la rilevanza che ad esso spetta in nome del diritto naturale.

Lo *ius connubii* non può che esser riconosciuto come fondamento del sistema matrimoniale canonico, ed esso è sempre stato protetto dalla Chiesa "come libertà di contrarre, prima della celebrazione del

matrimonio; come difesa del vincolo contratto, una volta celebrato il matrimonio" (p. 375).

Lo *ius connubii* è un diritto fondamentale della persona, conseguenza della inclinazione naturale al matrimonio, nella quale l'uomo e la donna vengono coinvolti in tutti i loro aspetti personali: corporeo, affettivo, spirituale.

Il prof. Franceschi giustamente sostiene che lo *ius connubii*, diritto fondamentale della persona umana, per i cattolici va considerato anche come un diritto fondamentale del fedele.

C'è da chiedersi, e in virtù dell'identità tra patto coniugale e sacramento tra i battezzati, cosa contenga in più lo *ius connubii* di un fedele cattolico di quanto esiga il diritto fondamentale al matrimonio, proprio di ogni persona umana.

Il canone 1058 non fa pensare a nessuna differenza.

Si può tuttavia cogliere un ampliamento dello *ius connubii* — e non solo per i fedeli cattolici, ma anche per tutti i cristiani — considerandone i contenuti, che sono ricordati in modo puntuale e completo dall'autore (cf. pp. 391-392); non si deve dimenticare che il battesimo dei contraenti rende il vincolo segno dell'amore trinitario e cristologico, come pure va ricordato che unità e indissolubilità vengono rafforzate dalla grazia sacramentale.

L'autore infine formula alcune proposte relative ad un giusto esercizio dello *ius connubii*.

Suggerisce che in una nuova redazione del canone 219 del *Codex Iuris Canonici*, il cui oggetto è la libertà necessaria per porre un atto giuridico, ci sia un'esplicitazione più chiara ed univoca anche dello *ius connubii* (cf. p. 397); non si può però dimenticare che il contesto del can. 219 è quello delle norme generali, e pertanto sarebbe, almeno metodologicamente, non corretto il riferimento ad istituti giuridici peculiari.

Particolarmente interessanti si dimostrano, per la loro logica giuridica, i rilievi critici su arbitrarie interpretazioni ed applicazioni del can. 1095, con i quali l'autore richiama alla coerenza che trova la propria ragione nello *ius connubii*: "non si può ammettere... un doppio metro per misurare la capacità, cioè, uno per il momento celebrativo e uno diverso per il momento di crisi o di nullità. Non si può accettare che, in sede di celebrazione, tutti sono capaci, e poi, quando arriva la crisi e il fallimento, in sede di nullità, pochi sarebbero capaci" (p. 406).

Riguardo alla forma canonica è certamente condivisibile la preoccupazione, espressa dall'autore, di non cadere nel formalismo, che mortificherebbe lo *ius connubii* (cf. p. 408).

La delega è un istituto giuridico voluto dal Legislatore; nel caso del *defectus formae canonicae*, non risolto neppure con l'*error communis* o con il *dubium positivum et probabile*, chi applica la legge ha anche la possibilità di ricorrere, *positis*

ponendis, alla *sanatio in radice*, che trova la propria ragion d'essere nella insostituibilità del consenso, e non può che essere un implicito e sostanziale riconoscimento dello *ius connubii*.

Lo *ius connubii*, nel contesto dell'attuale esasperato soggettismo che rifiuta ogni assoluto, potrebbe indurre erroneamente ad intendere e volere un modello di matrimonio che tale non è, se viene snaturato nella sua sostanza.

Il prof. Franceschi non evita assolutamente questa problematica, quando colloca — e ciò è significativo — alla fine della sua opera uno dei nodi della missione della Chiesa nel mondo contemporaneo: il matrimonio dei battezzati non più credenti.

La Chiesa deve dare una risposta leale e veritiera, sia nei confronti delle persone, che hanno una loro storia particolare, sia nei confronti del matrimonio stesso, che ha fini e proprietà essenziali, e pertanto imm modificabili.

L'autore conclude il suo studio, che ha la solidità di una ricerca condotta con grande competenza nell'indagine delle fonti e nell'approfondimento e applicazione dei principi dogmatico-giuridici, affermando: "Il sistema matrimoniale, più che un corpo normativo astratto che regola un istituto giuridico, è stato e deve continuare ad essere una risposta giusta alle esigenze intrinseche della realtà matrimoniale e del diritto fondamentale al matrimonio che ha il suo fondamento nella persona umana e

nella sua modalizzazione sessuale in persona-uomo, persona-donna, sulla quale si fonda la complementarietà" (p. 415).

E su questa integrale antropologia dell'amore umano si svolge il prologo del prof. Pedro-Juan Viladrich, il quale sviluppa con la sua ben nota acutezza temi fondamentali del diritto matrimoniale.

Giustamente il prof. Viladrich evidenzia il limite di "quella dottrina canonica sul matrimonio, che è vissuta in eccesso polarizzata dalla nullità e dallo scioglimento" ed "ha radicalmente ridotto il suo campo visivo e costruttivo sulla sostanza stessa del matrimonio" (p. XXXVI).

E l'opera del prof. Franceschi è una provocazione sicuramente valida, perché essa, attraverso una dettagliata analisi storica di un percorso costante nel diritto della Chiesa, ossia quello dell'insostituibilità del consenso dei contraenti, convince ad impostare il trattato sul matrimonio non con il metodo "positivistico", che si limita a commentare i singoli canoni del Codice, frammentando la ricchezza dei contenuti del diritto matrimoniale, ma con un metodo "positivo", che sa costruire sulle strutture portanti del diritto matrimoniale, e tra queste una collocazione prioritaria va assegnata allo *ius connubii*.

Lo stesso codice vigente, impregnato della dottrina del Concilio Vaticano II ("*optandum sane est, ut nova canonica legislatio efficax instrumentum evadat, cuius ope Ec-*

clesia valeat se ipsam perficere secundum Concilii Vaticani II spiritum, ac magis magisque se praebeat salutifero suo munere in hoc mundo exsequendo”, *Constitutio Apostolica Sacrae disciplinae leges*), impedisce certamente di intessere tutto il trattato sui matrimoni *sub specie nullitatis*.

Se non si può non riconoscere — come suggerisce il prof. Viladrich nel prologo — che la “qualità del sistema giuridico dipende dalla qualità del suo modello antropologico” (p. XLI), l’opera del prof. Franceschi va accolta come un sicuro e valido contributo alla qualità del sistema giuridico, proprio perché interpreta lo *ius connubii* quale espressione tipica della persona umana: “*Dignitas igitur hominis requirit ut secundum conscientiam et liberam electionem agat*” (*Gaudium et spes*, 17), e lo stesso documento conciliare applica questa dignità inalienabile al matrimonio, rivendicando lo “*ius ad statum vitae libere eligendum et ad familiam condendam*” (*Gaudium et spes*, 26).

Giordano Caberletti

Javier HERVADA, *Pueblo cristiano y circunscripciones eclesiásticas*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2003, p. 171.

È da parecchio tempo che l’A. ha scelto per alcune delle sue opere il genere della conversazione.

L’occasione del colloquio si situa, in questo caso a Budapest, nel settembre 2001, in contemporanea con un Convegno di Diritto Canonico, e l’interlocutore sarebbe un collega cileno di nome Martín Roqueta.

Come è accaduto in altre occasioni in cui l’A. usa il genere della conversazione, il risultato è tutt’altro che un leggero scambio d’opinioni. Sebbene l’alternanza dei personaggi permette una certa progressione degli argomenti, l’interpolazione di commenti sul Convegno in corso e qualche battuta che mostra la non dissimulata passione dell’A. per il diritto canonico, la lettura del lavoro esige uno sforzo notevole, come di solito richiede la densità del pensiero dell’A. Di fatto, a nostro modo di vedere si può trarre tutto il profitto del lavoro solo se è letto in consonanza con altre opere dell’A. Egli stesso vi fa rinvio in alcuni passi; nella maggior parte dei casi si tratta di rimandi al noto volume *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Eunsa, 2ª ed., Pamplona 2001 (traduzione italiana della 1ª ed. a cura di G. LO CASTRO, *Diritto Costituzionale Canonico*, Giuffrè, Milano 1989).

Infatti la riflessione che riporta il volume si situa nella cornice del Diritto Costituzionale Canonico. Questa affermazione è già una valutazione del contenuto: l’A. è stato sempre rigoroso nella scelta della prospettiva dalla quale riflette sugli argomenti, e nel farsi guidare dai parametri della medesima (un

esempio di questa impostazione può vedersi a pp. 123-132). Di fatto diverse volte nel volume in oggetto si ferma a chiarire quello che appartiene al Diritto Costituzionale e quello che si discosta di questa angolatura della scienza canonica. Con questo atteggiamento metodologico si dimostra, da un lato, la dimestichezza dell'A. con le diverse prospettive dalle quale si può osservare una questione (e, per tanto, la parzialità del punto di vista giuridico), dall'altro, la consapevolezza dell'esistenza d'un livello giuridico (e, nel nostro volume, costituzionale) che ha autonomia come scienza, per cui al suo interno si possono raggiungere conclusioni esaurienti (sempre che la questione analizzata sia chiaramente delimitata come giuridica, nel caso concreto nostro, costituzionale).

Il fatto che l'oggetto di studio consenta una riflessione dal punto di vista teologico (come accade nel tema che ci occupa) viene rilevato come espressione — anche in certi casi più profonda o complessiva di quelle strettamente giuridiche — della realtà che si studia. Sarà preso in considerazione nel contesto giuridico (e costituzionale) nella misura in cui la scienza costituzionalistica riesca a riceverlo come parte dell'oggetto proprio di studio.

Queste delimitazioni sul livello della riflessione, mentre offrono spunti di contrasto con altri autori che si sono occupati del tema che si studia, mostrano un indirizzo

fortemente rappresentativo del pensiero dell'A., com'è l'attenzione alla realtà giuridica in se stessa: si guarda l'insieme degli elementi giuridici che offre la realtà studiata, s'identifica la cornice sistematica nella quale dovrebbe trovarsi la soluzione del *problema giuridico* in oggetto, e dopo una riflessione scientifica che si mantiene sempre in quella cornice, si offrono le conclusioni.

La lettura dell'indice dell'opera potrebbe far pensare che si tratta d'una passeggiata intorno ad alcuni argomenti centrali di Diritto Costituzionale, una sorta di sintesi a scopo didattico dei punti più salienti di questa scienza. Questa è solo una apparenza. Il fatto che si percorrano questi argomenti centrali è condizionato da una duplice questione, nella quale s'incentra l'insieme del lavoro: l'articolazione *ordo-plebs* e la sua realizzazione nelle circoscrizioni ecclesiastiche.

Muovendo da diverse prospettive, il volume, nel suo insieme, s'avvicina verso queste domande centrali. Va rilevato che l'A. prende così sul serio la portata delle nozioni in oggetto, che gli si fa necessario rintracciare il filo degli argomenti fino ai principi basilari del Diritto Costituzionale. A nostro modo di vedere questo è un dato oggettivo, però anche una virtù dell'opera che ci occupa: non si vuole convincere qualcuno di una opinione personale, ma si studia complessivamente l'articolazione di due nozioni importanti, il cui chiarimento merita una solu-

zione approfondita. Stando così le cose, non risulta facile tracciare una sintesi del contenuto del lavoro, perché si rischiano di perdere le sfumature che si percepiscono nell'insieme delle riflessioni.

In estrema sintesi, la conclusione centrale del lavoro potrebbe formularsi nella affermazione seguente: «La missione della Chiesa è unica: si sviluppa attraverso l'apostolato gerarchico o ministeriale e l'apostolato dei laici, in una unità di missione, per cui è una cooperazione. Si sviluppa in conformità con la costituzione divina dalla Chiesa che è gerarchica; per questo la cooperazione si dispiega secondo la struttura *ordo-plebs*, vale a dire, organicamente. È, dunque, una cooperazione organica. Tutto questo si porta a termine all'interno delle circoscrizioni ecclesiastiche — diocesi, prelature, vicariati apostolici, ordinariati — con una cooperazione tra l'*ordo* e il laicato propri della circoscrizione, tra i membri propri e incorporati di quella circoscrizione, siano il vescovo con il suo presbiterio e i diaconi, sia il *populus christianus*, che è il popolo proprio» (p. 122, la traduzione è nostra). In un certo senso, queste parole fungono da cerniera tra la prima parte del lavoro che approfondisce l'idea di «*populus christianus*» (pp. 40-120), e la seconda, che si sofferma in modo particolare su quella di «circoscrizione» (pp. 122-157).

A nostro avviso, il valore del lavoro sta nel chiarire, dalla prospettiva dal Diritto Costituzionale, il

senso delle nozioni di «circoscrizione ecclesiastica» e, anche, di «popolo» (anche, di «proprio popolo»). Da cui — sia detto per inciso — la vera espressività del titolo: capire la portata e valore canonistico e costituzionale del «popolo cristiano» nella sua realizzazione in «circoscrizioni ecclesiastiche». Come si può scorgere dalle righe appena presentate, la parte più significativa del ragionamento che guida il lavoro si trova nel capire la struttura costituzionale stessa della Chiesa, la consistenza della relazione strutturale *ordo-plebs*.

Per un cultore del Diritto Costituzionale Canonico non è nuovo rilevare la centralità di questa relazione nel pensiero dell'A, come è facile di vedere dalla sue prime riflessioni sull'argomento. Ciò che va sottolineato è la vitalità di questa visione, quando si proietta su questioni attuali come quelle su cui s'incentra il volume che ci sta occupando. Infatti, se la consistenza delle riflessioni teoriche si prova nel confronto con la realtà giuridica concreta, in questo caso l'esito è positivo come può vedersi nel modo in cui si va incontro a problemi d'attualità, come la progressiva presa di coscienza sulla relatività dell'opposizione tra territorialità e personalità (pp. 12-37), l'oscillante uso del termine «circoscrizione» (pp. 83-88) o «struttura gerarchica» (pp. 123-124) nel linguaggio legislativo e nella prassi canonica, l'idea della «*cooperatio organica*» (pp. 119-122), le recenti

interpretazioni del diritto positivo e vicende pastorali su diversi tipi di circoscrizioni ecclesiastiche (pp. 135-142), ecc.

Prima di riferire qualche aspetto dell'argomentazione sulla relazione *ordo-plebs* dobbiamo soffermarci brevemente su un altro tratto metodologico dell'A. Non desta sorpresa l'accurata attenzione che si concede al magistero del Concilio Vaticano II: per l'A. questo magistero è stato, per ragioni intrinseche appunto alle sue convinzioni metodologiche, un asse decisivo nella riflessione, soprattutto nell'ambito del Diritto Costituzionale. È necessario sottolineare che questo magistero non è adoperato in modo meramente strumentale (né, meno ancora, retorico), ma in modo sostanziale. Le realtà giuridiche con cui si devono fare i conti non possono essere limitate ai canoni del Codice di Diritto Canonico: le espressioni dell'autocomprensione della Chiesa sgorgate dal Concilio Vaticano II hanno una valenza giuridica radicale, e sono necessarie per capire — sempre in prospettiva giuridica — le realtà (anche pastorali e teologiche) che ne sono frutto nella vita della Chiesa.

A questo riguardo, va sottolineato lo sviluppo che si offre sulla vocazione universale alla santità ed all'apostolato come base per situare correttamente l'identità cristiana ancorata nel principio d'eguaglianza nella Chiesa e nel principio di varietà che ne è intrinseco complemento (pp. 55-60). Solo

così si possono superare i vecchi schemi stamentali, e si riesce a situare nel giusto contesto il principio istituzionale (pp. 61-69), che affonda le sue radici nella relazione *ordo-plebs* e, soprattutto, nella posizione attiva del laico a livello costituzionale (pp. 69-79). Sono significative, a questo scopo queste parole che presentiamo a mo' di sintesi degli sviluppi sul Popolo di Dio: «la nozione di Popolo di Dio applicata alla Chiesa indica che ci sono due livelli: quello della struttura gerarchica, con la triplice potestà legislativa, esecutiva e giudiziale e le sue funzioni di promozione, impulso e controllo e, soprattutto con la *cura animarum*, incentrata — come missione evangelizzatrice — sulla Parola e i sacramenti; tutto questo con i carismi gerarchici. Ed il livello del *populus christianus*, con anche una vocazione ricevuta da Cristo, di vita spirituale, apostolato personale e opere di carità, retto dal principio d'autonomia e accompagnato dai relativi carismi» (p. 83).

Su questa caratterizzazione s'impenna la relazione *ordo-plebs*, che s'esprime a tutti i livelli della struttura della Chiesa, universale o particolare, non solo dal punto di vista del singolo membro di uno o dell'altro estremo della relazione, ma — è questo e molto importante — *configurando*, come relazione, la Chiesa Universale, e quelle unità in cui s'autoorganizza e particularizza giuridicamente la Chiesa (da non scambiare direttamente con la Chiesa Particolare come nozione

teologica: cfr. esp. pp. 92, 125, 131 e 152).

Com'è logico, la nostra descrizione del tema centrale del volume è assai parziale. Dall'altro canto, gli sviluppi vanno seguiti da vicino per non perdere il filo del discorso, sempre denso. Anzi, come abbiamo detto, non sarebbe eccessivo seguire i rinvii che gli interlocutori fanno al volume sul Diritto Costituzionale a cui si fa riferimento diverse volte. D'altra parte, questo sarebbe un possibile secondo tipo d'uso dell'opera nel suo insieme: leggerla in parallelo con quell'altra, sistematica e più accademica, per scoprire nuovi sviluppi sui temi centrali del Diritto Costituzionale.

Non potevano mancare, alla fine del volume, alcuni orientamenti sul regime giuridico delle circoscrizione ecclesiastiche, con particolare riferimento alla equiparazione (pp. 141-148) ed alla capitalità (pp. 148-152). Chiude il volume una riflessione sul senso delle circoscrizioni ecclesiastiche che sono strutture complementari tra le quali l'A. annovera gli ordinariati militari, la *Mission de France*, le diocesi peculiari e le prelature personali (pp. 153-156).

Nel libro recensito, insomma, si trova *in nuce* una parte molto importante della riflessione dell'A. sul Diritto Costituzionale Canonico. L'esposizione, finalizzata a chiarire nozioni veramente centrali, serve a mettere in risalto da una parte la necessità di continuare a lavorare su questo settore della scienza ca-

nonica, e dall'altro l'attualità e la versatilità della proposta di Javier Hervada.

Fernando Puig

Davide MUSSONE, *L'Eucaristia nel Codice di Diritto canonico, commento ai can. 897-958*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. VIII + 209.

Qu'un juge et vicaire judiciaire écrit un commentaire sur la partie du Code qui traite du sacrement de l'Eucharistie, voilà qui sort un peu du commun. Mais ce serait oublier que derrière le magistrat ecclésiastique il y a le prêtre, qui, dans le cas présent collabore, dans divers paroisses et aumôneries, qui, de ce fait est appelé à prêcher, "confectionner" et distribuer l'Eucharistie, en somme à vivre et contempler le divin Sacrement. Cela dit, l'ouvrage ne se présente pas comme une sorte de méditation, mais bien comme une étude, avec des références constantes aux autres textes du Magistère récent et aux commentaires canoniques sur le sujet.

La brève introduction du Cardinal Bertone, alors Secrétaire de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi, et maintenant archevêque de Gênes, nous introduit d'emblée dans cette double réalité du Très Saint Sacrement, à la fois mystère divin que l'on adore et fait pratique, social et ecclésial, à pro-

pos duquel l'Eglise doit émettre des normes, qui concrétisent et spécifient le dépôt de la foi. Confié aux hommes, il doit être protégé dans sa réalité humaine.

L'étude emploie la méthode analytique, en suivant l'ordre des canons du Code, l'un après l'autre, en citant les sources et en commentant à la lumière des documents récents du Magistère (sans, bien sûr, la toute dernière encyclique *Ecclesia de Eucharistia*, publiée après sa parution; on peut le regretter mais certainement pas en faire un grief à l'auteur) et des commentateurs canoniques, ecclésiaux et spirituels. Chaque chapitre se termine par une brève synthèse reprenant les points essentiels qui ont été traités. L'ouvrage est divisé en huit chapitres traitant chacun de un à quatorze canons selon la matière: les fondements théologico-juridiques, l'assemblée, le ministre, la participation, les rites, les temps et lieux, la conservation et la vénération, les honoraires.

Le premier chapitre pose les fondements. La variété même des noms qui désignent ce sacrement (Eucharistie, Communion, Saint Sacrifice, etc) témoignent de la complexité et richesse de cette réalité divine donnée aux hommes. L'auteur profite du c. 897, introductif au Titre III de la partie du Code de Droit canonique consacré aux sacrements, pour développer les fondements théologiques sur lesquels se basent les normes du Code. Le commentaire de cet unique canon est de 14 pages (le livre traitant

61 canons, si chaque canon avait le même traitement, cela ferait 864 pages, contre les 200 que comporte réellement l'ouvrage). Mais ce canon le mérite tant il est riche, intégrant non seulement la substance de la norme équivalente du Code de 1917, à savoir le c. 801, mais encore certains apports du Concile Vatican II et du Magistère récent antérieur au Code de 1983, que l'auteur énumère en détail. Après l'avoir située parmi les autres sacrements, comme "source et point culminant de toute la vie chrétienne" (*Lumen Gentium* 11), l'Eucharistie est successivement présentée comme aliment, puis comme mémorial et sacrifice de remerciement, et aussi comme moyen d'union au Christ et à son corps mystique et comme gage de la Vie éternelle.

Avec le c. 898 on aborde le rôle de l'Eucharistie dans la vie des fidèles, leurs devoirs en la matière et le rôle des pasteurs d'âme dans leur formation spécifique. Il s'agit non seulement de souligner le profit que les fidèles doivent en tirer et les inciter à une participation active à la Messe, mais aussi de mettre en relief l'excellence du T.S. Sacrement. L'auteur fait encore remarquer que cet aspect est encore accentué du fait de la sévérité des peines que le c. 1367 énonce contre les profanateurs: excommunication *latae sententiae* réservée au Saint Siège pour celui qui jette, vole ou retient les saintes espèces dans un but sacrilège, sans exclure les peines *ferendae sententiae* qui pourraient être

prononcées contre les clercs qui se rendraient coupables de telles fautes.

Le chapitre suivant, sur le c. 899, traite de la célébration eucharistique, plus selon un aspect doctrinal que normatif au sens strict. De ce fait, il n'a pas d'antécédent dans le code de 1917, beaucoup plus "avare" en matière d'indications non-normatives, mais le canon s'inspire de textes conciliaires et du Magistère. Le titre du commentaire, "l'assemblée", ne reflète pas exactement son contenu.

Ce canon est divisé en trois paragraphes, dont le premier présente la célébration en elle-même, "action du Christ et de l'Eglise ... par le ministère du Prêtre [II] s'offre à Dieu le Père ... et se communique en fruit spirituel aux fidèles...". C'est une action, et non une représentation théâtrale, du Christ, unique agent principal. C'est aussi une action de l'Eglise, instrument ministériel. En note on trouve un renvoi intéressant au canon 834, le premier du Livre sur le "munus sanctificandi" qui énonce que toute action réellement liturgique est en soi action du Christ et de l'Eglise, son Corps mystique.

Le deuxième paragraphe traite de la messe en tant que rassemblement eucharistique du peuple de Dieu sous la présidence de l'évêque ou du prêtre, son collaborateur: c'est l'aspect communautaire. L'auteur consacre aussi un développement aux célébrations dominicales en l'absence de prêtre, mais il semblerait que ceci soit dépassé

dans bien des pays, même manquant de ministres ordonnés, en raison, en particulier, de la plus grande mobilité des personnes.

Enfin le troisième paragraphe touche à la question de la fécondité de ces célébrations. Le commentaire laisse un peu rêveur: certaines expressions paraissent indiquer que ces fruits de grâce resulteraient bien plus de l'action des hommes que de l'effet du sacrement *ex opere operato* (effet qui est effleuré rapidement mais pas expressément affirmé); il est vrai que ici la norme parle du devoir d'organiser la célébration de manière à ce qu'elle porte un maximum de fruits.

Le troisième chapitre traite des douze canons (900-911) relatifs au ministre de l'Eucharistie, essentiellement le prêtre. Dès l'abord nous nous heurtons à une difficulté de traduction: alors que le texte latin du c. 900 § 1 dit clairement que le ministre capable de "conficere sacramentum eucharistiae" est le prêtre validement ordonné, la traduction italienne, théologiquement moins précise, énonce que seul le prêtre est capable de "célébrer le sacrement". La "confection" ne peut être que la célébration de la messe, mais la "célébration" peut recouvrir bien des liturgies eucharistiques dont certaines ne nécessitent pas le caractère sacerdotal. A noter que l'exclusivité du rôle du prêtre en la matière est encore souligné par le c. 1378 § 2 qui énonce la peine d'interdit, et de suspension s'il s'agit d'un clerc, pour celui qui attenterait la célébration de la

messe. Pour que la célébration soit licite, le prêtre doit, de plus, ne pas en être empêché par le droit (irrégularité, peine canonique, etc) et respecter les normes relatives à cette matière. Cette prérogative est aussi mise en valeur par l'interdiction faite au diacres et aux laïcs de prononcer les paroles réservées au prêtre (c. 907).

Le droit du prêtre d'appliquer la messe pour les vivants ou les morts est énoncé par le c. 901. L'auteur précise que ce qui fait l'objet de cette application c'est le fruit ministériel du prêtre. De plus, il nous donne des indications sur les possibilités et les modalités d'application pour les personnes qui ne sont pas en pleine communion avec l'Eglise, et aussi d'autres modalités pratiques.

A propos de la concélébration, traitée au c. 902, après un bref résumé de l'histoire de la normative en la matière, l'auteur fait remarquer que le Code actuel se contente d'en donner la possibilité. Cela dit, il développe aussi les cas où elle peut être considérée comme de règle, recommandée ou permise, si l'utilité des fidèles ne s'y oppose pas (Jeudi Saint, synode diocésain, etc), pour manifester l'unité du presbytérat, en particulier autour de l'évêque du diocèse, et les cas où il est permis de concélébrer deux fois le même jour.

Le problème de l'admission des prêtres étrangers, inconnus, à la célébration de la messe est abordé au c. 903: normalement, c'est au moyen de lettres de recommandation ré-

centes ('celebret') de l'évêque ou du supérieur propre que le recteur de l'église pourra savoir si le prêtre en question est en pleine communion et n'est pas empêché par le droit. En revanche la concélébration avec des ministres non-catholiques est interdite (c. 908).

Les raisons pour lesquelles il est recommandé au prêtre de célébrer chaque jour (c. 904) — même s'il lui est interdit de célébrer plus d'une fois par jour, sauf motifs pastoraux pressants (c. 905) — tiennent à la valeur de l'Eucharistie, oeuvre de rédemption du Christ, mais dont il faut éviter les abus. La haute dignité de cette action liturgique impose aussi au prêtre de s'y préparer soigneusement par la prière et de rendre grâce après (c. 909).

L'ancienne interdiction de célébrer sans au moins un servant de messe, est transformée dans le code actuel en prescription de ne pas célébrer sans la participation d'au moins quelques fidèles, si ce n'est pour une cause juste et raisonnable (c. 906). Ce canon doit être interprété à la lumière du caractère de soi public de la messe, mais aussi de la recommandation de célébrer quotidiennement et des circonstances particulières des uns et des autres.

Le chapitre se termine par deux canons (910 et 911) concernant les ministres ordinaires et extraordinaires de la communion eucharistique et du viatique. L'accent est mis par l'auteur sur le rôle exclusivement supplétif des ministres extraordi-

res, soit dans la célébration eucharistique, soit en dehors, sur les qualités que ceux-ci doivent posséder et sur les formalités de leur institution.

Qui peut et doit être admis à la communion et comment, et qui, en revanche, ne doit pas y accéder, constituent la matière du quatrième chapitre, et des cc. 912 à 923 du Code, dont traite ce chapitre.

Le droit fondamental des fidèles baptisés, non empêchés par ailleurs, à recevoir l'Eucharistie est affirmé par le c. 912, mais résulte aussi des canons qui décrivent les droits et devoirs des fidèles en la matière (cc. 204, 205, 843 § 2). Pour être complet il aurait fallu mentionner les conditions particulières du c. 844 §§ 3 et 4 qui permettent d'admettre certains baptisés qui ne sont pas en pleine communion avec l'Eglise, aux sacrements en général, et, en particulier, à l'Eucharistie.

Pour l'admission des petits enfants à la communion, les conditions énoncées par le Code, c. 913 § 1, sont une compréhension suffisante du mystère eucharistique et une préparation adéquate. L'auteur étudie les deux conditions mais en réduisant un peu la première à l'usage de la raison. Le deuxième alinéa du même canon permet de donner la sainte Communion aux enfants en danger de mort lors même que les conditions ne sont remplies qu'au minimum. Quant à la préparation elle-même, le c. 914 en charge non seulement les curés mais aussi et d'abord les parents; il est égale-

ment rappelé que la confession doit précéder la première communion.

Puis le Code passe à ceux qui sont empêché de recevoir la sainte communion. Le c. 915 cite les personnes sous le coup d'une censure ecclésiastique (excommunication, interdit) et les "pêcheurs publics". L'auteur n'hésite pas à développer ce dernier cas en précisant que, dans cette catégorie, entrent, en particulier, les concubinaires publics et les divorciés "remariés" (second mariage évidemment nul aux yeux de Dieu et de l'Eglise), et à donner en note tous les rappels dans le Magistère récent. Au for interne, en revanche, ceux qui auraient commis un péché grave ne doivent pas s'approcher de la sainte table sans s'être confessés auparavant ou, si cela n'est pas possible et qu'il y ait une cause grave, en ayant fait un acte de contrition parfait (c. 916).

En ce qui concerne la possibilité offerte aux fidèles de communier une deuxième fois dans la journée, au cours d'une messe à laquelle ils participent, l'auteur, de son propre aveu, propose une interprétation restrictive, donnant une liste exclusive de cas dans lesquels cela serait possible. Malheureusement il se base sur deux documents antérieurs au Code de 1983, à savoir les instructions *Eucharisticum mysterium* de 1967 et *Immensae caritatis* de 1973 et donc rendus obsolètes par celui-ci. Il me semble que l'on puisse dire que cet article représente une évolution de la pratique de l'Eglise en faveur de la participa-

tion plus plénière à la messe et qu'au contraire, ici l'auteur, veuille, pour de bons motifs, il convient de le remarquer (respect pour l'Eucharistie, en particulier), s'en tenir à une normative plus restrictive.

Le c. 918 recommande que la réception de la communion se fasse au cours de la messe, tout en laissant la possibilité de la faire en dehors, pour une juste cause. A ce propos l'auteur aborde, avec beaucoup de révérence, la question de la communion en général avec ses diverses modalités — à genoux, debout, sur la langue, dans la main, sous une ou deux espèces — en faisant remarquer, fort justement, que l'inobservation des prescriptions à ce propos conduit à bien des irrévérences envers le Corps et le Sang du Christ. La normative actuelle du jeûne eucharistique est énoncé au c. 919: une heure avant la communion avec possible dispense pour le prêtre qui doit célébrer deux ou trois fois et les personnes âgées et les malades, etc. Le précepte de la communion pascale est rappelé par le c. 920 et les modalités du viatique par les cc. 921 et 922. Les normes "défilent", avec un peu de commentaire, surtout historique.

Le chapitre cinq, comprenant sept canons sur les rites et cérémonies, précise et souligne certaines rubriques contenues dans les livres liturgiques. Il faut aussi tenir compte de certaines modifications apportées à la discipline en la matière par la troisième édition typique du Missel Romain publiée en 2001.

La matière de l'Eucharistie, c. 924, reste exclusivement le pain de froment et le vin naturel de vigne avec une petite addition d'eau, même pour les pays où ces produits sont étrangers à la culture alimentaire. Il n'y a rien à faire: le dépôt de la foi, que nous a remis Notre-Seigneur, et l'unité romaine sont les limites infranchissables de l'inculturation.

A propos du c. 925, qui traite de la distribution sous une ou deux espèces, l'auteur énumère en détail les cas où cette dernière est permise, en se basant sur les différents documents du Saint Siège, et les rituels que l'on doit suivre dans les divers cas. Ces pages seraient à tirer à part, à traduire dans les principales langues et à distribuer au clergé, tant des paroisses que des églises des religieux ouvertes au public ...

Les canons suivants (926 à 930) traitent de l'usage du pain azyme, de l'interdiction de consacrer une espèce sans l'autre ou en dehors de la messe, des langues liturgiques, des ornements sacrés et de la célébration par des prêtres infirmes. A propos du deuxième point, l'auteur rappelle que, pour la validité de la messe, les deux consécrations sont nécessaires et que si, par accident, la consécration du vin a été invalide (par exemple, parce qu'on aurait mis dans le calice un liquide qui n'est pas du vin) et que l'on s'en aperçoit qu'au moment de la communion, il est alors nécessaire de faire une consécration de vin pour garantir la validité de la

messe. Par contre, une consécration à part d'hosties, pour le motif qu'il n'y en aurait pas assez pour un nombre important de communicants, serait gravement illicite: les deux consécrations nécessaires à l'intégrité du Saint Sacrifice ont en effet déjà eu lieu.

Le sixième chapitre traite des temps (c. 931) et des lieux de la célébration (cc. 932 et 933). A ce propos l'auteur met en relief particulier le devoir des pasteurs d'inculquer par tous les moyens aux fidèles le sens du précepte dominical et de la communauté paroissiale. En ce qui concerne le cadre matériel de la célébration (église, oratoire, etc), les présents canons doivent être complétés par le cc. 1205 à 1243 sur les lieux sacrés, à la fin de la même partie du Code *de munus sanctificandi*.

La conservation et la vénération de l'Eucharistie font l'objet du septième chapitre. La "Sainte Réserve" doit être placée dans une église paroissiale, ou la chapelle principale d'un institut religieux: pour les autres lieux, il faut une cause pastorale proportionnelle et l'autorisation de l'Ordinaire du lieu (cc. 934-937). Le tabernacle doit être solide et fixé, dans un lieu digne, signalé par une veilleuse; les hosties doivent être renouvelées à intervalle régulier (cc. 938-940). Les quatre canons suivants parlent de l'exposition du Saint-Sacrement et des processions eucharistiques.

Le dernier chapitre traite des honoraires de Messe: en 14 canons (cc.

945-958) le Code traite cette question qui a fait couler tant d'encre dans la normative ecclésiale. L'auteur montre bien qu'il ne s'agit pas de "vendre" la Messe, mais que cette coutume immémoriale se base sur le droit naturel: le devoir des fidèles d'assister les clercs. Il ne s'agit pas d'un contrat au sens propre mais d'une offrande faite à l'occasion de l'application de la Messe à l'intention du donataire; cependant il en résulte une obligation de justice du prêtre vis-à-vis du donateur en raison de l'engagement que le célébrant a pris en acceptant l'offrande. Ensuite les règles existent là pour éviter les abus, et même les apparences de commerce, et pour garantir le respect de l'intention du donateur.

Pour conclure ce compte-rendu deux remarques s'imposent:

L'ouvrage est muni de notes abondantes avec références aux normes antérieures (Code de 1917, concile Vatican II et actes du Magistère postérieurs au concile) et aux commentaires de différents aspects, surtout ceux des auteurs italiens contemporains, des canonistes, mais aussi des liturgistes et des "pasteurs d'âme". Mais on peut regretter une certaine rareté de références aux auteurs et sources anciennes, en particulier en matières doctrinales, par exemple à saint Thomas d'Aquin, aux Conciles de Latran IV et de Trente.

Certes, il ne faut pas chercher dans cet ouvrage de grandes développements ou de profondes études théologiques, mais un commen-

taire, à la fois juridique, pastoral et théologique, et aussi, par moments, spirituel, des canons du Code de droit canonique sur l'Eucharistie, traités l'un après l'autre. La méthode analytique suivie par l'auteur facilite certes l'exposition des particularités de chaque norme mais elle prive, en quelque sorte, le lecteur de synthèses qui permettraient de mieux comprendre la cause de chaque règle en partant des grands principes de la théologie et de l'ecclésiologie; de plus, elle le conduit parfois à être en quelque sort incomplet, négligeant certains aspects contenus dans des canons qui ne font pas partie du titre étudié (par exemple l'obligation de la messe dominicale, cc. 1247 e 1248).

Jean Marie Pommarès, O. S. B.

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Vent'anni di esperienza canonica 1983-2003. Atti della Giornata Accademica tenutasi nel XX anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico. Aula del Sinodo in Vaticano, 24 gennaio 2003*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, p. 243.

Come indicato nel titolo del libro recensito, i venti anni trascorsi dalla promulgazione del Codice di Diritto Canonico hanno indotto il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi ad offrire ai cultori del di-

ritto della Chiesa l'occasione per rievocare l'inizio della vigenza dell'attuale Codice. Oltre a svolgere una verifica dell'esperienza canonica maturata durante i due decenni d'applicazione del testo legislativo promulgato da Giovanni Paolo II, l'incontro voleva essere anche un punto di riferimento per contribuire al retto esercizio del governo ecclesiastico.

Il libro riprende tutti gli interventi della giornata che ebbe luogo nell'aula del Sinodo in Vaticano il 24 gennaio 2003. Dopo la presentazione del volume (pp. 5-6), scritta dal Presidente e dal Segretario del Pontificio Consiglio organizzatore dell'evento ed editore del libro, apre la raccolta degli interventi il discorso che Sua Santità Giovanni Paolo II rivolse ai 450 partecipanti alla Giornata. Nelle sue parole (pp. 13-15), il Pontefice ha rilevato, una volta di più, «lo stretto rapporto esistente tra il Concilio e il nuovo Codice» tanto che ha incoraggiato gli operatori del diritto canonico ad applicarsi ancora per «consolidare nelle presenti circostanze storiche una vera cultura giuridico-canonica e una prassi ecclesiale attenta all'intrinseca dimensione pastorale delle leggi della Chiesa». Nello stesso discorso il Pontefice metteva in guardia contro il rischio di «concepire il diritto della Chiesa come un mero insieme di testi legislativi, secondo l'ottica del positivismo giuridico». A tale proposito e per evitare riduzionismi ermeneutici, il Papa

dettava alcuni criteri da adottare, fra i quali, contestualizzare il Codice nella tradizione giuridica della Chiesa ed interpretare e applicare le leggi ecclesiastiche tenendo adeguato conto della dottrina del Magistero. Il Papa volle anche far riferimento alla normativa dei due Codici (latino ed orientale) riguardante i doveri e diritti di tutti i fedeli, come «una delle novità più significative» della codificazione postconciliare, che passa «attraverso la via maestra della persona, dei suoi diritti e doveri, tenendo ovviamente ben presente il bene comune della società ecclesiale». In quest'ottica «leggi, atti amministrativi, sanzioni canoniche acquistano così il vero senso, quello di un autentico servizio pastorale in favore delle persone e delle comunità che compongono la Chiesa».

Nel libro segue l'indirizzo d'omaggio al Santo Padre (pp. 19-20) pronunciato da S. E. R. mons. Julián Herranz, dove il Presidente del Pontificio Consiglio ricollega la promulgazione del *Corpus Iuris Canonici*, costituito dai due Codici e dalla cost. ap. «Pastor Bonus», al proposito espresso da Giovanni Paolo II nella sua prima allocuzione del 17 ottobre 1978, di promuovere la «magna disciplina Ecclesiae» comportante, a sua volta, la conseguente responsabilità dei canonisti di «mettere più in evidenza la dimensione pastorale della legge nonché la sua funzione di garante della giustizia e della *communio* nel Popolo di Dio».

Di seguito, nel saluto rivolto ai partecipanti (pp. 25-27), il card. Angelo Sodano si riallaccia alle parole del Pontefice identificando «le codificazioni postconciliari, ed i commentari scientifici ad esse dedicati nel corso di questi anni, come un aspetto di quel grande sforzo di attuazione del Concilio nel quale la Chiesa universale è tuttora impegnata». Il Segretario di Stato auspica che la recente «riforma degli studi superiori di Diritto Canonico, avviata per le Facoltà ecclesiastiche con Decreto della Congregazione per l'educazione Cattolica del 2 settembre 2002, contribuirà sicuramente ad una più completa formazione delle nuove generazioni di canonisti e ciò ridonderà a vantaggio di tutta la Chiesa». Per il card. Sodano «in questa linea, è pure da augurare che anche nei Seminari si offra ai candidati al sacerdozio una miglior conoscenza delle leggi che assicurano il retto ordine nella vita del Popolo di Dio».

Nella prolusione (pp. 31-37), S.E.R. mons. Julián Herranz dopo aver ribadito l'importanza del Codice del 1983, che è stato il frutto di «un grande sforzo di tradurre in linguaggio canonistico» la dottrina ecclesiologica del Concilio Vaticano II, e avendo sottolineato il profondo rinnovamento del diritto avutosi nel ventennio passato, si sofferma sulla «sussistenza in certi settori di una "crisi del vivere secondo il Diritto"». Mons. Herranz ravvisa tre «cause di questa crisi: i riflessi intraecclesiali dell'i-

deologia democraticistica nell'ordinamento sociale, l'indebolimento del senso di obbligatorietà morale del Diritto canonico e, infine, la talvolta mancante organicità del ministero pastorale». Le soluzioni proposte per la «corretta applicazione della disciplina ecclesiastica presuppongono che essa sia ben conosciuta, con la correlativa necessità di perfezionare lo studio del Diritto canonico nei seminari e la vigilanza che spetta al Pastore diocesano affinché l'amministrazione della giustizia sia fatta a norma del diritto» curando che «vengano formati e nominati per questo compito i necessari giudici».

Si succedono poi i contributi dei decani delle Facoltà romane di Diritto canonico. La disposizione degli interventi nel volume mantiene l'ordine delle relazioni nella giornata accademica: la prima relazione, «Il Codice di Diritto Canonico del 1983 in prospettiva storica» (pp. 43-55) è di mons. Brian E. Ferme, attualmente decano della School of Canon Law della Catholic University of America e allora decano della Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università Lateranense, il quale mostra come il «*novus habitus mentis*» introdotto dal Codice promulgato nel 1983 è paragonabile all'innovazione verificata nell'ordinamento giuridico della Chiesa nel secolo XIII dall'intervento di S. Raimondo di Penyafort. L'attuale Rettore della Pontificia Università Gregoriana, prof. Gianfranco Ghirlanda, S.J., allora decano della

Facoltà di diritto canonico della stessa università, sviluppando il tema «Il Diritto Canonico nel Magistero di Giovanni Paolo II» (pp. 59-81) giunge a diverse conclusioni fra le quali la particolare importanza del magistero dell'attuale Pontefice relativamente all'elaborazione una teologia del diritto canonico.

Nel libro si trova anche la relazione del compianto prof. don Pier Giorgio Marcuzzi, S.D.B., allora decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università Salesiana, il quale, pur avendo preparato la sua relazione, non poté partecipare personalmente alla giornata a causa della sua malattia. A lui va il ricordo di tanti colleghi che apprezzavano le sue doti sacerdotali e accademiche. La lettura del suo saggio «La legislazione universale post-codificiale», è indubbiamente stimolata dalla circostanza di essere l'ultimo contributo canonistico di don Marcuzzi. L'intervento suscita particolare interesse per il tema in sé, comportante la convinzione circa la necessità, per il bene ecclesiale, dell'esercizio continuato della funzione legislativa da parte del Sommo Pontefice tramite la legislazione universale posteriore e, per certi versi, aggiuntiva al Codice — legislazione complementare, legislazione speciale, e leggi che correggono o modificano le disposizioni del CIC —. Tale idea di fondo ribalta l'affermazione secondo la quale *quod non est in Codice non est in mundo*, attribuita al card.

Gasparri dopo la promulgazione del Codice del 1917, poiché il Codice, che non esaurisce il diritto canonico, neppure esaurisce la legislazione universale, come dimostrano le diverse leggi emanate durante gli ultimi venti anni. Il contributo presenta i documenti normativi emessi dopo la promulgazione del CIC, classificati, con i necessari commenti, secondo la fonte d'emaneazione. Emerge, fra gli altri, l'argomento dell'approvazione in forma specifica, che ha ricevuto degli sviluppi legislativi innovativi nel periodo post-codificiale tramite l'art. 18 della cost. ap. *Pastor Bonus*, del 29 giugno 1988.

In un ambito diverso, il prof. Velasio De Paolis, C.S., al tempo decano della Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università Urbaniana e attualmente Segretario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, nella propria relazione «Il ruolo della scienza canonistica nell'ultimo ventennio» (pp. 117-158), esamina in modo attento e dettagliato il panorama della scienza canonistica: il contributo delle Facoltà di diritto canonico, l'importanza dei congressi scientifici svolti in questo periodo, il ruolo attivo delle associazioni canonistiche nonché alcuni dei concetti chiave e degli argomenti che più hanno sollecitato l'attenzione da parte degli autori.

Le tre successive relazioni si interessano di argomenti basilari della realtà giuridico-canonica. Al rev. prof. Eduardo Baura, decano della Facoltà di diritto canonico

della Pontificia Università della Santa Croce è affidata la trattazione dei rapporti (problematici) tra diritto e pastorale. Svolge il tema «Dimensione pastorale del Diritto nella Chiesa» (pp. 161-180), in modo stimolante, superando il falso preconcetto che vede un contrasto fra le due realtà: infatti, non ci può essere opposizione tra i beni pastorali e i beni giuridici, poiché non può condurre alla salvezza quello che nuoce la dignità dell'altro. Il prof. Nikolaus Schöch, O.F.M., decano della Facoltà di Diritto Canonico del Pontificio Ateneo Antonianum svolge la trattazione del «Diritto Canonico nell'ambito del matrimonio e della famiglia» (pp. 183-206) nei vent'anni trascorsi dalla promulgazione del Codice ed in essa mostra come «un attento studio ed una coerente applicazione della norma del CIC/1983 costituiscono un contributo a far comprendere alla società secolarizzata in occidente nonché ai popoli di più recente evangelizzazione i valori immutabili del diritto naturale per il matrimonio in genere e della divina rivelazione per il matrimonio sacramentale in specie».

L'ultima relazione, del prof. Francisco Ramos, O.P., decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università S. Tommaso d'Aquino, intitolata «I processi e le sanzioni al servizio della giustizia ecclesiale» (pp. 209-233) rivela il rapporto ministeriale fra i riferiti strumenti giuridici e l'ordine giusto nella Chiesa. Padre Ra-

mos conclude la sua trattazione e l'intera opera con un cenno alla salvezza delle anime, realizzando in tal modo una corrispondenza con il CIC, che proprio nel suo ultimo canone, il 1752, proclama il principio *salus animarum suprema lex*.

Sono tanti gli aspetti da elogiare nel presente volume e nell'iniziativa che l'ha propiziato. Fra di essi non va traslaciato il carattere di collaborazione diafana che riflette fra legislazione (Legislatore) e docenza del diritto canonico (Università). Tale cooperazione, buona prova di *communio*, non può non produrre che pregevoli risultati, dei quali uno è certamente quest'opera.

Javier Canosa

Carlos SALINAS ARANEDA, *Sectas y Derecho. La respuesta jurídica al problema de los Nuevos Movimientos Religiosos*, Ediciones Universitarias de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, p. 417.

Muchos son los indicios que permiten afirmar que en la cultura contemporánea verdaderamente existe hambre de Dios. Uno de estos indicios es el gran número de Confesiones religiosas presentes en la sociedad, lo cual es reflejo del ejercicio del derecho de libertad religiosa. Un derecho que no se reduce a la esfera individual de las personas, sino que se proyecta también en su vertiente colectiva,

dando origen a las Confesiones religiosas (cualquiera sea el nombre con que se las designe).

Ante esta realidad, y como exigencia del reconocimiento y promoción del derecho de libertad religiosa, los ordenamientos estatales han de prever normas jurídicas que permitan a las entidades religiosas desenvolverse con total libertad en el plano civil. Es así como en la actualidad las entidades religiosas han llegado a gozar en varios países, de un *status* especialmente previsto para ellas, y que incluye beneficios fiscales, facilidades para su reconocimiento civil, privilegios civiles (como en materia de educación o herencia), etc.

Todos estos hechos han contribuido a una consolidación del derecho de libertad religiosa. Sin embargo, desgraciadamente también ha habido quiénes, abusando de este derecho, han buscado aprovecharse de los beneficios que se le reconocen. En efecto, en el mundo occidental se ha hecho patente el problema de las sectas dañinas que se aprovechan del *status* de entidades religiosas, como resguardo jurídico para sus pérfidos objetivos.

Frente a esta realidad, algunos ordenamientos han reaccionado produciendo soluciones diversas. Pero también se da el caso de países en los que aún no se han tomado medidas al respecto, como es el caso de Chile. El autor de este libro se propone, precisamente, ofrecer las soluciones que doten al ordenamiento chileno de las herra-

mientas jurídicas adecuadas para hacer frente a este problema tan extendido. Como se trata de un problema global, el enfoque que se realiza es también global. De modo que se trata de un estudio válido para cualquier realidad.

Naturalmente, en esta materia el primer paso es sentar las bases o criterios que permitan diferenciar las sectas de las Confesiones religiosas. Con este fin, en el capítulo primero se exponen los distintos planteamientos doctrinales destinados a fijar el concepto de Confesión religiosa, se individualizan los elementos propios de las mismas, y se presentan las categorías formadas en Alemania y España, con motivo del otorgamiento a las Confesiones de la personalidad jurídica civil.

Ante la gran variedad de posibilidades, queda el convencimiento de la necesidad de que cada ordenamiento defina o al menos contemple los elementos que permitan identificar una Confesión. De esta forma es posible diferenciarla de las sectas y, permite que sea posible la efectiva cooperación entre el Estado y las Confesiones religiosas.

Al final del capítulo se desarrolla sintéticamente la historia chilena sobre el reconocimiento de la libertad religiosa, y concluye con la exposición del concepto de Confesión religiosa que emerge de la legislación actual: una definición que en su opinión es aplicable también a las sectas.

El interés por la determinación conceptual de las sectas

(preferentemente llamadas Nuevos Movimientos Religiosos) continúa en el capítulo segundo. Esta vez la atención se centra en distintos documentos europeos emanados entre los años 1984 a 1999. En ellos se puede apreciar la búsqueda de una solución que satisfaga los requerimientos de la libertad religiosa (particularmente, evitar cualquier discriminación) y la tutela de los derechos humanos sobre la base del art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Destaca la diferencia entre el enfoque utilizado en los primeros documentos y el de la Recomendación del Consejo de Europa de 1999, pues mientras los primeros diferencian las Confesiones de los Nuevos Movimientos religiosos con el fin de justificar su control, la Recomendación del Consejo de Europa de 1999 considera como partes de un mismo grupo a todas las entidades que a sí mismas se tienen por religiosas, y su interés se limita a que las actividades de estas entidades se conformen a los principios de la sociedad. Con estos distintos enfoques se aprecia una diferente valoración de los principios y derechos implicados: en el primero prima la libertad religiosa y la defensa de los derechos del hombre, por sobre los principios de neutralidad del Estado y de igualdad ante la ley, mientras que en el segundo enfoque pareciera ser al revés.

Además de los aportes vinculados a la definición conceptual de

secta, el capítulo segundo ofrece otras interesantes contribuciones. En primer lugar, son presentadas las medidas que proponen los diversos documentos para hacer frente al problema de las sectas dañinas: como la necesidad de mejorar la información de estas entidades (suministrada mediante programas de enseñanza y por centros de información); la creación de observatorios de los Nuevos Movimientos; el aprovechamiento de las herramientas legales — civiles y penales — de que se dispone (no se está a favor de crear una normativa especial); y la colaboración internacional.

En segundo lugar, otra contribución de este capítulo es que ilustra la teoría por medio de algunos casos resueltos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por la Comisión Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en los que estaban involucrados, sobre todo, individuos pertenecientes a la Cienciología y a secuaces de Moon.

Los capítulos tres y cuatro siguientes exponen algunas de las soluciones particulares que se han adoptado. Son datos de gran relevancia, pues como las sectas suelen presentarse de igual forma en los diversos ordenamientos, las soluciones particulares constituyen un precedente valioso para cualquiera. Desde otro punto de vista, estos capítulos sirven para crear conciencia acerca de la gravedad de los problemas que ocasionan las sectas dañinas.

En particular, el capítulo tercero muestra la situación general en Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Francia, España y Bélgica (cabe decir que la tratación no es uniforme).

El capítulo cuarto es básicamente jurisprudencial. Se titula «Áreas jurídicas de conflicto planteadas por la actividad de las sectas», y está dividido en dos secciones. En la primera analiza distintos campos en los que el comportamiento de los Nuevos Movimientos Religiosos han requerido la intervención judicial, y que podrían agruparse en: resoluciones de conflictos entre particulares (cuestiones de matrimonio y familia, proselitismo abusivo, laborales, etc.); eximentes de aplicación legal (casos de objeción de conciencia, de escuela y educación, rechazos de prestaciones y de oficios legalmente debidos, etc.); determinación de las limitaciones a la libertad personal (bienes de que no se puede disponer, derecho de dejar la asociación, intervención policial — para impedir daños físicos en las prácticas rituales —, etc.); y requerimientos vinculados a asuntos económicos (donaciones y fraudes fiscales).

La segunda sección del capítulo cuarto se refiere no ya a los problemas ocasionados por los secuaces de las sectas, sino que a las medidas prácticas utilizadas para librar a las víctimas de las sectas del «lavado de cerebro», de la dependencia, de las presiones psicológicas, etc. En concreto, menciona la «desprogramación» y el nombra-

miento de tutores o personas encargadas del cuidado de las víctimas de las sectas. Soluciones que en algunos casos han dado buenos resultados, pero que en otros han sido practicadas abusivamente, con medios que coartan la libertad religiosa o directamente violentos. Es una sección que por una parte muestra la necesidad de auxiliar a las víctimas de las sectas, y por otra, la necesidad de que en este auxilio se mantenga un justo equilibrio de los derechos en juego.

El capítulo quinto es la última antesala de las proposiciones finales. En él se afronta el tema de las hemotransfusiones que, en apariencia, podría considerarse como un simple asunto más que conviene tener en cuenta. Sin embargo, la extensión temporal y espacial de problema de las transfusiones de sangre ha significado un gran desarrollo teórico y práctico, que arroja luces susceptibles de ser aplicadas a las demás áreas vinculadas con las sectas. En efecto, este capítulo suministra importantes criterios jurídicos que se han de emplear al afrontar la regulación de los Nuevos Movimientos Religiosos.

Particularmente nos referimos al desarrollo de la teoría de Hervada sobre la distinción entre libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia. Tres libertades delimitadas y vinculadas entre sí, que son relevantes para el Estado una vez que se exteriorizan a través de la propaganda, los actos de culto, el ejercicio de la obje-

ción de conciencia, etc. Su importancia radica en que el control jurídico no se puede ejercer en el último estadio de estas libertades, sino que desde su primera exteriorización. Lo contrario puede llevar a que el legislador se contradiga, como ocurre cuando se acepta y reconoce el derecho de propaganda de los Testigos de Jehová, pero después se niega el ejercicio de su libertad de conciencia, mediante la condena de los actos que impiden las hemotransfusiones.

Es así como después de sentar las bases para distinguir las sectas de las Confesiones religiosas, de mostrar la situación en los diversos países, de exponer los distintos derechos en juego y de presentar los criterios para su regulación, en los capítulos seis y siete el autor ofrece sus propuestas jurídicas.

En el capítulo seis, el autor busca responder a los problemas relativos al régimen jurídico aplicable, sin olvidar la situación presente en el derecho comparado. Rechaza la alternativa de crear un derecho especial y propone medidas genéricas (observatorio de sectas, por ejemplo) y particulares (informes contables). Asimismo, al analizar la normativa chilena común sobre las personas jurídicas, y la especial sobre las entidades religiosas, expone los resguardos de que se cuenta en la actualidad para impedir la configuración civil de sectas dañinas, y propone una mayor intervención de la Administración, tanto en la concesión de la personalidad jurídica como durante la vida de

estas entidades (argumentando por qué ello no atenta contra el principio del Estado neutral).

En el capítulo siete desarrolla las prevenciones civiles y penales de que se puede contar para hacer frente a los actos ilícitos de las sectas. En relación con las primeras y, cara a la libertad de las personas de adherirse a estos Movimientos, enfatiza en la necesidad de un « consentimiento informado » y propone iniciativas particulares de ayuda social para suministrar información sobre las sectas, así como programas obligatorios de información en las escuelas. También señala algunas medidas tendientes a asegurar la protección del derecho de libertad religiosa de los menores (mayoría de edad para estos efectos, ejercicio de la patria potestad, intervención judicial, responsabilidad de los padres, etc.) y de los mayores de edad (posibilidad de nombrar una persona a quien se le confíe su cuidado, como ocurre con la figura del *guardian*, la curatela, etc.).

En relación con el derecho penal, después de reafirmar el principio de que la aplicación penal debe ser la *ultima ratio*, distingue entre las figuras comunes aplicables, y aquellas conductas delictivas de las sectas dañinas, en las que se atenta específicamente contra un bien religioso (como la captación y retención de adherentes por coacción). Asimismo, examina una serie de medidas que pueden considerarse como instrumentos de carácter preventivo y otras para em-

plearse *a posteriori* (después que se hubiesen cometido los hechos delictuosos).

En el apéndice se acompañan algunos de los documentos europeos examinados, un proyecto de ley del Estado de Nueva York, y la Ley 19. 638 de Chile y su Reglamento.

A modo de valoración, habría que reconocer que Carlos Salinas ofrece un instrumento válido para todo estudioso de los Nuevos Movimientos Religiosos. En efecto, no obstante que su libro tenga un objeto limitado a suministrar soluciones para el derecho chileno, el análisis global de los problemas y de las proposiciones, permite un conocimiento de la regulación de las sectas en el derecho comparado, que enriquece y da peso a las soluciones concretas que formula para Chile.

Richard Kimble

Giovanni Maria VIAN, *La donazione di Costantino. Potere religioso e potere politico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 230.

Le fundamenta del potere politico dei Papi è un argomento che suscita un logico interesse in molti campi della ricerca. Del resto, l'infusso che questo potere ha avuto nella configurazione politica dell'Italia è evidente. Per questo motivo il libro che stiamo presentando, del professore di Filologia patristica

presso l'Università di Roma La Sapienza, trova la sua collocazione naturale all'interno della collana *L'identità italiana*, edita da Il Mulino.

Il professore Vian prende come filo conduttore del suo libro le vicende di un testo — il *Constitutum Constantini* — che è diventato il simbolo del più ampio e profondo problema della giustificazione della sovranità temporale che i successori di Pietro hanno ribadito nel corso dei secoli di avere come diritto proprio. Vorrei però chiarire quanto prima che il *Constitutum*, è appunto soltanto il *filo* del discorso, e che ritengo questo sia forse il maggior pregio del libro, in quanto rende possibile la comprensione di dottrine ed avvenimenti storici tante volte fraintesi.

Il *Constitutum* è, infatti, soltanto uno dei testi di tutta una cornice teologico-canonica, tesa a giustificare il *fatto* del potere temporale dei Papi. Questa cornice ideologica, che aveva nel suo momento originario due idee fondamentali — la superiorità del potere ecclesiastico sul civile e la necessità per la libertà della Chiesa di un potere temporale proprio —, si è servita come veicolo di espressione di una *ricostruzione leggendaria* della figura di Costantino.

Il *primo capitolo* dello studio di Vian è, quindi, dedicato alla presentazione della figura di Costantino, così come viene descritta dal suo biografo Eusebio da Cesarea. La trattazione prosegue con l'analisi delle conseguenze per la Chiesa e

per l'Impero del loro nuovo rapporto, conseguenze che possono sintetizzarsi nell'apparizione, forse per la prima volta nella storia dell'umanità, di un *dualismo* fra autorità civile e religiosa. Il nuovo atteggiamento di Costantino nei confronti del cristianesimo e i suoi interventi nella vita della Chiesa, segnarono un cambiamento che a ragione può qualificarsi di *svolta* nei rapporti fra i due poteri. Svolta questa che pose i presupposti teorici e pratici per un eventuale potere politico dei Papi.

Nel *secondo capitolo* l'Autore affronta il tema delle origini della leggenda secondo cui la nascita storica e la fissazione delle basi teoriche del potere papale si sarebbe avuta ai tempi di Costantino. L'origine di tale leggenda consterebbe di tre momenti. Dalla fine del secolo IV è la *Vita Silvestre*, dove vengono accuratamente descritti i rapporti fra Costantino e Papa Silvestro che lo avrebbe battezzato guarendolo così dalla lebbra e a cui avrebbe concesso tantissimi privilegi. Poi, all'inizio del secolo VI, il *Constitutum Silvestri* fa anche risalire al consenso di Costantino la immunità assoluta dei Papi davanti a tutti i tribunali, sia civili che ecclesiastici. Finalmente, fra la metà del secolo VIII e l'inizio del IX, si scrive il *Constitutum Constantini*, dove si fa risalire a Costantino l'origine del potere che i Papi di fatto avevano a Roma e dintorni, esplicitando anche i motivi di questo dominio: la superiorità del potere ecclesiastico su quello civile e l'incon-

veniente che là dove risiede il capo del potere superiore ci sia un potere civile differente dal Papa stesso.

Nell'analisi delle fonti e della tradizione manoscritta del *Constitutum Constantini* Vian dimostra di conoscere tutti i passi in avanti compiuti negli ultimi anni dalla critica testuale degli storici delle fonti del diritto canonico.

Nei quattro restanti capitoli si studia l'influsso del *Constantinum* nella difesa o rifiuto del potere civile pontificio fino ai nostri giorni. Dalla loro lettura complessiva si evince in primo luogo, l'uso molto disuguale fatto dai Papi del falso costantiniano. Disuguaglianze che è possibile cogliere sia nei motivi che nell'intensità. Nei motivi, perché si è usato sia come testimone dell'origine storica del dominio temporale sugli Stati della Chiesa, sia come veicolo del fondamento dottrinale di quel dominio. Nell'intensità, perché pochi papi lo hanno ritenuto necessario per giustificare storicamente il loro dominio politico, e soltanto alcuni (Innocenzo III, Gregorio IX, Innocenzo IV), ne hanno fatto un uso significativo per difendere i fondamenti dottrinali.

In secondo luogo, la storia del *Constitutum* è stata pure la storia della purificazione dei motivi e de-

gli argomenti per sostenere il potere civile dei Papi. Purificazione fatta grazie a giuristi, filologi e storici, di solito in un ambiente polemico e, quindi, non privo di difficoltà. In questo processo, bisogna dire che la *purificazione storica*, e cioè l'ammissione della falsità del *Constitutum* è stata in linee generali molto meno traumatica di quella *dottrinale*, tendente a stabilire un rapporto più equilibrato fra i due poteri e a giustificare la sovranità temporale dei Papi, soltanto dalla sua necessità per la missione soprannaturale della Chiesa. Di entrambi i processi fa una brillante sintesi il Prof. Vian, offrendoci delle abbondanti citazioni dei protagonisti, non stranamente quasi tutti italiani.

Vorrei da ultimo osservare che il libro è stato probabilmente concepito per la grande divulgazione, come si può evincere dalla sostituzione delle note in calce con una semplice (anche se accuratissima) *nota bibliografica* alla fine di ogni capitolo. Ritengo al contrario che il libro possa costituire una guida valida per un'indagine scientifica sull'argomento, il quale viste le sue implicazioni difficilmente potrà dirsi non attuale.

Nicolás Álvarez de las Asturias

Documenti

Pagina bianca

ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO, **Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa**, 18 maggio 2004 (*).

A Santa Sé e a República Portuguesa,

Afirmando que a Igreja Católica e o Estado são, cada um na própria ordem, autónomos e independentes;

Considerando as profundas relações históricas entre a Igreja Católica e Portugal e tendo em vista as mútuas responsabilidades que os vinculam, no âmbito da liberdade religiosa, ao serviço do bem comum e ao empenho na construção de uma sociedade que promova a dignidade da pessoa humana, a justiça e a paz;

Reconhecendo que a Concordata de 7 de Maio de 1940, celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa, e a sua aplicação contribuíram de maneira relevante para reforçar os seus laços históricos e para consolidar a actividade da Igreja Católica em Portugal em benefício dos seus fiéis e da comunidade portuguesa em geral;

Entendendo que se torna necessária uma actualização em virtude das profundas transformações ocorridas nos planos nacional e internacional: de modo particular, pelo que se refere ao ordenamento jurídico português, a nova Constituição democrática, aberta a normas do direito comunitário e do direito internacional contemporâneo, e, no âmbito da Igreja, a evolução das suas relações com a comunidade política;

Acordam em celebrar a presente Concordata, nos termos seguintes:

Art. 1. — 1. A Santa Sé e a República Portuguesa declaram o empenho do Estado e da Igreja Católica na cooperação para a promoção da dignidade da pessoa humana.

2. A República Portuguesa reconhece a personalidade jurídica da Igreja Católica.

3. As relações entre a Santa Sé e a República Portuguesa são asseguradas mediante um Núncio Apostólico junto da República Portuguesa e um Embaixador de Portugal junto da Santa Sé.

(*) Vedi alla fine del documento *nota* di José Ignacio Alonso Pérez, *Appunti per una prima lettura del Concordato del 18 maggio 2004 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese*.

Art. 2. — 1. A República Portuguesa reconhece à Igreja Católica o direito de exercer a sua missão apostólica e garante o exercício público e livre das suas actividades, nomeadamente as de culto, magistério e ministério, bem como a jurisdição em matéria eclesiástica.

2. A Santa Sé pode aprovar e publicar livremente qualquer norma, disposição ou documento relativo à actividade da Igreja e comunicar sem impedimento com os bispos, o clero e os fieis, tal como estes o podem com a Santa Sé.

3. Os bispos e as outras autoridades eclesiásticas gozam da mesma liberdade em relação ao clero e aos fiéis.

4. É reconhecida à Igreja Católica, aos seus fiéis e às pessoas jurídicas que se constituam nos termos do direito canónico a liberdade religiosa, nomeadamente nos domínios da consciência, culto, reunião, associação, expressão pública, ensino e acção caritativa.

Art. 3. — 1. A República Portuguesa reconhece como dias festivos os Domingos.

2. Os outros dias reconhecidos como festivos católicos são definidos por acordo nos termos do artigo 28.

3. A República Portuguesa providenciara no sentido de possibilitar aos católicos, nos termos da lei portuguesa, o cumprimento dos deveres religiosos nos dias festivos.

Art. 4. — A cooperação referida no n. 1 do artigo 1 pode abranger actividades exercidas no âmbito de organizações internacionais em que a Santa Sé e a República Portuguesa sejam partes ou, sem prejuízo do respeito pelo direito internacional, outras acções conjuntas, bilaterais ou multilaterais, em particular no espaço dos Países de língua oficial portuguesa.

Art. 5. — Os eclesiásticos não podem ser perguntados pelos magistrados ou outras autoridades sobre factos e coisas de que tenham tido conhecimento por motivo do seu ministério.

Art. 6. — Os eclesiásticos não têm a obrigação de assumir os cargos jurados, membros de tribunais e outros da mesma natureza, considerados pelo direito canónico como incompatíveis com o estado eclesiástico.

Art. 7. — A República Portuguesa assegura, nos termos do direito português, as medidas necessárias à protecção dos lugares de culto e dos eclesiásticos no exercício do seu ministério e bem assim para evitar o uso ilegítimo de práticas ou meios católicos.

Art. 8. — A República Portuguesa reconhece a personalidade jurídica da Conferência Episcopal Portuguesa, nos termos definidos pelos estatutos aprovados pela Santa Sé.

Art. 9. — 1. A Igreja Católica pode livremente criar, modificar ou extinguir, nos termos do direito canónico, dioceses, paróquias e outras jurisdições eclesiásticas.

2. A República Portuguesa reconhece a personalidade jurídica das dioceses, paróquias e outras jurisdições eclesiásticas, desde que o acto constitutivo da sua personalidade jurídica canónica seja notificado ao órgão competente do estado.

3. Os actos de modificação ou extinção das dioceses, paróquias e outras jurisdições eclesiásticas, reconhecidas nos termos do número anterior, serão notificados ao órgão competente do Estado.

4. A nomeação e remoção dos bispos são exclusiva competência da Santa Sé, que delas informa a República Portuguesa.

5. A Santa Sé declara que nenhuma parte do território da República Portuguesa dependerá de um bispo cuja sede esteja fixada em território sujeito a soberania estrangeira.

Art. 10. — 1. A Igreja Católica em Portugal pode organizar-se livremente de harmonia com as normas do direito canónico e constituir, modificar e extinguir pessoas jurídicas canónicas a que o Estado reconhece personalidade jurídica civil.

2. O Estado reconhece a personalidade das pessoas jurídicas referidas nos artigos 1, 8 e 9 nos respectivos termos, bem como a das restantes pessoas jurídicas canónicas, incluindo os institutos da vida consagrada e as sociedades de vida apostólica canonicamente erectos, que hajam sido constituídas e participadas à autoridade competente pelo bispo da diocese onde tenham a sua sede, ou pelo seu legítimo representante, até à data da entrada em vigor da presente Concordata.

3. A personalidade jurídica civil das pessoas jurídicas canónicas, com excepção das referidas nos artigos 1, 8 e 9, quando se constituírem ou forem comunicadas após a entrada em vigor da presente Concordata, é reconhecida através da inscrição em registo próprio do Estado em virtude de documento autêntico emitido pela autoridade eclesiástica competente de onde conste a sua erecção, fins, identificação, órgãos representativos e respectivas competências.

Art. 11. — 1. As pessoas jurídicas canónicas reconhecidas nos termos dos artigos 1, 8, 9 e 10 regem-se pelo direito canónico e pelo direito português, aplicados pelas respectivas autoridades, e têm a mesma capacidade civil que o direito português atribui às pessoas colectivas de idêntica natureza.

2. As limitações canónicas ou estatutárias à capacidade das pessoas jurídicas canónicas só são oponíveis a terceiros de boa fé desde que constem do Código de Direito Canónico ou de outras normas, publicadas nos termos do direito canónico, e, no caso das entidades a que se refere o n. 3 do artigo 10 e quanto às matérias aí mencionadas, do registo das pessoas jurídicas canónicas.

Art. 12. — As pessoas jurídicas canónicas, reconhecidas nos termos do artigo 10, que, além de fins religiosos, prossigam fins de assistência e solidariedade, desenvolvem a respectiva actividade de acordo com o regime jurídico instituído pelo direito português e gozam dos direitos e benefícios atribuídos às pessoas colectivas privadas com fins da mestria natureza.

Art. 13. — 1. O Estado português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas, desde que o respectivo assento de casamento seja transcrito para os competentes livros do registo civil.

2. As publicações do casamento fazem-se, não só nas respectivas igrejas paroquiais, mas também nas competentes repartições do registo civil.

3. Os casamentos 'in articulo mortis', em iminência de parto, ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordena moral, podem ser contraídos independentemente do processo preliminar das publicações.

4. O pároco envia dentro de três dias cópia integral do assento do casamento à repartição competente do registo civil para ser aí transcrita; a transcrição deve ser feita no prazo de dois dias e comunicada pelo funcionário respectivo ao pároco até ao dia imediato àquele em que foi feita, com indicação da data.

5. Sem prejuízo das obrigações referidas no n. 4, cuja incumprimento sujeita o respectivo responsável à efectivação das formas de responsabilidade previstas no direito português e ao direito canónico, as partes podem solicitar a referida transcrição, mediante a apresentação da cópia integral da acta do casamento.

Art. 14. — 1. O casamento canónico produz todos os efeitos civis desde a data da celebração, se a transcrição for feita no prazo de sete dias. Não o sendo, só produz efeitos relativamente a terceiras, a contar da data da transcrição.

2. Não obsta à transcrição a morte de um ou de ambos os cônjuges.

Art. 15. — 1. Celebrando o casamento canónico os cônjuges assumem por esse mesmo facto, perante a Igreja, a obrigação de se aterem às normas canónicas que o regulara e, em particular, de respeitarem as suas propriedades essenciais.

2. A Santa Sé, reafirmando a doutrina da Igreja Católica sobre a indissolubilidade do vínculo matrimonial, recorda aos cônjuges que contraírem o matrimónio canónico o grave dever que lhes incumbe de se não valerem da faculdade civil de requerer o divórcio.

Art. 16. — 1. As decisões relativas à nulidade e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado pelas autoridades eclesiásticas

competentes, verificadas pelo órgão eclesiástico de controlo superior, produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação, nos termos do direito português, pelo competente tribunal do Estado.

2. Para o efeito, o tribunal competente verifica:

- a) Se são autênticas;
- b) Se dimanam do tribunal competente;
- c) Se foram respeitados os princípios do contraditório e da igualdade; e
- d) Se nos resultados não ofendem os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

Art. 17. — 1. A República Portuguesa garante o livre exercício da liberdade religiosa através da assistência religiosa católica aos membros das forças armadas e de segurança que a solicitarem, e bem assim através da prática dos respectivos actos de culto.

2. A Igreja Católica assegura, nos termos do direito canónico e através da jurisdição eclesiástica de um ordinário castrense, a assistência religiosa aos membros das forças armadas e de segurança que a solicitarem.

3. O órgão competente do estado e a autoridade eclesiástica competente podem estabelecer, mediante acordo, as formas de exercício e organização da assistência religiosa nos casos referidos nos números anteriores.

4. Os eclesiásticos podem cumprir as suas obrigações militares sob a forma de assistência religiosa católica às forças armadas e de segurança, sem prejuízo do direito de objecção de consciência.

Art. 18. — A República Portuguesa garante à Igreja Católica o livre exercício da assistência religiosa católica às pessoas que, por motivo de internamento em estabelecimentos de saúde, de assistência, de educação ou similar, ou detenção em estabelecimento prisional ou similar, estejam impedidas de exercer, em condições normais, o direito de liberdade religiosa e assim a solicitem.

Art. 19. — 1. A República Portuguesa, no âmbito da liberdade religiosa e do dever de o Estado cooperar com os pais na educação dos filhos, garante as condições necessárias para assegurar, nos termos do direito português, o ensino da religião e moral católicas nos estabelecimentos de ensino público não superior, sem qualquer forma de discriminação.

2. A frequência do ensino da religião e moral católicas nos estabelecimentos de ensino público não superior depende de declaração do interessado, quando para cauto tenha capacidade legal, dos pais ou do seu representante legal.

3. Em nenhum caso o ensino da religião e moral católicas pode ser ministrado por quem não seja considerado idóneo pela autoridade eclesiástica competente, a qual certifica a referida idoneidade nos termos previstos pelo direito português e pelo direito canónico.

4. Os professores de religião e moral católicas são nomeados ou contratados, transferidos e excluídos do exercício da docência da disciplina pelo Estado de acordo com a autoridade eclesiástica competente.

5. É da competência exclusiva da autoridade eclesiástica a definição do conteúdo do ensino da religião e moral católicas, em conformidade com as orientações gerais do sistema de ensino português.

Art. 20. — 1. A República Portuguesa reconhece à Igreja Católica o direito de constituir seminários e outros estabelecimentos de formação e cultura eclesiástica.

2. O regime interno dos estabelecimentos de formação e cultura eclesiástica não está sujeito a fiscalização do Estado.

3. O reconhecimento dos efeitos civis dos estudos, graus e, títulos obtidos nos estabelecimentos de formação e cultura eclesiástica é regulado pelo direito português, sem qualquer forma de discriminação relativamente a estudos de idêntica natureza.

Art. 21. — 1. A República Portuguesa garante à Igreja Católica e às pessoas jurídicas canónicas reconhecidas nos termos dos artigos 8 a 10, no âmbito da liberdade de ensino, o direito de estabelecerem e orientarem escolas e em todos os níveis de ensino e formação, de acordo com o direito português, sem estarem sujeitas a qualquer forma de discriminação.

2. Os graus, títulos e diplomas obtidos nas escolas referidas no número anterior são reconhecidos nos termos estabelecidos pelo direito português para escolas semelhantes na natureza e na qualidade.

3. A Universidade Católica Portuguesa, erecta pela Santa Sé em 13 de Outubro de 1967 e reconhecida pelo Estado português em 15 de Julho de 1971, desenvolve a sua actividade de acordo com o direito português, nos termos dos números anteriores, com respeito pela sua especificidade institucional.

Art. 22. — 1. Os imóveis que, nos termos do artigo VI da Concordata de 7 de Maio de 1940, estavam ou tenham sido classificados como “monumentos nacionais” ou como de “interesse público” continuam com afectação permanente ao serviço da Igreja. Ao Estado cabe a sua conservação, reparação e restauro de harmonia com plano estabelecido de acordo com a autoridade eclesiástica, para evitar perturbações no serviço religioso; à Igreja incumbe a sua guarda e regime interno, designadamente no que respeita ao horário de visitas, na direcção das quais poderá intervir um funcionário nomeada pelo Estado.

2. Os objectos destinados ao culto que se encontrem em algum museu do Estado ou de outras entidades públicas são sempre cedidos para as cerimónias religiosas no templo a que pertenciam, quando este se ache na mesma localidade onde os ditos objectos são guardados. Tal cedência faz-se a requisição da competente autoridade eclesiástica, que vela pela guarda dos objectos cedidos, sob a responsabilidade de fiel depositário.

3. Em outros casos e por motivos justificados, os responsáveis do Estado e da Igreja podem acordar em ceder temporariamente objectos religiosos para serem usados no respectivo local de origem ou em outro local apropriado.

Art. 23. — 1. A República Portuguesa e a Igreja Católica declaram o seu empenho na salvaguarda, valorização e fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de pessoas jurídicas canónicas reconhecidas, que integrara, o património cultural português.

2. A República Portuguesa reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiásticos deve ser salvaguardada pelo direito português, seta prejuízo da necessidade de a conciliar com outras finalidades decorrentes da sua natureza cultural, com respeito pelo princípio da cooperação.

3. As autoridades competentes da República Portuguesa e as da Igreja Católica acordam em criar uma Comissão bilateral para o desenvolvimento da cooperação quanto a bens da igreja que integrem o património cultural português.

4. A Comissão referida no número anterior tem por missão promover a salvaguarda, valorização e fruição dos bens da Igreja, nomeadamente através do apoio do Estado e de outras entidades públicas às acções necessárias para a identificação, conservação, segurança, restauro e funcionamento, sem qualquer forma de discriminação em relação a bens semelhantes, competindo-lhe ainda promover, quando adequado, a celebração de acordos nos termos do artigo 28.

Art. 24. — 1. Nenhum templo, edifício, dependência ou objecto afecto ao culto católico pode ser demolido, ocupado, transportado, sujeito a obras ou destinado pelo Estado e entidades públicas a outro fim, a não ser mediante acordo prévio com a autoridade eclesiástica competente e por motivo de urgente necessidade pública.

2. Nos casos de requisição ou expropriação por utilidade pública, será sempre consultada a autoridade eclesiástica competente, mesmo sobre o quantitativo da indemnização. Em qualquer caso, não será praticado acto algum de apropriação ou utilização não religiosa sem que os bens expropriados sejam privados do seu carácter religioso.

3. A autoridade eclesiástica competente tem direito de audiência prévia, quando forem necessárias obras ou quando se inicie procedimento de inventariação ou classificação como bem cultural.

Art. 25. — 1. A República Portuguesa declara o seu empenho na afectação de espaços a fins religiosos.

2. Os instrumentos de planeamento territorial deverão prever a afectação de espaços para fins religiosos.

3. A Igreja Católica e as pessoas jurídicas canónicas têm a direito de audiência prévia, que deve ser exercido nos termos do direito português, quanto às decisões relativas à afectação de espaços a fins religiosos em instrumentos de planeamento territorial.

Art. 26. — 1. A Santa Sé, a Conferência Episcopal Portuguesa, as dioceses e demais jurisdições eclesiásticas, bem como outras pessoas jurídicas canónicas constituídas pelas competentes autoridades eclesiásticas para a prossecução de fins religiosos, desde que lhes tenha sido reconhecida personalidade civil nos termos dos artigos 9 e 10, não estão sujeitas a qualquer imposto sobre:

- a) As prestações dos crentes para o exercício do culto e ritos;
- b) Os donativos para a realização dos seus fins religiosos;
- c) O resultado das colectas públicas com fins religiosos;
- d) A distribuição gratuita de publicações com declarações, avisos ou instruções religiosas e sua afixação nos lugares de culto.

2. A Santa Sé, a Conferência Episcopal Portuguesa, as dioceses e demais jurisdições eclesiásticas, bem como outras pessoas jurídicas canónicas constituídas pelas competentes autoridades eclesiásticas para a prossecução de fins religiosos, às quais tenha sido reconhecida personalidade civil nos termos dos artigos 9 e 10, estão isentas de qualquer imposto ou contribuição geral, regional ou local, sobre:

- a) Os lugares de culto ou outros prédios ou parte deles directamente destinados à realização de fins religiosos;
- b) As instalações de apoio directo e exclusivo às actividades com fins religiosos;
- c) Os seminários ou quaisquer estabelecimentos destinados à formação eclesiástica ou ao ensino da religião católica;
- d) As dependências ou anexos dos prédios descritos nas alíneas a) a c) a uso de instituições particulares de solidariedade social;
- e) Os jardins e logradouros dos prédios descritos nas alíneas a) a d) desde que não estejam destinados a fins lucrativos;
- f) Os bens móveis de carácter religioso, integrados nos imóveis referidos nas alíneas anteriores ou que deles sejam acessórios.

3. A Santa Sé, a Conferência Episcopal Portuguesa, as dioceses e demais jurisdições eclesiásticas, bem como outras pessoas jurídicas canónicas constituídas pelas competentes autoridades eclesiásticas para a prossecução de fins religiosos, desde que lhes tenha sido reconhecida personalidade civil nos termos dos artigos 9 e 10, estão isentas do imposto de selo e de todos os impostos sobre a transmissão de bens que incidam sobre:

- a) Aquisições onerosas de bens imóveis para fins religiosos;
- b) Quaisquer aquisições a título gratuito de bens para fins religiosos;
- c) Actos de instituição de fundações, uma vez inscritas no competente registo do Estado nos termos do artigo 10.

4. A autoridade eclesiástica responsável pelas verbas que forem destinadas à Igreja Católica, nos termos do artigo seguinte, está isenta de qualquer imposto sobre essa fonte de rendimento.

5. As pessoas jurídicas canónicas, referidas nos números anteriores, quando também desenvolvam actividades com fins diversos dos religiosos, assim considerados pelo direito português, como, entre outros, os de solidariedade social, de educação e cultura, além dos comerciais e lucrativos, ficam sujeitas ao regime fiscal aplicável à respectiva actividade.

6. A República Portuguesa assegura que os donativos feitos às pessoas jurídicas canónicas, referidas nos números anteriores, às quais tenha sido reconhecida personalidade civil nos termos desta Concordata, produzem o efeito tributário de dedução à colecta, nos termos e limites do direito português.

Art. 27. — 1. A Conferência Episcopal Portuguesa pode exercer o direito de incluir a Igreja Católica no sistema de percepção de receitas fiscais previsto no direito português.

2. A inclusão da Igreja Católica no sistema referido no número anterior pode ser objecto de acordo entre os competentes órgãos da República e as autoridades eclesiásticas competentes.

Art. 28. — O conteúdo da presente Concordata pode ser desenvolvido por acordos celebrados entre as autoridades competentes da Igreja Católica e da República Portuguesa.

Art. 29. — 1. A Santa Sé e a República Portuguesa concordam em instituir, no âmbito da presente Concordata e em desenvolvimento do princípio da cooperação, uma Comissão paritária.

2. São atribuições da Comissão paritária prevista no número anterior:

- a) Procurar, em caso de dúvidas na interpretação do texto da Concordata, uma solução de comum acordo;
- b) Sugerir quaisquer outras medidas tendentes à sua boa execução.

Art. 30. — Enquanto não for celebrado o acordo previsto no artigo 3, são as seguintes as festividades católicas que a República Portuguesa reconhece como dias festivos: Ano Novo e Nossa Senhora, Mãe de Deus (1 de Janeiro), Corpo de Deus, Assunção (15 de Agosto), Todos os San-

tos (1 de Novembro), Imaculada Conceição (8 de Dezembro) e Natal (25 de Dezembro).

Art. 31. — Ficam ressalvadas as situações jurídicas existentes e constituídas ao abrigo da Concordata de 7 de Maio de 1940 e do Acordo Missionário.

Art. 32. — 1. A Santa Sé e a República Portuguesa procederão à elaboração, revisão e publicação da legislação complementar eventualmente necessária.

2. Para os efeitos do disposto no número anterior, a República Portuguesa e a Santa Sé efectuarão consultas recíprocas.

Art. 33. — A presente Concordata entrará em vigor com a troca dos instrumentos de ratificação, substituindo a Concordata de 7 de Maio de 1940.

Assinada em três exemplares autênticos em língua portuguesa e em língua italiana, fazendo todos fé, aos 18 dias do mês de Maio do ano de 2004.

Appunti per una prima lettura del Concordato del 18 maggio 2004 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese.

1. *La Cronaca.*

Il 18 maggio 2004, alle ore dieci, nella Sala Regia del Vaticano, il Segretario di Stato della Santa Sede, cardinale Angelo Sodano, e il Primo Ministro del Portogallo, José Manuel Durão Barroso, hanno firmato un nuovo Concordato tra la Santa Sede e il Portogallo per regolare i rapporti tra la Repubblica portoghese e la Chiesa cattolica in Portogallo. Erano inoltre presenti da parte portoghese, tra gli altri, tre ministre coinvolte *ratione materiae* nella stipula del Concordato: Teresa Gouveia, Ministro degli Esteri; Manuela Ferreira Leite, Ministro delle Finanze; Maria Celeste Cardona, Ministro della Giustizia. Da parte vaticana il Segretario di Stato era accompagnato dal Cardinale-Patriarca di Lisbona, D. José Policarpo, e dal vescovo emerito di Coimbra, D. João Alves, membro della Commissione vaticana per le trattative. Con questa firma è stato abrogato il Concordato in vigore sin dal 1940⁽¹⁾ e gli altri documenti che lo completavano. Il nuovo Concordato contiene 33 articoli oltre un breve Preambolo. L'accordo è stato firmato in tre copie autentiche in lingua portoghese e italiana.

(1) Cf. *Acta Apostolicae Sedis* 32 (1940), pp. 217-233.

2. *I Motivi della firma del nuovo Concordato.*

Il Portogallo, a differenza della Repubblica italiana, ha preferito firmare un nuovo Concordato che sostituisce quello precedente anziché procedere alla modifica o rinnovo di quello esistente. Il contenuto del Concordato appena firmato si colloca però nella scia del precedente e ne riproduce buona parte dell'articolato. Questa apparente contraddizione, consistente nel firmare un concordato nuovo e mantenere invece sostanzialmente intatto il contenuto di quello che lo sostituisce, parrebbe rispondere a una logica ben precisa. La scelta fatta in Italia a favore del rinnovo era rispondente all'intenzione di mantenere inalterato il valore giuridico, qualsiasi esso fosse, che la Costituzione del 1949 riconobbe ai Patti lateranensi mediante l'articolo 7, in modo da non subire nel grado di copertura costituzionale delle norme e quindi una diminuzione della tutela. Nel caso portoghese, invece, non godendo il Concordato del 1940 di nessun tipo di tutela costituzionale, niente impediva di sostituirlo con un altro, soprattutto se prendiamo in considerazione i profondi cambiamenti costituzionali avvenuti nel frattempo in Portogallo.

Infatti, il Concordato del 1940 fu firmato da un governo di stampo non democratico in un contesto politico molto diverso da quello attuale⁽²⁾. Dopo la seconda guerra mondiale il Portogallo vide scomparire i suoi possedimenti d'oltremare, che acquistarono l'indipendenza, e con essi le tracce del suo impero. Nell'aprile 1974 avvenne la cosiddetta rivoluzione dei garofani, che ebbe come conseguenza la promulgazione della Costituzione democratica del 1976, tuttora in vigore⁽³⁾. Dal 1986 il Portogallo è parte integrante dell'Unione Europea. La Repubblica portoghese ha promulgato nel 1999 una legge generale sulla libertà religiosa⁽⁴⁾.

(2) Il contesto socio-politico esistente al momento della firma del Concordato del 1940 tra il Portogallo e la Santa Sede era molto simile a quello esistente in Italia al momento della firma dei Patti lateranensi. Riportiamo un brano dall'intervento di Palmiro Togliatti all'Assemblea costituente italiana, il 25 marzo 1947, sull'articolo 7 della Costituzione con il quale il Partito Comunista Italiano decise, inaspettatamente, di contribuire alla conferma dei Patti lateranensi del 1929: «Nel 1929, quando i Patti lateranensi furono firmati, non c'è dubbio che, nonostante tutto il precedente lavoro preparatorio compiuto da uomini politici di marca democratica e di fede liberale, non c'è dubbio che quell'accordo, concluso in quel momento, fece veramente pesare sul nostro Paese — permettetemi l'espressione romantica — l'ombra funesta del triste amplesso di Pietro e Cesare».

(3) E. DIAS NOGUEIRA, *Adeus à Concordata e ao Acordo Missionário de 1940*, in *Agência Ecclesia* (<http://www.agencia.ecclesia.pt/>), dossier Concordata, 11/05/2004.

(4) *Lei 16/2001 da liberdade religiosa, de 22 de Junho*, in *Diário da República, Série I-A*, n. 143, 22 de Junho de 2001, pp. 3666-3675. Questa legge sostituisce alla prece-

Con l'avvento del Concilio Vaticano II, da parte della Chiesa cattolica si sono verificati notevoli mutamenti in materia di relazioni con gli ordinamenti civili. È mutato l'approccio della Chiesa con la comunità politica attraverso un rinnovato concetto di laicità e, con l'entrata in vigore del Codice di Diritto Canonico del 1983, sono cambiate di fatto le dinamiche e i rapporti della Chiesa non solo con gli Stati, ma anche con le altre confessioni religiose.

Le motivazioni segnalate, che si rinvenivano sostanzialmente nel breve Preambolo del presente Concordato, potrebbero sembrare una clausola di stile ormai consolidato che si ritrova in molteplici concordati, soprattutto quello italiano. Non pare però che si possa stabilire un parallelismo proprio tra le novità che può apportare il mutamento di modello di Stato avvenuto in Portogallo con l'entrata in vigore della Costituzione democratica e delle leggi che ne sviluppano lo spirito e l'integrazione nella Comunità Europea, con le novità apportate dal Concilio Vaticano secondo in relazione ai rapporti della Chiesa con la comunità politica⁽⁵⁾.

Il Concordato del 1940 dovette risolvere il problema apertosi con l'approvazione in Portogallo di una Legge di separazione⁽⁶⁾ in un momento in cui le autorità politiche del Portogallo sviluppavano, almeno dal 1911, una politica di chiaro confronto con le istituzioni ecclesiastiche⁽⁷⁾. Il Concordato del 1940 ebbe allora il merito storico di dare una svolta radicale ai rapporti tanto turbolenti tra la Chiesa e lo Stato in Portogallo. Due erano però le caratteristiche incompatibili con l'attuale stato dell'ordinamento della Chiesa e dello Stato: da una parte, tracce di confessionalismo e dall'altra, tracce di interventismo dello Stato nella vita interna della Chiesa. A dire il vero, il confessionalismo di Stato era ormai venuto meno, decaduto con l'entrata in vigore della Costituzione del 1976 e della Legge di libertà religiosa del 2001. I residui del patronato⁽⁸⁾ o interventismo dello Stato non erano però venuti meno giuridicamente: lo stesso dicasi per la partecipazione dello Stato alla nomina dei vescovi (art. 10, *Concordato 1940*), la definizione dei limiti delle diocesi di Oltremare, il reclutamento del

dente *Lei n.º 4/71, de 21 de Agosto*. Cf. D. VALENTE-A. FRANCO, *Liberdade religiosa. Nova lei anotada e comentada*, Lisboa 2002; S. FERLITO, *La legge portoghese di libertà religiosa*, in *Il diritto ecclesiastico*, 115 (2003), pp. 70-125.

(5) G. ANDREOTTI, *La memoria di un protagonista*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* 12 (2004), p. 4.

(6) *Lei de Separação do Estado das Igrejas* (Decreto de 20 de abril de 1911), *Diário do Governo* n. 92, de 21 de Abril.

(7) E. DIAS NOGUEIRA, *Adeus à Concordata e ao Acordo Missionário de 1940*, cit.

(8) Sull'origine storica del *padroado*: A. DA SILVA REGO, *Documentação para a História das missões do Padroado Português do Oriente*, Lisboa 1947; ID., *História das missões do Padroado Português do Oriente*, Lisboa 1949.

clero di tali diocesi (art. 26 *et* 28, *Concordato* 1940) e alcune raccomandazioni relative ai contenuti di alcune materie insegnate nei seminari (art. 20, *Concordato* 1940 in fine).

Successivamente a quel Concordato era stato firmato un Accordo Missionario quale Protocollo Addizionale, e pertanto esso godeva dello stesso valore giuridico del Concordato medesimo⁽⁹⁾, costituendo un tipo di Accordo internazionale mai firmato prima⁽¹⁰⁾. Il modello di rapporti Chiesa-Stato fissato in questi accordi è rimasto in vigore per sessantaquattro anni, sebbene abbia subito una modificazione del suo articolo 24, che impediva ai cattolici di avvalersi della facoltà del divorzio. Tale modifica avvenne mediante un Accordo raggiunto il 15 febbraio 1975⁽¹¹⁾.

L'importanza storica del Concordato del 1940 risiede — come si è detto — nell'aver posto fine a un conflitto tra lo Stato e la Chiesa⁽¹²⁾. Tale Concordato, benché molto generoso con la Chiesa cattolica, non sancì la confessionarietà dello Stato, come avvenne con altri concordati dell'epoca. La Legge di separazione del 1911 non fu infatti abrogata, in particolare per quanto concerne l'affermazione della distinzione e separazione tra lo Stato e la Chiesa. Infatti il vero punto dolente della Legge di separazione del 1911 non risiedeva tanto nell'affermazione di principi generali circa i rapporti da instaurare tra la Chiesa e lo Stato, bensì nelle precise disposizioni relative alle proprietà della Chiesa, espropriate a favore dello Stato portoghese (cfr. art. 62) e nei meccanismi attivati dallo Stato per controllare il libero svolgimento delle riunioni di culto, sottomesse a ispezioni da funzionari statali (cfr. art. 46), intaccando così la libertà di religione e di culto della Chiesa cattolica in vari modi. Inoltre si può dire che l'Accordo Missionario relativo alle terre di missione sotto sovranità portoghese fu un primo esperimento di autonomia fatto dalla Chiesa a favore delle comunità ecclesiali presenti in territori che per il Portogallo erano colonie. La Santa Sede riuscì ad ottenere uno statuto autonomo per questi territori, iniziando da quel momento a organizzarsi come diocesi e con la possibilità di disporre di clero e religiosi non esclusivamente portoghesi (cfr. art. 1).

⁽⁹⁾ *Acta Apostolicae Sedis* 32 (1940), pp. 235-244; *Diário do Governo*, 1ª série, n. 158, de 10 de Julho de 1940.

⁽¹⁰⁾ L'Accordo Missionario era di fatto inapplicabile a causa dell'indipendenza formale delle colonie del Portogallo: Goa, Angola, Capo Verde, Guinea Bissau, Mozambico, Santo Tomé, Macao, Timore.

⁽¹¹⁾ *Acta Apostolicae Sedis*, 67 (1975), pp. 435-436; *Diário do Governo*, 1ª série, n. 79, de 4 de Abril de 1975.

⁽¹²⁾ E. DIAS NOGUEIRA, *A Concordata de 1940*, Lisboa 1993, pp. 307-323; ID., *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, Coimbra 2000, pp. 240-254; ID., *Relações Igreja-Estado em Portugal*, Lisboa 2002, pp. 245-266.

L'evoluzione politica, sociale e giuridica del Portogallo fece sì tuttavia che alcuni articoli del testo concordato risultassero palesemente incostituzionali. Davanti a questa esigenza, il 15 febbraio 1975 fu sottoscritto un protocollo Addizionale⁽¹³⁾ allo scopo di modificare l'articolo XXIV del Concordato, che vietava ai cattolici la facoltà di avvalersi del divorzio. Benché non fosse stata ancora approvata la Costituzione del 1976, da quel momento in poi la Chiesa passò dal servirsi della collaborazione dello Stato per evitare che i cattolici si avvalsero del divorzio, ad usare in prima persona la sua facoltà e il suo obbligo di proclamare i principi morali (cfr. canone 747 § 2 CIC 1983) riguardanti il matrimonio, ricordando ai cattolici il loro grave dovere morale in relazione all'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Successivamente, il *Tribunal Constitucional* portoghese dichiarò incostituzionale l'obbligatorietà dell'insegnamento della religione cattolica prevista nell'articolo 21 del Concordato o, meglio ancora, nel regolamento di applicazione di esso, nel paragrafo 1, articolo 2 del *Decreto-Lei n. 323/83, de 5 de Julho*⁽¹⁴⁾.

3. *I concordati in generale.*

Dalla lettura dei dibattiti parlamentari e dai commenti dei giornali si evince la diffusa convinzione in alcuni settori della società portoghese che i Concordati sono legati alla concessione di privilegi a favore della Chiesa cattolica e a scapito delle altre confessioni religiose presenti nella società. È noto che la storia dei rapporti tra Chiesa e Stato si suole spiegare in termini debitori della visione agostiniana, attraverso lo studio delle contrapposizioni tra sacro e profano e attraverso la coniugazione non sempre facile della *libertas ecclesiae* e della sovranità politica. Ma non solo, alcuni atteggiamenti verso il fenomeno religioso non si spiegherebbero se non si avesse presente che esistono alcune letture di esso che nascono da precise pre-comprensioni non sempre positive⁽¹⁵⁾.

Nella storia degli Stati moderni è rinvenibile la lunga strada che porta dal rigido interessamento a favore — in esclusiva — delle reli-

(13) *Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa de 7 de maio de 1940*, in *Acta Apostolicae Sedis* 67 (1975), pp. 435-436 et *Diário do Governo*, 1ª Série, n. 79, de 4 de Abril de 1975.

(14) *Acórdão do Tribunal Constitucional*, n. 423/1987.

(15) Cf. L. LAFOURCADE, *Petite histoire de la laïcité*, in *Humanisme* 1979, p. 45 ss.; J.E. MENDES MACHADO, *Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 68 (1991), pp. 165-180; L. GUERZONI, *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Catanzaro 1996, pp. 59-82.

gioni o confessioni — particolarmente là dove una confessione era dominante o dove si pretendeva che la religione fosse una religione civile⁽¹⁶⁾ — alla tutela preferenziale del cittadino singolo che sviluppa la sua personalità anche attraverso la professione di una convinzione a carattere religioso. Frutto maturo di questa tendenza è la definizione da parte dello Stato di un quadro legislativo generale circa la libertà religiosa. Quando esistono leggi generali sulla libertà religiosa è chiaro che lo Stato può e deve sviluppare una serie di accordi con le confessioni religiose in modo che le particolarità proprie di ognuna di esse siano prese in considerazione, affinché la tutela della libertà religiosa di tutti i cittadini sia effettiva⁽¹⁷⁾. In questo contesto garantista della libertà religiosa⁽¹⁸⁾ e del libero sviluppo delle libertà individuali si inquadrano gli accordi con le confessioni religiose che, nel caso della Chiesa cattolica, a causa della sovranità che da sempre ha goduto il suo più alto organo di rappresentazione — la Santa Sede⁽¹⁹⁾ —, si chiamano Concordati.

Col nome tecnico di « concordato » si designa nei tempi moderni una convenzione bilaterale stipulata fra la Santa Sede — *distinguibile concettualmente* dal sovrano temporale dello Stato Città del Vaticano — e uno Stato — *distinto* da altri gruppi sociali interni allo Stato, quali, per esempio, le Conferenze dei Vescovi — per regolare materie ecclesiastiche di comune interesse. In virtù di queste convenzioni, i due contraenti, facendosi reciproche concessioni, si obbligano, cia-

(16) Cf. S. SMID, *Pluralism und Zivilreligion*, in *Der Staat* 25 (1985), p. 3 ss.; L.S. ROUNER (a cura di), *Civil Religion and Political Theologie*, Notre Dame 1986.

(17) Cf. G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano 1974; ID., *Laicità dello Stato ed aspetti emergenti della libertà religiosa: una nuova prova per le intese*, in *Studi in onore di F. Finocchiaro*, Padova 2000, pp. 467-508; M. VENTURA, *La dinamica comparativa nella ridefinizione di un diritto sociale canonico ed ecclesiastico*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1991/92, n. 2, pp. 33-59 *hic* 53-57; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Libertà religiosa, uguaglianza e laicità*, in *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), pp. 199-215.

(18) La libertà religiosa così come intesa dal Concilio Vaticano II nella dichiarazione *Dignitatis humanae* non è necessariamente coincidente col concetto di libertà religiosa dei testi legali che portano questo nome, e sicuramente non concepibile in termini di libertà psicologica. Cf. C. CORRAL SALVADOR, *La relación entre la Iglesia y la comunidad política*, Madrid 2003, pp. 105-180, *specialiter* pp. 110-114.

(19) La Santa Sede è infatti — come è noto — un soggetto di diritto internazionale indipendentemente dalla personalità giuridica internazionale dello Stato Città del Vaticano. Cf. H. WAGNON, *Concordats et droit international*, Grembloux 1935, pp. 33-76; I. CARDINALE, *The Holy See and the international order*, London 1977; H.F. KÖCK, *Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls*, Berlin 1975; P.A. D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede*, Bologna 1994; C. CORRAL SALVADOR, *La relación entre la Iglesia y la comunidad política*, cit., p. 44.

scuno per la sua parte, ad assumere un dato atteggiamento e comportamento reciproco. Una caratteristica di queste convenzioni è la loro pregnanza normativa, cioè, l'obbligo assunto di emanare altre norme ordinarie di carattere interno sulla disciplina giuridica di quella porzione della Chiesa cattolica che vive e opera nell'ordinamento dello Stato contraente⁽²⁰⁾.

Nella stipulazione dei concordati si trovano termini come *concordatum*, *conventio*, *pactum conventum*. Si noti però che negli ultimi tempi non tutti i concordati sono stati stipulati attraverso un documento unico, il solo modo al quale tradizionalmente si attribuisce il nome tecnico di «concordato». In alcuni casi si è preferito stipulare una serie di accordi indipendenti che, presi insieme, regolamentano tutte le questioni di mutuo interesse tra la Santa Sede e lo Stato. Questi sono i casi, per esempio, degli accordi con il Regno della Spagna nel 1979, con la Repubblica di Croazia nel 1996 o con l'Austria o Malta.

I concordati non sono quindi legati a nessuna concezione teologico-politica di supremazia di nessuno dei contrattanti — Chiesa e Stato —, bensì alla tutela della libertà religiosa da parte dello Stato a favore di tutti i cittadini e di tutte le confessioni⁽²¹⁾. Perciò, ben lontani dal preteso carattere di privilegio che a volte, inadeguatamente, si è provato a definire⁽²²⁾, i concordati si sono dimostrati ugualmente utili sia in contesti ove la presenza della Chiesa cattolica è maggioritaria — Italia, Spagna, Portogallo o Polonia — che in situazioni ove la Chiesa è notoriamente minoritaria — Kazakistan, Marocco, Tunisia, Israele o Palestina.

Nel caso specifico del Portogallo la tradizione concordataria è profonda⁽²³⁾. Oltre i numerosi accordi raggiunti dai re portoghesi con

⁽²⁰⁾ P.A. D'AVACK, voce *Concordato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Milano 1961, pp. 441-471. Cf. anche: J.T. MARTÍN DE AGAR, *Passato e presente dei concordati*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), pp. 616-617.

⁽²¹⁾ Sulla politica concordataria più recente: cf. C. CORRAL-D. ELMISI ILARI, *Universalità ed espansione dell'attualità politica concordataria della Santa Sede*, in *Periodica de re canonica* 93 (2004), pp. 93-124.

⁽²²⁾ Sulla inadeguatezza di alcune critiche contro il sistema concordatario, cf.: M.S.C. GOMES, *Concordata, sim ou não?*, Coimbra 1971; ID., *Natureza e oportunidade das concordatas*, in A. LEITE et alii, *A Concordata de 1940 Portugal-Santa Sé*, Lisboa 1993, pp. 3-10; C. CORRAL SALVADOR, *Del sistema concordatario al régimen convencional común en materia religiosa*, in *Estudios eclesiásticos* 49 (1974), pp. 387-424; ID., *La regulación bilateral como sistema normativo de las cuestiones religiosas*, in *Salmanticensis*, 25 (1978), pp. 331-356; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di concordati. 1950-1999*, Città del Vaticano 2000, pp. 16-21.

⁽²³⁾ L. BORGES, *Concordatas ou Concórdias Portuguesas*, Vila Real 1953.

l'episcopato portoghese vi sono strumenti concordatari nell'epoca moderna che hanno segnato i rapporti tra la Chiesa e lo Stato⁽²⁴⁾.

4. *Le trattative.*

L'iter di preparazione di questo Concordato⁽²⁵⁾ risale all'anno 2000 e al mandato espresso dall'Assemblea parlamentare portoghese in merito⁽²⁶⁾. Il governo portoghese rispose alla richiesta parlamentare creando a questo scopo una Commissione ufficiale⁽²⁷⁾, Commissione che ha subito mutamenti nella sua composizione, contemporaneamente ai cambiamenti politici avvenuti nel Portogallo con le elezioni politiche⁽²⁸⁾. La Commissione ufficiale della Santa Sede dovette registrare il cambiamento di uno dei suoi membri, il Nunzio apostolico nel Portogallo, a motivo dei limiti canonici di età a svolgere uffici ecclesiastici⁽²⁹⁾.

Il metodo di lavoro è stato caratterizzato dal ricorso al testo scritto che il governo portoghese, non la Santa Sede, presentò per discutere i contenuti del concordato da raggiungere. Infatti, l'iniziativa di rivedere il Concordato del 1940 è stata assunta dallo Stato portoghese.

5. *Il Concordato: alcuni appunti per una prima lettura.*

Se il testo del Preambolo spiega i motivi che hanno reso conveniente il raggiungimento di un nuovo Concordato, i 33 articoli successivi articolano i rapporti da mantenere in futuro tra il Portogallo e la Santa Sede e la Chiesa cattolica presente nel Portogallo. Infatti, aldilà del fatto che l'interlocutore ufficiale della Repubblica portoghese sia la Santa Sede, salta agli occhi che, a eccezione di qualche riferimento

(24) Concordato del 1848; Concordato di 21 febbraio 1857; Concordato del 23 giugno 1886; Accordi del 15 aprile 1928 e dell'11 aprile 1929; Concordato del 1940.

(25) Si è preferito riformare prima la legge generale sulla libertà religiosa anziché il Concordato. Per una proposta diversa: A. VARELA, *A Igreja Católica e as outras confissões religiosas na Lei da Liberdade Religiosa*, in *Forum Canonicum* 6 (1997), pp. 12-13.

(26) ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, *Resolução da Assembleia da República n. 39/2000*, apertura e realização do processo de revisão da Concordata de 7 de Maio de 1940, in *Diário da República*, série I-A, n. 93, p. 1674.

(27) CONSELHO DE MINISTROS, *Resolução do Conselho de Ministros n. 67/2001*, de 6 de Junho, in *Diário da República*, série I-B, n. 131, 6 de Junho de 2001, pp. 3439-3439.

(28) CONSELHO DE MINISTROS, *Resolução do Conselho de Ministros n. 44/2002*, in *Diário da República*, II série, n. 124, 29 de Maio de 2002.

(29) J. ALVES, *Etapas da Nova Concordata*, in *Agência Ecclesia* (<http://www.agencia.ecclesia.pt/>), dossier Concordata, 18/05/2004.

ai rapporti internazionali tra la Santa Sede e la Repubblica del Portogallo (articolo 1) e alla loro cooperazione internazionale nell'ambito di organizzazioni internazionali o nei paesi della Lusofonia (articolo 4), è la Chiesa cattolica presente ed operante nel Portogallo, non la Santa Sede, ad assurgere al ruolo di vero soggetto beneficiario dell'operato della Santa Sede. Il Concordato è finalizzato a precisare non tanto i rapporti tra la Santa Sede e il Portogallo, quanto i rapporti tra la Chiesa portoghese e lo Stato in cui vive. Questa situazione presuppone un principio che non appare però esplicitamente affermato nel documento, ovvero, la sovranità della Santa Sede sull'intera Chiesa cattolica⁽³⁰⁾.

I primi 12 articoli potrebbero costituire un solo blocco, poiché sono finalizzati a confermare il ristabilimento, già avvenuto nel 1940, della normalizzazione giuridica degli enti della Chiesa cattolica, fortemente limitata dalla legge eversiva del 1911. Infatti, oltre l'identificazione che implicitamente si fa della Chiesa cattolica con la Santa Sede (art. 1), è forte l'interesse a individuare e riconoscere la personalità degli organismi di rappresentanza della Chiesa cattolica presente nel Portogallo, in modo di poter sviluppare accordi con essi a tutti i livelli. In primo luogo si riconosce, per prima volta, la personalità giuridica della Conferenza Episcopale Portoghese (art. 8). Si conferma ancora la personalità giuridica degli enti che ne godevano in passato, incluse le società di vita consacrata ed apostolica (art. 10.2), garantendo gli effetti civili per le eventuali innovazioni o modificazioni che dovessero avvenire in futuro per ciò che concerne le parrocchie⁽³¹⁾, le diocesi e le altre "giurisdizioni ecclesiastiche", essendo sufficiente la trasmissione degli atti costitutivi di essi al registro appositamente predisposto dallo Stato (art. 9). Inoltre si riconosce la personalità giuridica civile di tutte le persone giuridiche canoniche che dovessero farne richiesta previo l'avallo della competente autorità canonica (articolo 10.3). Di particolare importanza è il riferimento alle persone giuridiche che abbiano fini, oltre i religiosi, di assistenza e solidarietà, perché godranno allora dello stesso regime giuridico agevolato di cui godono gli altri enti privati di questa natura (art. 12).

Una delle garanzie di questa normalizzazione dei rapporti voluta da ambedue le parti è costituita dall'abbandono definitivo da parte

⁽³⁰⁾ Cf. D.-M.A. JAEGER, *L'« Accordo di base tra la Santa Sede e l'Olp »*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), pp. 265-266.

⁽³¹⁾ Finora le parrocchie non avevano un riconoscimento formale nell'ordinamento civile portoghese, succube ancora del rilievo giuridico delle fabbriche dei tempi parrocchiali, che servivano per garantire sostegno economico al clero della propria parrocchia. Ora viene assunto formalmente l'abbandono del sistema beneficiale a favore di un sistema di sostentamento e previdenza del clero.

del Portogallo di ogni residuo controllo sulla Chiesa, ovvero del Patronato. L'art. 10 del Concordato del 1940 istituiva un sistema di comunicazione previa dei nomi degli eletti alle cariche episcopali residenziali e per i vescovi coadiutori; il governo poteva sollevare obiezioni di carattere politico sui designati. L'articolo 9.4 del nuovo Concordato riconosce solennemente l'esclusiva competenza della Chiesa su queste decisioni, che verranno solamente comunicate al governo per cortesia.

Gli articoli 13 al 16 si occupano del matrimonio canonico e dei suoi effetti civili. Come è noto, il Portogallo è uno dei pochi paesi concordatari ove il matrimonio canonico (*qua tali*) gode di effetti civili. Si riproducono quasi testualmente le disposizioni del Concordato del 1940 al riguardo, integrando le modifiche apportate nel 1975. Due sono le novità in materia: la prima consiste nell'eliminare il riferimento alle sanzioni penali nelle quali incorreva il parroco inadempiente del suo obbligo di trasmettere al registro civile la copia dell'atto matrimoniale (art. 22 *in fine*, Concordato 1940); la seconda novità è presente nell'art. 16.2, che fissa gli estremi che il Tribunale civile deve verificare nella revisione e conferma delle decisioni ecclesiastiche relative ai matrimoni rati e non consumati, in modo che esse possano produrre effetti civili. Tale riferimento ha particolare importanza dal momento che l'omologazione civile di tali decisioni è fortemente discussa, per quanto le decisioni *super rato* appartengano all'ambito del diritto amministrativo della Chiesa, fuori quindi dall'ambito delle garanzie giudiziarie. Pare difficile la valutazione del principio del contraddittorio e dell'eguaglianza delle parti in un processo che si configura *natura sua* come una richiesta di una concessione graziosa da parte dei contraenti o addirittura di uno solo dei contraenti. A nostro sommo avviso la scarsa frequenza dei processi di dispensa *super rato* merita che venga valutato con estrema attenzione il rischio di alimentare critiche contro l'intero diritto processuale canonico — come è già successo recentemente, con miglior o peggior tecnica giuridica, nella deliberazione di una sentenza di un processo documentale — che possono erodere in modo grave l'atteggiamento futuro dello Stato in relazione non già a questo tipo di decisioni bensì alle sentenze di nullità matrimoniale.

Gli artt. 17 e 18 riguardano l'assistenza religiosa ai cittadini cattolici che si trovano nelle comunità separate, ovvero, i membri delle Forze Armate e corpi di polizia, detenuti e degenti in centri di salute e cura. Lo scopo della normativa relativa a questo settore è sempre la tutela dell'esercizio della libertà religiosa. A tale fine si prendono in considerazione, oltre alle facoltà di cui dispone il singolo, le capacità organizzative della Chiesa cattolica al suo interno, in modo che possa essere garantita questa assistenza. L'ordinariato castrense già presente, esteso all'esercito e anche alle forze di pubblica sicurezza, è ricono-

sciuto come struttura della Chiesa, ma si abbandona ogni menzione ai cappellani castrensi e alla questione dei gradi militari che finora venivano ad essi attribuiti. Resta da vedere se l'assenza di menzione su di essi è il preludio di una riforma interna alla Chiesa delle modalità di accesso all'ufficio di cappellano castrense.

Le questioni relative all'insegnamento sono concordate negli artt. 19 al 21. L'art. 19 si occupa dalla sempre polemica questione dell'insegnamento della religione e della morale cattoliche nelle scuole pubbliche non superiori. Il Concordato del 1940, che su questo aspetto non era più in vigore, proclamava i principi della dottrina e morale cristiana come cardini che orientavano l'intero sistema scolastico dello Stato (art. 21, *Concordato 1940*). Entrata in vigore la Costituzione del 1976 e approvata la legge del 2001 sulla libertà religiosa era chiaro che il sistema scolastico portoghese non era più confessionale, riducendosi ormai il quesito alla definizione di un altro diritto riconosciuto dall'Ordinamento lusitano: il diritto dei genitori a scegliere per i propri figli l'educazione più coerente con le proprie convinzioni religiose, nel rispetto della loro integrità morale e fisica e senza pregiudicare la loro salute (art. 11.1, *Lei da liberdade religiosa*). Questo ha fatto sì che, tra altro, si garantisca il diritto degli interessati — i figli stessi se oltre i sedici anni, i genitori o rappresentanti legali se prima — a ricevere, a richiesta, l'insegnamento della religione e morale cattolica senza nessuna discriminazione nelle scuole pubbliche. I docenti sono dipendenti dello Stato sotto tutti i profili, ma la loro idoneità è vagliata dalla competente autorità ecclesiastica. Questo giudizio di idoneità, così come la definizione dei contenuti di questo insegnamento, deve essere fatto in conformità con i lineamenti del sistema scolastico portoghese.

Oltre a ciò si garantisce convenientemente la libertà della Chiesa di erigere centri di formazione ecclesiastica, ovvero seminari e centri di studi ecclesiastici. Vi è però un'importante novità: il riconoscimento legale dei titoli e gradi accademici delle scuole gestite dagli enti ecclesiastici riconosciuti, ossia Conferenza episcopale, diocesi, parrocchie, "giurisdizioni ecclesiastiche", istituti di vita consacrata e società di vita apostolica.

Gli artt. dal 22 al 25 si occupano di uno degli argomenti di più proficua collaborazione tra lo Stato e la Chiesa, ovvero dei beni culturali e dell'edilizia di culto. Si sancisce il principio di cooperazione tra la Chiesa e lo Stato nel loro comune impegno per il bene delle persone (art. 1), rendendolo ora operante attraverso la costituzione di una commissione bilaterale per i beni culturali di proprietà ecclesiastica. Si fa prevalere la finalità religiosa di questi beni su qualunque altra considerazione. Lo Stato si impegna a rispettare la loro destinazione e a promuovere la loro conservazione e promozione; allo stesso tempo la Chiesa si impegna a trovare modi per conciliare l'utilizzazione religiosa di questi con il valore culturale insito in essi, potendo

a volte arrivare alla cessione temporanea di tali beni. I funzionari statali possono collaborare nella custodia e visita di questi beni di proprietà della Chiesa.

Si conferma, a eccezione dei casi di urgenza pubblica, il principio dell'accordo previo con le autorità ecclesiastiche per gli interventi dello Stato sull'incolumità o sui fini degli edifici adibiti al culto cattolico (art. 24.1). Quando si tratta di una espropriazione a causa di pubblica utilità, la concertazione previa si trasforma in diritto di udienza, particolarmente in relazione alla quantificazione dell'indennizzo (art. 24.2). Tale diritto di udienza previa esiste anche durante la definizione dei piani urbanistici, in relazione agli spazi che sono assegnati a fini religiosi (art. 25.3), fini che lo Stato portoghese si obbliga di per sé a prendere sempre in considerazione nei piani urbanistici (art. 25.2).

Gli articoli 26 e 27 sono dedicati alle questioni di contenuto economico e fiscale. L'art. 26 garantisce che le attività di religione e di culto svolte dagli enti religiosi riconosciuti sono esenti da ogni imposta fiscale, così come da ogni contributo in relazione alle loro proprietà immobiliari e agli accessori di queste. L'esenzione si estende anche alle trasmissioni di capitale o proprietà di beni soggetti alle medesime finalità. Si introduce una importantissima novità relativa agli enti ecclesiastici riconosciuti, in merito alle attività che possano svolgere oltre i fini di religione e di culto. Queste attività, soprattutto le attività di solidarietà sociale, di educazione, di cultura e qualunque attività commerciale o lucrativa, non erano finora assoggettate a tassa o imposta alcuna (art. 8, *Concordato 1940*). Ora si assoggetteranno al regime fiscale che ad essi corrisponde secondo la loro natura. Le conseguenze di questa nuova regola sono di evidente importanza misurabile economicamente.

L'art. 27 prevede la possibilità di includere la Chiesa cattolica nel sistema di aliquote dell'Imposta sul reddito delle persone fisiche, già prevista nell'art. 32.4 della Legge di libertà religiosa a favore di tutti i culti radicati nel Paese. La regola rimanda alla libera determinazione dei contribuenti e apre una modalità di finanziamento rispettosa della libertà dei cittadini-fedeli, più generosa sicuramente della previsione del Concordato del 1940, che concedeva unicamente la libertà per realizzare collette (art. 5, *Concordato 1940*). L'accettazione di questa possibilità è competenza della Conferenza Episcopale Portoghese, rimandando in tale caso a un accordo ulteriore tra la Chiesa e lo Stato circa le modalità. I modi di estrarre, gestire e distribuire tali finanziamenti potrebbero essere vari e potrebbero portare, come nel caso italiano, a provocare una vera e propria riforma dell'ordinamento canonico⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Per il sistema italiano, si veda di recente: N. FIORITA, *Remunerazione e previdenza dei ministri di culto*, Milano 2003, pp. 68-73.

Il nuovo Concordato include una previsione che probabilmente comporterà la trasformazione della metodologia dei rapporti tra Stato e Chiesa in Portogallo e delle fonti del diritto ecclesiastico dello Stato, come è già avvenuto in altre esperienze europee⁽³³⁾. L'articolo 28 del Concordato dice che "il contenuto del presente Concordato può essere sviluppato con accordi celebrati tra le autorità competenti della Chiesa cattolica e della Repubblica portoghese". Vale a dire che, oltre al testo concordatario, tendenzialmente statico, si possono stipulare accordi o intese al fine di disciplinare alcune fattispecie. Alcune di esse sono già segnalate dallo stesso Concordato, nella misura in cui ha rimandato esplicitamente la disciplina di comune accordo tra Chiesa e Stato ad altri strumenti pattizi non concordatari. Così l'art. 3.2 sul riconoscimento civile di alcune festività cattoliche o l'art. 23.3, che obbliga a creare una commissione bilaterale per sviluppare la cooperazione circa i beni della Chiesa che fanno parte del patrimonio culturale portoghese, o perfino l'articolo 27, relativo all'eventuale inclusione della Chiesa cattolica nel sistema di attribuzioni finanziarie attraverso la segnalazione da parte dei contribuenti di una parte dei loro versamenti allo Stato nella dichiarazione annuale dei redditi.

Il prevedibile moltiplicarsi di questi accordi si inserirà quindi in quella che abbiamo detto è la *ratio* dei Concordati stessi: rispondere adeguatamente alle peculiarità e ai bisogni dei cittadini, in questo caso i cittadini cattolici del Portogallo, ma anche degli altri cittadini (si pensi alle visite ai monumenti religiosi con valore culturale), nelle diverse occasioni e in relazione a innumerevoli argomenti. Questo nuovo sistema di rapporti è più confacente, oltre che alla dinamicità che la moderna società esige, alla odierna struttura della Chiesa e dello Stato. Infatti non si può non prendere in considerazione la riforma avvenuta — e ancora in corso — dello Stato portoghese in senso regionale e della Chiesa cattolica nella direzione di una decentralizzazione, soprattutto attraverso l'intervento delle Conferenze dei Vescovi. Si apre quindi un possibile fronte di collaborazione e di accordo tra Stato, Regioni, Municipi da una parte e Conferenza Episcopale Portoghese, Regioni ecclesiastiche, Diocesi dall'altra, o tra qualunque altra struttura di governo all'interno della Repubblica e della Chiesa.

(33) Cf. Per l'Italia in generale: R. BOTTA, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazioni delle fonti del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 12 (2004), pp. 93-113 *specialiter* pp. 98-102. Per la Spagna in relazione alla materia dei beni culturali di proprietà ecclesiastica, si veda il nostro: *Un modello di collaborazione in un sistema policentrico di competenze: la legislazione spagnola sui beni d'interesse culturale di proprietà ecclesiastica*, in G. CIMBALO (a cura di), *Europa delle regioni e Confessioni religiose. Leggi e provvedimenti regionali di interesse ecclesiastico in Italia e Spagna*, Torino 2001, pp. 145-170.

dello Stato nella vita interna della Chiesa, ovvero nella definizione dei contenuti degli studi ecclesiastici (art. 20 *in fine*, *Concordato 1940*), la nomina di vescovi (art. 10, *Concordato 1940*) e la libertà di organizzazione interna (artt. 26 *et* 28, *Concordato 1940*).

José Ignacio Alonso Pérez

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI,
Istruzione *Erga migrantes caritas Christi*, 3 maggio 2004 (*).

(*Omissis*).

Ordinamento giuridico-pastorale

PREMESSA

Art. 1. — § 1. Al diritto che i fedeli hanno di ricevere gli aiuti provenienti dai beni spirituali della Chiesa, specialmente dalla Parola di Dio e dai Sacramenti (*CIC* can. 213, *CCEO* can. 16) corrisponde il dovere dei Pastori di provvedere tali aiuti, in modo particolare ai migranti, attese le loro particolari condizioni di vita.

§ 2. Giacché con il domicilio o quasi-domicilio i migranti sono canonicamente ascritti nella Parrocchia e alla Diocesi/Eparchia (*CIC* cann. 100-107; *CCEO* cann. 911-917), spetta al Parroco e al Vescovo diocesano o eparchiale di estendere ad essi la medesima cura pastorale dovuta ai propri soggetti autoctoni.

§ 3. Peraltro, specialmente quando i gruppi di migranti sono numerosi, le Chiese di loro provenienza hanno la responsabilità di cooperare con le Chiese di arrivo per facilitare una effettiva e adatta assistenza pastorale.

Capitolo I

I FEDELI LAICI

Art. 2. — § 1. Nell'adempimento dei loro compiti specifici, i Laici si dedichino all'attuazione concreta di ciò che la verità, la giustizia e la carità richiedono. Essi devono quindi accogliere i migranti come fratelli e sorelle e adoperarsi affinché i loro diritti, specie quelli

(*) Vedi alla fine del documento *nota* di Jesús Miñambres, *L'ordinamento giuridico-pastorale della missione della Chiesa nei confronti degli emigranti*.

Gli ultimi articoli, dal 29 al 33, sono relativi all'entrata in vigore del Concordato e all'interpretazione e applicazione di esso. Il Concordato si presenta in tre copie autentiche in portoghese e in italiano ed entrerà in vigore solo con la sua ratifica (art. 33). L'art. 31 chiarisce che il presente Concordato non pregiudica le situazioni giuridiche già esistenti e nate sotto la vigenza del Concordato del 1940. Le Alte Parti contrattanti si obbligano a costituire una Commissione paritaria all'insegna del proclamato principio di cooperazione per risolvere i quesiti e le controversie relative all'interpretazione e applicazione del testo (art. 29). Si ricorda inoltre l'obbligo evidente di procedere ad elaborare, revisionare e pubblicare la legislazione complementare di ognuna delle due Parti, in modo da adeguare i rispettivi ordinamenti all'articolo di questo Concordato, non però senza consultare previamente la controparte (art. 32).

6. Conclusioni.

Il Concordato non apporta novità eccessive nei contenuti dei rapporti instaurati tra la Santa Sede e la Chiesa presente nel Portogallo con la Repubblica del Portogallo. Questo Concordato costituisce il tentativo di ambedue le Parti di sottrarsi alle critiche che, giustificatamente o no, alcuni facevano al Concordato del 1940 soprattutto a motivo del fatto che esso era stato stipulato con uno Stato con basi, allora, non democratiche⁽³⁴⁾.

La firma del nuovo Concordato tra la Santa Sede e il Portogallo è manifestazione di una tappa di rapporti concordatari ben diversa da quelli sottoscritti negli anni 20-40: allora i Concordati di maggior rilievo furono raggiunti con potenze non democratiche, ora i Concordati sono strumenti di collaborazione con i nuovi Stati democratici d'Europa e si è introdotta la novità epocale di rapportarsi con normalità con Stati ove il cristianesimo è residuale. Perciò non è possibile comprendere il presente Concordato se non in quest'ottica, accettando che il suo basso profilo in relazione ai contenuti vada unito all'importanza mediatica e diplomatica della sua firma stessa. Nessuno potrà più continuare a sostenere che si siano conservate prerogative a favore della Chiesa cattolica basate su rapporti instaurati con uno Stato non rispettoso della libertà religiosa e dei principi costituzionali.

Con il presente Concordato si è formalizzato l'abbandono definitivo di ogni residuo di confessionalismo, ma anche di ogni intervento

⁽³⁴⁾ Si veda il parallelismo esistente tra il nuovo Concordato portoghese e la riforma del Concordato lateranense avvenuta in Italia il 18 febbraio 1984: cfr. F. MARGOTTA BROGLIO, *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent'anni*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 12 (2004), pp. 5-8.

che riguardano la famiglia e la sua unità, siano riconosciuti e tutelati dalle Autorità civili.

§ 2. I fedeli laici sono chiamati anche a promuovere l'evangelizzazione dei migranti mediante la testimonianza di una vita cristiana vissuta nella fede, nella speranza e nella carità, e con l'annuncio della Parola di Dio secondo i modi loro possibili e propri. Tale impegno si fa ancor più necessario laddove, per la lontananza o la dispersione degli insediamenti o per la scarsità di Clero, i migranti si trovino privi di assistenza religiosa. In questi casi, i fedeli laici siano sollecitati nel ricercarli e nell'avviarli alla chiesa del luogo e a dare il proprio aiuto ai Cappellani/Missionari e ai Parroci affinché siano facilitati i loro contatti con i migranti.

Art. 3. — § 1. Si sforzino, i fedeli che decidono di vivere presso un altro popolo, di stimare il patrimonio culturale della Nazione che li accoglie, di contribuire al suo bene comune e di diffondere la fede soprattutto mediante l'esempio di vita cristiana.

§ 2. Dove i migranti sono più numerosi si offra loro, in particolare, la possibilità di prendere parte ai Consigli Pastoral diocesani/eparchiali e parrocchiali, in modo da essere, essi, realmente inseriti anche nelle strutture di partecipazione della Chiesa particolare.

§ 3. Fermo restando il diritto dei migranti ad avere associazioni proprie, si cerchi tuttavia di agevolare la loro partecipazione ad associazioni locali.

§ 4. I Laici culturalmente più preparati e spiritualmente più disponibili siano inoltre sollecitati e formati a uno specifico servizio come Operatori pastorali, in stretta collaborazione con i Cappellani/Missionari.

Capitolo II

I CAPPELLANI/MISSIONARI

Art. 4. — § 1. I Presbiteri che hanno ricevuto dall'Autorità ecclesiastica competente il mandato di prestare, in modo stabile, assistenza spirituale ai migranti della stessa lingua o Nazione, o appartenenti alla stessa Chiesa *sui iuris*, si chiamano Cappellani/Missionari dei migranti e, in forza del loro ufficio, vengono muniti delle facoltà di cui al can. 566, § 1 del CIC.

§ 2. Tale ufficio sia affidato ad un Presbitero che per conveniente periodo di tempo si sia ad esso ben preparato e che, per virtù, cultura e conoscenza della lingua, e per altre doti morali e spirituali, si riveli idoneo a svolgere questo specifico, difficile compito.

Art. 5. — § 1. Il Vescovo diocesano o eparchiale voglia concedere la licenza di assumerlo a quei Presbiteri che desiderano dedicarsi all'assistenza spirituale dei migranti e che ritiene adatti per tale mis-

sione, secondo quanto stabilito dal *CIC* can. 271 e dal *CCEO* cann. 361-362, nonché dalle disposizioni del presente ordinamento giuridico-pastorale.

§ 2. I Presbiteri, che abbiano ottenuto il dovuto permesso di cui al paragrafo precedente, si mettano a disposizione di servizio della Conferenza Episcopale *ad quam*, muniti dell'apposito documento loro concesso, tramite il proprio Vescovo diocesano o eparchiale e la propria Conferenza Episcopale, o le competenti Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche. La Conferenza Episcopale *ad quam* provvederà poi ad affidare tali Presbiteri al Vescovo diocesano o eparchiale o ai Vescovi delle Diocesi o Eparchie interessate, i quali li nomineranno Cappellani/Missionari dei migranti.

§ 3. Per quanto riguarda i Presbiteri religiosi, che si consacrano all'assistenza dei migranti, valgono le norme specifiche contenute nel capitolo III.

Art. 6. — § 1. Quando, atteso il numero dei migranti o la convenienza di una specifica cura pastorale rispondente alle loro esigenze, si ritenga necessario l'erezione di una Parrocchia personale, nell'atto corrispondente curi il Vescovo diocesano o eparchiale di stabilire chiaramente l'ambito della Parrocchia e le disposizioni circa i libri parrocchiali. Qualora esista la possibilità, si tenga presente che i migranti possono scegliere, con piena libertà, di appartenere alla Parrocchia territoriale nella quale vivono, oppure alla Parrocchia personale.

§ 2. Il Presbitero cui è stata affidata una Parrocchia personale per i migranti gode delle facoltà e degli obblighi dei Parroci e gli è applicabile, a meno che consti altrimenti dalla natura delle cose, quanto qui disposto circa i Cappellani/Missionari dei migranti.

Art. 7. — § 1. Il Vescovo diocesano o eparchiale potrà anche erigere una Missione con cura d'anime nel territorio di una o più Parrocchie, annessa o no a una Parrocchia territoriale, definendone accuratamente i termini.

§ 2. Il Cappellano, cui è stata affidata una Missione con cura d'anime, fatte le debite distinzioni, è equiparato giuridicamente al Parroco, ed esercita la sua funzione cumulativamente con il Parroco locale, con la facoltà altresì di assistere ai matrimoni degli sposi uno dei quali sia un migrante appartenente alla Missione.

§ 3. Il Cappellano, di cui al paragrafo precedente, ha l'obbligo di compilare i libri parrocchiali a norma del Diritto e di inviarne copia autentica alla fine di ogni anno sia al Parroco del luogo, sia a quello della Parrocchia in cui è stato celebrato il matrimonio.

§ 4. I Presbiteri assegnati come Coadiutori al Cappellano cui è stata affidata una Missione con cura di anime hanno, fatte le dovute

distinzioni, gli stessi compiti e facoltà che spettano ai Vicari parrocchiali.

§ 5. Se le circostanze lo rendono opportuno, la Missione con cura di anime eretta nel territorio di una o anche di più Parrocchie, può essere annessa ad una Parrocchia territoriale, specialmente quando questa è affidata ai membri dello stesso Istituto di vita consacrata o Società di vita apostolica di coloro che curano l'assistenza spirituale dei migranti.

Art. 8. — § 1. A ciascun Cappellano dei migranti, anche se non gli è stata affidata una Missione con cura d'anime, sia assegnata, per quanto è possibile, una chiesa o oratorio per l'esercizio del sacro ministero. In caso contrario, il competente Vescovo diocesano o eparchiale emani opportune disposizioni per consentire al Cappellano/Missionario di svolgere liberamente, e cumulativamente con il Parroco locale, il suo dovere spirituale in una chiesa, non esclusa quella parrocchiale.

§ 2. I Vescovi diocesani o eparchiali curino che i compiti dei Cappellani/Missionari dei migranti siano coordinati con l'ufficio dei Parroci e da questi vengano accolti e aiutati (cfr. *CIC* can. 571). È conveniente poi che alcuni Cappellani/Missionari dei migranti siano chiamati a far parte del Consiglio Presbiterale della Diocesi.

Art. 9. — Salvo espresse convenzioni contrarie, tra i Vescovi diocesani o eparchiali spetta a quello che ha eretto la Missione, per la quale il Cappellano esercita il suo ministero, garantire che gli siano concesse le stesse condizioni economiche ed assicurative di cui godono gli altri Presbiteri della Diocesi o Eparchia.

Art. 10. — Il Cappellano/Missionario dei migranti, per tutto il tempo del suo incarico, è soggetto alla giurisdizione del Vescovo diocesano o eparchiale che ha eretto la Missione per la quale compie il suo ufficio, sia per quanto riguarda l'esercizio del sacro ministero che per l'osservanza della disciplina ecclesiale.

Art. 11. — § 1. Nelle Nazioni in cui sono numerosi i Cappellani/Missionari dei migranti della stessa lingua, è opportuno che uno di essi sia nominato Coordinatore Nazionale.

§ 2. Considerato che il Coordinatore è dedito, appunto, al coordinamento del ministero ed è a servizio dei Cappellani/Missionari operanti all'interno di una Nazione, egli agisce in nome della Conferenza Episcopale *ad quam*, dal cui Presidente riceve la nomina, previa consultazione della Conferenza Episcopale *a qua*.

§ 3. Il Coordinatore sia scelto, in genere, tra i Cappellani/Missionari della stessa nazionalità o lingua.

§ 4. In ragione del proprio ufficio, il Coordinatore non gode di potestà di giurisdizione.

§ 5. Il Coordinatore ha il compito di tenere relazioni, in vista del coordinamento, sia con i Vescovi diocesani e eparchiali del Paese *a quo* sia con quelli del Paese *ad quem*.

§ 6. È conveniente interpellare i Coordinatori nel caso di nomina, trasferimento o rimozione dei Cappellani/Missionari, nonché in vista dell'erezione di una nuova Missione.

Capitolo III

I RELIGIOSI E LE RELIGIOSE

Art. 12. — § 1. Tutti gli Istituti, nei quali spesso si trovano religiosi provenienti da varie Nazioni, possono dare un contributo nell'assistenza ai migranti. Le Autorità ecclesiastiche favoriscano peraltro in particolare l'opera svolta da quelli che, col suggello dei voti religiosi, hanno come fine proprio e specifico l'apostolato a favore dei migranti, o che hanno maturato una notevole esperienza in questo campo.

§ 2. Dovrà essere anche apprezzato e valorizzato l'aiuto offerto dagli Istituti religiosi femminili all'apostolato tra i migranti. Il Vescovo diocesano o eparchiale abbia perciò cura che a tali Istituti, nel pieno rispetto dei propri diritti e tenendo in conto i loro obblighi e il carisma, non manchino né l'assistenza spirituale, né i mezzi materiali necessari allo svolgimento della loro missione.

Art. 13. — § 1. In genere, qualora un Vescovo diocesano o eparchiale intenda affidare la cura dei migranti a un qualche Istituto religioso, salve le consuete norme canoniche, egli procederà a stipulare una convenzione scritta con il Superiore dell'Istituto. Se più diocesi o eparchie ne fossero interessate, la stipulazione dovrà essere sottoscritta da ogni Vescovo diocesano o eparchiale, fermo restando il ruolo di coordinamento di queste iniziative da parte della apposita Commissione della Conferenza Episcopale o delle rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche.

§ 2. Se l'incarico della cura pastorale dei migranti viene affidato poi ad un singolo Religioso, è sempre necessario ottenere il previo consenso del suo Superiore, e stipulare altresì la relativa convenzione per iscritto, procedendo cioè, fatte le dovute distinzioni, nella maniera stabilita all'art. 5 per i Presbiteri secolari.

Art. 14. — Per quanto riguarda l'esercizio dell'apostolato tra i migranti e gli itineranti, tutti i Religiosi sono tenuti ad ottemperare alle disposizioni del Vescovo diocesano o eparchiale. Anche nel caso

di Istituti che si prefiggono come fine specifico l'assistenza dei migranti, tutte le opere ed iniziative prese in loro favore sono soggette all'autorità e alla direzione del Vescovo diocesano o eparchiale, fermo restando il diritto dei Superiori di vigilare sulla vita religiosa e sullo zelo con cui i confratelli svolgono il loro ministero.

Art. 15. — Quanto stabilito in questo capitolo circa i Religiosi è da applicarsi, fatte le dovute distinzioni, alle Società di vita apostolica e agli Istituti secolari.

Capitolo IV

LE AUTORITÀ ECCLESIASTICHE

Art. 16. — § 1. Il Vescovo diocesano o eparchiale si mostri specialmente sollecito in favore dei fedeli migranti, soprattutto sostenendo l'azione pastorale che a loro vantaggio svolgono i Parroci e i Cappellani/Missionari degli immigrati, chiedendo il necessario aiuto alle Chiese di provenienza e alle altre Istituzioni dedite all'assistenza spirituale dei migranti, e provvedendo altresì alla creazione delle strutture pastorali che meglio si adattino alle circostanze e alle necessità pastorali. Se risulta necessario, il Vescovo diocesano o eparchiale nomini un Vicario episcopale con l'incarico di dirigere la pastorale relativa ai migranti, oppure costituisca un Ufficio speciale per i migranti stessi presso la Curia vescovile o eparchiale.

§ 2. Poiché l'assistenza spirituale dei fedeli ricade *in primis* sul Vescovo diocesano o eparchiale, a lui spetta di erigere Parrocchie personali e Missioni con cura d'anime, e nominare Cappellani/Missionari. Curi il Vescovo diocesano o eparchiale che il Parroco territoriale e i Presbiteri incaricati dei migranti procedano in spirito di collaborazione e d'intesa.

§ 3. Il Vescovo diocesano o eparchiale provveda, a norma del CIC can. 383 e del CCEO can. 193, anche all'assistenza spirituale dei migranti di un'altra Chiesa *sui iuris*, favorendo l'azione pastorale dei Presbiteri del medesimo rito o di altri Presbiteri, osservando le pertinenti norme canoniche.

Art. 17. — § 1. Nei confronti dei migranti cristiani che non sono in piena comunione con la Chiesa cattolica, il Vescovo diocesano o eparchiale abbia un atteggiamento di carità, favorendo l'ecumenismo come viene inteso dalla Chiesa, e offrendo a questi immigrati l'aiuto spirituale possibile e necessario, con ossequio della normativa circa la *communicatio in sacris* e dei legittimi *desiderata* dei loro Pastori.

§ 2. Il Vescovo diocesano o eparchiale consideri anche i migranti non battezzati come affidati a lui nel Signore e, nel rispetto della li-

bertà di coscienza, offra pure loro la possibilità di giungere alla verità che è Cristo.

Art. 18. — § 1. I Vescovi diocesani o eparchiali dei Paesi *a quibus* ammoniscano i Parroci del grave loro dovere di procurare a tutti i fedeli una formazione religiosa tale per cui, all'occorrenza, possano far fronte alle difficoltà connesse con la loro partenza per l'emigrazione.

§ 2. I Vescovi diocesani o eparchiali dei luoghi *a quibus* si preoccupino inoltre di cercare Presbiteri diocesani/eparchiali adatti alla pastorale con gli emigranti e non trascurino di mettersi in stretta relazione con la Conferenza Episcopale, o la rispettiva Struttura Gerarchica della Chiesa Orientale Cattolica, della Nazione *ad quam* per stabilire un aiuto nella pastorale.

§ 3. Pur nelle Diocesi/Eparchie o regioni dove non si rende necessaria immediatamente una specializzazione dei Seminaristi in tema di migrazione, i problemi della mobilità umana dovranno ugualmente entrare sempre più nella visuale dell'insegnamento teologico e soprattutto della teologia pastorale.

Capitolo V

LE CONFERENZE EPISCOPALI E LE RISPETTIVE STRUTTURE GERARCHICHE DELLE CHIESE ORIENTALI CATTOLICHE

Art. 19. — § 1. Nelle Nazioni dove si recano o da dove partono in maggior numero i migranti, le Conferenze Episcopali e le competenti Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche costituiscano una speciale Commissione Nazionale per le migrazioni. Essa avrà un suo Segretario, che generalmente assumerà le funzioni di Direttore Nazionale per le migrazioni. È molto conveniente che in questa Commissione siano presenti Religiosi, come esperti, specialmente quelli dediti all'assistenza dei migranti, nonché Laici periti in materia.

§ 2. Nelle altre Nazioni, dove minore è il numero dei migranti, le Conferenze Episcopali o le rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche designino un Vescovo Promotore, per assicurare loro la conveniente assistenza.

§ 3. Le Conferenze Episcopali e le rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche comunicheranno al Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti la composizione della Commissione, di cui al paragrafo primo, o il nome del Vescovo Promotore.

Art. 20. — § 1. Spetta alla Commissione per le migrazioni o al Vescovo Promotore:

1) informarsi del fenomeno migratorio nella Nazione e trasmettere i dati utili ai Vescovi diocesani/eparchiali, in relazione anche con i Centri di Studi Migratori;

2) animare e stimolare le relative Commissioni diocesane, che a loro volta lo faranno con quelle parrocchiali che si occupano del vasto fenomeno, più generale, della mobilità umana;

3) accogliere le richieste di Cappellani/Missionari da parte dei Vescovi delle diocesi/eparchie di immigrazione e presentare ad essi i Presbiteri proposti a questo ministero;

4) proporre alla Conferenza Episcopale e alle rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche, se è il caso, la nomina di un Coordinatore Nazionale per i Cappellani/Missionari;

5) stabilire gli opportuni contatti con le Conferenze Episcopali e le rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche interessate;

6) stabilire gli opportuni contatti con il Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti e trasmettere ai Vescovi diocesani o eparchiali le indicazioni da esso ricevute;

7) inviare al Pontificio Consiglio della pastorale per i Migranti e gli Itineranti, alla Conferenza Episcopale, alle rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche, nonché ai Vescovi diocesani/eparchiali, la relazione annuale circa la situazione della pastorale per i migranti.

§ 2. È compito del Direttore Nazionale:

1) facilitare in genere, con riferimento anche all'art. 11, i rapporti dei Vescovi della propria Nazione con la Commissione Nazionale/specifica o con il Vescovo Promotore;

2) elaborare la relazione di cui al n. 7, §1 di questo articolo.

Art. 21. — Al fine di sensibilizzare tutti i fedeli ai doveri di fraternità e di carità nei confronti dei migranti, e per raccogliere gli aiuti economici necessari per adempiere gli obblighi pastorali con i migranti stessi, le Conferenze Episcopali e le rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche fissino la data di una "Giornata (o Settimana) del migrante e del rifugiato" nel periodo e nel modo che le circostanze locali suggeriscono, anche se in futuro si auspica ovunque una celebrazione in data unica.

Capitolo VI

IL PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI

Art. 22. — § 1. È compito del Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti dirigere "la sollecitudine pastorale della Chiesa alle particolari necessità di coloro che sono stati costretti

ad abbandonare la propria patria o non ne hanno affatto; parimenti, procura di seguire con la dovuta attenzione le questioni attinenti a questa materia" (PB 149). Inoltre "il Consiglio s'impegna perché nelle Chiese locali sia offerta un'efficace ed appropriata assistenza spirituale, se necessario anche mediante opportune strutture pastorali, sia ai profughi ed agli esuli, sia ai migranti" (PB 150,1), ferme restando la responsabilità pastorale delle Chiese locali e le competenze di altri Organi della Curia Romana.

§ 2. Spetta dunque al Pontificio Consiglio, fra l'altro:

1) studiare i rapporti inviati dalle Conferenze Episcopali e dalle rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche;

2) emanare istruzioni, di cui al can. 34 del CIC, dare suggerimenti e incoraggiare iniziative, attività e programmi, per sviluppare strutture e istituzioni relative all'assistenza pastorale dei migranti;

3) favorire lo scambio di informazioni tra le varie Conferenze Episcopali o provenienti dalle corrispondenti Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche, e facilitare i loro rapporti, specie per quel che concerne il trasferimento dei Presbiteri da una Nazione ad un'altra per la cura pastorale dei migranti;

4) seguire, incoraggiare e animare l'attività pastorale di coordinamento e armonizzazione a favore dei migranti negli Organismi regionali e continentali di comunione ecclesiale;

5) studiare le situazioni per valutare se si danno, in determinati luoghi, le circostanze che suggeriscano l'erezione di strutture pastorali specifiche per i migranti (cfr. numero 24, nota 23);

6) favorire il rapporto degli Istituti religiosi che offrono assistenza spirituale ai migranti con le Conferenze Episcopali e le rispettive Strutture Gerarchiche delle Chiese Orientali Cattoliche e seguire la loro opera, salve restando le competenze della Congregazione per gli Istituti di vita consacrata e per le Società di vita apostolica, in ciò che attiene all'osservanza della vita religiosa e quelle della Congregazione per le Chiese Orientali;

7) stimolare e partecipare alle iniziative utili o necessarie in vista di una proficua e giusta collaborazione ecumenica in campo migratorio, di intesa con il Pontificio Consiglio per la Promozione dell'Unità dei Cristiani;

8) stimolare e prendere parte a quelle iniziative che siano ritenute necessarie o vantaggiose per il dialogo con i gruppi migratori non cristiani, di intesa con il Pontificio Consiglio per il Dialogo inter-religioso.

Nonostante qualsiasi disposizione in contrario.

Il 1° maggio 2004, memoria di san Giuseppe Lavoratore, il Santo Padre ha approvato la presente Istruzione del Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti, e ne ha autorizzato la pubblicazione.

Roma, dalla sede del Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti, il 3 Maggio 2004, nella festa dei SS. Filippo e Giacomo, Apostoli.

Stephen Fumio Cardinale Hamao, Presidente
Agostino Marchetto, Arcivescovo titolare di Astigi
Segretario

L'ordinamento giuridico-pastorale della missione della Chiesa nei confronti degli emigranti.

Il Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti ha pubblicato di recente l'Istruzione *Erga migrantes Caritas Christi*. Il documento è composto da una prima parte che potremmo definire «dottrinale», perché destinata all'esposizione del pensiero della Chiesa riguardo una molteplicità di questioni che il fenomeno migratorio pone oggi (l'introduzione al documento s'intitola proprio «Il fenomeno migratorio oggi»): 1. Le migrazioni, segno dei tempi e sollecitudine della Chiesa; 2. Migranti e pastorale d'accoglienza; 3. Operatori di una pastorale di comunione; 4. Strutture di pastorale missionaria; la «conclusione» di questa prima parte è intitolata «Universalità di missione». La seconda parte, riportata sopra, molto più breve e divisa in una premessa e sei capitoli, per un totale di 22 articoli, contiene quello che l'Istruzione stessa chiama l'«ordinamento giuridico-pastorale».

Alcuni precedenti.

La costituzione apostolica *Exsul Familia*, emanata da Pio XII, il 1° agosto 1952⁽¹⁾, è comunemente ritenuta la *charta magna* dell'attività pastorale della Chiesa riguardo la mobilità umana. In essa Pio XII delineò una struttura, tuttora parzialmente vigente, finalizzata a prestare ai migranti un ausilio pastorale adeguato alle loro esigenze, soprattutto dal punto di vista della difesa della loro fede nelle nuove circostanze culturali in cui venivano a trovarsi⁽²⁾. Il Concilio Vaticano II ampliò gli orizzonti di questa specifica pastorale nel rilevare alcuni

(1) AAS 44 (1952) 649-704.

(2) Cfr. in questo senso, E. BAURA, *Movimientos migratorios y derechos de los fieles en la Iglesia*, in AA.VV., *Migraciones, Iglesia y Derecho*, Pamplona 2003, p. 51. L'autore offre cenni anche a documenti precedenti fin dal Concilio lateranense IV (*ivi*, p. 50 ss.) e rimanda per la ricostruzione dettagliata della storia della preoccupazione della Chiesa per i migranti a G. HOLKENBRINK, *Die rechtlichen Strukturen für eine Migranten-*

principi ecclesiologici, quali il ruolo dei laici nella Chiesa o alcuni aspetti dell'articolarsi del sacerdozio ministeriale. Le novità conciliari spinsero Paolo VI a emanare nel 1969 il *motu proprio Pastoralis migratorum cura*⁽³⁾, a cui fece seguito l'Istruzione *De pastoralis migratorum cura* (nota anche come *Nemo est*) della Congregazione per i Vescovi⁽⁴⁾.

Con la costituzione apostolica *Pastor Bonus*⁽⁵⁾, Giovanni Paolo II, nel riordinare la Curia Romana, ha costituito un apposito Pontificio Consiglio della pastorale per i migranti e gli itineranti (artt. 149-151), rendendo autonoma la Pontificia Commissione per la pastorale dell'emigrazione e del turismo, che era stata istituita inizialmente in seno alla Congregazione per i Vescovi da Paolo VI con il *motu proprio Apostolicae caritatis* del 19 marzo 1970⁽⁶⁾.

La qualifica del documento come istruzione.

A rigore, le "istruzioni", a norma del can. 34, sono delle norme amministrative (emanate cioè dalle autorità che godono di potestà esecutiva) rivolte a coloro che devono curare l'esecuzione delle leggi, che vengono pubblicate al fine di rendere chiare le disposizioni di legge e per sviluppare e determinare i procedimenti nell'eseguirle. Di conseguenza non possono derogare alle leggi stesse (cfr. can. 34 § 2)⁽⁷⁾. Il documento emanato dal Pontificio Consiglio della pastorale per i migranti e gli itineranti, con l'approvazione "generica" del Santo Padre, si presenta come un'istruzione e, quindi, non cerca di innovare (cambiare, ampliare o abrogare) la normativa già vigente, ma soltanto di renderla più chiara.

pastoral. Eine rechtshistorische und rechtssystematische Untersuchung, Vatikan 1995, pp. 81-280.

⁽³⁾ Del 15 agosto 1969, in *AAS*, 61 (1969) 601-603.

⁽⁴⁾ Del 22 agosto 1969, in *AAS*, 61 (1969) 614-643.

⁽⁵⁾ Del 28 giugno 1988, in *AAS*, 80 (1988) 841-912.

⁽⁶⁾ *AAS*, 62 (1970) 193-197. Vedi il commento di J.I. Arrieta agli artt. 149-151 della *Pastor bonus*, in J.I. ARRIETA-J. CANOSA-J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Milano 1997.

⁽⁷⁾ Cfr. tra gli altri, E. BAURA, *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica*, in «*Folia Canonica*», 5 (2002) 59-84; G. BRUGNOTTO, *Commento al can. 34*, in *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*, Milano 2001; M.J. CIÁURRIZ, *Comentario al can. 34*, in *AA.VV.*, *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, Pamplona 1996, vol. I, pp. 496-497; P. LOMBARDIA, *Commento al can. 34*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, Roma 2004; J. MIRAS-J. CANOSA-E. BAURA, *Compendio de derecho administrativo canónico*, Pamplona 2001, pp. 94-96.

I destinatari dell'istruzione.

I destinatari del documento, quindi, sembrano essere principalmente i vescovi e le Conferenze episcopali più che i singoli fedeli, come è proprio di un'istruzione che si rivolge a chi deve applicare la legge. Infatti, anche se la parte normativa inizia con un capitolo dedicato ai fedeli laici, seguito da altri sui cappellani e sui religiosi, dal punto di vista dell'attuazione normativa e organizzativa di questo settore della pastorale ecclesiale l'istruzione presta più attenzione alle possibilità in mano ai vescovi (costituzione di parrocchie personali, cappellanie e missioni con cura di anime, artt. 4 a 11). Difatti, in termini prettamente giuridici di congruenza normativa, l'art. 22 delle norme, riguardante l'ambito universale proprio della Curia romana e contenente i compiti e le attribuzioni del Pontificio Consiglio della pastorale per i migranti e gli itineranti, anche se ricorda soprattutto quanto già stabilito dalla cost. ap. *Pastor bonus*, non appare bene inquadrato in un documento di carattere amministrativo emanato dallo stesso Pontificio Consiglio: l'assegnazione di competenze organizzative nell'organizzazione centrale della Chiesa appartiene soltanto al legislatore supremo.

Contenuto della prima parte del documento.

La parte del documento che abbiamo denominato «dottrinale» o «espositiva» (che non è riportata sopra) è composta da ben 104 numeri o paragrafi, ed è divisa nel modo già accennato. In essa, dopo una introduzione all'argomento dei fenomeni migratori sia nelle loro espressioni internazionali che in quelle interne, vengono elencati in modo sintetico ma abbastanza completo i passi successivi della preoccupazione della Chiesa per il fenomeno migratorio lungo la sua storia e anche in quella che potrebbe essere considerata la sua «pre-istoria» (soprattutto ai nn. 14 e 15, con cenni alla storia del popolo di Israele). Si fa cenno anche alla complessa problematica della cosiddetta «inculturazione», specialmente sentita dalle persone coinvolte negli spostamenti di popolazione (nn. 34-36). Molti sono i richiami alle tradizioni e alle espressioni della religiosità popolare (nn. 44-48), ai cattolici di rito orientale (nn. 52-55, ma anche i molti richiami della parte normativa al *Codex canonum Ecclesiarum orientalium*), all'ecumenismo (nn. 56-58) e ai migranti di religioni non cristiane, con una sezione dedicata ai migranti musulmani (nn. 65-68).

Per quanto riguarda la concreta organizzazione della pastorale con i migranti, il documento ricorda in primo luogo la condizione dei diversi operatori pastorali in questo campo: il coordinatore nazionale (nn. 73-74), il cappellano/missionario (nn. 75-78), i presbiteri diocesani (n. 79), i presbiteri e gli altri religiosi e le religiose (nn. 81-85), le associazioni ecclesiali e i movimenti laicali (nn. 86-88). Vengono poi

prese in considerazione le strutture pastorali secondo le diverse configurazioni soprattutto in ambito locale e nazionale. Sono anche menzionate delle norme canoniche, già in vigore (erano presenti nell'istruzione *Nemo est* del 1969), relative alle possibilità di intervento da parte della Santa Sede nell'esercizio della responsabilità pastorale propria del *munus petrinum*: per esempio, nei nn. 24 a 26 si fa riferimento al can. 294 del Codice latino sulle prelatore personali e al can. 311 § 1 del Codice orientale sugli esarcati, che consentono l'erezione di circoscrizioni ecclesiastiche per i migranti del tipo contemplato in quei canoni, di solito su richiesta delle conferenze episcopali interessate nell'ordinamento latino.

Il riferimento ai diritti fondamentali dei fedeli.

Per quanto riguarda il contenuto delle norme dell'"ordinamento giuridico-pastorale" appare significativa la scelta di esordire con la proclamazione del diritto dei fedeli a ricevere i beni spirituali della Chiesa, diritto riconosciuto dal can. 213 del Codice latino e dal can. 16 del Codice dei Canoni per le Chiese Orientali con un testo proveniente pressoché letteralmente dalla *Lumen gentium*, n. 37. Significativa perché accoglie impostazioni dottrinali tendenti a sottrarre la pastorale dei migranti dall'ambito ristretto della "problematicità" (il problema dell'emigrazione, l'inserimento degli immigrati, l'accoglienza delle popolazioni in movimento⁽⁸⁾, ecc.), e ad inserirla nel quadro più generale del principio "costituzionale" di uguaglianza e dei diritti fondamentali dei fedeli⁽⁹⁾. Significativa anche perché implica l'assunzione della pastorale peculiare dei fedeli coinvolti nel fenomeno migratorio nella preoccupazione ordinaria dei pastori nella Chiesa, sia per quanto riguarda l'accoglienza da parte di chi non si trasferisce, sia per quello che si riferisce agli apporti di chi arriva in un posto nuovo⁽¹⁰⁾.

Questa impostazione generale si riflette poi negli articoli successivi, iniziando da quelli dedicati allo statuto dei laici coinvolti nel fenomeno migratorio, che «devono accogliere i migranti come fratelli» (art. 2), ma anche «stimare il patrimonio culturale della Nazione che li accoglie, contribuire al suo bene comune e diffondere la fede soprattutto mediante l'esempio di vita cristiana» (art. 3). Lo statuto dei

(8) Su questi argomenti, cfr. A. MARCHETTO, *Accogliere gli immigrati. Un pericolo o un vantaggio per l'Occidente? Un dovere umanitario? Un diritto dell'immigrato?*, in «People on the move», 31, 88-89 (2002), 137-147.

(9) Cfr., per tutti, con abbondanti riferimenti bibliografici, E. BAURA, *Movimientos migratorios y derechos de los fieles en la Iglesia*, cit.

(10) Cfr. J. SANCHIS, *La pastorale dovuta ai migranti e agli itineranti (aspetti giuridici fondamentali)*, in «Fidelium iura», 3 (1993), 451-494.

laici è visto dunque nella prospettiva di coloro che ricevono persone o comunità straniere, ma anche in quella di chi si sposta, e in entrambi i casi lo statuto giuridico è modificato dall'esistenza del fenomeno migratorio.

L'evangelizzazione alla quale è chiamata la Chiesa — la "nuova evangelizzazione" come usa chiamarla Giovanni Paolo II —, può giovare oggi, come è avvenuto in altri momenti storici, del protagonismo dei laici che accolgono e che emigrano. Perciò, la previsione pastorale non deve fermarsi alla risoluzione di problemi spirituali che possano affliggere i fedeli che si trovano in condizioni di vita che rendono difficile la conservazione e la pratica della fede, ma deve essere in grado di fornire loro l'assistenza necessaria perché possano essere agenti di evangelizzazione nei nuovi luoghi di residenza.

Le organizzazioni e gli uffici della cura pastorale dei migranti.

Figura centrale nell'assistenza pastorale ai migranti rimane quella del cappellano che le norme denominano sempre "cappellano/missionario", con terminologia che sorprende se si considerano le cose, per così dire, in un'ottica di stretta congruenza normativa. In effetti, secondo il can. 564, «il cappellano è il sacerdote cui viene affidata in modo stabile la cura pastorale, almeno in parte, di una comunità o di un gruppo particolare di fedeli»⁽¹¹⁾. I missionari invece sono definiti dal can. 784 come «coloro che sono mandati dalla competente autorità ecclesiastica a compiere l'opera missionaria»⁽¹²⁾. La scelta dell'istruzione di chiamare missionari tutti i cappellani dei migranti sembrerebbe indicare che il loro ufficio è sempre missionario. Questa affermazione, che dal punto di vista teologico della missionarietà della Chiesa, è sicura, da una prospettiva giuridico-pastorale pone due generi di problemi: da una parte, sembra contraddire quanto prima si è detto sull'assunzione della pastorale dei migranti nella pastorale ordinaria; dall'altra parte, potrebbe destare perplessità di tipo ermeneutico e organizzativo che si eviterebbero con il solo titolo di cappellano (ad esempio, l'art. 85 della cost. ap. *Pastor bonus* affida alla Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli tutto quello che riguarda le missioni, salva la competenza della Congregazione per le Chiese Orientali). Comunque, è probabile che l'istruzione abbia dovuto tener conto delle peculiarità carismatiche di agenti pastorali già impegnati

(11) Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, pp. 468-470; E. TEJERO, *Comentario al can. 564*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, Pamplona 1996, vol. II, pp. 1354-1358.

(12) Cfr. F. RETAMAL, *Comentario al can. 784*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, Pamplona 1996, vol. III, pp. 171-178.

organizzativamente come cappellani e, certamente, il nome rispecchia anche il carattere missionario di tutta l'attività della Chiesa. Sicuramente il termine "missionario" è anche tradizionale in materia di pastorale dei migranti, poiché si trova già nella cost. ap. *Exsul Familia* di Pio XII.

Dal punto di vista organizzativo, l'"ordinamento giuridico-pastorale" prevede la creazione di parrocchie personali (art. 6) a norma del can. 518 del Codice latino (can. 280 § 1 del *Codex canonum Ecclesiarum orientalium*), e anche l'erezione di una missione con cura di anime nel territorio di una o più parrocchie, annessa o no a una parrocchia territoriale (art. 7). Quest'ultima figura giuridica peculiare della pastorale per i migranti era stata prevista dalla cost. ap. *Exsul Familia* di Pio XII⁽¹³⁾, ma più come ufficio personale di alcuni missionari che come missione a sé. In ogni caso, il missionario degli emigranti «*aequiparatur parochi*» (n. 35), ma la sua «*potestas est personalis, in alienigenarum seu immigratorum personas dumtaxat exercenda*» (n. 36). Oggi, l'istruzione ricorda esplicitamente che il cappellano di una missione con cura di anime esercita la sua funzione cumulativamente con il parroco locale e gode della facoltà di assistere ai matrimoni degli sposi uno dei quali sia appartenente alla Missione (art. 7 § 2). La competenza cumulativa del parroco territoriale e del cappellano significa che il fedele è lasciato in libertà di rivolgersi all'uno o all'altro a sua scelta. L'art. 6 § 1 lo stabilisce espressamente per le parrocchie personali: «i migranti possono scegliere, con piena libertà...». Tale possibilità permette l'integrazione dell'immigrato nel nuovo territorio che lo ha accolto e gli consente allo stesso tempo di fruire della pastorale peculiare quando ne avesse bisogno.

Gli altri uffici trattati dall'istruzione — il coordinatore dei cappellani, la Commissione nazionale per i migranti o il vescovo promotore, il Direttore nazionale per le migrazioni — risalgono anche essi alla normativa di Pio XII. Uno specifico ruolo di coordinamento spetta al Pontificio Consiglio della pastorale per i migranti e gli itineranti, non soltanto per la valutazione delle «circostanze che suggeriscano l'erezione di strutture pastorali specifiche per i migranti» (art. 22 § 2 n. 5), ma anche per favorire l'intendimento tra le diverse Conferenze episcopali interessate ad un concreto flusso migratorio.

Jesús Miñambres

⁽¹³⁾ Cfr., in particolare, il *Caput IV, De cura animarum ab Ordinariis locorum in alienigenas exercenda*, nn. 32-40, in *AAS*, 44 (1952), 649-704.